

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Број 43/2015

Година XII

ISSN: 1840-0272

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ



Година XII

Број 43/2015

ПРАВНА РИЈЕЧ



БАЊА ЛУКА, 2015.

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, проф. др Драган Голијан,
Јован Чизмовић, Маринко Плавшић,
Ирена Мојовић, Џерард Селман,
проф. др Радомир Лукић, проф. др Љубинко Митровић,
Милош Комљеновић

Часопис „Правна ријеч“ излази два пута годишње.

СЛЕДИШТЕ РЕДАКЦИЈЕ ЧАСОПИСА

Ул. Веселина Маслеше бр. 28/1, Бања Лука

Телефон/факс: 051/212-320

www.udruzenjopravnika.org

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

Удружење правника Републике Српске основано је почетком 1996. године, а крајем 2003, доношењем статутарних, програмских и других докумената, обновљено и утемељено као стручна, самостална, нестраничка 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 ОБЛАСТ

Проф. др Душко Медић СУСЈЕДСКА ПРАВА	11
Проф. др Драган Боланча ОДГОВОРНОСТ БРОДАРА ЗА ШТЕТУ НАНЕСЕНУ ЧЛАНУ ПОСАДЕ БРОДА (УСПОРЕДБА БОСАНСКОХЕРЦЕГОВАЧКОГ И ХРВАТСКОГ ПЛОВИДБЕНОГ ЗАКОНОДАВСТВА)	31
Проф. др Илија Бабић ОДГОВОРНОСТ РАДНИКА И ПОСЛОДАВЦА ЗА ШТЕТУ КОЈУ РАДНИК ПРОУЗРОКУЈЕ ТРЕЋЕМ ЛИЦУ	45
Проф. др Гордана Станковић Др Милена Трговчевић Прокић ПОВЕРАВАЊЕ ПОЈЕДИНЕ ПРОЦЕСНЕ РАДЊЕ ЈАВНОМ БЕЛЕЖНИКУ	59
Проф. др Ранка Рачић ПРИГОВОР ТРЕЋЕГ ЛИЦА	75
Проф. др Душица Палачковић ДОПУШТЕНОСТ РЕВИЗИЈЕ ПРОТИВ ПРЕСУДЕ И ЈЕДНАКА ПРИМЕНА ПРАВА	97
Проф. др Мелиха Повлакић ИЗВРШЕЊЕ СТРАНИХ ИЗВРШНИХ НАСЛОВА СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА СТРАНЕ НОТАРСКЕ ИСПРАВЕ	113
Проф. др Владимир Чоловић Доц. др Ана Опачић ДИРЕКТНА ТУЖБА КОД ОСИГУРАЊА ОД ОДГОВОРНОСТИ	141

Проф. др Слободан Станишић ВЈЕШТАЧЕЊЕ КАО ДОКАЗНО СРЕДСТВО У КОГНИЦИОНИМ ПОСТУПЦИМА	161
Доц. др Дарко Радић ПРАВНА КВАЛИФИКАЦИЈА ПОКЛОНА УЧИЊЕНОГ СУПРУЖНИЦИМА	171
Доц. др Раденко Јогановић ПОСЕБНО ПРАВНО РЕГУЛИСАЊЕ ЗА ОДРЕЂЕНЕ ВРСТЕ СТВАРИ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ	187
Др сц. Хамид Мутапчић ПРИМЈЕНА БРИСОВНЕ ТУЖБЕ УСЉЕД СТИЦАЊА ПРАВА ВЛАСНИШТВА НА ТЕМЕЉУ НАЧЕЛА ПОВЈЕРЕЊА	209
Мр Андреј Пак ОСИГУРАЊЕ ОД ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТЕ ПРЕМА ЖИВОТНОЈ СРЕДИНИ – ПОСТОЈЕЋА ЗАКОНСКА РЕШЕЊА И ИЗАЗОВИ	229
Драгомир Обрадовић, мр ДОПРИНОС ОШТЕЂЕНОГ КОД ПРОУЗРОКОВАЊА ШТЕТЕ – ИЗМЕЂУ МАТЕРИЈАЛНОГ И ПРОЦЕСНОГ ПРАВА	245
Дејан Пилиповић мср ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТЕ НАСТАЛЕ ОД ЗАОСТАЛИХ МИНСКО - ЕКСПЛОЗИВНИХ СРЕДСТАВА ИЗ РАТА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ	271
Ђурђа Боланча Кекез, маг. нур. ПРАВНИ ЗНАЧАЈ КЛАУЗУЛЕ <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> У <i>ПРИВАТНОМ ПРАВУ</i>	297

ПРИВРЕДНОПРАВНА ОБЛАСТ

Проф. др Марко Рајчевић

ПРАВО ГЛАСА АКЦИОНАРА 319

Проф. др Дијана Марковић Бајаловић

ПРОМЕНА СЕДИШТА И МЕРОДАВНО ПРАВО

ЗА ПРИВРЕДНА ДРУШТВА У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ –

Импликације за Босну и Херцеговину 341

Проф. др Данче Манолева Митровска

Мр Владимир Митревски

САНАЦИЈА ТРГОВАЧКОГ ДРУШТВА ДУЖНИКА

У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ 361

Др Мирјана Кнежевић

ПРАВНИ ОКВИР УНУТРАШЊЕ ПЛОВИДБЕ -

МЕЂУНАРОДНИ И ДОМАЋИ ПРОПИСИ 379

Проф. др Мирослав Милосављевић

БИТНА ОБЕЛЕЖЈА АКЦИОНАРСКОГ ДРУШТВА И

ЕКОНОМСКИ ЗНАЧАЈ АКЦИОНАРСТВА 397

Др Зоран Васиљевић

СТАТУСНЕ ПОСЉЕДИЦЕ ПОВЕЗИВАЊА ПРИВРЕДНИХ

ДРУШТАВА ПУТЕМ КАПИТАЛА 415

Др сц. Мирела Чокић Џинић

Др сц. Дејан Бодул

НОВА ТОПОГРАФИЈА ХРВАТСКОГ КОРПОРАТИВНОГ И

ПОТРОШАЧКОГ СТЕЧАЈНОГ ПРАВА – (позитивна) искуства за

босанскохерцеговачког законодавца 437

Др Драгица Ристић

ФАКТОРИНГ КАО ПРАВНИ ПОСАО У

ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ 463

Др Мирјана Зељковић

ОДГОВОРНОСТ НАДЗОРНОГ ОРГАНА

КОД УГОВОРА О ГРАЂЕЊУ 485

Др Далибор Пејаковић ПРИНУДНО НАМИРЕЊЕ КАО ПРЕДМЕТ ПОБИЈАЊА ПРАВНЕ РАДЊЕ У СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ	503
Миралем Поробић СТЕЧАЈНИ ПЛАН РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ	525
Санела Ковачевић, мр НАЧИН ПОСЛОВАЊА БРОКЕРСКО-ДИЛЕРСКОГ ДРУШТВА НА ТРЖИШТУ КАПИТАЛА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ, СА ОСВРТОМ НА РЕПУБЛИКУ СРБИЈУ	547
Ивана Здравковић УГОВОР О ТРГОВИНСКОМ ЗАСТУПАЊУ	567
Mr Đemaludin Mutarčić AKTUELNA PITANJA PRIMJENE ZAKONA O ZAKUPU STANA U KANTONU SARAJEVO	583

ГРАЂАНСКОПРАВНА ОБЛАСТ

SUSJEDSKA PRAVA

Prof. dr Duško Medić*

***Apstrakt:** Susjedska prava su emanacija prava svojine i pripadaju vlasniku nepokretnosti kao dio njegovog prava svojine. Novo uređenje susjedskih prava u Republici Srpskoj bazira se na rimskom pravu, a odgovara kontinentalnoevropskom pravnom uređenju. Pravila o susjedskim pravima regulišu odnose između vlasnika određenih nepokretnosti. Vlasnik nepokretnosti pri izvršavanju svojih ovlašćenja iz prava svojine ima obavezu postupiti pažljivo prema licu koje je vlasnik neke druge nepokretnosti, a koje pri tome u njegovom interesu trpi, propušta ili čini u pogledu svoje nepokretnosti ono što je određeno zakonom. Posebna pažnja u radu je posvećena međi i imisijama kao najinteresantnijim susjedskim pravima.*

***Ključne riječi:** susjedska prava, svojina, ograničenja svojine, međa, imisije*

UVOD

Donošenjem Zakona o stvarnim pravima (ZSP)¹ u Republici Srpskoj izvršena je kodifikacija stvarnog prava² i definitivno ukidanje socijalističkih

* Судија Уставног суда Републике Српске

¹ Službeni glasnik RS br. 124/08, 58/09 i 95/11.

² Izraz kodifikacija potiče od latinske riječi codex koja označava knjigu, pravni zbornik, zbornik zakona, zakonik. Kodifikacija je zakonski akt (ili više akata) koji potpuno i sveobuhvatno reguliše sva važnija pitanja jedne pravne oblasti. Određena oblast može biti uređena sa više zakona koji predstavljaju kodifikaciju ili sa jednim zakonom, što predstavlja kodifikaciju u užem smislu. Prednosti kodifikacije donošenjem jednog zakonika su u sistematizovanju normi rasutih po mnogobrojnim zakonima i drugim izvorima prava u jedinstven zakonik. Time se postiže usklađenost normi i popunjavanje pravnih praznina. U Republici Srpskoj, osim Zakona o stvarnim pravima, postoje i drugi (manje značajni) zakoni koji uređuju određena pitanja iz stvarnog prava. Međutim, Zakon o stvarnim pravima je temeljni zakon, lex generalis koji reguliše sva bitna pitanja iz ove oblasti, pa se slobodno može reći da je njegovim donošenjem izvršena kodifikacija stvarnog prava na ovim prostorima.

svojinskih odnosa.³ Ustavni osnov za njegovo donošenje utvrđen je u Amandmanu XXXII tačka 6 na Ustav Republike Srpske, kojim je propisano da Republika uređuje i obezbjeđuje svojinske i obligacione odnose i zaštitu svih oblika svojine.⁴ Ovaj zakon sadrži brojne novine u odnosu na raniji Zakon o osnovnim svojinskopравnim odnosima (ZOSPO) iz 1980. godine.⁵ One su uslovljene suštinskim promjenama u društveno-ekonomskim odnosima, prelasku od centralizovane, planske ka tržišnoj privredi, a posebno ukidanjem do tada dominantne društvene svojine.⁶ Novi pravni, tržišni i politički ambijent uslovio je potrebu za regulisanjem mnogih pitanja koja uopšte nisu bila uređena⁷ ili su pak bila uređena neadekvatno. Osnovna namjera zakonodavca bila je da se pravni poredak Republike Srpske u ovoj oblasti vrati u kontinentalnoevropski pravni krug, gdje građansko (privatno) pravo zauzima centralno mjesto. Da bi se to postiglo, bilo je potrebno vratiti se tradicionalnim institutima i sadržajima, imajući pri tome u vidu evropske pravne standarde.⁸ Javnopravni segmenti tog poretka, koji su u socijalizmu bili dominantni,⁹ trebalo je da svoje mjesto prepuste građanskopравnim i služe kao njihov nužni korektiv. No, tranzicija stvarnopravnog uređenja primjerenog tržišnoj privredi težak je i dugotrajan proces. Ona zahtijeva bitne promjene ne samo u stvarnopravnim odnosima, već i u drugim odnosima u društvu. Sigurno je da će na tom putu biti dosta prepreka i problema.¹⁰ Zbog toga treba biti uporan i dosljedan da bi ovaj proces bio uspješno proveden i usklađen sa ustavnim poretkom i željama i potrebama svih građana.

³ Prije donošenja ZSP-a za materiju stvarnog prava posebno značajno je bilo donošenje zakona koji su regulisali registarsku zalogu, zemljišnoknjižno pravo i oblast građevinskog zemljišta.

⁴ U BiH su entiteti i Brčko Distrikt BiH nadležni za regulisanje stvarnog prava.

⁵ ZOSPO bivše SFRJ (Službeni list SFRJ br. 6/80 i 37/90) sadržavao je samo 90 članova, jer je u nadležnosti savezne države bilo samo regulisanje osnova svojinskopравnih odnosa (član 281 tač. 4 Ustava SFRJ iz 1974. godine). ZSP sadrži 357 članova i cjelovito uređuje ovu oblast.

⁶ O tome: N. Kovačević, *Zakon o stvarnim pravima u Republici Srpskoj*, ZIPS, br. 1166/09, str. 13–18.

⁷ Zakonima se ne regulišu samo postojeći odnosi, već se uređuju i odnosi čije se nastajanje tek očekuje.

⁸ Život dugo izgrađuje institute stvarnog prava, a kontinentalno pravo svoj izvor ima u rimskom pravu.

⁹ Vid. N. Gavella, *Stvarnopravno uređenje u SFRJ u odnosu privatnoga i javnoga*, *Zakornost*, br. 9–10/90, str. 953–965.

¹⁰ Donošenju ZSP-a trebalo je da prethode propisi o restituciji. Nema sumnje da protekom vremena osnov za restituciju postaje sve uži. Zbog toga će eventualno buduće vraćanje ranije oduzete imovine kao ispravka istorijske nepravde biti suočeno sa brojnim problemima. Inače, u Republici Srpskoj su još 1996. godine bili doneseni zakoni iz ove oblasti (Zakon o vraćanju oduzetog zemljišta i Zakon o vraćanju oduzetih nepokretnosti). Ti zakoni su stupili na snagu i počela je njihova primjena. Oni su stavljeni van snage 2000. godine donošenjem Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, kojim je bilo riješeno pitanje restitucije svih oduzetih stvari i prava. Međutim, ovaj zakon je stavljen van snage odlukom tadašnjeg visokog predstavnika za BiH, g. V. Petriča, sa obrazloženjem da ta oblast mora biti uređena jedinstveno za čitavu državu. Zakonom o građevinskom zemljištu Republike Srpske samo je u većem dijelu izvršena denacionalizacija gradskog građevinskog zemljišta.

Predmet našeg interesovanja u ovom radu su susjedska prava. ZOSPO ova prava nije regulisao, jer ona ne čine oblast osnovnih svojinskih odnosa, već je samo dao pojam imisija.¹¹ Druga susjedska prava su u pogledu regulisanja bila prepuštena republičkim zakonodavcima, ali takvi propisi u bivšoj SFRJ nisu bili doneseni.¹² ZSP sada dosta sveobuhvatno uređuje ovu materiju.¹³ Novo uređenje susjedskih prava bazira se na rimskom pravu, a odgovara kontinentalnoevropskom pravnom uređenju.

SUSJEDSKA PRAVA

Pojam, karakteristike, zaštita

Pravo svojine daje vlasniku potpunu privatnu pravnu vlast na određenoj stvari, ali ta vlast nije neograničena, nego je samo najviša privatna pravna vlast koja na toj stvari može postojati.¹⁴ Svojina i obavezuje i podliježe ograničenjima, koja mogu biti građanskopravnog¹⁵ i javnopravnog karaktera.¹⁶ Sve brojnija ograničenja utiču na određivanje sadržine svojine. Kod nepokretnosti faktička povezanost dovodi do ograničenja u izvršavanju prava svojine njihovih vlasnika. Pravna vlast vlasnika nepokretnosti ograničena je susjedskim pravom u cilju razvijanja i unapređenja susjedskih odnosa.¹⁷ Pravila o susjedskim pravima regulišu odnose između vlasnika određenih nepokretnosti. Vlasnik nepokretnosti pri izvršavanju svojih ovlašćenja iz prava svojine ima obavezu postupiti pažljivo prema licu koje je vlasnik neke druge nepokretnosti, a koje pri tome u njegovom interesu trpi, propušta ili čini u pogledu svoje nepokretnosti ono što je određeno zakonom (susjedska prava).¹⁸ Susjedska prava su emanacija prava svojine i pripadaju vlasniku nepokretnosti kao dio

¹¹ O tome: M. Krisper-Kramberger, *Imisije u novom pravnom uređenju*, Naša zakonitost, br. 6/81, str. 82–93.

¹² Jedino su republički zakoni u vanparničnom postupku propisivali pravila o uređenju međa.

¹³ Članovi 66–79 ZSP.

¹⁴ N. Gavella, *Ograničenja prava vlasništva*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, br. 2/98, str. 351.

¹⁵ Npr. ZSP u članovima 18–21 propisuje opšta i posebna ograničenja prava svojine.

¹⁶ Ova ograničenja sve više dobivaju na važnosti, posebno u cilju očuvanja i zaštite zdrave životne sredine.

¹⁷ „Susjedsko pravo je svojevršno ograničenje svojine koga nameće i oblikuje život zavisno od situacije i mjesnih običaja“ – Vrhovni sud Srbije, rev. 2701/94 od 8.6.1994, u: S: Mededović, *Stvarno pravo*, Novi Pazar, 20011, str. 89.

¹⁸ Član 66 st. 1 ZSP.

njegovog prava svojine.¹⁹ Ona predstavljaju minimum prava koja proizilaze iz odnosa susjedstva. Suština susjedskih prava je u ideji što lakšeg izvršavanja prava svojine na nepokretnostima i njihovog što boljeg ekonomskog iskorišćavanja. Sam naziv susjedska prava nije sasvim adekvatan, jer ova prava nisu samostalna prava, već izviru iz prava svojine.²⁰ Pomoću njih se štiti pravo svojine na nepokretnosti. S druge strane, ona na strani vlasnika druge nekretnine izazivaju dužnost trpljenja, propuštanja ili određenog činjenja. Susjedska prava obuhvataju one restrikcije privatne svojine koje nastaju iz činjenice susjedstva, odnosno iz zajedničkog življenja na određenom prostoru.²¹ Ona su najstarije ograničenje svojine stvarnopravnog karaktera. Njima se, na neki način, socijalizuje sadržina prava svojine. Susjedska prava ne mijenjaju odnosno ne smanjuju sadržaj prava svojine nego doprinose stvaranju ravnoteže između pravnih vlasti više subjekata, ona su dio opšteg pravnog režima svojine. Ova prava regulišu koliziju dvaju (apsolutnih) prava svojine sa odnosom susjedstva sa ciljem da interese vlasnika pomiri u njihovom interesu i interesu društva u cjelini. Ona uređuju odnose nastale u susjedskopravnoj zajednici (communio pro diviso) i postavljaju granice, zakonsku konkretizaciju domena prava svojine, produžetak prava svojine. Utvrditi granice svojine znači preduprijeti sukobe vlasnika. Princip uzajamne pažljivosti u vršenju prava svojine određuje način ponašanja jednog vlasnika prema drugom vlasniku. Susjedska prava, na neki način, predstavljaju ograničavajuću i korigujuću funkciju načela savjesnosti i poštenja.²² Susjedskopravna ovlašćenja odnosno ograničenja svakako su nužnost,²³ poznaju ih svi pravni sistemi,²⁴ a nastala su iz potrebe da se ostvari skladan odnos između susjednih vlasnika prilikom vršenja njihovih svojinskih prava.²⁵ Cijeli institut nazvan je po pravima, a ne po obavezama, jer prava ipak dominiraju brojem i važnošću.²⁶ Ova prava nastaju

¹⁹ O susjedskim pravima opširno: D. Lazarević, *Službenosti i susjedsko pravo*, Prvo izdanje, Beograd, 2011, str. 389–487.

²⁰ Vid. I. Gliha, *Novo uređenje susjedskih odnosa u svjetlu prilagodbe hrvatskog građanskopravnog poretka europskim*, u: Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, Bremen, 2003, str. 49.

²¹ N. Mojović, *Susjedska prava kao sui generis ograničenja vlasništva*, Pravna riječ, br. 11/07, str. 96.

²² D. Lazarević, op. cit., str. 394.

²³ R. Kovačević Kuštrimović, *Susjedsko pravo u budućoj građanskoj kodifikaciji*, u: Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, Bremen, 2003, str. 185.

²⁴ Već su u Hamurabijevom zakoniku i Zakoniku XII ploča uspostavljena pravila koja se nazivaju susjedskim pravima. Susjedska prava su nužna u svim društvima u kojima postoji sistem privatne svojine. Susjedska prava su u uporednom pravu normirana u okviru ograničenja sadržaja prava svojine. Izuzetak predstavlja francusko pravo koje sva ograničenja prava svojine propisuje u okviru prava službenosti.

²⁵ R. Kovačević Kuštrimović, *Vršenje prava svojine*, Pravni život, br. 10/95, str. 99.

²⁶ M. Vedriš i P. Klarić, *Građansko pravo, opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, osmo izmijenjeno izdanje, Zagreb, 2004, str. 230.

neposredno na osnovu zakona i ne upisuju se u javne knjige, a vrše se u duhu dobrosusjedskih odnosa. Susjedskim pravima se štite individualni interesi, ali se posredno vrši zaštita i opšteg društvenog interesa. Zahtjevi kojima se ostvaruju susjedska prava u sudskom postupku su vlasnički zahtjevi (štiti se pravo svojine na nepokretnosti), a presuda koja se povodom toga donosi ima deklaratorni karakter.²⁷

Kod regulisanja susjedskih prava veoma važno je odrediti pojam susjedstva, kao i načela i granice u okviru kojih se ona vrše.²⁸ Pojam susjedstva obuhvata ne samo neposredno granične nepokretnosti nego i druge nepokretnosti koje su na neki način povezane odnosno čije je korišćenje uzajamno zavisno.²⁹ Već je ZOSPO propisao da kod štetnih imisija štiti vlasnika „druge“, a ne susjedne nepokretnosti.³⁰ Ubrzani tehnološki progres povećava krug nepokretnosti na koje se susjedsko pravo odnosi. Kao i službenosti, i susjedska prava treba da se izvršavaju samo u mjeri i na način da se njima što manje ograničava, opterećuje ili na drugi način uznemirava ono lice na čiji teret postoje, a s druge strane da se omogući normalna upotreba susjedne nekretnine.³¹ To znači da u bi u spornim slučajevima prednost trebalo da ima ona strana koja je ograničena, opterećena ili uznemirena. Korišćenjem susjedskih prava ne smije se drugom licu nanositi šteta.³²

Zakonodavac je prilikom normiranja susjedskih prava, prije svega, imao u vidu pravila običajnog prava³³ kako bi vrste i sadržaj odgovarali prilikama koje ovdje vladaju. Pravila o susjedskim pravima nisu imperativne naravi i susjedi mogu i na drugi način urediti svoje međusobne odnose,³⁴ naravno ako se ne radi o javnopravnim ograničenjima.³⁵ Njihovi sporazumi moraju

²⁷ T. Zlatković, *Susjedska prava*, Pravni život, br. 10/01, str. 89.

²⁸ M. Lazić, *Imisije i građanskopravna zaštita*, Pravna riječ, br. 32/12, str. 115–116.

²⁹ M. Mitrović, *Susjedska prava*, magistarski rad, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, mart 2013, str. 13.

³⁰ Član 5 ZOSPO.

³¹ Član 66 st. 3 ZSP.

O razgraničenju susjedskih prava od prava stvarnih službenosti v. P. Simonetti, *Prava na građevinskom zemljištu (1945–2007)*, Knjiga prva, Rijeka, 2008, str. 157. O specifičnosti susjedskih prava u odnosu na službenosti v. J. Pak, *Susjedska prava*, u: Promene stvarnog prava u Srbiji, Beograd, 2004, str. 141–142. O susjedskim pravima i urbanističkim planovima v. M. Vulić, *Susjedska prava i urbanistički planovi*, Pravni život, br. 11/08, str. 355–363.

³² Vid. odluku Vrhovnog kasacionog suda Srbije, Rev-415/10 od 15.6.2010, Izbor sudske prakse, br. 2/11, str. 51.

³³ Običajno pravo o susjedskim odnosima posebno je razvijeno u selima gdje postoji tradicija kolektivnog života.

³⁴ Iz ovakvih sporazuma nastaju prava i obaveze koje imaju obligacionopravni karakter i obavezuju samo ugovarače.

³⁵ Javnopravna ograničenja propisana su imperativnim normama i ne mogu se mijenjati sporazumom vlasnika.

biti u skladu sa pravilima javnog poretka. U savremenom pravu, inače, postoji značajno jačanje imperativnih normi u uređenju susjedskih odnosa. Pravnim normama ne mogu se predvidjeti svi slučajevi susjedskih prava, a kao korektivni faktor se pojavljuje zabrana zloupotrebe prava. Dobra regulacija susjedskopravnih ograničenja svojine prevencija je zloupotrebe prava.³⁶ Priroda odnosa koji čine objekt regulisanja daje ovim pravima određene zajedničke karakteristike. Propisana prava mogu se dijeliti po raznim osnovama, mada bi to moglo upućivati na to da se radi o subjektivnim pravima, a ona to nisu. U pravnoj teoriji nema saglasnosti o tome kako sistematizovati pravne norme kojima se regulišu susjedski odnosi.³⁷ Ipak, imajući u vidu njihovu sadržinu, po nama, najprikladnija sistematizacija bila bi u četiri grupe. Prvu grupu čine ona prava koja proizilaze iz razgraničenja nekretnina,³⁸ zatim postoje prava na osnovu kojih vlasnik jedne nekretnine može da na neki način upotrebljava susjednu nekretninu, sljedeću grupu čine prava da se zahtijeva od susjeda da svoju nekretninu ne upotrebljava u određenom pravcu i konačno su prava da se od vlasnika susjedne nekretnine zahtijeva neko činjenje.³⁹ Pravo nužnog prolaza normirano je kao stvarna službenost koja nastaje na osnovu odluke suda,⁴⁰ mada bi se moglo posmatrati kao susjedsko pravo odnosno zakonsko ograničenje svojine.⁴¹ ZSP detaljno reguliše različite vrste susjedskih prava,⁴² ali ih ne grupiše po određenim cjelinama. Osim po sadržaju, ova prava se mogu razvrstavati i po drugim kriterijumima, npr. po razlozima njihovog postojanja, po načinu ostvarivanja itd. Zakon je prilikom normiranja ovog instituta, koji čini dio pravnog režima svojine, u najvećem dijelu prihvatio dosadašnju praksu i uobičajena pravila iz ove oblasti i na taj način je nastojao da ostvari ravnotežu i minimum tolerancije u zajednici susjeda.⁴³

Susjedska prava, kao atribut prava svojine, uspostavljaju balans privatnih interesa, ali se pri tome nikako ne smije zanemariti ni javni interes za njihovo postojanje. Zato se ova prava mogu štititi u postupku pred sudom,⁴⁴

³⁶ M. Lazić, *Susjedska prava i zloupotreba prava*, u: Pristup pravosuđu – Instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Srbije, Tematski zbornik radova, Knjiga treća, Niš, 2009, str. 159.

³⁷ Vid. D. Lazarević, op. cit., str. 398.

³⁸ Ova prava karakteriše uzajamnost ovlašćenja i obaveza.

³⁹ Slično i O. Stanković i M. Orlić, *Stvarno pravo*, deveto izdanje, Beograd, 1999, str. 206–213.

⁴⁰ Član 221 ZSP.

⁴¹ Tako i § 917 Njemačkog građanskog zakonika i član 964 Švajcarskog građanskog zakonika.

⁴² To je svakako korisno, jer u praksi ima mnogo sporova iz ove oblasti.

⁴³ Zakonodavac je morao da vodi računa da ovaj zakon ne bude u koliziji sa nekim drugim zakonima koji regulišu ovu materiju, prije svega sa zakonima koji se odnose na korišćenje šuma, voda, poljoprivrednog zemljišta, te zakonima iz oblasti urbanizma.

⁴⁴ Ova prava se pred sudom mogu štititi negatornom ili državinskom tužbom, a moguća je i obligacionopravna zaštita.

ali isto tako i u upravnom postupku,⁴⁵ te putem samopomoći ako je ona izričito dopuštena.⁴⁶ Samopomoć je izuzetni i supsidijarni oblik pravne zaštite koji se dopušta pod zakonom predviđenim uslovima. Kriterijum za razgraničenje između sudskog i upravnog postupka je pitanje da li se radi o zahvatu u koje od građanskih prava ili o javnopravnom području. Adekvatna zaštita susjed-skih prava može se ostvariti samo komplementarnošću građanskopravnih i javnopravnih normi iz ove oblasti. Pravo na zaštitu susjed-skih prava nije vremenski ograničeno. Korisna je odredba da pravo da zahtijeva neko trpljenje, propuštanje ili činjenje koje predviđa zakon, isto kao i vlasnik, ima i ono lice koje drži nekretninu na osnovu nekog prava izvedenog od vlasnika,⁴⁷ te da se to može tražiti i od lica koje drži nekretninu na osnovu prava izvedenog iz prava vlasnika.⁴⁸ Dakle, pojam subjekta susjed-skog prava određen je dosta široko, što je svakako prihvatljivo rješenje, jer cilj susjed-skih prava nije samo razgraničenje vlasničkih već i korisničkih sfera kod nepokretnosti.⁴⁹

U nastavku nećemo izlagati bitan sadržaj svih susjed-skih prava, nego ćemo se opširnije baviti samo međom i imisijama, kao najinteresantnijim susjed-skim pravima.

Međa

Zanimljivo je da ZSP u ovom dijelu sadrži i materijalno-pravne odredbe u pogledu uređenja međe,⁵⁰ što je do sada bilo regulisano u zakonu koji je uređivao vanparnični postupak.⁵¹ Susjed-sko pravo održavanja međa sastoji se u obavezi vlasnika odnosno korisnika susjed-nih nepokretnosti da zajednički održavaju granice njihovih nepokretnosti u zajedničkom interesu. Međa predstavlja mjesto do koga dopire faktička (a najčešće i pravna) vlast vlasnika nepokretnosti. To je granica koja razdvaja dvije susjed-ne nepokretnosti. Ona je i

⁴⁵ Upravno-pravna zaštita se npr. može tražiti kada dođe do povrede odredaba komunalnog reda o dopuštenoj buci, odlaganju smeća i tome slično.

⁴⁶ Uz opšta pravila o zaštiti putem samopomoći (član 162 ZOO), za odnose između susjeda postoje i neka posebna pravila. Primjera radi, samopomoć se može vršiti i odsijecanjem grana i čupanjem korijenja i žila susjedovog drveća koje je prodrlo na tuđu nekretninu (v. član 71 ZSP).

⁴⁷ Uslov je da to nije u suprotnosti s interesima vlasnika.

⁴⁸ Član 66 st. 2 i 4 ZSP.

⁴⁹ M. Lazić i N. Planojević, *Službenosti i susedska prava u stvarnom pravu Crne Gore*, Pravna riječ, br. 28/11, str. 98.

⁵⁰ Član 69 ZSP.

⁵¹ Sada Zakon o vanparničnom postupku – ZVP (Službeni glasnik RS br. 36/09) propisuje samo pravila ovog postupka u članovima 179–185, što je u suštini i zadatak tog procesnog zakona.

pojmovni element svojine.⁵² Propisano je da će se međa obnoviti⁵³ ili ispraviti ako su međašnji znaci između dvije nepokretnosti toliko oštećeni da bi se moglo dogoditi da se međa neće moći raspoznati ili ako se međa već ne raspoznaje odnosno ako je sporna.⁵⁴ Uređenje međa između susjednih zemljišta vrši se u vanparničnom postupku. Aktivno legitimisani za podnošenje prijedloga su vlasnici i posjednici nepokretnosti, a kada je to zakonom određeno i ovlašćeni organ.⁵⁵ U ovom postupku suvlasnici ili suposjednici susjednih zemljišnih parcela imaju procesni i materijalni položaj jedinstvenih suparničara.⁵⁶ Prijedlog za uređenje međe treba da sadrži podatke o vlasnicima (suvlasnicima), odnosno posjednicima (suposjednicima) susjednih parcela, zemljišnim česticama između kojih se međa uređuje sa oznakama tih parcela iz javnih knjiga, zatim razloge zbog kojih se postupak pokreće, kao i vrijednost sporne međašnje površine.⁵⁷ Mjesno nadležan je sud na čijem se području nalaze nepokretnosti, a ako su one na teritoriji više sudova, nadležan je svaki od tih sudova. U tom slučaju predlagač ima pravo da izvrši izbor mjesno nadležnog suda. Ukoliko se u prijedlogu navede da je susjed zauzeo dio predlagačeve parcele, pa se traži zaštita državnine ili vraćanje dijela nekretnina, vanparnični sud ne bi bio nadležan za postupanje.⁵⁸ U slučaju da jedna strana u postupku otuđi nekretninu, to ne sprečava dovršenje postupka, a sticatelj nekretnina može uz pristanak stranaka stupiti u postupak umjesto te stranke.

Po prijemu prijedloga sud može zakazati ročište radi pokušaja sporazumnog uređenja međa.⁵⁹ Ako učesnici o tome ne postignu sporazum, sud će zakazati ročište na licu mjesta. Na ovo ročište se pozivaju stranke, vještaci geodetske odnosno druge odgovarajuće struke,⁶⁰ a po potrebi i predloženi

⁵² Nema svojine na zemljištu ako se ne odredi predmet svojine.

⁵³ Međa će se obnoviti ako nije sporna, ali postoji opasnost da se neće moći raspoznati. Obnavljanje se vrši postavljanjem novih međnih znakova. Vid. V. Prančić, *Neka sporna pitanja u postupku uređenja međe*, Hrvatska pravna revija, br. 4/04, str. 1.

⁵⁴ U postupku ispravljanja međe sud utvrđuje gdje se nalazi međa između određenih parcela.

⁵⁵ Član 180 st. 1 ZVP. Npr. ovlašćeni organ bi bio nadležni pravobranilac u određenim postupcima kada je granica sporna.

⁵⁶ Vid. odluku Kantonalnog suda u Tuzli, Gž-1424/03 od 25.6.2004. godine, u: H. Tajić, *Zbornik sudске prakse sudova u Bosni i Hercegovini u oblasti građanskog prava*, Sarajevo, 2005, str. 702.

⁵⁷ Član 180 st. 2 ZVP.

⁵⁸ V. Ristić i M. Ristić, *Priručnik za praktičnu primenu Zakona o vanparničnom postupku*, Beograd, 1989, str. 246.

⁵⁹ Iako ga zakon ne obavezuje da po prijemu prijedloga zakaže ročište, sud će, po pravilu, ovo ročište ipak odrediti radi pokušaja sporazumnog uređenja međe.

⁶⁰ Poznato je da su stranke u ovom postupku (pogotovo neuke) najviše sklone vjerovati iskazu geodetskog vještaka i katastarskim planovima, mada je poznato da ovaj plan ne mora da bude pouzdan dokaz o pravcu međe. Vještak geodetske struke je samo stručni pomagač čiji se rad kod uređenja međa svodi na identifikaciju parcela, a nikako arbitar koji treba da odredi granice nekog zemljišta. Međa je pravno, a ne geodetsko pitanje i sudija treba da odredi kuda se predmetna međa uistinu i pruža. Vid. D. Napijalo, *O međi kao pravno-geodetskom pitanju*, Naša zakonitost, br. 4/82, str. 89–96; H. Oberman,

svjedoci. Stranke treba da ponesu sa sobom sve isprave, skice i druge dokaze koji su relevantni za donošenje odluke.⁶¹ Ako predlagač ne dođe na ročište, a bio je uredno pozvan, ročište će se održati samo ukoliko to predloži protivnik predlagača. U suprotnom, smatraće se da je prijedlog povučen.⁶²

Kao načini uređenja predviđeni su sporazum susjeda, posljednja mirna državina i pravičnost. Uređenje međe prema jačem pravu više nije moguće i to, donekle, devalvira ovaj institut. Međa na građevinskom zemljištu uređuje se u skladu sa prostornoplanskom dokumentacijom u sudskom vanparničnom postupku.⁶³

Uređenje međa vrši se po određenom zakonskom redosljedju, a ne po slobodnoj ocjeni suda.⁶⁴ Sporna međa se, prema tome, prije svega uređuje na osnovu sporazuma susjeda. Stranke se mogu sporazumjeti u skladu sa svojim željama,⁶⁵ jer imaju pravo da slobodno raspolažu sa svojom stvari, pa su ovlašćeni i da odrede granice svojih parcela.⁶⁶ Sporazum se može odnositi na cijelu dužinu međe ili samo na jedan njen dio. Ovaj sporazum ima značaj ugovora o poravnanju. U slučaju da među nije moguće urediti na ovaj način, sud će je urediti prema posljednjoj mirnoj državini.⁶⁷ Prilikom takvog uređenja mora se pouzdano utvrditi koja od stranaka ima u faktičkoj vlasti spornu međnu površinu odnosno dokle u prostoru seže faktička vlast svakog od susjeda. To se može utvrđivati raznim dokaznim sredstvima, primjera radi saslušanjem svjedoka, vještaka, uvidom u isprave itd.⁶⁸ Kada se vrši uređenje međa na ovaj način mjerodavno je stanje na terenu, a ne stanje u katastarskim planovima.⁶⁹

O međi kao pravno-geodetskom pitanju, Naša zakonitost, br. 10/82, str. 101–103; *Problemi prakse vanparničnih postupaka oko uređenja međe*, Naša zakonitost, br. 10/82, str. 104–106; D. Napijalo, *O međi kao pravno-geodetskom pitanju*, Naša zakonitost, br. 2/83, str. 141–142.

⁶¹ Član 181 ZVP.

⁶² Član 182 ZVP.

⁶³ Suprotno tome, članom 185 ZVP propisano je da sud neće uređivati među na građevinskom zemljištu na kome postoji pravo svojine, osim u slučaju ako nije izvršena parcelacija zemljišta po odredbama Zakona o prostornom uređenju, pa bi ove odredbe trebalo uskladiti, kako bi se izbjegle moguće dileme u praksi. Ova odredba ZVP je, kao što je vidljivo, jezički i stilski neprirodna, jer se u njoj iz tri negacije treba izvući zaključak kada sud to može da učini.

⁶⁴ Analogno i Okružni sud u Kraljevu, Gž. 351/91, u: R. Ćosić, *Vanparnični postupak*, Beograd, 1997, str. 109.

⁶⁵ Stranke samo ne mogu da postignu sporazum u vezi sa raspolaganjima koja nisu dopuštena.

⁶⁶ Čak i da ovaj način nije predviđen, nesporno je da stranke mogu u pogledu sporne međe u toku cijelog postupka zaključiti sudsko poravnanje u skladu sa odredbama članova 87–90 Zakona o parničnom postupku (Službeni glasnik RS br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09 i 61/13).

⁶⁷ Pretpostavka je da držalac ima i pravo na državinu.

⁶⁸ Državina stečena silom, prevarom ili zloupotrebom povjerenja (vi, clam, precario) nije mirna zbog toga što držalac čija je državina oduzeta ima pravo uspostave ranijeg stanja putem suda ili putem samopomoći. No, i ovakva državina može postati mirna, kada proteknu rokovi u kojima raniji držalac ima pravo na zaštitu državine. Vid. član 312 st. 3 ZSP.

⁶⁹ Vrhovni sud Vojvodine, Rev. 194/87, u: R. Ćosić, op. cit., str. 111.

Kod ovog načina uređenja ne zahtijeva se kvalifikovana državina. Ukoliko se međa ne može urediti ni na jedan od ovih načina, sud će spornu površinu podijeliti po pravičnosti.⁷⁰ Pravičnost je pravda pojedinačnog slučaja.⁷¹ Za ovo odlučivanje ne postoje posebna pravila. Prilikom tumačenja ovog načina uređenja međe neki autori su smatrali da u takvom slučaju spornu površinu treba podijeliti u smislu paragrafa 404 bivšeg OGZ-a, kao neko ostrvo koje nastane u rijeci.⁷² No, očito je da to nije bila intencija zakonodavca i da sud, prilikom uređenja međa na ovaj način, ne bi smio tako postupati. Kod donošenja ove odluke moraju se imati u vidu svi bitni elementi, a posebno konfiguracija terena, eventualne prepreke i uopšte sve ono što postoji na samom terenu, a što može biti relevantno za presuđenje u konkretnom slučaju.⁷³ Sud će se prilikom uređenja međe na ovaj način rukovoditi stanjem na terenu i prema okolnostima slučaja donijeti odluku.⁷⁴ S obzirom na to da se radi o arbitrenom sudovanju, ta rješenja moraju biti posebno detaljno obrazložena da bi se, povodom eventualne žalbe, mogla ispitati i ocijeniti u drugostepenom postupku.⁷⁵ Zakonodavstva su, inače, u pravilu vrlo oprezna u odnosu na uvođenje pravičnosti kao osnove za presuđenje građanskopravnih odnosa, a i pravna teorija podržava orijentaciju da se po pravičnosti može suditi samo ako za to postoji izričito ovlaštenje zakonodavca.⁷⁶ Suđenje po ovom osnovu teže je od drugih oblika suđenja, jer se kod ostalih oblika unaprijed zna materijalnoppravna norma prema kojoj će se donijeti odluka. Kod suđenja na osnovu pravičnosti sud sam stvara normu i prema njoj provodi dokaze. To je objektivno situacija koja je za suđenje mnogo teža.⁷⁷ Suđenje po osnovu pravičnosti nije ni subjektivno ni proizvoljno, ali ne smije biti ni sentimentalno,

⁷⁰ Pitanje pravde i pravičnosti spada u veoma značajna pitanja pravne nauke i filozofije i privlači pažnju mnogih pravnika i filozofa prava. Šire o tome: R. Lukić, *Sistem filozofije prava*, str. 509–510; S. Perović, *Pravno-filozofske rasprave*, Beograd, 1995, str. 156–157; B. Marković, *Pravičnost kao izvor prava*, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 1-2/06, str. 571–583; B. Marković, *O pravednom pravu*, Beograd, 2013, str. 27–104.

⁷¹ G. Radbruch, *Filozofija prava*, drugo izdanje, Beograd, 2006, str. 41.

⁷² Vid. npr. J. Uzelac, *Uređenje međa*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1/07, vol. 28, str. 875.

⁷³ Primjera radi, kad se međa uređuje pravičnom ocjenom suda između nekretnina koje su šume, glavni kriterijum za ovu ocjenu suda treba biti vrijednost i kvalitet stabala koja se nalaze na spornoj međnoj površini – v. Županijski sud u Koprivnici, Gž- 1034/00 od 14.12.2000, u: M. Žuvela, *Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama*, Zagreb, 2004, str. 197.

⁷⁴ O tome: M. Žuvela, *Susjedska prava – uređenje međa*, Hrvatska pravna revija, 2001, str. 41.

⁷⁵ D. Medić, *Uređenje međa u Bosni i Hercegovini*, Pravni život, br. 13/07, str. 824.

⁷⁶ Vid. A. Radolović, *Suđenje osnovom pravičnosti, diskreciono ovlaštenje suca i slobodna ocjena dokaza*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19. supplement, 1998, str. 1051.

⁷⁷ O tome: A. Radolović, op. cit., str. 1062.

niti ideološko, zasnovano isključivo na nekoj apstraktnoj dogmi, religioznoj, filozofskoj ili političkoj. Ono treba da bude izrazito naučno i da se rukovodi objektivnim, racionalnim i vladajućim društvenim kriterijumima.⁷⁸

Sud može da među uredi djelimično na jedan, a djelimično na drugi način. Nema prepreka da se međa u jednom dijelu uredi na osnovu sporazuma, a da se ostali dio sporne međe uredi po posljednjoj mirnoj državini ili na osnovu pravičnosti.⁷⁹ Ako bi se prilikom uviđaja utvrdilo da se na pravcu uređene međe nalazi neko stablo, ono se ne dijeli prema graničnoj liniji, već je u susvojini susjeda s obje strane međe.⁸⁰ Ograde između susjednih nepokretnosti (zidovi, plotovi, ograde, živice i druge prepreke), kao i stvari koje služe kao međašnji znakovi, susvojina su susjeda, osim ako se dokaže da su svojina jednog od njih.⁸¹

O radnjama preduzetim na ročištu za uređenje međa sastavlja se zapisnik uz koji se prilažu skica zatečenog stanja i skica stanja uspostavljenog uređenjem međa. Sud uređuje među prilikom ročišta na licu mjesta stavljanjem trajnih i vidnih međašnjih znakova, a to ujedno predstavlja i predaju državine, pa zato učesnici ne mogu zahtijevati da u izvršenju budu uvedeni u državinu onog dijela zemljišta koje im je u ovom postupku pripalo.⁸² Sud uređuje među rješenjem. Ovo rješenje je izvršna isprava koja se provodi odmah prilikom donošenja odnosno uređenja međe na licu mjesta i kada takva odluka postane pravosnažna, nikakvo dalje izvršenje više nije moguće.⁸³ Zbog toga u praksi može da dođe do određenih problema, jer se izvršava nepravosnažna sudska odluka, a tek poslije toga slijedi ispitivanje njene zakonitosti. To može da dovede do pravne nesigurnosti, kao i do sukoba između stranaka u ovom veoma osjetljivom imovinskopравnom sporu.⁸⁴ Rješenje o uređenju međe je odluka sui generis u procesnopravnom značenju, pošto je ona donesena nakon što je sud na licu mjesta među uredio, te na taj način odluku o glavnoj stvari već izvršio.⁸⁵ Ovo rješenje treba da sadrži tačan opis kojim pravcem je predmet-

⁷⁸ B. Marković, *Suđenje po pravičnosti u opštem i arbitražnom pravu*, Pravni život, br. 2/86, str. 145.

⁷⁹ Slično i Okružni sud u Slavonskoj Požegi, Gž–1367/87 od 2.12.1987, Pregled sudske prakse, prilog Naše zakonitosti, br. 37/88, odl. br. 77.

⁸⁰ Član 70 st. 2 ZSP.

⁸¹ Član 67 st. 1 ZSP.

⁸² Član 183 ZVP.

Ne može se odrediti uređenje međe pod prijetnjom izvršenja kao naknadne radnje koja će se provesti u izvršnom postupku. Analogno i Kantonalni sud u Sarajevu, pravni stav objavljen u Biltenu sudske prakse Kantonalnog suda u Sarajevu, br. 1/99, str. 28.

⁸³ Slično i Kantonalni sud u Sarajevu, Bilten sudske prakse Kantonalnog suda u Sarajevu, br. 1/99, str. 29.

⁸⁴ Vid. S. Ćulibrk i B. Toljaga, *Neka zapažanja o uređenju međe sa osvrtom na rješenja u odredbama čl. 172, 174/1 i 176. Zakona o vanparničnom postupku (ZVP)*, Glasnik pravde, br. 5/00, str. 97.

⁸⁵ M. Šemić, *Postupak za uređenje međa*, Pravni život br. 1/90, str. 122.

na međa uređena tako da u pogledu toga ne smije da bude nikakvih dilema, način na koji je međa uređena, te odluku o troškovima spora. Sud je dužan da u rješenju navede i opis sporne površine, sve navode i prigovore stranaka, provedene dokaze i utvrđene činjenice, kao i detaljno obrazloženje donesene odluke. Skica uspostavljenog stanja čini sastavni dio izreke rješenja,⁸⁶ pošto sud ne može da na dovoljno jasan način samo opisno označi određenu graničnu liniju. Odlukom o uređenju međe stranke se ne mogu obavezati na predaju zauzetog zemljišta.⁸⁷

Učesnici snose troškove postupka na jednake dijelove, ali u slučaju da postoji značajna razlika u pogledu njihovog udjela u određivanju granične linije, sud će prema srazmjeru tog udjela, odrediti koliki dio će snositi svaki učesnik. Sud može odlučiti da sve troškove snosi učesnik u čijem se interesu postupak vodi odnosno učesnik koji je svojim ponašanjem isključivo dao povoda za pokretanje postupka.⁸⁸ Predlagač snosi sve troškove ako se utvrdi da obnavljanje odnosno utvrđivanje međe nije bilo potrebno.⁸⁹ Povodom žalbe stranaka drugostepeni sud može preinačiti rješenje prvostepenog suda kojim je međa uređena kad utvrdi da je u prvostepenom postupku činjenično stanje potpuno utvrđeno, ali da su pogrešno primijenjene odredbe zakona kojima se propisuje ova materija.⁹⁰ Revizija protiv drugostepenog rješenja o uređenju međa nije dopuštena, jer je ovaj vanredni pravni lijek u vanparničnom postupku dozvoljen samo kada se odlučuje o stambenim stvarima i o naknadi za ekspropisanu nepokretnost.⁹¹

Iako se u ovom postupku ne odlučuje o pravu svojine, kada se uredi sporna međa, pretpostavka je (oboriva) da postoji svojina do te međe. Svako ima pravo da nakon toga u parnici dokazuje svojину na spornoj površini.⁹² Onaj susjed koji je učestvovao u postupku uređenja međe (i lice koje izvodi svoje pravo iz njegovog prava) može ovu parnicu pokrenuti u roku od šest mjeseci od pravosnažnosti donesene odluke. Protekom tog roka ova mogućnost prestaje, jer se radi o prekluzivnom roku materijalnog prava.

⁸⁶ Član 184 ZVP.

⁸⁷ Okružni sud Beograd, Gž – 1162/96 od 17.4.1996, u: M. Živanović i N. Milijević, *Vanparnični postupak*, Banja Luka, 2001, str. 320–321.

⁸⁸ Član 27 st. 2 i 3 ZVP.

⁸⁹ Tako i Okružni sud Zagreb, Gž-1251/86 od 11.3.1986, navedeno prema: J. Uzelac, op. cit., str. 887–888.

⁹⁰ „U postupku uređenja međa vlasnici ili posjednici susjednih zemljišnih parcela imaju procesni i materijalni položaj jedinstvenih nužnih suparničara, pa ukoliko je žalbu podnio samo jedan protivnik predlagača, pridružno dejstvo žalbe, s učinkom na čitavu jedinstvenu stranku, odnosi se i na ostale protivnike predlagača, tako da se može smatrati da su i ostali podnijeli žalbu“ – Kantonalni sud u Tuzli, GŽ – 1424/03 od 25.6.2004, u: H. Tajić, op. cit., str. 702–703.

⁹¹ Član 25 ZVP.

⁹² Zahtjev je usmjeren na predaju u državinu dijela koji je između stranaka sporan.

Značajno je ukazati i na odnos između uređenja međa i smetanja državine, pošto između ovih instituta ima dosta sličnosti, ali i međusobnih razlika.⁹³ U svakom konkretnom slučaju potreban je suptilan pristup kako bi se pouzdano odredilo šta je pravi interes neke stranke u raznovrsnim životnim situacijama i najčešće se tek na licu mjesta, kada se utvrde sve bitne činjenice, najbolje opaža potreba vođenja jednog ili drugog postupka.⁹⁴ Međašnji objekti, inače, imaju samostalnu faktičku i pravnu egzistenciju i na njima je moguće izvršiti čin smetanja državine i zbog toga tražiti državinsku zaštitu.⁹⁵ Posebnu teškoću predstavlja prekoračenje međe građenjem.⁹⁶ Da bi došlo do primjene ovog instituta i propisanih pravila, potrebno je da je građenjem zgrade prekoračena međa odnosno da je time zahvaćen i dio susjednog zemljišta uz među koje predstavlja tuđu svojину, a da između graditelja i vlasnika zemljišta ne postoji ugovorni odnos koji uređuje građenje preko međe. Izgrađena zgrada, dakle, mora da se nalazi s obje strane međe. Odredbe o prekoračenju međe građenjem primjenjuju se samo u slučaju kada se manji dio zgrade (najčešće neznatni) nalazi na susjednom zemljištu.⁹⁷

Imisije

Uvijek aktuelno i važno susjedsko pravo predstavlja imisije. Radi se o najkompleksnijem susjedskom pravu koje zauzima centralno mjesto među ostalim susjedskim pravima. Imisije imaju mnogo širu teritorijalnu primjenu od ostalih susjedskih prava koja se najčešće odnose na granične nepokretnosti ili nepokretnosti koje se nalaze u blizini.⁹⁸ One su redovna prateća pojava svakodnevnog života.⁹⁹ Zaštita od imisija pojavljuje se kao susjedsko pravo sa najširim sadržajem. Danas postoji čitav niz imisija koje se nužno prostiru na zemljišta koja su susjedna, jer je gotovo nemoguće korišćenje

⁹³ O tome više: E. Vagner, *Smetanje posjeda ili uređenje međa*, Naša zakonitost, br. 11/53, str. 626.

⁹⁴ „Dovršenje parnice zbog smetanja posjeda ne može biti prethodno pitanje zbog kojeg se može prekinuti postupak za uređenje međe“ – Županijski sud u Bjelovaru, Gž – 2330/00 od 14.12.2000, u: M. Žuvela, *Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama*, Zagreb, 2004, str. 198.

⁹⁵ Tako i Vrhovni sud Hrvatske, GZZ-45/75 od 7.5.1975, u: A. Eterović, *Smetanje posjeda u sudskoj praksi*, Sarajevo, 1989, str. 148–149.

⁹⁶ Vid. član 62 ZSP.

⁹⁷ O tome v. N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, *Stvarno pravo*, Svezak 1, Zagreb, 2007, str. 542.

⁹⁸ M. Toroman, *Odrednica Susjedsko pravo*, u: Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, tom treći, Beograd, 1978, str. 237.

⁹⁹ D. Lepetić, *Štetne imisije i prirodno pravo*, Pravni život, br. 9/95, str. 379.

nekoг zemljišta bez uticaja na njegovu okolinu. Zato je dobro rješenje da su imisije regulisane mnogo opširnije i cjelovitije nego ranije.¹⁰⁰ Imisije se određuju negativno, navođenjem nedopuštenih načina njihovog vršenja. One predstavljaju smetnje (neprijatnosti) koje dolaze s jedne nepokretnosti koje u značajnoj mjeri ometaju uživanje susjedne nepokretnosti. Najčešće se radi o neprijatnim mirisima, prašini, prenošenju dima, čađi, pepela, oticanju otpadnih voda, buci, toploti i tome slično. Gotovo je nemoguće nabrojati sve vrste imisija. Razvojem nauke i tehnologije njihov broj se sve više povećava. U inostranoj sudskoj praksi sa imisijama se izjednačavaju štete koje izazivaju glodari, insekti i slična živa bića.¹⁰¹ Imisije su značajne i kao faktor zagađivanja zdrave životne sredine. Njima se ne ugrožava samo pravo svojine, već može da se ugrožava i pravo na zdravlje onih lica koja su im izložena, pa se sve više zastupa stav o nužnosti primjene normi o imisijama u cilju zaštite ljudskih prava (prvenstveno zdravlja) zanemarujući susjedske odnose.¹⁰² Pod imisijama su se ranije podrazumijevali samo oni uticaji koji dolaze sa jedne nepokretnosti na drugu, koji su materijalne prirode i koji se mogu opaziti. Danas je takva definicija preuska i prevaziđena, jer nema sumnje da se pojedine imisije ne mogu čulno opaziti (npr. radioaktivno zračenje, elektromagnetno zračenje i druga opasna zračenja, zvučni i svjetlosni talasi).¹⁰³ Da bi se nekom licu pružila zaštita nije uslov da imisije traju neprekidno, već je dovoljno da se one pojavljuju periodično.¹⁰⁴ Ograničenjima koja postoje u vezi s imisijama postiže se i zaštita okoline od štetnih uticaja koji potiču od nepokretnosti. Štetne imisije se danas šire na ogromna prostranstva, a ponekad prelaze čak i granice zemalja i kontinenata.¹⁰⁵

Prema načinu na koji dolaze na susjedne nepokretnosti, imisije mogu biti neposredne (direktne) i posredne (indirektne). Neposredne imisije nastaju direktnim odašiljanjem štetnih uticaja, dima, toplote, neugodnih mirisa, otpadnih voda i tome slično. Radnje vlasnika nepokretnosti uperene su direktno na to da susjedno zemljište izloži imisijama. Posredne imisije dospijevaju na nepokretnost susjeda slučajno ili djelovanjem prirodnih sila i potiču od aktivnosti na susjednom zemljištu. One mogu dospjeti susjedu vazduhom, vodom ili putem zemljišta.¹⁰⁶ Zavisno od načina djelovanja, imisije mogu biti

¹⁰⁰ Član 76 ZSP.

¹⁰¹ D. Popov, *Uporedno zakonodavstvo o štetama nastalim usled prekomernih imisija*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1-3/02, str. 222.

¹⁰² Z. Rašović, *Negatorna tužba*, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 1-2/06, str. 964.

¹⁰³ Raniji Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Srbije umjesto izraza imisije upotrebljavao je termin škodljivi uticaji.

¹⁰⁴ D. Stojanović, *Stvarno pravo*, osmo, izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 1991, str. 191.

¹⁰⁵ P. Simonetti, *Građanskopravna zaštita od štetnih imisija*, Naša zakonitost, br. 9-10/88, str. 1041.

¹⁰⁶ I. Babić, *Imisije u građanskom pravu*, Pravna riječ, br. 32/12, str. 98–99.

pozitivne i negativne. Pozitivne imisije prodiru na nepokretnost susjeda, kao npr. dim, buka, toplota, otpadne vode itd. Negativne imisije sastoje se u oduzimanju susjedu vazduha, svjetlosti i tome slično, čime mu se nanosi šteta ili dolazi do smanjene tržišne cijene njegove nepokretnosti.

Neposredne imisije su, u pravilu, zabranjene,¹⁰⁷ a posredne mogu biti zabranjene ili dozvoljene, zavisno od toga da li prelaze mjerila postavljena kriterijumom prekomjernosti.¹⁰⁸ Vlasnik je dužan da u interesu zajedničkog života trpi uobičajene posredne imisije koje ne sprečavaju korišćenje njegovog zemljišta odnosno koje mu nanose samo neznatnu štetu. Izvjesne neprijatnosti, nametnute životom u društvu, moraju da se podnose.¹⁰⁹ Nije moguće koristiti jednu nepokretnost bez ikakvog uticaja na susjedne nepokretnosti. Zaštita se pruža samo od prekomjernih imisija, onih koje prelaze granice tolerancije. Zato je bitno odrediti mjeru za utvrđivanje da li su neke imisije dozvoljene ili ne. Fiksna granica prekomjernosti ne postoji. ZSP prilikom ovog utvrđenja polazi od namjene koja odgovara određenoj nepokretnosti u skladu sa mjestom i vremenom,¹¹⁰ standarda znatnije štete¹¹¹ ili odredaba posebnog zakona¹¹² (prekomjerne posredne imisije). Mjerodavni su kriterijumi za nepokretnost koja im je izložena.¹¹³ Savremeni uslovi života sve više podižu granicu tolerancije trpljenja štetnih uticaja. Sud u svakom konkretnom slučaju, imajući u vidu sve relevantne kriterijume, utvrđuje da li protiv određenog ponašanja susjeda treba drugom susjedu pružiti sudsku zaštitu, vodeći računa o jednakim pravima svih titulara i društvenom miru i ravnoteži kao

¹⁰⁷ Dopuštene su jedino ako postoji poseban pravni osnov za takvo ponašanje.

¹⁰⁸ L. Velić, u: I. Babić i dr., *Komentar Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske*, Sarajevo, 2011, str. 313.

¹⁰⁹ M. Petrović, *Industrijsko susedstvo i odgovornost za štetu*, Niš, 2011, str. 57.

¹¹⁰ Mjesno uobičajeno korišćenje je pravni standard koji se mijenja od mjesta do mjesta i zavisi od mnogo faktora. Prilikom ovog utvrđivanja treba imati u vidu da li se nepokretnost nalazi u selu ili u gradu, da li je u stambenoj četvrti ili industrijskoj zoni, vrijeme vršenja imisija i sve ostalo što može biti od uticaja za donošenje ove ocjene. Isti uticaji sa susjedovog zemljišta mogu se smatrati prekomjernim u jednom mjestu, a podnošljivim na drugom.

¹¹¹ Šta se smatra znatnijom štetom utvrđuje se u svakom konkretnom slučaju. Imisije koje nanose znatniju štetu nisu dopuštene, bez obzira što možda nisu prekomjerne.

¹¹² To su odredbe koje propisuju granične vrijednosti za svaku od imisija.

¹¹³ Vrhovni sud Republike Hrvatske je na sjednici Građansko-privrednog odjela br. II/92 od 23.10.1992. zauzeo sljedeći stav: "Okolnost, radi li se u smislu odredbe članka 5. stavak 1. ZOVO o otežavanju korištenja tuđih nekretnina preko uobičajene mjere, ocjenjuje se s obzirom na prilike u mjestu u kojem se nalazi nekretnina čije je korištenje otežano, a ne nekretnine s koje dolaze štetne imisije" – navedeno prema: J. Brežanski, *Neka pitanja prava stvarnih služnosti i susjedskih prava na građevinskom zemljištu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 18, br. 1/97, str. 232–233. Neki autori smatraju da kao mjerodavan kriterijum treba uzeti nekretninu sa koje dolaze štetne imisije. O tome npr. N. Petrušić, *Zaštita od imisija u građanskom sudskom postupku*, Pravni život, br. 12/03, str. 257.

opštem interesu. Granica tolerancije treba da se utvrdi na osnovu objektivnog kriterijuma bez obzira na subjektivne uslove. Korisno je da savremena nauka omogućava sve veću objektivizaciju mjerila prekomjernosti štetnih uticaja, što znatno pomaže sudu prilikom ove procjene. Mjere štetnosti odnosno granica mjere podnošljivosti pojedinih imisija sve češće se određuju na osnovu utvrđenih standarda tehničkih nauka i moderne medicine. Vlasnici nepokretnosti koji su izloženi prekomjernim posrednim imisijama ovlašćeni su da od vlasnika nepokretnosti sa kojih one potiču zahtijevaju da otklone uzroke tih imisija i da im nadoknade štetu koju su one nanijele.

ZSP poznaje i prekomjerne posredne imisije koje se moraju trpjeti. One potiču od djelatnosti za koju postoji pravni osnov, dozvola nadležnog organa. Zaštita u ovim slučajevima ograničena je samo na naknadu štete (ako je prekomjerna), kao i na preduzimanje odgovarajućih mjera¹¹⁴ da se ubuduće spriječe ili smanje prekomjerne imisije odnosno nastupanje štete pod uslovom da je to društveno opravdano. Ovo je veoma delikatna materija i mislimo da je zakonodavac trebalo da vodi više računa o interesima pogođenog susjeda. Naime, smatramo da je to trebalo ograničiti samo na slučajeve kada se radi o opštekorisnoj dozvoljenoj djelatnosti, dakle nečemu što je posebno važno s aspekta opštih interesa.¹¹⁵ Opštekorisna djelatnost bi, primjera radi, bila eksploatacija rudnog bogatstva, proizvodnja energije, željeznica, avionski saobraćaj i tome slično. Naknada štete se u ovim slučajevima može dosuditi samo ako ti uticaji prelaze granice tolerancije prema mjesnim prilikama.

Zaštita od imisija može se tražiti i prije nego što one budu upućene na neku nepokretnost. Uslov je da određenoj nepokretnosti prijete predvidiva opasnost od neposrednih i posrednih imisija koje vlasnik nije dužan trpjeti. Tada je on ovlašćen da zahtijeva da se odrede i sprovedu odgovarajuće mjere radi njihovog sprečavanja. Ta opasnost mora biti konkretna i izvjesna, a ne uslovljena nekim potpuno neizvjesnim budućim događajem.¹¹⁶

Zaštita od nedopuštenih imisija ostvaruje se vansudskim (samopomoć) i sudskim putem,¹¹⁷ te u upravnom postupku. Vlasnik nepokretnosti ne može se sam zaštititi od onih imisija koje su već dospjele na njegovu nepokretnost, već samo od eventualno budućih koje mu prijete. U sudskom po-

¹¹⁴ Ovo zavisi od okolnosti svakog konkretnog slučaja.

¹¹⁵ Tako i O. Stanković i M. Orlić, op. cit., str. 209.

¹¹⁶ Vid. odluku Vrhovnog suda Hrvatske, Gzz-2/84 od 9.2.1984, Pregled sudske prakse, Prilog Naše zakonitosti, br. 24/84, odl. 84.

¹¹⁷ Vid. D. Milić, *Zaštita od imisije i od zloupotrebe susedskog prava uopšte*, Pravni život, br. 12/87, str. 1445–1460; L. Dujmov, *Građanskopravna (sudska) zaštita od nedopuštenih imisija*, Odvjetnik, br. 1-2/84, str. 1.

stupku zaštita se ostvaruje tužbom zbog uznemiravanja državnine¹¹⁸ i negatornom tužbom¹¹⁹ (koje se ne isključuju), a postoji i zaštita obligacionopravne prirode (tzv. ekološka tužba).¹²⁰

Državinskom zaštitom, koja je brza i djelotvorna, ne štite se sva susjedska prava, ona može poslužiti samo u slučajevima kada je susjed uznemiravan u državnini stvari.¹²¹ Petitorna zaštita od imisija ostvaruje se specifičnom negatornom tužbom koja se od klasične negatorne tužbe razlikuje po krugu lica koji je ovlašćen za podizanje i po sadržaju zahtjeva. Ovu zaštitu, pored vlasnika i pretpostavljenog vlasnika, mogu tražiti i lica koja nepokretnost drže na osnovu nekog prava izvedenog iz prava svojine, a zahtjev može biti proširen i sa zahtjevom za uklanjanje izvora nedopuštenih imisija, te zahtjevom za preduzimanje mjera kad prijeti predvidiva opasnost od neposrednih i prekomjernih posrednih imisija. Negatorni zahtjev može se podići samo ako je došlo do trajnog uznemiravanja. Ovim zahtjevom ne štiti se svojina od nečega što je bilo i prošlo.¹²² Osnov obligacionopravnog zahtjeva leži u opasnosti od prouzrokovanja znatnije štete. Cilj koji se ovim postiže ogleda se u prevenciji zagađenja putem imisija i otklanjanju posljedica koje je ono izazvalo. Broj lica koji ga mogu koristiti je neograničen. Zahtjevom se traži preduzimanje mjera za sprečavanje nastanka znatnije štete odnosno prestanak uznemiravanja, a može se zahtijevati i uklanjanje izvora opasnosti odnosno suzdržavanje od djelatnosti koja prouzrokuje uznemiravanje.¹²³ Ovdje je pravni objekt zaštite širi od onog koji se štiti negatornom tužbom.¹²⁴

Pored građanskopravne (stvarnopravne i obligacionopravne) zaštite, zaštitu od imisija sve više pružaju i propisi javnog prava (upravnopravna i krivičnopravna zaštita), prije svega propisi o zaštiti zdrave životne sredine.¹²⁵

¹¹⁸ Članovi 313 i 317 ZSP.

¹¹⁹ Član 132 ZSP.

O negatornoj tužbi šire: D. Medić, *Zaštita prava svojine*, Pravna riječ, br. 28/11, str. 62–66.

¹²⁰ Vid. član 156 ZOO.

O tome: D. Palačković, *Građansko-pravna ekološka zaštita*, Pravni život, br. 9/95, str. 361–373; B. Pećanac, *Osobnosti građanskopravne odgovornosti za ekološke štete*, Pravni život, br. 9/06, str. 623–639.

¹²¹ Vid. D. Popov, *Državinska zaštita u slučaju nedozvoljenih imisija*, zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3/04, str. 167–180.

¹²² Č. Rajačić, *Stvarno pravo*, skripta, Zagreb, 1956, str. 220.

¹²³ O odnosu između stvarnopravne i obligacionopravne zaštite v. B. Strohsack, *Imisije – odnos između stvarnopravne i obveznopravne zaštite*, Zakonitost, br. 9-10/90, str. 1163–1173.

¹²⁴ Vid. R. Kovačević Kuštrimović, *Zahtev da se ukloni opasnost štete*, Pravni život, br. 9-10/92, str. 1225.

¹²⁵ Član 35 Ustava Republike Srpske propisuje da čovjek ima pravo na zdravu životnu sredinu i da je svako dužan da je u okviru svojih mogućnosti štiti i unapređuje. Zakon o zaštiti životne sredine (Službeni list RS br. 71/12) uređuje zaštitu životne sredine radi njenog očuvanja, smanjivanja rizika za život i zdravlje ljudi, te osiguravanja i poboljšanja kvaliteta života.

Svaka država štiti zdravu životnu sredinu u cilju zaštite i poboljšanja kvaliteta života.¹²⁶ Danas se sve veća pažnja mora poklanjati koordinaciji svojinskih pravila sa principima zaštite životne sredine i zdravlja čovjeka.¹²⁷ Pravo na zdravu životnu sredinu danas se smatra kao posebno ljudsko pravo. Zaštita od imisija, po prirodi stvari, prevazilazi klasičan građanskopravni odnos dvaju subjekata, budući da se imisijama ugrožava životna sredina kao kolektivno dobro.¹²⁸ Možemo slobodno konstatovati da se težište zaštite od štetnih imisija sve više pomjera ka javnom pravu.

ZAKLJUČAK

Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske na detaljan i sveobuhvatan način normira susjedska prava. Ona ne predstavljaju samostalna subjektivna prava već izviru iz prava svojine i dio su svojinskih ovlašćenja. Ne štite se susjedska prava nego pravo svojine na nepokretnosti. Njima se ne smanjuje sadržaj prava svojine. Može se reći da ona samo postavljaju granice ovog prava. Vlasnik nepokretnosti ima obavezu da prilikom korišćenja, pored svojih interesa, vodi računa i o interesima susjeda. Susjedskim pravima određuje se minimum tolerancije koji mora postojati u odnosima između susjeda odnosno vlasnika ili držaoca faktički povezanih nepokretnosti. Radi se o kompleksnom institutu u kome se prepliću privatni i javni interesi. Privatnopravno uređenje susjedskih prava značajno je u situacijama koje nisu obuhvaćene normama javnog prava. Susjedski odnosi u gradovima i naseljima gradskog karaktera sve više su predmet regulacije javnog prava. Zbog toga susjedska prava treba posmatrati sa oba aspekta uređenja.

Savremeni život nameće potrebu još većeg razvoja i nastanka novih susjedskih prava. Novo uređenje susjedskih odnosa kod nas odgovara kontinentalnoevropskom pravnom uređenju i bazira se na dosadašnjoj praksi i pravilima iz ove oblasti koja su prilagođena vremenu u kome živimo. Odnosi između susjeda se, pored toga, regulišu i običajnim pravilima i nivoom kulture. Susjedska prava mogu se štititi u postupku pred sudom, ali isto tako i u upravnom postupku, te putem samopomoći ako je ona izričito dopuštena. Korisna je novina da pravo da zahtijeva neko trpljenje, propuštanje ili činjenje

¹²⁶ O odgovornosti za štete prouzrokovane zagađenjem životne sredine v. P. Šulejić, *Zagađivanje životne sredine i osiguranje*, Pravni život, br. 11/00, str. 468–471.

¹²⁷ Z. Rašović, *Stvarno pravo*, četvrto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Podgorica, 2010, str. 390.

^o sadržaju prava na zdravu životnu sredinu v. D. Todić i G. Milićević, *Pravo na zdravu životnu sredinu*, Pravni život, br. 9/95, str. 282–285.

¹²⁸ N. Petrušić, op. cit., str. 273.

koje predviđa zakon, isto kao i vlasnik, ima i ono lice koje drži nekretninu na osnovu nekog prava izvedenog od vlasnika, te da se to može tražiti i od lica koje drži nekretninu na osnovu prava izvedenog iz prava vlasnika. Slično kao i službenosti, i susjedska prava moraju se vršiti na način kojim se što manje ograničava, opterećuje ili uznemirava susjed koji ima obavezu da nešto trpi, propušta ili učini. Cilj njihovog uređenja je zaštita i unapređenje dobrosusjedskih odnosa, a time se svakako štiti i interes društva da sačuva red i mir u slučaju kolizije interesa njegovih građana.

Prof. dr Dusko Medic
Judge of the Constitutional court of Republika Srpska

NEIGHBORING RIGHTS

Summary

Neighboring rights represent an emanation of the property rights and belong to the real estate owner as a part of his property rights. New structure of the neighboring rights in Republika Srpska are based on the Roman law and it is corresponding to the continental-european legal system. Rules on the neighboring relations regulate relationship between the owners of some real estates. The owner of the real estate while executing his property rights authorization has an obligation to deal justly with a person who is the owner of the other real estate, and who in spite of all that in his interest endures, avoids or acts regarding his real estate as it has been anticipated by the law. This article especially focuses on the boundary and legal transaction, as one of the most interesting aspects of the neighboring rights.

Key words: *neighboring rights, property, restriction of the property, boundary, legal transaction.*

ODGOVORNOST BRODARA ZA ŠTETU NANESENU ČLANU POSADE BRODA (USPOREDBA BOSANSKOHERCEGOVAČKOG I HRVATSKOG PLOVIDBENOG ZAKONODAVSTVA)

Dr sc. Dragan Bolanča*

***Apstrakt:** Članovi posade broda neophodan su element sigurne plovidbe broda. U ovom se radu autor bavi definiranjem i pojašnjavanjem pojma člana posade broda, te odgovornosti brodara za štetu nanесenu članu posade broda u tri slučaja (za njegove propale stvari na brodu, za slučaj njegove nezaposlenosti zbog brodoloma ili druge havarije, za smrt i povredu tjelesnog integriteta). Uspoređuje hrvatska zakonodavna rješenja (Pomorski zakonik iz 2004. god., Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda iz 2007. god.) i ona u bosanskohercegovačkoj legislativi (Zakon o unutrašnjoj plovidbi Republike Srpske iz 2001. god., Zakon o unutaršnjoj i pomorskoj plovidbi Federacije Bosne i Hercegovine iz 2005. god. i Zakon o unutrašnjoj plovidbi u Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine iz 2008. god.). U zaključku naglašava specifične razlike analiziranih rješenja.*

***Ključne riječi:** brodar, član posade, odgovornost za štetu, Republika Hrvatska, Republika Bosna i Hercegovina, Republika Srpska, Federacija Bosna i Hercegovina, Brčko Distrikt Bosne i Hercegovine*

1. UVOD

Zvanje člana posade broda zbog same prirode posla, oduvijek je u sebi krilo raznovrsne opasnosti, pa je tome tako i danas, uz primjenu suvremene tehnologije na brodovima. Tehnološki napredak u cilju osiguranja uvjeta za sigurnu plovidbu ipak nije isključio rizik nastupanja različitih štetnih poslje-

* Редовни професор Правног факултета Свеучилишта у Сплиту

dica za člana посаде u plovidbi (materijalnih i nematerijalnih). A svaka šteta neminovno rađa pitanje o odgovornosti za štetu.

U Republici Hrvatskoj se razlikuju dvije vrste plovidbe: pomorska i unutarnja. Prvu propisuje *Pomorski zakonik* (dalje – PZRH)¹ dok onu drugu uređuje *Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda* (dalje – ZPLUVRH).² Pomorska plovidba je plovidba koja se obavlja na moru i rijekama hrvatskoga jadranskog slijeva do granice do koje su one plovne s morske strane (čl. 5, toč. 1 PZ-a), dok je unutarnja plovidba ona plovidba koja se obavlja na unutarnjim vodama, a to su rijeke, kanali i jezera, osim rijeka jadranskog slijeva u dijelu toka kojim se obavlja pomorska plovidba (čl. 4, toč. 1 i 2 ZPLUV-a). Shodno tome, razlikujemo i dvije vrste broда. U pomorskoj plovidbi, brod jest plovni objekt namijenjen za plovidbu morem, čija je duljina veća od 12 metara, a bruto tonaža veća od 15, ili je ovlašten prevoziti više od 12 putnika. Brod može biti putnički, teretni, tehnički plovni objekt, ribarski, javni ili znanstvenoistraživački (čl. 5, toč. 4 PZ-a). U unutarnjoj plovidbi, **brod je plovilo namijenjeno isključivo ili pretežno za plovidbu unutarnjim plovnim putovima, duljine (L) 20 metara ili više; plovilo čiji je umnožak duljine (L), širine (B) i gaza (T) zapremina od 100 m³ ili više; plovilo namijenjeno za prijevoz više od 12 putnika; tegljač; potiskivač; plovilo namijenjeno za pokretanje bočnog sastava koji se ne sastoji isključivo od čamaca bez obzira na njihovu duljinu, širinu i zapreminu** (čl. 4, toč. 6 ZPLUV-a).

Bosanskohercegovačku plovidbenu legislativu čine tri zakonska akta, jer plovidbu reguliraju *Zakon o unutrašnjoj plovidbi Republike Srpske* (dalje – ZUPRS),³ *Zakon o unutarnjoj i pomorskoj plovidbi Federacije Bosne i Hercegovine* (dalje – ZUPPFBiH),⁴ i *Zakon o unutrašnjoj plovidbi u Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine* (dalje – ZUPBDBiH).⁵ Samo drugonavedeni zakon spominje pomorsku⁶ i unutarnju plovidbu, dok se preostala dva zakonska akta odnose jedino na unutrašnju plovidbu.⁷ Svi navedeni zakonski

¹ Vidi “Narodne novine Republike Hrvatske”, br. 181/04, 76/07, 146/08, 61/11 i 56/13, dalje – “NNRH”).

² Vidi “NNRH” br. 109/07, 132/07, 51A/13 i 151/14.

³ Vidi “Službeni glasnik RS” br. 58/01, 113/05, 33/06. i 1/08.

⁴ Vidi “Službene novine FBiH” br. 73/05, opširnije o tom zakonu: Dragan Bolanča, Mara Barun, *Osnovne značajke plovidbe u Zakonu o unutarnjoj i pomorskoj plovidbi Federacije Bosne i Hercegovine iz 2005. godine*, Zbornik radova “Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, Mostar, br. 5, 2007, str. 67–73.

⁵ Vidi “Službeni glasnik BD BiH” br. 28/08.

⁶ **Plovidba** je vještina vođenja brodova, plovila, koja se obavlja na unutarnjim vodama, unutarnjim plovnim putovima i pomorskom plovnom putu (čl. 2, toč. 2 ZUPPFBiH). **Pomorska plovidba** je plovidba koja se obavlja na moru, na kojem su utvrđeni uvjeti za sigurno odvijanje plovidbe i koji je proglašen kao plovni put, određenog režima plovidbe i klase (čl. 2, toč. 4 ZUPPFBiH).

⁷ Više o spomenutim zakonima: Dragan Bolanča, *Osnovne značajke Ugovora između Vlade Republike*

akti navode da je unutarinja (unutrašnja) plovidba⁸ ona plovidba koja se obavlja unutaršnjim (unutrašnjim) vodama.⁹ Bez obzira na vrstu plovidbe, ona se obavlja brodovima.¹⁰ A *condicio sine qua non* svakog broda je njegova posada.

2. ČLAN POSADE BRODA

2.1. Pojam člana posade

Što se tiče hrvatskog zakonodavstva, u pomorskoj plovidbi posadu broda čine zapovjednik i druge osobe ukrcane za obavljanje poslova na brodu i upisane u popis posade (čl. 125, st. 1 PZRH). Za zapovjednika i člana posade na brodu može se ukrcati samo osoba koja ima pomorsku knjižicu ili odobrenje za ukrcavanje (čl. 137, st. 1 PZRH).¹¹ Za obavljanje poslova kojima se osi-

Hrvatske i Vijeća ministara Bosne i Hercegovine o plovidbi plovnim putovima unutarnjih voda i njihovom obilježavanju i održavanju (2004), Zbornik radova “Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, Mostar, br. 10, 2012, str. 36–44.

⁸ **Unutrašnja plovidba** je plovidba koja se obavlja na unutrašnjim vodama Republike Srpske (čl. 5, st. 1, toč. 2 ZUPRS). **Unutarinja plovidba** je plovidba koja se obavlja na unutaršnjim vodama (uzdužna i poprečna), na kojima su utvrđeni uvjeti za sigurno odvijanje plovidbe i koje su proglašene kao plovni putovi, određenog režima plovidbe i klase (čl. 2, toč. 3 ZUPPFBiH). **Unutrašnja plovidba** je plovidba koja se obavlja na unutrašnjim vodama Distrikta (čl. 2 b ZUPBDBiH).

⁹ **Unutrašnje vode Republike Srpske** su reke, kanali, jezera i ostali vodeni prostori na kojima se obavlja plovidba (čl. 5, st. 1, toč. 1 ZUPRS). **Unutarne vode Federacije BiH** su prirodne rijeke, vještačka akumulacijska i prirodna jezera, kanali i obalno Jadransko more (čl. 2, toč. 1 ZUPPFBiH). **Unutrašnje vode Distrikta** su rijeke, kanali, jezera i ostali vodeni prostori na kojima se obavlja plovidba (čl. 2 a ZUPBDBiH).

¹⁰ **Brod** je plovilo namijenjeno za plovidbu na rijekama, jezerima, kanalima i na morima (čl. 2, toč. 8 ZUPPFBiH). **Brod unutarne plovidbe** je plovni objekt, osposobljen za plovidbu, na unutaršnjim vodama čija dužina trupa iznosi 15 m ili više, a najveća širina trupa 3 m ili više i čija najveća istisnina iznosi 15 tona ili više, kao tegljač i potiskivač bez obzira na njihovu dužinu, širinu i istisninu (čl. 2, toč. 9 ZUPPFBiH). **Brod pomorske plovidbe** je osposobljen za plovidbu morem, čija baždarska dužina iznosi 12 m ili više, a registarski volumen je 15 bruto registar tona ili viša (čl. 2, toč. 10 ZUPPFBiH). **Brod unutrašnje plovidbe** je plovilo dužine trupa od 15 metara i više, širine trupa od 3 metra i više ili čija je istisnina 15 tona i više, ili osposobljeno za prevoz više od 12 putnika kao i tegljač odnosno potiskivač bez obzira na njegovu dužinu, širinu i istisninu (čl. 5, st. 1, toč. 3 ZUPRS; čl. 2, st. 1 c ZUPBDBiH), **Dragan Bolanča**, *Upisnici (registri) plovila u bosanskohercegovačkom plovidbenom zakonodavstvu*, “Pravna riječ”, Banja Luka, br. 36, 2013, str. 88–89, **Dragan Bolanča**, *Željka Primorac*, *Upisnici (registri) plovila u Zakonu o unutaršnjoj i pomorskoj plovidbi Federacije Bosne i Hercegovine iz 2005. godine*, Zbornik radova “Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, Mostar, br. 6, 2008, str. 29.

¹¹ Pomorska knjižica jest isprava kojom se dokazuje zdravstvena sposobnost, svojstvo u kojemu je član posade ukrcan na brod te trajanje plovidbene službe (čl. 137, st. 2 PZ-a). Pomorska knjižica i odobrenje za ukrcavanje jesu osobne isprave osobe kojoj su izdane (čl. 137, st. 3 PZ-a). Prema *Pravilniku*

gurava plovidba brod mora imati propisani broj članova posade s odgovarajućim valjanim svjedodžbama o osposobljenosti (čl. 130, st. 1 PZRH).¹² Član posade broda hrvatske trgovačke mornarice koji obavlja poslove kojima se osigurava plovidba može biti osoba koja ima odgovarajuću životnu dob, koja je stekla odgovarajuće zvanje i koja za obavljanje poslova tog zvanja na brodu ima odgovarajuću svjedodžbu o osposobljenosti, te vježbenik palube ili stroja (čl. 131, st. 1 PZRH).¹³ Svjedodžbu o osposobljenosti za obavljanje poslova na brodu može se izdati samo osobi koja je tjelesno i duševno sposobna obavljati poslove na brodu, te nije ovisna o opojnim drogama i alkoholu, što se utvrđuje liječničkim pregledom i provjerava periodičnim liječničkim pregledom (čl. 131, st. 5 PZRH).¹⁴ Člana posade pomorskog broda uobičajeno se naziva **pomorac**,¹⁵ iako to nisu sinonimi.¹⁶ Pomorac je član posade broda,

o pomorskim knjižicama i odobrenjima za ukrcanje, te postupcima i načinu prijave i odjave pomoraca na obvezno mirovinsko i obvezno zdravstveno osiguranje ("NNRH" br. 54/13.) pomorac je osoba koja ima valjanu pomorsku knjižicu odnosno odobrenje za ukrcavanje izdanu sukladno odredbama Pravilnika (čl. 2, toč. 1), dok je član posade zapovjednik i druga osoba ukrcana za obavljanje poslova na brodu i upisana u popis posade (čl. 2, toč. 2), vidi Dragan Bolanča, Rajko Naprta, *More naše plavo – Članovi posade broda (pomorci)*, Zbirka propisa, Nading, d.o.o., Zagreb, Split, 2013, str. 263–280; Axel Luttenberger, Biserka Rukavina, *Prilagodba hrvatskih propisa o identifikacijskoj ispravi pomoraca međunarodnim izvorima prava*, "Pomorstvo", Pomorski fakultet, Rijeka, br. 19 (1), 2005, str. 229–240.

¹² *Pravilnik o najmanjem broju članova posade za sigurnu plovidbu koji moraju imati pomorski brodovi, plutajući objekti i nepomični odobalni objekti* ("NNRH" br. 63/07, 76/11 i 46/13) propisuje najmanji broj članova posade pomorskog broda, a to predstavlja posadu koja brodu jamči sigurnu plovidbu u odnosu na kategoriju plovidbe i morsko područje plovidbe, veličinu i namjenu broda, snagu porivnog uređaja, stupanj (oznaku) i automatizaciju pogona (čl. 2, st. 1), Bolanča, Naprta, op. cit., str. 281.

¹³ *Pravilnik o zvanjima i svjedodžbama o osposobljenosti pomoraca* ("NNRH" br. 50/07, 62/09, 73/09, 15/10, 42/10, 64/11 i 145/11) propisuje zvanja, stručnu spremu, uvjete i načine stjecanja svjedodžbi o osposobljenosti zapovjednika broda, upravitelja stroja, časnika i drugih članova posade broda (u nastavku – pomorci) – čl. 1. Vidi *ibid*, str. 11.

¹⁴ *Pravilnikom o utvrđivanju uvjeta zdravstvene sposobnosti članova posade pomorskih brodova, brodice i jahti* ("NNRH" br. 93/07) propisuju se uvjeti i način obavljanja liječničkih pregleda radi utvrđivanja zdravstvene sposobnosti članova posade pomorskih brodova, brodice i jahti (u nastavku – članovi posade) – čl. 1, *ibid*, str. 322.

¹⁵ Sam PZ upotrebljava oba pojma, pri čemu se pomorac spominje samo nekoliko puta (čl. 125, st. 4, čl. 125.a, čl. 129, st. 5, čl. 132). Šarolikost se uočava i kod podzakonskih akata (vidi *supra* bilj. br. 3, 4, 5 i 6). *Pravilnik o uvjetima i načinu održavanja straže, te obavljanju drugih poslova na brodu kojima se osigurava sigurna plovidba i zaštita mora od onečišćenja* ("NNRH" br. 125/05, 126/08. i 34/11) pomorcem označava osobu koja je zaposlena, ukrcana ili radi u bilo kojem svojstvu na brodu (čl. 2, toč. 6). Ovaj pravilnik daje pojam „pomorca“ koji upotrebljava samo u dodacima–obrascima, jer inače koristi pojam „član posade broda“ – vidi Axel Luttenberger, *Pomorsko upravno pravo*, Pomorski fakultet, Rijeka, 2005, str. 155, i Branka Milošević Pujo, *Pomorsko pravo (odabrane teme po STCW konvenciji)*, Sveučilište u Dubrovniku, 2006, str. 157. *Pravilnik o posredovanju pri zapošljavanju pomoraca* ("NNRH" br. 120/07) pomorcem smatra svaku osobu koja ispunjava uvjete da bude ukrcana za obavljanje poslova na brodu i upisana u popis posade broda (čl. 2, toč. 2).

¹⁶ Pomorac je opći naziv za osobu kvalificiranu za obavljanje dužnosti člana posade trgovačkog mornaričkog broda (*Pomorski leksikon*, Jugoslavenski leksikografski zavod "Miroslav Krleža", Zagreb, 1990. str. 613). Pomorac ili **mornar** označava bilo koju osobu na brodu, bez obzira na pomorsko zvanje

premda je u suštini prvi pojam širi od drugoga, jer je član posade broda samo onda kada plovi, nakon što je upisan u popis posade i ukrcao na pomorski brod, a pomorac može biti i nezaposlena osoba s tim zvanjem.¹⁷

U unutarnjoj plovidbi posadu plovila¹⁸ čine osobe ukrcajne za obavljanje poslova na plovilu i obvezno se upisuju u popis posade (čl. 46, st. 1 ZPLUVRH). Kao član posade na plovilo se može ukrcao samo osoba koja ima brodarsku knjižicu (čl. 54, st. 1 ZPLUVRH).¹⁹ Za sigurnu plovidbu plovilo mora imati odgovarajući minimalni broj članova posade s određenom stručnom osposobljenošću (čl. 46, st. 2 ZPLUVRH).²⁰ Stručna osposobljenost članova posade broda stječe se položenim odgovarajućim stručnim ispitom, a dokazuje svjedodžbom o stručnoj osposobljenosti (čl. 47, st. 1 ZPLUVRH).²¹ Član posade plovila može biti osoba koja je tjelesno i duševno sposobna obavljati posao na plovilu, što se utvrđuje i provjerava liječničkim pregledom (čl. 50, st. 1 ZPLUVRH).²² Član posade broda unutarnje plovidbe uobičajeno se naziva **brodarac**.²³

(*Pravni leksikon*, Leksikografski zavod "Miroslav Krleža", Zagreb, 1990. str. 754 i 1114). Pomorcem se smatra osoba koja je zaposlena na pomorskom brodu i koja se ubraja u brodsku posadu odnosno svaka osoba koja je uvedena (upisana) u popis posade, bez obzira na to vrši li na brodu neku službu, koja se eventualno izravno ne odnosi na plovidbu i koja bi takve poslove mogla vršiti i na kopnu (Nikola Tintić, *Radni odnos pomoraca*, Pomorska enciklopedija, Jugoslavenski leksikografski zavod, Zagreb, sv. 6, 1983, str. 586). Sinonim za pomorca jest pojam "mornar" koji se koristio sve do 1936. godine u konvencijama i preporukama Međunarodne organizacije rada – Joško Perlain, *Međunarodna organizacija rada (MOR) i njene konvencije, s posebnim osvrtom na konvencije koje reguliraju status pomoraca*, Pravni fakultet, Split, 1988, str. 84.

¹⁷ Tako: Marinko Učur, *Kolektivni ugovor za pomorce*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1, 1995, str. 56; Josip Lovrić, *Pomorac, što to danas znači?*, "Naše more", Dubrovnik, br. 3–4, 1990, str. 89, Ivo Grabovac, *Enciklopedija pojmova pomorskog prava*, Književni krug, Split, 1991, str. 158, Dragan Bolanča, *Pomorsko pravo (odabrane teme)*, Pravni fakultet, Split, 1999, str. 64, Srđan Šimac, *Stvarna nadležnost suda iz članka 161. stavka 4. Pomorskog zakonika, te o pojmovima pomorac i član posade broda*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 3-4, 1999, str. 615.

¹⁸ Plovilo je svaki objekt unutarnje plovidbe namijenjen za plovidbu, uključujući brodove, čamce, skele i plutajuća postrojenja (čl. 4., toč. 5. ZPLUV-a).

¹⁹ *Pravilnik o brodarskim knjižicama i dozvolama za ukrcaj* ("NNRH" br. 56/00 i 36/05) propisuje da se brodarska knjižica (dozvola za ukrcaj) može izdati osobi koja je navršila 15 godina života i koja je tjelesno i duševno zdrava i sposobna za obavljanje određenih poslova na brodu (čl. 3, st. 1).

²⁰ *Pravilnik o najmanjem broju članova posade za sigurnu plovidbu plovila unutarnje plovidbe* ("NNRH" br. 38/08 i 20/10) navodi da član posade plovila može biti samo osoba ukrcajna na plovilu koja ima odgovarajuće zvanje i koja za obavljanje poslova u okviru zvanja na plovilu ima odgovarajuću svjedodžbu o stručnoj osposobljenosti, obavlja poslove u svezi plovila i plovidbe i obavezno je upisana u Popis posade (čl. 3).

²¹ *Pravilnik o zvanjima i stručnoj osposobljenosti brodaraca* ("NNRH" br. 45/11, 68/13 i 117/14) uvodi pojam **brodarac** pod kojim smatra osobu koja ima brodarsku knjižicu/dozvolu za ukrcaj (čl. 2, toč. 1).

²² *Pravilnik o utvrđivanju uvjeta zdravstvene sposobnosti članova posade pomorskih brodova i brodova unutarnje plovidbe* ("NNRH" br. 111/02) utvrđuje uvjete zdravstvene sposobnosti članova posade brodova unutarnje plovidbe te određuje sadržaj i način obavljanja prethodnih i redovnih zdravstvenih pregleda (čl. 1). Napominjemo da se ovaj pravilnik više ne primjenjuje na članove posade pomorskih brodova.

²³ Vidi *supra* bilj. br. 12. Brodarac je opći naziv za osobu kvalificiranu za obavljanje dužnosti člana

Bosanskohercegovačka zakonska rješenja slična su hrvatskim. Posadu broda sačinjavaju lica (osobe) ukrcana (ukrcane) za izvršenje (obavljanje) poslova na brodu i upisana u popis posade²⁴ (čl. 69, st. 1 ZUPRS, čl. 65, st. 1 ZUPBDBiH, čl. 47, st. 1 ZUPPFBiH). Za vršenje poslova kojim se obezbjeđuje (osigurava) plovidba, brod je dužan imati odgovarajući broj članova posade sa propisanom stručnom spremom i zvanjima u unutrašnjoj plovidbi (čl. 69, st. 2 ZUPRS, čl. 65, st. 2 ZUPBDBiH). Za obavljanje poslova na brodu, neophodan je odgovarajući broj članova posade broda s propisanom stručnom spremom (čl. 47, st. 1 ZUPPFBiH).²⁵ Član posade broda, koji obavlja poslove u svrhu bezbedne (sigurne) plovidbe, može biti lice koje je steklo propisanu stručnu spremu i odgovarajuće zvanje i koje za obavljanje tog zvanja na brodu ima odgovarajuće ovlaštenje, kao i pripravnik za sticanje zvanja (čl. 70, st. 1. ZUPRS, čl. 66, st. 1 ZUPBDBiH).²⁶ Zvanje članova posade stiče se položenim odgovarajućim ispitom za određeno zvanje i opšte (opće) ovlašćenje (ovlaštenje) – čl. 70, st. 2 ZUPRS, čl. 66, st. 2 ZUPBDBiH.²⁷ Članovi posade mogu imati i posebna ovlašćenja (ovlaštenja) koja se stiču položenim odgovarajućim ispitom (čl. 70, st. 3 i st. 4 ZUPRS, čl. 66, st. 3 i st. 4 ZUPBDBiH). Ovlašćenje (ovlaštenje) za obavljanje poslova na brodu može se dati samo licu (osobi) tjelesno i duševno sposobnom (sposobnoj) za obavljanje tih poslova, što se utvrđuje liječničkim pregledom i kontrolira periodičnim pregledom (čl. 70, st. 5 ZUPRS, čl. 66, st. 5 ZUPBDBiH, čl. 49, st. 1

posade broda unutrašnje plovidbe, a mora imati brođarsku knjižicu (*Pomorski leksikon*, Jugoslavenski leksikografski zavod “Miroslav Krleža”, Zagreb, 1990, str. 97).

²⁴ Popis posade je brodska isprava o identitetu broda (čl. 69, st. 2 ZUPRS, čl. 65, st. 2 ZUPBDBiH) odnosno brodska knjiga (čl. 45, st. 1 ZUPPFBiH) – vidi detaljnije Dragan Bolanča, *Brodске isprave i knjige u bosanskohercegovačkom plovidbenom zakonodavstvu*, „Pravna riječ“, Banja Luka, br. 40, 2014, str. 407–408 i str. 416.

²⁵ Propise o stručnoj spremi, sastavu i broju članova posade broda donosi ministar saobraćaja i veza (čl. 69, st. 3 ZUPRS) odnosno šef Odjeljenja za javne poslove (čl. 65, st. 3 ZUPBDBiH).

²⁶ Član posade broda može biti osoba koja je stekla odgovarajuće zvanje i koja za obavljanje poslova tog zvanja na brodu ima odgovarajuće ovlaštenje, a što se propisuje posebnim pravilnikom o najmanjem broju članova posade za sigurnu plovidbu, koju moraju imati brodovi unutarnje i pomorske plovidbe, a koji donosi federalni ministar (čl. 47, st. 3 ZUPPFBiH).

²⁷ Propise o stručnoj spremi, uslovima za sticanje zvanja i ovlašćenja (ovlaštenja), kao i najmanji broj stručno osposobljenih članova posade za bezbednu (sigurnu) plovidbu, koji su dužni imati brodovi unutrašnje plovidbe donosi Ministarstvo saobraćaja i veza (čl. 70, st. 6 ZUPRS) odnosno šef Odjeljenja za javne poslove (čl. 66, st. 6 ZUPBDBiH). Zvanja članova posade broda stječu se položenim odgovarajućim ispitom za određeno zvanje, pred nadležnim ispitnim povjerenstvom koje formira federalni ministar, a koji donosi poseban pravilnik o stjecanju zvanja i ovlaštenja članova posade broda i program o načinu polaganja stručnog ispita, te ovlaštenja za obavljanje poslova i dužnosti na brodu u skladu s međunarodnim konvencijama i ugovorima koje je potpisala Bosna i Hercegovina u ovoj oblasti (čl. 48 ZUPPFBiH).

ZUPPFBiH).²⁸ Zdravstvena sposobnost članova posade broda utvrđuje se lje-karskim pregledom prije ukrcavanja na brod i periodičnim lje-karskim pregle-dima za vrijeme trajanja zaposlenja na brodu (čl. 71, st. 1 ZUPRS, čl. 67, st. 1 ZUPBDBiH).²⁹ Članu posade, koji je privremeno nesposoban za rad, pod uti-cajem opojnih droga ili alkohola ili je u takvom tjelesnom ili duševnom sta-nju da je nesposoban za sigurno vršenje poslova i dužnosti na brodu, zabra-njuje se vršenje poslova i dužnosti na brodu (čl. 71, st. 6 ZUPRS, čl. 67, st. 6 ZUPBDBiH). Kao član posade na brodu može se ukrcati samo lice koje ima brodarsku knjižicu (čl. 73, st. 1 ZUPRS, čl. 69, st. 1 ZUPBDBiH). Brodarska knjižica je javna isprava kojom se dokazuje identitet, zvanje i stručna ospo-sobljenost člana posade, zdravstveno stanje, svojstvo u kojem je član posade ukrcan na brod i trajanje zaposlenja na brodu (čl. 73, st. 2 ZUPRS, čl. 69, st. 2 ZUPBDBiH).³⁰

3. ODGOVORNOST BRODARA ZA ŠTETU NANESENU ČLANU POSADE BRODA

3.1. Naknada štete za propale stvari na brodu

U hrvatskom pomorskom pravu brodar³¹ je dužan pomorcu nadoknadi-ti štetu prouzročenu stvarima namijenjenim za njegovu osobnu uporabu na brodu koje su mu uništene ili oštećene pri brodolomu ili drugoj nesreći bro-da (čl. 144, st. 1 PZRH). Identičnu odredbu nalazimo i u unutarnjoj plovidbi, jer je brodar³² obavezan brodaru nadoknaditi štetu na stvarima namijenjenim za njegovu osobnu uporabu koje su mu uništene ili oštećene pri brodolomu

²⁸ Provedbene propise o zdravstvenoj kontroli nad članovima posade broda unutarnje i pomorske plovidbe donosi federalni ministar zdravlja, uz mišljenje federalnog ministra prometa i komunikacija (čl. 49, st. 2 ZUPPFBiH).

²⁹ Propise o utvrđivanju zdravstvene sposobnosti članova posade, o utvrđivanju ovlaštenih zdravstvenih ustanova za izdavanje uverenja o zdravstvenoj sposobnosti donosi Ministarstvo saobraćaja i veza u suglasnosti sa Ministarstvom zdravlja i socijalne zaštite (čl. 71, st. 1 ZUPRS). Pravilnik o zdravstvenoj sposobnosti članova posade unutrašnje plovidbe donosi šef Odjeljenja za zdravlje i ostale usluge (čl. 67, st. 7 ZUPBDBiH).

³⁰ Propise o brodarskim knjižicama donosi Ministarstvo za saobraćaj i veze (čl. 73, st. 1 ZUPRS).

³¹ Brodar jest fizička ili pravna osoba koja je kao posjednik broda nositelj plovidbenog poduhvata, s tim što se pretpostavlja, dok se ne dokaže protivno, da je brodar osoba koja je u upisnik brodova upisana kao vlasnik broda (čl. 5, toč. 32 PZRH).

³² Brodar je svaka osoba koja je kao posjednik plovila nositelj plovidbenog pothvata, s tim da se pretpostavlja, dok se ne dokaže protivno, da je brodar osoba koja je u odgovarajući upisnik upisana kao vlasnik plovila (čl. 4, toč. 33 ZPLUV-a).

ili drugoj havariji³³ broда (čl. 58 ZPLUVRH). Naime, brod je stalno radno mjesto i mjesto boravka članova посаде, па stoga oni, osim svoje nužne odjeće, nose sa sobom i druge stvari koje su im potrebne (npr. knjige, fotoaparate, radioprijemnike i sl.). Brodar se obvezuje kao štetnik jedino u slučaju da je uzrok propasti osobnih stvari brodolom, ili druga nesreća (havarija) broда (npr. požar, nasukanje ili sl.), а ne bilo koji štetni uzrok. Pošto se ne navodi temelj odgovornosti, supsidijarno će se primijeniti odredbe *Zakona o obveznim odnosima* (dalje – ZOORH)³⁴ o subjektivnoj³⁵ ili objektivnoj odgovornosti.³⁶

ZUPRS (čl. 76, st. 1) i ZUPBDBiH (čl. 72, st. 1) u ovom pitanju sadrže identično rješenje, по kojem je broдар³⁷ obavezan članu посаде i članovima njegove porodice koji su ukrcani s njim на broду nadoknaditi штету проузроковану на stvarima namijenjenim за njihovu ličnu upotrebu, а koje su im uništene ili oštećene prilikom brodoloma ili druge havarije. Dakle, obveza broдача odnosi se i на članove porodice člana посаде broда, ali под uvjetom да ukrcani s njim на broду. Odgovor на osnov odgovornosti nalazimo u *Zakonu o obligacionim odnosima Republike Srpske* (dalje – ZOORS)³⁸ i *Zakonu o obligacionim odnosima Federacije Bosne i Hercegovine* (dalje – ZOFBiH),³⁹ premda ZPUPFBiH posebno ne navodi ovaj slučaj odgovornosti. Supsidijarna (ili direktna) primjena ovih zakona upućuje нас на subjektivnu⁴⁰

³³ Izrazi nesreća broда i havarija broда predstavljaju sinonime, jer se под tim pojmovima podrazumijevaju događaji koji uzrokuju gubitak ili oštećenje broда, tereta ili druge imovine на moru — tako Drago Pavić, *Pomorsko pravo (Knjiga treća – Pomorske nezgode i pomorsko osiguranje)*, Visoka pomorska škola, Split, 2000, str. 14.

³⁴ Vidi “NNRH” br. 35/05 i 41/08.

³⁵ Tko drugome prouzroči штету, dužan je naknaditi je ako ne dokaže да je šteta nastala bez njegove krivnje (čl. 1045, st. 1 ZOORH). Predmnijeva se obična nepažnja (čl. 1045, st. 2 ZOORH), а krivnja postoji kad je štetnik prouročio штету namjerno ili nepažnjom (čl. 1049. ZOORH) – vidi Ivica Crnić: *Zakon o obveznim odnosima (napomene, komentari, sudska praksa i prilozi)*, Organizator, Zagreb, 2006, str. 702.

³⁶ Za štetu od stvari ili djelatnosti od kojih potječe povećana opasnost štete за okolinu odgovara se bez obzira на krivnju (čl. 1045, st. 3 ZOO-a). Za štetu od opasne stvari odgovara njezin vlasnik, а за štetu od opasne djelatnosti odgovara osoba koja se njome бави (čl. 1064 ZOORH) – *ibid*, str. 762.

³⁷ **Broдар** je fizičko ili pravno lice koje je kao držalac broда, nosilac plovidbenog poduhvata s tim što se pretpostavlja, dok se protivno ne dokaže да je broдар lice osoba koje je u Upisnik brodova upisano kao vlasnik broда (čl. 5, st. 1, toč. 15, ZUPRS; čl. 2, st. 1 q ZUPBDBiH). **Broдар** je fizička ili pravna osoba koja je kao posjednik broда, nositelj plovidbenog poduhvata s tim да se pretpostavlja, dok se ne dokaže suprotno, да je broдар osoba koja je upisana u upisnik brodova kao nositelj prava на raspolaganje brodom, odnosno kao vlasnik broда (čl. 2, toč. 27 ZUPPFBiH).

³⁸ “Službeni glasnik RS”, br. 3/92, 21/92, 17/93, 3/96 i 74/04.

³⁹ “Službeni list Republike BiH”, br. 2/92, 13/93 i 13/94), “Službene novine FBiH”, br. 29/03.

⁴⁰ Ko drugome prouzokuje štetu, dužan je naknaditi je, ukoliko ne dokaže да je šteta nastala bez njegove krivice (čl. 154, st. 1 ZOORS) – Branko Morait, *Obligaciono pravo*, Komesgrafika, Banja Luka, 2010, str. 394. – 397, Slobodan Stanišić, *Objektivna odgovornost за штету*, Panevropski univerzitet Aperion, Banja Luka, 2012, str. 54–56.

ili objektivnu⁴¹ odgovornost. Isto je rješenje sadržano i u *Zakonu o obligacionim odnosima Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine* (dalje – ZOOBDBiH).⁴²

3.2. Naknada štete u slučaju nezaposlenosti zbog brodoloma (ili druge havarije)

U slučaju brodoloma, pomorac koji je zaposlen kod broдача, ima pravo na naknadu za svaki dan stvarnog trajanja nezaposlenosti, u visini plaće koju mu je trebalo isplatiti prema ugovoru, s time da ukupni iznos naknade, koja mu se ima isplatiti, ne može premašiti iznos dvomjesečne plaće (čl. 144, st. 2 PZRH). Osim toga, pomorac ima pravo i na povratno putovanje (čl. 144, st. 3 PZRH).⁴³ I ovdje se temelj odgovornosti broдача uređuje općim propisima obveznog prava.⁴⁴ ZPLUVRH ne sadrži sličnu odredbu, pa broдарac nema pravo na naknadu štete u slučaju nezaposlenosti zbog brodoloma. ZUPRS (čl. 76, st. 2) i ZUPBDBiH (čl. 72, st. 2) sadrže povoljnije rješenje u odnosu na hrvatsko, jer član posade ima pravo na isplatu naknade za svaki dan trajanja nezaposlenosti u skladu s ugovorom o radu (pravo mu nije vremenski ograničeno na dva mjeseca), a to njegovo pravo može proizlaziti iz bilo koje druge havarije

⁴¹ Za štetu od stvari ili delatnosti, od kojih potiče povećana opasnost štete za okolinu, odgovara se bez obzira na krivicu (čl. 154, st. 2 ZOORS) – *ibid.*, str. 159–234, Slobodan Perović, *Odgovornost za štetu od opasne stvari ili opasne delatnosti*, „Правна ријеч“, Banja Luka, br. 40, 2014, str. 341–354, Ilija Babić, *Opasna delatnost – pojam i priroda odgovornosti*, „Правна ријеч“, Banja Luka, br. 40, 2014, str. 439–456.

⁴² Vidi Darko Radić, *Razvoj građanskog prava u Bosni i Hercegovini*, „Правна ријеч“, Banja Luka, br. 32, 2012, str. 47–66.

⁴³ Ako pomorac kao član posade broда за trajanja, odnosno nakon prestanka službe на broду bude iskrcан s broда izvan njegove luke ukrcavanja, broдар mu je dužан osigurati повратак u mjesto njegova prebivališta; ako to broдар ne učini, повратно putovanje u njegovo prebivalište dužno je osigurati diplomatsko, odnosno konzularno predstavništvo Republike Hrvatske на терет broдача broда s kojeg je takav član posade iskrcан (čl. 138, st. 1 PZRH). Та je обвеза преузета за broдача из *Konvencije Međunarodne organizacije rada br. 23 o repatriranju mornara* (engl. *Repatriation of Seamen Convention*) из 1926. год. (tekst konvencije vidi u Perlain, op. cit., str. 83). Republika Hrvatska je stranka te konvencije на temelju notifikacije о sukcesiji (“NNRH – Međunarodni ugovori” br. 2/94). Vidi također: Boris Buklijaš, Andrijana Bilić, *Međunarodno radno pravo (uz poseban osvrt на Međunarodnu organizaciju rada)*, Pravni fakultet, Split, 2006, str. 509, Marina Vokić Žužul, *Konvencije Međunarodne organizacije rada о uvjetima rada на moru koje obvezuju Republiku Hrvatsku*. Uпоредно pomorsko pravo, Zagreb, br. 1-4, 1995, str. 241. I u unutarnjoj plovidbi broдар je dužан članu posade (broдарcu) osigurati повратно putovanje i nadoknaditi трошкове повратног putovanja u mjesto njegovog prebivališta ili boravišta (čl. 55, st. 1 ZPLUVRH).

⁴⁴ Ovim se zakonskim rješenjem slijedi *Konvencija Međunarodne organizacije rada br. 8 о naknadi за nezaposlenost u slučaju gubitka zaposlenja zbog brodoloma* (engl. *Convention concerning Unemployment Indemnity in Case of Loss or Foundering of the Ship*) из 1920. год. (tekst konvencije vidi u Perlain, op. cit., str. 87, i Buklijaš, Bilić, op. cit., str. 496). Republika Hrvatska je stranka te konvencije на temelju notifikacije о sukcesiji (“NNRH – Međunarodni ugovori” br. 2/94).

(nesreće), a ne samo brodoloma. I ovdje član posade broda ima pravo na troškove povratnog putovanja (čl. 76, st. 3 ZUPRS, čl. 72, st. 3 ZUPBDBiH).⁴⁵

3.3. Naknada štete zbog tjelesne ozljede ili smrti ili narušenja zdravlja

U Republici Hrvatskoj za štetu nastalu zbog tjelesne ozljede ili smrti člana posade ili zbog narušenja zdravlja koju pomorac pretrpi na radu ili u vezi s radom na brodu, odgovara brodar ako ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivnje (čl. 145, st. 1 PZRH). Pošto brodar mora dokazati da nije kriv za nabrojane vrste šteta, to znači da on odgovara prema osnovi pretpostavljene krivnje.⁴⁶ Međutim, ako je ta šteta iz st. 1 (tjelesna ozljeda, smrt ili narušenje zdravlja) nastala od opasne stvari ili opasne djelatnosti, onda brodar odgovara prema općim propisima o odgovornosti za štetu od opasne stvari ili opasne djelatnosti (čl. 145, st. 2 PZRH).⁴⁷ Isti je princip odgovornosti predviđen i za takvu štetu koju pomorac pretrpi na radu ili u vezi s radom na brodu zbog nepostojanja uvjeta za siguran rad (čl. 145, st. 2 PZRH).⁴⁸ Dakle, u ova dva slučaja brodar odgovara na temelju objektivne odgovornosti.⁴⁹ Međutim,

⁴⁵ Ako član posade za vrijeme trajanja odnosno poslije prestanka zaposlenja bude iskrcan sa broda, izvan njegove luke odnosno pristaništa ukrcavanja, brodar je obavezan da obezbudi povratak u luku odnosno pristanište njegovog ukrcavanja (čl. 74, st. 1. ZUPRS; čl. 70, st. 1 ZUPBDBiH), a to se odnosi i na članove porodice iskrcanog člana posade, koji su s njim bili ukrcani na brodu (čl. 74, st. 2 ZUPRS; čl. 70, st. 3 ZUPBDBiH),

⁴⁶ Ističemo da tu štetu u smislu odgovornosti brodar ne determinira ni radno vrijeme, ni mjesto na kojem je došlo do štetnog događaja, nego funkcionalna povezanost obavljanja poslova. Stoga šteta ne mora nastati “na radu” ili “u vezi s radom”, jer pomorcima brod nije samo radno mjesto, već i prostor na kojemu stalno borave. Nadalje, kao preduvjet ne mora biti ispunjena ni činjenica da se štetni događaj zbio na brodu, jer će brodar odgovarati za štetu pomorcu i kada je šteta nastala izvan broda, pod uvjetom da je pomorac napustio brod s odobrenjem zapovjednika u okviru obveza iz ugovora o radu, a zbog izvršenja zadatka u vezi s brodom i putovanjem – vidi: Igor Vio, *Грађанска одговорност за штету због смрти, тјелесне озлједe или нaruшења здравља члана посаде брода* (doktorska disertacija), Pravni fakultet, Split, 2012, str. 102; Srđan Šimac, *Одговорност за штету насталу због тјелесне озлједe, смрти или нaruшења здравља члана посаде брода према новом Поморском закоником*, Zbornik radova “Поморски законик Републике Хрватске и друге новине из подручја поморског и прометног права”, Хрватско друштво за поморско право, Ријека, 2005, str. 37–56.

⁴⁷ U čemu je *raison d’etre* ove odredbe iz PZ-a kada se do istog zaključka dolazi i supsidijarnom primjenom ZOO-a? *Ratio* te kogentne zakonske odredbe jest u tome što iz nje izravno proizlazi da se u hrvatskom pravu brod kao cjelina sam po sebi ne smatra opasnom stvari odnosno da se plovidba ne može svrstati u kategoriju opasne djelatnosti – tako Bolanča, op. cit., str. 91; Šimac, op. cit., str. 10; Vio, op. cit., str. 106.

⁴⁸ U ovom slučaju moraju se ispuniti neki preduvjeti. Prvo, ozljeda pomorca mora nastati “na radu” ili “u vezi s radom”, a to znači *quaestionem facti*. Drugo, obvezno je da ta šteta nastane “na brodu”. Konačno, i treći najvažniji uvjet jest da je šteta rezultat “nepostojanja uvjeta za siguran rad” (npr. neosposobljenost broda za plovidbu, nepravilno učvršćen teret i sl.).

⁴⁹ Vidi *supra* bilj. br. 36. Brodar se može osloboditi od odgovornosti u slučaju više sile (*vis maior*),

krug pasivno legitimiranih osoba odgovornih za štetu dosta je širok, jer osim brodarica solidarno odgovaraju još poslovođa,⁵⁰ kompanija⁵¹ i poslodavac⁵² (čl. 145, st. 3 PZRH). Što se tiče brodarca, za štetu nastalu zbog njegove tjelesne ozljede ili smrti, brodar odgovara ako je ta šteta nastala njegovom krivnjom ili krivnjom osoba za koje brodar odgovara (čl. 59, st. 1 ZPLUVRH). Međutim, krivnja brodarca se pretpostavlja, dok se ne dokaže suprotno, ako je smrt ili tjelesna ozljeda brodarca nastupila izravno ili neizravno kao posljedica brodoloma, sudara, nasukavanja, eksplozije, požara ili mana plovila (čl. 59, st. 2 ZPLUVRH). Kao što vidimo, u unutarnjoj plovidbi prihvaćeno je načelo dokazane krivnje kao osnovno načelo odgovornosti brodarca za povredu tjelesnog integriteta brodarca, dok se načelo pretpostavljene krivnje brodarca navodi samo u iznimnim slučajevima.⁵³

Ono što važi u unutarnjoj plovidbi Republike Hrvatske predviđeno je također i u pravu Republike Srpske i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine. Naime, za štetu nastalu usljed tjelesne povrede ili smrti člana posade broda, odgovara brodar ako je tjelesna povreda ili smrt nastala njegovom krivicom ili krivicom lica za koje brodar odgovara (čl. 77, st. 1 ZUPRS, čl. 73, st. 1 ZUPBDBiH). Međutim, krivica brodarca se pretpostavlja, dok se ne dokaže protivno, ako je smrt ili tjelesna povreda člana posade nastupila posredno ili neposredno kao posljedica brodoloma, sudara, nasukanja, eksplozije, požara ili mana broda (čl. 77, st. 2 ZUPRS, čl. 73, st. 2 ZUPBDBiH). Dakle, primjenjuje se kao pravilo načelo dokazane krivnje, uz izuzetnu primjenu načela pretpostavljene krivnje u taksativno nabrojenim slučajevima.

4. ZAKLJUČAK

Usporedba različitih zakonskih rješenja u Republici Hrvatskoj (PZRH i ZPLUVRH) i Republici Bosni i Hercegovini (ZUPRS, ZUPPFBiH i ZUPBD-

radnje oštećenika i radnje treće osobe (čl. 1067, st. 1 i st. 2 ZOORH) – vidi Crnić, op. cit., str. 767.

⁵⁰ **Poslovođa broda** jest fizička ili pravna osoba koja upravlja poslovanjem i/ili tehničkim održavanjem broda i/ili popunjavanjem broda posadom (čl. 5, toč. 33 PZRH).

⁵¹ **Kompanija** jest fizička ili pravna osoba koja je preuzela odgovornost za upravljanje brodom od vlasnika broda i koja je preuzimanjem takve odgovornosti preuzela ovlasti i odgovornosti sukladno Međunarodnom pravilniku o upravljanju sigurnošću (ISM Pravilnik) – čl. 5, toč. 34 PZRH.

⁵² **Poslodavac** je osoba koja je s pomorcem zaključila/skllopila ugovor o radu u svoje ime (čl. 5, toč. 35 PZRH).

⁵³ Vidi: Biljana Činčurak Erceg, *Deliktini statut u hrvatskom pravu plovidbe unutarnjim vodama – de lege lata i de lege ferenda*, Pravni vjesnik, Pravni fakultet, Osijek, br. 3-4, 2012, str. 91–118.

BiH) u pogledu reguliranja nekih pitanja u vezi sa odgovornosti brodarka za štetu nanесену члановима посаде брода, указују на логичне сличности и неке специфичне разлике. U slučaju пропалих ствари на броду, бродар ће члану посаде (поморцу и бродарцу) надокнадити штету на стварима намијенјеним за његову особну употребу које су му уништене или оштећене при бродолому или другој хаварији. Међутим, та се бродарева обвеза односи и на ствари чланова његове породице (обителји) уколико су с њим на броду (ZUPRS и ZUPBDBiH). Дакле, ово је рјешење несумњиво *in favorem* у корист члана посаде, као и оно које му омогућаје исплату накнаде за незаносленост у складу с уговором о раду (право му није временски ограничено као у Хрватској). При томе, *nota bene*, то његово право може произлазити из било које друге хаварије (несреће), а не само бродолома. Најзанимљивија је ситуација код одговорности бродар за штету нанесену члану посаде у виду смрти или тјелесне озлјезде. За бродарца је предвиђено начело доказане кривње као правило, и начело претпостављене кривње као изузетак (ZPLUVRH, ZUPRS и ZUPBDBiH). U Хрватској је питање поморца у идентичној ситуацији ријешено другачије и повољније за њега. Штета му може бити нанесена и у виду нарушења здравља, а за њу му пасивно солидарно одговарају бродар, пословођа, компанија и послодавач. Сврха такве солидарности је у пружању веће сигурности наплате тражбине од стране вјеровника (поморца или његових наслједника у случају смрти). Надаље, темељ одговорности је уз субјективну одговорност (начело претпостављене кривње) и објективна одговорност.

Dragan Bolanča, Sc.D,
Full Professor
Faculty of Law, University in Split

**THE SHIPOWNER'S CIVIL LIABILITY FOR DAMAGE OF
A CREWMEMBER (THE COMPARASION AMONG THE
NAVIGATIONAL LEGISLATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA
AND CROATIA)**

Summary

The crewmembers are condicio sine qua non of safety navigation. In this article author deals with defining and clarifying the term of crewmem-

ber and shipowner's civil liability for various damages of a crewmember (declined things on ship, unemployment from shipwreck or another average, death and physical injures). He compares Croatian Maritime Code (2004) and Navigation and Ports in Internal Waters Act (2007) with solutions of legislation in Bosnia and Herzegovina (Inland Navigation Act of Republic of Srpska (2001), Inland and Maritime Navigation Act of the Federation of Bosnia and Herzegovina (2005) and Inland Navigation Act in District of Brčko of Bosnia and Herzegovina (2008). In conclusion the specific differences of mentioned law solutions are enacted.

Key words: *operator, crewmember, liability for damage, Republic of Croatia, Republic of Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska, Federation of Bosnia and Herzegovina, District of Brčko of Bosnia and Herzegovina*

ОДГОВОРНОСТ РАДНИКА И ПОСЛОДАВЦА ЗА ШТЕТУ КОЈУ РАДНИК ПРОУЗРОКУЈЕ ТРЕЋЕМ ЛИЦУ

Др Илија Бабић*

Апстракт: Римско право је, у почетку, прихватало принцип објективне одговорности за учињену штету. Без ове врсте одговорности за штету у римском праву робови и лица *alieni iuris* не би одговарала за штету.

За штету коју проузрокују запослени трећим лицима правни системи у Европи предвиђају субјективну одговорност послодавца, одговорност по претпостављеној кривици или објективну одговорност за штету.

Према одредбама члана 170 став 1 Закона о облигационим односима (ЗОО) за штету коју је запослени у раду или у вези са радом проузроковао трећем лицу одговара послодавац по правилима објективне одговорности за штету. Послодавац се не може ослободити одговорности доказујући да он није крив за проузроковану штету. Запослени одговара за штету по принципу кривице (субјективна одговорност за штету).

Члан 102 став 1 Закона о раду Републике Српске прописује да за штету коју радник на раду или у вези са радом причини трећем лицу, радник и послодавац одговарају солидарно. У односу на одредбе ЗОО, ово решење Закона о раду погоршава положај радника – он одговара за штету коју на раду или у вези са радом причини трећем лицу по принципу кривице (за намеру и било који облик непажње).

Кључне речи: одговорност послодавца за штету, одговорност предузећа за штету, право регреса послодавца, штета коју причини радник.

* Редовни професор Факултета за европске правно-политичке студије Нови Сад, Универзитет „Едуконс“

I. УВОД

Објективна одговорност за штету била је битно обележје почетка развоја римског писаног права, да би, доцније, завладала субјективна одговорност за штету.

Према решењима Општег аустријског грађанског законика (ОАГЗ), Српског грађанског законика (СГЗ) и Општег имовинског законика за Црну Гору (ОИЗ), послодавац (онај ко прими у службу одређена лица) одговара по принципу кривице за лица која су код њега на раду.

Закон о облигационим односима (ЗОО)¹ усвојио је принцип објективне одговорности послодавца за штету коју запослени у раду или у вези са радом проузрокују трећем лицу.

Супротно томе, према одредбама члана 102 став 1 Закона о раду Републике Српске,² за штету коју радник на раду или у вези са радом причини трећем лицу, радник и послодавац одговарају солидарно. У односу на ЗОО, ово решење Закона о раду погоршава положај радника – он одговара за штету коју на раду или у вези са радом причини трећем лицу по принципу кривице (за намеру и било који облик непажње).

II. ЗАЧЕЦИ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ДРУГОГ У РИМСКОМ ПРАВУ

Римско право, као и примитивна права свих народа, у почетку су прихватала принцип објективне одговорности за учињену штету.³ Трагови објективне одговорности за штету задржани су и код одговорности другог за штету, што проистиче из правила о ноксалној одговорности.⁴ *Dominus* (власник) или *pater familias* је, наиме, одговарао за штету коју причине робови или лица *alieni iuris* – деца и остала лица под његовом влашћу (*manusom*). Против *dominus*-а и *pater familias*-а још је према Закону XII таблица могла бити поднесена тужба *actio noxalis*.

Пред крај Републике ноксалне акције примењивале су се за највећи број приватних деликата.⁵ Ноксалне акције заснивају се на објективној

¹ “Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, те „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93.

² „Службени гласник РС“, број 55/2007 (пречишћени текст).

³ Станојевић, О., *Историја политичких и правних институција*, Научна књига, 1991, стр. 55; Хорват М., *Римско право*, Школска књига, Загреб 1974, стр. 29.

⁴ Станојевић, О., *Римско право*, Службени лист СЦГ, Београд 2004, стр. 165.

⁵ Гамс, А., *Одговорност за радње трећих лица у приватном праву*, докторска расправа, Правни факултет у Београду 1940, стр. 73. и 74; Хорват, М., *н. д.*, стр. 300; Станојевић, О., *н. д.*, стр. 165.

одговорности за штету и постојале су све време у римском праву. Без ове врсте одговорности за штету у римском праву робови и лица *alieni iuris* не би одговарали за штету.⁶

Оштећени коме је штету учинио туђи роб или лице *alieni iuris* имао је право да захтева од патер фамилијаса да накнади штету или да му преда штетника ради накнаде штете (*facultas alternativa*). Одговорност за штету везана је за штетника. Следом тога, ако је штетник после проузроковања штете, до подизања тужбе и окончања спора, прешао у другу породицу, по ноксалној тужби одговарао је нови патер фамилијас. Иста правила важила су и уколико штету причини четворножна (домаћа) животиња: по тужби *actio de pauperie* власник или патер фамилијас дужан је оштећеном да накнади штету или да му преда животињу.⁷

Јустинијанова кодификација је ноксалне тужбе предвидела само за робове и животиње, али не и за слободна лица *alieni iuris*.⁸

У преторском праву се као посебни случајеви одговорности за радње трећих лица, без кривице, истичу квазиделикти: *actio furti et damni adversus nautas, caupones et stabularios* и *actio de effusis et dejectis*.

Власници бродова, штала и гостионица одговарали су за штету коју причине људи у њиховој служби, у почетку на основу стипулације, а доцније је био довољан пакт (*receptum nautarum, cauponum et stabulariorum*). У класичном периоду предвиђена је квазиделиктна одговорност за причињену штету и без посебног споразума.⁹ Због нестанка или оштећења коња или пртљага против одговорног лица могла се подићи тужба *actio in factum*.¹⁰

Оштећени гост имао је право да поднесе контрактну тужбу *actio de recepto* и захтева стварну вредност уништених или оштећених ствари. Он је могао поднети и посебну деликтну тужбу – *actio furti et damni adversus nautas, caupones et stabularios*, којом је доказивао да кривицу за уништене, оштећене, украдене или изгубљене ствари сноси ималац брода, гостионице или штале, односно његови људи. Ималац брода,

⁶ Гамс, А., н. д., стр. 75.

⁷ Vile, M., *Римско право*, Плато, Београд 2001, стр. 97; Хорват М., исто; Станојевић, О., исто.

⁸ Гамс, А., н. д., стр. 75.

⁹ Костић, Д., *Појам опасне ствари*, Институт за упоредно право, Београд, 1975, стр. 20.

¹⁰ Бабић, И., *Уговор о угоститељској остави*, Службеник гласник СРБиХ, Сарајево, 1988, стр. 21–23.

гостионице или штале, у случају крађе или оштећења ових ствари, осуђиван је да плати двоструку вредност – *in duplum*.¹¹

Предвиђено је подизање преторске тужбе (*actio in factum*) *actio de effusis vel deiectis* (за просуте и избачене ствари) „на неко место које је отворено саобраћају“ у случају да је из куће, брода или стана нешто избачено или проливано а тиме је нанета штета телу или имовини пролазника (укључујући и случај да је тиме он убијен).¹² За штету је одговарао „ималац стана, дакле било власник куће, било станар (*habitationur*) односне просторије, без обзира на то да ли је он то сам учинио или је то учинио нетко од његових укућана“.¹³

III. ОДГОВОРНОСТ ПОСЛОДАВЦА У ПОЈЕДИНИМ ПРАВНИМ СИСТЕМИМА

Општи аустријски грађански законик (ОАГЗ) је као правило одредио да „за туђе противправне радње, у којима ко није учествовао, тај по правилу и не одговара“ (параграф 1313. ОАГЗ). Изузеци од овог правила одређени су пар. 1314–1319. ОАГЗ): „Ко прими у службу неко лице без сведочанства или какву личност, опасну због њених телесних или душевних својстава, са знањем у служби задржи, или јој даде уточишта, онда он одговара домаћину и укућанима за накнаду штете, проузроковану опасним својствима ових лица“ (параграф 1314 а) ОАГЗ); „Уопште одговара онај, који употребљава које неспособно или, са знањем, које опасно лице за свршавање својих послова, за штету, коју оно у свом својству коме трећем нанесе“ (параграф 1315 ОАГЗ).

У ова два случаја оштећени мора доказати кривицу послодавца – одговорног лица (које употребљава неспособно или са знањем опасно лице за обављање својих послова) и штету која је настала услед опасних својстава лица која „употребљава“. Послодавац не одговара за туђе штетне радње него за своје пропусте – у избору лица које је примио у службу.¹⁴ Основ одговорности је, према томе, кривица послодавца.

¹¹ Вид.: Стојчевић, Д., н. д., 307; Хорват, М., н. д., стр. 289; Ромац, А., н. д., стр. 297. и 298; Станојевић, О., н. д., стр. 384.

¹² Салковски, К., *Институције с историјом римског приватног права*, Државна штампарија Краљевине Србије, Београд 1894, стр. 436; Станојевић О., н. д., стр. 405.

¹³ Хорват, М., *Римско право*, Школска књига, Загреб, 1974, стр. 311.

¹⁴ Вуковић, М., *Обвезно право*, књига I, Школска књига, Загреб 1956, стр. 207.

Одговорно лице штету мора надокнадити ако је проузрокована „неком укућанину“.¹⁵

Одговорност посебне врсте послодаваца регулисана је на другачији начин: „Гостионичари, који странце на преноћиште примају као и друга у параграфу 970 означена лица (одредбе овог параграфа, које важе за гостионичаре, примењују се и на држаоце штала, купатила и просторија за чување – додао И. Б.), даље лађари и возари, одговарају за штету коју њихови сопствени или од њих означени службеници нанесу коме госту или путнику у њиховој кући, њиховом заводу, или преносном средству на унесеним или примљеним стварима“ (параграф 1316 ОАГЗ).

Одговорност гостионичара предвиђена је само у случају да примају госте на ноћење, а не на оне који примају госте на јело и пиће. Примена ових правила проширена је и на лађаре – бродовласнике (који превозе путнике и робу на мору и рекама у виду занимања), кириције (који се возарским послом редовно баве, уз искључење шпедитера чија одговорност је регулисана Трговачким законом)¹⁶ и држаоце штала, купатила и просторија за чување. Сва ова лица одговарају по претпостављеној кривици *culpa in eligendo*.

Гостионичар и са њим изједначена лица могу се ослободити одговорности ако докажу да за проузроковану штету не постоји његова кривица односно кривица људи који су код њега радили.¹⁷

Српски грађански законик (СГЗ) је у основи преузео решења усвојена у ОАГЗ: „За туђа дела нико није дужан одговарати. Али ако би ко таква лица у служби држао, која су као скитнице, неваљалци и злочинци познати, и који никакве исправе за себе немају; онда он за сву штету, коју би ови учинили, одговарати мора“ (параграф 810 СГЗ); „Тако исто и онај, који би за особите послове са знањем неспособна лица узео, и с тим другоме штету нанео, одговараће за штету“ (параграф 811 СГЗ). Лице („газда“) које користи рад других („послуге“) одговара по принципима субјективне одговорности за штету. Оштећени мора доказати да је онај ко користи рад других знао да су ова лица неспособна за вршење тих послова и да постоји његова кривица у избору тих лица.¹⁸

Изузетак од ове, субјективне одговорности, прописана је параграфом 812 СГЗ: „Гостионичари, крчмари, лађари и возиоци (кириције)

¹⁵ Гамс, А, н. д., стр. 90.

¹⁶ Рушнов, А., *Тумач Опћем аустријском грађанском законнику*, књига друга, Загреб 1891, стр. 432.

¹⁷ Исто, стр. 438.

¹⁸ Аранђеловић, Д., *О одговорности за накнаду штете*, Напредак, Београд 1924, стр. 36 и 37.

одговарају и за ону штету, коју би њини људи путницима нанели“. Они одговарају за штету „без обзира на то, да ли су принципали знали каквих особина људе у служби држе“.¹⁹

Субјективну одговорност послодавца предвиђа и члан 574 став 1 Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору (ОИЗ): „Кад ко постави слугу или радника да врши за њега какав посао или радњу, треба да га пази и надгледа онако као што би сваки добар домаћин чинио. Занемари ли то, одговараће за сваку штету коју би тај најмљеник при нарученој му радњи, коме трећем учинио. Те се одговорности ослобођује тек онда кад је јесно да би се штета, поред све поменуте пажње, догодила била“.

Ове одредбе имају шири домашај од наведених одредаба ОАГЗ и СГЗ јер се примењује на сваког послодавца који „постави слугу или радника да врши за њега какав посао или радњу“. Члан 574 став 1 ОИЗ за-снима одговорност послодавца на кривици – што није пазио и надгледао радника као добар домаћин (*culpa in inspiciendo*). Постојање кривице доказује оштећени. Ако је кривица доказана, претпоставља се постојање узрочне везе између кривице и штете.²⁰

Немачки грађански законик (НГЗ) је у параграфу 831 став 1 НГЗ прописао: „Ко одреди другога, да обавља неку радњу, обавезан је да накнади штету, коју је други противправно нанио трећем. Обавеза накнаде не настаје ако је послодавац при избору постављеног лица и, уколико он треба да учини припреме и набавити оруђа или алате или је имао руководити извођењем посла, при набавци или руковођења применио у промету потребну пажњу, односно ако би штета настала и уз примену такве пажње“.

Из ових одредаба проистиче да се кривица послодавца претпоставља. Послодавац одговара за штету коју причини радник јер није приликом избора радника употребио потребну пажњу (*culpa in eligendo*²¹), или му није дао потребна и детаљна упутства како да посао обави (*culpa in instruendo*)²² или је послодавац крив ако није вршио потребан надзор над радником (*culpa in inspiciendo*).²³ Послодавац не дугује накнаду штете „код избора одређене особе“, давања упутстава и надзора ако је „применио у промету потребну пажњу, односно ако би

¹⁹ Исто, стр. 38.

²⁰ Гамс, А, н. д., стр. 98.

²¹ Бабић, И., *Лексикон облигационог права*, Службени гласник, Београд 2008, стр. 157.

²² Исто, стр. 158.

²³ Гамс, А., н. д., стр. 100.

штета настала и уз примену такве пажње“. „Исту одговорност сноси, ко за послодавца преузме уговорно извођење једног од послова, наведених у ставу 1 реченица 2“ (став 2 члана 831 НГЗ).

Слично решење усвојио је члан 55 Швајцарског законика о облигацијама (ШвЗО): „Послодавац одговара за штету коју су проузроковали његови радници или његови други помоћници приликом вршења њиховог посла, ако не докаже да је показао сву пажњу коју су околности налагале за отклањање такве штете, или да би се штета догодила и поред све те пажње.

Послодавац може захтевати накнаду од лица које је штету проузроковало уколико је оно одговорно за штету“.

И ШвЗО претпоставља кривицу послодавца. Он неће одговарати за штету само ако докаже да његова кривица не постоји.

IV. РЕШЕЊЕ СКИЦЕ ЗА ЗАКОНИК О ОБЛИГАЦИЈАМА И УГОВОРИМА

Скица за Законик о облигацијама и уговорима (Скица) одговорност послодавца регулише у оквиру Главе III *Одговорност за другога*. У члану 135, после подналова „Лица у радном односу“, прописано је:

„1. За накнаду штете коју проузрокује радник на раду или у вези са радом својој радној организацији или трећим лицима важе посебне одредбе Закона о радним односима.

2. За штету коју проузрокују на раду и у вези с радом лица запослена код појединаца, одговара поред њих и њихов послодавац.

3. Послодавац који је накнадио штету насталу кривицом лица запосленом код њега има право захтевати од њега накнаду исплаћеног износа, изузев ако у датом случају правичност захтева да је он сноси потпуно или делимично“.

Скица, према томе, није регулисала случајеве одговорности послодавца за штету коју запослени (лица у радном односу) проузрокују на раду или у вези са радом трећем лицу. Регулисање ових правних односа Скица препушта Закону о радним односима.

Члан 135 став 2 Скице регулише одговорност за штету лица која су „запослена код појединаца“, али не и правних лица (друштвених прав-

них лица или грађанских правних лица), а која је настала на раду или у вези са њиховим радом, ако нису засновала радни однос. Због тога став 2 Скице не користи израз „радник“, као у ставу 1 истог члана, него израз „лице“. За штету солидарно одговарају, по принципу кривице, лица „запослена код појединаца“.

Послодавац који је трећем лицу накнадио штету има, према одредбама члана 135 став 3 Скице, право регреса од лица чијом кривицом је настала штета док је било запослено код њега. Суд, међутим, може одлучити, руковођен начелом правичности, да послодавац сноси штету потпуно или делимично.

V. ЗАКОН О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

1. Појам послодавца и запосленог

Закон о облигационим односима је конкретизацију појма послодавац и запослени препустио законима који регулишу рад и радне односе. Основни израз који користи је „предузеће“ (члан 170 ЗОО и поднаслов „Одговорност предузећа“ који му претходи). У члану 171 ЗОО прописано је да се одредбе чл. 170 ЗОО примењују „и на друге послодавце“. Овај општији појам, према томе, обухвата не само послодавце у (јавним) предузећима, привредним друштвима, другим правним лицима који су привредни субјекти, установама (школе, факултети, здравствене установе итд.) него и физичко лице које „обавља делатност у циљу остваривања прихода“ (члан 83 став 1 Закона о привредним друштвима Србије).²⁴

Закон о раду Србије²⁵ појам послодавца проширује на домаће, односно страног правно или физичко лице које запошљава, односно радно ангажује, једно или више лица. Као запослени сматра се физичко лице које је у радном односу код послодавца (члан 5).

2. Одговорност за другог или непосредна одговорност послодавца

Према владајућем мишљењу правних писаца одговорност послодавца за штету учињену трећем лицу јесте облик одговорности за дру-

²⁴ „Службени гласник РС“, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – други закон и 5/2015).

²⁵ „Службени гласник РС“ бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014.

гог.²⁶ Овај став, произашао из римског права, сматра се неспорним због чега нису истицани аргументи да се он одбрани. Одговорност послодавца (правног или физичког лица) се на тај начин придружила одговорности лица која су дужна да врше надзор над лицима која су неспособна за расуђивање (члан 164 ЗОО); родитеља за своју децу која нису навршила седму годину живота (члан 165 ЗОО) и старатеља, школе или друге установе, док је под њиховим надзором (члан 167 ЗОО).

Случајеви одговорности за другог ЗОО је оправдано одвојио од одговорности послодавца. Одговорност за другог регулисана је Одсеком 3 и чл. 164–169 ЗОО и има у виду правне ситуације у којима штетник нема деликтну способност (због неспособности за расуђивање, односно малолетстава). Тада за штетника одговара одговорно лице. Одговорност послодавца („Одговорност предузећа и других правних лица према трећем“) регулисана је у Одсеку 4 и чл. 170–172 ЗОО као посебна и непосредна одговорност послодавца.

За штету коју запослени у раду или у вези са радом проузрокује трећем лицу одговара непосредно послодавац из других разлога, а не због тога што је штетник неспособан за расуђивање или је малолетан. Лица неспособна за расуђивање и деликтно неспособна не могу ни бити запослена код послодавца. Послодавац одговара за штету због тога што се оштећени често не би могао наплатити од запосленог, а трећи, као оштећено лице, тешко би могао доказати кривицу радника. Он, међутим, не одговара за другог – тј. радње (нерадње) запосленог него због свог својства послодавца. При томе се не утврђује да ли је послодавац извршио погрешан избор радника којима је поверио послове (*culpa in eligendo*), или над њиховим радом није водио потребан надзор (*culpa in inspiciendo*) или да их није довољно обучио послу (*culpa in instruendo*).²⁷

3. Претпоставке одговорности за штету

Члан 170 ЗОО регулише одговорност послодавца „за штету“. Овај општи израз има у виду материјалну штету (умањење нечије имови-

²⁶ Гамс, А., н. д., стр. 78; Цигој С., Грађанска одговорност, одредница у *Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада*, том I, Службени лист СФРЈ, Београд 1978, стр. 440; Цигој, С., *Коментар Закона о облигационим односима*, књига права (у редакцији Благојевић, Б., и Круљ, В.), Савремена администрација, Београд 1978, стр. 471; Караникић Мирић, М., *Објективна одговорност за штету*, Правни факултет у Београду, Београд 2013, стр. 223; Салма, Ј., *Облигационо право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2009, стр. 568; Црнић, И., *Одштетно право*, 1. дио, Загреб 2008, стр. 70.

²⁷ Цигој, С., н. д., стр. 439.

не – обична штета и спречавање њеног повећања – измакла корист) и нематеријалну штету (наношење другоме физичког или психичког бола или страха) – члан 155 ЗОО. Послодавац одговара за штету коју запослени „у раду или у вези са радом“ проузрокује трећем лицу. Она може бити проузрокована физичком или правном лицу.

Штета је настала у раду ако је проузрокована у оквиру делокруга послова који су одређеном раднику поверени од послодавца,²⁸ али и у случају када радник намерно прекорачи тај делокруг²⁹ или је штета наступила због непажње радника.³⁰ Према једном мишљењу, штета је настала у раду ако запослени радне активности обавља „у самом предузећу, које су извршене за вријеме прописаног радног времена и које спадају у дјелокруг послова тог радног мјеста, које он обавља у функцији запосленог“.³¹

Радња или нерадња запосленог којом је проузрокована штета у вези са радом има у виду штету ван радног места, ван радних задатака, која је у узрочној вези са вршењем рада. Штета је проузрокована радњама запосленог и повезана је са делокругом послова који су му поверени.³² Радња запосленог је у вези са радом само ако је у функционалној вези са делокругом послова запосленог.³³ Она мора бити органски повезана с извршењем функције послодавца.³⁴ Тако је у судској пракси оцењено да је реч о штети коју је проузроковао радник „на раду или у вези са радом кад је штета настала у радној просторији за вријеме дневног одмора,

²⁸ Цигој, С., исто. У том смислу се изјаснила и ранија судска пракса: „Организација удруженог рада одговара за штету коју радник у раду или у вези са радом проузрокује трећем лицу, под условом да је штета настала као посљедица поступања радника који је обављао радне задатке у оквиру дјелатности радне организације, а не одговара ако је радник радио изван тог оквира“, одлука Врховног суда СР БиХ, бр. Пж-372/82 од 25.10.1982, Станишић, С., *Објективна одговорност за штету*, Бања Лука 2012, стр. 537.

²⁹ „И када је радник поступао изван радног налога, послодавац одговара трећој особи за штету која јој је настала у вези с таквим радом радника. Утврђено је да је послодавац дао булдожер којим је радник радио. Радник је ископао канал и изван радног налога, на земљишту тужитељице и тиме је оштетио. Оцијењено је да и тада постоји одговорност послодавца према чл. 170“, одлука Врховног суда Хрватске, бр. Рев – 1029/93 од 29.9.1994, Станишић, С., н. д., стр. 541.

³⁰ „Банка је искључиво одговорна, у смислу члана члана 170. ЗОО за штету која настане исплатом новца са штедне књижице, ако радник банке приликом исплате не утврди идентитет лица коме се исплата врши“, одлука Врховног суда Србије, бр. Рев – 217/02 од 5.9.2002, Станишић, С., н. д., стр. 542.

³¹ Станишић, С., н. д., стр. 331.

³² Цигој, С., н. д., стр. 471; Станишић, С., н. д., стр. 332.

³³ Милошевић, Љ., стр. 191.

³⁴ Јакшић, С., *Облигационо право*, општи дио, Издавачко предузеће “Веселин Маслеша“, Сарајево 1960, стр. 325.

док је радник радио на строју правне особе, неовисно о томе што није обављао редовити, већ приватни посао³⁵.

Послодавац одговара само за незаконите радње којима је проузрокована штета. Тако, није незаконита радња ако оператор преносног, односно дистрибутивног система испуни дужност одређену у закону – посече дрвеће или гране које угрожавају рад тог објекта.³⁶

Између радње (обухвата и нерадњу) и штете (материјалне или нематеријалне) мора постојати узрочна веза.

VI. ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ КОЈУ РАДНИК ПРОУЗРОКУЈЕ ТРЕЋЕМ ЛИЦУ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

1. Примена ЗОО или (и) Закона о раду Републике Српске

У праву Републике Српске нису регулисани облигациони односи. Примена Закона о облигационим односима омогућена је Уставним законом за спровођење Устава Републике Српске од 28.2.1992: „До доношења одговарајућих закона и других прописа Републике примењиваће се закони и други прописи СФРЈ и СРБиХ, који су у сагласности са Уставом Републике и који нису у супротности са законима и другим прописима које је донијела Скупштина српског народа у Босни и Херцеговини, односно Народна скупштина“ (члан 12).

С обзиром на то да је одговорност радника за штету коју на раду или у вези са радом проузрокује трећем лицу већим делом регулисана Законом о раду, примењиваће се тај закон, а супсидијарно Закон о облигационим односима.

2. Природа одговорности

Одговорност радника за штету коју је проузроковао на раду или у вези са радом трећем лицу у Закону раду Републике Српске регулисана

³⁵ Одлука Врховног суда Хрватске II Рев-62/90 од 28.11.1990, *Преглед судске праксе* бр. 51/114 и Црнић, И., н. д., стр. 76.

³⁶ Оператор надлежан за енергетски објекат, дужан је да о свом трошку редовно уклања дрвеће или гране и друго растиње које угрожава рад енергетског објекта (члан 218 став 4 Закона о енергетици, Службени гласник РС, бр. 145/2014 од 29.12.2014, ступио је на снагу 30.12.2014, осим одредаба члана 98 став 1 тач. 1) до 3), члана 99 и члана 225 став 1 тач. 1) до 3) и члана 225 став 4 овог закона које се примењују од 1. јуна 2016).

је другачије него у ЗОО. Према одредбама ЗОО, за штету коју запослени на раду или у вези са радом проузрокује трећем лицу одговара послодавац објективно и непосредно. Супротно томе, Закон о раду Републике Српске прописује да за штету коју радник на раду или у вези са радом причини трећем лицу, радник и послодавац одговарају солидарно.

Из ових одредаба проистиче да треће лице не мора утврђивати кривицу радника а ни послодавца, односно да је Закон о раду усвојио принцип објективне одговорности за проузроковану штету. За штету коју је радник на раду или у вези са радом причинио трећем лицу важи претпоставка узрочности – сматра се да потиче од радње (нерадње) радника. Да би се радник односно послодавац ослободио одговорности за штету мора доказати да радња (нерадња) радника није била узрок штете.

Закон о раду регулисао је накнаду материјалне штете. Члану 100 овог закона претходи поднаслов 2 – Накнада материјалне штете, а у оквиру њега регулисана је одговорност радника и послодавца за штете причињене трећим лицима. По општим правилима одговорности за штету, одговара се и за неимовинску (нематеријалну) штету (члан 154 став 1, а у вези са чланом 155 ЗОО).

Радник а ни послодавац не могу се ослободити одговорности доказујући да нису криви за проузроковану штету. Радник се не ослобађа одговорности за штету ако докаже да је на раду или у вези са радом испољио потребну пажњу и да, стога, не постоји његова кривица. Послодавац се не ослобађа одговорности ако докаже: да је правилно одабрао и обучио раднике, вршио над њима потребан надзор и посао правилно организовао – да не постоји његова кривица – *culpa in instruendo, culpa in custodiendo (vigilando, inspiciendo), culpa in eligendo*.³⁷

Одговорност радника и послодавца за штету коју је претрпело треће лице је објективна. Свако од њих може се ослободити одговорности под општим претпоставкама предвиђеним за ослобађање од ове одговорности. Следом тога, послодавац се ослобађа одговорности за штету ако докаже да она потиче од више силе или да је настала искључиво радњом оштећеника или трећег лица „коју он није могао предвидети и чије последице није могао избећи или отклонити“ – члан 177 ст. 1 и 2 ЗОО (ове радње, такође, имају за послодавца карактер више силе).

Правила о одговорности послодавца за рад запосленог не искључују примену правила о одговорности за штету која потиче од опасне ствари или вршења опасне делатности (члан 170 став 3 ЗОО).

³⁷ Цигој, С., н. д., стр. 441; Караникић Мирић, М., *Објективна одговорност за штету*, Правни факултет у Београду, Београд 2013, стр. 223.

Законом о раду прописано је да за штету коју радник на раду или у вези са радом прични трећем лицу „радник и послодавац одговарају солидарно“. Радник и послодавац одговарају трећем оштећеном лицу (повериоцу) тако да сваки од њих дугује накнаду потпуне штете. Оштећени може захтевати накнаду штете од кога хоће све док му штета не буде у целисти накнађена. Кад радник или послодавац накнаде штету оштећеном у целини, обавеза накнаде штете престаје и сви се дужници ослобађају (вид. члан 414 ЗОО).

Радник и послодавац солидарно одговарају за штету коју радник у раду или у вези са радом проузрокује другом запосленом. У том случају се оштећени запослени појављује као и свако треће лице. Усвајање другачијег става довело би у неједнак положај радника запосленог код послодавца који одговара за штету, у односу на лица која код њега нису запослена.³⁸ Такав став усваја и новија судска пракса.³⁹

3. Право на регрес

Најчешће послодавац, као економски јаче страна, штету накнађује у целисти (у судском поступку или вансудски). У том случају он стиче право на регрес. Према одредбама члана 102 став 2 Закона о раду, послодавац који је надокнадио штету трећем лицу има право да захтева да му радник надокнади исплаћени износ. Ове одредбе омогућују послодавцу да од радника захтева регрес и за штету коју је он проузроковао било којим обликом непажње.

У односу на одредбе ЗОО, које регулишу одговорност радника (запосленог) за штету коју причини на раду или у вези са радом трећим лицима, одредбе Закона о раду којима је уређена ова одговорност довеле су таквог радника у тежи положај. Довољно је да је радник штету причинио са обичном непажњом или најлакшим обликом непажње да буде одговоран за штету. Могућност да радник буде ослобођен обавезе накнаде штете послодавцу за проузроковану штету трећем лицу може се пред-

³⁸ Вид. у том смислу: Милошевић, Ј., *Облигационо право*, Научна књига, Београд 1977, стр. 191; Црнић И., н. д., стр. 72.

³⁹ За штету насталу телесном повредом одговара учесник спортске игре који је намерно или грубим кршењем правила спортске игре нанео телесну повреду. Солидарно са њим за штету одговара и његов спортски клуб (организација), ако у припреми и у току игре није предузео одговарајуће мере да се игра одвија у спортском духу и у складу са правилима игре (Саветовање грађанских и грађанско-привредних одељења Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда од 15. и 16.5.1985). *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, број 3/2008, стр. 26.

видети „колективним уговором и правилником о раду“ (члан 103 Закона о раду), али ће се она у пракси ретко користити.

Prof. Ilija Babić, LL.D.

Professor, Faculty of European Legal and Political Studies Novi Sad, University „Educons“

TORT LIABILITY OF THE EMPLOYEE AND THE EMPLOYER FOR DAMAGE CAUSED BY THE EMPLOYEE TO A THIRD PARTY

Summary

The Roman law used to accept the principle of strict liability for damage. Without this kind of liability, slaves and the alieni iuris would not be liable for the damage, according to the Roman law.

European jurisdictions proscribe subjective employer liability, the liability assumed by guilt or objective liability for damage inflicted to third parties by employees.

According to Article 170, paragraph 1 of the Code of Obligations Act (COA), it is the liability of the employer for the damage in the workplace or in connection with work that the employee inflicted to a third party, by the rules of strict liability for damage. The employer cannot be acquitted of liability by proving that he is not to blame for the damage. The employee is liable for the damages based on the principle of guilt (subjective liability for damage).

Article 102, paragraph 1 of the RS Labour Law states that the employee and the employer shall be jointly and severally liable for the damage caused by an employee at work or in relation to work to a third party. Regarding the provisions of the Law of Contract and Torts, the provisions of paragraph 1 of the Article 102 of the RS Labour Law are making the situation much worse for employees – they are liable for the damage caused at work or in relation to work to a third party based on the principle of guilt (with intent or by any kind of error).

Key words: *liability of the employer for the damage; liability for damage; the right of recourse of the employer; damage inflicted by the worker.*

ПОВЕРАВАЊЕ ПОЈЕДИНЕ ПРОЦЕСНЕ РАДЊЕ ЈАВНОМ БЕЛЕЖНИКУ

Др Гордана Станковић*
Др Милена Трговчевић Прокић**

***Апстракт:** Првостепени суд, према одредбама Закона о ванпарничном поступку Републике Србије, овлашћен је да, под условима који су предвиђени законом, уколико оцени да је то целисходно, повери јавном бележнику даље спровођење започетог првостепеног ванпарничног поступка за који је надлежан или предузимање поједине ванпарничне радње у текућем ванпарничном поступку. У раду се критички анализира поверавање појединих ванпарничних радњи јавном бележнику.*

***Кључне речи:** јавни бележник, ванпарнични поступак, ванпарнична процесна радња, поверавање процесне радње, овлашћење јавног бележника, целисходност.*

1. Одредбом члана 30а Закона о ванпарничном поступку Републике Србије,¹ разрађена је комесаријална функција јавног бележништва предвиђена одредбом члана 4 став 3 Закона о јавном бележништву.² Овом законском одредбом предвиђена је могућност да првостепени суд, уколико оцени да је то целисходно,³ под условима који су предвиђени одред-

* Редовни професор, Универзитет у Нишу

** Судија и председник Ванпарничног одељења, Први основни суд у Београду

¹ Закон о ванпарничном поступку, Сл. гласник РС, бр. 25/82, 48/88, 46/95, 18/05, 85/12, 45/13, 55/14, 6/15.

² Закон о јавном бележништву, Сл. гласник РС, бр. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 – др. закон, 93/14 – др. закон и 121/14, 6/2015.

³ Законом о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку (2014) стављене су ван снаге одредбе чл. 98 и 99 ЗЈБ (2011) којима је било дато дискреционо право суду да одлучи који ће се поступци и радње поверити јавном бележнику.

бама ЗВП, повери јавном бележнику даље спровођење започетог првостепеног ванпарничног поступка за који је надлежан или предузимање поједине ванпарничне радње у текућем ванпарничном поступку.

2. Кад је у питању поверавање покренутог првостепеног ванпарничног поступка, законом је предвиђено да суд не може да повери јавном бележнику оне правне ствари које су у искључивој надлежности ванпарничног суда као што су нпр. статусне ствари, породичне ствари, поступак за рехабилитацију, поступак због повреде права на суђење у разумном року или поједине имовинске ванпарничне ствари.⁴ Суд може да повери даље спровођење конкретног првостепеног ванпарничног поступка само ако је по закону надлежан за његово спровођење и уколико је оценио да је то целисходно. То значи да се ради о првостепеном ванпарничном поступку који је покренут код ванпарничног суда и да је суд утврдио своју надлежност за поступање у конкретној правној ствари.⁵

Поред ванпарничних поступака који су предвиђени у одредби члана 30а ЗВП, могућно је да суд повери јавном бележнику и један ванпарнични поступак који је предвиђен одредбама ЗПП (2011) и који може да се адхезионо води уз ванпарнични поступак. Ради се о поступку за обезбеђење доказа који је покренут у току ванпарничног поступка и чије спровођење суд може да повери јавном бележнику уколико постоји предлог за обезбеђење доказа.

3. Када се ради о поверавању покренутог ванпарничног поступка очигледно је да се ради о виду дејудицијализације који је мотивисан правнополитичким разлозима – настојањем да се суд растерети одређеног броја неспорних правних ствари и постигне ефикасност у пружању правне заштите с тим што се не угрожава правна сигурност грађана јер правну заштиту у повереним правним стварима пружају

⁴ Одредбом ст. 2 чл. 30а ЗВП законодавац је изричито набројао да се јавном бележнику не могу поверити одређени официјелни ванпарнични поступци: поступак за одређивање накнаде за експроприсану непокретност, поступци вођења јавних књига и регистара за које је законом предвиђено да их води суд и састављање исправа за које је ЗВП или посебним законом предвиђена искључива надлежност суда. Кад су у питању имовински ванпарнични поступци, суд не може јавном бележнику поверити спровођење поступка расправљања заоставштине када је за наслеђивање меродавно право стране државе.

⁵ У прелазним одредбама Закона о изменама и допунама ЗВП (2014) предвиђени су и други, допунски услови, који важе у погледу поверавања ванпарничног поступка јавном бележнику. Суд може, према одредби чл. 57 ст. 1 Закона о изменама и допунама ЗВП (2014) да повери јавном бележнику да спроведе само онај поступак који је започет после дана почетка примене ЗЈБ (2011) тј. после првог септембра 2014, када су започели да функционишу јавни бележници. Ако је у поступку који је спроведен пред судом укинута решење којим се окончава поступак и предмет упућен на поновно суђење, спровођење поновног поступка не може се поверити јавном бележнику (чл. 57 ст. 3 Закона о изменама и допунама ЗВП (2014)).

лица која нису ни државни органи, ни државни службеници али која су посебно квалификовани и независни стручњаци из области права који на основу поверених јавних овлашћења суделују, као повереници суда, у поступку пружања правне заштите.

4. Законодавац је предвидео да суд може јавном бележнику да повери и предузимање одређене процесне радње у текућем судском поступку.

Поверавање поједине ванпарничне радње јавном бележнику резултат је, с једне стране, околности што првостепени ванпарнични поступак није, као парнични поступак, заснован на доследној примени принципа непосредности у погледу организације расправљања и доказивања, а с друге стране, идејом о дужности пружања правне помоћи судовима коју имају сви правосудни и други органи.

5. Иако је првостепени ванпарнични поступак, по правилу, заснован на монархатском принципу, који сам по себи обезбеђује непосредност у поступку, законодавац је одступио од овог принципа јер је омогућио да поједине процесне радње предузимају не само судијски помоћници већ и јавни бележници. Судијски помоћници могу да предузимају поједине радње у текућем поступку кад је то предвиђено одредбама ЗВП или другим законом (члан 17 став 3 ЗВП), а јавни бележници кад ванпарнични суд одлучи да им повери предузимање поједине радње.

Могућност да се у ванпарничном поступку не одржава усмена расправа и да суд може да одлучује без заказивања и одржавања рочишта за усмену расправу, фаворизује принцип писмености и елиминише примену принципа усмености и непосредности.

И могућност да се, у складу са правилом о сходној примени правила парничног поступка, користе и примењују нова доказна правила из ЗПП (2011) која омогућавају да се користе исправе које замењују сведочење у оним поступцима где није обавезно непосредно извођење доказа сведочењем, фаворизовала су извођење доказа исправама. Она су довела до тога да се не само да избегне непосредан контакт сведока и суда (и суда и вештака), већ и елиминише потреба да се организује усмено извиђање и расправљање. Нова доказна правила трасирала су могућност да поједине процесне радње којима суд формира процесну подлогу за одлучивање буду замењене радњама које су, пре или у току ванпарничног поступка, предузели јавни бележници који, у оквиру своје изворне надлежности, имају овлашћење да састављају или оверавају

приватне исправе које служе као доказ и у ванпарничном поступку. Тако је нпр. валидна не само наследничка изјава која је дата пред судом већ и пред јавним бележником или изјава сведока коју је засведочио или оверио јавни бележник.

6. Предузимање појединих процесних радњи може се посматрати и као пружање правне помоћи суду. Дужност пружања правне помоћи суду имају не само судови, већ и други државни органи и правосудне институције. Јавни бележник, као носилац јавне функције коју му је поверила држава, иако није ни државни орган, ни државни службеник, дужан је да пружа правну помоћ судовима у оквиру своје јавнобележничке делатности.

7. У појединим одредбама ЗВП законодавац је изричито предвидео да се предузимање одређених ванпарничних радњи може поверити јавном бележнику или је одредио паралелну надлежност суда (судије и судијског помоћника) и јавног бележника за њихово предузимање, као што је то случај у оставинском поступку, док је у осталим ванпарничним поступцима оставио могућност суду да он сам оцени коју ће процесну радњу поверити јавном бележнику и да ли је поверавање поједине процесне радње целисходно или није.

8. ЗВП у општим одредбама није изричито предвидео које се судске процесне радње могу поверити јавном бележнику. Судске процесне радње у ванпарничном поступку различите су по садржини. Оне могу да буду радње покретања поступка по службеној дужности, радње управљања поступком, радње извиђања и доказивања, радње достављања писмена, радње засведочавања предузетих процесних радњи, радње пружања правне помоћи и радње одлучивања.

У текућем поступку ванпарнични суд може да повери јавном бележнику, по правилу, само радње извиђања и радње достављања писмена. Од јавног бележника се може захтевати нпр. да узме наследничку изјаву, да изврши увид у јавне књиге и регистре, да достави писмено, да предузме разне техничке радње којима се припрема расправљање и одлучивање, да о њима састави јавнобележничку исправу која ће касније, као доказ, бити изведена пред ванпарничним судом.

9. Одредбама ЗПП (2011), који се у смислу одредбе чл. 30 ЗВП сходно примењује у ванпарничним стварима, предвиђена је могућност да се достављање писмена врши и преко преко јавног бележника, као једног од органа достављања. Одредбама ЗЈБ (2011) предвиђено је да

радњу достављања, коју је суд поверио јавном бележнику, може да предузме и приправник јавног бележника.

Сам поступак достављања регулисан је одредбама ЗПП. Јавни бележник коме је поверено достављање дужан је да примењује одредбе ЗПП које се односе на достављање писмена у погледу начина на који се достављање врши у зависности од субјекта коме се писмено доставља и врсте писмена које се доставља. Правила која се односе на достављање предвиђена правилима парничног поступка примењују се у свим ситуацијама када је суд поверио да достављање писмена предузме јавни бележник.⁶

Сасвим је сигурно да ће јавни бележници, као органи достављања, моћи да помогну судовима код достављања, али то никако не значи да ће они редовно бити достављачи суда, стална доставна служба суда или његова „курирска” служба. Суд ће поверавати достављање одређених писмена или позива преко јавног бележника само у изузетним случајевима, у оним ванпарничним стварима кад достављање преко других, редовних органа достављања није било могућно.

10. У оставинском поступку законодавац је сам извршио оцену целисходности у погледу поверавања појединих радњи јавном бележнику и предвидео, пре свега, да суд може да повери јавном бележнику оне процесне радње које је према ранијим законским решењима предузимао надлежни орган управе.

11. Према одредбама ЗВП, састављање смртовнице поверава се оном јавном бележнику на чијем се службеном подручју налазило последње пребивалиште, односно боравиште оставиоца, а ако оставилац није имао пребивалиште, односно боравиште у Републици Србији, састављање смртовнице се поверава јавном бележнику на чијем се службеном подручју налази заоставштина или њен претежни део. Ово законско решење обезбеђује потпуно и квалификовано састављање смртовнице и ослобађа суд дужности да то чини или да повери састављање смртовнице матичару, како што је ранијим законским решењима било предвиђено. Јавни бележник има право да и без одлуке суда изврши попис и процену заоставштине приликом састављања смртовнице ако то од њега тражи наследник или легатар. Новим законским решењима за-

⁶ Одредбама ЗПП (2011), које се сходно примењују у ванпарничном поступку, предвиђен је и начин достављања писмена јавном бележнику. По тим правилима, ванпарнични суд дужан је да врши достављање свих писмена јавном бележнику. Достављање јавном бележнику врши се преко његове канцеларије и предајом писмена лицу које ради у његовој канцеларији на начин који је предвиђен за пуномоћнике из реда адвоката (одредба чл. 136 ст. 3. ЗПП (2011)).

конодавац је не само обезбедио значајан квалитет у погледу састављања смртовнице као јавне исправе, већ је значајно убрзао и одвијање оставинског поступка.

12. Поред састављања смртовнице, законодавац је предвидео и да друге претходне радње у оставинском поступку које се односе на попис и процену заоставштине могу да буду поверене јавном бележнику. Према ранијим законским решењима која је предвиђао изворни текст ЗВП, попис заоставштине могао је да врши надлежни орган управе или радник суда кога је одредио оставински судија. Пошто се ради о радњама које имају претежно технички карактер а којима се припрема подлога за одлучивање, јер се утврђује састав заоставштине, законодавац се определио за могућност да ове радње може да предузме и јавни бележник који ће на тај начин растеретити суд од предузимања оних процесних радњи које не представљају суђење одн. одлучивање.

Иако законодавац третира попис заоставштине и процену заоставштине као радње које се у оставинском поступку поверавају или могу поверити јавном бележнику, ради се у ствари о посебној врсти претходног међупоступка који може да се интерполира у текући оставински поступак. У току поступка пописа и поступка процене предузимају се различите процесне радње – врши се попис заоставштине, саставља о томе записник а по потреби врши се и процена. Процену врши сам јавни бележник или уз помоћ вештака. У току предузимања ових радњи саставља се записник којим се засведочавају предузете активности.

Према одредби члана 96 ЗВП, јавни бележник може да врши попис и процену заоставштине, на основу одлуке суда⁷ коју суд доноси уколико наследници, легатарии или повериоци умрлог захтевају од суда да се она изврши. Осим тога, суд по службеној дужности доноси одлуку да попис и процену заоставштине изврши јавни бележник и када се не зна за наследнике или за њихово боравиште, кад су наследници лица која услед малолетства, душевне болести или других околности нису способна да се сама старају о својим правима и интересима, кад заоставштину треба да наследи Република Србија или у другим оправданим случајевима.

Одлуком којом поверава јавном бележнику да изврши попис и процену заоставштине, суд је дужан да наложи јавном бележнику да предузме још неке ванпарничне радње јер је сам законодавац предвидео самим законом да јавни бележник приликом пописа и процене заоставштине предузима, по природи ствари, још неке судске ванпарничне радње.

⁷ Јавни бележник има право да и без одлуке суда изврши попис и процену заоставштине приликом састављања смртовнице ако то од њега тражи наследник или легатар.

Приликом спровођења пописа и процене заоставштине, он је дужан да састави записник о попису и процени (чл. 99а ЗВП) и да записник достави оставинском суду и сваком учеснику у поступку.

13. Законом је изричито предвиђена могућност да јавни бележник, коме је поверено да изврши попис и процену заоставштине, може да одреди привремене мере за обезбеђење заоставштине уколико су испуњени законски услови. Јавни бележник је дужан да предузме ову судску радњу и одреди привремене мере за обезбеђење заоставштине све док не преда смртовницу оставинском суду. Привремене мере обезбеђења састоје се у томе што се имовина или њен део предају на чување поузданом лицу, што се готов новац, драгоцености, хартије од вредности, штедне књижице и друге важне исправе предају на чување суду на чијем подручју се налазе или што се одлучује о печачењу оставиоцевог стана, појединих просторија у стану или других просторија које припадају оставиоцу.

Предузимање привремених мера за обезбеђење заоставштине представља вршење судске функције и одлучивање у поступку обезбеђења као адхезионом извршном поступку који се води уз ванпарнични поступак.

14. И сам суд који одређује привремене мере обезбеђења заоставштине, може, по самом закону, да одреди да се одређене покретне ствари предају на чување јавном бележнику, посебно у ситуацији када су наследници непознати или одсутни и када се утврди да ниједан од присутних наследника није способан да управља заоставштином, а он нема законског заступника. Одређивањем радње чувања одређених покретних ствари по одлуци суда законодавац је ојачао депозитну функцију јавног бележништва јер је предвидео да радње чувања депонованих ствари може да врши јавни бележник по налогу суда.

15. Кад поједине ванпарничне радње које се могу поверити јавном бележнику нису изричито предвиђене одредбама ЗВП, оцену о целисходности њиховог поверавања јавном бележнику доноси сам судија.

У погледу поверавања појединих ванпарничних радњи није од утицаја чињеница кад је поступак покренут – да ли је поступак покренут пре или после ступања на снагу новелираног ЗВП.⁸

Као и кад се ради о поверавању првостепеног ванпарничног поступка, ванпарнични суд је дужан да се руководи принципом целисход-

⁸ Ванпарнични суд је новелама ЗВП овлашћен да може да повери јавном бележнику предузимање појединих радњи у поступку и у поступцима који су започети пре дана почетка примене ЗЈБ (2011) – чл. 57 ст. 2 Закона о изменама и допунама ЗВП (2014).

ности приликом одлучивања о томе да ли ће поверити јавном бележнику да предузме поједине процесне радње из судске надлежности у текућем ванпарничном поступку.

Приликом одлучивања о целисходности поверавања поједине процесне радње, суд је дужан да води рачуна о низу различитих околности, као на пример да ли је конкретни основни суд оптерећен превеликим бројем ванпарничних предмета, да ли су сви учесници са службеног подручја истог јавног бележника, о висини накнаде и награде за поступање јавног бележника, да ли је потребно и да ли ће учесници моћи да уплате предужам за накнаду и награду јавном бележнику, у смислу сходне примене правила парничног поступка,⁹ а ако су учесници ослобођени претходног сношења трошкова поступка и да ли ће поверавање јавном бележнику повећати издатке у судском буџету,¹⁰ али и да ли ће суд моћи да му исплати накнаду и награду.¹¹

Суд је дужан да приликом одлучивања да ли ће поверити јавном бележнику предузимање поједине процесне радње води рачуна и о томе да ли има изгледа да ли ће поступак пред јавним бележником бити ефикаснији од судског поступка. Међутим, уколико судија који поступа у конкретној правној ствари зна да једини јавни бележник који је именован за подручје основног суда из оправданих разлога неће моћи да поступа у конкретном предмету јер му је познато да постоји разлог за искључење

⁹ Међу појединим судијама постоји мишљење да се, кад суд поверава јавном бележнику предузимање поједине радње или спровођење поступка, ради о растерећењу суда и да је суд дужан да исплати накнаду и награду искључиво из судског буџета те да није дужан да од учесника тражи да уплате предужам на име трошкова поступка јер није правично да учесници буду оптерећени већим износом накнаде трошкова по јавнобележничкој тарифи због поступања јавног бележника уместо суда који се на тај начин растеређује од предузимања појединих радњи.

¹⁰ Високи савет судства бр. 401-050-102/2015 од 11.3.2015.

¹¹ Питање исплате награде у повереном поступку или процесној радњи отвара и додатни проблем јавним бележницима. Јавни бележници су дужни, према одредби чл 134 ст. 6 Закона о изменама и допунама ЗЈБ (2015), да од наплаћене награде без ПДВ, на име таксе за јавни приход уплате износ од 30% од наплаћене награде у року од 15 дана рачунајући од наплаћене награде. Ово овлашћење бележник је добио на основу закона, те је јавни бележник независно од награде и накнаде трошкова дужан да наплати таксу за обављену услугу која представља јавни приход, чија је висина одређена законом. С друге стране, проблем се усложњава у оним ситуацијама када се бележницима не исплати награда, а приликом подношења захтева за трошкове суду, уплате и таксу. С обзиром на то да суд нема буџетских средстава да исплати јавним бележницима у повереним радњама односно поступцима награду, то се поставља и питање да ли ће јавним бележницима бити и наплаћен порез на ову таксу, без обзира на то што им суд није исплатио награду, а у поступку утврђивања наплате и контроле јавних прихода, наплатом пореза, што је регулисано Законом о пореском поступку и пореској администрацији (2002), јер бележници приликом подношења захтева за наплату награде суду достављају и копију захтеване награде пореској управи и уплаћују таксу.

јавног бележника или му је познато да је јавни бележник оправдано одсутан и да неће моћи да поступа приликом предузимања поверене процесне радње, онда ће на одлуку суда да не повери предузимање конкретне процесне радње утицати околност да ће доћи до одуговлачења поступка.

Оцена целисходности код поверавања поједине процесне радње јавном бележнику зависи и од оцене економичности, ефикасности и правне сигурности, посебно ако се ради о личном достављању када се јавни бележник јавља као орган достављања.

16. Одредбом члана 102 став 5 ЗВП законодавац је изричито предвидео да одлуку којом се дозвољава да се скину печати са оставиочевих просторија које су запечаћене може да донесе искључиво оставински суд.

Уколико постоји потреба да се привремено отпечате запечаћене просторије које су припадале оставиоцу ради одређених поправки или отклањања хаварија, оставински судија може наложити јавном бележнику да привремено отпечати запечаћене просторије ради отклањања последица хаварија у њима или ради неопходних поправки,¹² чак и кад је оставински поступак окончан.

17. Одредбом чл. 30б законодавац је уредио начин поверавања поједине ванпарничне радње јавном бележнику и сам поступак поверавања. Суд може поверити јавном бележнику предузимање процесне радње коју он може да предузме по правилима процедуре која се односи на конкретну правну ствар¹³

Суд може донети одлуку ван рочишта или на рочишту, уколико се оно одржава, по сопственој оцени или после консултација и непосредне комуникације са учесницима или на њихов предлог. Уколико су испуњени услови који се односе на поверавање правне ствари јавном бележнику и суд оцени да је то целисходно, суд ће донети решење о поверавању поједине процесне радње јавном бележнику.

Решење о поверавању поједине ванпарничне радње јавном бележнику судија може донети у току ванпарничног поступак, без обзира да

¹² У том смислу и одлука Првог основног суда у Београду, у предмету ЗРЗ. бр. 3509/13.

¹³ Треба приметити да је на почетку функционисања јавног бележништва у пракси било неразумевања код појединих јавних бележника који су одбијали да предузму поједине процесне радње јер су сматрали да треба да им се повери само већ покренути поступак, да се од јавног бележника тражи да донесе одлуку а не да предузме одређену радњу и који су захтевали од суда, без основа, да им суд уплати предујам за наложену поверену радњу (нпр. акт јавног бележника УПП 16-2015 од 1.4.2015).

ли је тај поступак официјелан или неофицијелан, зависно од тога да ли је целисходно, економично и ефикасно да конкретну радњу предузме јавни бележник.

Решење о поверавању поједине процесне радње доноси поступајући судија првостепеног суда. Решењем којим поверава јавном бележнику предузимање поједине процесне радње, судија преноси (поверава) вршење судске власти јавном бележнику у једном сегменту поступка у складу са законом који допушта такву могућност и под условима који су законом предвиђени.

18. Судија који одлучује да повери одређену ванпарничну радњу јавном бележнику не одређује конкретног јавног бележника, као повереника надлежног суда. Судија само доноси решење да се предузимање поједине ванпарничне радње поверава јавном бележнику. Судија који одлучује да се поступак повери јавном бележнику није надлежан да одреди личност јавног бележника који ће поступати у тој правној ствари јер то спада у домен судске управе. Решење о одређивању конкретног јавног бележника са подручја првостепеног суда доноси председник суда (члан 30в). Судија је дужан да решење које је донео, заједно са списима предмета, проследи председнику суда.

19. Уколико на подручју основног суда још увек нема именованих јавних бележника или је суду познато да једини јавни бележник у конкретној правној ствари неће моћи да поступа, јер постоје разлози за његово искључење на које је указао суду један од учесника, суд неће доносити решење о поверавању правне ствари јавном бележнику, иако би то у конкретном случају било целисходно, пошто би то изазвало непотребно одуговлачење поступка. Нпр. суд неће моћи да повери достављање писмена уколико достављање треба извршити крвном сроднику јавног бележника или ванбрачном партнеру јавног бележника јер је та околност позната самом судији или једном од учесника.

20. Решење којим суд поверава јавном бележнику спровођење поступка, по својој правној природи, представља решење о управљању поступком. Ово решење представља посебну подврсту решења јер представља и налог јавном бележнику да поступа у повереној правној ствари у складу са законом. Решењем којим поверава јавном бележнику спровођење поступка суд одређује рок у којем он треба да предузме поверену процесну радњу.

21. Решење којим се одређена правна ствар поверава јавном бележнику суд доноси ван рочишта или на рочишту, зависно од тренутка у развоју поступка и од тога да ли се ради о поверавању поступка или поједине ванпарничне радње. Решење које се доноси на рочишту засведочава се записником а потом се израђује посебна одлука.

22. С обзиром на правну природу решења о поверавању поједине процесне радње јавном бележнику предвиђено је да није дозвољена жалба. Уколико би евентуално била дозвољена жалба, поступак би се само одуговлачио, што не би било у складу са правом странака да им правна заштита буде пружена у разумном року.

23. Поступајући судија дужан је да врши контролу над радом јавног бележника. Уколико из одређених разлога јавни бележник не може да предузме поверену процесну радњу, јер постоје објективни разлози који га у томе спречавају, судија који је донео решење о поверавању процесне радње јавном бележнику дужан је да, пошто донесе решење о одузимању поверене радње јавном бележнику, сам поступа у конкретној ванпарничној правној ствари.

24. Законодавац је поступак именовања јавног бележника поверио судској управи и настојао је да се у овом поступку обезбеди законитост, објективност, равноправност и правичност. Поверење поступка правне заштите из компетенције суда захтева и надзор надлежног суда јер се ради о вршењу судске функције и судске власти која се одлуком судије поверава носиоцу јавне функције.¹⁴

25. Председник суда који је надлежан да поступа у конкретној правној ствари и чија је надлежност заснована у складу са законом, доноси решење о одређивању јавног бележника коме се упућује поверени предмет и на тај начин врши расподелу предмета јавним бележницима са свог подручја. То ће најчешће бити председник основног суда јер је, према одредбама Закона о уређењу судова (одредба чл. 22) основни суд надлежан да у првом степену поступа у ванпарничним стварима за које није надлежан неки други суд, а највећи број ванпарничних правних ствари је у стварној надлежности основних судова. Према одред-

¹⁴ Осим тога, председник основног суда надлежан је по Закону о уређењу судова (2008) да утврђује годишњи распоред рада судија (одредба чл. 34 Закона о уређењу судова), па је самим тим и надлежан да одреди и јавног бележника као повереника суда. Председник основног суда, који руководи радом судске управе, по закону има задатак да организује све активности које служе вршењу судске власти, да обезбеђује законитост у раду суда, спречава одуговлачење у раду и одговоран је за правилан и благовремен рад суда (одредба чл. 51–52 Закона о уређењу судова).

би чл. 25 Закона о уређењу судова, привредни суд поступа по правилима ванпарничног поступка у ванпарничним правним стварима које су предвиђене Законом о привредним друштвима.

26. Одређивање конкретног јавног бележника који треба по решењу судије да поступа представља службену радњу председника суда. По својој правној природи, ова радња не представља ванпарничну радњу већ радњу судске управе јер је предузима председник суда у оквиру свог делокруга. Председник суда поступа у овом случају по правилима посебног управног поступка.

27. Одредба члана 30в ЗВП којом је предвиђено да председник основног суда може да одреди искључиво оног јавног бележника коме ће упутити конкретни предмет чије се службено седиште налази на подручју тог основног суда,¹⁵ не односи се на ситуацију кад се предузима поједина процесна радња јер се одређене процесне радње, као што је достављање, по природи ствари могу предузети и на подручју неког другог суда.

28. У одредби чл. 30в предвиђени су критеријуми по којима се одређује јавни бележник коме ће бити упућена правна ствар уколико на подручју једног суда постоји већи број јавних бележника. Кад на подручју суда своје седиште има више јавних бележника, јавни бележник коме се поверава конкретна правна ствар одређује се са листе јавних бележника на којој су они сврстани по азбучном реду презимена.

29. Одредбом чл. 30в ст. 3 ЗВП регулисана је ситуација која може да настане кад на подручју основног суда своје седиште има више јавних бележника. У том случају председник основног суда је дужан да предмете равномерно расподељују јавним бележницима по азбучном реду по презимену бележника. Законодавац се определио за принцип азбучног реда презимена јер се по том критеријуму именовани јавни бележници налазе на списку.

¹⁵ Према ЗЈБ (2011), јавни бележник има једно службено седиште и он је дужан да води јавнобележничку канцеларију у месту свог службеног седишта. Службено подручје и седиште јавног бележника одређује се према надлежности основног суда (одредба чл. 16–17 ЗЈБ). Приликом одређивања јавног бележника који треба да поступа у повереној правној ствари, председник суда је дужан да предмете поверава јавном бележнику који има седиште на његовом подручју. Према одредби чл. 17 ЗЈБ, суд може да повери конкретну ванпарничну правну ствар само оном или оним јавним бележницима који имају службено седиште на његовом подручју. Председник суда може упутити предмет јавном бележнику чије се службено седиште налази на подручју тог суда јер је у питању правна ствар из надлежности тог суда коју је поступајући судија поверио јавном бележнику у складу са законом.

30. Одредбом чл. 30в ст. 4 ЗВП регулисана је ситуација која може да настане у случају да је неки јавни бележник променио презиме или је принцип азбучног реда морао да буде нарушен, због оправданог разлога или оправданог одбијања јавног бележника да поступи у конкретној ванпарничној правној ствари. У тој ситуацији законодавац је предвидео да се предузимање радње поверава следећем јавном бележнику који је следећи по редоследу или оном јавном бележнику који је најмање био ангажован јер је добио најмање предмета на поступање. На овај начин поверавања предмета јавном бележнику избегава се могућност за фаворизовање неког јавног бележника у односу на другог.

31. Разлози због којих јавни бележник може да одбије да поступи у конкретној повереној ванпарничној ствари, због оправданог разлога или због оправданог одбијања, предвиђени су у одредби чл. 30г. Оправдани разлог због кога може да буде нарушен принцип азбучног реда представља постојање разлога за искључење или изузеће конкретног јавног бележника јер у моменту кад је председник суда одређивао решењем конкретног јавног бележника та околност није била позната. Осим тога, у време доношења решења којим је председник суда одредио конкретног јавног бележника у складу са правилима о начину одређивања конкретног јавног бележника, њему нису били познати оправдани разлози због којих јавни бележник може да одбије да поступа у повереној правној ствари (нпр. болест, дуже одсуство, службена спреченост итд.).

32. Законом прописан начин одређивања јавног бележника који треба да поступа спречава могућност за фаворизовање неког јавног бележника у односу на другог. Код овог начина одређивања јавног бележника законодавац је водио рачуна само о томе да јавни бележници буду равномерно оптерећени повереним правним стварима. Законодавац на овај начин није фаворизовао ни једног учесника одн. ни предлагача ни противника предлагача у контенциозним ванпарничним стварима, а у официјелним поступцима са множином учесника (као што је нпр. оставински поступак) није фаворизовао ниједног. Као што учесници не могу да утичу на одређивање судије који ће поступати у њиховој правној ствари, тако не могу ни да утичу на именовање јавног бележника који ће поступати.

33. Председник суда у чијој је надлежности одређивање конкретног јавног бележника који треба да поступа дужан је да донесе решење у коме ће именовати конкретног јавног бележника коме треба проследи-

ти решење о поверавању правне ствари које је донео надлежни судија и сам ванпарнични спис.¹⁶

34. Одредбом чл. 30г ЗВП предвиђена је дужност јавног бележника да поступа као повереник суда и предвиђени су разлози због којих он може да одбије да поступа у повереној правној ствари.

35. Уколико јавни бележник који је одређен одлуком председника суда да поступа у повереном предмету обавести председника суда да у тој правној ствари не може да поступа јер постоје оправдани разлози или оправдано одбије да поступа, председник суда је дужан да донесе ново решење и да одреди новог јавног бележника или да обавести судећег судију да нема могућности да се одреди други јавни бележник, јер је он једини јавни бележник на подручју основног суда, и да је он дужан да настави са поступком у конкретној правној ствари.

36. У повереним правним стварима поступа по правилима која важе за поступак који му је поверен. Јавни бележник, поред правила ЗВП (општих правила и правила која се односе на посебан ванпарнични поступак), примењује сходно и она правила парничне процедуре у погледу којих у ЗВП постоји законска празнина. Јавни бележник је овлашћен да прибавља потребне податке и да прибавља потребне исправе од других надлежних органа.¹⁷ Јавни бележник по службеној дужности може да прибавља потребне исправе као што су нпр. изводи из матичних књига рођених, поседовни листови из катастра итд.

¹⁶ Треба приметити да одредба чл. 30в у ст. 4 није коректно правно-технички редигована. У одредби ст. 4 овог члана употребљен је један неадекватан правно-технички термин. Ради се о томе да је законодавац, уместо термина „поверавање ванпарничног поступка или поједине ванпарничне радње“ употребио неадекватан термин „посао“, вероватно у настојању да текст одредбе буде што краћи или због тога што је преузео идентичну редакцијску грешку из одредбе чл. 17 ст. 2 ЗЈБ (2011) који говори „о повереним пословима“ уместо о повереним правним стварима или радњама. Поверавање процесне радње у поступку у коме надлежни ванпарнични суд врши судску функцију, пружа правну заштиту и врши судску власт, не представља грађанскоправни посао. Суд који упућује једну правну ствар јавном бележнику не упућује понуду за закључење посла. Између суда који поверава једну правну ствар јавном бележнику не постоји никакав уговорни однос, те се не ради о (правном) послу. Нити је суд наручилац посла, нити је јавни бележник, који као повереник суда врши јавна овлашћења, извршилац посла. Суд, у складу са законом, преноси вршење судске власти јавном бележнику јер то закон предвиђа и допушта из одређених правнополитичких разлога. Јавни бележник инвестируу – налог за поступање и одлучивање у одређеној ванпарничној правној ствари добија од суда коме је поверено да врши судску власт.

¹⁷ Јавни бележник нпр. по службеној дужности прибавља од надлежног органа адресу пребивалишта или боравишта учесника кад му је поверено да изврши радњу достављања а у питању је лично достављање које није могло да се изврши на адреси која је била означена у списима. Или, приликом састављања смртвонице, јавни бележник може да прибавља податке који се односе на вредност покретних ствари које улазе у састав заоставштине.

37. Јавни бележник је дужан да одређену поверену процесну радњу предузме у року који је одредио судија који је донео одлуку да је целисходно да се конкретна правна ствар повери јавном бележнику. Рок који одређује судија у решењу, по својој природи, може да буде законски и судски рок, зависно од тога да ли је правилима којима је уређен конкретни посебан ванпарнични поступак прецизно предвиђен рок у коме треба обавити службене радње или је препуштено судији да он, према околностима конкретног случаја, тај рок одреди. У појединим ванпарничним стварима законодавац је изричито одредио рок у коме треба да се спроведе одређени поступак или предузме одређена радња, као што је то случај са оставинским поступком. У неким од имовинских ванпарничних поступака који се могу поверити јавном бележнику нису предвиђени рокови у којима се предузимају поједине процесне радње. У том случају судија одређује судски рок.

38. Надлежни судија који је решењем поверио предузимање одређене процесне радње јавном бележнику има овлашћење да по службеној дужности захтева од јавног бележника да му преда на увид све списе предмета. На овај начин надлежни судија врши контролу било по сопственој иницијативи, било по притужби учесника. Тако нпр. ако су учесници у оставинском поступку приговорили на начин на који јавни бележник врши попис и процену заоставштине, на основу увида у списе надлежни судија може да утврди основаност притужбе на рад и поступање јавног бележника.

39. Суд који је поверио јавном бележнику предузимање поједине радње доноси и решење о одузимању поверене радње јавном бележнику уколико он ради на штету учесника, ствара им сувишне трошкове, неправдано одуговлачи поступак или када то налажу други оправдани разлози.

40. Суд може новим решењем поверену радњу која је била поверена једном јавном бележнику поверити другом јавном бележнику или одлучити да је ипак сам предузме. Решење о одузимању поверене радње јавном бележнику суд доставља: јавном бележнику, учесницима у поступку, дисциплинском тужиоцу јавнобележничке коморе и министру надлежном за послове правосуђа.

Решење о одузимању поверене процесне радње, по својој правној природи, представља одлуку о управљању поступком и из тог разлога изричито је искључена жалба на ову одлуку. Осим тога, ако би евентуално постојала могућност да се изјави жалба, без обзира да ли би је изјавили

учесници или сам јавни бележник, одуговлачио би се непотребно поступак, што није у интересу ефикасности и суђења у разумном року.

Gordana Stanković, Ph.D., Full Professor

University of Niš

Milena Trgovčević Prokić, Ph.D.

A judge and the President of the Contentious Department

The First Court of First Instance Belgrade

DELEGACY OF A CERTAIN PROCEDURAL ACTION TO A NOTARY PUBLIC

Summary

According to regulations of the Law on non-Contentious Proceedings of the Republic of Serbia (1982), The court of First Instance is authorized, if assessed expedient, to delegate to a notary public further implementation of the initiated first instance non-contentious proceedings which it is competent for or taking over of a certain non-contentious action in a current non-contentious procedure under legally defined conditions. In the paper the authors discuss which procedural actions could be delegated to a notary public and critically analyze existing legal solutions.

Key words: *notary public, non-contentious procedure, non-contentious action, entrusting the procedural actions, the authority notary public, expediency.*

PRIGOVOR TREĆEG LICA

Dr Ranka Račić*

Apstrakt: *Na području Bosne i Hercegovine pravni položaj trećeg lica u izvršnom postupku nije na jedinstven način regulisan. U skladu sa rješenjima koja su sadržana u entitetskim zakonima o izvršnom postupku treće lice nema pravo da zahtijeva odlaganje izvršenja, bez obzira na to što je u prigovoru ponudio dokaze na osnovu kojih sud može zaključiti da je izvršenjem zahvaćen njegov predmet. Nerijetko treće lice trpi nesrazmjernu štetu koja je posljedica ne samo zloupotrebe procesnih ovlašćenja od strane stranaka u izvršnom postupku već i nepotpunih pravila koja se odnose na prigovor trećeg lica. U Zakonu o izvršnom postupku pred Sudom BiH i ZIP Brčko Distrikt BiH predviđeno je da treće lice može zahtijevati odlaganje izvršenja pod određenim uslovima.*

U sudskoj praksi se pojavilo niz problema koji su vezani za primjenu pravila kojim je regulisan prigovor trećeg lica. Najavljene izmjene ZIP na području oba entiteta Bosne i Hercegovine idealna su prilika da se isprave neke nedorečenosti aktuelnih zakonskih rješenja te da se popune određene praznine na koje pravna teorija i sudska praksa već duže vremena ukazuje.

Ključne riječi: *prigovor trećeg lica, proglašenje izvršenja nedopuštenim, protivizvršenje na zahtjev trećeg lica.*

1. Uvod

Zakon o izvršnom postupku Republike Srpske iz 2003 godine¹ donesen je sa namjerom da se postupak izvršenja učini efikasnim kako bi se tražilac iz-

* Редовни професор, Универзитет у Источном Сарајеву, Правни факултет у Источном Сарајеву, Универзитет у Бањој Луци, Правни факултет у Бањој Луци

¹ Vidjeti, *Zakon o izvršnom postupku Republike Srpske*, Sl. gl. Republike Srpske, br. 59/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12, 67/13. (u daljem radu ZIP RS).

vršenja u što kraćem vremenskom periodu namirio, pod uslovom da izvršenik svoju obavezu nije ispunio u paricionom roku.² Namjera zakonodavca prilikom donošenja ovog zakona bila je i da se onemoguće ili svedu na najmanju moguću mjeru zloupotrebe procesnih ovlašćenja koje, u pravilu, potiču najčešće od izvršenika ali nerijetko i od trećeg lica koje u izvršnom postupku često “radi” po nalogu izvršenika i ističe prigovor da je izvršenje na određenom predmetu ili pravu nedopušteno kako bi onemogućio postupak sprovođenja izvršenja na izvršenikovim stvarima odnosno pravima. Ovo je bio i jedan od glavnih razloga što je zakonodavac „ispustio“ pravila o odlaganju izvršenja na zahtjev trećeg lica u entitetskim zakonima o izvršnom postupku. U Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine zakonodavac je postupio još strože. U skladu sa pravilima koja su bila sadržana u ZIP iz 2000. godine nisu bila, uopšte, predviđena pravila o prigovoru trećeg lica.³ Tek novi Zakon o izvršnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine iz 2013. godine⁴ omogućuje trećem licu, kada je njegova stvar zahvaćena izvršenjem, da podnese prigovor da se izvršenje na tom predmetu proglašeno nedopuštenim i da traži odlaganje izvršenja.

Međutim, kao da je zakonodavac previdio da postoje i oni slučajevi kada je nužno da postoje procesni instrumenti trećeg lica u izvršnom postupku i da je neophodno predvidjeti potpunu zaštitu ovog lica pod tačno određenim uslovima. Postojanje jasnih i preciznih pravila o prigovoru trećeg lica u izvršnom postupku nužno je i opravdano. Pravni položaj trećeg lica često je vrlo neizvjestan u izvršnom postupku. Ništa nije bolji njegov položaj ni u parničnom postupku kada ga izvršni sud uputi na parnicu. Ukoliko treće lice u parničnom postupku dokaže da na određenom predmetu ima takvo pravo koje sprečava izvršenje i sud usvoji tužbeni zahtjev, trećem licu, u pravilu, predstoji još jedan postupak. Pošto u izvršnoj proceduri entiteta nije moguće odložiti izvršenje na zahtjev trećeg lica, često se dešava da se stvar, na kojoj postoji pravo trećeg lica, proda u izvršnom postupku. U ovom slučaju trećem licu preostaje samo da podigne tužbu za naknadu štete, jer nema pravo da zahtijeva da mu kupac odnosno savjesno treće lice⁵ koje je kupilo “njegovu”

² Istovjetni razlozi motivisali su zakonodavca i u Federaciji Bosne i Hercegovine da donese novi Zakon o izvršnom postupku. Vidjeti, Sl. n. Federacije Bosne i Hercegovine br. 32/03, 33/06 (u daljem radu ZIP FBiH).

³ Vidjeti, *Zakon o izvršnom postupku Brčko Distrikta BiH iz 2000 godine*, Sl. gl. br. 8/00, 1/01, 5/02, 8/03, 19/07, 2/08.

⁴ *Novi Zakon o izvršnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine iz 2013 godine* sadrži pravila o prigovoru trećeg lica. Ovim zakonom data su veća procesna ovlašćenja trećem licu u odnosu na zakonska rješenja koja su sadržana u ZIP RS i ZIP FBiH. Vidjeti, Sl. gl. Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine br. 39/13. (u daljem radu ZIP Brčko Distrikta BiH).

⁵ Radi se o trećem savjesnom licu.

stvar istu vrati. U ovakvim situacijama treće lice trpi nesrazmjernu štetu koja je posljedica ne samo zloupotrebe procesnih ovlašćenja od strane stranaka u izvršnom postupku već i nepotpunih pravila koja se odnose na prigovor trećeg lica odnosno izlučnu tužbu. Čak i u onim situacijama kada sudija postupa u skladu sa aktuelnim pravilima, zbog njihove nedorečenosti i nepotpunosti, šteta za treća lica je vrlo često velika a pitanje naknade jako neizvjesno. Međutim, ne smiju se zaboraviti ni oni slučajevi kada sudija, u izvršnom postupku, treće lice posmatra kao “produženu ruku” izvršenika. Tada sud treće lica, u pravilu, upućuje na parnicu, bez obzira što su ispunjene pretpostavke da on donese odluku. U ovakvim slučajevima redovno treće lice zahtijeva da parnični sud donese sudsku mjeru obezbjeđenja kako bi izdejstvovao odlaganje izvršenja. Prvostepeni sud, u pravilu, određuje sudsku mjeru obezbjeđenja a tuženi redovno izjavi žalbu na odluku suda o određivanju sudske mjere obezbjeđenja kojom se određuje odlaganje izvršenja. Nerijetko drugostepeni sud ukine sudsku mjeru obezbjeđenja pa treće lica, i kad uspije da u parničnom postupku dokaže osnovanost svog zahtjeva, definitivno izgubi predmet zbog kojeg je vođen parnični postupak, jer je u izvršnom postupku predmet prodat savjesnom trećem licu.⁶ Ne smiju se zanemariti ni oni slučajevi kada se stranke u izvršnom postupku ponašaju nesavjesno i samo sa jednim ciljem, tražilac izvršenja da se namiri a izvršenik da se oslobodi svoje obaveze pa čak na štetu i teret trećeg lica.

U sudskoj praksi pojavilo se niz problema koji su vezani za primjenu pravila kojim se reguliše prigovor trećeg lica. Najavljene izmjene ZIP na području oba entiteta Bosne i Hercegovine idealna su prilika da se isprave neke nedorečenosti aktuelnih zakonskih rješenja te da se popune određene praznine na koje pravna teorija već duže vremena ukazuje. Primjena ZIP na području oba entiteta, više od deset godina, pokazala je da su nužne zakonodavne intervencije u pogledu ovog procesnog instituta. Međutim, nije na odmet napomenuti da treba, prije ovih izmjena, dobro razmisliti na koji način reformisati prigovor trećeg lica i u kojem pravcu treba da idu izmjene. Izmjene i dopune pravila koja se tiču prigovora trećeg lica treba da omogućе ravnopravnost procesnih stranaka i trećeg lica, koje se u izvršnom postupku pojavljuje kao učesnik kada se odlučuje o nekom njegovom pravu ili zbog toga što ima pravni interes, i jednakost procesnog oruđa kako bi se spriječila upotreba sile kada treće lica učini vjerovatnim⁷ da je izvršenje na određenom predmetu ne-

⁶ Savjesno treće lice stiče pravo svojine na ovom predmetu na osnovu pravila o sticanju od nevlasnika u skladu sa čl. 111 Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske. Vidjeti, *Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske*, Sl. gl. br. 124/08, 58/2009, 95/2011, 60/15.

⁷ Entitetski zakoni ne sadrže izričito pravilo po kome treće lica mora učiniti svoje pravo vjerovatnim. Ovaj termin koristi zakonodavac u Brčko Distriktu BiH i pred Sudom BiH. Bez obzira na to što

dopušteno u obimu u kome je njegovo pravo zahvaćeno izvršenjem. Takođe, nužno je obezbijediti i jednak pristup sudu kada treće lice učini vjerovatnim da ima takvo pravo koje sprečava izvršenje na određenom predmetu. Aktuelni zakoni o izvršenju sadrže niz redakcijskih grešaka koje je nužno otkloniti.

Najčešće upućivanje na parnicu i „nalog“ trećem licu da podigne izlučnu tužbu nije uvijek opravdano niti cjelishodno, posebno ako se ima u vidu da se određenim pravnim sredstvima može reagovati u izvršnom postupku. Namjera autora ovog rada je da ispita i da se kritički osvrne na zakonska pravila koja se tiču: prigovora trećeg lica, nemogućnosti odlaganja izvršenja na zahtjev trećeg lica u entitetskim zakonima o izvršnom postupku i protivizvršenja na zahtjev trećeg lica. Detaljno bavljenje izlučnom tužbom u ovom radu će izostati, jer ona – izlučna tužba zahtijeva analizu koja prevazilazi okvire ovog rada. U ovom radu će se samo ispitati odnos izlučne tužbe i izlučnog prigovora, odnosno autor će pokušati da da odgovor na pitanje da li treće lice mora prvo izjaviti prigovor pa tek potom izlučnu tužbu ili je moguće da treće lice ide odmah na parnični postupak.⁸ Zakonska rješenja koja se tiču protivizvršenja na zahtjev trećeg lica biće poseban predmet analize kako bi se odgovorilo na pitanje da li se treće lice može u potpunosti zaštititi podizanjem zahtjeva za protivizvršenje kada se njegova stvar proda na prinudnoj javnoj prodaji ili neposrednom pogodbom ili u ovom slučaju mora ponovo ići na parnični postupak i plaćati troškove postupka ničim izazvane. Takođe, nužno je odgovoriti i na pitanje da li je bolje zakonsko rješenje koje sadrže ZIP Brčko Distrikta BiH i ZIP pred Sudom BiH o mogućnosti odlaganja izvršenja na zahtjev trećeg lica ili treće lice može potpuno ostvariti zaštitu svojih prava u postupku protivizvršenja.

Za potrebe ovog rada, nužno se osvrnuti i na pojedina zakonska rješenja, o prigovoru trećeg lica, koja su sadržana u zakonima država u regionu, a koje su nekada bile u sastavu zajedničke države. Analiziranje i traženje “pomoći” u pojedinim rješenjima ovih država opravdavaju dva razloga. Prvo, zemlje koje su nastale disolucijom bivše SFRJ prilikom donošenja novih zakona za polaznu osnovu imale su isti zakon, Zakon o izvršnom postupku SFRJ iz 1978. godine. Drugi razlog je ista pravna tradicija kao i slično stanje u privredi ovih zemalja. Kao što je poznato, pravila o izvršenju nikada ne mogu biti ista u jednoj uređenoj i ekonomski stabilnoj državi i tranzicijskoj državi sa posrnulim privrednim sistemom. Istina, i države u tranziciji mogu “preuze-

zakonodavac u entitetskim zakonima ne upotrebljava ovaj termin, svakako treće lice mora do stepena vjerovatnoće dokazati postojanje svoga prava. U protivnom, Sud će prijedlog trećeg lica odbaciti kao nedopušten.

⁸ Pitanja koja se tiču pravne prirode izlučne tužbe, sadržine tužbenog zahtjeva, pasivne legitimacije neće se analizirati u ovom radu.

ti” pravila izvršenja iz jedne ekonomski stabilne i pravno uređene države, ali efekti izvršenja uvijek će izostati. Činjenica je da su se i naši susjedi u proteklom periodu kolebali oko načina na koji treba regulisati prigovor trećeg lica i pokušavali da pronađu optimalna rješenja za ovaj procesni institut. Pojedina zakonska rješenja koja su sadržana u izvršnoj proceduri ovih zemalja mogu biti putokaz ka traženju najboljeg rješenja.

Prilikom budućih izmjena pravila koja se tiču prigovora trećeg lica, zakonodavac mora predvidjeti procesne instrumente kako bi se treće lice potpuno zaštitilo u onim situacijama kada izvršenje zadire u njegovu pravnu sferu.

Neograničena mogućnost isticanja prigovora trećeg lica, u pravilu, dovodi do zloupotrebe procesnih ovlašćenja u izvršnom postupku. Naprotiv, izuzetno strogi uslovi za dopuštenost prigovora trećeg lica onemogućava ovo lice da svoje pravo ostvari relativno brzo u izvršnom postupku.

Kolebanje sudske prakse i različita primjena postojećih procesnih pravila dodatno je motivisala autora ovog rada da ponudi određena zakonska rješenja kojim bi se uspostavila jednakost procesnog oruđa između stranaka u izvršnom postupku i trećeg lica u onim situacijama kada se među izvršenikovim stvarima nalazi i predmet trećeg lica na kojem ono ima neko pravo stvarnopravnog ili obligacionopravnog karaktera.

2. Prigovor trećeg lica u izvršnoj proceduri Bosne i Hercegovine de lege lata

2.1. Prigovor trećeg lica u pravu Bosne i Hercegovine

U Bosni i Hercegovini, kao što je poznato, četiri zakona regulišu izvršni postupak. Entitetski zakoni su u najvećem stepenu usaglašeni i kada je u pitanju prigovor trećeg lica. Zakonodavac u Brčko Distriktu BiH “kolebao” se prilikom određivanja pravnog položaja trećeg lica. Prvo, ZIP Brčko distrikata BiH iz 2000. godine nije uopšte predviđao prigovor trećeg lica kao specifičan pravni lijek. Novi ZIP Brčko Distrikta BiH iz 2013. godine sadrži pravila o prigovoru trećeg lica ali i mogućnost odlaganja izvršenja na zahtjev trećeg lica.

Pravni položaj trećeg lica u izvršnom postupku Brčko Distrikta BiH iz 2013. godine bolji je u odnosi na entitetske zakone. Zakon o izvršnom postupku pred Sudom BiH sadrži bitno drugačija rješenja, kako u odnosu na en-

titetske zakone tako i u odnosu na ZIP Brčko Distrikta BiH. Tako ZIP pred Sudom BiH sadrži i pravila kada treće lice ne može tražiti da se izvršenje proglasi nedopuštenim. Takođe, ovim zakonom je predviđeno ko u izlučnoj tužbi mora biti označen kao tuženi. Pored toga, ovaj zakon daje mogućnost trećem licu da traži odlaganje izvršenja pod tačno određenim uslovima. Ovo je samo jedan od mnogobrojnih primjera o neusklađenosti zakonskih rješenja kada je pitanju Bosna i Hercegovina. Ova neusklađenost pokazuju da treće lice na različitim područjima Bosne i Hercegovine na različite načine i po bitno drugačijim pretpostavkama ostvaruje svoja prava kada tvrdi da u pogledu predmeta izvršenja ima takvo pravo koje sprečava izvršenje na tom predmetu.

Sva četiri zakona sadrže niz redakcijskih grešaka, na šta će u radu biti posebno ukazano.

Postavlja se pitanje koji su razlozi motivisali zakonodavca da trećem licu stavi na raspolaganje ovaj specifični pravni lijek, kojim će ono – treće lice tražiti da se izvršenje na određenom predmetu proglasi nedopuštenim, ako se zna da se izvršni postupak sprovodi na stvarima i pravima koja pripadaju izvršeniku. Zakonodavac ne pominje predmete izvršenja trećeg lica kao mogućnost da se tražilac izvršenja namiri iz njih. Ukoliko se radi o izvršenju na novčanim potraživanjima, tada se izvršenje sprovodi na: nekretninama koje su u svojini izvršenika, na pokretnim stvarima koje su, u pravilu, u državi izvršenika, na novčanim potraživanjima koja pripadaju izvršeniku, izvršenje na potraživanju da se predaju ili isporuče pokretne stvari ili da se preda nepokretnost takođe se sprovodi na izvršenikovom potraživanju, na dionici i ostalim registrovanim hartijama od vrijednosti, te na članskom udjelu u pravnom licu izvršenika kao vlasnika dionice ili udjela i na patentu, tehničkom unapređenju, plodouživanju i nekim sličnim izvršenikovim pravima. Ako se pođe od pretpostavke da se radi o predmetima i pravima koja pripadaju izvršeniku, onda je upitno postojanje ovog instituta. Međutim, kada su u pitanju pokretne stvari, sudski izvršilac vrši popis i zapljenu stvari koje se nalaze u izvršenikovo državini. Istina, “prvenstveno se popisuju stvari u pogledu kojih nema primjedbi o postojanju prava koje bi sprečavalo izvršenje i stvari koje se najlakše mogu unovčiti, pri čemu će se o tome uzeti u obzir i izjave prisutnih stranaka i trećih lica.”⁹ Pretpostavka je da su stvari koje se nalaze u državini izvršenika u njegovoj svojini, dok se suprotno ne dokaže. “Ako treće lice ne obavijesti sud o svojim pravima na pokretnoj stvari koje se nalaze u državini izvršenika koja je predmet izvršenja, niti dokažu svoja prava na njima, smatra se da takva prava trećih ne postoje i da je izvršenik vlasnik stvari

⁹ Čl. 121 st. 2 ZIP RS.

koja se nalaze u njegovoj državini.¹⁰ U pravilu koje je sadržano u odredbi čl. 120 st. 4 ZIP RS, izričito je predviđeno da se “smatra da su bračni i vanbračni drugovi suvlasnici u jednakim dijelovima svih pokretnih stvari koje se zateknu u njihovoj kući, stanu, poslovnoj prostoriji ili drugoj nepokretnosti.

U procesnoj literaturi se može pročitati da je dužnost suda da ispituje pripadnost predmeta u odnosu na koje je izvršenje zatraženo redukovana i formalizovana zbog obezbjeđenja efikasnosti izvršenja, pa je moguće da izvršenje bude određeno i u odnosu na predmete koji ne pripadaju izvršeniku.¹¹ Stoga je nužno postojanje prigovora trećeg lica u izvršnom postupku kako bi ovo lice pokušalo da zaštiti svoje prava. Ukoliko se pojavi spor o pravu trećeg lica na određenom predmetu izvršni sud će uputiti treće lice na parnicu.

2.2. Metodi za pružanje pravne zaštite trećeg lica

Dva su metoda za pružanje pravne zaštite trećem licu, kada treće lice svoje pravo ostvaruje u izvršnom postupku izjavljuje prigovor¹² odnosno protivljenje.¹³ U skladu sa zakonskim rješenjima koja su sadržana u izvršnoj proceduri entiteta i Brčko Distrikta BiH, izvršni sud će o prigovoru odlučiti kada to okolnosti posebnog slučaja dopuštaju, a naročito kada podnosilac prigovora dokazuje opravdanost svoga zahtjeva kvalifikovanim ispravama kao što je pravnosnažna presuda, javna isprava ili po zakonu ovjerena privatna isprava (podvukla R. R.) Potpuno je jasno da sud mora odlučiti u izvršnom postupku ako treće lice svoje pravo dokazuje pravnosnažnom presudom, javnom ispravom ili po zakonu ovjerenom privatnom ispravom. Međutim, ovdje se pojavljuju dva pitanja. Prvo, koje okolnosti “posebnog slučaja” izvršnom sudu daju pravo i dužnost da o prigovoru trećeg lica sam odluči? Izvršni sud o prigovoru trećeg lica može odlučiti u onim situacijama kada tražilac izvršenja i izvršenik priznaju pravo trećeg lica. U ovom slučaju izvršni sud će donijeti rješenje kojim će prigovor trećeg lica usvojiti i proglasiće izvršenje na tom predmetu nedopuštenim. Ako tražilac izvršenja i izvršenik ospore pravo trećeg lica, izvršni sud neće moći meritorno odlučiti u izvršnom postupku izuzev ako treće lice svoje pravo dokazuje kvalifikovanim ispravama.

Drugo pitanje na koje je nužno dati odgovor jeste koji su razlozi motivisali zakonodavca da trećem licu omogući da nakon odluke izvršnog suda

¹⁰ Čl. 120 st. 3 ZIP RS.

¹¹ Tako, Dika, M. *Građansko ovršno pravo, Opće građansko ovršno pravo*, Zagreb, 2007, str. 373.

¹² Zakon o izvršnom postupku iz 1978. godine je umjesto pravnotehničkog termina “protivljenje” koristio termin “prigovor trećeg lica.”

¹³ Po Zakonu o izvršenju i obezbjeđenju iz 1930. godine, “protivljenje” je treće lice podnosilo u formi tužbe.

svoje pravo ostvaruje u parničnom postupku. Da bi se dao potpun odgovor na ovo pitanje, prethodno je nužno raspraviti i utvrditi da li izvršni sud može uopšte odbiti prigovor trećeg lica kao neosnovan. Kada izvršni sud utvrdi da treće lice nema kvalifikovane isprave kojim bi sud uvjerio da je izvršenje na njegovom predmetu nedopušteno, ili tražilac izvršenja odnosno izvršenik ponudi dokaze kojim osporava pravo trećeg lica, izvršni sud tada ne može meritorno odlučiti već treće lice mora uputiti na parnicu. Ako izvršni sud usvoji prigovor trećeg lica, onda nema potrebe, niti treće lice ima pravni interes da nakon odluke izvršnog suda svoja prava ponovo ostvaruje u parničnom postupku kako je to izričito predviđeno u odredbi čl. 53 st. 6 ZIP RS. Naime, u odredbi čl. 53 st. 6 ZIP RS je predviđeno da “odlukom o prigovoru trećeg lica koju izvršni sud donese na osnovu stave 2 člana 52 ne dira se u pravo toga lica da i nakon te odluke ostvaruje svoja prava protiv tražioca izvršenja odnosno izvršenika u posebnoj parnici”.¹⁴ A u odredbi čl 52 st. 2 predviđeno je da će izvršni sud o prigovoru odlučiti u izvršnom postupku kada to okolnosti slučaja dopuštaju, a naročito ako podnosilac prigovora dokazuje opravdanost svoga prigovora pravnosnažnom presudom, javnom ispravom ili po zakonu ovjerenom privatnom ispravom (podvukla R. R.) Potpuno je jasno da prigovor trećeg lica izvršni sud može samo usvojiti a nikako odbiti kao neosnovan. Ukoliko tražilac izvršenja odnosno izvršenik prigovor osporava, onda je nužno treće lice uputiti na parnicu. Treće lice, ukoliko uspije u izvršnom postupku i sud usvoji njegov zahtjev, nema pravni interes da svoja prava ponovo “potvrđuje” u parničnom postupku. Kad se pravo trećeg lica meritorno utvrdi kao osnovano, tad zakonodavac treba omogućiti tražiocu izvršenja odnosno izvršeniku da svoja prava, nakon odluke izvršnog suda, ostvaruju u posebnoj parnici. U procesnoj teoriji ističe se da meritorno odlučiti o prigovoru znači donijeti rješenje o ukidanju sprovedenih radnji i obustaviti izvršenje. „Meritorno odlučiti bi, općenito uzevši, zapravo značilo rješenjem odlučiti ne samo o utemeljenosti prigovora nego i o njegovoj neutemeljenosti. Međutim, takvo doslovno tumačenje ne bi trebalo prihvatiti u vezi sa izlučnim prigovorom, jer bi njime treća osoba koja bi nastojala svoje pravo dokazati kvalificiranim ispravama bila dovedena u nepovoljniji položaj od onoga u kojemu bi bila osoba koja bi samo tvrdila da joj pravo pripada.”¹⁵ Izvršni sud nije nadležan da rješava spor, već treće lice mora, ukoliko smatra da je njegov zahtjev neosnovan, uputiti na parnicu, a kada je pravo trećeg lica utvrđeno u izvršnom postupku nije jasno zašta mu se daje još jedna mogućnost za ostvarivanje prava u parničnom po-

¹⁴ Istovjetno pravilo je sadržano u čl. 53 st. 6 ZIP FBiH i čl. 65 st. 6 Brčko Distrikta BiH. Ovakvu odredbu ne sadrži ZIP pred Sudom BiH.

¹⁵ Dika, M., op. cit., str. 380.

stupku?! Očigledno je da se ovdje radi o redakcijskoj grešci. U narednim izmjenama ZIP ovu grešku bi trebalo ukloniti iz ZIP.

ZIP pred Sudom BiH sadrži nešto drugačija pravila o prigovoru trećeg lica. U odredbi čl. 49 ZIP pred Sudom BiH predviđeno je da lice “koje utvrdi da u pogledu predmeta izvršenja ima takvo pravo koje sprečava izvršenje, može, do završetka izvršnog postupka, da podnese prigovor protiv izvršenja tražeći da se izvršenje na tom predmetu proglašeni nedopuštenim” (podvukla R. R.). U citiranoj odredbi zakonodavac traži od trećeg lica da “utvrdi” da u pogledu predmeta izvršenja ima takvo pravo koje sprečava izvršenje. Nije jasno na koji će način treće lice “utvrditi” da u pogledu predmeta izvršenja ima pravo koje sprečava izvršenje. Stranka može nešto tvrditi a sud na osnovu dokaza mora utvrditi postojanje određenog prava, odnosno mora steći uvjerenje o postojanju određenog prava. Vjerovatno se i ovdje radi o omašci zakonodavca.

U ZIP pred Sudom BiH izričito je predviđeno kada sud mora odlučiti u izvršnom postupku o prigovoru trećeg lica. Naime, u pravilu koje je sadržano u odredbi čl. 50 st. 2 izričito je predviđeno kada podnosilac prigovora dokazuje opravdanost svoga zahtjeva pravosnažnom presudom pred Sudom, javnom ili privatnom ispravom koja ima značenje javne isprave, Sud će o prigovoru odlučiti u izvršnom postupku.

Postavlja se pitanje da li treće lice mora prvo izjaviti prigovor u izvršnom postupku ili može odmah podići izlučnu tužbu, odnosno da li je postojećim pravilima određen obavezan redoslijed u pružanju pravne zaštite ili treće lice može izabrati kojim metodom pravne zaštite će se koristiti. U skladu sa postojećim pravilima koja su sadržana u entitetskim zakonima, treće lice ne mora uvijek svoje pravo prvo ostvarivati u izvršnom postupku već može odmah podići izlučnu tužbu. Međutim, ukoliko treće lice ima kvalifikovane isprave kojim dokazuje svoje pravo na predmetu koje je zahvaćeno izvršenjem, treće lice ima pravni interes da svoje pravo ostvari u izvršnom postupku jer je to jednostavniji i brži put pravne zaštite. Ako treće lice pokrene parnični postupak i podigne izlučnu tužbu, a pri tom osnovanost tužbenog zahtjeva dokazuje pravosnažnom presudom, javnom ispravom ili po zakonu ovjerenom privatnom ispravom, sud tužbu treba odbaciti zbog nedostatka pravnog interesa pošto treće lice svoje pravo može dokazati u izvršnom postupku na brz i efikasan način. Ukoliko treće lice podigne izlučnu tužbu bez upućivanja izvršnog suda na parnični postupak, a pri tom osnovanost tužbenog zahtjeva ne dokazuje kvalifikovanom ispravom, u skladu sa postojećim pravilima u entitetskim zakonima i ZIP Brčko Distrikta BiH treće lice ne može zahtijeva-

ti da sud odredi sudsku mjeru obezbjeđenja kojim bi bilo određeno odlaganje izvršenja.

Prema tome, pravo trećeg lica da podigne izlučnu tužbu prije nego što izjavi prigovor proizlazi iz pravila koje je sadržano u odredbi čl. 53 st. 7 ZIP RS po kome treće lice može tražiti da sud odredi sudsku mjeru obezbjeđenja samo ako je parnica radi ostvarenja njegovih prava protiv tražioca izvršenja odnosno izvršenika pokrenuta na osnovu zaključka u upućivanju na parnicu.

Na nešto drugačiji način je određen put pravne zaštite trećeg lica pred Sudom BiH. U skladu sa zakonskim rješenjima može se zaključiti da je izvršni postupak jedini put pravne zaštite ako treće lice opravdanost svoga zahtjeva dokazuje kvalifikovanom ispravom. Međutim, ako treće lice svoje pravo na predmetu koje je zahvaćeno izvršenjem ne dokazuje kvalifikovanom ispravom ili se stranke usprotive, odnosno ne izjasne se o uopšte o prigovoru, izvršni sud upućuje podnosioca prigovora na parnični postupak. U ovom slučaju sud određuje podnosiocu prigovora rok od 15 dana da pokrene parnični postupak.¹⁶ Podnosilac prigovora može da pokrene parnicu i nakon proteka roka koji mu je Sud odredio, sve do završetka izvršnog postupka, ali je u tom slučaju dužan da snosi troškove prouzrokovane prekoračenjem tog roka. Čini se i da i po ZIP pred Sudom BiH treće lice može podići izlučnu tužbu, pod određenim uslovima. To bi bili oni slučajevi kada treće lice svoje pravo na predmetu ne dokazuje kvalifikovanim ispravama a zna da će mu izvršni povjericilac i izvršni dužnik osporiti pravo na predmetu koje je zahvaćeno izvršenjem. Međutim, nije jasno određeno da li će u slučaju kada treće lice podiže izlučnu tužbu moći da izdejstvuje odlaganje izvršenja.

U svakom konkretnom slučaju treće lice mora da procijeni koji metod pravne zaštite mu više odgovara. U skladu sa zakonskim rješenjima koja su sadržana u entitetskim zakonima i ZIP Brčko Distrikta BiH, izvršni sud upućuje treće lice na parnicu zaključkom. Protiv zaključka stranke ni treće lice ne mogu izjaviti prigovor.

2.3. Izlučna prava

U teoriji izvršnog procesnog prava sporno je koja izlučna prava mogu biti razlog za izjavljivanje izlučnog prigovora i podizanje izlučne tužbe. U izvršnoj proceduri entiteta i Brčko Distrikta BiH kao i u ZIP pred Sudom BiH nije rečeno koja prava su razlog za izjavljivanje prigovora trećeg lica, odnosno podizanje izlučne tužbe. U navedenom zakonima izričito je određeno da

¹⁶ Ovim zakonom nije određeno od kada počinje da teče rok od 15 dana.

se radi “o pravima koja sprečavaju izvršenje”.¹⁷ U domaćoj literaturi procesualisti su uglavnom saglasni da pravo svojine, koje treće lice ima na određenoj stvari, jeste razlog za izjavljivanje izlučnog prigovora. Suvlasnik takođe ima pravo da izjavi prigovor kada je izvršenjem zahvaćen čitav predmet na kojem postoji pravo susvojine. Za razliku od zakonskog rješenja koje je bilo predviđeno u ZIP iz 1978. godine, entitetski zakoni a ni ZIP Brčko Distrikta BiH nije zadržao odredbu po kojoj suvlasnik pokretne stvari koja je predmet izvršenja ne može zahtijevati da se izvršenje u pogledu njenog udjela proglasi nedopuštenim.

Samo ZIP pred Sudom BiH je uredio slučajeve kada treće lice ne može tražiti da se izvršenje na određenom predmetu proglasi nedopuštenim. Ovim zakonom je predviđeno da suvlasnik pokretne stvari koja je predmet izvršenja ne može zahtijevati da se izvršenje u pogledu njenog udjela proglasi nedopuštenim. Ovim zakonom nije precizirano koliki je suvlasnički udio, za razliku od ZIP iz 1978. godine po kojem je lice čiji udio u susvojini na pokretnoj stvari koja je predmet izvršenja ne iznosi više od polovine vrijednosti te stvari ne može zahtijevati da se izvršenje u pogledu njenog udjela proglasi nedopuštenim. “Budući da se pokretna stvar u pravilu ne može prodavati po udjelima, treći – suvlasnik, dužan je dakle u izloženoj situaciji dopustiti da se stvar u susvojini proda.”¹⁸

Suvlasnik pokretne stvari, prema pravilu koje je sadržano u ZIP pred Sudom BiH, ima pravo na namirenje iz iznosa dobijenog prodajom stvari prije namirenja svih povjerilaca¹⁹ i prije naknade troškova izvršnog postupka. U skladu sa ovim zakonskim rješenjem, suvlasnik pokretne stvari ima pravo zahtijevati da mu se stvar koja je predmet izvršenja ustupi ako položi iznos koji odgovara vrijednosti dužnikovog udjela u toj stvari.²⁰

Postavlja se pitanje da li u entitetskim zakonima o izvršnom postupku i ZIP Brčko Distrikta BiH, treće lice ima pravo na prigovor kada ima pravo susvojine na pokretnoj stvari²¹ koja je zahvaćena predmetom izvršenja. Pošto ne postoji zakonsko ograničenje, suvlasnik pokretne stvari ima pravo da

¹⁷ Vidjeti, čl. 51 st. 1 ZIP RS, čl. 51 st. 1 ZIP FBiH, 1 čl. 63 st 1 ZIP Brčko Distrikta BiH i čl. 9 st. 1 ZIP pred Sudom BiH.

¹⁸ Tako, S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *Sudsko izvršno pravo*, Opći dio, Zagreb, 1980, str. 296.

¹⁹ U ZIP pred Sudom BiH stranke su označene pravnotehničkim terminima: povjerilac i dužnik.

²⁰ Vidjeti, čl. 51 st. 3 ZIP pred Sudom BiH.

²¹ Zakon o izvršnom postupku iz 1978. u odredbi čl. 58 sadržavao je pravilo, kojim je bilo regulisano kada treće lice ne može izjaviti prigovor. “Lice čiji udio u susvojini na pokretnoj stvari koja je predmet izvršenja, ne iznosi više od polovine vrijednosti te stvari, ne može zahtijevati da se izvršenje u pogledu njegovog udjela proglasi nedopuštenim, ali ima pravo da bude namireno iz iznosa prodajom te stvari prije svih povjerilaca i prije naknade troškova izvršnog postupka.”

se koristi ovim specifičnim pravnim lijekom bez obzira na to koliki je njegov suvlasnički udio.

Zakon o izvršenju i obezbjeđenju iz 1930. sadržavao je mnogo jasniju odredbu koja izlučna prava su razlog za protivljenje trećeg lica protiv izvršenja.²² U tadašnjoj teoriji izvršnog procesnog prava jasno je ukazano da se pomenutim protivljenjem može koristiti i suvlasnik zajedničke stvari na koju se vodi izvršenje na osnovu dozvole izvršenja protiv drugog suvlasnika, u pogledu onog dela koji njemu pripada.²³

Na izlučno pravo najčešće se poziva supružnik kada njegovo pravo nije upisano u javni registar odnosno kada se radi o nekretnini koja je stečena u toku trajanja braka. Tada supružnik ima pravo da izjavi prigovor trećeg lica.

I neka obligaciona prava mogu biti razlog za izjavljivanje prigovora trećeg lica.²⁴ Ukoliko se radi o ugovoru o komisionu, ugovoru o ostavi ili kada se radi o ugovoru o zakupu a ugovor o zakupu je upisan u javni registar, treće lice ima pravo da izjavi prigovor i da zahtijeva da se izvršenje na tom predmetu proglasi nedopuštenim. U teoriji procesnog prava može se pročitati, “ako izvršenje zatraži poverilac korisnika lizinga i to na stvari koja je predmet ugovora o lizingu, iz razloga postojanja prava na stvari ili prava na povraćaj stvari, davalac lizinga može da istakne prigovor, odnosno da se izvršenje na predmetu lizinga proglasi nedopuštenim. Ako pak poverilac davaoca lizinga zatraži izvršenje na predmetu lizinga koji se nalazi u posedu korisnika lizinga, korisniku ne bi trebalo priznati pravo na zaštitu.”²⁵

²² U § 36 st. 1 Zakona o izvršenju i obezbjeđenju iz 1930. godine izričito je bilo predviđeno da se “protiv izvršenja može izjaviti protivljenje i treće lice sa razloga što na predmetu izvršenja ili na kojem njegovom delu ili na kojem pripatku nepokretnine, na kojoj se vodi izvršenje, ima takvo pravo zbog kojega nije dopušteno izvršenje.”

²³ F. Čulinović, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbjeđenju*, Beograd, 1939, 20. sveska (8. sveska – treća knjiga), str. 1180.

²⁴ U literaturi se može pročitati da „do zadiranja u pravnu sferu trećeg lica dolazi onda kada se među predmetima izvršenja dužnika nalaze i takve stvari na kojima treće lice ima neko pravo stvarno-pravnog (svojina) ili obligaciono-pravnog (zakup, posluga) karaktera.“ Tako, B. Čalija, *Izvršno procesno pravo*, Sarajevo, 1980, str. 44. Drugi pak, procesualisti ističu da „pravo trećeg lica može biti stvarno ili obligaciono“, ne navodeći pobliže o kojim se tačno pravima radi. Tako, G. Stanković, *Građansko procesno pravo, druga sveska, Vanparnično i izvršno procesno pravo*, Niš, 2007, str. 188. U procesnoj teoriji sreće se i mišljenja po kojem treći koji ima neko obligaciono pravo na predmetu izvršenja izlučnu tužbu ne može podnijeti. Tako, B. Popović, V. Ristić, *Komentar Zakona o izvršnom postupku sa sudskom praksom, obrascima i registrom pojmova*, Beograd, 1978, str. 64.

²⁵ N. Bodiroga, *Teorija izvršnog postupka*, Beograd, 2012, str. 291. Dika, pak, ističe da “izlučna prava primatelja stvari u *leasing* ovisila bi o tome da li bi se njegova pravna pozicija prosuđivala kao stvarnopravna ili obezovopravna. Ako bi se on mogao retirirati kao fiducijant, onda bi mu pripadala zaštita predviđena za fiducijante. Ako bi tek imao obezovopravni zahtjev da se stvar, pošto budu ispunjeni određeni uvjeti, prenese na njega, on ne bi imao izlučni prigovor.” M. Dika, op. cit., str. 108.

Kada je založno pravo konstituisano na određenoj stvari bez obzira na to što je ono upisano u javne registar, založni povjerilac ne bi se mogao koristiti izlučnim prigovorom. Ovo lice stiće pravo na namirenje iz prodane stvari.

2.4. Pretpostavke za izjavljivanje prigovora trećeg lica

U entitetskim zakonima o izvršnom postupku, ZIP pred Sudom BiH kao i u ZIP Brčko Distrikt BiH predviđene su pretpostavke pod kojim treće lice može izjaviti ovaj prigovor.²⁶ Prigovor treće lica ne podnosi na rješenje o izvršenju već da se izvršenje na određenom predmetu proglašeno nedopuštenim u obimu u kojem su prava tog trećeg lica zahvaćena izvršenjem.

Da bi treće lice izjavilo prigovor, izvršni postupak mora biti pokrenut između tražioca izvršenja i izvršenika.

U teoriji procesnog prava se ističe da treće lice može izjaviti prigovor kad je doneseno rješenje o izvršenju.²⁷ Sa ovim mišljenjem se ne bih mogla složiti. Kada sud donese rješenje o izvršenju a predmet izvršenja su pokretne stvari, one, u pravilu, nisu individualizovane. Tražilac izvršenja u prijedlogu za izvršenje navodi da se izvršenje sprovede na pokretnim stvarima koje se zateknu kod izvršenika i još uvijek treće lice ne zna da li će njegova stvar biti zahvaćena pljenidbenim popisom. Tek kada stvar bude zaplijenjena i popisana, treće lice stiće pravo na prigovor.

Treće lice mora odrediti predmet u pogledu kojeg ima određeno pravo, odnosno treće lice mora individualizovati predmet kako bi sud, uz ispunjenje ostalih pretpostavki, mogao da odluči o prigovoru. Treće lice može podnijeti prigovor do okončanja izvršnog postupka. Ako je okončan izvršni postupak, a treće lice izjavi prigovor, sud će ga odbaciti kao nedopušten.

Da bi sud odlučio o prigovoru, treće lice mora priložiti odgovarajuću kvalifikovanu ispravu. Ukoliko treće lice ne podnese odgovarajuće isprave, a tražilac izvršenja odnosno izvršenik se usprotivi prigovoru odnosno ne izjasni se o prigovoru, izvršni sud će uputiti treće lice na parnični postupak.

2.5. Postupak po prigovoru trećeg lica

Blagovremen, dopušten i potpun prigovor trećeg lica izvršni sud dostavlja strankama. Sud će prigovor dostaviti strankama i pozvati ih da se u

²⁶ Ovaj prigovor se u teoriji procesnog prava još naziva i ekscisorni prigovor. Tako, S. Triva, V. Belajec, M. Dika, op. cit., str. 292.

²⁷ Tako, B. Hrvatinić, *Izlučni prigovor i tužba protiv ovrhe*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, br. 4/04, str. 2.

roku od osam dana izjasne o istom. Po proteku roka za podnošenje odgovora na prigovor sud će, na osnovu prigovora trećeg lica i odgovora na prigovor, ukoliko je podnesen, cijeniti da li će on donijeti odluku ili će treće lice uputiti na parnični postupak.

Izjavljivanje prigovora ne sprečava sprovođenje rješenja o izvršenju i ostvarenje potraživanja ako zakonom nije drugačije određeno.

Entitetski zakoni o izvršnom postupku kao ni ZIP Brčko Distrikta BiH ne sadrže potpuna pravila o postupku po ovom specifičnom pravnom lijeku, već zakonodavac reguliše u odredbi čl. 52 ZIP RS odluke suda po prigovoru trećeg lica. Na osnovu pravila koja se odnose na odluke suda po prigovoru trećeg lica može se posredno izvesti “zaključak” o daljem toku izvršnog postupka. Naime, ukoliko tražilac izvršenja odnosno izvršenik priznaje da postoji pravo trećeg lica na određenom predmetu, sud će meritorno odlučiti u izvršnom postupku. Ako se tražilac izvršenja odnosno izvršenik usprotivi postojanju prava trećeg lica, sud će ga uputiti na parnicu, pod uslovom da treće lice svoje pravo na predmetu ne dokazuje kvalifikovanom ispravom. Treće lice sud upućuje na parnicu zaključkom. Upućivanje trećeg lica na parnicu zaključkom zakonodavac je predvidio kako bi se postupak ubrzao i izbjegla mogućnost ulaganja pravnog lijeka na ovu odluku suda.

Izvršni sud o prigovoru trećeg lica odlučuje na osnovu navoda koji su sadržani u prigovoru kao i odgovoru tražioca izvršenja i izvršenika ako su podneseni.

Izvršni sud može odbaciti prigovor kao nedopušten kad nisu ispunjene pretpostavke za odlučivanje o prigovoru. Izvršni sud može usvojiti prigovor i izvršenje na određenom predmetu proglasiti nedopuštenim. Ako tražilac izvršenja i izvršenik priznaju pravo trećeg lica, sud će proglasiti nedopuštenim izvršenje na tom predmetu ili pravu i obustaviće izvršenje. Sud će postupiti na isti način i u onim slučajevima kada treće lice svoje pravo dokazuje kvalifikovanom ispravom.

O prigovoru trećeg lica odlučuje sud koji određuje izvršenje, pod uslovom da je to sud koji istovremeno i sprovodi izvršenje. Ako sud koji određuje izvršenje nije istovremeno i sud koji sprovodi izvršenje, onda o prigovoru trećeg lica odlučuje, u pravilu, sud koji sprovodi izvršenje.

U skladu sa pravilima koja su sadržana u ZIP, pred Sudom BiH sud prigovor dostavlja povjeriocu i dužniku da se o njemu izjasne u roku od osam dana. Ako se povjerilac u ovom roku ne izjasni o prigovoru ili se usprotivi prigovoru, Sud će podnosioca prigovora uputiti da protiv stranaka u roku od

petnaest dana pokrene parnicu radi proglašenja da izvršenje na predmetu nije dopušteno.

Ukoliko podnosilac prigovora opravdanost svoga zahtjeva dokazuje pravosnažnom presudom pred Sudom, javnom ili privatnom ispravom koja ima značenje javne isprave, Sud će o prigovoru odlučiti u izvršnom postupku.²⁸

2.6. (Ne)mogućnost odlaganja izvršnog postupka na zahtjev trećeg lica

U izvršnoj proceduri entiteta nije predviđena mogućnost odlaganja izvršenja na zahtjev trećeg lica. Međutim, kada su u pitanju zakonska rješenja sadržana u ZIP Brčko Distrikta BiH i ZIP pred Sudom BiH treće lice nakon izjavljenog prigovora može zahtijevati odlaganje izvršenja pod određenim uslovima. Nemogućnost odlaganja izvršenja na zahtjev trećeg lica je loše zakonsko rješenje u entitetima. Efikasnost izvršnog postupka i namirenje tražioca izvršenja ne smije se ostvarivati smanjenjem imovine trećeg lica i na njegovu štetu. Kad treće lice svoje pravo učini vjerovatnim cjelishodno je, a u skladu je i sa principom efikasnosti, da mu se omogući da traži odlaganje izvršenja. ZIP Brčko Distrikta BiH predvidio je odlaganje izvršenja i pretpostavke pod kojim treće lice može tražiti odlaganje. U odredbi čl. 75 ovog zakona izričito je predviđeno da će sud odložiti izvršenje u pogledu tog predmeta, ako treće lice učini vjerovatnim postojanje svog prava, te da bi sprovođenjem izvršenja pretrpjelo nenadoknadivu ili teško nadoknadivu štetu uz uslov da u roku pokrene parnicu na koju je upućeno. Sud može, na prijedlog tražioca izvršenja, odlaganje izvršenja usloviti davanjem jemstva. U ZIP pred Sudom BiH takođe je predviđeno da treće lice može tražiti odlaganje izvršenja pod određenim uslovima.²⁹

Odlaganje izvršenja nužno je u onim slučajevima kada treće lice učini vjerovatnim postojanje svoga prava u momentu podnošenja prigovora i ako podnese odgovarajuće dokaze kojim dokazuje da bi sprovođenjem izvršenja pretrpjelo nenadoknadivu štetu ili teško nadoknadivu štetu. Ovo su dosta strogi uslovi koje treće lice mora ispuniti da bi sud odložio izvršenje. Ali istovremeno u ovakvim slučajevima radi zaštite interesa trećeg lica mora mu se priznati pravo na odlaganje izvršenja.

²⁸ Čl. 50 st. 2 ZIP pred Sudom BiH.

²⁹ Odlaganje izvršenja pod istim pretpostavkama moguće je i u izvršnoj proceduri pred Sudom BiH.

U entitetskim zakonima postoji mogućnost da treće lice traži protivizvršenje. Međutim, u postupku po protivizvršenju treće lice neće moći, u pravilu, da vrati predmet na kome ima određeno pravo jer je već stvar prodana u izvršnom postupku trećem savjesnom licu. Entitetskim zakonima i ZIP Brčko Distrikta BiH regulisano je da sud neće prihvatiti prijedlog za protivizvršenje ako su nastupile takve stvarne i pravne posljedice da vraćanje više nije moguće. Pošto se stvar, u pravilu, prodaje trećem savjesnom licu, nastupile su pravne posljedice da vraćanje više nije moguće. Stoga ovo nije adekvatna zamjena za odlaganje izvršenja.

3. Uporednopravna rješenja u zemljama koje su nastale disolucijom SFRJ

3.1. Crna Gora

Zakonom o izvršenju i obezbjeđenju Crne Gore³⁰ regulisano je da treće lice koje tvrdi da u pogledu predmeta izvršenja ima pravo koje sprečava izvršenje može, sve do okončanja postupka izvršenja, izjaviti prigovor sudu kojim traži da se izvršenje na tom predmetu proglaši nedopuštenim.³¹ Sud je dužan da prigovor dostavi strankama i da ih pozove da se u roku od pet dana od dana dostavljanja izjasne o prigovoru. Ukoliko izvršenje sprovodi javni izvršitelj, sud prigovor dostavlja i njemu.³²

Sud u izvršnom postupku prigovor trećeg lica može odbaciti ili usvojiti. Ako treće lice ne učini vjerovratnim da u pogledu predmeta izvršenja ima pravo koje sprečava izvršenje sud će rješenjem odbaciti prigovor. Sud može, tokom cijelog postupka, treće lice čije pravo ocijeni vjerovratnim, a koje je izvršni povjerilac osporio ili se o njemu nije izjasnio, rješenjem uputiti na parnicu radi proglašenja da je izvršenje na tom predmetu nedopušteno. Rok za pokretanje parnice iznosi 15 dana od dana dostavljanja rješenja u upućivanju na parnicu. Protiv rješenja o upućivanju na parnicu nije dopušten prigovor.

U crnogorskoj izvršnoj proceduri izričito je predviđeno da lice koje tvrdi da u pogledu predmeta izvršenja ima pravo koje sprečava izvršenje može, sve do okončanja izvršnog postupka, i bez upućivanja suda, protiv izvršnog

³⁰ Vidjeti, Sl. gl. Crne Gore, 36/11. U daljem radu ZIO CG.

³¹ Čl. 67 st. 1 ZIO CG.

³² Čl. 67 st. 2 ZIO CG.

povjericia pokrenuti parnični postupak radi proglašenja da je izvršenje na određenom predmetu nedopušteno.³³ Pokretanje parničnog postupka ne sprečava dalje sprovođenje izvršenja.³⁴

Treće lice, čiji udio u susvojini na pokretnoj stvari koja je predmet izvršenja ne iznosi više od polovine vrijednosti te stvari, ne može pokrenuti izvršni postupak, niti biti upućeno od strane suda na pokretanje parničnog postupka sa zahtjevom da se izvršenje u pogledu njegovog udjela proglasi nedopuštenim, ali ima pravo da bude namireno iz iznosa dobijenog prodajom stvari prije svih izvršnih povjericilaca i prije naknade troškova postupka izvršenja, kao i da sve do ustupanja stvari najpovoljnijem ponuđaču zahtjeva da mu se stvar koja je predmet izvršenja ustupi u isključivu svojину, ako položi iznos koji odgovara vrijednosti udjela izvršnog dužnika u svojini na stvari.³⁵

Treće lice, u skladu sa zakonskim rješenjima koja su sadržana u ZIO CG, može zahtijevati odlaganje izvršenja samo ako je pokrenulo parnični postupak pošto ga je izvršni sud rješenjem uputio na parnični postupak. Sud će odložiti izvršenje na prijedlog trećeg lica ako ocijeni da bi pretrpio znatniju štetu i ako treće lice u roku od osam dana od dana dostavljanja rješenja položi jemstvo u visini potraživanja. U crnogorskom pravu nije predviđeno protivizvršenje na zahtjev trećeg lica.

3.2. Hrvatska

Novi Ovršni zakon Hrvatske iz 2012.³⁶ predvidio je uslove pod kojim treće lice može izjaviti prigovor kako bi se izvršenje na određenom predmetu proglasilo nedopuštenim. Lice koje tvrdi da u pogledu predmeta izvršenja ima takvo pravo koje sprečava izvršenje može podnijeti prigovor protiv izvršenja tražeći da se izvršenje na tom predmetu proglasi nedopuštenim. Treće lice je dužno da u prigovoru navede razloge pobijanja i da uz prigovor priloži isprave kojim dokazuje postojanje svoga prava.³⁷ Ukoliko treće lice podnese nepotpun prigovor, sud će isti odbaciti kao nepotpun. U ovom slučaju izvršni sud neće treće lice pozvati da prigovor dopuni ili ispravi. U skladu sa zakonskim rješenjima koja su sadržana u OZ, treće lice može podnijeti prigovor do završetka izvršnog postupka. Prigovor ne sprečava sprovođenje izvršenja i ostvarenje ovrhovoditeljevog potraživanja.

³³ Čl. 68 st. 1 ZIO CG.

³⁴ Čl. 68. st. 2. ZIO CG.

³⁵ Čl. 69 st. 1 ZIO CG.

³⁶ Vidjeti, Ovršni zakon Republike Hrvatske, N. n. br. 112/12, 25/13, 93/14. U daljem radu OZ.

³⁷ Čl. 59 st. 2 OZ.

Potpun, blagovremen i dopušten prigovor sud dostavlja ovrhovoditelju i ovršeniku i poziva ih da se u roku od osam dana izjasne o prigovoru.

U OZ je predviđeno da će sud o prigovoru odlučiti u izvršnom postupku ako treće lice opravdanost svoga prigovora dokazuje pravnosnažnom presudom ili drugom javnom ispravom, ili javno ovjerenom privatnom ispravom, odnosno ako su činjenice na kojima se zasniva prigovor opštepoznate ili se mogu utvrditi primjenom pravila o zakonskim pretpostavkama.³⁸ Treće lice može pokrenuti parnicu i po proteku roka koji mu je sud odredio sve do završetka izvršnog postupka, ali u tom slučaju snosi troškove prouzrokovane prekoračenjem tog roka.

U OZ je određeno da lice koje je suvlasnik pokretne stvari koja je predmet izvršenja ne može zahtijevati da se izvršenje u pogledu njegovog udjela proglasi nedopuštenim, ali ima pravo na namirenje iz iznosa dobijenog prodajom stvari prije namirenja ovrhovoditelja i drugih lica koja se namiruju u izvršnom postupku i prije naknade troškova izvršnog postupka. Suvlasnik pokretne stvari ima pravo zahtijevati da mu se stvar koja je predmet izvršenja ustupi ako položi iznos koji odgovara vrijednosti ovršenikova udjela u toj stvari.

Treće lice može tražiti odlaganje izvršenja pod uslovom da učini vjerovatnim postojanje svoga prava te da bi sprovođenjem izvršenja pretrpio nenadoknadivu štetu ili teško nadoknadivu štetu, uz uslov da u roku pokrene parnicu na koju je upućen. U odredbi čl. 67 OZ izričito je predviđeno da odlaganje izvršenja sud, na prijedlog ovrhovoditelja, može usloviti davanjem jemstva.

3.3. Makedonija

U makedonskom pravu nije predviđen prigovor trećeg lica kao specifičan pravni lijek. Po Zakonu za izvršivanje,³⁹ učesniku stoji na raspolaganju jedino prigovor protiv nepravilnosti koje je učinio izvršilac pri sprovođenju izvršenja. Rok za podnošenje prigovora iznosi tri dana od dana saznanja za učinjenu nepravilnost, s tim da ne može biti duži od 15 dana od dana sprovođenja izvršenja.⁴⁰ Prigovor protiv nepravilnosti izvršenja koje je učinio izvršilac podnosi se predsjedniku osnovnog suda, na čijoj teritoriji se sprovodi iz-

³⁸ Čl. 60 st. 2 OZ.

³⁹ Vidjeti, Службени весник br. 35/05, 50/06, 129/06, 8/08, 83/09, 50/10, 83/10, 88/10, 171/10.

⁴⁰ Vidjeti, A. Janevski, *Novi Zakon o izvršenju Makedonije i uloga izvršioca*, Pravni život, Beograd, 12/2005, str. 238.

vršenje. Predsjednik suda mora da odluči o prigovoru u roku od 72 sata nakon prijema prigovora. Ukoliko smatra da je to potrebno, predsjednik suda može odlučiti da sasluša stranke i učesnike u postupku. Prigovor se podnosi strankama, učesnicima i izvršitelju, zajedno sa pozivom u kome je određen datum i vrijeme saslušanja stranaka i učesnika pred sudom, ukoliko je sud odlučio da je potrebno saslušanje stranaka i učesnika. U teoriji izvršnog prava se ističe da je “diskutabilno da li u ovako kratkom vremenskom periodu predsjednik suda može da preduzme sve zakonom propisane radnje”.⁴¹

U makedonskom pravu treće lice je u izuzetno teškom položaju kada je njegov predmet zahvaćen izvršenjem.

3.4. Srbija

Položaj trećeg lica u srpskoj izvršnoj proceduri regulisan je u odredbi čl 50 Zakona o izvršenju i obezbeđenju.⁴² Treće lice koje tvrdi da u pogledu predmeta izvršenja ima takvo pravo koje sprečava izvršenje, može sve do okončanja izvršnog postupka da traži da se izvršenje na tom predmetu proglašeno nedopuštenim.⁴³ Ako izvršenje sprovodi izvršitelj, sudija prigovor trećeg lica dostavlja i izvršitelju. Sudija prigovor dostavlja izvršnom povjeriocu i izvršnom dužniku i poziva ih da se u roku od pet radnih dana od dana dostavljanja prigovora izjasne.

Sud će odbaciti prigovor ukoliko treće lice ne učini vjerovatnim da u pogledu predmeta izvršenja ima pravo koje sprečava izvršenje.

Sudija može tokom cijelog postupka treće lica, čije pravo ocijeni vjerovatnim, a koje je izvršni povjerilac osporio ili se o njemu nije izjasnio, rješenjem da uputi da u roku od 15 dana od dana dostavljanja rješenja pokrene parnični postupak radi proglašenja da je izvršenje na tom predmetu nedopušteno.⁴⁴

Izvršni dužnik koji osporava pravo trećem licu mora da bude obuhvaćen izlučnom tužbom.

ZIO RS nije predvidio odlaganje izvršenja na zahtjev trećeg lica niti protivizvršenje na prijedlog trećeg lica.

⁴¹ O tome vidjeti, A. Јаневски, Т. Зороска, Камилловска, *Граѓанско процесно право*, книга трећа, извршно право, Скопје, 2011, стр. 86.

⁴² Vidjeti, Закон о извршењу и обезбеђењу, Sl. gl. Republike Srbije, br. 31/2011, 99/2011, 109/2013, 55/2014, 139/2014. U daljem radu ZIO S.

⁴³ O prigovoru trećeg lica i izlučnoj tužbi vidjeti M. Salma, *Prigovor trećeg lica i tužba protiv izvršenja (izlučni zahtjevi)*, Zbornik radova, Novi Sad, 2014, str. 193–209.

⁴⁴ Čl. 50 st. 4 ZIO RS.

3.5. Slovenija

Zakonom o izvršbi in zavarovanju⁴⁵ reguliše se prigovor trećeg lica. U pravilu koje je sadržano u odredbi čl. 65 predviđeno je da treće lice koje učini vjerovatnim da u pogledu predmeta izvršenja ima takvo pravo koje sprečava izvršenje može podnijeti prigovor da se izvršenje na tom predmetu proglasi nedopuštenim. Prigovor se može podnijeti do kraja izvršnog postupka.⁴⁶ Prigovor koji nije obrazložen sud odbacuje. Ako treće lice ne dostavi dokaze o pravu na predmetu i ne učini vjerovatnim svoje pravo, sud će prigovor trećeg lica odbaciti kao nedopušten.

Primjerak blagovremenog, potpunog i dopuštenog prigovora sud dostavlja povjeriocu i upozorava ga na pravne posljedice. Rok za odgovor na prigovor iznosi osam dana.

Ako povjerilac ne odgovori na prigovor ili izjavi da se ne protivi prigovoru, sud će, zavisno od konkretnog slučaja, u cijelosti ili djelimično obustaviti izvršenje.⁴⁷ Ukoliko se povjerilac u roku koji mu je odredio sud usprotivi pravu trećeg lica, sud će prigovor trećeg lica odbiti. Treće lice može u roku od 30 dana od dana pravnosnažnosti odluke kojom je prigovor odbijen pokrenuti parnični postupak radi proglašenja izvršenja nedopuštenim.

U pravilu koje je sadržano u odredbi čl. 66 predviđeno je kada treće lice ne može tražiti da se izvršenje proglasi nedopuštenim. Tako suvlasnik pokretne stvari čiji udio u stvari ne prelazi polovinu vrijednosti pokretne stvari ne može tražiti da se izvršenje na toj stvari proglasi nedopuštenim. Treće lice ima pravo da se namiri od iznosa dobijenog prodajom stvari, srazmjerno cijeni postignutoj prodajom, prije svih povjerilaca i prije troškova parničnog postupka. Treće lice ima pravo da traži da mu se ustupi stvar ukoliko položi iznos koji odgovara vrijednosti povjeriočevog udjela.

Treće lice ima pravo da traži odlaganje izvršenja ako postojanje svojih prava dokazuje pravosnažnom presudom ili bilo kojom drugom javnom ispravom, ovjerenom privatnom ispravom ili ako postojanje svojih prava zasniiva na činjenicama koje su opštepoznate.

Sud će na prijedlog trećeg lica odložiti izvršenje i ako treće lice dokazuje bi postupanjem suda pretrpjelo nenadoknadivu ili teško otklonjivu štetu. Na zahtjev povjerioca sud odlaganje izvršenja može usloviti polaganjem jemstva, pod uslovom da polaganje jemstva nije prijetnja za njegovu egzistenciju ili izdržavanje članova njegove porodice.⁴⁸

⁴⁵ Vidjeti, Uradni list Republike Slovenije br. 51/98, 3/2007.

⁴⁶ Vidjeti, čl. 64 st. 2 ZIZ.

⁴⁷ Čl. 65 ZIZ.

⁴⁸ Čl. 71 ZIZ

4. Prigovor trećeg lica de lege ferenda

U budućim izmjenama ZIP entiteta nužno je izvršiti određene zakonodavne zahvate kako bi se treće lice potpuno zaštitilo u izvršnom postupku. Zakonodavne intervencije trebalo bi da idu u više pravaca. Prije svega, mora se predvidjeti šta predlog trećeg lica treba da sadrži. Na taj način bi se izbjegla mogućnost da nesavjesna treća lica utiču na tok izvršnog postupka. Takođe, treba jasno predvidjeti kad sud treba da odluči o prigovoru trećeg lica u izvršnom postupku.

Pored toga, nužno je odrediti pod kojim uslovima treće lice može tražiti odlaganje izvršenja. Sudska mjera obezbjeđenja kojom se traži odlaganje izvršenja nije dala očekivane rezultate. Takođe, protivizvršenje na zahtjev trećeg lica najčešće ostaje mrtvo slovo na papiru jer se stvar, u pravilu, prodava savjesnom trećem licu koje stiče pravo svojine, na osnovu pravila o sticanju od nevlasnika. Bilo bi dobro da se reguliše, u izmjenama i dopunama ZIP, kada treće lice nema prava da podigne izlučni prigovor i koja mu prava stoje na raspolaganju zbog nemogućnosti da svoje pravo na stvari zaštiti u izvršnom postupku.

Analizirana zakonska rješenja u zemljama koje su nastale raspadom bivše SFRJ pokazuju da u srpskom i makedonskom pravu ne postoji mogućnost odlaganja izvršenja na zahtjev trećeg lica, dok su u drugim zemljama predviđeni pravni instrumenti za zaštitu trećeg savjesnog lica.

Najavljene zakonodavne izmjene idealna su prilika da se ujednače pravna pravila koja se odnose na prigovor trećeg lica na čitavom području Bosne i Hercegovine i da se isprave mnogobrojne redakcijske greške koje se odnose na prigovor trećeg lica.

Ranka Račić, Ph.D., Full professor
University of East Sarajevo, Faculty of Law in East Sarajevo
University in Banja Luka, Faculty of Law in Banja Luka

COMPLAINT OF A THIRD PARTY

Summary

In Bosnia and Herzegovina the legal position of a third party in the enforcement procedure is not regulated in a unique way. In accordance with the provisions contained in the entity laws on the enforcement procedure the third party does not have the right to request the stay of enforcement, regardless that in the complaint evidence has been offered on the basis of which the court may conclude that the enforcement has affected his case. Often the third party suffers disproportionate damage resulting not only from abuse of procedural rights by the parties in the enforcement procedure, but from incomplete rules relating to the complaint of a third party. In the Law on Enforcement Procedure before the Court of Bosnia and Herzegovina and the Law on Enforcement Procedure of Brčko District of Bosnia and Herzegovina a third party may request the stay of enforcement under certain conditions.

In jurisprudence a number of problems appeared related to the application of the rules regulating the complaint of a third party. The announced changes of the Law on Enforcement Procedure in both entities of Bosnia and Herzegovina are an ideal opportunity to remedy some inconsistencies of the current legal provisions and to fill certain gaps to which the legal theory and jurisprudence for a long time have been pointing.

Key words: *complaint of a third party, declaration of enforcement as unallowed, counter enforcement at the request of a third party.*

ДОПУШТЕНОСТ РЕВИЗИЈЕ ПРОТИВ ПРЕСУДЕ И ЈЕДНАКА ПРИМЕНА ПРАВА*

Др Душица Палачковић**

***Апстракт:** У раду је обрађен нормативни приступ ревизији против пресуде у парничном поступку у државама региона, посебно у Републици Србији и Републици Српској. Концепт овог правног лека значајно је и континуирано међан и у овим државама како у погледу “врста” ревизије, тако и у односу на разлоге и низ других питања. Но, задати обим рада условио је ограничење излагања искључиво на разлике законодавног оквира допуштености ревизије и о тој теми доступне правне литературе. Предмет анализе је “редовна” ревизија, ревизија коју предвиђају посебни закони и тзв. ревизија по допуштењу, при чему су уочене значајне разлике нормативног приступа. Уз то, важећа решења су компликована и често недоречена, што захтева тумачење при њиховој примени у пракси судова. Стога их је неопходно прецизирати или допунити. Нарочито се то односи на правила којима се уводи ревизија по допуштењу. Уочени су, свакако, само поједини од бројних проблема који су условљени рестриктивним приступом допуштености ревизије како *ratione causae* тако и *ratione valoris*. “Црвена нит” излагања је неспорна повезаност модела допуштености ревизије и остварења улоге највише судске инстанце у процесу уједначавања примене права и равноправности свих.*

***Кључне речи:** ревизија против пресуде, допуштеност ревизије, улога највишег суда, једнака примена права*

* Рад је део научноистраживачког пројекта под насловом „Усклађивање правног система Србије са стандардима ЕУ” који финансира Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

** Редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

Уводне напомене

Систем ванредних правних лекова у парничном поступку Републике Србије значајно је реформисан од 2004. год. до данас. Захвати су се односили на увођење нових, изостављање појединих, али и на допуштеност и разлоге за изјављивање. Тако је, нпр., Законом о парничном поступку из 2004.¹ уведена тзв. ревизија по допуштењу, или, Закон о парничном поступку из 2011.² укида захтев за заштиту законитости³ и уводи захтев за преиспитивање правноснажне одлуке⁴ који је, као специфично правно средство, такође у надлежности јавног тужиоца.⁵

Већ и овај кратак осврт указује на суштинске измене, а уколико се овоме додају и оне које се тичу разлога и допуштености, а унеколико и начина одлучивања, постаје јасно да су реформисањем парничне процедуре суштински реформисани и ванредни правни лекови, па и ревизија. То свакако оправдава указивање на нову регулативу овог процесног инструмента, који је, иначе, према ЗПП/76 претрпео и најзначајнију могућу измену правне квалификације – од редовног постао је ванредно правно средство. Честе и радикалне измене нормативног приступа ревизији нису, међутим, типичне искључиво за правни систем Србије. Напротив! И у низу држава региона ово правно средство континуирано је реформисано, што додатно оправдава анализу адекватности регулативе, па и упоредноправно. Обим рада оправдава ограничење на само један проблем – допуштеност овог правног средства, која је, опет, у најдиректнијој вези са његовим основним циљем – обезбеђењем једнаког тумачења и примене права и равноправности свих.

1. Општи приступ – уједначавање судске праксе и ревизија

Ревизија против пресуде је ванредни, двострани, деволутивни и несуспензивни правни лек који се може поднети против “правноснаж-

¹ Закон о парничном поступку РС, Службени гласник РС, бр. 125/2004 (у даљем тексту “ЗПП/04”), чл. 395.

² Закон о парничном поступку РС, Службени гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014 (у даљем тексту “ЗПП/11”)

³ Видети Закон о парничном поступку из 1976, Сл. лист СФРЈ, бр. 4/77 (у даљем тексту “ЗПП/76”), у одредбама чл. 401–409, као и одредбе чл. 409–415, о захтеву за заштиту законитости савезног јавног тужиоца.

⁴ Видети одредбе чл. 421–425 ЗПП/11

⁵ Укинут је и захтев за ванредно преиспитивање правноснажних одлука пред Савезним судом.

них” другостепених пресуда.⁶ Она је, такође, и самостална, ограничена и двострана.⁷ Но, формулацију да се ревизија против пресуде може изјавити, као прво опште правило о допуштености, само против “правноснажних” другостепених пресуда, садржану у свим досадашњим законима после 1956. године, (али и преузету без коментарисања у делу теорије грађанског процесног прав⁸) други правни писци, чини се оправдано, критикују, указујући, при томе, на чињеницу да су све пресуде које донесе другостепени суд, као мериторне одлуке, правноснажне, па је коришћење ове одреднице уз пресуду другостепеног суда сувишно.^{9, 10}

Сврха ревизије је “осигуравати и конкретну правилност и законитост суђења, те трајније јединство правног поретка јединственом примјеном закона на цјелокупном подручју његовог важења”.¹¹ Она, дакле, “...не служи само интересима странака, односно остварењу материјалноправне правичности...”, већ има значајно ширу улогу – уједначавање и унапређење судске праксе, односно уопштено правне праксе, јачање поверења грађана у правосуђе и остварење правне сигурности¹². Водећи рачуна о овако пројектованим циљевима, последица би могла бити норматива којом се олакшава изјављивање ревизије, односно ширење поља њене допустивости у националним правним системима. Ипак, чињеница да се екстензивном приступу примени овог правног лека конфронтира потреба за економичношћу грађанских суд-

⁶ Видети чл. 403. ЗПП/11.

⁷ Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Грађанско парнично процесно право*, Zagreb, 2004, стр. 718.

⁸ Видети, у том смислу, Siniša Triva, Mihajlo Dika, *op. cit.*, стр. 718; Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2012, стр. 631.

⁹ Поменимо да се и решење другостепеног суда којим се усваја жалба, укида првостепена пресуда и одбацује тужба може, као уосталом и другостепена решења којима се поступак правноснажно окончава, под одређеним условима, побијати ревизијом против решења, чл. 420 ЗПП/11 као и Боровоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2010, стр. 423.

¹⁰ Тако, Боровоје Познић, *Коментар Закона о парничном поступку (Према тексту Закона из 1976. године, са доцнијим изменама и допунама)*, Београд, 2009, стр. 953, ком. уз чл. 382, као и Боровоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *op. cit.*, 416, који ревизију одређују као “ванредни правни лек којим се побија другостепена пресуда”. Видети и Закона о парничном поступку Republike Hrvatske, *Народне новине*, бр. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14 (у даљем тексту “ЗПП РХ”), чл. 382 и след., доступно на: <http://www.zakon.hr/z/134/Zakon-o-parni%C4%8Dnom-postupku>, прегледано 7.7.2015. Супротно томе, Закон о парничном поступку БиХ, Сл. гласник БиХ, бр. 36/04, 84/07, 58/13 (у даљем тексту ЗПП БиХ”), нпр. чл. 204, као и Закон о парничном поступку Републике Српске, Сл. гласник Републике Српске, бр. 85/03, 74/05, 63/07, 49/09 (у даљем тексту “ЗПП Р Српске”), нпр. чл. 237.

¹¹ Siniša Triva, Mihajlo Dika, *op. cit.*, стр. 719.

¹² Александар Јакшић, *op. cit.*, стр. 631, 632, који као потврду оваквог циља ревизије наводи један број аутора у напомени бр. 93 у овом уџбенику.

ских поступака и правном сигурношћу,¹³ па и у парничној процедури, условљава, могло би се рећи, понекад недопустиво отежане услове за изјављивање ревизије.¹⁴

Између ова два пола, односно противречна захтева, законодавац је принуђен на правно-политичке процене које, свакако, не смеју ићи контра основним постулатима једнакости права на правосуђе, правично суђење и, посебно, доступности судске заштите. Уз то, несумњиво је да највиши суд поступајући (и) по ревизији остварује најзначајнију функцију – уједначавање праксе судова, заузимањем ставова којима се постиже јединствено тумачење и примене права. Његова преоптерећеност ревизијским предметима, у условима појачане либерализације режима допуштености ревизије, не би, при томе, смела бити једини опредељујући разлог искључењу (или ограничењу) ревизије у одређеним споровима. Тиме се, наиме, елиминише могућност да се о низу спорних питања примене права изјасни најкомпетентнији суд. Наведимо, ипак, да је Уставни суд Србије,¹⁵ полазећи од одредаба Закона о судовима¹⁶ утврдио да је његова надлежност да утврђује правне ставове и правна схватања ради јединствене судске примене права заправо надлежност “изван суђења” и закључио да је реализује изван поступака по правним лековима”. Ипак, и овај суд констатује да је то само један од начина па остаје неспоран закључак да је поступање по ревизији свакако од изузетне важности. При томе не смемо занемарити ни посебно нормиран поступак за решавање спорних правних питања,¹⁷ што, у својој укупности, доприно-

¹³ Siniša Triva, Mihajlo Dika, op. cit., стр. 719.

¹⁴ Тако је Законом о изменама и допунама Закона о парничном поступку, Сл. гласник РС, бр. 111/09), чл. 38 ст. 2 измењен чл. 394 и лимит за изјављивање ревизије у имовинскоправним споровима када се тужбени захтев односи на утврђивање права својине на непокретностима, потраживања у новцу, предају ствари или извршење неке друге чинидбе утврђен на 100.000 евра у динарској противвредности по средњем курсу НБС на дан подношења тужбе у општем парничном поступку, а одредбом чл. 51 измењен чл. 486 ст. 1 па је у привредним споровима лимит утврђен на 300.000 евра!?!

¹⁵ Образложења Одлуке Уставног суда Uz -2/2010, пар. 7, од 14.3.2013. године, доступно на: <http://profisistem.com/zakoni/strana/919>, прегледано 10.8.2015, у којој је, поводом захтева за оцену уставности одредаба чл. 38, односно 51 ЗПП/09, којима су измењени чл. 394 и 486 ЗПП/04, којима су прекомерно повећани новчани лимити за изјављивање ревизије (в. напомену бр. 14 у овом раду) Суд констатовао да се његова улога у обезбеђивању једнаке примене и тумачења права може остварити и мимо система ванредних правних лекова.

¹⁶ Видети одредбе чл. 43 и 44 Закона о уређењу судова РС, Сл. гласник РС, бр. 116/08, који су важили у време доношења наведене одлуке Уставног суда.

¹⁷ ЗПП/11, Глава 14, одредбе чл. 180–185, као и чл. 14 Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку Републике Српске, Сл. гласник Републике Српске, бр. 61/13 (у даљем тексту ЗИД ЗПП Р Српске”) које су ступиле на снагу 01.01.2015, доступно на: <https://www.google.rs/sea>

си остварењу функције коју ревизијски суд има.

Управо ова улога ВКС – уједначавање тумачења и примене права, у Србији, ипак, није доследно нормирана. Устав РС,¹⁸ нпр., не одређује уопште надлежности ВКС. Супротно томе, Устав Републике Српске садржи, додуше лапидарну, али ипак одредницу, да Врховни суд, као највиши суд у Републици Српској, обезбеђује “јединствену примену закона”¹⁹

Надаље, према важећој верзији Закона о уређењу судова Србије,²⁰ не помиње се више изричито заузимање “начелних правних ставова” као вид уједначавања тумачења и примене права од стране опште седнице овог суда!?! Тако се, одредбом чл. 12 ст. 1 ВКС одређује као “највиши суд у РС”, а одредбом чл. 31, да, “ван суђења”, “обезбеђује јединствену примену права...”.²¹ Одредбом чл. 44 ст. 1 само се наводи да “општа седница ВКС разматра примену закона и других прописа и рад судова...”.

rch?q=izmene+i+dopune+zakona+o+parnicnom+postupku+republike+srpske+iz+2015&ie=utf8&oe=utf8&gws_rd=cr&ei=gKrNVY73HlqeaNjmg9gC#q=zakon+o+parni%C4%8Dnom+postupku+republike+srpske+2013, прегледано 10.8.2015. О изменама и Mirela Omanović, Najnovije izmene zakona o parničnom i izvršnom postupku u Republici Srpskoj: ubrzanje ili dodatno odugovlačenje sudskih postupaka, доступно на: https://www.google.rs/search?q=mirela+omanovic+najnovije+izmene+zpp&ie=utf8&oe=utf8&gws_rd=cr&ei=oNGkVbHRFsT5ywPz4bFg, стр. 7, 8, прегледано 10.7.2015. Основ увођења овог поступка је усклађивање са Препоруком Савета министара ЕУ, Recommendation No R(95)5, of the Committee of Ministers to Member States Concerning the Introduction and Improvement of the Functioning of Appeal System and Procedures in Civil and Commercial cases, усвојена 7.2.1995, Глава IV, чл. 7. т. д, доступно на: https://www.google.rs/search?q=preporuka+komiteta+ministara+saveta+evrope+r/95/5&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=HNekVZuSB-nLygO-wYW4Cg#q=recommendation+br+r/95/5%2F5%2F5, прегледано 11.7.2015, према којој државе чланице треба да размотре увођење система у коме ће суд трећег степена моћи директно да узме у разматрање одређени предмет, како би пре одлучивања у конкретној ствари у првом степену заузео правни став о правном питању које има прејудисијелни значај.

¹⁸ Устав РС, Сл. гласник РС, бр. 98/06, чл. 143, 144.

¹⁹ Устав Републике Српске, Сл. гласник Републике Српске, бр. 21/92 – пречишћени текст, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 115/05, 11/05, доступно на: http://www.ads.gov.ba/v2/index.php?option=com_content&view=article&id=1953:ustav-republike-srpske-sa-amandmanima&catid=50:osnove-ustavnog-sistema-bosne-hercegovine&Itemid=76&lang=en, прегледано 7.8.2015, чл. 122, али и Устав Републике Македоније, доступно на: <http://www.sobranie.mk/ustav-na-rm.nsrp>, прегледано 07-08.2015, чл. 101, у идентичном тексту, док се одредбом чл. 119 ст. 1 Устав Републике Хрватске, нпр., доступно на: <http://www.zakon.hr/z/94/Ustav-Republike-Hrvatske>, прегледано 7.8.2015, ова улога одређује као обезбеђење јединствене примене права и равноправности свих у његовој примени, дакле шире. Устав Црне Горе, доступно на: <http://www.skupstina.me/index.php/me/ustav-crne-gore>, прегледано 7.8.2015, чл. 124 ст. 2, највишем суду одређује улогу обезбеђивања јединствене примене закона од стране суда, а Амандманом VII додато је да врши и друге послове по закону.

²⁰ Закон о уређењу судова РС, Сл. гласник РС, бр. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11 – др. закон, 78/11 – др. закона, 101/11 и 101/13 (у даљем тексту “ЗУС РС”), чл. 43 и 44.

²¹ Тако и Закон о судовима Републике Хрватске, чл. 20, текст доступан на: http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2013_03_28_473.html, прегледано 14.8.2015

Начелни ставови не помињу се изричито ни у Пословнику о уређењу и раду ВКС,²² већ се само у чл. 12 ст. 2 одређује да се општа седница “сазива и када између већа из различитих одељења или између одељења настане несагласност у примени прописа, или када се на седници одељења не може усвојити правно схватање...”. Свакако да се у овим ситуацијама мора заузети правни став и да он мора бити обавезујући за сва одељења ВКС.²³ У супротном се губи смисао. Но, и када је реч о правним схватањима и “ставовима” опште седнице, кључно је питање иницирања решавања правних питања. Већа у саставу одељења одлучују управо по ревизијама,²⁴ дакле она мора бити допуштена да би уопште правна ствар дошла до ВКС, а бројна ограничења допуштености ревизије спречавају то у низу предмета, односно спорних ствари. Уз то, посебна ревизија је веома ригидно регулисана у погледу разлога, а није нормативно спецификован ни поступак. Све остале могућности разматрања правних питања (од стране нпр., седнице одељења, заједничке седнице више одељења, седнице свих судија, па и опште седнице ВКС), осим посебног поступка за решавање спорног правног питања, недовољно су формализоване, што може водити (али и води) неуједначеној пракси.

За разлику од српског, Закон о судовима Републике Српске, одредбом чл. 35, набрајајући надлежности Врховног суда, изричито наводи и “заузимање начелних ставова ради усаглашавања судске праксе о питањима за која оцени да су од значаја за јединствену примену закона у Републици Српској”.²⁵

Истакнимо, такође, да без обзира на различита мишљења о томе да ли пракса Европског суда за људска права о томе да ли захтев правне

²² Пословник о уређењу и раду ВКС, Сл. гласник РС, бр. 37/10, 51/14.

²³ Значајно је поменути и одредбу чл. 33 ст. 2 ЗУС РС, о томе да се “све одлуке ВКС из чл. 30 ст. 1 (одлуке по ванредним правним лековима - прим. аутора) *битне за праксу судова* (подв. аутор) објављују у посебној збирци”, што потврђује, иначе неспоран закључак, да се у овим ситуацијама заправо заузимају правни ставови.

²⁴ Остављамо по страни у овим разматрањима захтев за преиспитивање правноснажне пресуде, о коме, према чл. 421 ЗПП/11, такође одлучује ВКС, за који због крајње “флуидно” дефинисаног разлога за изјављивање (“ако је закон повређен на штету јавног интереса”), као и чињеница да га подноси јавни тужилац можемо претпоставити да неће бити и довољно неделотворан, допуштајући, свакако, да нас пракса демантује.

²⁵ Закон о судовима Републике Српске, доступно на: <https://sr.wikisource.org/sr>, прегледано 10.7.2015. Такође, Закон о судовима Црне Горе, чл. 25(1), доступно на: https://www.google.rs/search?q=zakon+o+sudovima+crne+gore+2013&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=-G_QVZTFMoPsara5ocgF, прегледано 7.8.2015, изричито предвиђа “утврђивање начелних правних ставова” као надлежност Врховног суда, а онда, одредбом чл. 26, објашњава: “Начелни правни став се заузима о спорним правним питањима која настану у судској пракси ради обезбјеђивања јединствене примјене закона од стране судова” (ст. 1).

сигурности и заштите легитимних очекивања учесника у поступку под-разумева право на устаљену судску праксу или не, преовлађује афирмативан став.²⁶ ЕСЉП, тако, истиче да противречна тумачења која нису институционално решена стварају стање правне несигурности, што, надаље, смањује поверење јавности у правосуђе, а оно је једна од основних компоненти државе засноване на владавини права, односно да оваква судска несигурност сама по себи представља повреду права на правично суђење.

2. Ревизија по допуштењу

Када је у питању тзв. ревизија по допуштењу,²⁷ која је свакако процесни корективни механизам уведен са циљем омогућавања највишем суду да оствари своју основну улогу обезбеђења једнаког тумачења и примене права по ревизији у ситуацијама када она, по општим правилима парничне процедуре, али и по посебним прописима није допуштена, чини се да у праву Републике Србије потпун ефекат није постигнут. Наиме, према изменама и допунама ЗПП Србије из 2014,²⁸ она је изузетно допуштена, због погрешне примене материјалног права, против другостепених пресуда које се не би могле побијати ревизијом (редовном, прим. аутора), ако је по оцени Врховног касационог суда потребно да се “размотре правна питања од општег интереса или правна питања у интересу равноправности грађана, ради уједначавања судске праксе, као и ако је потребно ново тумачење права” (чл. 404 ст. 1 ЗПП/11). Предвиђена ограничења шира су и у односу на тзв. редовну ревизију, пре свега, када су у питању разлози. Она се, наиме, може поднети искључиво због по-

²⁶ Тако, у предмету *Unidic v. France*, од 18.12.2008, пар. 74, Европски суд за људска права (у даљем тексту “ЕКЉП”), не сматра да захтев за правном сигурношћу и заштитом легитимних циљева подразумева и право на устаљену судску праксу (извод из Одлуке Уставног суда Србије, Уж-8405/2013, од 11.12.2013, пар. 8, доступно на: http://www.uvps.rs/index.php?option=com_content&view=article&id=322:odluka-ustavnog-suda-u-vezi-sa-vanrednim-uskladjivanjem-vojnih-penzija&catid=1:najnovije&Itemid=14), али је у одлуци у предмету Ракић против Србије, одлука од 5.10.2010, пар. 43, затим у идентичној формулацији у одлуци у предмету Винчић против Србије, од 1.12.2009, пар. 56, обе доступне на: <http://www.zastupnik.mpravde.gov.rs/cr/articles/presude/>, прегледано 8.8.2015), као и низу одлука на које се позива, истакао да противречна судска пракса у предметима који имају идентичан или преовлађујуће заједнички чињенични и правни основ представља повреду принципа правне сигурности, а онда и права на правично суђење.

²⁷ ЗПП/11, одредбом чл. 404 ст. 1, назива је “посебном ревизијом”, али нам се чини адекватнијим термин “ревизија по допуштењу” како би се направила дистинкција у односу на “ревизију по посебним законима”.

²⁸ Закон о изменама и допунама Закона о парничном поступку, Сл. гласник РС, бр. 55/14, чл. 14.

грешне примене материјалног права. Остаје, дакле, “непокривено” читаво подручје процесноправних питања од општег интереса или оних која доводе у питање равноправност грађана, односно право на правично суђење (чл. 6 ЕКЉП).²⁹

Спорна је, пре свега, формулација “равноправност грађана”, која из домена прихватљивости ове врсте ревизије искључује остале субјекте, или, морала би се уско тумачити само у корист физичких лица. Надаље, према ЗПП Р. Српске,³⁰ ова ревизија је допуштена “ако одлука о спору зависи од решења неког материјалноправног или процесноправног питања (подв. аутор) важног за обезбеђење јединствене примене права и равноправност свих у његовој примени”.³¹ Чини нам се да је, у односу на оба поменута решења неопходна допуна правила парничне процедуре у Србији.

На постојање значајних проблема у случају посебне ревизије указује довољно већ и чињеница да су у Србији неколико пута мењане одредбе о томе ко одлучује о њеној допуштености – од апелационог у тексту ЗПП/04, преко апелационог и ВКС у изворном тексту ЗПП/11, до најновијег, наведеног решења из 2014, којим је надлежност за одлучивање и о дозвољености и о основаности посебне ревизије дата ВКС, а суштинске и честе измене, присутне и у другим правним системима држава у региону, основано су критиковане у теорији.³²

У Републици Српској допуштеност ове ревизија подробније је регулисана у односу на парничну процедуру у Србији. Тако, ЗПП Р. Српске наводи један број ситуација³³ у којим је ова ревизија “нарочито” допуштена, односно оних где се увек претпоставља да постоји разлог за по-

²⁹ Видети шире о значају јединственог тумачења и примене процесног права у контексту остварења права на суђење у разумном року Александар Јакшић, *op. cit.*, стр. 635.

³⁰ Видети ЗИД ЗПП Р. Српске, чл. 49, којим се допуњава чл. 237, односно додају нови ставови 3, 4. Идентично решење садржано је и у Закону о парничном поступку пред судом БиХ, *Сл. гласник БиХ*, бр. 36/04, 84/07, 58/13, управо у најновијој верзији из 2013.

³¹ На исти начин и ЗПП РХ, одредбом чл. 382 ст. 2. О изменама законске регулативе у овом домену видети Mihajlo Dika, *Novela Zakona o parničnom postupku iz 2011. – opći pregled*, доступно на: http://www.google.rs/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB0QFjAA&url=http%3F%2Fwww.vtsrh.hr%2Fuploads%2FDokumenti%2FSavjetovanja%2F11.%2520savjetovanje%2F00-2_Novela_ZPP-a_2011._prof._Dika.doc&ei=E06eVcaBNsaVsgGs6IzoDg&usg=AFQjCNF9md-Ql8KQPvCDk0UWYI0NyW813Q&bvm=bv.96952980,d.bGg, прегледано 8.7.2015.

³² Тако, Nikola Opatić, *“Izvanredna revizija” kroz prizmu promjene Ustava Republike Hrvatske iz 1020. i nužnost objavljivanja sudske prakse*, стр. 4, доступно на: https://www.google.rs/search?q=nikola+opatic+izvanredna+revizija+u+svjetlu+promjene+ustava+hrvatske&ie=utf-8&oe=utf8&gws_rd=cr&ei=M1LQVZ-QPMPyaMnxtIgK, прегледано 01.08.2015.

³³ Видети више у Mihajlo Dika, *op. cit.*

себну ревизију:³⁴ 1. када о том питању ревизијски суд још није заузео схватање одлучујући о појединим предметима на седници одељења, а реч је о питању о коме постоји различита пракса другостепених судова; 2. када је о том питању ревизијски суд већ заузео схватање, али је одлука другостепеног суда заснована на схватању које није подударно са тим схватањем и 3. када је о том питању ревизијски суд већ заузео схватање и другостепена пресуда се заснива на том схватању, али – нарочито уважавајући разлоге изнесене током првостепеног и жалбеног поступка због промене у правном систему, условљене новим законодавством или међународним споразумима, те одлуком Уставног суда Босне и Херцеговине, Европског суда за људска права – требало преиспитати судску праксу.³⁵ Међу ревизибилним случајевима у праву Републике Српске нема једног који је постојао и у хрватском праву до измена и допуна парничне процедуре Новелом из 2011, али је и у њој изостављен. Реч је о ситуацији када ревизијски суд још увек није заузео правно схватање, а могло би се очекивати да би у пракси другостепених судова могло о њему бити различитих ставова. Но, изостављање овог случаја у набрајању не искључује допуштеност с обзиром на то да су случајеви наведени “примерице”, уз разлику да овде нема тзв. претпостављеног разлога за њено изјављивање, односно ревизијски суд мора да се изјасни у том смислу.³⁶

Пратећи важеће одредбе о парничној процедури у Републици Српској, морамо уочити да у одредби чл. 49 ст. 3 ЗИД ЗПП Р. Српске нема ранијег правила да: “Врховни суд Републике Српске може дозволити ревизију у свим предметима, ако оцијени да би одлучивање по ревизији било од значаја за примјену права у другим случајевима”, које, је, иначе, критиковано у литератури.³⁷

3. Допуштеност ревизије – општа правила

Ограниченост ревизије, односно границе које су у правним системима у којима је она ванредно правно средство успостављене, проис-

³⁴ Ibidem.

³⁵ У истом смислу и одредбе чл. 382 ст. 2 ЗПП РХ.

³⁶ Mihajlo Dika, op. cit.

³⁷ Аргументација се сводила на закључак да ће ово решење непотребно оптеретити ревизијски, дакле највиши суд у Републици Српској, стога што ће странке, често и без посебног разлога, користити наведену могућност, а судови ће имати обавезу да сваку ревизију проуче и утврде да ли је дозвољена или не, видети код Душко Медић, *Реформа парничног поступка у Босни и Херцеговини*, у “Право земаља у региону”, Институт за упоредно право, Београд, 2010, стр. 32.

тиче, пре свих, из чињенице да, за разлику од жалбе, она није уставна категорија. Стога је и Уставни суд Републике Србије заузео став да “законско уређивање дозвољености ревизије може трпети ограничења како у погледу врсте спора, тако и висине тужбеног захтева поводом којих се ревизија може изјавити”.³⁸ Образложење оваквог става своди се, такође, на констатацију да Устав РС гарантује двостепеност судских поступака па је “питање ванредних правних средстава законска процесна материја у чију целисходност Уставни суд не може улазити сагласно чл. 97 т. 2 и чл. 99 т. 7 Устава”.³⁹

Поменимо, међутим, да је ЕКЉП заузео став да се при оцени услова за допуштеност ревизије цени њена улога у националном праву па повреда права на правично суђење постоји када је могућност улагања овог средства непропорционално отежана у смислу да обесмишљава постојање института у целини,⁴⁰ о чему се, свакако, мора водити рачуна.

За допуштеност ревизије није од интереса да ли је другостепеном пресудом првостепена потврђена или преиначена, али проблем може настати с обзиром на странку која није побијала жалбом првостепену пресуду, а жалба противника је одбијена и првостепена пресуда потврђена. Полазећи од недостатка правног интереса за ревизију, односно чињенице да се другостепеном пресудом не мења правни положај овакве странке, део теорије, али и нешто старија судска пракса, такође мањим делом, прихватају став да је овде ревизија недопуштена.⁴¹ Као већински, пак, формулисан је став теорије да није релевантно да ли је странка изјавила жалбу, односно да се пропуштање изјављивања жалбе не може сматрати одрицањем од ревизије.⁴² Дилеме постоје, али нам се чини да се о не-

³⁸ Одлука Уставног суда Републике Србије IUz-2/2010, пар. 7, од 14.3.2013. године, поводом оцене уставности одредби чл. 38, односно 51 Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку (Сл. гласник РС, бр. 111/09), којима су измењени чл. 394 и 486 ЗПП/04, односно према којима ревизија није дозвољена ако вредност предмета спора побијаног дела правноснажне пресуде не прелази динарску противвредност 100.000 евра на дан подношења тужбе у општој парници, односно 300.000 евра у привредним споровима.

³⁹ Ibidem,

⁴⁰ О томе Александар Јакшић, *op. cit.*, стр. 633, као и одлуке ЕКЉП наведене у напоменама бр. 97 и 98 овог дела.

⁴¹ Тако, Iris Gović, *Revizija u svjetlu posljednjih izmjena i dopuna Zakona o parničnom postupku (ZPP/03) i na njima utemeljenoj sudskoj praksi*, Zbornik правног факултета у Риги (1991) в. 29, бр. 2, 2008, стр. 1096. Видети одлуке наведене у Боривоје Познић, *op. cit.*, стр. 954, као и наведене у Iris Gović, *op. cit.*, стр. 1096, напомене бр. 11 и 12.

⁴² Видети Боривоје Познић, *op. cit.*, стр. 954. Siniša Triva, Mihajlo Dika, *op. cit.*, стр. 720, констатују да на ревизију имају право обе странке без обзира на то која је од њих (само једна) изјавила жалбу, али наводе, као посебан, став судске праксе да је за странку која није изјавила жалбу ревизија допуштена када је другостепеном пресудом првостепена преиначена на штету такве

достатку правног интереса мора водити рачуна (арг. чл. 410 ст. 2. 1. 4 ЗПП/11).⁴³

У односу на вредносни критеријум у ЗИД ЗПП/11, из 2014, може се закључити о начелно задржаној подели на имовинске и неимовинске спорове, мада се ови други изричито не помињу. Тако, ревизија није дозвољена у имовинскоправним споровима ако вредност предмета спора побијаног дела не прелази динарску противвредност од 40.000 евра по средњем курсу НБС на дан подношења тужбе (ограничење *rationae valoris*). За неимовинскоправне спорове, а на основу тумачења *a contrario* одредбе чл. 403 да је ревизија допуштена против пресуда донесених у другом степену,⁴⁴ став у теорији је да је редовна ревизија и у овим споровима допуштена уколико није изричито забрањена посебним законом у одређеним врстама спорних ствари (ограничење *rationae causae*).⁴⁵ Треба поменути да је ЗПП/04 још увек познавао разграничење, у категорији имовинскоправних, на оне код који се тужбени захтев односи на потраживање у новцу, на предају ствари или извршење неке друге чинидбе, од осталих имовинскоправних спорова. У првом случају за граничну вредност предмета спора била је релевантна она у побијаном делу правноснажне пресуде, а у другом сама вредност предмета спора (дакле, она наведена у тужби).⁴⁶ ЗПП/11, у изворној верзији, садржи јединствено правило за имовинскоправне спорове – недопуштена је ревизија кад се тужбени захтев односи на утврђење права својине на непокретности-ма или потраживање у новцу, на предају ствари или извршење неке друге чинидбе ако вредност предмета спора побијаног дела не прелази у општој парници 100.000 евра, а у привредним споровима 300.000 евра по средњем курсу НБС на дан подношења тужбе. Мада би се могло закључити да је *rationae causae* допуштено ревизије проширена, стога

странке. Лексика текста, ипак, говори у прилог ставу ових аутора против оваквог ограничења.

⁴³ У решење проблема укључује се и забрана злоупотребе процесних права, која у поменутој ситуацији условљава прихватање став да ревизија није дозвољена, а има и предлога да се ситуација разреши изричитим нормирањем, Анђелија Адамовић, *Ревизија против пресуде – критички осврт на нова законска решења*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, LXIII, 2012, стр. 377, 378. Изричиту одредбу, тако, даје Закон о јавном информисању и медијима РС, Сл. гласник РС, бр. бр. 83/2014, 58/2015, чл. 126 ст. 3, да активну легитимацију имају обе странке.

⁴⁴ Видети код Боривоје Познић, *op. cit.*, стр. 954

⁴⁵ Тако се, по правилу, искључују сва ванредна правна средства против правноснажних пресуда донесених у брачним споровима, при чему се примена правила ограничава на одлуку о промени брачног статуса, нпр., према Породичном закону, Сл. гласник РС, бр. 18/05, чл. 227 ст. 2; Слично, ЗПП/11 искључује ревизију против пресуде у споровима мале вредности, чл. 479 ст. 6.

⁴⁶ За прецизно елаборирање различитих варијетета у примени ових правила, као и судску праксу Врховног суда Србије, видети код Боривоје Познић, *op. cit.*, стр. 955–959, као и Siniša Triva, Mihajlo Dika, *op. cit.*, стр. 721–722.

што је у осталим имовинскоправним споровима она неограничена (опет *a contrario*), критеријум *rationae valoris* је значајно умањио ефекте. ЗИД ЗПП/14, такође, без навођења специфичних врста тужбеног захтева, дакле за све имовинскоправне спорове предвиђа лимит вредности предмета спора побијаног дела од 40.000 евра у општој парници и 100.000 евра у привредним споровима.⁴⁷ Упоредноправно, у државама региона вредности су значајно ниже⁴⁸ што шири поље примене и омогућава да највиши суд заузме став у спорним питањима примене права, односно делује корективно у смислу уједначавања судске праксе.

У законодавству Републике Српске⁴⁹ нема разликовања између имовинских и неимовинских спорова, ревизија је искључена, *rationae valoris*, за све врсте спорова ако вредност побијаног дела правноснажне пресуде не прелази 20.000 КМ, а у привредним споровима 40.000 КМ, што су, такође, у односу на решење из права Србије, ниже вредности. Интересантно је, такође, да у Републици Српској, мада су, нпр. правила о посебној ревизији идентична онима из хрватског закона, када је редовна ревизија против пресуде у питању нису, ипак, обухваћене две могућности. Реч је о допуштености ревизије када је, у случајевима из чл. 373(а), другостепени суд потврдио или преиначио првостепену пресуду, односно из чл. 373(б), када је другостепена одлука донесена после спроведене расправе ако је другостепени суд сматрао да је ради правилног утврђења чињеничног стања потребна расправа. Нешто другачије, али такође правило којим се генерално допушта ревизија, дају најновије измене ЗПП/11, из 2014, одредбом чл. 13. Наиме, допуштена је ревизија уколико је другостепени суд преиначио пресуду и одлучио о захтевима странака, односно укинуо пресуду и одлучио о захтевима странака,⁵⁰ што би требало да значи примену без обзира на лимит предвиђен за имовинскоправне спорове.

⁴⁷ Начин израчунавања динарске противвредности остаје исти, видети одредбу 12 ст. 2 Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку, Сл. гласник РС, бр. 55/14, којом се мења чл. 403 ст. 3 ЗПП/11, као и одредбу чл. 22, којом се мења чл. 485 ЗПП/11, дакле изворног текста.

⁴⁸ Нпр., према чл. 382 ст. 1 ЗПП РХ, странке (у свим споровима) могу изјавити ревизију ако вредност предмета спора побијаног дела пресуде прелази 200.000 куна, што на дан 14.8.2015 износи 26.514,29 евра, према подацима са: <http://hrk.fxexchangerate.com/eur/200000-currency-rates.html>, прегледано 14.8.2015. Видети одредбу чл. 397 Закона о парничном поступку Црне Горе (Сл. лист РЦГ, бр. 76/06), где се ставовима 1 и 2 вредност одређује на 10.000 евра, али је предлог да се повећа на 30.000 евра (Предлог измена и допуна ЗПП, од 13. новембра 2015, доступно на: https://www.google.rs/search?q=zakon+o+parnicnom+postupku+crne+gore&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=RbzNVdzWG8uqsAH7v6fYCG#q=zakon+o+parnicnom+postupku+slu%C5%BEbeni+glasnik+crne+gore+, прегледано 10-08-2015.

⁴⁹ Видети одредбу чл. 49 ст. 2 ЗИД ЗПП Р Српске, а исто и наведени чл. 382 ст. 1 ЗПП РХ

⁵⁰ Уп. чл. 387 ст. 1 т. 5 и 6 ЗПП/11

4. Ревизија по посебним прописима

Ревизија, свакако, може бити допуштена (као и искључена, о чему је било речи) посебним прописима. У Републици Србији, у оквиру правила о томе када је ревизија увек допуштена, наводи се и уопштено да је “ревизија увек дозвољена када је то посебним законом прописано.⁵¹ Но, и када овакве одредбе у оквиру регулисања парничне процедуре нема, посебни закони је допуштају⁵² па је нормативно коректније унети овакву могућност у одредбе о ревизији у оквиру прописа који регулише парнични поступак. Уколико је реч о неимовинским споровима, адекватан нормативни приступ је могуће искључење ревизије *rationae causae* одредбама посебних прописа.⁵³ Но, уколико је реч о имовинским споровима по посебним законима, могућа су различита тумачења у одговору на питање да ли опште правило о ограничењу *rationae valoris* за имовинскоправне спорове важи и када је ревизија на овај начин допуштена. Мада се чини да је тумачење у корист неограничене допуштености правно коректно имајући у виду специфичности и важност права чија се заштита обезбеђује посебним поступцима у којима је и ревизија на овај начин регулисана, проблеми у пракси су постојали.⁵⁴ Начин на који, нпр., важећи Закону о јавном информисању и медијима Републике Србије⁵⁵ регулише допуштеност ревизије, односно да је допуштена уколико је тужбени захтев одбијен, упућује, такође, на закључак да нема ограничења *rationae valoris*.

Још један нормативни манир у односу на ревизију налазимо у ЗПП РХ, где се у општем правилу не наводи одредница да је ревизија против пресуде дозвољена када је то посебним законом предвиђено, али се наводи једна врста спорова на коју се правило о допуштености без ограничења *rationae valoris* односи.⁵⁶ Реч је о споровима о постојању

⁵¹ Тако, нпр., ЗПП/11, у изворној верзији, одредбом чл. 403 ст. 2, а изменама и допунама из 2014, одредбом чл. 13 ст. 1 т. 1, којим се наведени члан мења, као и ЗПП РХ, одредбом чл. 382 ст. 1.

⁵² Тако, нпр., Закон о медијима Републике Хрватске, Народне новине, бр. 59/04, 84/11, 81/13, чл. 52 т. 4, доступно на: <http://www.zakon.hr/z/38/Zakon-o-medijima>, прегледано 7.8.2015, у случају тужбе ради објављивања исправке информације.

⁵³ Видети, Боривоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, ор. cit., стр. 416, а тако, нпр. Закон о јавном информисању и медијима РС, Сл. гласник РС, бр. 83/2014, 58/2015, чл. 126 ст. 3, за пресуду у парници по тужби за објављивање одговора.

⁵⁴ Видети код Анђелија Адамовић, ор. cit., стр. 379, напомене бр. 14, 15 и 16, одлуке по ревизијама на пресуде према раније важећем Закону о јавном информисању.

⁵⁵ Закон о јавном информисању и медијима, Сл. гласник РС, бр. 83/2014, 58/2015, чл. 126.

⁵⁶ Видети за право Македоније, према Закону о парничном поступку из 1998, који није садржао специфично правило о допуштености ревизије у овој врти спорова, различите ставове које

уговора о раду, односно престанку радног односа или ради утврђења постојања радног односа.⁵⁷ У односу на исте врсте спорова ЗПП/11, нпр., одредбом чл. 441, правило о допуштености уноси у оквиру нормирања поступка у парницама из радних односа.⁵⁸

Но, од различитих нормативних приступа, од којих су неки и овде наведени, значајнији је проблем *која* је ревизија допуштена било законом о парничном поступку или посебним законом, за посебне врсте спорова. Сви такви прописи говоре само о допуштености “ревизије”, не одређујући да ли је реч о редовној или ревизији по допуштењу. Изузетак је ЗПП РХ, који у Новелу из 2011.⁵⁹ уноси, по оцени теорије “изванредно значајну”⁶⁰ интерпретативну одредбу о томе да се ревизија која је допуштена посебним законом сматра посебном (“изванредном”) ревизијом, ако тим посебним законом није другачије прописано. Проблем је значајан у контексту допуштености и редовне ревизије у овим споровима. Проф. Дика, аутор који је први упозорио на постојање дилеме⁶¹ одговара на питање афирмативно. Но, циљ ревизије по допуштењу могао би се сагледавати и с позивом на формулацију коју сви закони који је допуштају садрже, а то је да је она допуштена у споровима у којима је ревизија иначе недопуштена. У наведеном случају ревизија је, међутим, допуштена, само посебним законом. Уз то, сврха посебне ревизије није да “осигура материјалноправну и процесноправну законитост у конкретном случају”, односно “до тога долази тек посредно, евентуалним санкционисањем побијане пресуде”, већ је њен циљ “осигурање јединствене примене права и равноправности грађана” (односно свих, в. чл. 382 ст. 2 ЗПП ЗХ).⁶² Она је супсидијарна и допунска у односу на редовну ревизију, односно “сувишна у случајевима у којима је допуштена редовна ревизија”.⁶³ Усвајањем овакве аргументације, ревизија допуштена посебним законом добија карактеристике редовне, а остаје наводи Arsen Janevski, *O dopuštenosti revizije u parnicama iz radnih odnosa po Zakonu o parničnom postupku Republike Makedonije*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 56. No 2-3, 2006, стр. 425–440, доступно на: http://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=8220, прегледано 12.7.2015.

⁵⁷ Чл. 382 ст. 1 т. 2, ЗПП РХ

⁵⁸ Такође, одредбом чл. 447 ЗПП/11 допушта је и у парницама поводом колективних уговора.

⁵⁹ Видети чл. 41 Закона о изменама и допунама ЗПП РН из 2011, Народне новине, бр. 57/11, односно чл. 399 ст. 2 интегралне верзије текста Закона.

⁶⁰ Mihajlo Dika, *op. cit.*

⁶¹ *Ibidem.*

⁶² Siniša Triva, Mihajlo Dika, *op. cit.*, стр. 723.

⁶³ *Ibidem*, а значајно је поменути и резоновање да у случајевима када је ревизија искључена није допуштена ни посебна, нпр. Nikola Opatić, *op. cit.*, стр. 7.

могућност да законом буде другачије регулисано. Дилема о правној природи ревизије допуштене по посебним прописима посебно је потенцирана у правном систему Републике Српске које нема ни у општој одредби о допуштености редовне ревизије одредницу да се ревизија може допустити и одредбама посебних закона, мада је то свакако могуће.⁶⁴ У том смислу свакако су потребна прецизирања.

Dr Dusica Palackovic, a full professor
University of Kragujevac Faculty of Law

AVAILABILITY OF THE REVISION OF A JUDGEMENT AND EQUAL APPLICABILITY OF THE

Summary

*The normative approach to the revision of a judgment reached in a civil procedure in the countries of the region, including the Republic of Serbia and Republika Srpska, has been a subject to significant and continuous changes for a quite period of time, that is ever since it was established as an extraordinary legal remedy in former Yugoslavia (1976). The legislative framework has changed in relation to the “types” of revision, the reasons for resorting to it, and particularly in relation to the rules of the availability of the revision. The complex nature and differences in existing national solution of this matter in these countries have caused their restrictions. In this paper the author commits herself to summarize comparative analysis of the provisions related to the availability of the revision of judgment including regular revisions, as well as those subject to particular laws and those which are allowed as extraordinary. The author notes only some of a number of problems caused by the restrictive approach to the availability of the revision including both *ratione causae* and *ratione valoris*, as well as deficiencies, inconsistencies and ambiguities in their regulation. The author underlines that it is necessary to discover, recognize and overcome these problems and in that context gives*

⁶⁴ Као пример наводимо Закон о забрани дискриминације Босне и Херцеговине, чл. 13 ст 2, доступно на: https://www.google.rs/search?q=zakon+o+za%C5%A1titi+od+diskriminacije+bih&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=PMvNVf-xDcinsAHD8ajYCQ13.07.2015, прегледано 10.10.2015.

some suggestions how to proceed. The main point of the discussion is to perceive undisputable connection between the various models of the availability of the revision and the role of the highest judicial instance in this process and in securing that this right is equally available to all concerned.

Key words: *revision of the judgment, availability of revision, the role of the highest judicial instance, equal application of the right.*

IZVRŠENJE STRANIH IZVRŠNIH NASLOVA SA POSEBNIM OSVRTOM NA STRANE NOTARSKHE ISPRAVE

Prof. dr Meliha Powlakić*

***Apstrakt:** Zemlje nastale disolucijom bivše SFRJ i dalje su intenzivno međusobno povezane, iz čega slijedi i intenzivan međunarodni pravni saobraćaj među njima. U cilju olakšanja položaja subjekata koji traže priznanje i izvršenje naslova u jednoj zemlji a koji je porijeklom iz druge zemlje sljednice bivše SFRJ, međusobno priznanje i izvršenje stranih izvršnih naslova bi trebalo što je moguće više liberalizirati u odnosu na opći zakonski režim. Ovaj je režim u radu ukratko analiziran prije svega u vezi sa odredbama zakona o izvršnom postupku, za koji je kritički konstatovano da je restriktivniji u odnosu na zakon koji regulira međunarodno privatno pravo. Sve zemlje sljednice bivše SFRJ zaključile su međusobno bilateralne sporazume o međunarodnoj pravnoj saradnji. Sporazumi koje je zaključila BiH su kritizirani budući da sužavaju listu stranih naslova koji se mogu priznati i izvršiti pri čemu ne donose nikakvu liberalizaciju u odnosu na zakonski režim. Posebna pažnja je posvećena izvršenju stranih notarskih isprava. U pravu entiteta u BiH (kao i u pravilu u regionu) nema posebnih odredaba koji bi regulirale priznanje i izvršenje ovog specifičnog, i u regionu novog izvršnog naslova. Dati su prijedlozi da se i u BiH slijede neka uspješnija rješenja u regionu (npr. rješenja Slovenije u pogledu izvršnosti notarskih isprava, a dijelom i Srbije u pogledu izvršenja stranih izvršnih naslova).*

***Ključne riječi:** priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka, strani izvršni naslov, strana notarska isprava, izvršna notarska isprava, izvršenje strane notarske isprave.*

* Правни факултет Универзитета у Сарајеву

1. Uvod

Nakon disolucije bivše SFRJ, ranije socijalističke republike su kao novoformirane države preko noći postale jedna u odnosu na drugu strane države, a građani bivše SFRJ su međusobno, u smislu međunarodnog prava, postali stranci. Region je bio konfrontiran sa problemom prekograničnog pravnog saobraćaja u onim odnosima koji su ranije bili unutarnji odnosi jedne zemlje – tamo gdje su ranije određeni odnosi rješavani unutarnjim ili interlokalnim kolizionim normama, nastali su odnosi sa elementom inostranosti, što iziskuje potrebu rješavanja odnosa normama međunarodnog privatnog prava. Poslije prve dramatične faze, odnosi su se između navedenih država normalizirali. Prekogranična cirkulacija lica, dobara, kapitala i usluga je zbog međusobne ranije bliskosti i isprepletenosti intenzivnija nego kada su u pitanju odnosi sa drugim zemljama. Intenzitet povezanosti regiona, ali i činjenica da su pravni poreci ovih zemalja, bez obzira na sva nova rješenja, zadržali određenu srodnost, a time i međusobnu prepoznatljivost, iziskuje rješenja koja će međugranični pravni saobraćaj olakšati u najvećoj mogućoj mjeri. To prije svega znači da ovo pitanje ne bi trebalo podvrgnuti općem zakonskom režimu, već urediti međunarodnim ugovorima. Bosna i Hercegovina je sa svim zemljama bivše SFRJ zaključila bilateralne sporazume koji reguliraju saradnju u građanskim stvarima (I.2.4). To su učinile i druge zemlje međusobno. Bilateralni sporazumi nisu optimalna osnova za rješavanje prekograničnog saobraćaja između zemalja regiona. Nastala je jedna složena mreža sporazuma koji uvijek vežu samo po dvije zemlje. Osim toga, pomenuti bilateralni sporazumi koje je zaključila Bosna i Hercegovina često sadrže rješenja koja ne mogu ispuniti ono što bi trebalo da im bude prevashodni cilj, a to je olakšanje međunarodnog pravnog saobraćaja.

Prvenstveni cilj ovog rada je istražiti koliko se Bosna i Hercegovina ali i ostale zemlje regiona spremna suočiti sa jednim novim izazovom u domenu međunarodnog pravnog saobraćaja, a to je pitanje izvršenja na temelju notarske isprave koja potiče iz druge zemlje (nasljednice bivše SFRJ). Sve zemlje regiona su uvele institut notarijata, i bez obzira na razlike u nadležnostima, vrstama notarskih isprava i njihovim dejstvima, u svim zemljama je notarska isprava priznata kao izvršni naslov. Međutim, zakoni koji reguliraju međunarodno privatno pravo kao ni zakoni koji reguliraju izvršni postupak u pravilu „ne prepoznaju“ izričito ovu novu vrstu izvršnog naslova, što u prekograničnom saobraćaju u budućnosti sve više može donositi probleme. Pitanje izvršenja na temelju strane notarske isprave nije moguće odvojiti od općeg pitanja priznanja iz izvršenja stranih izvršnih isprava.

Stoga će u provom dijelu rada (I) biti izvršena analiza pravnog okvira u BiH kada je u pitanju generalno priznanje i izvršenje stranih izvršnih naslova. Pri tome težište neće biti na detaljnoj normativno-dogmatskoj analizi pojedinih odredaba, jer je to pitanje već podrobno obrađeno na području bivše SFRJ, već na konzistentnosti sistema. Pitanje je zanimljivo budući da je uređeno dijelom propisima bivše SFRJ, dijelom međunarodnim ugovorima, dijelom entitetskim zakonima odnosno zakonima BD BiH. Za svakog je primjenjivača odlučujuće pitanje međusobnog odnosa ovih različitih pravnih akata i pitanje relevantnog izvora prava. Drugi dio rada će se posvetiti priznanju i izvršenju na osnovu strane notarske isprave (II).

I. Pravni okvir priznanja i izvršenja stranih izvršnih naslova u BiH

I.1. Općenito

Priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka i drugih naslova regulirano je u BiH u više zakonskih tekstova, pri čemu je *sedes materiae* u Zakonu o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima donesen 1982. u bivšoj SFRJ¹ a potom preuzet u pravni poredak BiH (u daljem tekstu: ZMPP).²³

Osim ovog osnovnog izvora prava u oblasti priznanja i izvršenja stranih izvršnih naslova u građanskim i trgovačkim stvarima, ovdje su mjerodav-

¹ Službeni list SFRJ 43/82, 72/82.

² Osnovi preuzimanja ovog zakona u entitetske pravne poretke su različiti. ZMPP je u pravni poredak RBiH odnosno Federacije BiH preuzet Uredbom sa zakonskom snagom o priznanju i primjeni saveznih zakona (Službeni list RBiH 2/92). Ova je uredba kasnije potvrđena kao zakon (Službeni list RBiH 13/94). U Republici Srpskoj su članom 12 Ustavnog zakona za provođenje Ustava Republike Srpske preuzeti u pravni poredak Republike Srpske svi savezni zakoni bivše SFRJ pod uslovom da nisu u suprotnosti s važećim pravnim poretkom (Službeni glasnik RS 21/92).

³ Dok su neke druge zemlja nasljednice donijele nove zakone o međunarodnom privatnom pravu, to se nije desilo u BiH. Nove zakone je donijela Slovenija (Zakon o međunarodnom zasebnem pravu in postopku, Uradni list Republike Slovenije 56/1999), Makedonija (87/2007, 156/2010), Crna Gora (Zakon o međunarodnom privatnom pravu Crne Gore, Službeni list Crne Gore 1/2014, 6/2014 – ispr., 11/2014 – ispr. i 14/2014). Srbija i Hrvatska su u podmakloj fazi sa donošenjem novih zakona o međunarodnom privatnom pravu, a u Makedoniji je u toku izrada novog zakona koji bi bio u potpunosti usklađen sa pravom EU. ZMPP je nesumnjivo predstavljao solidnu kodifikaciju međunarodnog privatnog prava, ali je od 1982. godine u teoriji i praksi međunarodnog privatnog prava došlo do veoma značajnih promjena, naročito i pod utjecajem međunarodnog privatnog prava EU, što bi trebalo rezultirati reformom međunarodnog privatnog prava i u Bosni i Hercegovini.

ni i zakoni koji reguliraju materiju izvršnog postupka u BiH,⁴ zatim zakoni koji propisuju organizaciju sudova koji određuju koji su sudovi nadležni za priznanje i izvršenje stranih izvršnih naslova,⁵ te zakoni o vanparničnom postupku.⁶ Postupak priznanja i izvršenja stranih naslova nije izričito uređen kao poseban vanparnični postupak, ali ni u doktrini ni u praksi nije sporno da se na postupak priznanja primjenjuju opća pravila vanparničnog postupka.⁷ Ovdje bi se iz nekoliko razloga kao relevantni propisi mogli izdvojiti i zakoni o parničnom postupku.⁸ Prije svega se pravila parničnog postupka supsidijarno primjenjuju u vanparničnom postupku na pitanja koja nisu izričito regulirana propisima o vanparničnom postupku. Osim toga, sva tri zakona koja reguliraju parnični postupak sadrže jednu prelaznu odredbu prema kojoj će do donošenja posebnog zakona sudovi u parničnom postupku primjenjivati, između ostalog, i odredbe člana 79 do 101 ZMPP-a⁹, a to su upravo odredbe koje reguliraju priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka i drugih naslova.¹⁰

Kako je navedeno, BiH je zaključila sa svim zemljama nasljednicama bivše Jugoslavije bilateralne sporazume o pravnoj pomoći.¹¹ Bilateralne spo-

⁴ Zakon o izvršnom postupku FBiH (Službene novine Federacije BiH, 32/03, 52/03, 33/06, 39/06, 39/09, 35/12) dalje ZIP FBiH, Zakon o izvršnom postupku Republike Srpske (Službeni glasnik RS, 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12, 67/13) – dalje ZIP RS, Zakon o izvršnom postupku Brčko Distrikta BiH (Službeni glasnik BDBiH, 39/2013) – dalje ZIP BD BiH.

⁵ U Federaciji BiH su to kantonalni sudovi, u Republici Srpskoj okružni sudovi, a u Brčko Distriktu BiH osnovni sudovi. Vidjeti čl. 28 st. 3 tač. e Zakona o sudovima u Federaciji BiH (Službene novine FBiH, 38/05, 22/06, 63/10, 72/10), čl. 31 st. 3 d) Zakona o sudovima Republike Srpske (Službeni glasnik, RS 37/12), čl. 21 Zakona o sudovima Brčko Distrikta BiH (Službeni glasnik BDBiH, 19/07, 20/07, 39/09, 31/11).

⁶ Zakon o vanparničnom postupku Republike Srpske (Službeni glasnik RS, 36/09) – dalje ZVP RS; Zakon o vanparničnom postupku Brčko Distrikta BiH (Službeni glasnik BDBiH, 5/2001) – dalje ZVP BD BiH, Zakon o vanparničnom postupku Federacije BiH (Službene novine FBiH, 2/98).

⁷ U tom smislu i M. Stanivuković, M. Živković, *Međunarodno privatno pravo*, Opšti deo (Beograd 2004) str. 441, nr. 9.12; I. Medić Musa, *Enforcing the Foreign Civil and Commercial Judgment in Republic of Croatia*, *Evropski pravnik* 1/2007, str. 120.

⁸ Zakon o parničnom postupku Federacije BiH (Službene novine 53/03, 73/05, 19/06) – dalje ZPP FBiH, Zakon o parničnom postupku Republike Srpske (Službeni glasnik RS 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09, 61/13) – dalje ZPP RS, Zakon o parničnom postupku Brčko Distrikta BiH (Službeni glasnik BDBiH 8/09, 51/10, 27/14) – dalje ZPP BD BiH.

⁹ Član 458 ZPP FBiH; čl. 458 ZPP RS; čl. 436 ZPP BDBiH.

¹⁰ Odredba je u suštini potpuno suvišna, budući da je cijeli ZMPP preuzet u pravni poredak BiH. Pri tome se može postaviti pitanje da li su derogirane odredbe ZMPP-a koje nisu izričito spomenute. Takav zaključak bi imao nesagledive posljedice, jer bi doveo do toga da niz pitanja međunarodnog privatnog prava kao i pitanja relevantnih za priznanje i izvršenje stranih naslova nisu uopće regulirana.

¹¹ Sporazum između Vlade Republike Hrvatske, Vlade Bosne i Hercegovine i Vlade Federacije Bosne i Hercegovine o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima od 26.2.1996 (Službeni glasnik BiH – Međunarodni ugovori 1/96, 11/2005); Ugovor između Bosne i Hercegovine i Srbije i Crne Gore o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima od 24.2.2005. Ovaj je ugovor docnije izmijenjen tako da se odnosi samo na saradnju između BiH i Srbije (Službeni glasnik BiH – Međunarodni ugovori,

razume je BiH zaključila i sa nizom drugih zemalja¹², ali oni neće biti predmet ovog rada. U ovoj materiji su interesantni i određeni multilateralni međunarodni sporazumi¹³, ali u slučaju da su njegove potpisnice pored BiH i druge zemlje regiona, prednost će, prema većinskom mišljenju, imati ipak bilateralni sporazumi¹⁴, pa su stoga oni ovdje u fokusu pažnje a ne multilateralne konvencije. Osim toga su po pitanju o kome se ovdje raspravlja bilateralni sporazumi i *lex posterior* u odnosu na određene međunarodne konvencije (npr. u odnosu na Njujoršku konvenciju koja regulira pitanje priznanje i izvršenja arbitražnih odluka¹⁵) pa i po tom osnovu imaju prednost. Prema općezastupljenom shvatanju, međunarodni sporazumi imaju prednost pred nacionalnim za-

br. 11/2005, 8/2010); Ugovor između Bosne i Hercegovine i Republike Makedonije o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima od 17.9.2005 (Službeni glasnik BiH – Međunarodni ugovori 16/2006); Ugovor između Bosne i Hercegovine i Republike Slovenije o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima od 21.10.2009 (Službeni glasnik BiH – Međunarodni ugovori 7/2010); Ugovor između Bosne i Hercegovine i Crne Gore o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima od 9.7.2010 (Službeni glasnik BiH – Međunarodni ugovori 7/2011).

¹² Niz bilateralnih sporazuma je prvobitno zaključila bivša SFRJ, ali je u skladu s Bečkom konvencijom o sukcesiji država u pogledu međunarodnih sporazuma iz 1978. notifikacijom o sukcesiji izvršenoj njihovom depozitarima preuzela BiH. Vidjeti N. Sladoje i drugi, *Međunarodna pravna pomoć* (Sarajevo 2006), str. 61. Za dalje informacije vidjeti http://www.mpr.gov.ba/organizacija_nadleznosti/medj_pravna_pomoc/medj_konvencije/?id=909 (pristup 1.7.2015).

¹³ Haška konferencija za međunarodno privatno pravo posvećuje pitanju priznanja i izvršenja značajnu pažnju. Više o tome V. Šaula, *Savremene tendencije u oblasti priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka sa osvrtom na teoriju i praksu u Republici Srpskoj*, *Pravni savjetnik* 6/2002, str. 102, 100. Godine 1971. donesena je Haška konvencija o priznanju i izvršenju stranih presuda u građanskim i trgovačkim stvarima, međutim, kao ni bivša SFRJ, ni BiH nije potpisnica ove konvencije. Ona za sada ima samo pet zemalja ugovornica. Detaljnije vidjeti na http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=78#nonmem. Donesen je i određeni broj haških konvencija koje se odnose na priznanje i izvršenje odluka iz oblasti roditeljskog prava i odgovornosti i prava djece: Konvencija o priznanju i izvršenju odluka vezanih za obavezu izdržavanja od 2. oktobra 1973. godine, Konvencija o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju, izvršenju i saradnji u pogledu roditeljske odgovornosti i mjera za zaštitu djece od 19. oktobra 1996. BiH nije pristupila ni ovim konvencijama. Vidjeti http://www.mpr.gov.ba/organizacija_nadleznosti/medj_pravna_pomoc/medj_konvencije/?id=909.

¹⁴ Kada je, pak, u pitanju hijerarhijski odnos međunarodnih izvora prava međusobno, postoje dva stajališta. Prema jednom, bilateralni sporazum uživa uvijek prednost u odnosu na multilateralni sporazum, po principu *lex specialis derogat legi generali*. Više o tome kod E. Muminović, *Međunarodno privatno pravo*, drugo izdanje (Sarajevo 2008), str. 31. Za ovo shvatanje Varadi/Bordaš/Knežević/Pavić, *Međunarodno privatno pravo* (Beograd 2007), str. 78. Prema drugom stajalištu, bilateralni sporazum ne mora biti nužno i *lex specialis*, budući da može regulirati ista pitanja kao i multilateralni sporazum pa se treba ravnati prema pravilu *lex posterior derogat legi priori*. Za ovo stajalište Stanivuković/Živković, *Međunarodno privatno pravo*, str. 77; E. Muminović, *Međunarodno privatno pravo* (Sarajevo 2006), str. 32. Ipak, na drugom mjestu Muminović izričito zastupa shvatanje da je bilateralni sporazum *lex specialis* u odnosu na multilateralni. Vidjeti E. Muminović, *Procesno međunarodno privatno pravo*, str. 171.

¹⁵ Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards iz 1958. Tekst kao i ostali podaci o Konvenciji http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf.

konima.¹⁶ U nizu zemalja regiona je to i ustavna odredba¹⁷, dok u Ustavu BiH takve direktne odredbe nema. ZMPP izražava ovo načelo odredbom da se neće primjenjivati njegove odredbe ukoliko su suprotne međunarodnom sporazumu, iz čega jasno slijedi primat međunarodnih ugovora nad zakonom.¹⁸

I. 2. Priznanje i izvršenje stranih izvršnih naslova prema ZMPP-u

I.2.1. Priznanje stranih izvršnih naslova

U BiH je primarni izvor međunarodnog privatnog prava još uvijek ZMPP. Ovaj zakon prihvata sistem ograničene kontrole stranih presuda / izvršnih naslova.¹⁹ U postupku priznanja ispituje se samo ispunjenje procesnih pretpostavki koje propisuje ZMPP;²⁰ ne vrši se *revision au fond* tj. meritorno ispitivanje stranog izvršnog naslova.²¹

Kao prototip stranog pravnog akta koji se može priznati i izvršiti ZMPP uzima strane sudske presude. U principu su zahtjevi koji se traže za priznanje stranih izvršnih naslova skrojeni po mjeri stranih sudskih odluka, a manje prema nekim drugim vrstama izvršnih naslova,²² što može biti i problem kod izvršenja stranih notarskih izvršnih isprava. Za priznanje i izvršenje sudskih odluka, ZMPP propisuje određene materijalne i formalne pretpostavke.²³ Budući da je ovo standardno mjesto, ovdje će biti dat samo sumarni osvrt na ova zakonska rješenja.

Materijalne pretpostavke za priznanje su negativno formulirane, tako da zakon određuje kada se neka strana sudska odluka neće priznati, i to će se desiti u nedostatku bilo koje od propisanih pretpostavki, budući da sve moraju biti kumulativno ispunjene. Strana sudska odluka čije se priznanje traži neće se priznati ako a) nije postala pravosnažna, odnosno nije podnesena

¹⁶ E. Muminović, *Međunarodno privatno pravo* str. 31; Varadi/Bordaš/Knežević/Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, str. 75; M. Stanivuković/M. Živković, *Međunarodno privatno pravo*, str. 74. i dalje.

¹⁷ Tako npr. član 9 Ustava Republike Crne Gore, član 194 Ustava Republike Srbije.

¹⁸ Član 3 ZMPP.

¹⁹ U tom smislu i M. Stanivuković, M. Živković, *Međunarodno privatno pravo*, str. 454, nr. 9.37; E. Muminović, *Procesno međunarodno privatno pravo*, str. 84.

²⁰ Pretpostavke za priznanje sudskih odluka (i akata koji su izjednačeni sa sudskim odlukama) regulirane su članovima 87–92 ZMPP, a u pogledu arbitražnih odluka mjerodavni su članovi 98–99 ZMPP.

²¹ Tako V. Šaula, *Savremene tendencije u oblasti priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka sa osvrtom na teoriju i praksu u Republici Srpskoj*, str. 102.

²² U tom smislu i V. Rijavec, *Das internationale Vollstreckungsrecht am Beispiel Sloweniens*, *Evropski pravnik* 1/2007, str. 83–84.

²³ Detaljnije o pojedinim uvjetima E. Muminović, *Procesno međunarodno privatno pravo*, str. 88 i dalje.

potvrda nadležnog stranog suda o pravosnažnosti odluke prema pravu države u kojoj je donesena, b) nije postojala međunarodna nadležnost suda koji je donio presudu tj. ukoliko se radi o stvari u kojoj postoji isključiva nadležnost suda ili drugog organa u BiH, c) nije poštovano pravo stranke na odbranu (neće se priznati odluka ako je ovo pravo povrijeđeno, a smatra se da je povrijeđeno ukoliko jedno lice nije moglo učestvovati u postupku zbog nepravilnosti u postupku npr. poziv, tužba ili drugi akt nije mu lično dostavljen, odnosno uopće nije ni pokušano lično dostavljanje. Ovaj razlog za odbijanje priznanja otpada ako se lice na bilo koji način upustilo u raspravljanje u glavnoj stvari u prvostepenom postupku), d) između istih stranaka u istoj pravnoj stvari postoji pravosnažna odluka suda ili drugog organa u BiH, ili već priznata druga strana odluka donesena u istoj stvari među istim strankama, e) bi priznanje bilo protivno osnovama utvrđenog ustavnog poretka BiH i f) ako ne postoji uzajamnost / reciprocitet.

Traži se faktički reciprocitet. Postojanje reciprociteta se pretpostavlja.²⁴ U uporednom pravu, međutim, postoji trend napuštanja reciprociteta, barem kada je u pitanju uvjet priznanja stranih sudskih odluka.²⁵ U Zakonu o međunarodnom pravu Makedonije reciprocitet je napušten²⁶, a to je slučaj i sa Zakonom o međunarodnom privatnom pravu za Crnu Goru.²⁷ Ipak, i pretpostavljeni faktički reciprocitet vodi tome da se na minimum svela mogućnost da se zbog ovog razloga odbije priznanje strane sudske odluke.²⁸

Neke od propisanih zahtjeva ispituje sud po službenoj dužnosti, a neke samo na zahtjev stranke (poštovanje prava na odbranu, nepostojanje reciprociteta). Osnovno pravilo glasi da je strana sudska odluka izjednačena s domaćom sudskom odlukom, ukoliko bude priznata od strane domaćeg suda.²⁹

²⁴ Više o reciprocitetu kao uvjetu za priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka kao i o tome da se ne radi o pravoj zakonskoj pretpostavci jer ZMPP ne navodi osnov zbog kojeg se reciprocitet pretpostavlja vidjeti kod B. Bordaš, Regionalna saradnja kao okvir za poboljšanje postupanja nacionalnih sudova na primeru priznanja i izvršenja stranih odluka: muke s reciprocitetom, u: *Međunarodna konferencija, Regionalna saradnja u oblasti građanskog sudskog postupka sa međunarodnim elementom* – zbornik radova, Banja Luka 2009, str. 71 i dalje.

²⁵ Vidjeti M. Kostić-Mandić, Osvrt na novo međunarodno privatno pravo Crne Gore, *Nova pravna revija NPR*, 2/2011, str. 74. Takođe T. Deskovski, The New Macedonian Private International Law Act of 2007, *Yearbook of Private International Law* 2008, str. 456–457. Navode se primjeri zakona koji reguliraju međunarodno pravo u Albaniji, Venecueli, Bugarskoj i koji su napustili ovu materijalnu pretpostavku za priznanje stranih odluka.

²⁶ Više o tome T. Deskovski, *The New Macedonian Private International Law Act of 2007*, str. 455.

²⁷ Članovi 142 do 147 Zakona o međunarodnom privatnom pravu Crne Gore reguliraju uvjete za priznanje; reciprocitet nije jedan od njih. Vidjeti kod M. Kostić-Mandić, *Osvrt na novo međunarodno privatno pravo Crne Gore*, str. 74.

²⁸ M. Stanivuković, M. Živković, *Međunarodno privatno pravo*, str. 451, nr. 9.31.

²⁹ Član 86 st. 1 ZMPP, član 99 st. 1 ZMPP Makedonije; član. 94 st. 1 ZMPP Slovenije.

ZMPP ne sadrži bliže odredbe o tome koje su sudske odluke podobne za priznanje. U doktrini se smatra da nije bitna vrsta odluke već da je ona konačna i meritorna.³⁰ To slijedi i iz zahtjeva ZMPP prema kojem je kao jedan od uslova priznanja potvrda o pravosnažnosti sudske odluke. Sudske odluke koje nemaju dejstvo pravosnažnosti sljedstveno tome ne bi mogle biti priznate. Pravosnažnost se određuje prema pravu zemlje porijekla, i budući da ona u pojedinim zemljama može biti različito definirana u doktrini se smatra da “je bitno da postoji suštinsko poklapanje – da odluka ima svojstvo da konačno rešava o nekom odnosu i da se ne može redovnim putem postaviti pitanje njene zakonitosti.”³¹ O ovom važnom momentu će se voditi računa kod razmatranja priznanja i izvršenja stranih notarskih isprava koje ne mogu imati svojstvo pravosnažnosti u uskom pravno-tehničkom smislu. Upravo s obzirom na nužnost konačnosti u doktrini i praksi problematično je priznanje i izvršenje privremenih mjera i mjera osiguranja.³²

Samo je jedna zakonska odredba posvećena formalnim pretpostavkama, odnosno samom postupku priznanja stranih sudskih i arbitražnih odluka. Regulirana je mjesna nadležnost, predmet postupka (ne vrši se ispitivanje u meritumu), te pravni lijek protiv rješenja o priznanju (žalba koja se izjavljuje 15 dana od dana dostavljanja rješenja).³³ Priznanje stranih sudskih odluka vrši se u vanparničnom postupku. Da je postupak priznanja vanparnični postupak nije sporno u doktrini i praksi iako nema izričite zakonske odredbe u tom pravcu. To odista ne slijedi eksplicitno iz odredbe člana 101 ZMPP-a. Takođe, Zakon o vanparničnom postupku RS i Zakon o vanparničnom postupku BDBiH, kao ni Zakon o nasljeđivanju FBiH, ne predviđaju ovaj postupak kao poseban vanparnični postupak. Međutim, sva tri zakona određuju da se pravila vanparničnog postupka primjenjuju i u drugim pravnim stvarima iz nadležnosti sudova za koje zakonom nije izričito određeno da se rješavaju u vanparničnom postupku, a ne odnose se na zaštitu povrijeđenog ili ugroženog prava, niti se zbog karaktera pravne stvari ili svojstva stranaka u postupku mogu primijeniti odredbe Zakona o parničnom postupku,³⁴ što je kod priznanja sudske odluke upravo slučaj. Budući da je ovaj postupak po svojoj prirodi

³⁰ Tako M. Petrović, *Anerkennung und Vollstreckung ausländischer (deutscher) Gerichtsentscheidungen in Serbien und Montenegro*, *WGO – MfOR* 2003, str. 411. Budući da su propisi isti, ovaj je stav mjerodavan i za BiH.

³¹ M. Stanivuković, M. Živković, *Međunarodno privatno pravo*, str. 446, nr. 9.23.

³² U tom smislu vidjeti i N. Šarkić, Priznanje i izvršenje stranih javnobeležničkih (notarskih) isprava, u *Zbornik radova sa regionalnih konferencija o notarijatu*, Beograd 15/16. april 2010, Tirana 4/5. novembar 2010, 2010, str. 242. Za priznanje M. Stanivuković, M. Živković, *Međunarodno privatno pravo*, str. 447, nr. 9.24.

³³ Član 101 ZMPP.

³⁴ Čl. 1 ZVP FBiH; čl. 1 st. 2 ZVP RS; čl. 1 st. 2 ZVP BDBiH.

vanparnični, a da nije uređen kao poseban vanparnični postupak, već će nužno biti primjenjivati opća pravila vanparničnog postupka i supsidijarno i parničnog, *de lege ferenda* bi bilo poželjno posebno regulirati ovaj postupak,³⁵ što bi olakšalo postupanje sudova, ali i spriječilo njihovo eventualno neujednačeno postupanje.

ZMPP ne sadrži nedvosmisleni odredbu o tome ko je aktivno legitimiran za pokretanje postupka priznanja stranih sudskih odluka. Načelno je propisano da postupak pokreće ovlaštena osoba,³⁶ ali nije precizirano ko je ovlaštena osoba. Precizniju odredbu ZMPP sadrži samo u slučaju da se radi o ličnom stanju (statusu), kada je propisano da to može biti svaka strana koja ima pravni interes.³⁷ U doktrini nije sporno da to pravilo treba primijeniti i u svim drugim slučajevima, dakle i u građanskim i u trgovačkim stvarima i da postupak mogu pokrenuti sve osobe za koje predmetna odluka ima pravno značenje.³⁸ U sudskoj praksi je zastupljeno tumačenje da to mogu biti ovlaštene osobe (stranka u postupku, univerzalni i singularni sukcesor stranke u postupku), a samo za statusne stvari se smatra da to mogu biti i osobe koje nisu učestvovala u postupku, ali imaju pravni interes.³⁹ Treba se zalagati da sudska praksa prihvati šire tumačenje doktrine u pogledu subjekata koji su legitimirani za pokretanje postupka priznanja i izvršenja.⁴⁰ Za priznanje su u svim dijelovima BiH mjesno nadležni sudovi na čijem se području treba provesti postupak priznanja ili izvršenja.⁴¹ Mjesnu nadležnost određuju entitetski kao i propisi Brčko Distrikta BiH.⁴²

I.2.2. Izvršenje stranih izvršnih naslova prema ZMPP-u

Za izvršenje stranih sudskih odluka, nakon što je prethodno nadležni sud ispitao uvjete propisane zakonom i izvršio priznanje, predviđen je još samo jedan dodatni uslov, a to je da je odluka čije se izvršenje traži, pored

³⁵ Tako je učinjeno u Makedoniji prilikom donošenja novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu. Vidjeti T. Deskoski, *The New Macedonian Private International Law Act of 2007*, Yearbook of Private International Law, Vol 10, 2008, str. 456.

³⁶ Čl. 87 ZMPP.

³⁷ Čl. 101 st. 5 ZMPP.

³⁸ M. Petrović, *Anerkennung und Vollstreckung ausländischer (deutscher) Gerichtsentscheidungen*, str. 418.

³⁹ Informacija "Priznanje i izvršenje stranih sudskih i arbitražnih odluka". Projekt Kantonalnog suda u Tuzli u saradnji s USAID/Justice sector Development Project, mart 2008.

⁴⁰ U tom smislu M. Stanivuković, M. Živković, *Međunarodno privatno pravo*, str. 443. Ako bi se razmišljalo o novom zakonskom tekstu, bilo bi poželjno odredbu formulirati tako da je u svakom slučaju pokretanja postupka priznanja i izvršenja legitimirano lice koje ima pravni interes.

⁴¹ Čl. 101 st. 1 ZMPP.

⁴² Vidjeti fusnotu 5.

potvrde o pravosnažnosti, snabdjevena potvrdom izvršnosti izdatoj u zemlji porijekla.⁴³ ZMPP predviđa dva puta za izvršenje sudske odluke. U jednoj varijanti se provodi postupak priznanja pred nadležnim sudom, a izvršni postupak pokreće nakon pravosnažne sudske odluke o priznanju, a u drugoj varijanti strana sudska ili arbitražna odluka može biti izvršena i bez provođenja posebnog delibacionog postupka; ZMPP predviđa da o tome može odlučivati svaki sud kao o prejudicijelnom pitanju, s dejstvom samo za taj konkretni postupak.⁴⁴

To se bez daljnjeg odnosi i na sudove koji provode izvršenje. Kao što i o priznanju može biti odlučeno kao o prejudicijalnom pitanju s važnošću samo za taj postupak, tako se i u okviru jednog konkretnog izvršnog postupka može tražiti izvršenje na osnovu izvršnog naslova koji nije prošao postupak prethodnog priznanja. U tom slučaju o priznanju odlučuje kao o prethodnom pitanju sud nadležan za izvršenje. Navedena odluka suda ima važnost samo u okviru tog konkretnog izvršnog postupka. Zakoni koji reguliraju izvršni postupak u BiH međutim, dijelom u svojim najnovijim verzijama odstupaju od ovog rješenja ZMPP-a. Samo je u Federaciji BiH ostala neizmijenjena odredba člana 19 ZIP FBiH koja slijedi citiranu odredbu ZMPP-a. Zbog širokog ovlaštenja datog u ZMPP-u ne treba biti sumnje o tome da je moguće u Federaciji BiH ovom pitanju odlučivati kao prejudicijelnom i u izvršnom postupku. Iz prvobitne formulacije da se izvršenje na osnovu odluke stranog suda može odrediti i provesti ako odluka ispunjava zakonom propisane pretpostavke za priznanje, bilo je moguće zaključiti da postojanje tih pretpostavki utvrđuje sud koji odlučuje o zahtjevu za izvršenje. U protivnom bi formulacija glasila da sud određuje i provodi izvršenje na osnovu priznate sudske odluke. Upravo tako glasi 2012. godine novelirani član 19 ZIP-a u Republici Srpskoj, te odluka stranog suda ima snagu izvršne isprave ukoliko je priznata od nadležnog suda u BiH.⁴⁵ U Brčko distriktu BiH je odredba novog Zakona o izvršnom postupku još restriktivnija i glasi da je izvršenje moguće samo na osnovu pravosnažne odluke o priznanju odluke suda. Prvobitno rješenje je zadržano samo u Federaciji BiH i tamo odredbe člana 101 ZMPP i člana 19 ZIP FBiH čine jednu cjelinu i omogućavaju, pored posebnog postupka priznanja u kojem donesena odluka djeluje *erga omnes*, i priznanje *incidenter* tj. utvrđi-

⁴³ Čl. 96 ZMPP.

⁴⁴ Član 101 st. 5 ZMPP.

⁴⁵ Ranije je član 19 ZIP-a RS glasilo: „Izvršenje na osnovu odluke stranog suda može se odrediti i provesti ako odluka ispunjava zakonom propisane uvjete za priznanje“. Izmjena je uslijedila 2012. godine (Službeni glasnik RS 57/12). Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku Federacije BiH iz juna 2012. (srećom) ne sadrži ovakvu odredbu.

vanje postojanja pretpostavki za priznanje kao prejudicijelno pitanje kako bi se pred određenim sudom moglo provesti izvršenje.⁴⁶

Nažalost, ova se posljednja mogućnost u praksi rijetko koristi⁴⁷ i stranke se upućuju na postupak priznanja. Vrlo često, međutim, tražilac izvršenja nema nikakvog interesa za generalnim priznanjem jedne odluke koja bi tada važila na cijeloj teritoriji BiH, već ima interesa samo za provođenjem jednog izvršnog postupka pred određenim sudom, budući da se imovina dužnika nalazi na teritoriji tog suda. Upućivanje na postupak priznanja u konačnici znači vođenje dva sudska postupka i opterećenje i za stranku i za sudski sistem. Ipak, čini se da je sudska praksa upravo ovome sklona, a to su potvrdile i nove zakonske izmjene u Republici Srpskoj i Brčko Distriktu BiH. Suprotna su rješenja u Republici Srbiji, gdje je izričito propisano da je moguće o uvjetima priznanja odlučiti i u izvršnom postupku, kao prejudicijelnom pitanju.⁴⁸

Mogućnost priznanja strane sudske presuda kao prejudicijelnog pitanja u izvršnom postupku znatno bi doprinijela i rasterećenju pravosuđa. Vodio bi se samo jedan sudski postupak. U protivnom se, osim izvršnog postupka, prethodno vodi vanparnični postupak u kome stranke, naravno, mogu ulagati pravne lijekove. Takođe se konstatira da nerijetko nakon okončanja postupka po žalbi, budući da su time iscrpljeni (efikasni) pravni lijekovi, nezadovoljna stranka ulaže apelaciju Ustavnom sudu BiH.⁴⁹ Praksa Ustavnog suda po ovom pitanju bi se u najkraćem mogla rezimirati tako da je sud u pravilu apelacije odbijao (a dio odbacio kao *prima facie* nedopušten) smatrajući da u postupku priznanja sud ne odlučuje o ustavom garantovanim pravima već samo da li postoje uvjeti za priznanje.

⁴⁶ V. Šaula, *Savremene tendencije u oblasti priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka sa osvrtom na teoriju i praksu u Republici Srpskoj*, str. 102.

⁴⁷ Tako M. Živković, *Izvršenje stranih odluka (stranih izvršnih isprava) u pravu Srbije, Evropski pravnik 1/2007*, str. 105. Živković smatra da je odlučivanje o postojanju pretpostavki za priznanje kao o prejudicijelnom pitanju bilo moguće već na osnovu člana 101 ZMPP, ali da će izričita odredba u Zakonu o izvršnom postupku Republike Srbije doprinijeti širem korištenju ove mogućnosti. Za rijetko korištenje u BiH: A. Daupović u: Daupović, Asaf, Obradović, Rosa, Povlakić, Meliha, Zaćiragić, Fedžad, Živković, Miodrag, *Komentari zakona o izvršnom postupku u Bosni i Hercegovini*, komentar člana 19/1.

⁴⁸ Član 21 st. 3 Zakona o izvršenju i obezbjeđenju Republike Srbije (Službeni glasnik Republike Srbije 31/11, 99/11, 109/13, 55/14, 139/14). Detaljnije o ovom pitanju već kod donošenja Zakona o izvršnom postupku Republike Srbije 2004 godine vidjeti kod D. Hiber (Red.), *Novi zakon o izvršnom postupku*, str. 55–56. http://www.clds.rs/pdf-s/Zakon_o_izvršnom_postupku.pdf (Uvid 8.9.2015).

⁴⁹ AP 3950/12 od 22. oktobra 2013; AP 3724/10 od 13. jula 2012; AP 2594/12 od 22. oktobra 2013; AP 1471/10 od 29. juna 2010; AP-1253/08 od 12. juna 2008; AP-1199/05 od 9. maja 2006.

I.2.3. Priznanje i izvršenje drugih stranih naslova prema ZMPP-u

Pravila o priznanju i izvršenju koja sadrži ZMPP primarno su koncentrirana na strane sudske⁵⁰ i arbitražne odluke⁵¹. Sa sudskom odlukom se izjednačavaju strano sudsko poravnanje⁵² i odluke drugih organa koje su u državi u kojoj su donesene izjednačene sa sudskom odlukom ili sudskim poravnanjem.⁵³ Dakle, ukoliko se izuzmu arbitražne odluke i arbitražna poravnanja, kao posebna grupa izvršnih naslova za koje postoje posebna pravila o izvršenju i priznanju, prototip stranog izvršnog naslova je strana sudska odluka, a svi drugi strani izvršni naslovi se izjednačavaju sa stranom sudskom odlukom i trebalo bi se priznaju i izvrše po istim pravilima koja važe za priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka. Međutim, zbog njihove različite prirode i specifičnosti, ovi naslovi ne mogu uvijek ispuniti sve uvjete koji se traže za sudsku odluku da bi bila priznata (npr. poravnanje ne biva pravosnažno, odluka upravnog organa biva konačna, ali ne i pravosnažna itd.), tako da primjena pravila o priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka na druge izvršne naslove nije jednostavna ili često, bez ciljnog tumačenja propisa, nije moguća. Ipak, u relevantnoj literaturi međunarodnog privatnog prava u zemljama gdje važi ovaj zakon, odnosno gdje je važio, ovo se pitanje posebno ne problematizira i oslonom na zakonsku normu, prema kojoj se drugi naslovi smatraju sudskom odlukom odnosno sudskom nagodbom, navodi se da se na njih primjenjuju ista pravila; nema mjesta na kojem bi se tvrdilo da se ovi naslovi ne mogu priznati ili izvršiti jer ne mogu zadovoljiti sve zahtjeve propisane za strane sudske odluke (npr. pravosnažnost). Olakšanje postupka priznanja i izvršenja znatno bi doprinijelo posebno reguliranje pretpostavki za priznanje i izvršenje svakog pojedinog izvršnog naslova, kako u zakonu koji regulira međunarodno pravo, tako i u zakonu koji regulira izvršni postupak. Dok se to ne desi, iako nije nigdje u doktrini izričito naglašeno, očigledno je da će praksa morati ispunjenje određenih uvjeta, a prvenstveno pravosnažnosti, tumačiti vrlo fleksibilno i svrsishodno. Tako npr. sudsko poravnanje ne može ispuniti uvjet pravosnažnosti, već bi trebalo dokazati da je potraživanje, o kojem se poravnanje postiglo, dospjelo.⁵⁴ Sudsko je poravnanje, međutim, izvršna isprava, pa je po svojim dejstvima izjednačeno s pravosnažnom i izvršnom sudskom odlukom. Ovdje treba povezano tumačiti odredbe ZMPP-a i zakona

⁵⁰ Član 86 do 96 ZMPP. Tako je u propisima svih bivših jugoslovenskih zemalja. U tom smislu i V. Rijavec, *Das internationale Vollstreckungsrecht am Beispiel Sloweniens*, 1/2007, str. 83–84.

⁵¹ Član 97 do 100 ZMPP.

⁵² Član 86 st. 2 ZMPP; član 99 st. 2 ZMPP Makedonije; član. 94 st. 2 ZMPP Slovenije.

⁵³ Član 86 st. 3 ZMPP; član 99 st. 3 ZMPP Makedonije; član. 94 st. 3 ZMPP Slovenije.

⁵⁴ Prema zakonima koji reguliraju izvršni postupak dospjelost potraživanje je uvjet za izvršnost sudskog poravnanja (član 26 st. 1 ZIP FBiH, čl. ZIP RS, član 29 ZIP BD BiH).

koji reguliraju izvršni postupak i koji predviđaju posebne uvjete za izvršnost poravnanja i drugih izvršnih naslova.⁵⁵ Osim toga, zakoni o izvršnom postupku, određujući izvršne naslove, određuju i kada je koji podoban za izvršenje, tj. izvršan, te odredbu člana 19 ZIP FBiH/ZIP RS i 18 ZIP BDBiH treba tumačiti u vezi s tim odredbama.

Bez ikakve smetnje se u praksi priznaju odluke određenih upravnih tijela stranih država koje uređuju pitanja za koja je u BiH nužna sudska odluka (npr. razvod braka). Kod takvih odluka nije moguće govoriti o pravosnažnosti, ali ni o poštovanju prava na odbranu. U jednom udžbeniku iz Srbije (a nema razloga da situacija bude bitno drugačija ni u BiH kod istog stanja propisa) daje se kritička opaska da sudovi uvjete za priznanje tretiraju kao puku formalnost, da ne razmatraju ispunjenje propisanih uvjeta pojedinačno, da sudovi odista provjeravaju samo uvjet pravosnažnosti itd.⁵⁶ Moguće je da su i same odredbe ZMPP-a tome doprinijele – kod svih drugih stranih naslova, osim sudskih odluka, sve navedene uvjete za priznanje nije ni moguće ispuniti, što bi za konsekvencu imalo odbijanje njihovog priznanja! To ne bi bilo u skladu sa ciljem zakona; ne može zakonodavac propisati priznanje i izvršenje određenih naslova, a onda istovremeno onemogućiti njihovo priznanje i izvršenje. Sa ovim problemom će se sudovi suočiti i kod priznanja i izvršenja stranih notarskih isprava.

Zakoni o izvršnom postupku govore samo o izvršenju stranih sudskih odluka, dok ZMPP dopušta izvršenje na temelju stranih sudskih odluka, stranih sudskih poravnanja, stranih odluka koje su u državi u kojoj su donesene izjednačene sa sudskom odlukom, te na osnovu arbitražnih odluka i arbitražnih poravnanja. Odredbe zakona o izvršnom postupku na prvi pogled obuhvataju uži krug stranih izvršnih naslova nego je to slučaj sa ZMPP. Ovakva nesaglasnost sigurno neće doprinijeti efikasnijem priznanju i izvršenju stranih izvršnih naslova. U principu se radi o odredbi koja ne donosi ništa novo u odnosu na ZMPP; naprotiv, ova je odredba višestruko manjkava u odnosu na odredbe ZMPP. Ova odredba zakona o izvršnom postupku ne znači da je moguće provesti izvršenje samo na osnovu strane sudske odluke. Takvo tumačenje ne bi mogla sebi dopustiti niti jedna zemlja. Nespretnu odredbu zakona o izvršnim postupcima treba tumačiti tako da je strana sudska odluka generički (i neprecizan) naziv za sve strane izvršne naslove koje inače nabroja ZMPP. Tome u prilog govori i odredba člana 24 ZIP FBiH/ZIP RS, prema kojoj se sudskom odlukom smatra presuda, rješenje, te druga odluka donesena u po-

⁵⁵ Vidjeti članove 25–26 ZIP FBiH, članove 25–26 ZIP RS, članove 26–30 ZIP BD BiH.

⁵⁶ M. Stanivuković, M. Živković, *Međunarodno privatno pravo*, str. 456, nr. 9.41.

stupku pred sudom i arbitražom, a sudskim poravnanjem smatra se poravnaje zaključeno u postupku pred sudom i arbitražama. Ipak, da se izbjegnu sve nedoumice, trebalo bi nabrojati sve naslove koji i prema ZMPP-u mogu biti priznati i izvršeni. Još bolje bi bilo rješenje koje bi govorilo generički o izvršenju stranih izvršnih naslova, kao što je to slučaj u Srbiji.

Ovo je manjkavost i zakona o izvršnim postupcima bivših jugoslovenskih zemalja, uz izvjesne razlike u Sloveniji i Srbiji.⁵⁷ Iz propisa o međunarodnom privatnom pravu zemalja nasljednica bivše SFRJ slijedi da su oni primarno fiksirani na priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka, a zaključak biva osnažen propisima izvršnog prava navedenih zemalja koji, uz izuzetak Slovenije i Srbije, predviđaju samo izvršenje na osnovu stranih sudskih odluka.⁵⁸ Slovenija u zakonu koji regulira izvršni postupak predviđa izričito širu paletu stranih izvršnih naslova (sudske odluke, poravnanja, strane javne isprave).⁵⁹

Zakon o izvršnom postupku Republike Srbije govori o izvršenju stranih izvršnih isprava⁶⁰ što je generički naslov za sve izvršne naslove, čime je terminološki korektniji od drugih zakona u regionu. Zakon kao uvjet za izvršenje strane izvršne isprave zahtijeva dokaz o pravosnažnosti, odnosno izvršnosti jedne takve isprave. Time se daje podloga tumačenju da se u Srbiji može provesti izvršenje na osnovu stranog izvršnog naslova, koji je izvršan, iako nije pravosnažan. U vezi s ovom odredbom doktrina je podijeljena.⁶¹ No, pozitivan odgovor na ovo pitanje, prema kojem u Srbiji jedan strani izvršni naslov može biti izvršen ako je u zemlji porijekla pravosnažan i izvršan ili barem izvršan, mogao bi nakon uvođenja notarijata riješiti pitanje izvršenja stranih notarskih isprava, budući da su one izvršne, ali ne i pravosnažne.

Zakoni o izvršnom postupku Slovenije, Crne Gore i Brčko Distrikta BiH imaju u odredbama posvećenim pojedinim izvršnim naslovima i uvjetima njihove izvršnosti posebne odredbe o izvršnosti notarskih isprava. O tome više pod II.

⁵⁷ Više o tome M. Povlakić, *Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Mobiliarsicherheiten in Südosteuropa*, *LeXonomica, Revija za pravo in ekonomij*, Let. II, št. 2, december 2010, str. 257–282.

⁵⁸ Čl. 12 Zakona o izvršenju i obezbjeđenju Republike Crne Gore (36/2011); čl. 8 Zakona o izvršnom postupku Republike Makedonije; čl. 19 Ovršnog zakona Republike Hrvatske (Narodne novine 2012/12).

⁵⁹ Čl. 13 st. 1 Zakona o izvršbi in zavarovanju Republike Slovenije (Uradni list 3/2007 – prečišćeni tekst, 3/2007, 37/08, 45/08, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13, 45/14, 53/14, 54/15).

⁶⁰ Čl. 21 Zakona o izvršnom postupku Republike Srbije.

⁶¹ Protiv izvršnosti u ovom slučaju M. Živković, *Izvršenje stranih odluka (stranih izvršnih isprava) u pravu Srbije*, *Evropski pravnik*, 1/2007, str. 105; Suprotno stajalište zastupaju M. Kozar, M. Vrhovšek, *Skraćeni izvršni postupak u trgovinskim stvarima i privremene mere u sporovima sa elementom inostranosti*, *Sudska praksa*, 9/2005, str. 69. i dalje, navedeno prema M. Živković, navedeno djelo, str. 106, Fn. 5.

Kratko rečeno: pravni poredak BiH bio bi “mnogo sretniji” bez analiziranih odredaba zakona koji reguliraju izvršni postupak. Ova odredba predstavlja nepotrebno, ali što je još gore, i neprecizno ponavljanje, te ograničenje u odnosu na ZMPP. Ipak, mogao bi se vidjeti smisao ove odredbe u zakonima koji reguliraju izvršni postupak utoliko što oni reguliraju mogućnost izvršenja na temelju različitih izvršnih naslova, pa tako i na temelju stranih izvršnih isprava. Na ovaj način bi bili obuhvaćeni svi izvršni naslovi. Utoliko bi ovoj odredbi mjesto bilo kod nabiranja izvršnih naslova i uvjeta njihove izvršnosti. Međutim, ipak bi bilo neophodno uskladiti odredbe zakona o izvršnim postupcima u BiH s odredbama ZMPP. Dobrodošla bi bila korekcija koja bi govorila o izvršenju stranih izvršnih naslova generalno, koji mogu biti izvršeni u BiH pod uvjetom da ispunjavaju pretpostavke propisane zakonom ili međunarodnim sporazumom. U protivnom navedena odredba može izazvati nepotrebne probleme u primjeni zakona.

I.2.4. Izvršenje stranih izvršnih naslova u skladu s bilateralnim međunarodnim sporazumima BiH i zemalja nastalih disolucijom bivše SFRJ

Od disolucije i osamostaljenja BiH je kao samostalna država zaključila sa zemljama nasljednicama bivše SFRJ čitav niz bilateralnih sporazuma o međunarodnoj pravnoj pomoći; u većini ovih bilateralnih sporazuma propisani su uvjeti za izvršenje (određenih) stranih izvršnih naslova u građanskim stvarima.⁶² Izuzetak čini sporazum zaključen sa Slovenijom, koji ovo pitanje uopće ne spominje, tako da je izvjesno da će se u pogledu izvršnih naslova izdatih u Sloveniji primjenjivati opći zakonski režim.

Generalna ocjena ovih sporazuma u segmentu priznanja i izvršenja naslova iz druge zemlje ugovornice u građanskim stvarima ne bi mogla biti pozitivna. Naime, navedeni sporazumi u pogledu priznanja i izvršenja stranih naslova u građanskim stvarima ne donose nikakvu liberalizaciju općeg režima koji je uspostavio ZMPP, što bi trebalo da bude smisao ovakvih sporazuma. Prvo, ovi sporazumi predviđaju u pravilu gotovo potpuno identične pretpostavke i isti postupak za priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka kao što

⁶² Pod građanskim stvarima izričito podrazumijevaju i odluke donesene u privrednim i porodičnim stvarima. Tako član 24 st. 1 tač. 1 Ugovora između Bosne i Hercegovine i Republike Makedonije o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima, član 2 st. 2 Ugovora između Bosne i Hercegovine i Republike Slovenije o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima, član 1 st. 2 Ugovora između Bosne i Hercegovine i Srbije o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima, član 2 st. 2 Sporazuma između Vlade Republike Hrvatske, Vlade Bosne i Hercegovine i Vlade Federacije Bosne i Hercegovine o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima, član 2 st. 2 Ugovora između BiH i Crne Gore o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima.

to čini sam ZMPP. Drugo, ovi su sporazumi koncentrirani u pravilu na strane sudske i eventualno arbitražne odluke (ovo posljednje će biti predmetom kritike). „Prva generacija“ ovih sporazuma je sadržavala restriktivnu listu stranih izvršnih naslova koji mogu biti priznati i izvršeni. Odredbe su primarno u vidu imale samo priznanje i izvršenje sudskih odluka. Ovo sužavanje stranih naslova koji mogu biti priznati i izvršeni bilo je predmetom kritike.“⁶³ Takav je slučaj bio sa sporazumima zaključenim s Republikom Hrvatskom 1996. godine, Makedonijom 2005. godine te prvobitnim Ugovorom između BiH, Srbije i Crne Gore iz 2005. godine.⁶⁴ Sporazum s Hrvatskom ravnopravno regulira priznanje i izvršenje sudskih odluka i sudskih poravnanja, dok druga dva sporazuma sa sudskom odlukom izričito izjednačavaju sudska poravnanja sklopljena pred sudom druge države ugovornice.⁶⁵ U ovim sporazumima nisu niti spomenute odluke državnih organa koje su izjednačene sa sudskim presudama, tako da je uočljiva razlika u odnosu na odredbu člana 86 ZMPP-a koji, kako je rečeno, iako primarno u vidu ima sudske odluke, s njima izjednačava sudska poravnanja, te odluke državnih organa koje su u zemlji donošenja izjednačene sa sudskim presudama.

Ostaje otvoreno pitanje da li to znači da za ostale izvršne naslove vrijedi opći režim propisan zakonom ili pošto se oni izjednačavaju sa sudskim odlukama, posredno ipak režim određen bilateralnim sporazumima? Na prvi pogled moglo bi se reći da to pitanje gubi na oštirci, budući da bilateralni sporazumi ponavljaju zakonom uspostavljen pravni režim. Ako bi u budućnosti bilo razmišljanja da se ti bilateralni sporazumi korigiraju tako da odista olakšavaju prekograničnu cirkulaciju izvršnih naslova, onda bi ovo pitanje dobilo na značaju. Međutim, ovo je pitanje dobilo na značaju i zbog jednog stava izraženog u sudskoj praksi. Upravo je u BiH nelogičan odnos odredaba ZMPP i bilateralnog sporazuma koji ne donosi nikakva olakšanja u pogledu uvjeta priznanja, pri čemu nabraja uži krug stranih izvršnih naslova, naveo u jednom slučaju Vrhovni sud Federacije BiH na jednu nelogičnu odluku s dalekosežnim posljedicama.

⁶³ M. Povlakić, *Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Mobiliarsicherheiten in Südosteuropa*, str. 274 i dalje.

⁶⁴ Član 20 Sporazuma između Bosne i Hercegovine i Republike Hrvatske o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima, član 26 stav 2 Ugovora između Bosne i Hercegovine i Srbije i Crne Gore o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima, član 24 st. 2 Ugovora između Bosne i Hercegovine i Republike Makedonije o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima.

⁶⁵ Član 20 Sporazuma između Bosne i Hercegovine i Republike Hrvatske o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima, član 26 stav 2 Ugovora između Bosne i Hercegovine i Srbije i Crne Gore o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima.

Sud je u drugom stepenu odlučivao povodom zahtjeva za priznanje i izvršenje na osnovu notarski obrađene isprave iz Hrvatske (odnosno po terminologiji hrvatskog zakona – javnobilježničkog akta). Kantonalni sud je odbio priznati stranu izvršnu notarsku ispravu argumentirajući da je zaključen bilateralni sporazum, te je isključena primjena općih pravila ZMPP-a. Vrhovni sud Federacije BiH potvrdio je prvostepeno rješenje kantonalnog suda o odbijanju zahtjeva na priznanje i izvršenje notarski obrađene isprave hrvatskog notara s obrazloženjem da između BiH i Hrvatske postoji bilateralni Ugovor o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima, da se taj sporazum primjenjuje na pravni saobraćaj između tih dviju zemalja, a ne ZMPP. Taj ugovor, međutim, regulira samo priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka, a ne izvršenje drugih naslova, pa prema tome ti drugi naslovi ne mogu biti priznati i izvršeni.⁶⁶ Iz vida je sud ispustio da je na sva pitanja koja nisu regulirana bilateralnim sporazumom moguće primijeniti ZMPP, dakle mogućnost da hrvatska notarska isprava može biti priznata i izvršena trebalo je procjenjivati po općem zakonskom režimu, budući da se bilateralni sporazum odnosi samo na sudske odluke zemalja potpisnica sporazuma. Posljedica navedene sudske odluke je da je u pravnom saobraćaju između BiH i Hrvatske više ograničenja nego da sporazum nije ni zaključen. Mišljenje suda da bilateralni sporazum isključuje primjenu ZMPP-a i na pitanja koja njime nisu regulirana, ima za konsekvencu da je moguće izvršavati samo strane sudske odluke u BiH, jer je tada bilateralni sporazum između ovih dviju zemalja samo to pitanje i regulisao. Ovo svjedoči o tome da je prilikom zaključivanja posebnih bilateralnih sporazuma njihov tvorac potpuno promašio cilj (ponavljanjem zakonskog režima, ali sužavanjem kruga primjene), što je i Vrhovni sud FBiH navelo na jedno nelogično tumačenje.

Nema sumnje da je sistemskim tumačenjem ovog bilateralnog sporazuma i ZMPP-a sud mogao donijeti i zaključak da se pod stranom sudskom odlukom smatra i sudsko poravnanje i svaka odluka drugih organa koja je u zemlji donošenja izjednačena sa sudskom odlukom. Umjesto toga, sud se držao samo pravila da bilateralni sporazum ima jaču pravnu snagu od zakona, pri tome ne upoređujući predmet njihovog regulisanja, te je očigledno sve odredbe ZMPP koje reguliraju priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka, poravnanja i drugih odluka, smatrao derogiranim u pravnom saobraćaju s Hrvatskom. Takav pristup je ispravan samo u odnosu na pitanja koja su reguli-

⁶⁶ Rješenje Vrhovnog suda FBiH, Gž-53/01 od 9.11.2001. U momentu donošenja takve odluke u BiH nije postojao notarijat, ali ako Vrhovni sud FBiH zauzima takvo pravno stajalište, prema svim drugim naslovima osim sudskih odluka, istu bi odluku mogao donijeti i danas kad je notarijat implementiran u BiH.

rana bilateralnim sporazumom (tako npr. priznanje i izvršenje strane sudske odluke). Međutim, dvije države ugovornice ne zaključuju jedan bilateralni sporazum da bi određeno pitanje regulirale restriktivnije nego to čine njihovi domaći propisi, u ovom slučaju propisi o priznanju i izvršenju stranih sudskih izvršnih naslova sadržanih u ZMPP-u. Iz rečenog slijedi koliko je nepromišljeno i opasno bilo apostrofirati samo jednu vrstu izvršnih naslova i koliko su tvorci navedenog bilateralnog sporazuma sudovima otežali posao.

Sporazum o pravnoj pomoći zaključen s Crnom Gorom novijeg je datuma i potpunije regulira ovo pitanje predviđevši uvjete za izvršenje sudskih odluka u građanskim stvarima, sudskih odluka u krivičnim stvarima u dijelu u kojem je odlučeno o imovinskopравnim zahtjevima. Sa sudskom odlukom u ovom je sporazumu, osim poravnanja zaključenog pred sudom, izričito izjednačena i odluka drugog tijela koja je, u državi u kojoj je donesena, izjednačena sa sudskom odlukom, odnosno sudskim poravnanjem, ako se njom reguliraju odnosi u statusnim, porodičnim i imovinskopравnim odnosima s međunarodnim elementom.⁶⁷ Prvobitni sporazum zaključen između Bosne i Hercegovine i Srbije i Crne Gore o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima je izmijenjen.⁶⁸ Nakon izmjena radi se o sporazumu koji veže samo BiH i Srbiju, budući da je nakon osamostaljenja Crne Gore s njom zaključen poseban bilateralni sporazum. Prilikom izmjene Sporazuma sa Srbijom mijenjana je i odredba člana 26, koja je regulirala priznanje i izvršenje sudskih odluka. Prvobitno se ona odnosila samo na strane sudske odluke i poravnanja zaključena pred sudom, a nakon izmjena uključuje i odluke drugog organa koje su u državi u kojoj su donesene izjednačene sa sudskom odlukom, odnosno sudskim poravnanjem, ako se njima reguliraju odnosi u statusnim, porodičnim i imovinskopравnim odnosima s međunarodnim elementom, čime je otklonjen navedeni razlog za kritiku.⁶⁹ Drugi razlog za kritiku, , nije otklonjen. Naime, ovi sporazumi u pravilu propisuju iste uvjete za priznanje i izvršenje kao i ZMPP i ne nude olakšanja ili odstupanja od općih pravila o priznanju i izvr-

⁶⁷ Član 26 st. 2 Ugovora između Bosne i Hercegovine i Crne Gore o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima.

⁶⁸ Ugovor između Bosne i Hercegovine i Republike Srbije o izmjenama i dopunama Ugovora zaključenog između Bosne i Hercegovine i Srbije i Crne Gore o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima, Službeni glasnik BiH. Međunarodni ugovori 8/2010.

⁶⁹ Određeni sporazumi reguliraju i priznanje i izvršenje arbitražnih odluka. Tako članovi 24–26 Ugovora između Bosne i Hercegovine i Republike Makedonije o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima, članovi 26–28 Ugovora između Bosne i Hercegovine i Srbije o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima, član 29 Ugovora između BiH i Crne Gore o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima.

šenju stranih izvršnih naslova, propisanih ZMPP-om.⁷⁰

Sporazumi zaključeni s Makedonijom i Crnom Gorom izričito, i potpuno identično, reguliraju i priznanje i izvršenje arbitražnih odluka i poravnanja donesenih u jednoj od zemalja potpisnica, upućujući pri tome na pravila koja važe za priznanje i izvršenje strane sudske odluke i poravnanja i predviđajući dodatne specifične uvjete za arbitražne odluke i poravnanja (postojanje pismenog sporazuma o arbitraži, punovažnost ugovora o arbitraži prema mjero-davnom pravu kao i prema pravu zemlje gdje se traži priznanje ili izvršenja, da su sastav arbitražnog suda ili arbitražni postupka u skladu s ugovorom o arbitraži, da arbitražni sud nije prekoračio granice svog ovlaštenja određene ugovorom o arbitraži, da nadležni organ države ugovornice u kojoj je odluka donesena nije arbitražnu odluku poništio ili obustavio). Navedeni uvjeti dijelom se razlikuju od onih propisanih ZMPP-om. Kao uvjet za priznanje i izvršenje se ne spominje uzajamnost, što je i logično, jer se radi o bilateralnim sporazumima i postojanje uzajamnosti je garantirano. Međutim, budući da su sve zemlje nasljednice bivše SFRJ po principu sukcesije pristupile Njujorškoj konvenciji o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka, ove su odredbe u bilateralnim sporazumima potpuno suvišne. Budući da bilateralni sporazum ima prednost nad multilateralnim sporazumom, on isključuju primjenu Vašingtonske konvencije, što je bio potpuno nepotreban i pogrešan zakonodavni potez.

⁷⁰ Osim toga, ZMPP sadržava određene posebne odredbe za priznanje sudskih odluka donesenih u bračnim i statusnim stvarima. Isključiva nadležnost suda bivše SFRJ (odnosno sada BiH) nije bila smetnja za priznanje sudske odluke u bračnim stvarima ukoliko nije bilo protivljenja stranaka (član 89 stav 2 ZMPP). Kako te odredbe u navedenim sporazumima više nema, i ovdje se postavlja pitanje da li se ZMPP može primijeniti na pitanja koja nisu izričito regulirana sporazumom, ili je sporazum derogirao sve zakonske odredbe o priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka, a samim tim i ovo nesumnjivo olakšanje? Ovo važi i za situaciju da je odluka u jednoj od država potpisnica donesena o statusu njenog državljanina; prema ZMPP, takva odluka nije bila predmetom preispitivanja po svim tačkama po kojima se preispituju druge sudske odluke. Za razliku od Sporazuma zaključenog s Makedonijom, Sporazum zaključen s Crnom Gorom sadrži posebnu odredbu za priznanje i izvršenje odluka u statusnim stvarima. Prema članu 28 ovog sporazuma, sudske odluke jedne države ugovornice donijete u bračnim sporovima i u sporovima radi utvrđivanja i osporavanja očinstva ili materinstva, odnosno odluke koje se odnose na lična stanja (status) sopstvenih državljana ili državljana druge države ugovornice, priznat će se i bez preispitivanja od strane suda uvjeta predviđenih u članu 27 ovog ugovora, pod uvjetom da nisu u suprotnosti s propisima koji se primjenjuju u ovim stvarima na teritoriji države u kojoj se traži priznanje.

II. Strane notarske isprave kao izvršni naslov

Sve zemlje bivše SFRJ uvele su institut notarijata⁷¹ kao i mogućnost neposrednog izvršenja na osnovu notarske isprave. Svi zakoni o notarima u regionu sadrže odredbu prema kojoj strane notarske isprave imaju, uz uvjet uzajamnosti, ista pravna dejstva, kao i notarske isprave izdate u skladu sa zakonima o notarima u BiH, a ne mogu imati pravno dejstvo koje nemaju po zakonu zemlje porijekla, odnosno po zakonu koji je bio mjerodavan za njihovo izdavanje.⁷² Zakoni tih zemalja koji reguliraju prinudno izvršenje uvrstili su u pravilu notarske isprave u sistem u izvršnih naslova.⁷³ Međutim, ipak odredba po kojoj notarske isprave imaju isto dejstvo kao i domaće ne znači da je moguće provesti direktno i neposredno izvršenje na osnovu strane notarske isprave samo na osnovu ove zakonske norme. Notarska isprava ne može biti privilegirani naslov i biti izuzeta iz općeg režima priznanja i izvršenja stranih isprava, što bi iz citirane odredbe zakona o notarima slijedilo. Da izvršenje strane notarske isprave može naići na znatne teškoće, pokazala je prethodno navedena odluka Vrhovnog suda Federacije BiH (I.2.4).

Prvo pitanje koje u vezi s izvršenjem strane notarske isprave može nastati jeste – koje strane notarske isprave mogu biti izvršne? Naime, nisu sve notarske isprave, kako domaće, a tako ni strane, neposredno izvršne. U skladu s pravilom da jedna notarska isprava ne može imati u BiH ona dejstva koja nema u zemlji sačinjavanja, one notarske isprave koje nemaju karakter izvršnog naslova u zemlji porijekla neće biti predmetom priznanja i izvršenja pred sudovima u BiH. U ovom pogledu mogu postojati značajne razlike između

⁷¹ Zakon o javnim bilježnicima Republike Hrvatske (Narodne novine 78/93, 29/04, 16/07, 75/09); Zakon o notarima Republike Slovenije (Uradni list 13/94, 48/94, 82/94, 73/04, 98/05, 115/06, 33/2007 – službeni prečišćeni tekst, 45/08); Zakon o notarima Republike Makedonije (Služben vesnik 55/07, 86/08, 139/09, 135/11); Zakon o notarima Crne Gore (Službeni list RCG 68/05, 49/08); Zakon o javnom beležništvu Republike Srbije (Službeni glasnik Republike Srbije 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/14, 93/14, 121/14, 77/15).

⁷² Član 109 ZNot FBiH; čl. 105 ZNot RS; čl. 83 ZNot BDBiH; čl. 11 Zakona o javnim bilježnicima Republike Hrvatske; čl. 8 Zakona o notarima Republike Makedonije; čl. 17 st. 1 tač. 2 Zakona o notarima Republike Slovenije; čl. 38 Zakona o notarima Crne Gore; čl. 8 Zakona o javnom beležništvu Republike Srbije.

⁷³ Član 23 stav 1 tač. 3 ZIP FBiH/ZIP RS; član 25 tač. 3 ZIP BD BiH; član 23 tač 4 Zakona o ovršnom postupku Republike Hrvatske; član 18 tač. 4 Zakona o izvršenju i osiguranju Crne Gore; član 17 st 2 tač. 2 Zakona o izvršbi in zavarovanju Slovenije. U Republici Srbiji je to uređeno posredno tako što zakon nabroja izvršne naslove *exempli causa* i omogućava izvršenja na osnovu onog naslova koji svojstvo izvršnog naslova ima prema pravilima posebnog zakona (član 13 tač. 7 Zakona o izvršenju i obezbjeđenju Republike Srbije).

pojedinih zemalja, te ako notarska isprava u zemlji u kojoj je sačinjena nema svojstvo izvršne isprave ne može ga imati ni u BiH.⁷⁴ U pravilu, zemlje koje poznaju latinski tip notarijata poznaju mogućnost izvršenja na osnovu notarski obrađene isprave, ali ne i zemlje koje pripadaju angloameričkom pravnom krugu.⁷⁵

U vezi s izvršenjem na osnovu stranih notarskih isprava, veći problem u BiH može predstavljati obrnuta situacija, u kojoj se radi o tome da su određene notarske isprave u zemlji porijekla izvršne isprave, a u BiH nisu (npr. privatne isprave na kojima je samo ovjeren potpis) ili kao takve uopće ne postoje u BiH (npr. solemnizirane isprave). U BiH je nesporno da su izvršne samo notarski obrađene isprave. Iako sami zakonski propisi nisu bili potpuno precizni, u doktrini⁷⁶, i što je važnije, u praksi, nije bilo dilema oko ovog pitanja. U nekim zemljama regiona, ali i izvan njega, izvršni naslov, međutim, mogu biti i solemnizirane, ali i privatne isprave na kojima je notar ovjerio potpis. Ovdje bi se postavio problem suprotan od prethodno spomenutog – naime, ove isprave bi imale dejstvo izvršnosti u zemlji izdanja, ali u samoj BiH nisu izvršne isprave. Postavlja se pitanje može li se odbiti izvršenje notarskih isprava koje u zemlji izdanja imaju svojstvo izvršnih naslova, ali ne i u BiH? Nije sporno da je u BiH iz razloga pravne sigurnosti i zaštite dužnika (koji je često i slabija strana u ugovornom odnosu) mogućnost izvršenja vezana samo za notarski obrađenu ispravu koja nudi garancije sudskog postupka, te bi se izvršenje na temelju solemniziranih isprava ili privatnih, a javno ovjerenih isprava, moglo odbiti s pozivom na javni poredak. Još jedan razlog govori protiv dozvoljavanja izvršenja na osnovu navedenih notarskih isprava i on je sadržan u zakonima o notarima u BiH; jedna notarska isprava izdata u inostranstvu ima, uz uvjet uzajamnosti, isto pravno dejstvo kao notarska isprava izdata u skladu sa zakonima o notarima.⁷⁷ Upravo tu zakoni o notarima u BiH ne poznaju solemniziranu ispravu niti izvršnost privatne isprave na kojoj su samo potpisi ovjereni.

Međutim, sve strane notarske isprave će biti konfrontirane s jednim prethodnim problemom. U pravu BiH kao ni u pravu drugih zemalja nasljednica bivše SFRJ u pravilu nema odredaba koje bi detaljnije regulirale specifične uvjete za izvršenje na osnovu stranih notarskih isprava. Izuzetak su Slovenija, Crna Gora i Brčko Distrikt BiH. U pravu Slovenije zakon propi-

⁷⁴ Čl. 109 st. 2 ZNot FBiH; čl. 105 st. 2 ZNot RS; čl. 83 st. 2 ZNot BDBiH.

⁷⁵ N. Zimmermann u *Beck'sches Notarhandbuch* (München 2000), str. 1402, Nr. 252.

⁷⁶ Vidjeti detaljnije kod M. Povlakić, Izvršenje na osnovu notarske isprave, u: *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 5 (Mostar 2007), str. 332.

⁷⁷ Čl. 109 st. 1 ZNot FBiH; čl. 105 st. 1. ZNot RS; čl. 83 st. 1 ZNot BDBiH.

suje uvjete za neposrednu izvršnost stranih notarskih isprava. Strana izvršna isprava je u Sloveniji neposredno izvršna ako postoji reciprocitet, ako nije suprotna sa slovenačkim javnim poretkom i ako sadrži sve elemente koji su potrebni za izvršnost jedne notarske isprave. A u slovenačkom pravu su ti elementi: obaveza na davanje, činjenje, propuštanje ili trpljenje o kojoj se stranke mogu poravnati, pristanak dužnika na neposredno izvršenje u toj ili posebnoj notarskoj ispravi, te dospelost obaveze.⁷⁸ Ovakva rješenja su zaokružena odredbom Zakona o izvršenju i osiguranju prema kojoj se na izvršnu notarsku ispravu shodno primjenjuju odredbe za izvršnost poravnanja.⁷⁹ Pitanje pravosnažnosti notarske isprave time se ne postavlja i ne može biti prepreka njenom priznanju. Ipak se u doktrini smatra da to ne znači da je strana notarska isprava automatski izvršna u Sloveniji, već da određeni postupak priznanja mora prethoditi izvršenju i na temelju strane notarske isprave.⁸⁰ Navedena rješenja bi trebalo da budu uzor i za druge zemlje regiona, gdje bi, zbog njihovih manjkavosti, izvršenje na temelju strane notarske isprave moglo biti problematično.⁸¹

U Brčko Distriktu BiH predviđeno je da se odredbe za izvršnost poravnanja shodno primjenjuju na notarske isprave. Time bi one bile priznavane i izvršavane kao i strana sudska poravnanja.⁸² Zakon o izvršnom postupku Crne Gore, uređujući notarsku ispravu kao izvršni naslov, istovremeno sadrži odredbu o uvjetima izvršenja strane notarske isprave; one su izvršne ako sadrže sve elemente neophodne za izvršenje u skladu sa zakonom i smatraju se izvršnom ispravom u zemlji porijekla.⁸³ Crnogorski zakonodavac ovdje potpuno izjednačava stranu notarsku ispravu sa domaćom ako je izvršna u zemlji porijekla; čini se da se ne traži nikakav postupak priznanja, što bi predstavljalo veliko odstupanje u odnosu na sve druge izvršne naslove.

U BiH ni ZMPP niti bilateralni sporazumi o pravnoj pomoći, a ni zakoni koji reguliraju izvršni postupak, ne predviđaju *explicite* stranu notarsku ispravu kao naslov koji može biti priznat i izvršen u BiH. Sistemskim i ciljnim tumačenjem propisa može se doći do zaključka da je u BiH moguće izvršenje na osnovu strane notarske isprave, koju je moguće tretirati kao odluku

⁷⁸ Član 7 stav 2 u vezi s članom 4 Zakona o notarijatu Republike Slovenije.

⁷⁹ Čl. 17 st. 3 Zakona o izvršbi in zavarovanju Republike Slovenije.

⁸⁰ Tako V. Rijavec, *Das internationale Vollstreckungsrecht am Beispiel Sloweniens*, str. 84.

⁸¹ Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku Federacije BiH iz februara 2012. godine ima identično rješenje (član 8 dopunjava član 25, tako što mu dodaje stav 5 koji glasi: „Na izvršnost notarske isprave na odgovarajući način se primjenjuju odredbe ovog zakona koje važe za izvršnost poravnanja.“

⁸² Član 30 ZIP BD BiH.

⁸³ Član 18 tač. 4 Zakona o izvršenju i obezbjeđenju Crne Gore.

nekog drugog organa (osim sudskog) koja se u zemlji porijekla izjednačava sa sudskom odlukom ili poravnanjem zaključenim pred sudom. Upravo kada je u pitanju mogućnost izvršenja, notarska isprava je pod određenim uvjetima izjednačena sa sudskom odlukom odnosno poravnanjem, čime bi navedeni uvjet bio ispunjen. Odredba člana 86 ZMPP predviđa da se stranom sudskom odlukom smatra i odluka drugog organa koja je u državi u kojoj je donesena izjednačena sa sudskom odlukom, odnosno sudskom nagodbom ako se nje me reguliraju statusni, porodični, imovinski i drugi materijalnopравни odnosi s međunarodnim elementom. Notarski obrađena isprava može se odnositi na navedene odnose, i ona je u BiH izjednačena sa sudskom odlukom, odnosno taj kvalitet ima i u drugim zemljama gdje može biti izvršni naslov. U svim zemljama nasljednicama bivše SFRJ koje poznaju notarijat, notarske isprave su po svojim efektima izjednačene sa sudskim odlukama, prije svega su one izričito određene kao izvršne isprave.⁸⁴ Ovo bi bili argumenti u prilog primjene ove odredbe ZMPP i na notarske isprave, ali se može postaviti pitanje može li se takva isprava izjednačiti s **odlukom** (istakao autor) državnog organa. Notar vrši javnu službu, ali ne nastupa kao vlast koja odlučuje o nekom odnosu ili pravu, već odnose regulira u skladu s voljom stranaka. Osim toga, notarska služba je privatna profesionalna služba s javnim ovlaštenjima, tako da notar nije *stricto sensu* državni organ. Izvršenje na osnovu strane notarske izvršne isprave zavisi od tumačenja prema kojem se notarska isprava tretira kao odluka drugog organa koja je u državi u kojoj je donesena izjednačena sa sudskom odlukom. Bolje bi rješenje bilo da se slijedi primjer Slovenije, što je učinjeno u Brčko Distriktu BiH i predloženim izmjenama Zakona o izvršnom postupku FBiH i izričito zakonom odredi da su u pogledu izvršnosti notarske isprave identične sudskim poravnanjima. Onda bi se strane notarske isprave priznavale po propisima za izvršavanje sudskih poravnanja.

Prema ustaljenom shvatanju u doktrini međunarodnog privatnog prava za priznanje strane odluke u građanskim i privrednim stvarima važno je da ona može steći svojstvo pravosnažnosti i izvršnosti, a da nije bitan sam postupak u kojem je donesena (krivični, parnični, vanparnični), da nije bitan sam naziv odluke (presuda, zaključak, naredba, rješenje), da nije bitan organ koji ju je donio (sud, tribunal, magistrat u sl.); bitna je samo kvalifikacija odre-

⁸⁴ O izvršnosti notarskih isprava vidjeti kod V. Rijavec, Der Europäische Vollstreckungstitel – am Beispiel Sloweniens, *ZZPint* 12/2007, str. 182; Rijavec, Problematika ovršnog notarskog akta na primjeru Slovenije u: *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 5 (Mostar 2007) str. 157 i dalje; M. Povlakić, *Izvršenje na osnovu notarske isprave*, str. 329 i dalje.

đene odluke kao sudske, odnosno kao ekvivalenta sudske odluke.⁸⁵ Notarske isprave nesumnjivo imaju svojstvo izvršnosti, ali ne mogu steći svojstvo pravosnažnosti, zbog čega ima shvatanja u doktrini koja se protive mogućnosti izvršenja na temelju notarske izvršne isprave.⁸⁶ U doktrini (ali i u praksi regiona) postoje i drugačija shvatanja. Tako se npr. navodi primjer odluke Vrhovnog suda Hrvatske⁸⁷ koji je zauzeo stajalište da se može dopustiti izvršenje na temelju njemačke javnobilježničke isprave u kojoj se dužnik za isplatu određene svote novca podvrgao prinudnom izvršenju. Sud je smatrao da je, prema propisima njemačkog prava, notarska isprava izvršni naslov i time izjednačena sa sudskom odlukom. Veoma je važno istaći činjenicu da je ovu odluku sud donio još prije uvođenja javnobilježničke službe u Hrvatskoj, te da tim prije ovakvo stajalište treba da slijede države regiona u kojima postoji notarska služba.

Odredba zakona o notarima prema kojoj je potrebna samo uzajamnost da bi notarska isprava u BiH imala ista dejstva kao u državi izdavanja nije dovoljna, iako bi citirana zakonska odredba mogla u potpunosti riješiti problem izvršenja na temelju stranih notarskih isprava. U svakom slučaju, ona govori o opredjeljenju zakonodavca o širokom prihvatanju stranih notarskih isprava. Citirane odredbe zakona o notarima su *lex posterior* (istina, u Federaciji i Brčko Distriktu BiH samo u odnosu na ZMPP, ali ne i u odnosu na ZIP) i *lex specialis*, što bi bilo dovoljno za tumačenje prema kojem se ne primjenjuju odredbe ZMPP-a i ZIP-a. Međutim, nije sigurno da će sudovi upravo u pogledu izvršenja na osnovu stranih notarskih isprava ispoljiti posebnu fleksibilnost i tretirati strane notarske isprave kao neposredno izvršne. Ne vidi se razlog zašto bi baš strane notarske isprave bile izuzete od općeg režima koji važi za strane isprave i strane izvršne naslove.

Da bi se izbjegla svaka dilema, nužno bi bilo propisima koji reguliraju međunarodno pravo (ZMPP, međunarodni sporazumi) uvrstiti notarske isprave izričito u sistem naslova koji se mogu priznati i izvršiti, u zakonima o izvršnom postupku ukinuti restrikciju koja predviđa izvršenje samo priznatih

⁸⁵ Umjesto mnogih M. Stanivuković, M. Živković, *Međunarodno privatno pravo*, str. 438, Nr. 9.6. Tako je u jednom slučaju ispravno postupio Kantonalni sud u Bihaću priznavši odluku o razvodu braka koju je donio guverner jedne pokrajine u Norveškoj u čijoj je nadležnosti donošenje takvih odluka, za razliku od BiH, gdje je takva odluka u nadležnosti suda (Rješenje Kantonalnog suda u Bihaću, R1-176/04 od 3.12.2004. Rješenje je potvrđeno rješenjem Vrhovnog suda FBiH Gž-3/05 od 10.3.2005. Takođe i rješenje Kantonalnog suda u Zenici od 25.3.2009. kojim je kao odluka o razvodu braka priznato uvjerenje odjela za matične poslove gradske uprave za pravosuđe (Ukrajina), gdje se jedino na takav način odlučuje o razvodu braka, kada bračni drugovi nemaju djece.

⁸⁶ Tako V. Rijavec, *Das internationale Vollstreckungsrecht am Beispiel Sloweniens*, str. 84.

⁸⁷ Gž. 25/89 od 30. januara 1990, navedeno prema M. Stanivuković, M. Živković, *Međunarodno privatno pravo*, str. 438–439, nr. 9.6, fusnota 8.

sudskih odluka, propisati uvjete za izvršnost domaće, a onda i strane notarske isprave. To je moguće učiniti tako što će se ove isprave izjednačiti sa sudskim poravnanjima.

III. Evropska perspektiva (umjesto zaključka)

Olakšani uvjeti za priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka predstavljaju značajan element prostora slobode, sigurnosti i pravde. U EU je ovaj problem prepoznat veoma rano i zakonodavna aktivnost je upravo na ovom planu bila vrlo intenzivna. Nakon stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora, položeni su temelji za stvaranje evropskog pravosudnog prostora. Izostavljajući ovdje genezu određenih akata u oblasti priznanja i izvršenja⁸⁸ ovdje se navode neki najvažniji akti (u pravilu uredbe) doneseni na nivou EU, a koji reguliraju materiju priznanja i izvršenja stranih naslova. To su prije svega Uredba (EU) br. 1215/2012 Evropskog parlamenta i Savjeta od 12. decembra 2012. godine o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima⁸⁹ koja je izmijenila Uredbu Savjeta br. 44/2001 od 22. decembra 2000. o nadležnosti i izvršenju presuda u građanskim i trgovačkim predmetima⁹⁰. Ono što je u oblasti priznanja i izvršenja u građanskim i trgovačkim stvarima Uredba Brisel I, to je u bračnim i porodičnim stvarima Uredba Brisel II (Uredba (EC) br. 2201/2003 od 27. novembra 2003) koja se odnosi na nadležnost i priznanje i izvršenje presuda u bračnim stvarima i predmetima roditeljske odgovornosti⁹¹ kojom je opozvana Uredba (EC) br. 1347/2000 od 30. juna 2000.⁹² Za izvršenje je od značaja i Uredba (EC) br. 805/2004 od 21.4.2004. o evropskom izvršnom naslovu za nesporna potraživanja.⁹³

Zemlje nastale disolucijom SFRJ jednom su dijelile jedinstveno (jugoslovensko) tržište. Nakon raspada SFRJ su pravni subjekti koji traže izvrše-

⁸⁸ Detaljnije vidjeti kod V. Šaula, *Savremene tendencije u oblasti priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka sa osvrtom na teoriju i praksu u Republici Srpskoj*, str. 99; Dž. Radončić, Ž. Meškić, Uredba (EU) br. 1215/2012 Evropskog parlamenta i Savjeta od 12. decembra 2012. godine o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima, *NPR*, 1/2013, str. 46; J. Alihodžić, *Razvoj evropskog međunarodnog privatnog prava: pravci reforme zakonodavstva u Bosni i Hercegovini* (Tuzla 2012), str. 84.

⁸⁹ OJ 2012, L 351/1.

⁹⁰ OJ 2001 L 12/1.

⁹¹ OJ 2003 L 338/1.

⁹² OJ 2000 L 160/19.

⁹³ OJ 2004 L 143/15.

nje u nekoj drugoj, novonastaloj državi sada u mnogo težem položaju. Evropsko pravo može služiti kao uzor kako bi se ta situacija olakšala. Pravna priroda uredba je, međutim, takva da se one direktno, za razliku od direktiva, primjenjuju u pravnom poretku zemlje članice. Stoga je upitno kako zemlje koje teže da postanu članice EU u okviru postupku stabilizacije i pridruživanja mogu svoje pravne sisteme pripremiti i prilagoditi rješenjima predviđenim uredbama do dana pristupanja Evropskoj uniji? Republika Hrvatska je tako npr. donijela određene zakonske odredbe i odgodila njihovu primjenu do punopravnog prijema u EU.⁹⁴ Takođe i Republika Srbija.⁹⁵ Obaveza na “preuzimanje” određene uredbе ne može postojati, ali one sigurno mogu biti putokaz u kom pravcu se treba razvijati zakonodavstvo jedne zemlje koja pretendira na članstvo u EU. S druge strane, usklađivanje sa direktivama, pri čemu uredbе nemaju nikakvog utjecaja na pravo buduće članice, vodi paradoksalnoj posljedici da “jača” zakonodavna mjera Evropske unije, uredba, u procesu stabilizacije i pridruživanja razvija “slabije” dejstvo od blažih zakonodavnih mjera (direktive).⁹⁶ O ovom se pitanju diskutira u regionu. Prema jednom mišljenju, određeni pravni poredak treba tako urediti da u momentu pristupanja u EU nacionalno pravo ne bude prepreka za primjenu uredbi.⁹⁷ Pred ovim zadatkom stoje one zemlje regiona koje teže članstvu u EU.

Prethodna izlaganja su pokazala da ni relevantni nacionalni zakoni a ni postojeći bilateralni sporazumi nisu u stanju optimalno riješiti pitanje priznanja i izvršenja stranih notarskih izvršnih isprava. Zemlje regiona (zemlje CEFTA) ispoljile su interes za rješenje pitanja priznanja i izvršenja stranih naslova zaključenjem multilateralne konvencije. Planirana konvencija imala bi za cilj pojednostavljenje priznanja i izvršenja u građanskim i trgovačkim

⁹⁴ Hrvatska je, primjera radi, neke odredbe svojih zakona (npr. Ovršni zakon u pogledu odredaba o evropskom izvršnom naslovu) formulisala tako da stupaju na snagu danom prijema u punopravno članstvo EU – član 371 Ovršnog zakona Republike Hrvatske (Narodne novine 112/12).

⁹⁵ Član 361 Zakona o izvršenju i obezbjeđenju Republike Srbije.

⁹⁶ Tako Th. Meyer, Uvođenje zajedničkog evropskog prava prodaje i prigovor zbog povrede principa supsidijarnosti, *NPR* 1/2013, str. 19.

⁹⁷ O tome više T. Deskoski, V. Dokovski, “Latest Developments of Macedonian Private International Law”, Collection of Papers from IXth Private International Law Conference-Recent Trends in European Private International Law, Skoplje 2011, p. 2; Z. Meškić, “Integracija Evropskog kolizionog prava u nacionalne kodifikacije Međunarodnog privatnog prava u regionu – nalozi primarnog prava EU”, Collection of Papers from IXth Private International Law Conference-Recent Trends in European Private International Law, Skoplje 2011, p. 112, 121; Z. Meškić, Dž. Radončić, *Brussels I Recast and South-East Europe*, str. 56.

stvarima (tzv. Sarajevska konvencija)⁹⁸ po ugledu na Lugano konvenciju.^{99, 100} Ova je konvencija preuzela tekst tada važeće Briselske konvencije (koja će kasnije prerasti u Uredbu Brisel I). Njome su regulirana pitanja obuhvaćena Uredbom Brisel I za države koje nisu članice Evropske unije (Švicarska, Norveška, Island) kao i na Dansku.¹⁰¹

Meliha Powlakić, PhD

Professor

Faculty of Law, University in Sarajevo

IMPLEMENTATION OF FOREIGN TITLES OF EXECUTION ESPECIALLY WITH REFERENCE TO FOREIGN NOTARY DOCUMENTS

Summary

Countries created by dissolution of SFRY are still strongly interconnected, which results in intensive international legal traffic between them. In order to facilitate subjects seeking recognition and execution of titles in one of the countries while subject originates from another country, former Yugoslav republic, mutual recognition and implementation of all foreign titles should be liberalised as much as possible with respect to the general legal regime. This paper briefly examines this regime, mostly in relation to provisions of the Law on Execution, for which it was analytically established to be more restrictive comparing to the law regulating international private law. All of the former Yugoslav countries have concluded bilateral agreements on international

⁹⁸ Z. Meškić, Dž. Radončić, *Brussels I Recast and South-East Europe*, str. 56.

⁹⁹ U tom smislu zaključci Konferencije održane od 18. do 19.6.2011. godine u Sarajevu u organizaciji GIZ-a u okviru Balkan Enforcement Reform Project.

¹⁰⁰ Slični su bili zaključci i Sedme konferencije za međunarodno privatno pravo održane u Novom Sadu 2009. godine. Vidjeti kod Dž. Radončić, Z. Meškić, *Uredba (EU) br. 1215/2012 Evropskog parlamenta i Savjeta od 12. decembra 2012. godine o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima*, str. 46.

¹⁰¹ Detaljnije, Dž. Radončić, Z. Meškić, *Uredba (EU) br. 1215/2012 Evropskog parlamenta i Savjeta od 12. decembra 2012. godine o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima*, str. 46.

legal cooperation between each other. Agreements concluded by Bosnia and Herzegovina were criticised since they are reducing the list of foreign titles which are eligible for recognition and implementation, while at the same time they are not offering any liberalisation with regard to the legal regime. Special attention is given to execution of foreign notary documents. Recommendations were given for BiH to follow some of the more successful solutions from the region (e.g. Slovenian solution for implementation of notary documents, and partly Serbian solution with regard to implementation of foreign titles of execution).

Keywords: *recognition and implementation of foreign judicial decisions, foreign title of execution, foreign notary document, notary document of execution, implementation of foreign notary document*

ДИРЕКТНА ТУЖБА КОД ОСИГУРАЊА ОД ОДГОВОРНОСТИ

Проф. др Владимир Чоловић*
Доц. др Ана Опачић**

***Апстракт:** Код осигурања од одговорности, оштећено лице има право да директно од осигураваача захтева накнаду штете. Оштећено лице код ове врсте осигурања називамо и треће лице, јер није учесник уговорног односа. Право на директну тужбу произлази из права на директни захтев за накнаду штете. Закон о облигационим односима дефинише ово право трећег лица, као сопствено право. Нацрт Грађанског законика Србије детаљније регулише ово право, тако што дефинише да су и осигураваач и осигураник, као одговорно лице, солидарни дужници према трећем лицу. Осигурање од одговорности има своју заштитну и социјалну функцију. Доказ за то је и могућност подношења директне тужбе. Директна тужба има свој основ у закљученом уговору о осигурању од одговорности, али се може реализовати тек кад настане осигурани случај. Веома је важно дефинисати и ко може бити треће лице. Аутор у раду посвећује пажњу заштити трећег лица код различитих врста осигурања од одговорности, као што је осигурање од аутоодговорности, затим осигурање појединих професионалних делатности као што су стечајни управник и лекари, као и осигурање од одговорности у транспорту.*

***Кључне речи:** осигурање од одговорности, директна тужба, треће лице, осигураваач, осигураник, осигурани случај.*

* Факултет правних наука, Паневропски универзитет „Апеирон“, Бања Лука

** Висока школа за пословну економију и предузетништво, Београд

1. Увод

Код осигурања од одговорности, оштећено лице има посебан статус. То лице није учествовало у закључењу уговора о осигурању, али има право да се обрати непосредно осигуравачу за накнаду штете. Не само то, оштећено лице има право и да поднесе директну тужбу против осигуравача, ако овај не исплати штету уопште или у целости. Оштећено лице код осигурања од одговорности називамо и треће лице.

Одредба која регулише подношење директне тужбе дефинише то право као право које произлази из саме врсте осигурања, али и као сопствено право оштећеног лица. Закон о облигационим односима (даље: ЗОО)¹ дефинише да оштећено лице, код осигурања од одговорности, може непосредно поднети осигуравајућем друштву захтев за накнаду штете коју му је причинио осигураник, али до суме осигурања која је одређена уговором, односно, највише до износа осигуравачеве обавезе. Оштећено лице има сопствено право на накнаду из осигурања, тако да свака каснија промена која се тиче права осигураника према осигуравачу није од утицаја на право оштећеног лица. Оштећено лице то право има од дана кад се догодио осигурани случај². У Нацрту Грађанског законика Републике Србије (даље: Нацрт)³ додат је и трећи став који одређује да су осигуравач и осигураник солидарни дужници према оштећеном лицу⁴.

Наведене одредбе ЗОО и Нацрта односе се на право подношења директне тужбе код осигурања од одговорности, уопште. Значи, без обзира на предмет осигурања код осигурања од одговорности, оштећено лице има право да се директно обрати осигуравачу за накнаду штете. Поменули смо директни захтев и директну тужбу, које морамо разликовати. Наиме, ако осигуравач не исплати штету по директном захтеву оштећеног лица, тада ће оштећено лице имати право да поднесе директну тужбу. Он то може учинити само против осигуравача, али и против осигуравача и осигураника заједно. Ово решење се ослања и на тумачење правне природе захтева који се остварује директном тужбом. Она не проистиче из уговора о осигурању, већ има извор у проузрокованој штети, одно-

¹ Закон о облигационим односима – Сл. лист СФРЈ бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, Сл. лист СРЈ бр. 31/93, Сл. лист СЦГ бр. 1/2003 – Уставна повеља

² Члан 941 ЗОО.

³ Радна верзија Нацрта Грађанског законика Србије;
<http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php> 1.7.2015.

⁴ Члан 1462 Нацрта.

сно, проистиче из деликтне одговорности⁵. Међутим, о директној тужби и праву трећег лица не бисмо могли да говоримо без закљученог уговора, иако, у појединим случајевима, треће лице може надокнадити штету и без постојања наведеног уговора.

Наиме, основ постојања осигурања од одговорности је, управо, у могућности да оштећено лице поднесе непосредан захтев (*actio directa*) за штету, укључујући и процесно овлашћење за подношење директне тужбе, односно, могућност да покрене парницу против осигуравача. Тиме се остварује јавни интерес за сигурну законску заштиту трећег лица, а тиме се испуњава и сврха овог осигурања⁶. Трећа, оштећена, лица стоје, као што смо рекли, ван конкретног облигационоправног односа⁷, али су она ипак, заштићена, тако да можемо рећи да је правилно регулисање и спровођење уговора о осигурању од одговорности од важности за спровођење система осигурања у једној држави.

* *

Питања на која ћемо одговорити у овом раду односе се на правну природу како осигурања од одговорности, тако и директног захтева, односно, директне тужбе оштећеног лица према осигуравачу, затим на статус оштећеног, односно, трећег лица у односу на уговор о осигурању од одговорности, затим на могућност трећег лица да поднесе директну тужбу истовремено и против осигуравача и против осигураника, као и на друга питања која се тичу застарелости подношења директне тужбе, меродавног права, ако је присутан елемент иностраности у овој области, када ћемо представити поједине одредбе права ЕУ у овој области, а што је од значаја за само схватање правне природе директне тужбе.

⁵ П. Шулејић, „Застарелост потраживања из правних односа осигурања као предмет законског регулисања“, *Ревизија за право осигурања* бр. 2/2009, Београд 2009, 18.

⁶ Л. Беланић, „Треће особе у осигурању од аутомобилске одговорности“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, в. 28, бр. 1, 2007, 3.

⁷ Л. Беланић, 4.

2. О правној природи уговора о осигурања од одговорности

Што се тиче уговора о осигурању од одговорности, он има своје специфичности, иако спада у имовинска осигурања⁸. Код одређивања правне природе уговора о осигурању од одговорности издвајамо два става. Први став односи се на то да се овај уговор мора посматрати као уговор у корист трећег лица⁹. Овде би се осигураник нашао у улози сти-пулата, који са осигуравачем – промитентом, уговара неко право у корист трећег лица, који је бенефицијар, а коме ће осигураник, евентуално, нанети штету. Право које оштећени добија овим уговором јесте право на накнаду штете за коју постоји одговорност осигураника. Други став заузимају они који се не слажу да је уговор о осигурању од одговорности – уговор у корист трећег лица. По том ставу, уговором о осигурању од одговорности осигурава се грађанска одговорност осигураника. Затим, код закључења овог уговора, странке, приликом закључења, не изражавају вољу да закључују уговор у корист трећег лица. Следеће, право из уговора о осигурању одговорности користи треће лице само ако претрпи штету. Код овог уговора, кад наступи осигурани случај, треће лице добија накнаду, а не корист. Мора се закључити да уговор о осигурању од одговорности има основ у уговору у осигурању уопште, а не у уговору у корист трећег лица¹⁰. Осигурање од одговорности има и своју социјалну функцију¹¹, која је различита у зависности од тога о којој врсти осигурања од одговорности се ради.

У вези са заштитом трећих лица и природом ове врсте осигурања, морамо разликовати осигурање од одговорности од осигурања ствари. И једно и друго осигурање спада у осигурање имовине. Међутим, код осигурања од одговорности не покрива се штета која може настати на одређеној ствари осигураника, него штета која може настати у имовини осигураника, тако да је предмет осигурања од одговорности целокупна имовина осигураника, као апстрактан појам. Ако наведено имамо у виду, онда се не може унапред ни утврдити сума осигурања, односно, осигурана вредност, ако није у питању осигурање од одговорности у вези са одређеним предметом¹². Сума осигурања је граница обавезе осигурава-

⁸ Д. Стојановић, О. Антић, *Увод у грађанско право*, Београд 2004, 281.

⁹ Н. Николић, *Уговор о осигурању*, Београд 1957, 186.

¹⁰ З. Петровић, В. Чоловић, Н. Мрвић-Петровић, *Обавезна осигурања у саобраћају и накнада штете*, Београд 2010, 23.

¹¹ Н. А. Sajjad, *Automobile Insurance, a Long-Range View*, Indiana University 1972, 168.

¹² П. Шулејић П., *Право осигурања*, Београд 2005, 385.

ча, али она не може да служи као претпоставка или доказ висине проузроковане штете. Исто тако, ако није у питању осигурање од одговорности у вези са одређеним предметом, онда се не поставља питање односа суме осигурања и осигуране вредности. Овде се, значи, не примењују правила о надосигурању и подосигурању, као ни правила о двоструком осигурању, јер се не може рећи да је осигураник осигуран на већу суму у односу на вредност предмета осигурања¹³.

Код осигурања од одговорности појављује се и јако изражен интерес осигуравача у поступку утврђивања одговорности и штете, кад настане осигурани случај. То је, нарочито, присутно у случају спора, када су тужбом обухваћени осигураник и осигуравач заједно, па и у случају када треће лице поднесе посебне тужбе против осигуравача и осигураника, као штетника. Што се тиче права трећег лица на накнаду штете, он добија заложно право на потраживању осигураника према осигуравачу, као и привилегован положај у односу на остале повериоце осигуравача.

3. Основ подношења директног захтева – директне тужбе

Право на директни захтев и директну тужбу представља погодност за оштећено лице, с обзиром на то да он може потраживати износ за насталу штету од више лица, односно, најмање два¹⁴. Постоје одређене специфичности код директне тужбе, а нарочито након доношења одлуке по тој тужби, односно у другостепеном поступку. Наиме, ако се у другостепеном поступку након доношења одлуке, по директној тужби, која је поднета и против осигуравача и против осигураника, прихвати жалба осигуравача (када се осигуравач ослобађа одговорности), таква околност не мора имати утицаја на одговорност осигураника – штетника. Са друге стране, ако се прихвати жалба осигураника – штетника, обавезно ће се и осигуравач ослободити одговорности¹⁵. Практично, можемо да закључимо да ће обавеза осигуравача постојати када се утврди грађанска одговорност осигураника. Ако осигураник није одговоран, односно, ако постоји основ за искључење из осигурања, онда ни осигуравач неће бити обавезан према трећем лицу.

¹³ П. Шулејић, 386.

¹⁴ В. Чоловић, *Међународно осигурање аутоодговорности (систем зелене карте)*, Београд 2007, 22.

¹⁵ В. Чоловић, 22–23.

Што се тиче правне природе директне тужбе, према једном схватању, директна тужба извире из уговора о осигурању. Ово схватање не би се могло прихватити, с обзиром на то да осигуравач није уговорно везан са оштећеним (уколико није у питању уговор у корист трећег лица), а оштећени би имао право на накнаду штете која му је проузрокована употребом моторног возила и у случају кад уговор није закључен¹⁶. Према другом схватању, извор директне тужбе је у закону. Али, у крајњој линији, сви правни односи заснивају се на закону, па се ово схватање не прихвата¹⁷. По трећем схватању, претрпљена штета представља извор директне тужбе. Дакле, основ тужбе лежи у праву на накнаду штете за коју је одговоран осигураник¹⁸.

Директна тужба је независна од тужбе према осигуранику, а у спору који је покренут директном тужбом утврђује се одговорност за накнаду штете, висина накнаде и обавеза осигуравача¹⁹. Уколико би треће лице једном тужбом тужило и осигураника и осигуравача, не би се радило о јединственом, већ о обичном супарничарству. Осигураник и осигуравач су самосталне странке, а пропуштање радње у погледу једне од њих не могу ни користити ни штетити другој страни. Самосталност странака огледа се у томе што осигуравач може оспоравати да је наступио осигурани случај и кад осигураник признаје да је одговоран за проузроковану штету трећем лицу²⁰.

Код осигурања аутоодговорности утврђује се забрана приговора оштећеном лицу, када оно поднесе захтев за накнаду штете осигуравајућем друштву²¹. Ради се о приговорима које осигуравајуће друштво не би могло истицати подносиоцу захтева, али би по закону, или по уговору о осигурању, могло истицати осигуранику због непридржавања закона или уговора²².

¹⁶ П. Барош, „Директни захтјев – тужба оштећеног лица према осигураваоцу“, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци* бр. 31-32/2010, Бања Лука 2010, 383; П. Шулејић, 405.

¹⁷ П. Барош, 384.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ П. Барош, 385.

²⁰ П. Барош, 387.

²¹ Н. Мрвић-Петровић, З. Петровић, А. Филиповић, *Обавезно осигурање од аутоодговорности и накнада штете*, Београд 2000, 112.

²² Што је предвиђено у члану 28 Закона о обавезном осигурању у саобраћају Србије, чије ћемо поједине одредбе још поменути касније.

Осигуравач и осигураник као солидарни дужници

Рекли смо да су осигуравач и осигураник солидарни дужници према трећем лицу, што предвиђа Нацрт. Код солидарних облигационих односа разликујемо две врсте односа: унутрашњи и спољашни однос. Спољашни однос је однос између поверилачке и дужничке стране, а унутрашњи однос је однос између самих поверилаца, тј. саповерилаца, односно, између дужника, односно, судужника. Спољашњи однос код сваке солидарне облигације настаје у моменту њеног настанка, а престаје у моменту престанка облигације. Садржина спољашног односа одређена је садржином облигације. Унутрашњи однос настаје у тренутку престанка спољашњег односа (када облигација престаје) и разрешава се у зависности од правила на којима је заснован, односно, у зависности од тога да ли је реч о активној или пасивној солидарној облигацији²³. Морамо рећи да су осигуравач и осигураник солидарни дужници према трећем лицу, без обзира на то да ли је поднесена тужба против једног или другог, односно оба субјекта.

Застарелост и директна тужба

Важно питање које се тиче директне тужбе и које дефинише однос осигуравача и трећег лица јесте питање застарелости. У односу треће лице – осигуравач, поставља се питање да ли ће се на директну тужбу применити општа правила о застарелости потраживања, или правила о застарелости предвиђена у прописима о осигурању. Проблем је у постојању неједнаких рокова застарелости, што може довести до тога да директна тужба оштећеног застари раније него његова тужба према осигуранику који му је нанео штету. Да би отклонио ову дилему, ЗОО одређује да директан захтев оштећеног лица према осигуравачу застарева за исто време за које застарева његов захтев према осигуранику одговорном за штету²⁴. Исто решење садржи и Нацрт²⁵. Ово решење се ослања и на тумачење правне природе захтева који се остварује директним тужбом. Она не проистиче из уговора о осигурању, већ има извор у проузрокованој штети, односно, проистиче из деликтне одговорности (иако смо раније поменули да је постојање уговора битно за дефинисање

²³ А. Јаневски, „Обавезе са више дужника или поверилаца и извршење према солидарним дужницима“, *Зборник радова „Хармонизација грађанског права у региону“*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2013, 414.

²⁴ Члан 380, ст. 5 ЗОО.

²⁵ Члан 1501 Нацрта.

права на подношење директне тужбе). Отуда, обе тужбе – директна тужба и тужба оштећеног према осигуранику, имају исти основ и исти рок застарелости²⁶.

4. Ко може бити треће лице (ко може поднети директну тужбу)?

Да поновимо, треће лице се појављује у односу према осигуравачу и осигуранику, када наступи осигурани случај. Значи, треће лице није уговорна страна у односу између осигуравача и осигураника. Треће лице код осигурања од одговорности није лице које је осигураник и то је основно правило. То се, најјасније, може објаснити код осигурања аутоодговорности. Наиме, лице које је власник возила, али и лице које управља моторним возилом, нису трећа лица²⁷. У вези са тим, много је једноставније одговорити на питање ко има право на накнаду штете, односно, ко је треће лице, а није једна од страна у уговору о осигурању од одговорности, него одредити ко нема право на накнаду.

Једно од питања које се поставља код регулисања трећег лица јесте да ли ову област треба регулисати само законом или се статус трећих лица и њихов круг може регулисати додатно и општим условима осигурања од одговорности. Наиме, постоји мишљење да се условима осигурања може проширити круг лица која су искључена из осигурања. Сматрају се трећим оштећеним лицима сва лица која претрпе штету а нису обухваћена законским и уговорним искључењима из права на накнаду²⁸. Сматрамо да ова област може да се регулише само законом, имајући у виду потребу за уједначеном праксом и схватањем ко не може бити треће лице.

Искључења из осигурања

Једно од питања које се поставља код подношења директне тужбе односи се на искључења из осигурања, односно, на случајеве када осигуравач неће бити у обавези да накнади штету. Практично, то се односи

²⁶ П. Шулејић, „Застарелост потраживања из правних односа осигурања као предмет законског регулисања“, *Ревизија за право осигурања* бр. 2/2009, Београд 2009, 18.

²⁷ С. Станишић, „Одговорност за штету у случају незгоде изазване моторним возилом у покрету“, *Осигурање*, хрватски часопис за теорију и праксу осигурања, бр. 11, Загреб, новембар 2004, 31.

²⁸ Д. Мркшић, З. Петровић, К. Иванчевић, *Право осигурања*, Нови Сад 2006, 222.

на искључење појединих категорија оштећених лица, када та лица неће бити у могућности да поднесу захтев за накнаду штете и директну тужбу. И по том питању се разликују услови осигурања, што зависи од предмета, тј. врсте осигурања од одговорности. Нпр., ако говоримо о осигурању опште одговорности, брачни друг и сродници осигураника неће бити у могућности да буду трећа лица. Но, ако погледамо осигурање од аутоодговорности, онда ће брачни друг и сродници имати статус трећих лица. Уопште, круг трећих лица зависи од врсте осигурања од одговорности. Ако се осигурање од одговорности односи на употребу ствари којом се може проузроковати штета, онда је јако битно питање сувласништва и заједничке својине на тој ствари. Брачни друг може бити сувласник или заједнички власник. Заједнички власници могу бити и санаследници. Код ових ситуација могу настати спорови нарочито када се ради о деоби имовине и осигураном случају који се догоди у процесу те деобе.

Кад говоримо о кругу трећих лица, постављамо и питање да ли осигураник – одговорно лице, може тражити накнаду штете због смрти блиског лица у осигураном случају за који је одговоран управо он као осигураник. Судска пракса каже да не може, јер када говоримо о накнади штете у овом случају, морамо имати на уму да се овде ради о одговорности осигуравача која има основ у обавезном осигурању од одговорности за другог, односно, оно је акцесорне природе и постоји под претпоставком да постоји одговорност за штету тог другог лица, односно, уговарача. Ако не постоји друго лице које није истоветно са тужиоцем, већ је реч о случају који се догодио тужиоцу за који он мора да сноси последице, тада се накнада штете не може тражити од туженог, односно, осигуравача²⁹.

Други случај односи се на обрнуту ситуацију. Ради се о могућности да сродници осигураника погинулог у једном догађају, за који је он одговоран, поднесу тужбу за накнаду штете. У једном случају је суд у првостепену поступку одлучио да сродници не би имали право на накнаду штете, јер ни осигураник не би имао право на накнаду, с обзиром на то да је он одговоран за осигурани случај. Међутим, оваква одлука првостепеног суда не може се прихватити као правилна, јер је заснована на непотпуно утврђеном чињеничном стању. Наиме, треће лице се одређује негативном методом, тј. одређује која се лица не могу користити обавезним осигурањем од одговорности у случају да претрпе штету. Тумачећи наведену законску одредбу, произилази да сва остала лица, која нису на-

²⁹ Одлука ВСПХ, Рев-201/2005-2 од 6.10.2005.

ведена у закону, представљају трећа лица и имају право на накнаду штете по основу осигурања од одговорности³⁰.

Осигуравач као треће лице

Морамо поменути и осигуравача који се може појавити са захтевом за накнаду штете, као треће лице према другом осигуравачу, уколико је исплатио свог осигураника, по основу осигурања, а за штету је одговоран осигураник другог осигуравача³¹. Са једне стране, осигуравач је исплатио свог осигураника, на основу осигурања које је закључено са тим осигураником. Но, са друге стране, осигуравач то своје право црпи из права свог осигураника, које он има на основу полисе осигурања од одговорности другог осигураника – штетника, одговорног за штету, тако да оно има право да се са регресним захтевом обрати другом осигуравачу ради накнаде. Да ли можемо осигуравача сматрати трећим лицем у случају суброгације права? Он јесте испунио своју законску обавезу, односно, исплатио је штету свом осигуранику на основу закљученог осигурања. Међутим, својство трећег лица осигуравач је добио из осигурања од одговорности између осигуравача и осигураника, који је одговоран за штету. Осим тога, осигуравач стиче својство трећег лица на основу права регреса. Право регреса овде постоји и на основу суброгације права, тако да осигуравач може наплатити штету на основу уговора о осигурању од одговорности другог лица. Оно што је битно, јесте да се својство трећег лица стиче на основу уговора о осигурању од одговорности у којој је уговорна страна друго лице. Без обзира на то што је осигуравач стекао то својство на основу права регреса и суброгације права према осигуранику, он је своје право на подношење захтева за накнаду штете стекао на основу полисе осигурања од одговорности другог лица³².

Врло често се не разликују регресни захтев и захтев за суброгацију. Некада се ова два института и изједначавају. Код суброгације се права осигураника, оштећеног лица, према трећем лицу, штетнику, преносе на осигуравача који је штету исплатио осигуранику – оштећеном лицу. Код регреса, осигуравач може да захтева исплату плаћене штете трећем лицу од сваког одговорног лица, као и од свог осигураника. Са друге стране,

³⁰ Пресуда Општинског суда у Краљеву П.205/07 од 25.5.2007. године, Решење Окружног суда у Краљеву Гж.1523/07 од 22.8.2007. године – Билтен судске праксе Окружног суда у Краљеву, бр. 4/2007, Интермекс, Београд, аутор сентенце: С. Ристић, судија Окружног суда у Краљеву.

³¹ В. Чоловић, 34.

³² З. Петровић, В. Чоловић, Н. Мрвић-Петровић, 41.

о регресу говоримо када осигуравач исплати штету трећем лицу, које је оштећено лице, а ту штету је проузроковао осигураник који је штету начинио под околностима које нису покривене осигурањем. Тада се осигуравач обраћа за накнаду свом осигуранику³³. Значи, код суброгације осигуравач исплаћује свој дуг из уговора о осигурању и улази у права свог осигураника према одговорном лицу (ако оно постоји и ако се може утврдити). Код регреса, осигуравач исплаћује накнаду уместо осигураника – одговорног лица, а то је туђ дуг и стиче право повраћаја суме коју је платио уместо њега.

5. Поједине врсте осигурања од одговорности – са становишта круга трећих лица

Морамо разликовати осигурање од одговорности, не само кад је предмет осигурања одређен или није, већ и у односу на самог осигураника, који може обављати одређену делатност или не, као и у односу на круг трећих лица који могу претрпети штету. У том смислу, поменућемо, пре свега, осигурање од аутоодговорности, као најраспрострањенију врсту осигурања од одговорности, а затим осигурање од одговорности стечајних управника, лекара и других медицинских радника, као и осигурање од одговорности у транспорту. Код осигурања од аутоодговорности, штета може настати употребом моторног возила, а круг трећих лица је одређен негативно, односно, сви они који нису дефинисани у закону, могу бити оштећена лица, тако да можемо рећи да је њихов круг неограничен. Што се тиче стечајних управника, они су непосредно одговорни сваком учеснику стечајног поступка за штету коју му нанесе намерно (крајњом непажњом) или умишљајно (грубом непажњом)³⁴. Ако је штета настала услед активности стечајног управника коју је одобрило стечајно веће или услед поступања по упутству стечајног судије, стечајни управник не сноси одговорност, осим уколико је одобрење или упутство издејствовано на преваран начин. Стечајни управник обавља дужност у одређеном поступку, где се штета може проузроковати одређеном броју лица, односно учесницима у поступку. Осигурање стечајног управника од одговорности разликује се од осталих врста осигурања од одговорности, не само по садржају, већ и по почетку и

³³ П. Шулејић, 21.

³⁴ В. Чоловић, „Обавезно осигурање од одговорности стечајног управника“, *Традиционално 4. саветовање правосуђа „Стечај и приватизација“*, Вршац 2007, Зборник радова, 135.

престанку трајања. Осигурање стечајног управника је различито и по специфичном одређивању премије осигурања. За осигурање од лекарске одговорности веома је битно дефинисати шта је то лекарска грешка. Лекарска грешка техничке природе односи се на грешку у дијагнози или на грешку у терапији³⁵. За дефинисање лекарске грешке, као и осигурања од лекарске одговорности, битно је и мишљење струке. Једно од најважнијих питања за осигурање од лекарске одговорности, односно, за обавезу осигуравача да исплати штету оштећеном лицу – пацијенту, јесте да се утврди узрочна веза између рада лекара, односно, пружања лекарске помоћи или вршења лекарске интервенције и последице која је наступила код пацијента. Да би дошло до обавезе осигуравача на исплату штете, мора да постоји адекватна узрочна веза, а утврђивање адекватне узрочне везе између штетниковог понашања и настале штете је правно питање о којем одлучује суд³⁶.

Осигурање од одговорности превозника јавља се као посебан интерес власника транспортних средстава, посебно бродова и ваздухоплова, да се заштите од одговорности за нанету штету трећим лицима, а у вези са њиховим пословањем. У поморском осигурању то је и посебан начин осигурања који се јавља изван редовних облика поморског осигурања, док се код осигурања у ваздушном саобраћају ради о одговорности ваздушног превозиоца према путницима од последица несрећног случаја и о одговорности власника, односно, корисника ваздухоплова за штету коју ваздухоплов причини трећим лицима и објектима на земљи.³⁷

Поменули смо стечајног управника, лекаре и превознике. Код њих можемо дефинисати и професионалну одговорност, с обзиром на занимање, односно, делатност коју обављају. Код професионалне одговорности, обавеза на накнаду штете настаје само када је до настанка штете дошло због професионалне грешке или пропуста осигураника у извршењу обавеза према трећим лицима, а по закљученом уговору или донетој одлуци. Појам професионалне одговорности, морамо рећи, није прецизно дефинисан, али се веже за наведене и друге професије, занимања и делатности у којима постоје кодекси понашања, струковна удружења,

³⁵ Б. Матијевић, „Осигурање од професионалне одговорности здравствених дјелатника и судских вјештака у Републици Хрватској“, 13. међународни научни скуп *Обавезно осигурање, накнада штете и обезбеђење потраживања*, Зборник радова, Београд 2010, 460.

³⁶ В. Чоловић, „Осигурање од лекарске одговорности“, *Страни правни живот* бр. 3/2010, Београд 2010, 42.

³⁷ Б. Ивошевић, *Транспортно осигурање*, Тиват 2010, 64.

итд.³⁸ Наравно, мора се испунити услов да је осигураник поступао са повећаном пажњом, као и по закону, односно по правилима своје струке. Осим наведених лица, овакво осигурање уговарају: адвокати; јавни бележници (нотари); ревизори; рачуновође; приватни детективи и радници обезбеђења; архитекте и инжењери у грађевинарству; фармацеути; као и друге професије. Покривени су будући, неизвесни и од воље осигураника независни штетни догађаји који су настали као резултат грешке, односно несавесног или нестручног поступка или пропуста учињеног противно актуелним прописима и стандардима струке, који за директну последицу има неповољан исход и на основу ког би треће лице могло да захтева накнаду штете. Осигурање се закључује на суму осигурања која представља горњу границу за накнаду штете по једном штетном догађају. Осим суме осигурања по штетном догађају, постоји и појам агрегатне суме осигурања која представља укупну обавезу осигуравача за цео период осигурања и предмет је уговарања. Избор адекватне суме осигурања је врло важан, јер представља уједно износ до ког по претпоставци могу да иду одштетни захтеви трећих лица. Висина премије осигурања зависи од избора лимита покрића, тј. суме осигурања како по штетном догађају, тако и агрегатне, затим извора опасности и укупног прихода. Једна од важних карактеристика овог облика осигурања односи се и на то да обавеза осигуравача није само у исплати штете, односно, суме осигурања, већ и у предузимању одбране од неоснованих и претераних захтева за накнаду штете, као и у накнади трошкова судског поступка.

И код ове врсте осигурања од одговорности, треће лице има право на накнаду штете до уговорене осигуране суме, као и на законску камату.³⁹ Не можемо изједначити занимање, нпр., лекара са неким другим професијама, као што су стечајни управници или адвокати, са становишта осигурања од одговорности, као што то наводе неки аутори⁴⁰, али се морамо сложити да се, у свим овим случајевима, ради о осигурању професионалне одговорности.

У сваком случају, од врсте осигурања од одговорности, односно, предмета ове врсте осигурања зависи и круг трећих лица, као и специфичност подношења директне тужбе.

³⁸ В. Одак, „Обвезна осигурања“, *Дани хрватског осигурања*, Опатија 15–16.11.2004, 20.

³⁹ Ј. Керета, „Осигурање од професионалне одговорности“, *Сигурност*, вол. 48, бр. 3 (1.10.2006), 323.

⁴⁰ Ј. Василић, „Осигурање стечајног управника од грађанске одговорности за штете учесницима у стечајном поступку“, *Ревизија за право осигурања* бр. 2/2002, Београд 2002, 46.

6. Право на накнаду штете и подношење директне тужбе и у случају непостојања осигурања од одговорности (и у другим случајевима)

Да осигурање од одговорности има своју и заштитну и социјалну функцију, најбоље се огледа у ситуацији да оштећено лице може надокнадити штету насталу у осигураном случају и када не постоји уговор о осигурању од одговорности. То је случај код осигурања од аутоодговорности, односно, дефинисана је могућност да оштећено лице може захтевати накнаду штете од Гарантног фонда у појединим случајевима, а што је регулисано Законом о обавезном осигурању у саобраћају Србије (даље: ЗООС)⁴¹. Примарна улога Гарантног фонда у осигурању аутоодговорности огледа се у накнади штете оштећеном лицу, која је настала у следећим случајевима:

а) када саобраћајну незгоду проузрокује неосигурано моторно возило⁴²;

б) када саобраћајну незгоду проузрокује непознато моторно возило; и
в) када саобраћајну незгоду проузрокује моторно возило које је било осигурано код осигуравајућег друштва над којим је отворен стечајни поступак⁴³.

Основна функција Гарантног фонда јесте да исплати штету, уколико је исту проузроковало неосигурано моторно возило. На првом месту се у ЗООС дефинише да ће се „активирати“ средства Гарантног фонда, ако штету проузрокује неосигурано возило. Штета се надокнађује у истом обиму и према истим условима као да је, на дан настанка штетног догађаја, био закључен уговор о обавезном осигурању. ЗООС дефинише и право на регрес Гарантног фонда према власнику моторног возила, ваздухоплова, чамца или другог превозног средства који није закључио уговор о обавезном осигурању, за износ исплаћене накнаде, камату од исплате накнаде и трошкове поступка. Наравно, право на регрес настаје тек након исплате накнаде штете од стране Гарантног фонда⁴⁴.

Поменућемо и друга два случаја када оштећено лице може захтевати накнаду штете од Гарантног фонда, како бисмо доказали потпу-

⁴¹ Закон о обавезном осигурању у саобраћају Републике Србије – Службени гласник Републике Србије бр. 51/2009, 78/2011, 101/2011, 93/2012, 7/2013 – одлука Уставног суда.

⁴² Наведено се односи и на ваздухоплове и чамце.

⁴³ Члан 76 ЗООС.

⁴⁴ Члан 91 ЗООС.

ну заштиту коју има оштећено лице. Наиме, у ЗООС је предвиђено да се средства Гарантног фонда користе за исплату штете коју је проузроковало непознато моторно возило. ЗООС дефинише да ће се та штета исплатити само ако је наступила смрт, односно телесне повреде или нарушавање здравља⁴⁵. ЗООС је, оваквим регулисањем, пре свега, пошао од принципа заштите лица, у случају саобраћајне незгоде, али се поставља питање накнаде и материјалне штете на возилу. Наиме, у свим случајевима у којима је дошло до смрти, повреде или нарушавања здравља услед саобраћајне незгоде, за коју је одговорно непознато моторно возило, може доћи и до материјалне штете на возилу или возилима. ЗООС штити оштећено лице, али ограничено. Пре свега, то лице нема право на накнаду материјалне штете на возилу, коју може изазвати непознато моторно возило, а затим то лице мора доказивати да је непознато моторно возило одговорно за саобраћајни удес. ЗООС предвиђа да ће се, уколико се касније утврди које је возило изазвало саобраћајну незгоду, моћи поставити регресни захтев према оном осигуравачу, односно осигуравајућем друштву, које је осигурало наведено возило⁴⁶, када се, практично, Гарантни фонд појављује као треће лице.

На крају, ЗООС на веома целисходан начин регулише ситуацију када је штету проузроковало возило осигурано код осигуравајућег друштва против којег је покренут стечајни поступак. Наиме, накнада штете се врши одмах, док Гарантни фонд добија својство повериоца у стечајном поступку против осигуравајућег друштва за износ који је исплатио оштећеном лицу. На њега прелазе сва права оштећеног лица према стечајној маси. Гарантни фонд има право да пријави ово потраживање до окончања стечајног поступка против осигуравајућег друштва⁴⁷.

7. Меродавно право за директну тужбу (деликт или уговор)

Поставља се питање да ли материју директне тужбе треба регулисати правилима о уговорној или о вануговорној одговорности. Видели смо, напред, да директна тужба има свој основ, пре свега, у деликту, али у овој области постоје различита схватања. Поменућемо и правила

⁴⁵ Члан 92, ст. 1 ЗООС.

⁴⁶ Члан 92, ст. 3 ЗООС.

⁴⁷ Члан 93 ЗООС.

о одређивању меродавног права за директну тужбу дефинисана у праву ЕУ, која такође дефинишу њену правну природу.

Наиме, Уредба Европског парламента и Савета о меродавном праву за вануговорне обавезе (Рим II) бр. 864/2007 од 11. јула 2007. године (даље: Уредба 864/2007)⁴⁸ предвиђа да ће се меродавно право за вануговорне обавезе настале из деликата одредити по праву земље у којој се штета догодила, независно од тога да ли је то земља у којој се догодила штетна радња или земља у којој је настала последица⁴⁹. Уредба 864/2007 одређује и заједничка правила која ће се примењивати, без обзира на врсту вануговорне одговорности. Та правила су предвиђена и за подношење директне тужбе против осигураваача одговорног лица, ако то предвиђа меродавно за вануговорне обавезе или право меродавно за уговор о осигурању⁵⁰. Вратићемо се касније на примену ових правила на подношење директне тужбе, а претходно ћемо посветити пажњу схватањима о основу допуштености директне тужбе, што није од значаја само за одређивање меродавног права.

Према становишту које је дуго било владајуће, за ово питање је меродаван деликтни статут, што значи да се допуштеност директне тужбе против осигураваача оцењује према праву које је према општим колизионим правилима форума меродавно за грађанскоправни деликт. Ово становиште полази од циља директне тужбе који се огледа у пружању могућности оштећеном да оствари своје право на накнаду штете против штетниковог осигураваача као другог дужника, чија је обавеза установљена законом, а не уговором. Према другом, мање прихваћеном становишту, питање допуштености директне тужбе против осигураваача оцењује се према праву које је меродавно за уговор о осигурању. Примена уговорног статута се оправдава тиме што се висина накнаде коју осигураваач треба да исплати оштећеном обрачунава на основу осигурачне суме из уговора о осигурању. Према трећем становишту, на питање допуштености директне тужбе против штетниковог осигураваача начелно треба применити деликтни статут. Међутим, ако деликтни статут не признаје право на директну тужбу, супсидијарно се примењује уговорни статут, тј. право меродавно за уговор о осигурању⁵¹. Према четвртом

⁴⁸ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of July 11 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (RomeII) – *Official Journal of the European Communities* L 199, 31.7.2007, p. 40–49

⁴⁹ Члан 4.1 Уредбе 864/2007.

⁵⁰ Члан 18 Уредбе 864/2007.

⁵¹ С. Ђорђевић, „Меродавно право за директну тужбу оштећеног против штетниковог осигураваача према правилима Регулative „Рим II“, *Ревизија за право осигурања* бр. 2/2010, Београд 2010, 9.

становишту, које је заступљено у новијој литератури и које је нашло своје упориште у новим кодификацијама међународног приватног права, на питање допуштености директне тужбе примењује се било деликтни било уговорни статут, зависно од тога који је од њих повољнији за оштећеног⁵².

Уредба 864/2007 дефинише савремено становиште, па је за питање допуштености директне тужбе против осигуравача предвиђено алтернативно везивање. Према одредби члана 18, оштећени може непосредно да захтева накнаду штете од осигуравача, ако је то допуштено, било по праву меродавном за вануговорне обавезе, било према праву меродавном за уговор о осигурању. Из ове одредбе недвосмислено произилази да треба применити повољније право за оштећеног⁵³. Поставља се питање да ли је прихватљиво, имајући у виду како интересе оштећеног тако и интересе осигуравача, да се до овог статута дође применом било којег колизионог правила за деликте из Уредбе 864/2007⁵⁴.

Неспорно је да се деликтни статут, који је утврђен применом општег правила из члана 4, ст. 1 Уредбе 864/2007 (право државе у којој је наступила непосредна штета), примењује на питање допуштености директне тужбе против штетниковог осигуравача. Исто важи и за одредбу члана 4 ст. 2 Уредбе 864/2007, према којој се примењује право државе у којој странке имају своја уобичајена боравишта, без обзира на то што је непосредна штета наступила у некој другој држави. Право државе заједничког уобичајеног боравишта странака је, неретко, право које је меродавно и за уговор о осигурању, тако да се у овом случају и на деликте на уговор о осигурању примењује исто право. Примена истог правног поретка је пожељна, ако се имају у виду проблеми који могу настати услед одступања у различитим правним системима који се примењују на један догађај са елементом иностраности. С друге стране, у једној таквој ситуацији оштећени губи право избора повољнијег права, с обзиром на то да обе алтернативе из члана 18 Уредбе 864/2007 упућују на један исти правни поредак⁵⁵.

⁵² С. Ђорђевић, 10.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ С. Ђорђевић, 14.

⁵⁵ С. Ђорђевић, 14–15.

8. Закључак

О праву на директну тужбу не можемо говорити без дефинисања правне природе осигурања од одговорности. Но, претходно морамо рећи да право на директну тужбу произлази из могућности да се треће лице непосредно обрати, тј. да непосредно поднесе директни захтев за накнаду штете осигуравачу. Осигурање од одговорности има своју заштитну и социјалну функцију. Кад говоримо о заштитној функцији, она се, пре свега, односи на имовину осигураника, који је штетник, тј. лице које је проузроковало штету. Осигураник закључењем овог осигурања штити своју имовину, ако не постоје основи за искључење из осигурања, кад осигуравач неће бити у обавези да исплати штету. Са друге стране, и о заштитној и о социјалној функцији говоримо кад је у питању треће, оштећено, лице. Треће лице има пре свега право да накнади штету, без обзира на то да ли је она настала на телу или материјалним стварима. Са друге стране, веома је важно да лица која претрпе штету могу да надокнаде исту, а терет те могућности се смањује ако је закључено осигурање од одговорности, чиме је испуњења социјална функција. Но, видели смо, код осигурања аутоодговорности, да се треће лице може обратити Гарантном фонду у случају непостојања осигурања, као и у другим случајевима, чиме се социјална функција још више остварује. Осигуравач је дужан да надокнади штету за коју је одговоран осигураник, али не и штету за коју не постоји грађанска одговорност осигураника.

Prof. Vladimir Čolović, Ph.D
Faculty of Law Sciences, PanEuropean University „Apeiron“ Banja
Luka
Ass.prof. Ana Opačić, Ph.D
Faculty of Business Economics and Entrepreneurship, Belgrade

DIRECT LAWSUIT IN THE LIABILITY INSURANCE

Summary

In the liability insurance, the injured party has the right of direct request from the insurer for the damage compensation. In this type of insurance, the injured party is the third party, because he is not the participant of the contractual relation between insurer and insured. Right to direct lawsuit stems from the right to a direct claim for damage compensation. The Act on Obligations defines this right of a third party, as its own right. Draft Serbian Civil Code regulates in detail this right, so what defines that both the insurer and the insured, as the person responsible, solidary debtors to a third party. Liability insurance has its own protective and social function. Proof of this is the possibility of filing a direct lawsuit. Direct lawsuit has its basis in the concluded contract of liability insurance, but it can be realized only when the insured event occurs. It is very important to define who can be a third party. The author in paper pays attention to the protection of third persons in different types of liability insurance, such as motor liability insurance, insurance of certain professional activities such as the bankruptcy trustee and doctors, as well as liability insurance in transportation.

Key words: *liability insurance, direct lawsuit, third party, insurer, insured, insured event.*

VJEŠTAČENJE KAO DOKAZNO SREDSTVO U KOGNITIONIM POSTUPCIMA

Prof. dr Slobodan Stanišić*

***Apstrakt:** U tekstu se razmatraju opšta pitanja o pojmu i funkciji vještaka u svim kognicionim postupcima, odnosu organa koji vodi postupak i vještaka, s posebnim osvrtom na karakteristične propuste učesnika u postupku prilikom predlaganja, određivanja, izrade vještačenja i izvođenja dokaza vještačenjem.*

***Ključne riječi:** vještak, vještačenje, dokazi, kognicioni postupci.*

Uvodna razmatranja

U svakom kognicionom postupku¹ kojem je cilj spoznaja pravno relevantnih činjenica za donošenje odluke o postojanju ili nepostojanju nekog subjektivnog prava, bez obzira na to da li je on sudski, upravni ili pak postupak pred nekim drugim nadležnim organom, postoji potreba da se, radi utvrđenja ili razjašnjenja određenih činjenica za koje je potrebno posebno stručno znanje kojim organ pred kojim se postupak vodi ne raspolaže, angažuju lica koja zahvaljujući svojoj stručnosti i iskustvu mogu pomoći nadležnom organu da utvrdi i razjasni takve važne činjenice.

Utvrđenje ili razjašnjenje pravno relevantnih činjenica koje bi mogle biti važne za ocjenu istinitosti navoda koji su predmet dokazivanja vrši se uz pomoć vještaka u okviru procesne radnje izvođenja dokaza vještačenjem.

* **Ванредни професор Факултета правних наука Универзитета “Аперион“ Бања Лука, адвокат**

¹ Postupci u kojem organ koji vodi postupak dolazi do spoznaje odnosno saznanja za činjenice koje su važne za razrješenje konkretnom pravnom odnosu (lat. *cognitio* = upoznavanje, saznanje)

Značaju i funkciji ove procesne radnje u kognicionim postupcima posvećuje se velika pažnja u pravnoj nauci, legislativi i sudskoj praksi, što potvrđuju brojni naučni radovi, te najnovija zakonska rješenja i judikati.²

1. Pojam vještaka i vještačenja

Vještak³ je lice koje po nalogu suda ili drugog organa koji vodi postupak, „primjenjuje naučna ili stručna znanja, vještine ili metode na činjenice koje predstavljaju predmet vještačenja“⁴.

Stručno znanje vještaka može se odnositi na razne grane tehničkih nauka kao što je mašinstvo, elektrotehnika, arhitektura, građevinarstvo, grane medicinskih nauka kao što je hirurgija, traumatologija, neuropsihijatrija, geodezija, saobraćaj, zaštita na radu, knjigovodstvo, zanatstvo i slično.

Vještačenje je procesna radnja dokazivanja koja ima za cilj utvrđivanje pravno relevantnih činjenica u određenom kognicionom postupku.

2. Sadržaj i funkcija vještačenja

Iskaz vještaka kao krajni rezultat procesne radnje koja se zove izvode-nja dokaza vještačenjem sastoji se od nalaza i mišljenja.

Nalaz vještaka predstavlja „sadašnje stručno zapažanje vještaka potrebno za utvrđenje sadržaja neke relevantne činjenice“, dok *mišljenje vještaka* predstavlja „lični stav vještaka o značenju, vjerovanju, uzrocima i posljedica određenih činjenica koje bi mogle biti važne za utvrđivanje istinitosti u dokazivanju.“⁵

Vještaci, dakle, mogu da samo obavještavaju sud ili drugi organ koji vodi postupak o svom nalazu tj. zapažanju ili pak da istima svojim stručnim znanjem pomažu da izvedu zaključak o zapaženom, što znači da prilikom davanja mišljenja vještaci, u stvari, rade ono što bi trebalo da urade organi koji

² Vidi čl. 147–163 Zakona o parničnom postupku (Službeni glasnik Republike Srpske br. 58/03; 85/2003 i 74/2005, 63/07, 49/09 i 61/13) – u daljem tekstu ZPP) koji je u gotovo identičnom tekstu usvojen u Republici Srpskoj, Federaciji Bosne i Hercegovine i Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine.

³ Vještak (eng. *expert witness*; njem. *Sachverstaendige*).

⁴ J. Čizmić, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Sarajevo, 2009, str. 344.

⁵ Triva, Belajec, Dika, *Građansko procesno pravo*, VI izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Informator, Zagreb, 1986, str. 432; Isto, J. Čizmić, op. cit., str. 344.

vode postupak kada bi raspolagali potrebnim stručnim znanjem u pogledu činjenica koje su predmet vještačenja.

3. Vezanost suda ili drugog organa za nalaz i mišljenje vještaka

Sud ili drugi organ koji vodi postupak nije vezan ni nalazom, niti mišljenjem vještaka, već on o ovom dokaznom sredstvu iznosi svoj konačni sud nakon brižljive ocjene ne samo tog dokaza, već i na osnovu ocjene svih ostalih dokaza pojedinačno i u njihovoj međusobnoj vezi.

4. Svrha vještačenja – stručna pomoć u razjašnjenju činjeničnih ili pravnih pitanja?

Međutim, uloga vještaka u kognicionim postupcima iscrpljuje se u stručnoj pomoći organu koji vodi postupak (sud ili upravni organ) prilikom utvrđivanja činjenica odnosno rasvjetljavanja ili razjašnjenja određenih činjeničnih pitanja, a ne pravnih pitanja, što znači da vještak nije pozvan, niti ovlašten da organu koji vodi postupak na bilo koji način pomaže u razjašnjenju pravnih pitanja i primjeni određene pravne norme.

Tako, na primjer, vještak geometar dužan je da se izjasni o određenoj relevantnoj činjenici iz oblasti geodezije, pa stoga njegov nalaz ne može biti pouzdan dokaz o tome koja je stranka bila posljednji posjednik sporne nepokretnosti.

Ovakav zaključak neposredno proističe iz zakonskih odredaba sadržanih u važećim procesnim zakonima.⁶

Inače, objašnjenje za ova ograničenja uloge vještaka u kognicionim postupcima vodi korijene još iz najstarije pravne istorije. Naime, još u rimsko doba nastala je čuvena maksima rimskog prava: „Iura novit curia“, što znači da **sud poznaje pravo**, pa stoga niko drugi nije dužan, ni pozvan, niti ovlašten da mu pravo objašnjava ili pak sugeriše kako će ga primijeniti.

⁶ Vidi čl. 147 ZPP.

5. Najčešći propusti prilikom predlaganja, određivanja i izvođenja dokaza vještačenjem u kognicionim postupcima

Radi lakšeg razumijevanja i prepoznavanja karakterističnih propusta pri predlaganju i određivanju vještačenja, u daljem dijelu izlaganja ćemo se fokusirati na uobičajene greške koje se pri predlaganju i određivanju vještačenja čine u parničnom postupku.

5.1.

Generalno posmatrano, da bi se uopšte moglo predložiti i odrediti izvođenje dokaza vještačenjem, nužno je da stranke kao predlagači i sud budu dobro upoznati sa zahtjevima koji su stavljeni u postupak i činjenicama na kojima su ti zahtjevi zasnovani.

Jednostavno rečeno, svi učesnici postupka moraju biti upoznati sa sadržajem predmetnog spisa.

Pored toga, a saglasno zahtjevu zakonodavca da se u prijedlogu za vještačenje mora odrediti predmet i obim vještačenja⁷, stranke moraju znati koje činjenice žele uz stručnu pomoć vještaka razjasniti, kao i u kojoj mjeri (obimu) je nužno da se iste razjasne od strane vještaka.

Da bi se znalo koje činjenice je nužno razjasniti radi dokazivanja činjeničnog osnova tužbenog zahtjeva, nužno je da stranke i sud dobro poznaju materijalno pravo, jer je upravo materijalnim pravom odnosno odgovarajućom normom materijalnog prava propisano šta treba dokazivati i na kome je teret dokazivanja.

Ovu tezu ćemo objasniti na primjeru materijalnopравnih propisa o naknadi štete. Tako, na primjer, u odredbama čl. 177 st. 1 i 2 Zakona o obligacionim odnosima (Sl. list SFRJ br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89 i Sl. glasnik RS br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04 – u daljem tekstu ZOO) prepoznatljive su činjenice koje treba da se dokažu da bi se neko lice, kao imalac opasne stvari (na primjer vozač automobila kojim je pričinjena šteta) oslobodilo građanske odgovornosti za štetu.

To su činjenice odnosno okolnosti koje obaraju pretpostavku uzročne veze između djelovanja opasne stvari i štete kao posljedice:

– da šteta potiče od uzroka koji se nalazi van stvari i da vozač automobila (štetnik) nije mogao predvidjeti ili izbjeći ili otkloniti njegovo dejstvo;

⁷ Vidi čl. 148 st. 1 ZPP.

– da je šteta nastala isključivom radnjom oštećenog ili trećeg lica koju vozač automobila (štetnik) nije mogao predvidjeti i čije posljedice nije mogao izbjeći ili otkloniti.

Prema tome, predlagač koji predlaže ili sud koji određuje vještačenje moraju poznavati materijalno pravo, jer će samo u tom slučaju moći ocijeniti koje pravno relevantne činjenice za primjenu materijalnog prava treba razjasniti uz pomoć vještaka i slijedom toga i predložiti odnosno naložiti vještaku da prema pravilima struke sačini svoj stručni nalaz i mišljenje u pogledu tih okolnosti, a ne svih okolnosti koje su vezane za navedeni štetni događaj, kako to inače, u praksi, rade sudovi, držeći se one narodne poslovice „od viška glava ne boli“.

U našem primjeru, ukoliko se nezgoda desila usljed naleta vozila na pješaka u naselju, u cilju oslobođenja od odgovornosti vještačenjem će trebati razjasniti pitanje da li šteta potiče od nekog uzroka koji se nalazi van automobila kao opasne stvari, te da li je vozač takav vanjski uzrok mogao predvidjeti, izbjeći ili otkloniti. (Na primjer, iznenadno olujno nevrijeme, zemljotres, odron, devijacije, oštećenja i prepreke na putu.)

Sličan princip važi i u slučaju međusobnih potraživanja naknade štete nastale usljed udesa izazvanog motornim vozilima u pokretu, kada se međusobna odgovornost imalaca ocjenjuje prema pravilima o odgovornosti za krivicu.

Vještačenjem se tada razjašnjavaju okolnosti kojima se dokazuje da se radi o tzv. **udesu** u kojem su učestvovala motorna vozila, da li su vozila bila u pokretu, da li je postojala protivpravnost u ponašanju vozača u vidu nepoštovanja propisa o bezbjednosti saobraćaja što podrazumijeva, na primjer, vještačenje brzine kretanje vozila, vještačenje alkoholisanosti vozača, vještačenje opšte sposobnosti vozača za upravljanje vozilom i dr.), te vještačenje karaktera i obima oštećenja na vozilima.

5.2.

U slučaju kada se radi o izvođenju dokaza vještačenjem, nužno je da se svi učesnici postupka, a naročito stranke i sud, pridržavaju opštih i posebnih pravila o dokazivanju sadržanih u važećem Zakonu u parničnom postupku – ZPP, da činjenice koje je stranka priznala⁸, koje zakon pretpostavlja⁹, kao i one koje su opštepoznate¹⁰, ne treba dokazivati.

⁸ Vidi čl. 125 st. 1 ZPP.

⁹ Vidi čl. 125 st. 3 ZPP.

¹⁰ Vidi čl. 125 st. 4 ZPP.

Tako, na primjer, ne treba predlagati izvođenje dokaza vještačenjem s ciljem da se utvrdi da je određenog dana u određeno vrijeme, na području nekog naseljenog mjesta bilo olujno nevrijeme, ako je ta činjenica notorna tj. opštepoznata i sudu i strankama.

Prijedlog da se vještači radi utvrđivanja istinitosti takvih tvrdnji odnosno činjeničnih navoda sud ne bi trebalo da prihvati, već odbije. Vještak kojem je ipak povjereno takvo vještačenje ili ovlaštenu radnik organa u kojem vještak zaposlen, mogu tražiti od suda da vještak bude oslobođen dužnosti vještačenja.¹¹

5.3.

Ukoliko sud može izvjesne činjenice pojasniti običnim računskim operacijama ili pribavljanjem podataka od nadležne institucije ovlaštene za vođenje evidencija i baza podataka, te detaljnim saslušanjem stranaka i svjedoka, onda u takvim slučajevima nije potrebno vještačenje¹², jer je očigledno da sud sam može razjasniti pojedina pitanja u pogledu činjenica koje se utvrđuju.

5.4.

Isto tako, smatramo da sud nije dužan po prijedlogu odrediti vještačenje iznosa dospjelih zakonskih zatezних kamata obračunatih za period kašnjenja u plaćanju glavnog duga, ako je tužilac uz tužbu priložio obračun zatezних kamata koji je sam sačinio i iz kojeg su vidljivi svi elementi i parametri za obračun, a tuženi nije osporio ni jedan od elemenata obračuna. Takav stav je zauzet i u domaćoj sudskoj praksi.¹³

5.5.

Iako je sud u pogledu postojanja krivičnog djela i krivične odgovornosti vezan za pravosnažnu odluku krivičnog suda kojom je tuženi proglašen krivim, u parničnom postupku se mogu vještačenjem utvrđivati činjenice u pogledu okolnosti nastanka štete koje uslovljavaju stepen krivice¹⁴.

¹¹ Vidi čl. 152 st. 3 ZPP.

¹² Vidi više o tome kod Š. Salaj, *Uloga vještaka u parničnom postupku*, Pravo i porezi, XLIX, 2000, br. 10, str. 52.

¹³ Vidi odluku Vrhovnog suda Federacije BiH br. Pž-129/98 od 19.10.1998, Bilten sudske prakse V.S. FBiH br. 2/98, str. 10.

¹⁴ Vidi odluku Vrhovnog suda Srbije br. Gž-911/78 objavljenu u knjizi Milke i Živote Jankovića, Hranislava Karamarkovića i Dragoljuba Petrovića, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, treće dopunjeno izdanje Savremena administracija, Beograd, 1990, str. 290.

Činjenica što je u parnici izostalo dokazivanje vještačenjem očinstva metodom genetske daktiloskopije, sama za sebe, ne znači da su drugi dokazi i činjenice na kojima je zasnovana sudska odluka sumnjivi, odnosno da navedeni dokazi nemaju svoje vrijednosti.¹⁵

5.6.

Imajući na umu da je uloga vještaka u svakom kognicionom, pa time i u parničnom postupku da pomoću svog stručnog znanja utvrdi okolnosti na osnovu kojih sud mora donijeti zaključak o postojanju ili nepostojanju pravno relevantnih činjenica, pred stranku kao predlagača vještačenja, a isto tako i pred sud kao organ koji odlučuje o izvođenju dokaza vještačenjem će se često postaviti pitanje da li određeno pitanje predstavlja stručno pitanje koje sud treba razjasniti uz pomoć vještaka ili se pak radi o običnom faktičkom pitanje koje je moguće rasvijetliti izvođenjem drugih dokaza, kao što je na primjer saslušanje svjedoka.

Kao primjer ćemo navesti pitanje obezbjeđenja mjera zaštite na radu na radnom mjestu.

Dakle, da li je za odgovor na pitanje da li je neko preduzeo mjere obezbjeđenja sigurnosti na radu potrebno predložiti i izvesti dokaz vještačenjem?

Sudska praksa u primjeni ranijeg ZPP dala je na ovo pitanje potvrđan odgovor¹⁶, a naše mišljenje je da je ovaj stav sudske prakse aktuelan i danas.

Isto tako, domaća sudska praksa stoji na stanovištu da u nekim slučajevima nije potrebno izvoditi dokaz vještačenjem po vještaku medicinske struke da bi se utvrdilo zdravstveno stanje stranke,¹⁷ ako se, u konkretnom slučaju, o zdravstvenom stanju stranke može zaključiti na osnovu relevantnih uvjerenja izdatih od nadležnih medicinskih ustanova i razumljive medicinske dokumentacije u kojoj je navedena dijagnoza i detaljan opis simptoma i tegoba, te i u slučaju kada sud o zdravstvenom stanju stranke može izvesti zaključak i neposrednim opažanjem u kontaktu sa strankom.

¹⁵ Vidi odluku Vrhovnog suda Republike Srpske br. Rev. 302/01 od 19.4.20102 godine, Bilten sudske prakse V.S. RS br. 2004/1, odluka br. 130.

¹⁶ Vidi odluku Višeg privrednog suda Srbije SI-1053/71 od 21.6.1979 godine objavljenu u djelu *Komentar Zakona o parničnog postupku*, treće dopunjeno izdanje, autora Milke i Živote Jankovića, Hranislava Karamarkovića i Dragoljuba Petrovića, Savremena administracija Beograd, 1990, str. 289 – podnaslov: Sudska praksa.

¹⁷ Vidi odluku Vrhovnog suda Hrvatske br. Rev. 128/81 od 23.05.1981. godine, objavljenu u Pregledu sudske prakse V.S. Hrvatske br. 19, str. 204.

6.

Konačno treba napomenuti da predlagači vještačenja okolnosti od kojih zavisi utvrđivanje relevantnih činjenica za donošenje odluke o krivičnoj odgovornosti počinioca krivičnog djela ili građanskoj odgovornosti za štetu najčešće zapadaju u grešku kada predlažu vještačenje u pogledu raspravljajna određenih pravnih pitanja, pa tako, na primjer, traže da se vještak odgovarajuće struke izjasni o tome da li se vozač pridržavao propisa o bezbjednosti saobraćaja na putevima, koliki je njegov doprinos nastanku nezgode i da li je postupanje vozača u uzročnoj vezi sa štetom kao posljedicom.

U svim iznesenim slučajevima radi se o pravnim pitanjima u koja se vještak ne smije upuštati ni po nalogu suda niti na vlastitu inicijativu, niti svoje mišljenje smije zasnivati na tumačenju određenih pravnih propisa, jer bi u protivnom preuzeo ulogu sudije.

7.

Slična je situacija i kada vještak prilikom izrade nalaza koristi i ocjenjuje za potrebe vještačenja određena dokazna sredstva koja su pribavljena od strane suda ili drugih nadležnih organa (na primjer, kada analizira i ocjenjuje dokaznu vrijednost zapisnika o uviđaju i crteža lica mjesta, te dokaznu vrijednost iskaza svjedoka i stranaka prikupljenih u prilikom uviđaja).

Ocjena dokaza u svakom kognicionom postupku je u isključivoj i neprikosnovenoj nadležnosti suda koju on vrši po pravilima postupka koji vodi. Tako, na primjer, u parničnom postupku, građanski parnični sud slobodno i bez miješanja bilo koga drugog, pa ni vještaka¹⁸, cijeni dokaze koje su stranke izvele na glavnoj raspravi isključivo po pravilima sadržanim u Zakonu o parničnom postupku.¹⁹ To što je, na primjer, određeno i provedeno po vještaku odgovarajuće struke, psihijatrijsko vještačenje radi utvrđivanja sposobnosti za rasuđivanje određene osobe, ne znači da je to i jedini dokaz koji sud treba imati u vidu, niti da samo na tom dokazu, koliko god da je uvjerljiv, treba zasnovati svoju odluku.²⁰

¹⁸ „Činjenice važne za presuđenje utvrđuje sud, a ne vještak” – citirano prema odluci Vrhovnog suda Srbije br. Rev-3771/97 godine, objavljenoj u Čosić-Krsmanović, *Aktuelna sudska praksa iz građansko-procesnog prava*, Beograd, 2000, str. 97.

¹⁹ „Koje će činjenice uzeti kao dokazane, odlučuje sud na osnovu slobodne ocjene dokaza. Sud će savjesno i brižljivo ocijeniti svaki dokaz zasebno i sve dokaze zajedno“ (čl. 8 Zakona o parničnom postupku).

²⁰ „Psihijatrijsko vještačenje svakako je odlučak putokaz pri utvrđivanju umne odnosno poslovne sposobnosti neke osobe, ali ne i jedini dokaz koji sud treba imati u vidu“ (Odluka Vrhovnog suda

8.

Prema tome, sam nalaz i mišljenje koji je sud od vještaka zatražio kada je ustanovio da je radi utvrđenja ili razjašnjenja određenih činjenica potrebno stručno znanje kojim sud ne raspolaže, predstavlja samo jedan od niza dokaza koji sud cijeni po pravilima odgovarajućeg kognicionog postupka, što znači da ga može, ali i ne mora prihvatiti kao relevantan dokaz za konačno utvrđenje pravno relevantnog činjeničnog stanja.

9.

I pored činjenice što je takvo postupanje predlagača vještačenja i organa koji vodi postupak, kojim se od vještaka traži ocjena pravnih ili činjeničnih pitanja u direktnoj suprotnosti sa zakonom (ZKP, ZPP), stranke predlažu, a sudovi prihvataju i nalažu vještacima da vještače u ovakvim slučajevima, čime na direktan način ugrožavaju pravnu sigurnost građana i vrijeđaju osnovne principe o pravu svakoga na pravično suđenje sadržane u Ustavu BiH i Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

U ovakvim slučajevima zakonska i moralna obaveza vještaka je da odbiju da se izjašnjavaju po tako formulisanom predmetu i obimu vještačenja.

Zaključak

Uloga vještaka kao stručnih pomoćnika suda u svim postupcima u kojima se utvrđuju pravno relevantne činjenice od neprocjenjive je vrijednosti za pravilno i pravedno odlučivanje povodom pravozaštitnih zahtjeva građana i od značaja za ostvarenje socijalne pravde uopšte.

Međutim, u gotovo svim kognicionim postupcima ustalila se praksa da organi koji vode navedene postupke (na primjer: sudovi), zanemarujući procesne norme kojima se uređuje funkcija vještaka, povjeravaju vještacima da oni umjesto njih ocjenjuju relevantne činjenice i dokazna sredstva za donošenje odluke ili pak da u svom nalazu i mišljenju daju odgovore na određena sporna pravna pitanja, tako da se stiče utisak da ne sude sudovi, već vještaci.

Upravo zbog navedenih razloga smatramo da je neophodno da zakonodavac, de lege ferenda, prilikom uređenja svakog kognicionog postupka,

Hrvatske br. Rev. 1522/81 objavljena u J. Čizmić, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Sarajevo, 2009, str. 344, str. 434).

posveti više pažnje uređenju funkcije vještaka kao stručnih pomoćnika suda preciznim definisanjem odnosa vještaka i organa koji vodi postupak, te određivanjem jasnijih granica ovlaštenja vještaka u postupku.

Slobodan Stanišić, PhD, Attorney

Associate Professor

Faculty of Legal Sciences, “Apeiron“ University, Banja Luka

EXPERTISE AS EVIDENCE IN COGNITIVE PROCEDURES

Summary

The role of the expert as a professional assistant in all court proceedings that determine legal facts is invaluable for proper and fair decision on the claims of citizens and of importance for the realization of social justice in general.

However, in almost all cognition processes can become common practice to bodies of water mentioned procedures (eg courts), ignoring procedural norms regulating the function of the expert witness, expert witnesses entrust to them instead assess the relevant facts and evidence to the decision or order in his report provide answers to certain contentious legal issues, so that the impression is not to judge the courts, but the experts.

Precisely because of the above reasons, we believe that it is essential that the legislator, when arranging each kognicionog process, pay more attention to the arrangement functions as an expert professional assistants Court precisely defining relations expert and authority conducting the procedure, and determining the limits of the powers clearer expert in the procedure.

Keywords: *expert, expertise, evidence, cognitive procedure*

ПРАВНА КВАЛИФИКАЦИЈА ПОКЛОНА УЧИЊЕНОГ СУПРУЖНИЦИМА

Др Дарко Радић*

***Апстракт:** Уговор о поклону, првенствено због мотива добротности (*animus donandi*) као његовог конститутивног елемента, представља специфичан уговор. Када се као уговорна страна на позицији поклонопримца појављују супружници ситуација је правно посматрано сложена, јер тада поред општих правила уговорног права има мјеста за примјену и правила породичног права. Уважавајући специфичности имовинских односа у браку, правна судбина поклоне који трећа лица чине супружницима уређена је правилима законског брачног имовинског режима. И поред релативно јасних критеријума за правну квалификацију поклоне у потоњој ситуацији, разматрање позитивно-правних правила мјеродавних за стицање заједничке, односно посебне имовине, као и упоредноправна анализа упућују на став да постоје формалноправни и правно-логички аргументи да се поклон у посматраној ситуацији правно квалификује као посебна имовина једног од супружника или као дио посебне имовине сваког од њих. Аутор у овом раду управо расправља о критеријумима за правну квалификацију поклоне када су поклонопримци супружници заједно, односно разматра основаност предвиђања другачијег правног финала од оног којег произлази из позитивног права.*

***Кључне ријечи:** уговор о поклону, предмет поклоне, посебна имовина, заједничка имовина.*

* Доцент на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци

1. Увод

Закључењем брака супружници ступају у бројне и разноврсне односе, који се, између осталог, међусобно разликују према њиховој правној природи, односно према њиховој улози и значају за брак и породицу. Међутим, без обзира на правне и метаправне разлике између брачних односа, неспорно је да међу њима постоји уска веза, или боље речено, међусобна условљеност и испреплетеност. Идентитет субјективног елемента у свим тим односима је, у ствари, њихов интегративни фактор, али истовремено и детерминанта специфичности регулативе правних дејстава брака.

Ово нарочито вриједи за имовинска дејства брака у односу на која се примјењују општа правила имовинског права, али се предвиђају и предност у примјени имају и посебна правила породичног права. На овај начин, у складу са домаћом правном традицијом, законодавац настоји да оствари више важних правно-политичких циљева, а на првом мјесту заштиту интереса брака и породице, односно правну сигурност за учеснике имовинских односа – за супружнике, али и трећа лица.

Управо у свјетлу претходних тврдњи, уговор о поклону може се легитимисати као правни посао који, поред свих својих посебности, добија на додатној специфичности у ситуацији када се као контрахенти или као једна од уговорних страна појављују лица везана браком. Посебан проблем у потоњој ситуацији представља правна квалификација предмета уговора о поклону са становишта примјене законског брачног имовинског режима. У том смислу, централно питање у овом раду односи се на разматрање критеријума темељем којих се поклон учињен супружницима од стране трећих лица квалификује као заједничка или посебна имовина супружника и правних посљедица њихове примјене. Дакле, предмет истраживања у овом раду уско је центриран и односи се на само претходно означени аспект уговора о поклону и искључиво у ситуацији када се на страни поклонопримца појављује један или оба супружника.

2. Елементи за правну квалификацију поклоне учињеног супружницима

СТИЦАЊЕ имовине на основу уговора о поклону је маркантан, типичан начин стицања посебне имовине током брачне заједнице. Иако се ствар чини неспорном и врло јасном, озбиљнија анализа указује на одређене проблеме и недоумице који заслужују да се о њима расправља. Разматрања такве врсте могу послужити као основа да се утврди којем од супружника припада предмет уговора о поклону, односно да ли поклон може и под којим условима бити заједничка имовина. Проблем је постављен у смислу разматрања ситуације у којој се као поклонодавци јављају трећа лица.

Супружници, дакле, током брака добијају поклоне разних намјена у разноврсним ситуацијама и од стране различитих лица са којима се налазе у одређеном субјективном односу. Поклоном се сматрају не само ствари које се преносе у својину супружника, већ и свака друга имовинска корист коју овај оствари без обавезе на противчинидбу (опрост, дуга, бесплатно уступање потраживања, итд.). То може бити и рад, односно чињење у корист супружника за које се не захтијева противнакнада и које се предузима из мотива добротинства (*animus donandi*). У пракси је чест случај да трећа лица (сродници, пријатељи, комшије) пружају помоћ супружницима улажући свој бесплатан рад у различитим пословима, или их помажући на друге начине (нпр. изградња заједничке куће, уступање стана на бесплатну употребу, итд.). И у том случају ради се о поклону.¹ Законодавац у Републици Српској, имајући у виду учесталост оваквих ситуација, није пропустио да у одредби чл. 270 ст. 6 Породичног закона², иза термина *поклони*, у заграду стави појашњење, тј. изрази јасан став да поклонима сматрају и: новац, ствари, пружање помоћи радом и слично.³

¹ Ипак, биљежимо ријетке примјере другачијег става суда: „Околност да су се брачни другови низ година бесплатно хранили код родитеља једног од њих оцијењена је као дио доприноса тога брачног друга у стицању заједничке имовине.“ –Врховни суд Хрватске, Рев. 661/87, од 13.10.1987; наведено према Жувела, М., *Збирка судских одлука из породичног права*, Народне новине, Загреб, 1988, одлука бр. 171а, стр. 124 и 125.

² Породични закон – ПЗ РС (Службени гласник РС, бр. 54/02, 41/08 и 63/14).

³ То потврђује и судска пракса: „У случају када заједнички подижу кућу и у томе их помажу бесплатним радом пријатељи једног од брачних другова, нормално је узети да су те бесплатне услуге учињене у корист оба брачна друга и у намјери да се помогне њихово заједничко домаћинство, па би супротно требало доказати.“ – Врховни суд БиХ, Гж. 4771/67 од 12.03.1967. године. Извор: *Збирка судских одлука*, књига 12, свеска 1, одлука бр. 19. „Када сродници једног

Уколико је воља (намјера) поклонодавца, у смислу означавања поклонопримца, јасно саопштена, односно несумњиво изражена, ситуација је једноставна.⁴ Поклон, у том случају, припада само оном супружнику који је означен као поклонопримац и улази у његову посебну имовину којом овај самостално управља и располаже. Овакво рјешење произлази и из општих правила облигационог права, али и из посебних правила породичног права.⁵ У случају да исти поклонодавац чини више поклона истовремено⁶, изјављујући који су поклони за једног, а који за другог супружника, вриједи претходно изложено правило.

Ипак, могуће су, па и неријетке, ситуације у којима се поклонодавац није несумњиво одредио у погледу поклонопримца. То је посебно чест случај приликом свадбених весеља, када се од стране учесника истих младенцима или трећем лицу (којем према свадбеном протоколу припада значајна улога) предају бројни и различити поклони.⁷ Таква врста ситуација захтијева увођење додатног, или боље речено, додатних критеријума, чијом би се примјеном омогућило разрјешење проблема и дефинитивно утврдило под који правни режим подвести предмет поклона. То је био и *ratio legis* за законодавца у Републици Српској када је ставом 6 члана 270 ПЗ РС прописао правила према којима се цијене поклони учињени супружницима током брака. Наиме, постављена је правна претпоставка да поклони трећих лица учињени супружницима за вријеме брака улазе у њихову заједничку имовину, без обзира на то који их је супружник примио.⁸ Међутим, законодавац је истовремено предвидио и могућност другачијег исхода: да поклон припада само једном од супружника, уколико то произлази из намјене поклона, или се из околности под којима је поклон учињен може закључити да је намјера

и другог брачног друга бесплатним радом учествују у подизању куће за становање брачних другова, таква њихова помоћ представља поклон који је брачним друговима учињен заједнички, уколико се нешто друго не докаже“ – Савезни врховног суд, Гж. 10/57. Извор: *Збирка судских одлука*, књига 2, свеска 1, одлука бр. 40.

⁴ Намјера поклонодавца да поклон учини само једном супружнику не мора бити изјављена изричито (у писаној или усменој форми), већ се може изразити и прећутно (на основу аката поклонодавца може се несумњиво утврдити постојање правнорелевантне намјере).

⁵ Вид. чл. 270 ст. 6 и 7 ПЗ РС.

⁶ Не у смислу апсолутне истовремености чињења поклона, већ сукцесивно дајући поклоне један иза другог. Дакле, мисли се на функционалну и просторну истовременост.

⁷ Понекада, након вјенчања и весеља, чак није могуће утврдити ко је поклонодавац одређене ствари, јер сами младенци нису преузели исти.

⁸ Овакво рјешење више одговара режиму заједничке имовине. Цвејић-Јанчић, О., *Породично право (књига I – Брачно право)*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2009, стр. 133.

поклонодавца била да дарује само једног супружника. Дакле, неопходно је водити рачуна о законом прописаним критеријумима за правно квалификовање поклона.

Први критеријум који је предвиђен поменутиим прописом, јесте намјена поклона. Намјена поклона у већини случајева одсликава пређутни израз воље, односно намјеру поклонодавца. Тако, нпр. ако се супружницима поклони ловачка пушка, а само супруг (који се бави ловом) испуњава законом прописане услове за ношење и коришћење ловачког наоружања, несумњива је намјера поклонодавца да управо тог супружника учини поклонопримцем. Иначе, у погледу многих ствари, али и права, није тешко закључити коме су као поклон намијењени, имајући при том у виду њихову намјену, односно природу, као и личност потенцијалног поклонопримца. Неспорно је и да су добра која служе задовољавању искључиво личних потреба једног супружника (лична гардероба, козметика, накит, и сл.) у ствари предмет њему учињеног поклона, односно предмет његове посебне имовине. Међутим, поставља се питање каква је правна судбина поклона који, с обзиром на његову намјену, могу користити оба супружника (књиге, телевизор, рачунар, аутомобил, и сл.). Ако из околности под којима је поклон учињен не произлази другачије, према позитивноправним одредбама, такав поклон трећих лица учињен током брачне заједнице улази у заједничку имовину⁹. При томе, ирелевантна је чињеница који је од супружника примио поклон. Дакле, примјену правила да се ради о предмету заједничке имовине, евентуално могу искључити околности случаја под којима је поклон дат супружницима, а које би упућивале на закључак да је намјера поклонодавца била другачија. Будући да су намјена поклона и њен утицај на одређивање правног режима, који се има примијенити на исти, напријед разматрани, те да је евидентирано да могу постојати ситуације

⁹ Интересантно је да у цитираној одредби ст. 6 чл. 270 ПЗ РС законодавац употребљава синтагму „заједничка брачна имовина“. Осим у наведеном случају, у остатку ПЗ РС употребљава се искључиво термин „заједничка имовина“, што је и исправно, јер заједничка имовина и не може да се конституише без брака (и заједнице живота) који је њен конституенс, изузев у ванбрачној заједници под законом предвиђеним условима. Будући да се разматрана одредба тиче поклона учињених „током брачне заједнице“, сасвим је јасно да је овдје одредница „брачна“ сувишна кад се истовремено користи са термином заједничка имовина. Сматрамо да се ради о редакторској грешци, никако о намјери одступања од уобичајеног приступа. Ипак, тешко да се обичан читалац законског текста може отети утиску да је законодавац заиста желио да нагласи предност заједничке имовине у односу на посебну имовину супружника. Цитирани пропис потпуно је преузет из раније важећег породичног законодавства (чак се у једном дијелу текста помиње „брачни друг“, а у другом „брачни супружник“, иако се реформом у овој области права законодавац јасно определијелио за други термин). Упор. чл. 270 ст. 6ПЗ РС и чл. 264 ст. 3 Породичног закона СР БиХ – ПЗ СРБиХ (Службени лист СР БиХ, бр. 21/79 и 44/89).

у којима примјена овог критеријума не може несумњиво довести до одређења поклонопримца, то преостаје да се анализира дејство околности под којима је поклон учињен.

У недостатку јасне изјаве воље поклонодавца, односно уколико се према намјени поклона не може са сигурношћу утврдити којем од супружника је поклонодавац исти намијенио, законодавац упућује на разматрање околности под којима је поклон учињен. Јасно је да се ради о посљедњем допунском критеријуму који законодавац предвиђа, сматрајући да ће то бити сасвим довољно да се ријеше све нејасне ситуације. И заиста, у значајном броју случајева примјена овог посљедњег законом прописаног допунског критеријума може пружити солидну основу за одлучивање. Поставља се питање шта би све требало обухватити околностима чињења поклона, које могу бити од помоћи приликом доношења одлуке и који временски тренутак сматрати релевантним? Временску одредницу дао је законодавац истичући да је задатак органа примјене права да наведене околности цијени у моменту давања поклона.¹⁰ Остаје потреба да се да одговор на први дио постављеног питања.

Давање (чињење) поклона, у правилу, прате бројне околности. Међутим, сматрамо да би неке од њих требало посебно пажљиво посматрати.¹¹ То су, превасходно, околности које се односе на сâм догађај, или боље речено на повод, односно разлог за чињење поклона, са једне стране; и веза, тј. однос између поклонодавца и супружника, са друге стране. Ситуације у којима се чине поклони врло су разноврсне, па и честе (вјеридба, завршетак школовања, извођење сценског дијела, постизање спортских резултата, итд.). Уколико је поклон учињен поводом личног успјеха једног супружника (дипломирање на факултету, побједа на спортском такмичењу, подвиг и исказана храброст у неком догађају), његовог личног остварења (промоција књиге или научног дјела, презентација пословног резултата, приређивање изложбе) или ситуације у којој се то лице нашло (прослава рођендана, солидарисање и помоћ са лицем којем је оштећена или уништена имовина или њен дио), сматрамо неспорним да се у том случају ради о поклону учињеном само том супружнику, односно о предмету његове посебне имовине.

¹⁰ Иако синтагма „давање поклона“ може навести на предају ствари (или извршење чинидбе), што представља акт реализације уговора о поклону; сматрамо да је законодавац у цитираном пропису у виду имао тренутак закључења, перфекције уговора.

¹¹ J. Herring истиче да се намјера поклонодавца може спознати на основу околности случаја, па тако сматра да је разумно претпоставити да је намјера поклонодавца да свадбени поклон буде заједничка имовина, осим ако не постоје докази који упућују на супротно. Вид. Herring, J., *Family Law* (Second edition), Oxford University, Pearson – Longman, 2004, стр. 130.

Посебна пажња у правној теорији, али и судској пракси посвећује се поклонима учињеним супружницима приликом свечаности вјенчања. У великој већини случајева намјера трећих лица је да поклоне у таквим приликама, односно поводом таквих догађаја, учине супружницима заједно. Ако поклонодавци и пропусте да то изразе јасном изјавом воље или конклюдентним чинима, а предмет поклона су ствари за заједничку употребу, односно ствари које могу користити оба супружника; онда учињени поклони улазе у заједничку имовину. Намјена поклона у садејству са околностима под којима је исти учињен, довољни су аргументи да се дати (учињени) поклон оквалификује као заједничка имовина.¹² При томе, важно је осврнути се и на значај околности који је од супружника примио, односно преузео предмет поклона. Законодавац је прописао да се у разматраној ситуацији ради о заједничкој имовини, без обзира на то који од супружника је поклон примио. С друге стране, имајући у виду начело консензуализма и општа правила уговорног права која се односе на форму уговора, јасно је да се предаја предмета поклона не сматра перфекцијом уговора, већ његовим извршењем.¹³ Сљедствено томе, пријем поклона од стране само једног супружника није тренутак постизања сагласности о битним елементима уговора који упућује и на одговор питања „ко су уговорне стране?“, већ се ради о извршењу уговорне обавезе поклонодавца. Дакле, у посљедњој разматраној ситуацији ова чињеница је без значаја за правну судбину поклона.

У неким ситуацијама није довољно примијенити све претходно образложене критеријуме како би се дошло до одговора на питање којем од супружника поклон припада. Управо из тих разлога корисним се може показати и сљедећи критеријум. То је субјективни однос, веза између поклонодавца и супружника.¹⁴ Наиме, овај критеријум врло је погодан за примјену у комбинацији са претходним и његово уважавање од стране органа примјене права доприноси свеобухватнијем и квалитетнијем разматрању „околности у моменту давања поклона“. У том смислу одно-

¹² Вид. чл. 270 ст. 6 ПЗ РС.

¹³ Радишић, Ј., *Облигационо право – општи део*, треће измењено и допуњено издање, Савремена администрација, Београд, 1988, стр. 104; наведено према Мораит, Б., *Облигационо право – књига прва*, друго измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2007, стр. 334.

¹⁴ Вид. V. Szigligeti, *Házassági vagyonjog*, Budapest, 1959, стр. 85; наведено према Гамс, А., *Брачно и породично имовинско право*, Научна књига, Београд, 1966, стр. 56; Панов, С., „О заједничкој својини у браку“, *Анали Правног факултета у Београду* бр. 1-3/98, стр. 70; Сворцан, С., *Имовински односи супружника према Породичном закону Републике Србије*, стр. 156 и 157; Илић, Т., *Имовински односи разведених супружника*, Службени гласник, Београд, 1996, стр. 112.

си сродства, пријатељства, кумства, могу бити од помоћи у одређивању поклонопримца. Према томе, уколико је поклонодавац сродник или пријатељ једног супружника, а у немогућности одређивања поклонопримца примјеном претходних критеријума, поклонопримцем би се могао сматрати управо тај супружник.¹⁵

Као један од (допунских) критеријума који може послужити у правном квалификовању поклона учињених супружницима током брачне заједнице, у правној теорији истиче се и околност сношења трошкова организације догађаја, приликом којег је поклон и учињен. Примјеном овог критеријума требало би обухватити шири круг лица, а не само супружнике. Другим ријечима, у везу са поклоном треба довести, поред самог догађаја (евентуалног повода), и лица која сnose трошкове организације истог (уколико има таквих лица осим супружника), односно њихову релацију у односу на супружнике. Пледирањем за примјену овог критеријума жели се обезбиједити досљедност приступа у утврђивању правне природе имовине поклоњене супружницима и истовремено истакнути његова допунска и корективна функција у односу на претходно изложене критеријуме. „Посебно је правична корективна функција овог начела. Наиме, било би супротно начелу савјесности и поштења да једна страна сноси трошкове организације свечаности, а друга страна се „истиче“ скупочијеним поклонима свом рођаку.¹⁶

Коначно, уколико се не може утврдити да је поклон учињен једном од супружника, исти представља предмет заједничке имовине. За разлику од овог рјешења усвојеног у позитивном праву, у правној теорији постоје другачија размишљања. Наиме, значајан број аутора сматра да поклони, чак и када су учињени супружницима заједно, улазе у њихову посебну имовину, те да никако не могу бити предмет заједничке имовине супружника. Према заступницима овог мишљења, супружници могу бити сувласници на поклоњеној ствари или саповјериоци у поклоњеном потраживању, и сл. Не и заједничари.¹⁷

¹⁵ Такво рјешење садржи право Аустралије. Вид. Australia by Neville Turner, J., *International Encyclopedia of Laws*, General editor prof. dr R. Blanpain, Kluwer Law International, Hague, London, Boston, 1997, стр. 117; наведено према Панов, С., *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник, 2008, стр. 587.

¹⁶ Панов, С., исто.

¹⁷ Гамс, А., исто; Суџум, Р., *Имовински односи брачних другова*, Институт за социјалну политику, Београд, 1982, стр. 242; Поњавић, З., *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2007, стр. 364; Драшкић, М., *Породично право и права дјетета*, *Породично право и права дјетета*, Чигоја штампа, Београд, 2005, стр. 408; Станковић, О., Орлић, М., *Стварно право*, Савремена администрација, Београд, 1989, стр. 226; Алинчић, М.,

Полазећи од правила да се заједничка имовина стиче радом, евидентно је да су поклони учињени супружницима ван домаћаја ове норме.¹⁸ Овдје је ријеч о бестеретно стеченој имовини. Чак и у ситуацији када би оставилац супружнике одредио као једине насљеднике или насљеднике одређеног дијела заоставштине, не дефинишући при томе насљедни дио сваког од њих, јасно је да наслијеђена имовина не може бити заједничка имовина.¹⁹ Поред аргумента да се ради о бестеретно стеченој имовини, истиче се и чињеница да су удјели поклонопримаца познати, одређени.²⁰ Са друге стране, сврставање поклона у заједничку имовину генерише проблем недоследне примјене концепта диобе заједничке имовине; уколико се иста, на захтјев једног супружника који сматра да му припада већи дио од претпостављене једне половине, врши утврђивањем удјела заједничара сразмјерно њиховом раду и доприносу. Наиме, тешко је дати одговор на питање како да се утврде удјели супружника – када се на захтјев једног од њих обара претпоставка о једнакости удјела – у односу на имовину за коју нису уложили рад, нити дали до-

и др., *Обитељско право*, Народне новине, Загреб, 2006, стр. 507. У том смислу изјашњава се и судска пракса: „Ствари добивене на поклон приликом веридбе и венчања не могу се сматрати заједничком имовином, јер нису стечене радом у току брака, али се странке могу споразумети у погледу деобе таквих ствари.“ – Врховни суд Југославије, Рев. 1371/59; наведено према Драшкић, М., исто.

¹⁸ Истина, приходи од заједничке имовине не морају бити резултат рада, па ипак спадају у заједничку имовину. Међутим, приходи од заједничке имовине, и када нису остварени радом заједничара, индиректан су резултат рада супружника, јер потичу од ствари и права које су супружници стекли радом; посљедице су уложеног труда и рада који се објективизирају након тренутка стицања ствари или права.

¹⁹ Ако оставилац супружницима остави цијелу заоставштину не одредивши њихове насљедне дијелове, исти ће наслиједити оставиоца са једнаким дијеловима. Уколико су супружници заједно одређени као насљедници одређеног дијела заоставштине, или оног дијела који није припао другим насљедницима; онда ће им припасти по $\frac{1}{2}$ тог дијела заоставштине. У сваком случају, нема мјеста неодређености (неодредивости) насљедних дијелова супружника, те наслијеђена имовина улази у посебну имовину супружника. Вид. Гамс, А., *Брачно и породично имовинско право*, стр. 54 и 55; Суџум, Р., *Имовински односи брачних другова*, стр. 244 и 245; Бабић, И., *Наследно право – треће измењено и допуњено издање*, Службени гласник, Београд, 2008, стр. 142 и 143.

²⁰ Тако и Гамс, А., *Брачно и породично имовинско право*, стр. 55 и 56; Суџум, Р., *Имовински односи брачних другова*, стр. 242. Ако уговором о поклону није предвиђено колики су удјели супружника као сувласника, односно саповјерилаца у односу на предмет поклона, има се сматрати да су једнаки. Према општим правилима облигационог права, сваки супружник (поклонопримац) као повјерилац из облигационог односа насталог на основу уговора о поклону може захтијевати свој дио потраживања, а ако није шта друго одређено, то је једнак дио потраживања. Али, ако је обавеза поклонодавца недељива, онда сваки супружник може захтијевати њено испуњење у цијелости. Ако је испуњење недељиве обавезе примио један супружник, онда други супружник има право захтијевати да му првопоменути преда његов дио, односно једнак дио, ако није шта другачије уговорено. (вид. чл. 412 ст. 3, чл. 434 и 435 Закона о облигационим односима). То је *in fine* у хармонији са претпоставком једнакости удјела супружника у заједничкој имовини.

принос у њеном стицању.²¹ Уколико се прихвати становиште да поклон супружницима улази у посебну имовину, онда овакво рјешење не би узроковало описани проблем, па чак нити у ситуацијама када се поклон учињен супружницима састојао у помоћи исказаној кроз рад приликом стицања заједничке имовине (нпр. помоћ у изградњи породичне куће). У случају утврђивања удјела супружника у поступку диобе заједничке имовине у претходно описаној ситуацији, та чињеница не утиче на обим утврђених доприноса супружника, јер су ови као сувласници поклона са једнаким доприносима, барем у овом дијелу, учествовали у стицању ствари.²²

3. Упоредноправни приказ проблема

За разматрање постављеног проблема сматрамо корисним да се у кратким цртама представе и анализирају релевантна упоредноправна рјешења. Питање правне квалификације поклона није јединствено уређено у упоредном праву. У погледу рјешавања овог питања евидентни су различити приступи у европским националним законодавствима, од фаворизовања заједничке имовине и увођења претпоставке или правила да је поклон учињен супружницима дио њихове брачне имовине, до сасвим резолутног става да поклон ни под којим околностима не може бити саставни дио заједничке имовине супружника.

У француском законодавству опште је правило да ће се у посебну имовину уврстити и она имовина (права и ствари) коју супружник током брака стекне наслеђивањем и темељем уговора о поклону.²³ Међутим,

²¹ Вид. Суцум, Р., *Имовински односи брачних другова*, стр. 244.

²² Нпр. ако је у поступку утврђено да је један супружник имао већи допринос у стицању заједничке имовине, његов сувласнички удио у поклону (примљеној помоћи у раду) који је уложен у стицање заједничке ствари (изградњу куће) „поништава се“ са истом врстом и истим обимом доприноса другог супружника, па се удио првог у заједничкој имовини у односу на удио другог неће повећати, нити смањити (барем када је ријеч о конкретной заједничкој ствари – изграђеној кући). Дакле, сувласнички режим поклона никако не утиче на однос између удјела заједничара, чак и када се удјели утврђују сразмјерно раду и доприносу. То се, ипак, не може рећи за случај када је предмет поклона у заједничкој имовини супружника. Наиме, ако један од заједничара у поступку пред судом докаже да има већи удио у заједничкој имовини од законом претпостављене $\frac{1}{2}$, онда ће сразмјерно томе његов удио у предмету уговора о поклону као саставном дијелу заједничке имовине, такође, бити већи од $\frac{1}{2}$. То, заправо, значи да би правно финале приликом диобе заједничке имовине, у одређеним ситуацијама, могло значајно да одступи од равноправне, једнаке позиције супружника, какву су имали у тренутку закључења уговора о поклону када су наступили као поклонопримци.

²³ Вид. Guimezanes, N., „Family Law in France“, у *Family Law in Europe*, ed. by Hamilton, C., Standley, K., London, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 1995, стр. 134.

када је ријеч о поклонима који су учињени супружницима заједно (као нпр. приликом вјенчања), онда као у нашем позитивном праву такви поклони улазе у заједничку имовину, осим када је другачије уговорено. Дакле, посебну имовину супружника сачињава и она имовина коју супружник бестеретно стиче током брака насљеђивањем и темељем уговора о поклону, осим у случају када је поклон учињен супружницима заједно или када је вољом поклонодавца одређено да предмет уговора о поклону улази у заједничку имовину.²⁴ Сасвим је јасно да законодавац фаворизује заједницу добара, што је, између осталог, видљиво и из претпоставке да су покретне и непокретне ствари заједничка имовина, уколико није доказано (утврђено) да се ради о посебној имовини једног од супружника.²⁵

Другачији приступ према овом проблему има италијански законодавац. Имовина прије брака и бестеретно стечена имовина током брака (поклони, насљедство) чине посебну имовину супружника. У посебну имовину супружника улазе и ствари за личну употребу, али и ствари које један супружник користи у вршењу своје професије (занимања).²⁶ Критеријуми за правно квалификовање ствари и права која улазе у режим посебне имовине у руском породичном законодавству готово су идентични са претходно разматраним. Имовина супружника у вријеме закључења брака остаје њихова посебна имовина, с тим да супружник посебну имовину може стећи и током брака под условом да се ради о поклону, насљедству или имовини која је стечена на неки други бестеретни начин.²⁷ Исту правну судбину имају ствари за личну употребу, упркос чињеници да су набављени средствима из заједничке имовине.²⁸

²⁴ Вид. чл. 1405 ст. 1 и 2 Француски грађански законик – даље: ФГЗ (*Code Civilfrançais 1804.* – у верзији од 20. фебруара 2004. године (*ordonnance n° 2004-164 du 20 Feb. 2004*), са амандманима од 4. априла 2006. године (*Act no. 2006-399 of 4 April 2006*). Превод са француског на енглески језик *Georges Rouhette* и *Anne Berton*).

²⁵ Исту претпоставку предвиђа и италијанско право. Упореди чл. 1402 ст. 1 ФГЗ и чл. 219 Италијанског грађанског законика – даље: ИГЗ (*Il Codice Civile Italia 1942, GazzettaUfficiale, n. 79 del 4 aprile 1942, у верзији од марта 2000. године*). Превод са италијанског на енглески *F. Chiaves* и *P.G. Monateri*.

²⁶ Вид. Timoteo, M., „Family Law in Italy“, у *Family Law in Europe*, ed. by Hamilton, C., Standley, K., London, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 1995, стр. 276.

²⁷ Чл. 36 ст. 1 Породичног закона Руске Федерације – даље: ПЗ РФ (*Семейный кодекс Российской Федерации*, бр. 223-ФЗ од 29.12.1995. године, са амандманима N 140-ФЗ, N 94-ФЗ, N 32-ФЗ, N 122-ФЗ, N 185-ФЗ, N 71-ФЗ, N 231-ФЗ, N 258-ФЗ, N 194-ФЗ, N 49-ФЗ, N 106-ФЗ – даље: ПЗ РФ). Имовину коју супружници стекну током брака, али након престанка заједнице живота, суд може верификовати као посебну имовину (чл. 38 ст. 4 ПЗ РФ).

²⁸ Ипак, уколико се ради о драгоценостима или луксузним предметима, онда се такве личне ствари, због њихове вриједности, сматрају заједничком имовином. Вид. чл. 36 ПЗ РФ.

У њемачком праву, све што су супружници стекли током брачне заједнице улази у заједницу прихода (брачну имовину). Изузетак од овог правила односи се на имовину коју супружник стекне наслеђивањем или на основу уговора о поклону. Овако стечена имовина не улази у заједницу прихода, односно у диобну масу.²⁹ Дакле, иако је одлучујућа чињеница да је стечена за вријеме брака, у заједницу прихода ипак неће ући имовина коју супружник током брака наслиједи, односно стекне као поклонопримац, јер овако стечена имовина има третман као имовина коју је супружник имао у тренутку закључења брака (почетна имовина). Прецизније речено, бестеретно стечена имовина једног супружника додаје се његовој имовини стеченој прије брака након што се изврши умањење потоње за износ дугова истог супружника и не може бити предмет диобе између супружника.³⁰

Шведски законодавац је према поклонима учињеним супружницима од стране трећих лица заузео врло јасан став који је досљедно примијењен кроз правила како законског, тако и уговорног брачног имовинског режима. Наиме, поклон који супружник прими од трећих лица, а која су изричито изјавила да је њихова намјера да то буде имовина поклонопримца, остаје посебна имовина тог супружника и ни у ком случају не улази у диобну масу. Исто вриједи и за имовину наслијеђену на основу тестаментa.³¹ Ове законске норме не могу бити дерогиране нити одредбама брачног уговора. Будући да се ради о бестеретно стеченој имовини супружника, *ratio legis* оваквог рјешења лежи у чињеници да се ради о добрима која је супружник наслиједио или на поклон добио уз изричиту вољу преносиоца, и то тако да првопоменути буде искључиви титулар пренесеног права, па би било неправедно да у предмету уговора о поклону учествује други супружник који није на било који начин допринио њеном стицању. Из заједничке имовине, такође, искључују се ствари за

²⁹ Вид. чл. 1374 ст. 2 Њемачког грађанског законика – даље: ЊГЗ (*Bürgerliches Gesetzbuch 1896. - BGB*, ступио на снагу 1.01.1900. године), у верзији од 2. јануара 2002. године (*Bundesgesetzblatt*, I р. 42, 2909; 2003 I р. 738), са амандманима од 19. фебруара 2007. године (*Bundesgesetzblatt*, I р. 122) и 4. децембра 2008. године (*Bundesgesetzblatt*, I 2586). Превод са њемачког на енглески *Musset*.

³⁰ Чл. 1374 ст. 2 ЊГЗ. Увећавање вриједности „почетне (посебне) имовине“ бестеретно стеченом имовином током брака у је функцији умањења разлике између „почетне имовине“ и „завршне имовине“ једног супружника. На овај начин смањује се обим оне имовине на коју ће се примјењивати правна правила диобе прихода. Сматрамо да је ово потпуно оправдано из разлога што је супружник имовину која се придодaje „почетној имовини“ стекао не улажући рад, већ искључиво вољом трећег због њихових међусобних релација и/или личних својстава супружника.

³¹ Вид. поглавље 7, чл. 2 Закона о браку Шведске – даље: ЗБШ (*Marriage Code SFS1987:230*).

личну употребу, као и непреносива права, односно права личне природе (права из пензијског осигурања, потраживања по основу из издржавања, накнада нематеријалне штете).³²

Иако је у законодавству Федерације Босне и Херцеговине, односно Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине прихваћен другачији модел брачне имовине (брачна стечевина, односно брачна тековина – која је уређена као сувласничка заједница, па су супружници титулари права која је сачињавају у познатом обиму³³) у односу на раније примјењивано породично законодавство (у којем је су супружници били титулари са неодређеним удјелима у правима из састава заједничке имовине), законодавци у посматраним правним системима преузели су одредбу раније важећег закона која се односи на правну квалификацији поклона учињеног супружницима од стране трећих лица.³⁴ Ријеч је дакле о идентичном рјешењу које садржи и законодавство Републике Српске.³⁵ Ипак, правно финале није исто, јер су супружници према релевантним одредбама ПЗ ФБиХ и ПЗ БД сувласници поклона, као и остатка брачне стечевине, односно брачне тековине са једнаким удјелима.³⁶

У хрватском и законодавству Републике Србије, поклони учињени супружницима не сврставају се у заједничку стечевину, односно у заједничку имовину. У случају немогућности утврђивања да је поклон учињен само једном од њих (што би представљало његову посебну имовину), вриједи опште правило имовинског права да су тада оба супружника поклонопримци са једнаким правима, односно титулари у односу на предмет поклона са равноправним удјелима.³⁷

³² Вид. поглавље 10, чл. 3 ЗБШ. У норвешком праву изузимање наведених добара не дешава се по сили закона, већ на захтјев једног од супружника. Вид. поглавље, 12 чл. 61 Закона о браку норвешке – ЗБН (*The Marriage Act Act 1991-07-04 no. 47*, ступио на снагу 1. јануара 1993. године), у верзији са амандманима закључно до 1. јануара 2009. године.

³³ Службене новине ФБиХ, бр. 35/05, 41/05 и 31/14), чл. 228 ст. 1 Породичног закона Брчко Дистрикта БиХ – даље: ПЗ БД (Службени гласник БД БиХ, бр. 23/07). Чл. 252 ст. 1 Породичног закона Федерације Босне и Херцеговине – даље: ПЗ ФБиХ (Службене новине ФБиХ, бр. 35/05, 41/05 и 31/14), чл. 228 ст. 1 Породичног закона Брчко Дистрикта БиХ – даље: ПЗ БД (Службени гласник БД БиХ, бр. 23/07).

³⁴ Упор. чл. 251 ст. 2 ПЗ ФБиХ, односно чл 228 ст. 2 ПЗ БД и чл. 264 ст. 3 ПЗ СРБиХ.

³⁵ Чл. 270 ст. 6 ПЗ РС.

³⁶ Упор. чл. 251 ст. 2 ПЗ ФБиХ, односно чл 228 ст. 2 ПЗ БД и чл. 270 ст. 6 ПЗ РС.

³⁷ Вид. чл. 168 ст. 2, чл. 171 ст. 1 и чл. 196 Породичног закона (Службени гласник РС, бр. 18/05, 72/11 и 6/15) односно чл. 253 ст. 2, чл. 248 и чл. 250 Обитељског закона (Народне новине, бр. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11, 25/13 и 5/15).

4. Закључак

Регулација имовинских дејстава брака захтијева рафинирана рјешења којима ће се уобзирити специфичности субјеката односа, импликације њихових имовинскоправних активности на интересе породице и нарочито њихове малољетне дјеце, а са друге стране обезбиједити функционалност у смислу односа међу супружницима, али и релација са трећим лицима у које супружници појединачно или заједнички улазе. У том смислу, неопходна су правила која ће у себи садржавати механизме заштите интереса породице и њених чланова и истовремено пружити правну сигурност и ефикасну заштиту за трећа лица.

Проблем правне квалификације поклона које трећа лица чине супружницима управо је нужно размотрити са становишта претходно поменутих критеријума, који су заправо координате у систему модерних и ефикасних брачноимовинских прописа. Имајући у виду гореизнесене аргументе, а који се односе на правну квалификацију поклона које супружницима за вријеме њихове брачне заједнице учине трећа лица, сматрамо да постојећа рјешења у позитивном праву заслужују извјесне корекције. Сљедствено томе, сматрамо да је квалитетније рјешење од постојећег да се у случају сумње који је од супружника поклонопримац, њиме сматрају оба супружника, али као сувласници или саповјериоци са једнаким дијеловима, не као заједнички власници. Тада би њихови сувласнички удјели у предмету поклона били у саставу њихових посебних имовина, а не дио заједничке имовине. Према томе, наш приједлог *de lege ferenda* је да се поклони учињени супружницима заједно од стране трећих лица третирају као предмет сувласничке заједнице и дио посебне имовине сваког од супружника, а не као предмет њихове заједничке имовине. Ово је потпуно у складу са општим принципима за одређивање заједничке имовине – која је резултат рада супружника, односно посебне имовине – која је резултат бестеретног стицања супружника.

Представљени приједлог никако не угрожава се интерес брачне, односно породичне заједнице, у смислу редуковања капацитета њене материјално-финансијске базе. Ово из разлога што супружници солидарно одговарају за заједничке обавезе, које прије свега обухватају обавезе преузете ради текућих потреба брачне, односно породичне заједнице, као и обавезе које се односе на издржавање малољетне дјеце и заједничког домаћинства. У наведеним случајевима супружници одговарају не само заједничком имовином, већ и својим посебним имовинама, па евентуал-

но увећање посебних имовина на рачун заједничке имовине, а у смислу предложене правне квалификације поклона које им чине трећа лица, неће угрозити интерес породице, брачне заједнице и малолетне дјеце супружника.

DarkoRadic, PhD
Assistant professor
Faculty of Law at University in Banja Luka

LEGAL CLASSIFICATION OF GIFTS GIVEN TO SPOUSES

Summary

Agreement on gift is, primarily due to motives of charity as its constituent element, a very specific contract. When a contracting party to the gift recipient position appear spouses, situation is legally considered complex, since then, in addition to the general rules of contract law there is room for the application of the rules of family law. Taking into account the specificities of property relations in marriage, the legal fate of gifts that third parties may make spouses is governed by the rules of the statutory marital property regime. Despite relatively clear criteria for the legal classification of gifts in the latter situation, the consideration of positive rules applicable to the acquisition of joint or separate property, as well as comparative analysis point to the view that there is a formal, legal and logical arguments that gift in the given situation legally qualifies as a special assets of a spouse or as part of a separate property of each of them. In this paper now are being discussed criteria for the legal qualification of gifts when spouses together appear as gift recipients, and author considers the suggestion different than legal final than the one derived from the positive law.

Key words: *agreement on gift, subject of gift, separate property, joint marital property.*

ПОСЕБНО ПРАВНО РЕГУЛИСАЊЕ ЗА ОДРЕЂЕНЕ ВРСТЕ СТВАРИ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Доц. др Раденко Јотановић*

Апстракт: У сваком савременом правном поретку, поред општег приватноправног регулисања које важи за све врсте ствари у грађанском праву, постоји и посебно јавноправно регулисање за одређене врсте ствари које је претежно уређено правилима управног права. Међутим, општа и посебна правила регулисања нису искључујућа, већ напротив треба да се међусобно усклађују и допуњују. У правном поретку Републике Српске многи посебни закони којима се регулише коришћење и управљање одређеном врстом ствари нису усклађени за Законом о стварним правима као општим прописом. Ради се првенствено о различитој терминологији која се користи у овим законима, тј. употреби другачијег назива за исти појам или употреби истог назива за различит појам, а што у пракси може довести до различитог тумачења, неразумијевања и сл. Због тога би терминологију коју користе поједини посебни закони требало ускладити са појмом општих, јавних и добара од општег интереса које регулише Закон о стварним правима, чиме би се успоставио исти правни режим за одређену врсту добара (својински или несвојински), затим одредио предмет добара под посебним правним регулисањем, имаоци права управљања, коришћења и располагања на тим добрима, односно имаоци појединих специфичних субјективних права, као и сама специфична субјективна права која постоје на овим добрима, начин њиховог уписа у јавну евиденцију непокретности итд.

Кључне ријечи: опште (приватно)правно регулисање, посебно (јавно)правно регулисање, општа добра, јавна добра, добра од општег интереса.

* Доцент на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци.

1. Увод

Реформом грађанскоправног законодавства у Републици Српској, првенствено доношењем Закона о стварним правима (у даљем тексту: ЗСП)¹ наступиле су бројне промјене у вези са правним регулисањем (статусом, уређењем, режимом) одређених имовинских (материјалних) добара. Једна од значајних новина јесте и правно регулисање добара која ЗСП разликује под називима „опште добро“, „јавно добро“ и „добро од општег интереса“ (чл. 7 и 8). Ради се о стварима које се налазе у посебном стварноправном уређењу и које се као такве разликују од општег стварноправног уређења ствари у грађанском праву.²

Опште стварноправно уређење обухвата општа (једнака) правила која важе за све врсте ствари на којима физичка или правна лица имају право својине као најшире, у границама одређеним законом, права држања, коришћења и располагања са стварју³. Посебно стварноправно уређење представљају одступања од овог општег правила која важе за поједине врсте ствари, а учињена су у циљу постизања неког ширег (општег, јавног) друштвеног интереса (користи), економског, културног или неког другог⁴. Ради се о добрима „...која се због неких својих својстава, функције или намјене сматрају добрима од тако великог и широког општег интереса да због тога требају имати посебан правни третман.“⁵ Да би законодавац успјешно остварио овај интерес потребно је управо да нормира одређена посебна правила која ће бити ограничавајућа за субјекте права која на тим добрима имају одређена својинска или нека друга субјективна грађанска права.

Посебна правна уређења одређене врсте добара није новина на нашем правном подручју. Ради се о правним ситуацијама у којима, поред грађанскоправног (приватноправног) уређења, постоје и одређена управноправна (јавноправна) уређења за поједине врсте добара. Тако

¹ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 124/08, 58/09 и 95/11.

² Термин „посебно стварноправно уређење“ користимо заједно са терминима „посебно правно уређење“, „посебно правно уређење за поједине врсте ствари“, „посебно уређење“, „посебан правни режим“, „посебан правни статус“, „посебно (стварно)правно регулисање“ и сл. као синонине како бисмо указали на посебне грађанскоправне норме које регулишу одређену врсту ствари. Посебно правно уређење, у ствари, поред грађанскоправних садржи и норме јавноправне природе које су чак и снажније изражене, односно доминантније.

³ В. чл. 17/1 ЗСП.

⁴ Станковић, О. и Орлић, М., *Стварно право*, Београд, 1996, стр. 61.

⁵ Gavella, N., *Грађанско право i посебна правна uređenja za određene vrste dobara, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, v. 62, br. 5-6/2012, стр. 1445.

је уставним⁶ и законским⁷ одредбама обезбијеђена правна заштита права својине заснованог на грађанскоправним начелима аутономије воље, равноправности страна, прометљивости права и имовинске санкције⁸. Али, истовремено са овим одредбама коегзистирају и одредбе којима се нормирају и бројна законска ограничења⁹ чија је сврха постизање јавног, односно општег интереса. Иако за општа (приватно)правна и посебна (јавно)правна уређења одређених врста добара важе различита правила регулисања, ипак се ради о сегментима правног поретка чији елементи коегзистирају у својеврсном „јединству супротности“.¹⁰ Њихов правни однос заснива се првенствено на принципу *lex specialis derogat legi generali*, тако да се опште (грађанско)правне норме примјењују супсидијарно у односу на посебне (управно)правне норме, тј. само уколико овим другим није у потпуности регулисан одређени правни однос.

У правној теорији наводи се да посебна правна уређења углавном представљају подручје примјене тзв. законских службености, које су врста јавноправног ограничења права својине и као такве институт управног права.¹¹ Законске службености сличне су праву службености јер од власника захтијевају пропуштање одређених радњи у сврху омогућавања управљања одређеном непокретношћу.¹² Међутим, код њих не постоји грађанскоправни однос типичан за право службености, првенствено због тога што нису тачно одређени субјекти тог односа, већ само

⁶ Чл. 54 Устава Републике Српске: „Сви облици својине имају једнаку правну заштиту“.

⁷ Чл. 17/2 ЗСП: „Свако је дужан да се уздржава од повреде права својине другог лица“.

⁸ Бабић, И., *Грађанско право, Књига I – Увод у грађанско право*, Бања Лука, 2011, стр. 21–28.

⁹ Чл. 56 Устава Републике Српске: „Законом се може ограничити или одузети право својине, уз правичну накнаду“. Чл. 2/1 ЗСП: „Право својине и друга стварна права могу се против власникове воље одузети или ограничити само у јавном интересу и под условима предвиђеним законом, у складу с принципима међународног права“. Чл. 2/2 ЗСП: „Законом се, у јавном интересу, а нарочито ради заштите природних богатстава, животне средине, здравља људи, културно-историјске баштине и другог, може ограничити или посебно уредити начин коришћења и располагања одређеним стварима“. Чл. 19 ЗСП: „Власник ствари не смије извршавати своје право својине преко граница које су свим власницима таквих ствари постављене на основу овог или посебног закона ради заштите интереса и сигурности Републике, природе, животне средине и здравља људи“. Чл. 20 ЗСП: „Право својине може у јавном интересу бити одузето или ограничено уз накнаду, у складу са законом“.

¹⁰ Gavella, N., *Грађанско право и посебна правна уређења за одређене врсте добара*, стр. 1450–1451.

¹¹ Popovski, A., *Zakonske služnosti u pravnom sustavu Republike Hrvatske, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka*, v. 35, br. 2/2014, стр. 851–870.

¹² „Законске служности можемо дефинирати као јавноправно ограничење права власништва којим се свагдашњег власника одређене некретнине обавезује на трпљење, односно пропуштање за које не постоји право на накнаду, ако друкчије није прописано законом“, Поповски, А., *op. cit.*, стр. 9.

обавеза власника на поштовање ограничења његовог права својине. Законске службености сличне су и сусједским правима,¹³ али то нису ни сусједска права јер сусједска права по својој правној природи и садржају не припадају праву службености, већ се ради о узајамним овлашћењима која се признају власницима сусједних непокретности.¹⁴ Законске службености познаје и ЗСП,¹⁵ али се на њих не примјењују правила о службеностима, већ се ту ради о различитим ограничењима права својине¹⁶.

Није само однос општих и посебних правила која регулишу поједине врсте добара сложен и подложен различитим тумачењима.¹⁷ Чини се да је овдје још већи раскорак кад је у питању однос унутар самих посебних правила. Наиме, у правној теорији, законодавству, па и пракси, постоје различита стајалишта, неразумијевања, недоумице и сл., у погледу разликовања и разграничења између ствари која се налазе у посебном (стварно)правном уређењу. Тако ЗСП, као што то уосталом није учињено ни једним другим, *lex specialis*, законима није дато јасно појмовно одређење (разграничење) појединих врста ствари и то „општег добра“, „јавног добра“ и „добра од општег интереса“. Због тога могу проистећи различита тумачења у погледу одређивања правног статуса сваког од ових добара појединачно. Стога је потребно указати на објекте (предмете) посебних правних уређења, затим треба расправити питања која се односе на право коришћења, управљања и располагања стварима која се налазе у посебном правном регулисању и титуларе тих права, специфична субјективна права која постоје на овој врсти ствари и титуларе тих права, упис и једних и других права у јавну евиденцију непокретности и друга значајна питања у овој правној области.

¹³ Митровић, М., *Сусједска права*, магистарски рад, Бања Лука, 2013, стр. 31–32.

¹⁴ Бабић, И. и др., *Коментар закона о стварним правима Републике Српске*, Сарајево, 2011. година, стр. 584–585 и Бабић, И. и др., *Коментар закона о стварним правима Федерације БиХ*, Сарајево, 2014, стр. 664.

¹⁵ В. чл. 213 ЗСП.

¹⁶ Законске службености као ограничење права својине треба разликовати од службености насталих на основу закона (у нашем праву је то путем одржаја, чл. 198 ЗСП), које представљају стварно право на туђој ствари.

¹⁷ О односу јавног и приватног права детаљно в. Водинелић, В., *Јавно и приватно право*, докторска дисертација, Београд, 1986.

2. Општа добра

ЗСП даје сљедећу дефиницију општих добара: „Нису објекат права својине и других стварних права они дијелови природе који по својим особинама не могу бити у власти физичког или правног лица појединачно, него су на употреби свима под једнаким условима, као што су: ваздух, вода у ријекама, изворима, језерима и мору (у даљем тексту: општа добра).“¹⁸ Из ове дефиниције произилази да су општа добра (*res communes omnium*) ствари које нису подобне да буду објекат права својине или других стварних права појединих лица, али служе задовољавању заједничких потреба свих људи.¹⁹ Ради се о добрима која нису ствари у грађанскоправном смислу, јер не испуњавају два битна услова. Први је физички, који се састоји у томе што се ови материјални дијелови природе не могу налазити у људској власти због природе самих ствари (вода у ријекама, језерима и мору, ваздух). Други разлог је правни јер правни поредак онемогућује да на њима може постојати право својине или неко друго стварно право, односно правни поредак им је одузео својство објекта, а стварна права не могу постојати без свог објекта.²⁰ Дакле, ствари које називамо општим добрима људи користе, али не као појединци у приватној власти, већ их користе сви као заједничко добро.

Међутим, иако опште добро као цјелина не може бити објекат права својине или другог стварног права појединаца, то не значи да се ипак на општем добру не може успоставити одређени стварноправни однос. То се може постићи у случају тзв. издвајања (захватања) појединих дијелова општег добра, након чега ти дијелови постају објекат стварних права појединаца.²¹ Тако нпр. вода у ријекама је опште добро која не може бити у приватноправној власти, али њеним издвајањем из ријеке у посебну посуду, она постаје објекат права својине оног појединца који ју је за себе издвојио. Овдје је потребно ставити напомену да је у зависности од врсте општег добра регулисан и посебан начин (поступак) којим поједини субјекти права на издвојеним дијеловима општег добра могу стећи поједина стварна права. Ради се о посебном стварноправном регулисању поједине врсте добара као што су шуме и шумско земљиште,

¹⁸ Чл. 7/1.

¹⁹ Gavella, N. i dr., *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, стр. 54.

²⁰ В. ч. 5/1 ЗСП.

²¹ У чл. 7/3 је регулисано: „Рудна богатства, воде, дивљач, рибе и други слободни дијелови природе постају предмет својине и других стварних права када се захвате или одвоје од свог лежишта или станишта на основу дозволе или концесије надлежног органа“.

воде и водно добро, рудно благо, биљни и животињски свијет, лов и риболов и др. Овим прописима регулишу се услови под којима поједини субјекти права могу за себе користити општа добра након што је из њих издвојен одређени дио као посебна ствар подобну за стицање права својине. Издвајањем из општег добра ствар постаје ничија (*res nullius*), што *a priori* и није битна правна чињеница, јер је исти правни статус имала и док је била саставни дио општег добра, али је издвајањем из општег добра створена правна претпоставка да се на таквој ствари окупацијом стекне право својине. При томе, издвојена ствар из општег добра увијек је покретна и није могуће окупацијом стећи својину на непокретностима као издвојеном дијелу општег добра.

Под општим добрима подразумијевају се и ствари које називамо стварима ван промета (*res extra commercium*).²² Иако се овдје ради о стварима које по природи могу бити у приватноправној власти, ипак им је правни поредак онемогућио или ограничио такву могућност, чиме их је претворио у општа добра. Разлог за нормирање неких ствари у категорију *res extra commercium* налази се у одређеном интересу законодавца да такве ствари изузме из општег правног режима и успостави посебан правни режим општег добра.

На стварима у режиму општих добара као цјелине не може се успоставити својинскоправни однос ни једног физичког или правног лица као субјекта грађанског права, па самим тим ни државе. У одређеном смислу општа добра су ничија и свачија, нико на њих нема искључиво право и доступни су свима под једнаким условима.²³ Међутим, да би се остварила сврха коју имају ствари у статусу општих добара, а то је задовољавање заједничких потреба свих људи, потребно је да неко брине о тим добрима и контролише њихово коришћење издвајањем појединих ствари из цјелине од стране појединаца. Управљање и коришћење општим добрима посебним законом²⁴ је дато одређеним субјектима (Република, јединица локалне самоуправе, јавно предузеће, јавна установа и друге јавне службе)²⁵ који се у овом случају појављују као субјекат јавног права (као носилац империјума). Тако је Законом о концесијама²⁶

²² Станковић, О. и Орлић, М., *op. cit.*, стр. 7 и Gavella, N. i dr., *op. cit.*, стр. 54.

²³ Бабић, И. и др., *Коментар закона о стварним правима Републике Српске*, стр. 145.

²⁴ В. чл. 7/5 ЗСП.

²⁵ В. чл. 22 ЗСП.

²⁶ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 59/13. Према чл. 2 Закона о концесијама: „Концесија је, у смислу овог закона, право обављања привредних дјелатности коришћењем јавних добара, природних богатстава и других добара од општег интереса, као и право на

регулисана могућност да држава или јединица локалне самоуправе (концендент) уступи на употребу и коришћење неко опште добро (предмет концесије) концесионару.

Уколико се на општем добру на основу концесије изграде зграде, грађевине или направе оне неће по принципу правног јединства непокретности (*superficies solo cedit*) постати прираштај непокретности на којој су изграђене, а која је опште добро, већ их од општег добра одваја управо концесија²⁷. Ови објекти одвојени од општег добра путем концесије постају својина концесионара за вријеме трајања концесионог уговора, а након његовог истека постају прираштај општег добра.^{28 29}

3. Поједине врсте општих добара

Предмет посебног стварноправног регулисања јесу ствари које су по одређеним својим функцијама, својствима и/или намјени коју имају изузете из општег (стварно)правног уређења. Такав правни статус имају општа добра. Како би се разликовала од ствари које су предмет општег правног уређења, као и од ствари која су предмет неког другог посебног правног уређења, потребно је одредити сам предмет општих доба-

обављање дјелатности од општег интереса, у складу са овим законом, а то право се уступа концесионару на одређено вријеме, под условима прописаним овим законом, уз плаћање концесионе накнаде“. Као што се види из цитиране одредбе, овај закон непрецизно наводи јавна добра, природна богатства и добра од општег интереса као синонине, иако је ЗСП који је раније донесен експлицитно направио дистинкцију између ових појмова. Неспорно је да предмет концесије могу бити и општа и јавна и добра од општег интереса, али придјев „других“ коју је употребио законодавац упућује на то да се ради о истој врсти добара, са једнаким правним режимом, што према одредбама чл. 7 и 8 ЗСП није случај.

²⁷ Ово је један од начина на који се у праву Републике Српске правно може одвојити изграђени објекат од земљишта на коме се налази, тако да на тим непокретностима (објекту и земљишту) постоје различити својинскоправни режими. Други правни начин јесте могућност раздвајања зграде и других објеката од земљишта на коме су изграђени путем института права грађења.

²⁸ ЗСП садржи само одредбу о правној одвојености објеката изграђених на основу концесионог уговора од општег добра, али не и правни статус тих објеката након престанка овог уговора. Међутим, како изграђени објекти престанком концесионог уговора постају прираштај земљишта које је опште добро, онда ће и такви објекти имати исти правни статус, јер на општем добру не могу постојати никаква субјективна стварна права. в. Бабић, И. и др., *Коментар закона о стварним правима Републике Српске*, стр. 148.

²⁹ Расправљајући о субјективним правима јавног и приватног права у оквиру посебних правних уређења одређене врсте добара, професор Гавела наводи да су концесије на општим добрима специфична субјективна права која надопуњују листу врста стварних права (специфична стварна права) па се могу назвати и псеудостварним правима, в. Gavella, N., *Грађанско право и посебна правна уређења за одређене врсте добара*, стр. 1469–1470.

ра. Поред тога, потребно је истаћи да од предмета општих добара треба разликовати предмет појединих субјективних права која могу имати субјекти грађанског права, нпр. концесија на водама. Ова стварна права могу бити специфична, која произилазе из одредаба посебних закона за одређену врсту добара, и неспецифична, која проистичу из општих одредаба којима се регулишу стварноправни односи.³⁰ Исто тако, примјетно је да постоји тенденција (не)оправданог ширења круга добара која су под посебним правним режимом чиме се сужава примјена општих норми стварног права, а отвара могућност шире примјене јавноправних норми у област која је првенствено грађанскоправна (приватноправна).³¹ Умножавање добара под посебним правним уређењем омогућено је уставним и законским одредбама према којима се посебним законом може за одређено добро успоставити посебно правно уређење.³²

Једно од најраспрострањенијих добара које је под посебним правним уређењем општих добара јесте вода. Вода као услов живота човјека и свих живих бића, цјелокупне флоре и фауне, представља опште добро које припада свима заједно, никоме искључиво па у природном лежишту не може бити предмет приватног права својине и других стварних права.³³ ЗСП је регулисао да су општа добра ваздух, вода у ријекама, изворима, језерима и мору.³⁴ Закон о водама,³⁵ такође, регулише да су воде опште добро (чл. 8/1) и налазе се под посебном заштитом Републике Српске (чл. 8/2). Овај закон, такође, регулише водно добро (водно земљиште, воде и водни објекти) као добро од општег интереса које може бити у „власничкој припадности“ (чл. 9/3), а на водном добру може се успоставити правни режим јавног водног добра које је у својини Републике Српске (чл. 10/2) и као такво је уписано у јавну евиденцију непокретности (чл. 10/1). Јавно водно добро је, дакле, ствар која се налази у посебном стварноправном уређењу, јер не може бити у правном промету, али може бити предмет закупа или концесије (чл. 11/2 Закона о водама). Водни објекти су добра од интереса за Републику Српску,³⁶ која су

³⁰ Ibidem, стр. 1472.

³¹ Ibidem, стр. 1478 и даље.

³² В. чл. 59/2 Устава Републике Српске и чл. 7/5 ЗСП.

³³ Омејес., Ј., *Površinske tekuće vode kao dobro u općoj uporabi (osnove prava javnih stvari)*, doktorska disertacija, Zagreb, 1993, стр. 26–32.

³⁴ Чл. 7/1.

³⁵ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 50/06, 92/09 и 121/12.

³⁶ Закон о водама користи термин „добра од интереса за Републику Српску“ што, у ствари, треба да представља синоним за „добра од општег интереса“. Пошто овај закон истовремено користи и термин „добра од општег интереса“, у циљу избјегавања различитих тумачења, неразумијевања и

у својини Републике Српске (заштитни водни објекти из чл. 15/1/а) или у својини јединица локалне самоуправе, физичких или правних лица на чијем земљишту су изграђени (остали водни објекти из чл. 15/1/б-д Закона о водама).

Закон о водама (чл. 9/1) регулише правни статус водног добра (воде, водно земљиште и водне објекте) као „добра од општег интереса“ које је као такво под посебним стварноправним уређењем. Водно земљиште као дио водног добра обухвата и обале, али у једном ограниченом, недовољно одређеном, значењу³⁷ због чега постоје различита правна становишта у погледу правног статуса обале ријеке, језера или мора (обални појас, приобални појас, приобално земљиште, обално подручје, заштитни појас или зона, рибарски пут и тсл.).³⁸ Наиме, Закон о водама у појединим члановима³⁹ регулише низ ограничења која се намећу носиоцима права својине на водном добру. Тако су се власници земљишта које припада водном добру дужни уздржавати од захвата и дјелатности на водном добру које се односе на градњу објеката и друге активности којима се угрожава водно добро, као и трпјети привремено коришћење водног добра ради преласка или обављања радова на водном добру од општег интереса. Слична одредба налази се и у ЗСП.⁴⁰

У сврху рационалнијег коришћења, а нарочито омогућавања приступа ради искоришћавања воде као општег добра, у правној теорији се предлаже да обални појас буде добро од општег интереса у својинском режиму јединица локалне самоуправе.⁴¹ ⁴² Постоје и нека за-

тсл. због употребе другачијег назива за исти појам или употребе истог назива за различит појам, потребно је ускладити терминологију, како у самом Закону о водама, тако и његове одредбе са одредбама ЗСП.

³⁷ Према чл. 4/1/8 Закона о водама: „Обала – означава земљишне честице или њихове дијелове које су у простору између линије малих вода и линије вода водотока до вјероватноће појаве једанпут у 50 година, а за акумулације, до највише коте вода“.

³⁸ В. Нашић, Е. и Муслић, А., *Правни статус обале ријека у функцији ефикасније употребе истих – концепт доступности обалних подручја на подручју Босне и Херцеговине*, Зборник радова тринаесто међународно савјетовање – Актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, Neum–Mostar, 2015, стр. 187–198; Поповски, А., *op. cit.*, стр. 851–872.

³⁹ Чл. 13/1/а-ж; чл. 104/1/а-г; чл. 105/1/а-р, чл. 105/2/а-г; 106/1/а-з.

⁴⁰ У чл. 78/2 регулисано је: „Власник је дужан да земљиште дуж обала, водотока и језера користи тако да не омета природни ток воде, не угрожава стање или коришћење корита, обала и водопривредних објеката на обали и поред обале и да не спречава њихово одржавање“.

⁴¹ Нашић, Е. и Муслић, А., *op. cit.*, стр. 194–198.

⁴² У ЗСП Федерације БиХ, „Службене новине ФБиХ“, бр. 66/13, а по угледу на право Републике Хрватске, регулисано је и да морска обала (не и обала ријеке или језера) има правни статус општег добра. Међутим, у хрватској правној теорији постоје идеје о напуштању концепта о морској обали као општем добру и њеном превођењу у правни режим добра у општој употреби, в. Jug, J., *Zaštita i korištenje nekretnina u pravnom statusu općeg dobra*, doktorska disertacija, Zagreb, 2012.

конска рјешења према којима обала има исти правни режим као и вода у ријекама, језерима и мору, тј. ради се о општем добру.⁴³ Исто тако, постоји могућност да се на обали ријеке успостави правни режим јавног добра, а у складу са одредбама Закона о водама (чл. 9 и 10) који прави разлику између водног добра и јавног водног добра. Међутим, овдје разлика није у самој ствари, јер исте непокретности могу бити и водно и јавно водно добро, већ у њеном правном режиму⁴⁴ зато што Закон о водама (чл. 10/2) дефинише јавно водно добро као „добро од општег интереса у својини Републике Српске“ чиме се успоставља другачији (својински) правни режим у односу на општа и јавна добра која су у несвојинском правном режиму.

У складу са одредбом чл. 75/2 Закона о премјеру и катастру Републике Српске⁴⁵ приликом излагања на јавни увид података о непокретностима и утврђивању права на непокретностима, а у сврху успостављања нове јавне евиденције непокретности у Републици Српској, најприје се излажу подаци о непокретностима у својини Републике Српске, јединице локалне самоуправе и других јавноправних субјеката.⁴⁶ Воде се, према чл. 22/1/б/2) Правилника о начину оснивања и одржавања катастра непокретности Републике Српске⁴⁷ уписују као „јавно добро“ за које се као ималац права својине наводи Република Српска или друго лице на основу акта донесеног у складу са посебним законом, иако се ради о општем добру у невласничком правном режиму. Воде су опште добро које, као и ваздух,⁴⁸ то својство стичу на основу саме своје природе, без доношења посебног акта о проглашењу општим добром, а ако се ипак донесе на захтјев лица које има правни интерес, такав акт има декларативни карактер,⁴⁹ као и упис у јавну евиденцију.

⁴³ Тако према Закону о поморском добру и морским лукама, „Народне новине“, бр. 158/03, 100/04, 141/06, 38/09 и 123/11, правни статус општег добра има морска обала као дио поморског добра. У Босни и Херцеговини је, у форми преднацрта, сачињен текст Закона о поморском добру и поморској пловидби, према којем је морска обала поморско добро које је добро од општег интереса за Босну и Херцеговину. Закон о стварним правима Федерације Босне и Херцеговине, за разлику од ЗСП Републике Српске, у чл. 7/1 као опште добро регулише и морску обалу.

⁴⁴ Бабић, И. и др., *Коментар закона о стварним правима Федерације Босне и Херцеговине*, стр. 160.

⁴⁵ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 6/12.

⁴⁶ У ранијим законима који су регулисали јавну евиденцију непокретности није био прописан начин уписа општинских, као уосталом ни јавних добара.

⁴⁷ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 11/14, 25/14 и 31/15.

⁴⁸ Законом о заштити ваздуха, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 124/11, регулисана је заштита и управљање квалитетом ваздуха као „природног добра од општег интереса“.

⁴⁹ Кунић, П., *Управно право – посебни дио*, Бања Лука, 2008, стр. 195–196; Јелушић, М., *Javno vlasništvo u pravnom sustavu Republike Hrvatske*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 46, br. 1/2009, стр. 159.

Поред традиционалних општих добара (ваздуха и воде у ријекама, изворима, језерима и мору) постоји и теоријско становиште према којем „изван вертикалних граница земљишта, у дубину и висину, гдје престаје оправдани интерес власника земљишта бранити туђе захвате, простире се опће добро“.⁵⁰ Ако би се прихватило овакво становиште, онда би се морало успоставити посебно правно уређење за земљину унутрашњост које би се ускладило са прописима о рудном и другим природним богатствима.

Рудно богатство представља правно одвојене (самосталне) природне дијелове земљишта тако да не припада власнику земљишта, уколико законом није другачије одређено.⁵¹ Дакле, овдје се ради о правном раздвајању (одступање од начела *superficies solo cedit*) рудног богатства од земљишта на чијој површини или испод површине се налази, тако да је земљиште у својини једног субјекта права, а рудно богатство у својини другог правног субјекта. Закон о рударству⁵² (чл. 2/2) регулише да је рудно богатство, у земљи и на њеној површини, добро од општег интереса у својини Републике Српске. На стварима које, према посебном закону, какав је Закон о рударству, могу бити само у својини Републике не може се стећи право својине присвојењем (чл. 118/3 ЗСП). Међутим, на рудном богатству може се стећи право коришћења путем концесије за експлоатацију минералних сировина (чл. 8 Закона о рударству).

Слично рудном богатству и на дивљачи, рибама и другим слободним дијеловима природе може се стећи право својине присвојењем на основу дозволе надлежног органа (чл. 7/3 и чл. 118/2 ЗСП). Тако нпр. Закон о ловству⁵³ регулише: „Дивљач је добро од општег интереса и ужива посебну бригу и заштиту Републике Српске“ (чл. 2/2), а „Дивљач и други природни ловни ресурси су у својини Републике, којим одрживо управља и газдује Министарство пољопривреде, шумарства и водопривреде...“ (чл. 3/2). Власници или корисници земљишта, вода, шума, пољопривредних и других култура на којима се налази ловиште дужни су допустити вршење лова на својој непокретности.

⁵⁰ Simonetti, P., *Nekretnine kao objekti prava vlasništva i prava građenja*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 30, br. 1/2009, стр. 37.

⁵¹ Ibidem, стр. 51, 54–55.

⁵² „Службени гласник Републике Српске“, бр. 10/95, 18/95, 10/98, 63/02, 69/02, 86/03, 107/05 и 75/10.

⁵³ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 60/09.

4. Јавна добра

Појам „опште добро“ и појам „јавно добро“ у ранијим правним системима на нашем правном подручју користили су се углавном као синоними. То је нарочито било изражено у социјалистичком правном поретку, у којем је доминантан облик својине била друштвена својина, чији назив се у правној литератури, правној пракси, законодавству и јавним евиденцијама непокретности преплитао са називима „јавно добро“, „друштвена својина у јавној употреби“, „јавно добро на управљању, коришћењу и располагању...“, „општенародна имовина“ и сл.

ЗСП (чл. 7/1 и 2) је нормирао опште добро и јавно добро у различитом значењу, при чему није понудио довољно елемената за њихову дистинкцију^{54, 55} Заједнички елеменат општих и јавних добара јесте да имају исти правни режим јер нису пододбна да буду ствари у грађанскоправном смислу због тога што не могу бити предмет права својине или других стварних права (чл. 5/1 ЗСП). Међутим, разлика се прави с обзиром на разлоге из којих ова два добра не могу бити предмет стварноправних односа. Општа добра то не могу због својих природних карактеристика, док би јавна добра могла бити предмет стварноправних односа, али им је правни поредак одузео такву могућност.

У теорији се наводе два начина уређења јавних добара.⁵⁶ Према првом начину (француски модел), јавна добра изузета су из општег (стварноправног) уређења (*res extra commercium*) и подвргнута посебном (јавноправном) уређењу какво имају и општа добра. Према другом начину (њемачки модел), јавна добра се налазе под општим (стварноправ-

⁵⁴ Бабић, И. и др., *Коментар закона о стварним правима Републике Српске*, стр. 145.

⁵⁵ Чини се да је ЗСП, који је донесен по угледу на Закон о власништву и другим стварним правима Републике Хрватске, некритички преузео класификацију општих и јавних добара из овог закона. Наиме, у чл. 3/2, чл. 4/1 и чл. 35/4 и 5 Закона о власништву и другим стварним правима, „Народне новине“, бр. 91/06, а тако је и по Уставу, „Народне новине“, бр. 44/01 – пречишћени текст (чл. 52/1) регулисана је категорија „добра од општег интереса за Републику Хрватску“ у оквиру које се разликују „општа добра“ и „јавна добра“ (добра у својини Републике Хрватске). Општа добра су ствари које ни по природним ни по правним карактеристикама не могу бити ствари у грађанскоправном смислу, док су јавна добра ствари у својини Републике Хрватске и других субјеката јавног права, а дијеле се на „јавна добра у општој употреби“ и „јавна добра у јавној употреби“. Јавна добра у општој употреби служе за задовољавање потреба свих грађана, а јавна добра у јавној употреби служе извршавању права и дужности Републике Хрватске, њезиних тијела и установа. За јавна добра у општој употреби, уколико није нешто друго одређено, примјењују се одредбе које важе за општа добра.

⁵⁶ Gavella, N. i dr., op. cit., стр. 56–57; Borković, I., *Javno dobro (domaine public) u francuskoj teoriji upravnog prava*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, v. 39, br. 3-4/202, стр. 219–232.

ним) уређењем као и друге врсте ствари. С обзиром на то да у ЗСП није нормирана јасна разлика између општих и јавних добара, на први поглед се чини да је у нашем праву прихваћен француски модел уређења јавних добара јер имају исти (несвојински) правни режим као и општа добра. Истовремено, видљиви су и елементи њемачког модела уређења јавних добара јер је, или би бар требало, да се јавна добра подвргну посебном стварноправном уређењу (које је по правилу јавноправне природе)⁵⁷ какав је случај и са општим добрима.

Како год, правни режим општих и јавних добара у нашем праву је исти јер не могу бити предмет својине или других стварних права, без обзира на то да ли је разлог за изузимање из стварноправног режима природне или правне нарави.⁵⁸ У прилог оваквој констатацији иде и одредба чл. 7/4 ЗСП, према којој одступање од правног јединства непокретности постоји за објекте који су путем концесије одвојени било од општег, било од јавног добра. Оваквим регулисањем се, такође, потврђује став законодавца о несвојинском правном режиму и општих и јавних добара, али на којима се, дакле, путем концесије могу стећи одређена стварна права (субјективна права на предметима посебних стварноправних уређења⁵⁹).

Без обзира на исти правни режим општих и јавних добара наводи се и потреба разликовања између ових појмова. Ово из разлога што посебним законом може бити и нешто друго одређено у погледу посебног режима за поједине категорије ствари.⁶⁰ Тако је нпр. у Закону о водама (чл. 10) регулисана посебна категорија непокретности „јавно водно добро“, по чему се разликује од посебне категорије непокретности „водно добро“ које има другачији правни режим иако се ради о истој непокретности.

⁵⁷ Gavella, N. i dr., op. cit., стр. 58.

⁵⁸ За разлику од нашег права, у праву Републике Хрватске су као јавна добра регулисане двије врсте добара: „јавна добра од општег интереса“ и „јавна добра од јавног интереса“, која се налазе у власничком режиму Републике Хрватске, њених тијела и установа. ЗСП не садржи никакве посебне одредбе о јавним добрима у својини Републике Српске и других јавноправних субјеката, а која би служила извршавању њихових функција.

⁵⁹ Gavella, N. op. cit., стр. 1466 и даље.

⁶⁰ Бабић, И. и др., *Коментар закона о стварним правима Федерације Босне и Херцеговине*, стр. 160–161.

5. Јавни путеви као јавно добро

ЗСП (чл. 7/2) примјера ради наводи да су јавна добра „...јавни путеви, улице, тргови и друго“. Према Закону о јавним путевима⁶¹ (чл. 3/1): „Јавни путеви су јавно добро, у општој употреби, у својини Републике Српске...“. Овако одређен правни режим јавних путева у Закону о јавним путевима није термилошки усклађен са одредбама ЗСП. Наиме, ЗСП као добра под посебним стварноправним уређењем регулише општа добра, јавна добра и добра од општег интереса, док Закон о путевима регулише јавно добро у општој употреби,⁶² односно, с обзиром на употребљену ознаку интерпункције (зarez), појашњава правни режим јавног добра („у општој употреби“), што је непотребно, јер ЗСП регулише правни режим јавних добара као добара која су намијењена да свима служе под једнаким условима.

Као јавно добро, јавни путеви су у невласничком стварноправном режиму, односно Република Српска има право својине на јавним путевима као субјект јавног права. Као такви, јавни путеви се у зависности од врсте⁶³ повјеравају на управљање, одржавање, грађење и заштити ЈП „Аутопутеви Републике Српске“, ЈП „Путеви Републике Српске“ или надлежном органу јединице локалне самоуправе (чл. 16/3, 4 и 5 Закона о јавним путевима). Међутим, иако јавни путеви не могу бити предмет права својине, на њима се може конституисати право службености, право грађења, концесије и нека друга права, а путно земљиште може бити под закупом (чл. 4, чл. 67 и чл. 68 Закона о јавним путевима).

Закон о јавним путевима садржи и одредбе којима се регулише обавеза уписа јавних путева као јавног добра у јавну евиденцију непокретности (чл. 4/3 и 4 и чл. 5/3), што значи да упис има конститутивно дејство. Исто тако, регулисано је и брисање јавних путева као јавног добра из јавне евиденције непокретности, а у име Републике Српске захтјев за упис (брисање) права у катастар непокретности подноси Правобранилаштво (чл. 5/4 Закона о јавним путевима). Правобранилаштво је надлежно и за подношење захтјева за упис права у јавну евиденцију на јавним путевима као јавном добру.⁶⁴

⁶¹ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 89/13.

⁶² Чини се да је и овдје утицај извршило хрватско право, у којем се јавна добра разликују на јавна добра у општој употреби и јавна добра у јавној употреби.

⁶³ Према чл. 9 Закона о путевима, јавни путеви се разврставају на: ауто-путеве, брзе путеве, магистралне путеве, регионалне путеве, локалне путеве и улице у насељу.

⁶⁴ Према чл. 9/3 Закона о изменама и допунама закона о стварним правима, “Службени гласник

У складу са чл. 75/2 Закона о премјеру и катастру Републике Српске приликом излагања на јавни увид података о непокретностима и утврђивању права на непокретностима, а у сврху оснивања катастра непокретности, по правилу, најприје се излажу подаци о непокретностима у својини субјеката јавног права, а такав је случај са јавним путевима. Тако је Правилником о начину оснивања и одржавања катастра непокретности Републике Српске (чл. 22/1/а/1-3) регулисано да се у лист „Б“ привременог листа непокретности, у простору за упис носиоца права, уписује Република Српска, односно јединица локалне самоуправе,⁶⁵ а у простор за упис врсте права уписује се својина Републике Српске, односно својина јединице локалне самоуправе⁶⁶.

6. Добра од општег интереса

Посебно правно регулисање одређене врсте добара ЗСП (чл. 8) заокружује одредбама које регулишу добра од општег интереса, чији је правни режим у потпуности другачији од општих и јавних добара која нису ствари у грађанскоправном смислу, док добра од општег интереса то јесу, па као таква могу бити предмет права својине или других стварних права.

Добра од општег интереса су виши родни појам од појма општих добара, јер обухватају општа добра која су посебно регулисана у чл. 7 ЗСП и читав низ других, за један правни поредак значајних добара подвргнутих посебном правном режиму.⁶⁷ Тако је у чл. 8/1 ЗСП регулисано да су то „...грађевинска земљишта, пољопривредна земљишта, шуме и шумска земљишта, заштићени дијелови природе, биљни и животињски

Републике Српске“, бр. 95/11, којим је замијењен чл. 346 ЗСП: „Правобранилаштво Републике Српске дужно је да... покрене поступак за упис неуписаних јавних и општих добара у јавну евиденцију о непокретностима и правима на њима“.

⁶⁵ Законом о јавним путевима регулисано је да се јавни путеви, зависно од врсте, дају на управљање ЈП „Аутопутеви Републике Српске“, ЈП „Путеви Републике Српске“ или надлежном органу јединице локалне самоуправе (чл. 16/3,4 и 5) тако да би ови субјекти требало да се упишу у јавну евиденцију непокретности као носиоци права.

⁶⁶ Законом о јавним путевима регулисано је да су јавни путеви само у својини Републике Српске (чл. 3/1).

⁶⁷ У праву Републике Хрватске добра од општег интереса називају се „добра од интереса за Републику Хрватску“ (чл. 52/1 Устава), а ради се о правном стандарду којим треба да се утврди „...правом заштићени општи интерес друштвене заједнице као цјелине на постизању добробити државе и њезиних грађана“, Gavella, N., *Грађанско право и посебна правна уређења за одређене врсте добара*, стр. 1446.

свијет, ствари од културног, историјског и еколошког значаја,...“ . Ради се о примјеричном навођењу које ствари могу бити проглашене добрима од општег интереса, а сва остала битна питања везана за њих регулисаће се доношењем појединих посебних закона. И сам Устав апстрактно регулише широк круг добара која могу бити предмет посебног правног уређења.⁶⁸

Посебан начин регулисања ствари од општег интереса у односу на општи правни режим учињен је из економских разлога, јер се ради о добрима која нису само од великог економског значаја за њихове власнике, већ се ради и о најзначајнијим добрима за једну националну економију.⁶⁹ Због тога се на овим добрима врши ограничење права својине у смислу да се посебним законом прописује начин њихове употребе и коришћења (чл. 8/2 ЗСП), а због органичења која трпе власници ових добара имају право на накнаду.⁷⁰

7. Поједине врсте добара од општег интереса

Законом о грађевинском земљишту (ЗГЗ)⁷¹ и Законом о уређењу простора и грађењу⁷² регулисана су посебна правила која важе за вршење права својине само на земљишту које је одређено као грађевинско. Ради

⁶⁸ Амандман LXXIV којим је брисан чл. 59 Устава Републике Српске регулише: „Употреба и искоришћавање ствари од посебног културног, научног, умјетничког или историјског значаја или од значаја за заштиту природе и човјекове околине могу се на основу закона ограничити...“.

⁶⁹ Бабић, И. и др., *Коментар закона о стварним правима Федерације БиХ*, стр. 164.

⁷⁰ Амандманом LXXIV којим је брисан чл. 59 Устава Републике Српске, регулисано је право на пуну накнаду за ограничења која трпе власници добара од општег интереса. ЗСП РС нема одредбе о накнади за оваква ограничења, али се могу примијенити одредбе закона које регулишу ограничење права својине и других стварних права уопште (чл. 2), односно одредбе о посебном ограничењу права својине (чл. 19).

^{ЗСП} Федерације БиХ садржи одредбу (чл. 8/4 и 5) којом омогућује остваривање права на накнаду само ако се власник добра од општег интереса доводи у тежи положај од других власника таквих ствари или се доводи у положај у којем би био да је извршена експропријација, док се право на накнаду неће остварити уколико нема дискриминације у погледу ограничења која трпе сви власници добара од општег интереса, јер таква ограничења погађају сваког власника таквих ствари. Тиме се остварује компромис између начела социјализације својине и начела пропорционалности, чиме се успоставља нарушена имовинска равнотежа. Право на накнаду због ограничења права својине може се прописати и посебним законом који регулише одређену врсту добара од општег интереса, нпр. Законом о заштити природе, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 50/02, регулисано је право на накнаду власнику за штету коју трпи због ограничења и забрана на заштићеном подручју (чл. 50).

⁷¹ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 112/06.

⁷² „Службени гласник Републике Српске“, бр. 55/10.

се, дакле, о ограничењима која трпе власници грађевинског земљишта, а која су наметнута овим и другим (под)законским актима. Тако су прописани посебни услови у погледу употребе, коришћења и располагања неизграђеним грађевинским земљиштем (нпр. право првокупа које има јединица локалне самоуправе, плаћање накнаде за уређење градског грађевинског земљишта и др.), као и потребни услови за градњу, односно употребу и коришћења након изградње (нпр. документи просторног уређења, одобрење за грађење, одобрење за употребу и др.). ЗГЗ садржи посебне одредбе које се односе на располагање градским грађевинским земљиштем у државној својини (Поглавље III).

Закон о пољопривредном земљишту⁷³ регулише да је пољопривредно земљиште добро од општег интереса (чл. 1/1) и да се као такво може користити само за пољопривредну производњу (чл. 1/2). У циљу заштите пољопривредног земљишта овај закон прописује забрану одлагања опасних и штетних материја на пољопривредном земљишту (чл. 17), забрану коришћења обрадивог пољопривредног земљишта у непољопривредне сврхе (чл. 27), забрану промјене катастарских култура и класа пољопривредног земљишта (чл. 28), а у циљу уређења пољопривредног земљишта власници и корисници морају овлашћеним лицима дозволити приступ на своја земљишта (чл. 38). Закон о пољопривредном земљишту садржи посебне одредбе које се односе на располагање пољопривредним земљиштем у својини Републике (Поглавље VI) путем уговора о продаји, закупу или концесији.

Закон о шумама⁷⁴ регулише да су шуме и шумско земљиште природна добра од општег интереса (чл. 2/1), чије коришћење се може ограничити законом у општем интересу (чл. 2/2). Разлози за ограничење права својине јесу многоструке општекорисне функције (заштитне, климатолошке, привредне, одбрамбене, туристичко-рекреативне, хигијенско-здравствене и др.) које шуме имају.⁷⁵ Највеће површине шума и шумског земљишта у својини су Републике и као такви су неутуђиви, осим у случају комасације и другим случајевима одређеним Законом о шумама (чл. 3/3). Управљање и газдовање шумама подвргнуто је низу ограничења којима се обезбјеђује сјеча само у складу са планским документима, забрана сјече у заштићеним природним подручјима, односно ријетких и заштићених врста дрвећа, крчење шума и промјена намјене

⁷³ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 93/06, 86/07, 14/10 И 5/12.

⁷⁴ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 75/08 и 60/13.

⁷⁵ Станковић, О. и Орлић, М., *op. cit.*, стр. 61.

шумског земљишта противно закону, обавеза пошумљавања шумског земљишта у својини Републике, забрана употребе хемијских средстава у шуми, забрана извођења радова који могу битно угрозити водни режим у шуми и опстанак шуме и шумског земљишта и др. Агенција за шуме води катастар шума и шумског земљишта у својини Републике и приватној својини (чл. 85 Закона о шумама).

Дијелови природе, биљни и животињски свијет добра су од општег интереса само ако су посебним законом заштићени. Тако је Законом о националним парковима⁷⁶ регулисано да су национални паркови и у њима садржане природне вриједности, природни ресурси и радом створене вриједности добра од „општег интереса у својини Републике“ (чл. 2/2). Закон о заштити животне средине⁷⁷ (чл. 2 и 3) регулише обавезу свих правних и физичких лица на заштити свих елемената животне средине (ваздух, вода, земљиште, флора и фауна, пејзажи и изграђена животна средина) у циљу обезбјеђења здраве и еколошки прихватљиве животне средине за живот свих људи. Законом о заштити природе прописана је обавеза свих релевантних субјеката да се уздрже од повреде одређених врста дивљих животиња и станишта, биљака и гљива наведених у тзв. „Црвеној књизи“ (чл. 23), као и заштита одређених природних подручја (националних паркова, природних резервата, споменика природе, пејзажа, парк-шума, парк-природе) која имају изразиту биолошку, геолошку, еко-системску или пејзажну разноврсност (чл. 25) и заштита минерала и фосила (чл. 47).

Према Закону о културним добрима⁷⁸ културна добра су „добра од интереса за Републику Српску“⁷⁹ (чл. 2) која могу бити у својини Републике и приватној својини⁸⁰. У име Републике, заштиту и коришћење културних добара врше установе заштите културних добара (архив, музеј, галерија ликовних и примичењених умјетности, кинотека и библиотека). Приватни власници културних добара имају читав низ ограничења у погледу држања, коришћења и располагања овим добрима, али и право на накнаду штете коју трпе због тога (чл. 30–37).

⁷⁶ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 75/10.

⁷⁷ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 53/02 и 28/07.

⁷⁸ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 11/95 и 103/08.

⁷⁹ Према терминологији коју користи ЗСП, треба да стоји „добра од општег интереса“.

⁸⁰ Тако нпр. архивска грађа, као културно добро, може бити јавна, која је у својини Републике и приватна архивска грађа, в. чл. 29–49 и 50–59 Закона о архивској дјелатности, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 119/08. Слично је и са библиотечком грађом која има својство архивске грађе, в. чл. 8 Закона о библиотечкој дјелатности, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 52/01, 39/03 и 112/08.

Културним добрима (споменици културе) могу бити проглашени и гробови и гробнице, а гробља могу стећи статус културно-историјских и природних добара.⁸¹ Гробља могу бити јавна, у својини јединица локалне самоуправе и посебна, у својини привредних субјеката, вјерских заједница и удружења грађана регистрованих за погребну дјелатност, а на гробном мјесту постоји право својине одвојено од права својине на гробљу. Гробља су, такође, добра у општој употреби, а за гробно мјесто важи посебно правно уређење. Гробља се уписују у јавну евиденцију у посебан лист непокретности који се формира само за јавна добра.⁸²

За разлику од неких других правних поредака,⁸³ у Републици Српској није законом регулисано право својине Републике или јединица локалне самоуправе на стварима које служе за непосредно извршавање права и дужности из њихове надлежности (зграде и други објекти и посебни дијелови објекта, аутомобили, авиони, хеликоптери и др.). Слично је и са надземним и подземним водовима (водовод, канализација, дренажа, топловод, нафтовод, гасовод, електропроводови, телекомуникације и други водови, са припадајућим уређајима и постројењима),⁸⁴ осим у случају ако се не може утврдити право својине другог лица, кад се уписује право својине Републике или јединице локалне самоуправе.⁸⁵

⁸¹ Чл. 21/1 и 2 Закона о гробљима и гробљанској дјелатности, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 6/13 и 31/13.

⁸² В. л. 22/1/д Правилника о начину оснивања и одржавања катастра непокретности Републике Српске.

⁸³ Тако су према чл. 35/5 Закона о власништву и другим стварним правима Републике Хрватске регулисана „јавна добра у јавној употреби“, која су намијењена непосредном извршавању права и дужности државе, њених тијела и установа. Република Србија је донијела Закон о јавној својини, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 72/11, 88/13 и 105/14, којим је као предмет јавне својине, поред природних богатстава, добара од општег интереса, добара у општој употреби, мрежа и неких других ствари и имовинских права, регулисала и „ствари које користе органи и организације“ (чл. 12). Брчко Дистрикт Босне и Херцеговине у примјени је сличан закон, Закон о јавној имовини у Брчко Дистрикту Босне и Херцеговине, „Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ“, бр. 28/06, којим је, поред добара у општој употреби и др. добара које се налазе у имовини Дистрикта, посебно регулисана имовина која служи „... за остваривање функција институција Дистрикта, обављање дјелатности организација и јавних служби које је основао Дистрикт...“ (чл. 6/1).

⁸⁴ Чл. 49/2 и чл. 145/1/а)-ж) Закона о премјеру и катастру Републике Српске и чл. 2/1/а)-ж) Правилника о начину оснивања и одржавања катастра водова, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 11/14.

⁸⁵ Чл. 34/2 Правилника о начину оснивања и одржавања катастра водова.

8. Закључак

Посебно правно регулисање за одређену врсту добара потребно је у сваком савременом правном поретку. При томе, иако се ради о посебним правним правилима која су типична за јавно право, не могу се игнорисати ни општа правна правила типична за приватно (грађанско) право. Практично то значи да у погледу одређене врсте добара која су регулисана посебним законима треба ускладити терминологију са називима које за такву врсту добара налазимо у одредбама ЗСП као општим прописом. Усклађивање терминологије (хармонизација) онемогућује употребу другачијег назива за исти врсту добра или употребу истог назива за различиту врсту добра које се налази у посебном правном режиму.

Хармонизација посебних закона са ЗСП, као и посебних закона међусобно,⁸⁶ у погледу терминологије није само техничко питање. Од тога зависи и читав низ других питања која се односе на правни статус посебне врсте добара (добра у својини или добра изузета из својинскоправног режима), предмет појединих добара под посебним правним режимом, титуларе права управљања, коришћења и располагања, односно титуларе појединих специфичних субјективних права, као и сама специфична субјективна права која постоје на тим добрима, начин њиховог упис у јавну евиденцију непокретности и друга битна питања.

С обзиром на то да посебно правно регулисање представља врсту ограничења права својине на одређеној врсти добара, потребно је на одговарајући начин задовољити супротстављене приватноправне и јавноправне интересе, као и регулисати право на накнаду за штету коју због таквих ограничења трпе титулари права својине на тим добрима. Ово нарочито треба имати на уму приликом доношења нових или измјена и допуна постојећих закона за поједине врсте добара.

⁸⁶ Свакако да хармонизацију треба схватити и у ширем смислу, тј. као усклађивање ових закона са Уставом, као и прописима Европске уније.

Radenko Jotanović, Ph D
Assistant Professor
Faculty of Law
University of Banja Luka

SPECIAL LEGAL REGULATION FOR SPECIFIC TYPES OF THINGS IN THE LEGAL SYSTEM OF THE REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

In every contemporary legal system, in addition to general private law regulation that applies to all types of legal things in civil law, there is a special public-law regulation for certain types of things that is predominantly regulated by the rules of administrative law. However, the general and specific rules of regulation are not exclusive, but on the contrary, they ought to be mutually coordinated and complementary. In the legal system of the Republic of Srpska many specific laws governing the use and management of a particular type of things are not coordinated with the Proprietary Rights Law as a general act. The primary issue is the use of different terminology, ie. use of a different terms describing the same thing, or the use of the same name for two different things, which in practice may lead to different interpretations, misunderstandings, etc.. Therefore, the terminology used by some special laws should be harmonized with the concept of the common goods, public goods and goods of common interest which are regulated by Proprietary Rights Law, whereby for the same type of goods would apply the same legal regime (ownership or non-ownership), subject of regulation, holders of management, use and disposal rights on these goods, the method of registration in the public real estate registry and so on.

Key words: *general (private) legal regulation, special (public) legal regulation, common goods, public goods, goods of common interest.*

PRIMJENA BRISOVNE TUŽBE USLJED STICANJA PRAVA VLASNIŠTVA NA TEMELJU NAČELA POVJERENJA

Dr sc. Hamid Mutapčić*

Sažetak: *Stupanjem na snagu novih entitetskih zakona o zemljišnim knjigama predviđena su rješenja koja bi trebalo da doprinesu reafirmaciji zemljišne knjige i njenih temeljnih načela. Jedno od takvih rješenja je i odredba čl. 9 kojom se predviđa sticanje prava vlasništva na temelju načela povjerenja kao novi originarni način sticanja prava. Međutim, u novom stvarnom pravu RS predviđena su rješenja koja omogućavaju primjenu brisovne tužbe protiv savjesnog sticaoca nekretnine, čime se odgađa nastupanje pravnih učinaka načela povjerenja. Iz toga proizilazi da odredbe zemljišnoknjižnog i stvarnog prava RS nisu usaglašene po pitanju ovog načela. Takva rješenja mogu generisati pojavu različitih shvatanja i neujednačene prakse u primjeni prava, što bi se moglo negativno odraziti i na načelo pravne sigurnosti kao jedno od temeljnih načela svakog pravnog sistema. U radu je izvršena analiza ovakvih zakonskih rješenja, detektirani su njihovi nedostaci, te su prezentirani prijedlozi de lege ferenda u cilju stvaranja zakonskih pretpostavki za stabilnu i efikasnu zemljišnu knjigu. U zakonodavstvu FBiH ne postoji mogućnost upotrebe brisovne tužbe protiv savjesnog sticaoca nekretnine. Međutim, odredba koja upućuje na zastarne i prekluzivne rokove za brisovnu tužbu nije dovoljno jasna, zbog čega je u ovom radu izvršena analiza takvog zakonskog rješenja.*

Ključne riječi: *brisovna tužba, zemljišna knjiga, načelo povjerenja, savjesni sticalac, zabilježba.*

* Доцент на Правном факултету Универзитета у Тузли

Uvod

Stupanjem na snagu novih entitetskih zakona o zemljišnim knjigama¹, odredbom čl. 9 uvodi se novi originarni način sticanja prava vlasništva na nekretnini u slučaju kada upis knjižnog prenosioca nije tačan (istinit) ili potpun, odnosno sticanje prava vlasništva na temelju načela povjerenja u tačnost i potpunost zemljišne knjige. Osnovna intencija zakonodavca jeste da se novim i kvalitetnijim zakonskim rješenjima unaprijedi zemljišnoknjižni sistem evidentiranja nekretnina i prava na nekretninama. Afirmacijom temeljnih načela zemljišnoknjižnog prava, među koje svakako spada i načelo povjerenja, doprinosi se sređivanju i ažuriranju zemljišnih knjiga, što će u konačnici doprinijeti bržem i jednostavnijem pravnom prometu nekretnina². Međutim, u cilju zaštite oštećenih nosilaca knjižnih prava zakonodavac je predvidio rješenja koja onemogućavaju punu primjenu načela povjerenja, što nije u duhu predstojeće reforme zemljišnoknjižnog prava. Jedno od takvih rješenja jeste i ono koje proizilazi iz odredbe čl. 56 st. 3 ZSP RS, kojim se predviđa mogućnost brisanja prava vlasništva stečenog na temelju načela povjerenja. U radu je izvršena analiza takvog zakonskog rješenja, detektirani su njegovi nedostaci, te su prezentirani prijedlozi *de lege ferenda* u cilju stvaranja zakonskih pretpostavki za stabilnu i efikasnu zemljišnu knjigu. Redefinicija načela povjerenja posebno je značajna iz razloga što ZZK RS nije predvidio mogućnost uspješnog podnošenja brisovne tužbe protiv savjesnog sticaoca nekretnine, tako da zemljišnoknjižno i stvarno pravo Republike Srpske nisu konzistentni po pitanju ovog instituta.

¹ Zakon o zemljišnim knjigama FBiH – ZZK FBiH, Službene novine FBiH br. 58/2002, 19/03 i 54/04 i Zakon o zemljišnim knjigama RS – ZZK RS, Službeni glasnik RS br. 74/02, 67/03, 46/04, 109/05 i 119/08.

² Među najznačajnija reformska rješenja spada i odredba čl. 5 ZZK FBiH/RS kojom se propisuje konstitutivno dejstvo upisa za sve osnove sticanja stvarnih prava na nekretninama, osim u slučaju nasljeđivanja, kao i odredba čl. 55 st. 3 Zakona o stvarnim pravima RS – ZSP RS, Službeni glasnik RS br. 124/08, 58/09 i 95/11 i Zakona o stvarnim pravima FBiH – ZSP FBiH, Službene novine FBiH br. 66/2013, a u vezi s odredbom čl. 9. st. 2 i 3 ZZK FBiH/RS, kojom se od savjesnog sticaoca nekretnine, koji se pouzdao u tačnost i potpunost zemljišnoknjižnog upisa, zahtijeva ispitivanje zemljišnoknjižnog i nepoznavanje posjedovnog stanja nekretnina. Za razliku od ranijeg zakonskog rješenja, konstitutivnost upisa propisana je i za stvarna prava čiji je osnov sticanja odluka nadležnog državnog organa, odnosno zakon. Reducirajući predmet istraživanja kasnijeg savjesnog sticaoca zakonodavac je omogućio sticanje prava vlasništva na temelju načela povjerenja. Upravo je ranija jugoslovenska sudska praksa, zahtijevajući ispitivanje i posjedovnog stanja nekretnine, praktično onemogućila ovaj način sticanja stvarnih prava. V. više (o tome): H. Mutapčić, *Uloga i značaj načela povjerenja u procesu reforme zemljišnoknjižnog prava*, Zbornik radova Izgradnja modernog pravnog sistema, Centar za društvena istraživanja Internacionalnog Burč univerziteta, 2014, 377–381.

Kada su u pitanju odredbe ZSP RS koje uređuju brisovnu tužbu, naročito su interesantna rješenja koja predviđaju različite rokove za uspješno podnošenje brisovne tužbe, što zavisi od pravnog osnova sticanja prava na nekretnini od strane knjižnog prethodnika³, kao i od toga da li su ispunjene materijalne pretpostavke za sticanje na temelju načela povjerenja od strane trećeg lica⁴. Pogrešno razumijevanje navedenih zakonskih rješenja može doprinijeti pogrešnoj primjeni brisovne tužbe protiv savjesnog sticaoca nekretnine, s obzirom na to da je ZSP RS istovremeno onemogućio primjenu ove tužbe ukoliko je treće savjesno lice upisalo svoje pravo u zemljišnu knjigu⁵. Stoga je neophodno rasvijetliti sve nejasnoće po pitanju primjene brisovne tužbe protiv savjesnog sticaoca nekretnine, što je jedan od problema istraživanja ovog rada.

Neusaglašenost odredaba zemljišnoknjižnog i stvarnog prava u Federaciji BiH po pitanju primjene brisovne tužbe protiv savjesnog sticaoca nekretnine ne postoji. Iako Zakon o stvarnim pravima FBiH normira brisovnu tužbu, njena upotreba je ograničena samo protiv netačnog upisa knjižnog prethodnika⁶. Međutim, ova odredba može generirati određene nejasnoće u primjeni prava, jer upućuje na različite rokove za uspješno podnošenje brisovne tužbe, što zavisi o pravnom osnovu upisa i vrsti povrede prava. Da bi se spriječila pojava različitih shvatanja i neujednačene prakse u primjeni prava, u radu je izvršena analiza navedenog zakonskog rješenja.

Odredbom čl. 56 st. 3 ZSP RS predviđena je zabilježba spornog upisa, koja se provodi na zahtjev oštećenog nosioca knjižnog prava u situaciji kada je njegovo pravo povrijeđeno činom netačnog upisa u korist neke druge osobe. Ovaj institut ima značajnu ulogu u procesu zaštite knjižnih prava, s obzirom na to da je to jedan od osnovnih uslova za eventualno podnošenje brisovne tužbe protiv savjesnog sticaoca nekretnine. Međutim, u zemljišnoknjižnom i stvarnom pravu Republike Srpske predviđena su različita rješenja po pitanju ove vrste upisa⁷, što može generirati pojavu različitih shvatanja i neujednačene sudske prakse. U radu je izvršena kvalitativna ocjena takvih zakonskih rješenja, te su prezentirani prijedlozi *de lege ferenda* u cilju usaglašavanja odredaba zemljišnoknjižnog i stvarnog prava po pitanju ove vrste upisa u zemljišnu knjigu.

³ V. čl. 56 st. 4 ZSP RS

⁴ V. čl. 56 st. 3 ZSP RS

⁵ V. čl. 56 st. 4 ZSP RS

⁶ V. čl. 55 st. 3 ZSP FBiH. Ova odredba identična je odredbi čl. 56 st. 4 ZSP RS, tako da će u radu biti izvršena jedinstvena analiza istog rješenja iz dva različita zakonska teksta.

⁷ V. čl. 9 st. 2, a u vezi s čl. 71 st. 4 ZZK RS i čl. 56 st. 3 ZSP RS

1. Pojam brisovne tužbe i opće karakteristike

Brisovnom tužbom štiti se knjižno pravo koje je postojalo prije njegove povrede činom netačnog upisa, pa se tužbenim zahtjevom traži uklanjanje učinaka netačnog upisa i njegovo brisanje, te uspostavljanje ranijeg zemljišnoknjižnog stanja. Brisovnom tužbom može se zahtijevati brisanje samo netačne uknjižbe, a ne može se zahtijevati brisanje ostalih vrsta upisa kao što su predbilježba i zabilježba. Ovo iz razloga što jedino uknjižba jeste bezuvjetan upis sticanja, promjene i prestanka knjižnog prava za koju nije potrebno nikakvo naknadno opravdanje, i čiji učinci nastupaju odmah kad se upis provede. Zbog toga pravni učinci povrede knjižnog prava, koja je učinjena netačnim upisom, nastupaju odmah, pa se mogu ukloniti jedino u sudskom postupku koji je pokrenut brisovnom tužbom.

Upis prava vlasništva određene osobe u zemljišnoj knjizi može biti netačan u dva slučaja. Prvi slučaj je onaj kada je u zemljišnu knjigu netačno upisano vlasništvo određene osobe kao da ga je ona stekla, mada ga nije stekla, jer nisu ispunjene sve materijalne pretpostavke za sticanje knjižnog prava. Drugi slučaj je onaj kada je upis prava vlasništva određene osobe prvobitno bio tačan, ali je naknadno postao netačan, jer je druga osoba vanknjižno stekla pravo vlasništva na nekretnini, čime je ranije pravo prestalo, ali je i dalje ostalo upisano u zemljišnoj knjizi iz razloga što vanknjižni titular nije sproveo upis stečenog prava u zemljišnu knjigu. Aktivnu legitimaciju na podnošenje brisovne tužbe ima osoba koja je neposredno prije osporavane promjene bila upisana u zemljišnoj knjizi kao vlasnik nekretnine, odnosno „osoba čije je pravo vlasništva izbrisano iz zemljišne knjige nevaljanim (neistinitim) upisom prava druge osobe“⁸. Dakle, brisovna tužba može se podići samo u prvom navedenom slučaju postojanja netačnog zemljišnoknjižnog upisa. „Prava na nekretninama koja nisu upisana u zemljišnu knjigu, premda mogu biti predmet zemljišnoknjižnog upisa, ne mogu se štititi brisovnom tužbom niti se brisovnom tužbom može zahtijevati njihov upis u zemljišnu knjigu“⁹.

Aktivnu legitimaciju na podnošenje brisovne tužbe ima i nasljednik osobe čije je pravo vlasništva izbrisano iz zemljišne knjige netačnim upisom prava druge osobe, jer na nasljednika u trenutku delacije ili smrti ostavitelja prelazi zaostavština, pa on neposredno stupa u prava i obaveze ostavitelja na

⁸ P. Simonetti, *Stjecanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige u republici Hrvatskoj i u Bosni i Hercegovini*, Zbornik radova Aktuelna pitanja građanskog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini, 5/2010, 16.

⁹ T. Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Informator, Zagreb 2001, 270.

naslijeđenoj imovini¹⁰. Takođe i pravna osoba koja je pravni sljednik osobe koja je prestala postojati, a bila je nositelj knjižnog prava koje je povrijeđeno netačnim upisom, ovlaštena je na podnošenje brisovne tužbe.¹¹

Brisovnom tužbom mogu se pobijati samo izvršeni upisi u zemljišnim knjigama, kojima su povrijeđena do tada postojeća knjižna prava, i to zbog nedostatka materijalnopravnih uslova, npr. kad je uknjižba sprovedena na temelju ništavog pravnog posla ili na temelju isprave u kojoj nije postojala klauzula intabulandi, a ne može se raspravljati o pravu stranaka na spornoj nekretnini. „Povreda se sastoji u promjeni, brisanju, ograničenju knjižnog prava nekim drugim pravom, prijenosu knjižnog prava i sl. za koje nisu bile ispunjene sve pretpostavke“¹². Povreda knjižnog prava može se sastojati i u prijenosu knjižnog prava na treće lice, gdje savjesni sticatelj na temelju netačnog upisa knjižnog prethodnika zaštitom povjerenja stiče stvarno pravo na nekretnini. Zbog toga se brisanjem netačne uknjižbe i uspostavom ranijeg zemljišnoknjižnog stanja preventivno djeluje protiv mogućeg djelovanja pravnih učinaka načela povjerenja u tačnost zemljišne knjige. Ovi nedostaci mogu se otkloniti brisanjem netačne uknjižbe na temelju pravosnažne presude, koju u parničnom postupku donosi sud u povodu brisovne tužbe. S obzirom na to da presuda donesena u sporu radi brisanja upisa i uspostave ranijeg zemljišnoknjižnog stanja mora sadržavati podatke o katastarskom broju i o katastarskoj općini u kojoj leže, onda i tužbeni zahtjev mora sadržavati iste takve podatke, jer sud raspravlja i odlučuje samo u granicama postavljenog tužbenog zahtjeva, koji je osnovni element tužbe¹³. „Presudom može biti usvojen samo potpuno i precizno određen tužbeni zahtjev“¹⁴.

¹⁰ V. čl. 153 Zakona o nasljeđivanju RS, Službeni glasnik RS br. 1/09 i čl. 5 st. 4 i 5 Zakona o nasljeđivanju FBiH, Službene novine FBiH br. 80/14.

¹¹ „U situaciji kada je pravni prednik upisan u zemljišnim knjigama kao nositelj prava korištenja, a prestao je pravno postojati, tada je njegov pravni slijednik aktivno legitimiran brisovnom tužbom tražiti uspostavu ranijeg zemljišnoknjižnog stanja a u svrhu zaštite zemljišnoknjižnog prava svog pravnog prednika a time i svojih prava“ (Odluka Vrhovnog suda Hrvatske, Rev. 2592/93 od 1.12.1993, navedeno prema O. Jelčić, *Tužbeni zahtjev u parnicama za zaštitu prava vlasništva – vlasničke i zemljišnoknjižne tužbe*, Zbornik radova Nekretnine kao objekti imovinskih prava, Zagreb 2007, 151).

¹² T. Josipović, isto djelo, 270.

¹³ V. čl. 53 st. 2 tač. 2 Zakona o parničnom postupku FBiH – ZPP FBiH, Službene novine FBiH br. 53/03, 73/05 i 19/06 i Zakona o parničnom postupku RS – ZPP RS, Službeni glasnik RS, br. 58/03, 85/03 i 74/05.

¹⁴ Odluka Vrhovnog suda BiH, br. Pž-46/91 od 18.4.1991.

2. Zakonska regulativa

Iako je Zakon o zemljišnim knjigama iz 1930. godine poznao brisovnu tužbu¹⁵, novo zemljišnoknjižno pravo u oba entiteta ipak ne predviđa primjenu ove tužbe usljed sticanja prava vlasništva na temelju načela povjerenja. Razloge treba tražiti u namjeri zakonodavca da se načelo povjerenja u potpunosti stavi u prvi plan, kako bi se afirmacijom ovog načela doprinijelo bržem i jednostavnijem pravnom prometu nekretnina i konačnom sređivanju i ažuriranju zemljišnoknjižnog stanja. S obzirom na to da ustanova brisovne tužbe odgađa nastupanje pravnih učinaka načela povjerenja, savjesni sticaoci nekretnine ne mogu biti sigurni u stečena knjižna prava sve dok ne proteknu rokovi koji su vezani za uspješno podnošenje ove tužbe. Stoga su rješenja zemljišnoknjižnog prava, koja štite savjesno sticanje trećih lica, u potpunosti kompatibilna s namjerom zakonodavca da se novim reformskih rješenjima doprinese stabilizaciji zemljišne knjige.

Novo zemljišnoknjižno i stvarno pravo Republike Srpske nisu konzistentni po pitanju ovog instituta, s obzirom na to da ZSP RS predviđa primjenu brisovne tužbe usljed sticanja prava vlasništva na temelju načela povjerenja u zemljišnu knjigu¹⁶. Takođe, ni entitetski zakoni o stvarnim pravima nisu usaglašeni po ovom pitanju, zbog čega će u nastavku biti izvršena odvojena analiza jednog i drugog zakona.

U pravnoj teoriji se zamjera zakonodavcu stvarnog prava iz razloga što će odredbe koje regulišu brisovnu tužbu biti teško primjenjive, prije svega zbog toga što one nisu u dovoljnoj mjeri definisale ovo pravno sredstvo, ali i zbog toga što se to kosi sa namjerom zakonodavca izraženoj u zakonima o zemljišnim knjigama da načelo povjerenja djeluje odmah i bez ograničenja¹⁷.

2.1. Primjena brisovne tužbe prema ZSP RS

U zemljišnoknjižnom i stvarnom pravu Republike Srpske ne postoje jedinstvena rješenja u pogledu djelovanja pravnih učinaka načela povjerenja. Imajući u vidu visok stepen neusklađenosti zemljišnoknjižnog i posjedovnog stanja nekretnina, kao i intenciju zakonodavca da se novim i kvalitetnijim rješenjima doprinese stabilizaciji zemljišne knjige i afirmaciji njenih

¹⁵ V. § 71 Zakona o zemljišnim knjigama iz 1930. godine

¹⁶ V. čl. 56 st. 3 ZSP RS

¹⁷ V. M. Povlakić, *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Pravni fakultet, Sarajevo 2009, 121.

temeljnih načela, onda je razumljivo rješenje ZZK RS prema kojem je predviđeno безусловno djelovanje pravnih učinaka načela povjerenja. Dakle, zemljišnoknjižno pravo štiti savjesno sticanje trećih savjesnih lica, što znači da ne postoji mogućnost brisanja knjižnih prava koja su stečena na temelju punovažnog pravnog posla od formalnog vlasnika nekretnine. U tome se upravo i ogleda funkcija zemljišnih knjiga, jer je njen značaj u tome da stvara pretpostavku prava u situaciji kada zemljišnoknjižno stanje ne odgovara faktičkom stanju. Međutim, prema čl. 56 st. 3 ZSP RS brisovna tužba se može podići i u slučaju kada je treće savjesno lice, koje se pouzdalo u tačnost zemljišnoknjižnog upisa, već izvršilo upis prava vlasništva u zemljišnu knjigu, ali pod pretpostavkom da je ova tužba podnesena u zakonom propisanim rokovima¹⁸. Iako je istekao trogodišnji rok odgode načela povjerenja¹⁹, koji propisuju završne odredbe ovog zakona²⁰, svako sticanje koje se temelji na zaštiti povjerenja u zemljišnu knjigu biti će uslovno, bez obzira na savjesnost sticaoca²¹. Takvo će sticanje postati konačno i bezuvjetno tek kad osoba, u čiju je korist ustanovljena ova tužba, ne podnese zahtjev za brisanje učinaka netačnog upisa u zakonom predviđenim rokovima.

Međutim, ZSP RS u čl. 56 st. 4 propisuje da se brisovna tužba može podići i u rokovima u kojima se može ostvarivati osporavanje pravnog osnova upisa, što bi moglo upućivati na zaključak da je takvo rješenje u potpunoj suprotnosti s odredbom st. 3 istog člana koja propisuje rokove brisovne tužbe. Ova odredba može proizvesti i određene nejasnoće u primjeni prava, s obzirom na to da se ovi rokovi odnose na zastarne i prekluzivne rokove predviđene u okviru drugih zakona, koji su različiti zavisno o pravnom osnovu upisa i vrsti povrede prava²². Pri tome treba cijeniti da li je upis izvršen na temelju pravnog posla, ili na temelju odluke suda, ili odluke nekog drugog nadležnog državnog organa. Kada je upis u zemljišnu knjigu izvršen na temelju prav-

¹⁸ V. čl. 56 st. 3 ZSP RS.

¹⁹ Trogodišnji rok o odgođenoj primjeni pravila o zaštiti povjerenja u tačnost zemljišne knjige, čiji početak se veže za dan stupanja na snagu ZSP RS, istekao je, s obzirom na to da je ovaj zakon stupio na snagu 4.1.2009. U čl. 357 ZSP RS predviđeno je da će ovaj zakon stupiti na snagu osmog dana od dana objavljivanja u Službenom glasniku Republike Srpske. Zakon je objavljen 27.12.2008.

²⁰ V. čl. 9 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o stvarnim pravima, Službeni glasnik Republike Srpske br. 95/11.

²¹ Isto tako P. Simonetti, isto djelo, 17, D. Medić, *Reforma stvarnog prava u Republici Srpskoj*, Zbornik radova Aktuelna pitanja građanskog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini, 5/2010, 34, I. Babić et al., *Komentar Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske*, Privredna štampa, Sarajevo 2011, 263, T. Heljić, *Značaj načela upisa i javnog povjerenja u zemljišnu knjigu shodno novom zemljišnoknjižnom pravu u Bosni i Hercegovini*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, 2006, 456.

²² Identično zakonsko rješenje sadrži i čl. 56 st. 3 ZSP FBiH

nog posla važno je praviti razliku između rušljivih i ništavih pravnih poslova. Ukoliko je uknjižba izvršena na temelju rušljivog pravnog posla, onda se brisovna tužba može podići u okviru rokova za poništenje takvog ugovora koje propisuje Zakon o obligacionim odnosima²³. Ukoliko je uknjižba izvršena na temelju ništavog pravnog posla, onda možemo zaključiti da uspješno podnošenje brisovne tužbe nije vezano prekluzivnim rokovima, s obzirom na to da zahtjev za utvrđenje ništavosti pravnog posla ne zastarijeva²⁴. Kada je upis u zemljišnu knjigu izvršen na temelju sudske odluke ili odluke nekog drugog nadležnog državnog organa, onda je uspješno podnošenje brisovne tužbe ograničeno rokovima procesnog prava, u okviru kojih se takve odluke mogu pobijati redovnim ili vanrednim pravnim lijekovima. Međutim, uspješno podnošenje brisovne tužbe ni u jednom od navedenih slučajeva nije moguće ukoliko je treća savjesna osoba, pouzdavajući se u tačnost zemljišnoknjižnog upisa, upisala svoje pravo.²⁵

Možemo zaključiti da se u čl. 56 st. 3 ZSP RS propisuju rokovi za brisovnu tužbu protiv savjesnog sticaoca, koji je upisao svoje pravo pouzdavajući se u zemljišnu knjigu, dok se u stavu 4 istog člana upućuje na zastarne i prekluzivne rokove predviđene drugim zakonima, koji se mogu koristiti samo ukoliko nije došlo do sticanja prava vlasništva od strane treće savjesne osobe. Dakle, odredba koja upućuje na druge zastarne i prekluzivne rokove supsidijarno će se primjenjivati, što znači da ova odredba ima značaj samo ukoliko nisu ispunjene materijalne pretpostavke za sticanje prava vlasništva na temelju načela povjerenja od strane treće osobe. U tom slučaju tužena strana može biti samo neposredni sticatelj, čijim je netačnim upisom došlo do povrede knjižnog prava oštećene osobe. Ukoliko je pak treća savjesna osoba izvršila upis stečenog prava u zemljišnu knjigu, onda se primjenjuje odredba čl. 56 st. 3 u vezi s rokovima brisovne tužbe, s obzirom na to da od tog momenta i treća savjesna osoba postaje učesnik spora, pa zajedno s neposrednim sticateljem, kao knjižnim prethodnikom, ima položaj jedinstvenog nužnog suparničara. Ovo iz razloga što se spor može riješiti samo na jednak način, kako prema knjižnom prethodniku, tako i prema trećoj savjesnoj osobi, koji se smatraju jednom parničnom strankom²⁶. Iz toga proizilazi da se u takvim okolnostima neće primjenjivati odredba st. 4 istog člana koja upućuje na druge zastarne i prekluzivne rokove. Praktični značaj pravilnog tumačenja ovog

²³ V. čl. 117 Zakona o obligacionim odnosima – ZOO, Službeni list SFRJ br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, 2/92 i 13/94.

²⁴ V. čl. 110 ZOO.

²⁵ V. čl. 56 st. 4 ZSP RS.

²⁶ V. čl. 366 ZPP FBiH/RS.

zakonskog rješenja ogleda se u tome što oštećeni nositelj knjižnog prava neće moći koristiti duže zastarne i prekluzivne rokove koje propisuju ZOO i ostali zakoni u odnosu na već utvrđene rokove u okviru stvarnog prava.

2.1.1. Primjena brisovne tužbe protiv savjesnog sticaoca

Iako iz člana 56 stav 4 ZSP RS proizilazi da se brisovna tužba ne može podići ukoliko je treća savjesna osoba upisala svoje pravo u zemljišnu knjigu, pravilno je zaključiti da se brisovna tužba u ovom slučaju odnosi samo na one situacije u kojima je knjižni prethodnik, odnosno osoba od koje savjestan sticalac stiče svoje knjižno pravo, pribavio nekretninu po pravnom osnovu, za kojeg su vezani drugi zastarni i prekluzivni rokovi. Iz sadržaja ove odredbe proizilazi da oštećeni nositelj knjižnog prava može koristiti brisovnu tužbu samo protiv knjižnog prethodnika i to u okviru zastarnih i prekluzivnih rokova koje propisuje ZOO i ostali zakoni. Međutim, ukoliko su ispunjene materijalne pretpostavke za sticanje prava vlasništva zaštitom povjerenja od strane treće savjesne osobe, onda se primjenjuje odredba čl. 56 st. 3 ZSP RS, koja propisuje posebne rokove za uspješno podnošenje brisovne tužbe protiv savjesnog sticaoca nekretnine. Iz tih razloga, ova zakonska odredba nije u suprotnosti s odredbom stava 4 istog člana, koja upućuje na druge zastarne i prekluzivne rokove, koje oštećeni nositelj knjižnog prava ne može koristiti protiv savjesnog sticaoca nekretnine. Stoga se može zaključiti da ZSP RS dopušta upotrebu brisovne tužbe protiv savjesnog sticaoca, koji je, pouzdajući se u tačnost zemljišnoknjižnog upisa, stekao stvarno pravo na nekretnini. Međutim, da bi se spriječila pojava različitih shvatanja i neujednačene sudske prakse po ovom pitanju, smatramo da treba izvršiti izmjene ZSP RS na način da se briše odredba čl. 56 st. 3, čime bi ovo zakonsko rješenje bilo u potpunosti izjednačeno s onim u Federaciji BiH, koje je onemogućilo upotrebu brisovne tužbe protiv savjesnog sticaoca nekretnine, što je u duhu odredaba zemljišnoknjižnog prava u oba entiteta. Na takav način doprinijelo bi se afirmaciji načela povjerenja i načela upisa, kao temeljnih zemljišnoknjižnih načela, što je od velikog značaja za ukupan proces reforme zemljišnoknjižnog prava²⁷.

Iako su entitetski zakoni o zemljišnim knjigama predviđjeli rješenje koje štiti savjesno sticanje trećih lica, koja su se pouzdala u tačnost zemljiš-

²⁷ V. više (o tome): H. Mutapčić, A. Brkić, *Odnos normativnog i stvarnog stanja upisa prava na nekretninama u zemljišnu knjigu u Bosni i Hercegovini, s osvrtom na uporedno zakonodavstvo*, Zbornik radova međunarodne naučne konferencije Javni i privatni aspekti nužnih pravnih reformi u BiH, Tuzla 2013, 154–162.

noknjižnog upisa²⁸, ZSP RS ipak relativizira i negira značaj načela povjerenja i ponovo ga stavlja u drugi plan, što na izvjestan način predstavlja povratak na raniju jugoslavensku pravnu praksu u kojoj su sudovi, zahtijevajući ispitivnije posjedovnog stanja nekretnina, permanentno negirali i praktično onemogućili primjenu načela povjerenja²⁹. „Prijašnji zemljišnoknjižni vlasnik čije je pravo povrijeđeno nevaljanom uknjižbom u korist druge osobe ima pravo tražiti brisanje te uknjižbe i uspostavu prijašnjeg stanja i protiv osobe koja svoje pravo izvodi iz nevaljano upisanog prava vlasništva, pa i u slučaju da je ta osoba stekla pravo vlasništva u dobroj vjeri“³⁰. „Takvo sticanje prava svojine je ograničeno raskidnim uslovom, jer lice koje je upisom prava svojine prodavca povrijeđeno u svom knjižnom pravu svojine može podnijeti tužbu za brisanje tog upisa“³¹.

Ovakvo zakonsko rješenje je korak unazad i povratak na rješenja koja su postojala prije usvajanja novih entitetskih zakona o zemljišnim knjigama, što ne može doprinijeti započetom procesu reforme u oblasti zemljišnoknjižnog prava. Očigledno je da pokušaj zakonodavca stvarnog prava da pomiri različite koncepte zemljišnoknjižnog i stvarnog prava nije uspio, što može generirati pojavu različitih stavova u budućoj sudskoj praksi. „Pored toga se ponovo postavlja pitanje, što je to što zakonodavstvo Bosne i Hercegovine želi: Da li je to zemljišna knjiga u čije podatke se svako može pouzdati ili je to jedna takva vrsta zemljišne knjige koja ipak savjesno stjecanje stavlja pod znak upitnika“³².

²⁸ V. čl. 9 ZZZK FBiH/RS.

²⁹ „Samo pouzdanjem u zemljišnu knjigu i upisom prava svojine na kupljenoj nepokretnosti, kupac se ne može smatrati jačim u pravu nasuprot ranijem sticaocu koji nepokretnost drži u posedu, ako je prema njemu nastupio osnov za sticanje prava svojine održajem. Savestan kupac nepokretnosti je ono lice, koje pored pouzdanja u zemljišne knjige prethodno utvrdi stanje poseda kupljene nepokretnosti“ (Odluka Vrhovnog suda Srbije, Rev. 4740/92, navedeno prema S. Vuković, *Sudska praksa iz svojinskopravnih odnosa*, Poslovni biro, Beograd 2003, 264). „Lice koje ima pravni osnov sticanja i posed nepokretnosti jače je u pravu od zemljišno-knjižnog imaooca prava svojine“ (Odluka Vrhovnog suda Vojvodine, Gž. 103/89, Ibid, 254). „Kada se u sporu pojavljuju dva prava na istoj nepokretnosti, i to zemljišno-knjižno pravo i pravo koje proizilazi iz presude, uvek je jači u pravu onaj koji je u posedu imovine, pri čemu se ima ceniti savjesnost ugovornika“ (Odluka Vrhovnog suda Srbije, Rev. 120/80, Ibid, 257). „Sticalac nekretnine smatrat će se savjesnim ako se prilikom sticanja nekretnine osvjedočio da se prenosilac faktički nalazi u posjedu otuđenih nekretnina. Nije dovoljno za pitanje ko se nalazi u posjedu učiniti jedino uvid u zemljišne knjige i katastarski posjedovni list“ (Odluka Vrhovnog suda Vojvodine, Rev. 525/65, navedeno prema M. Orlić, *Savesnost pri sticanju nepokretnosti*, Pravni život, 2/1980, 74). „Kupac je dužan prilikom kupovine da provjeri ne samo na osnovu uvida u zemljišnu knjigu ko je vlasnik, nego i u prirodi (na terenu) ko je u posjedu te nekretnine“ (Odluka Vrhovnog suda Vojvodine, Rev. 272/89, navedeno prema D. Stamenković, Priručnik za upise u zemljišnu knjigu i katastar nepokretnosti, Savremena administracija, Beograd 1991, 59).

³⁰ P. Simonetti, isto djelo, 17.

³¹ D. Medić, isto djelo, 34.

³² T. Heljić, isto djelo, 457.

2.1.2. Rokovi za uspješno podnošenje brisovne tužbe protiv savjesnog sticaoca

Pravni učinci načela povjerenja u tačnost zemljišne knjige ne nastupaju odmah nakon što se u korist savjesnog sticaoca provede upis njegovog knjižnog prava. Nastupanje takvih pravnih učinaka uvjetovano je istekom roka u kojem se u odnosu na savjesnog sticaoca brisovnom tužbom može zahtijevati brisanje netačnog upisa njegovog knjižnog prethodnika, odnosno osobe od koje savjesni sticalac stiče svoje knjižno pravo, i uspostava ranijeg zemljišno-knjižnog stanja, koje je postojalo prije provedbe netačnog upisa. Iz člana 56 stav 3 ZSP RS proizilazi da je sticanje u korist savjesnog sticaoca uslovno, jer zavisi od toga hoće li oštećeni nositelj knjižnog prava podići brisovnu tužbu sa zahtjevom da se izvrši brisanje netačnog upisa knjižnog prethodnika i hoće li u tom postupku uspjeti. Dakle, savjesni sticatelj i nakon izvršenog upisa u njegovu korist može izgubiti upisano pravo ako oštećeni nositelj knjižnog prava uspije u parnici koja je pokrenuta brisovnom tužbom. Uspješno podnošenje ove tužbe vremenski je ograničeno objektivnim rokom od tri godine otkad je bio zatražen prednikov upis, kao i subjektivnim rokom od 60 dana od isteka roka za žalbu protiv rješenja o dopuštenju uknjižbe u korist knjižnog prethodnika³³, kada je oštećeni nositelj knjižnog prava bio uredno obaviješten o netačnom upisu³⁴.

Da bi tužitelj uspio sa zahtjevom brisanja knjižnog prava savjesnog sticaoca, osim što mora najkasnije u roku od 60 dana od isteka roka za žalbu podnijeti brisovnu tužbu protiv savjesnog sticaoca, on mora isto tako i u roku za žalbu zatražiti zabilježbu da je takav upis sporan³⁵. Oba uslova su kumulativno postavljena, tako da bi neispunjenjem bilo kojeg od njih tužitelj izgubio pravo na podnošenje ove tužbe. Naime, sud neće udovoljiti zahtjevu tužitelja ako je rješenje o netačnom upisu u korist neposrednog sticatelja bilo uredno dostavljeno oštećenom nositelju knjižnog prava, a on nije u roku za žalbu zatražio zabilježbu da je takav upis sporan, te ako nije u roku od 60 dana od isteka roka za žalbu podnio brisovnu tužbu. Isto tako, tužitelj neće uspjeti u parnici ako je tužba podnesena nakon isteka objektivnog roka od tri godine, bez obzira ako oštećeni nositelj knjižnog prava nije bio obaviješten o izvrše-

³³ Žalbom protiv rješenja o dopuštenju uknjižbe ostvaruje se zaštita knjižnog prava od povrede netačnim upisom. Ovom žalbom osporava se rješenje o dopuštenju uknjižbe za čiju provedbu nisu bile ispunjene sve materijalnopravne pretpostavke, pa je na osnovu takvog rješenja sproveden netačan upis. V. više (o tome): T. Josipović, isto djelo, 269.

³⁴ V. čl. 56 st. 3 ZSP RS

³⁵ V. čl. 56 st. 3 ZSP RS

nom netačnom upisu u korist knjižnog prethodnika. „U oba navedena slučaja na početak tijeka rokova ne utječe činjenica kada je pošteni sljednik neposrednog stjecatelja zatražio i ishodio upis svoga prava u zemljišnu knjigu“³⁶. Sticanje u korist savjesnog sticaoca, koji se pouzdao u tačnost zemljišne knjige, postat će bezuvjetno i konačno tek kad se u roku, u kojem se i protiv nje ga može zahtijevati brisanje netačnog upisa knjižnog prethodnika, ne podigne brisovna tužba, odnosno kada brisovni tužbeni zahtjev bude pravosnažno odbijen odlukom suda.

2.1.3. Zabilježba brisovne tužbe

Zabilježba brisovne tužbe predstavlja upis činjenica kojima oštećeni nositelj knjižnog prava osporava tačnost upisa u zemljišnoj knjizi u korist nekog drugog lica³⁷. Na takav način on nastoji osujetiti moguće otuđenje spornog prava i nastupanje pravnih učinaka načela povjerenja, jer se sva treća lica upozoravaju da je postojeće knjižno pravo sporno, te da pribavljanje prava zavisi od ishoda parnice, zbog čega je isključena mogućnost savjesnog sticanja prava na nekretnini. Zabilježbom brisovne tužbe štiti se određeno knjižno pravo od gubitka zbog djelovanja pravnih učinaka načela povjerenja, jer se nakon provedbe takvog upisa u zemljišnoj knjizi niko neće moći opravdati da nije znao niti da nije mogao znati da je zemljišnoknjižno stanje netačno, zbog čega se takve osobe neće moći pozivati na načelo zaštite povjerenja u tačnost zemljišne knjige. Tako se zabilježbom brisovne tužbe osigurava zaštita stvarnih prava na nekretninama koja su povrijeđena netačnim upisom, te pruža mogućnost oštećenom nositelju knjižnog prava da može tražiti poništenje svih pravnih transakcija proizašlih iz takvog zemljišnoknjižnog stanja.

Stupanjem na snagu novog ZZK FBiH/RS došlo je do određenih terminoloških izmjena po pitanju ove vrste upisa, tako da zakon ne koristi uvijek termin zabilježba, nego govori i o prigovoru protiv tačnosti zemljišne knjige³⁸. Da se kod upisa prigovora radi u stvari o upisu zabilježbe vidi se iz povezanog tumačenja odredbe čl. 9 st. 2 ZZK s čl. 60 ZZK, koja reguliše zabi-

³⁶ O. Jelčić, isto djelo, 154.

³⁷ Po uzoru na hrvatsko pravo u ovom radu koristi se termin „zabilježba brisovne tužbe“ za pojam koji označava zabilježbu o spornom upisu iz čl. 56 st. 3 ZSP RS. Za razliku od ZZK FBiH/RS koji ne predviđaju upotrebu brisovne tužbe, Zakon o zemljišnim knjigama Republike Hrvatske – ZZK RH, Narodne novine br. 91/96, 68/98, 137/99, 73/00, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10, 55/13 i 60/13, u čl. 129 na skoro identičan način kao ZSP RS propisuje brisovnu tužbu i rokove za uspješno podnošenje ove tužbe protiv savjesne osobe, koja je postupajući s povjerenjem u tačnost zemljišnih knjiga uknjižila svoje pravo izvodeći ga iz uknjiženog, ali netačnog prava prednika, kao i zabilježbu brisovne tužbe kojom se osporava tačnost zemljišnoknjižnog upisa.

³⁸ V. čl. 9 st. 2, a u vezi sa čl. 71 st. 4 ZZK FBiH/RS

lježbu u vezi sa tačnošću i ispravkom upisa u zemljišnoj knjizi. Ovo nespretno korištenje različitih termina može izazvati određene nedoumice prilikom primjene prava, te generirati pojavu neujednačene sudske prakse prilikom rješavanja vlasničkih sporova ove vrste, zbog čega je potrebno izvršiti terminološko usklađivanje navedenih zakonskih odredaba.

Zabilježbu brisovne tužbe može zahtijevati samo ono lice čije je zemljišnoknjižno pravo povrijeđeno uknjižbom prava nekog drugog lica, što znači da vanknjižni titulari ne mogu zahtijevati ovu vrstu upisa u zemljišnoj knjizi. Tako se zabilježba brisovne tužbe ne može zahtijevati u svim slučajevima kad je uknjižbom povrijeđeno nečije pravo, nego samo kad je povrijeđeno zemljišnoknjižno pravo, odnosno pravo koje je bilo upisano u zemljišnoj knjizi u trenutku kada je izvršen netačan upis. Ovo iz razloga što su ranije provedeni upisi valjani, jer su za njihovu provedbu bile ispunjene sve materijalne i procesne pretpostavke. Zbog toga vanknjižni titulari nisu ovlašteni zahtijevati zabilježbu brisovne tužbe i podnositi ovu tužbu, jer se brisovnom tužbom štite upisana knjižna prava od povrede netačnim upisom.

Zabilježba brisovne tužbe može se zahtijevati samo u slučaju izvršene uknjižbe, kojom je povrijeđeno upisano pravo u zemljišnoj knjizi, jer samo uknjižba predstavlja konačno i bezuvjetno sticanje, promjenu i prestanak prava na nekretninama, pa je samim time nastupila i povreda prava u trenutku kada je izvršena uknjižba prava u korist nekog drugog lica. To znači da se zabilježba brisovne tužbe ne može zahtijevati u slučaju predbilježbe, koja, za razliku od uknjižbe, predstavlja uvjetno sticanje prava na nekretnini. Sama priroda predbilježbe ukazuje trećim licima da pribavljanje prava nije konačno, pa bi zabilježba spora u tom slučaju bila nepotrebna.

U pogledu zabilježbe brisovne tužbe zemljišnoknjižno i stvarno pravo nisu konzistentni. Dok se prema ZSP RS zabilježba brisovne tužbe može izvršiti i bez saglasnosti lica koje je izvršilo netačan upis³⁹ (štaviše, to je i jedna od kumulativnih pretpostavki za uspješno podnošenje brisovne tužbe), ZZK RS propisuje da se za upis zabilježbe brisovne tužbe mora dobiti odobrenje lica čije se pravo osporava, pa tek ako ne bude takvog odobrenja, njega može zamijeniti sudska presuda⁴⁰. Naime, prema odredbi čl. 60 ZZK RS, ukoliko je pogrešan upis izvršen zbog odgovornosti zemljišnoknjižnog ureda, tada će zabilježba biti izvršena po službenoj dužnosti. Ukoliko se ispostavi da je pogrešan upis izvršen iz nekih drugih razloga, osim greške zemljišnoknjižnog ureda, za upis zabilježbe neophodna je saglasnost upisanog lica, odnosno lica

³⁹ V. čl. 56 st. 3 ZSP RS

⁴⁰ V. čl. 60 st. 2 i 3, a u vezi s čl. 41 ZZK RS

čiji se upis osporava. U slučaju da takva saglasnost izostane, onda zainteresirano lice može podići tužbu kojom će ishoditi odobrenje za upis zabilježbe na osnovu sudske odluke.

Odredbe zemljišnoknjižnog prava kreirane su s ciljem afirmacije temeljnih načela zemljišnoknjižnog prava, prije svega načela povjerenja i načela upisa, što bi trebalo doprinijeti sređivanju i ažuriranju zemljišnoknjižnog stanja nekretnina, što i jeste osnovna intencija zakonodavca. Odredbe ZSP RS, koje predviđaju upotrebu brisovne tužbe protiv savjesnog sticaoca koji se pouzdao u tačnost zemljišnoknjižnog upisa, kao i odredbe koje propisuju puno jednostavniju proceduru za upis zabilježbe brisovne tužbe u odnosu na odredbe zemljišnoknjižnog prava, ne doprinose afirmaciji načela povjerenja, s obzirom na to da navedene odredbe odlažu nastupanje pravnih učinaka ovog načela, odnosno praktično onemogućavaju njegovu primjenu. Postojanje ovakvog zakonskog rješenja, u situaciji kada postoji visok stepen neusaglašenosti zemljišnoknjižnog i posjedovnog stanja nekretnina, neshvatljivo je, posebno ukoliko se uzme u obzir činjenica da je zakonodavac opredijeljen za reformu zemljišnoknjižnog prava i stvaranje zakonskih pretpostavki za stabilnu i efikasnu zemljišnu knjigu. Smatramo da treba pristupiti izmjenama i dopunama ZSP RS na način da se briše odredba člana 56 stav 3, čime bi se onemogućilo podizanje brisovne tužbe protiv savjesnih sticalaca, te na takav način i otklonila postojeća neusaglašenost odredaba zemljišnoknjižnog i stvarnog prava po pitanju zabilježbe brisovne tužbe. Time bi se spriječila i eventualna pojava neujednačene sudske prakse, s obzirom na to da bi sudovi primjenom pravila *Lex specialis derogat legi generale*, odnosno *Lex posterior derogat legi priori*, mogli dati prednost jednom, odnosno drugom zakonu.

2.1.4. Posljedica protoka prekluzivnog roka za brisanje upisa

Ukoliko oštećeni nositelj knjižnog prava ne podnese brisovnu tužbu u objektivnom roku od tri godine od pogrešnog upisa, odnosno u roku od 60 dana od isteka roka za žalbu protiv pogrešnog upisa knjižnog prethodnika, onda će nastupiti fikcija apsolutne tačnosti, tako da će se stanje u zemljišnoj knjizi smatrati tačnim, iako ono nije tačno. „Neće postojati uslovi za ispravku upisa uknjižbe, ukoliko je proteklo tri godine i time nastupila apsolutna tačnost upisa“⁴¹. Kod takvog stanja stvari oštećeni nosilac knjižnog prava nema pravo ni na naknadu štete protiv neposrednog sticaoca čiji je upis u zemljišnoj knjizi netečan. Posljedica protoka prekluzivnih rokova je potpuni gubitak pra-

⁴¹ Odluka Okružnog suda u Beogradu, Gž. 92/96, navedeno prema S. Vuković, isto djelo, 248.

va na sudsku zaštitu, što znači da pravo prestaje postojati kao da nikada nije ni nastalo. Dakle, u tom slučaju, pored prestanka prava na prinudno ostvarenje prava protivno volji dužnika, dolazi i do prestanka samog prava. Nakon protoka ovih rokova, u odnosu na savjesnog sticaoca nekretnine nastupaju pravni učinci zaštite povjerenja u tačnost zemljišne knjige, pa se njegovo sticanje ne može više osporavati zbog netačnog upisa njegovog knjižnog prethodnika.

2.2. Primjena brisovne tužbe prema ZSP FBiH

Iako je Nacrt ZSP FBiH predviđao primjenu brisovne tužbe usljed sticanja prava vlasništva na temelju načela povjerenja, bez obzira na savjesnost sticaoca⁴², prilikom usvajanja konačnog teksta ovog zakona brisana je takva odredba. Stoga će svako sticanje koje se temelji na načelu povjerenja biti konačno i bezuslovno u trenutku podnošenja zahtjeva za upis stečenog prava u zemljišnu knjigu, osim ako nije istekao trogodišnji rok odgode načela povjerenja koji propisuju završne odredbe ovog zakona u korist vanknjižnih titulara⁴³. Brisovna se tužba može podići samo u rokovima u kojima se može ostvarivati osporavanje pravnog osnova upisa, ali se ne može podići ukoliko je savjesna treća osoba, pouzdajući se u zemljišnu knjigu, upisala svoje pravo⁴⁴. Navedeno rješenje identično je onom koje proizilazi iz odredbe čl. 56 st. 4 ZSP RS, tako da u ovom slučaju vrijedi sve ono što je rečeno u prethodnim izlaganjima u vezi s tom odredbom.

S obzirom na to da ZSP FBiH nije omogućio primjenu brisovne tužbe protiv treće savjesne osobe, može se zaključiti da položaj tužene strane prilikom osporavanja pravnog osnova upisa ima samo neposredni sticalac, čijim je upisom došlo do povrede knjižnog prava upisane osobe. Brisovna se tužba ne može podići ukoliko su nastupili pravni učinci načela povjerenja u zemljišnu knjigu. Zakon štiti savjesno sticanje trećih osoba, čime se afirmišu temeljna zemljišnoknjižna načela, a naročito načelo povjerenja i načelo upisa, što bi

⁴² V. čl. 56 st. 3 Nacrta ZSP FBiH

⁴³ Iako čl. 56 ZSP FBiH ne odlaže nastupanje pravnih učinaka načela povjerenja, ova odgoda ipak postoji prema čl. 361 st. 1 ZSP FBiH, koji propisuje da su vanknjižni nosioci stvarnih prava dužni u roku od tri godine od dana stupanja na snagu ovog zakona (5.9.2013) pokrenuti postupak za upis stvarnih prava u pogledu nekretnina i svih promjena na njima u zemljišnu knjigu, što znači da je za navedeni period odgođeno nastupanje pravnih učinaka načela povjerenja. Sve dok ne protekne zakonom propisani rok od tri godine, svako sticanje koje se temelji na načelu zaštite povjerenja u zemljišnu knjigu biće uslovno. Takvo će sticanje postati bezuslovno i konačno tek kad osoba, u čiju je korist propisan ovaj rok, ne podnese zahtjev za upis vanknjižnog prava na nekretnini, odnosno ne uspije u parnici koja je pokrenuta u povodu brisovne tužbe u slučaju kada je savjesni sticalac već izvršio uknjižbu u svoju korist.

⁴⁴ V. čl. 56 st. 3 ZSP FBiH

trebalo doprinijeti sređivanju i ažuriranju zemljišnoknjižnog stanja, te bržem i jednostavnijem pravnom prometu nekretnina. Iz toga proizilazi da su odredbe zemljišnoknjižnog i stvarnog prava u Federaciji BiH, po pitanju primjene brisovne tužbe usljed sticanja prava vlasništva na temelju načela povjerenja, u potpunosti usaglašene, te da ne postoji kolizija zakonskih rješenja kao što je to slučaj u zakonodavstvu Republike Srpske.

3. Učinci brisovne tužbe na načelo povjerenja u potpunost zemljišne knjige

Iako su entitetski zakoni o zemljišnim knjigama propisali konstitutivno dejstvo uknjižbe kod svih oblika sticanja stvarnih prava na nekretninama, osim u slučaju nasljeđivanja⁴⁵, pravni učinci načela povjerenja u tačnost zemljišne knjige ipak ne nastupaju nakon izvršenog upisa. Oni će nastupiti tek kad proteknu rokovi u kojima se brisovnom tužbom može zahtijevati brisanje netačnog upisa knjižnog prethodnika, kao i upisa svih ostalih osoba čija knjižna prava proizlaze iz prava neposrednog sticatelja. S obzirom na postojanje različitih entitetskih zakonskih rješenja po pitanju upotrebe brisovne tužbe protiv savjesnog sticaoca, time su i različite pravne posljedice u vezi s nastupanjem pravnih učinaka načela povjerenja u tačnost zemljišne knjige. Tako će prema ZSP FBiH pravni učinci načela povjerenja u tačnost nastupiti odmah nakon što se u korist savjesnog sticaoca provede upis stečenog prava u zemljišnu knjigu, dok će prema ZSP RS pravni učinci ovog načela nastupiti tek onda kada u zakonom propisanim rokovima ne bude podignuta brisovna tužba protiv neposrednog sticatelja i svih ostalih osoba čija knjižna prava proizlaze iz prava neposrednog sticatelja, odnosno ukoliko sud ne usvoji zahtjev tužitelja u parnici koja je pokrenuta brisovnom tužbom.

Za razliku od načela povjerenja u tačnost, pravni učinci načela povjerenja u potpunost zemljišne knjige nastupit će odmah kad se u korist savjesnog sticaoca provede upis stečenog prava u zemljišnoj knjizi. S obzirom na to da aktivnu legitimaciju na podnošenje brisovne tužbe ima samo ona osoba koja je već bila nosilac knjižnog prava, prije nego što je izvršena povreda takvog prava netačnim upisom u zemljišnoj knjizi, onda se može zaključiti da od trenutka provedbe upisa u korist savjesnog sticaoca prestaju da postoje vanknjižno stečena prava i tereti koji nisu bili upisani u zemljišnu knjigu, zbog čega njihovi titulari nisu ovlašteni na podnošenje brisovne tužbe. U tom

⁴⁵ V. čl. 5 ZZK FBiH/RS

pogledu su entitetski zakoni o stvarnim pravima usaglašeni, odnosno ne postoje rješenja ni u jednom od ovih zakona koja bi mogla sugerirati na suprotan zaključak⁴⁶.

Zaključak

Zemljišnoknjižno i stvarno pravo Republike Srpske nisu konzistentni po pitanju primjene brisovne tužbe usljed sticanja prava vlasništva na temelju načela povjerenja. ZSP RS uvjetuje nastupanje pravnih učinaka načela povjerenja istekom roka za podnošenje brisovne tužbe protiv savjesnog sticaoca nekretnine, što nije u duhu odredaba zemljišnoknjižnog prava. Međutim, i sama odredba čl. 56 ZSP RS, koja propisuje brisovnu tužbu, nije precizno formulisana, što može generisati pojavu različitih shvatanja i neujednačene prakse u primjeni prava. Ovom odredbom predviđeni su različiti rokovi za uspješno podnošenje brisovne tužbe, što zavisi od toga da li je došlo do sukcesivnog otuđenja nekretnine od strane knjižnog prethodnika ili ne. Ukoliko je knjižni prethodnik otuđio nekretninu u korist treće savjesne osobe, koja je, pouzdajući se u tačnost zemljišne knjige, upisala svoje pravo, onda se brisovna tužba može koristiti i protiv takvog sticaoca nekretnine u okviru posebnih zakonskih rokova. Međutim, ukoliko je knjižni prethodnik ostao upisan u zemljišnoj knjizi kao formalni ovlaštenik prava, onda se brisovna tužba može koristiti u okviru rokova za osporavanje pravnog osnova upisa, koje predviđaju ostali zakoni. Praktični značaj pravilnog tumačenja ovog zakonskog rješenja ogleda se u tome što oštećeni nositelj knjižnog prava neće moći koristiti duže zastarne i prekluzivne rokove koje propisuju ostali zakoni u odnosu na već utvrđene rokove u okviru stvarnog prava. Takođe možemo zaključiti da će se odredba, koja upućuje na ostale zastarne i prekluzivne rokove, supsidijarno primjenjivati, što znači da ova odredba ima značaj samo ukoliko nisu ispunjene materijalne pretpostavke za sticanje prava vlasništva na temelju načela povjerenja od strane treće osobe. U tom slučaju tužena strana može biti samo neposredni sticatelj, čijim je netačnim upisom došlo do povrede knjižnog prava oštećene osobe.

Neusklađenost odredaba zemljišnoknjižnog i stvarnog prava Republike Srpske postoji i u pogledu zabilježbe brisovne tužbe, što je jedna od pretpostavki za njeno uspješno podnošenje protiv savjesnog sticaoca nekretnine. Ukoliko je oštećeni nositelj knjižnog prava uredno obaviješten o netačnom

⁴⁶ V. čl. 56 st 2 ZSP RS/FBiH

prednikovom upisu, onda on može u subjektivnom roku od 60 dana podići brisovnu tužbu samo ako je prethodno zatražio njenu zabilježbu u zemljišnoj knjizi. Dok se prema ZSP RS zabilježba brisovne tužbe može izvršiti i bez saglasnosti knjižnog prethodnika, ZZK RS propisuje da se za upis zabilježbe brisovne tužbe mora dobiti odobrenje lica čije se pravo osporava, pa tek ako ne bude takvog odobrenja, njega može zamijeniti odluka suda. Smatramo da treba pristupiti izmjenama ZSP RS na način da se briše odredba čl. 56 st. 3, čime bi se onemogućilo podizanje brisovne tužbe protiv savjesnih sticalaca, te otklonila postojeća neusaglašenost odredbi zemljišnoknjižnog i stvarnog prava po pitanju zabilježbe brisovne tužbe. Time bi ovo zakonsko rješenje bilo u potpunosti izjednačeno s onim u FBiH, koje je onemogućilo primjenu brisovne tužbe protiv savjesnog sticaoca nekretnine, što je u duhu odredaba zemljišnoknjižnog prava u oba entiteta. Na takav način doprinijelo bi se afirmaciji načela povjerenja i načela upisa, kao temeljnih zemljišnoknjižnih načela, što je od velikog značaja za ukupan proces reforme zemljišnoknjižnog prava.

U zakonodavstvu FBiH ne postoji neusaglašenost odredaba zemljišnoknjižnog i stvarnog prava po pitanju primjene brisovne tužbe protiv savjesnog sticaoca nekretnine. Brisovna se tužba može podići samo u rokovima u kojima se može ostvarivati osporavanje pravnog osnova upisa knjižnog prethodnika, ali se ne može podići ukoliko je savjesna treća osoba, pouzdavajući se u zemljišnu knjigu, upisala svoje pravo.

Hamid Mutapčić, PhD
Assistant Professor
Faculty of Law in Tuzla

USE OF CANCELATION CLAIM DUE TO ACQUIRING PROPRIETARY RIGHTS BASED ON THE PRINCIPLE OF TRUST

Conclusion

The land registry and property law of the Republic of Srpska are not consistent in terms of application of deletion actions as a result of the acquisition of property rights based on the principle of trust. The Law on Property

Rights of RS causes implementation of legal effects of the principle of trust by the deadline for submission of deletion actions against lawful acquirer of the property, which is not in the spirit of the provisions of the land registry law. However, the mere provision of Article 56. the Law on Property Rights of RS, which stipulates cancellation claim, is not precisely defined, which can generate the appearance of different views and uneven practice of law. This provision provided for different periods to successfully submit the deletion actions, depending on whether there has been a successive disposal of the property by the predecessor of the book or not. If the land registry predecessor misappropriated property in favor of a third conscientious persons, who, trusting in the accuracy of the land register, enrolled his right, then the cancellation claim can be used against such acquirer of the property under special legal deadlines. However, if the land registry predecessor remained registered in the land register as formal trustee, then the cancellation claim can be used within the time limits to contest the legal basis of registration, which provide for other laws. The practical importance of the proper interpretation of this legislation is reflected in the fact that the damaged carrier registration law will not be able to use a longer limitation and prescription periods prescribed by other laws in relation to already established deadlines within the actual law. We can also conclude that the provision, which refers to other limitation and prescription periods, will apply subsidiary, which means that this provision has significance only if they are not filled with the material preconditions for the acquisition of property rights based on the principle of trust by a third party. In this case, the offending party may be only direct acquirer, whose incorrect entry resulted in violation of a registered right of the injured party.

Non-compliance of the provisions of the land registry and property law of the Republic of Srpska also exist in terms of deletion actions, which is one of the preconditions for its successful submission against the lawful acquirer of the property. If the injured party who is the holder of a registered right is duly informed about the incorrect registration of the predecessor, then he can in subjective term within 60 days raise the claim for removal only if previously requested its recordation in the land registry. While the Law on Property Rights of RS-registration of deletion actions could be undertaken without the consent registry predecessor, the the Land Registration Act of the Republic of Srpska provides that for post-registration of deletion actions must receive the approval of the person whose right is disputed, but only if there is no such approval, it may replace the court's decision. We believe that changes of the Law on Property Rights of RS should be approached in the way to eliminate the provision of Article 56, pp. 3, which would make raising the deletion acti-

ons against conscientious acquirers impossible, as well as eliminate existing non-compliance of the provisions of the land and real rights upon recordation of deletion actions. This would make this piece of legislation completely leveled with those in the Federation of Bosnia and Herzegovina, which prevented the application of deletion actions against lawful acquirer of the property, which is in the spirit of provisions of land rights in both entities. In this way, the affirmation of the principles of trust and principles of registration would be contributed, as well as the fundamental principles of land, which is of great importance for the overall process of reform of land rights.

In the legislation of the Federation of Bosnia and Herzegovina there is no conflict between the provisions of the land and property law regarding the application of deletion actions against lawful acquirer of the property. The deletion action lawsuit can be raised just within the limits in which to pursue challenging of the legal basis of entry registry predecessor, but it can not be picked up if the conscientious third person, trusting in the land register, enrolled their right.

Keywords: *Cancelation claim, land registry, principle of trust, conscientious acquirer, entry*

ОСИГУРАЊЕ ОД ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТЕ ПРЕМА ЖИВОТНОЈ СРЕДИНИ – ПОСТОЈЕЋА ЗАКОНСКА РЕШЕЊА И ИЗАЗОВИ

Мр Андреј Пак*

Апстракт: Једно од основних људских права је право на здраву животну средину. Имајући у виду ниво загађења услед индустријских и других људских активности, као и њихову штетност не само по здравље становништва већ и за биљни и животињски свет у целини, скоро да не постоји држава у којој није постављено питање на који начин зауставити даљу деградацију природе, уз истовремено омогућавање развоја економије како би се подмириле човекове потребе.

С обзиром на то да је тешко обезбедити да се индустријска делатност обавља без опасности од штете по животну средину, потребно је да се, колико је могуће, спречи да се таква опасност оствари, а уколико до тога ипак дође, да се штетне последице брзо и ефикасно отклоне. Једно од основних правила у области одговорности за штете услед загађивање је да „загађивач плаћа“, а онај ко се бави опасном делатношћу одговара за штету према животној средини без обзира на кривицу. С обзиром на потенцијално високе штете и значајне негативне последице како по еко-систем тако и по самог загађивача, требало би прихватити решење које је познато у упоредном праву да се уз сарадњу са државом и друштвима за осигурање олакша покриће ризика одговорности загађивача и да се осигураваачи ангажују на превентиви путем контроле ризика, његове анализе, процене и финансирања конкретних превентивних мера. У чланку се разматрају питања грађанске одговорности за штете услед загађивања и улога и значај осигурања у заштити од тог ризика, како у домаћем, тако и упоредном праву.

* Сектор за надзор над обављањем делатности осигурања, Народне банке Србије. Мишљења изнета у овом чланку су мишљења аутора и не одражавају нужно званичан став Народне банке Србије.

Кључне речи: *животна средина, уговор о осигурању, одговорност за штету, процена ризика, фонд за накнаду штете, друштво за осигурање, саосигурање, пул.*

Увод

Здрава животна средина је од нарочитог значаја за сваку државу и њене грађане, а њено очување је од општег интереса. Уређење питања превенције, санације, односно отклањања последица загађивања животне средине као и процене насталих штета, изазов је са којим се суочавају државе свих континената, без обзира на степен економске развијености.

Право на здраву животну средину је уставом гарантовано право. Свако је дужан да у оквиру својих могућности штити унапређује животну средину.¹ Привреда треба да се развија на такав начин да се задовоље потребе становништва, уз истовремено очување животне средине како не би био угрожен опстанак будућих генерација. Прописи о заштити животне средине предвиђају санкције за загађиваче, али потребно је и њихово активно укључивање у спровођењу мера којима би се обезбедило да се ниво загађења доведе до границе прихватљивог за здравље људи и самостално обнављање природних ресурса.

Вишедеценијски подаци о штетама које су настајале у разним деловима света услед остварења технолошких ризика указују на сву опасност тешких последица како по живот и здравље људи, тако и по еко-систем у целини. Зато је од ширег друштвеног значаја утврђивање начина на који би се обезбедило њихово ефикасно отклањање. Када се говори о одговорности за проузроковање штету другоме неминовно се поставља питање осигурања тог ризика. Осигурање од грађанске одговорности је начин да се заштите они који су изложени ризику и они коју су штету претрпели, али и да се омогући нормалан економски и друштвени развој земље. У области одговорности за штете услед загађивања, да би осигурање могло да се остварује на принципима које захтева техника заштите од ризика, потребно је обезбедити да сви они које ризик погађа закључе осигурање. Увођење обавезног осигурања стога је најбољи начин да се створе услови за дугорочну осигуравајућу заштиту. Овим инструментом ризик, који иначе сноси привредни субјект – потенцијални загађивач, преноси се на друштво за осигурање, које под унапред угово-

¹ Члан 35 Устава Републике Српске («Службени гласник Републике Српске», број 21/92), члан 71 Устава Републике Србије („Службени гласник РС, бр. 98/2006).

ром утврђеним условима преузима обавезу отклањања штетних последица загађивања, али и предузимања мера спречавања да оне настану.

У Републици Српској постоји више закона и подзаконских аката који регулишу питања заштите животне средине, као и стратегија заштите природе, али се ближе не уређује питање осигурања или другог финансијског обезбеђења за штете према животној средини. У Републици Србији се тренутно обавезно осигурање у случају настанка наведених штета односи само на учеснике у транспорту опасног терета, при чему се такође ближе не прецизирају обавезе у вези са закључењем обавезног осигурања.²

I. Усклађивање са правном тековином Европске уније и начело „загађивач плаћа“

С обзиром на постојећи ниво загађења планете, тема заштите животне средине и одговорности за штету према животној средини увек је актуелна, како у националним, тако и у међународним оквирима. У Босни и Херцеговини су дешавања у последњих двадесет пет година довела до додатних и ванредних загађења (природних станишта, земљишта, вода, ваздуха) различитих облика, утицајем како унутрашњих тако и спољних фактора, па је потребно додатну пажњу посветити очувању природе као рањивог животног простора и самим тим допринети очувању здравља становништва.

Имајући у виду да је недавно ступио на снагу споразум о стабилизацији и придруживању Босне и Херцеговине Европској унији,³ извесно је да предстоји усаглашавање прописа о одговорности за штете према животној средини.⁴

У земљама региона већ је току израда нацрта закона о овој одговорности. У Републици Србији закон је у фази преднацрта, а у оквиру усвајања правних тековина Европске уније и спровођења споразума о стабилизацији и придруживању, у Црној Гори је сачињен и објављен

² Сагласно члану 8 Закона о транспорту опасног терета („Службени гласник РС“, бр. 88/2010), учесник у транспорту опасног терета дужан је да се осигура за случај да у транспорту опасног терета причини штету лицима, имовини и животној средини.

³ Споразумом је предвиђено да ће Босна и Херцеговина постепено усклађивати постојеће законодавство са правном тековином (*acquis*-ом) Европске уније (члан 70).

⁴ Директива 2004/35/ЕЗ. Чланом 14 наведене директиве прописана је обавеза држава чланица на предузимање мера развоја инструмената финансијске гаранције, како би обвезници били обезбеђени у случају проузроковања штете према животној средини.

предлог закона о одговорности за штете према животној средини, у коме је предвиђено обавезно осигурање ризика одговорности.⁵

Једно од основних начела у праву о одговорности за загађивање животне средине јесте начело „загађивач плаћа“.⁶ Загађивач природног ресурса и заштићеног природног добра је дужан да сноси трошкове санације и рекултивације деградираног простора.⁷ С тим у вези, за обезбеђење плаћања накнаде трошкова загађивач има обавезу да пружи финансијску или другу врсту гаранција, како у току тако и након обављања активности.⁸ Законом о заштити животне средине Републике Србије такође је као једно од основних начела заштите животне средине предвиђено начело “загађивач плаћа”.

Имајући у виду одговорност привредних субјеката, чија постројења представљају висок степен опасности по здравље људи и животну средину, за накнаду штете причињену животној средини и обавезу поседовања финансијске или друге врсте гаранције за обезбеђење накнаде штета и трошкова,⁹ најбоље је решење обавезно закључење уговора о осигурању, што потврђује и чињеница да је велики број земаља то прихватио. Осигурање, посебно у контексту заштите животне средине, не би требало посматрати као трошак, већ као најзначајнији инструмент управљања ризиком сваког субјекта који је потенцијални загађивач.

⁵ Сагласно члану 34 предлога закона, оператери који обављају ризичне делатности дужни су да се осигурају од одговорности за штету и непосредне опасности од штета у животној средини или обезбеде други облик финансијског обезбеђења. Предлог закона не садржи ближе критеријуме у вези са обавезним осигурањем, као што је то случај са другим земљама Европске уније које су прихватиле овакав систем отклањања штета према животној средини (текст предлога закона са извештајем о спроведеној јавној расправи је доступан на страници Владе Црне Горе: <http://www.gov.me/biblioteka/predlozi-zakona?pagerIndex=9>).

⁶ Члан 6 ст. 1 е) Закона о заштити животне средине («Службени гласник Републике Српске», број 71/12).

⁷ Члан 4 ст. 1 г) Закона о заштити природе („Службени гласник Републике Српске“, бр. 20/2014). Осим тога, чланом 3 став 1 г) закона као један од циљева закона утврђено је благовремено спречавање људских активности и дјелатности које могу довести до трајног осиромашења биолошке, геолошке и пејзажне разноврсности, као и поремећаја са негативним посљедицама у природи.

⁸ Члан 121 Закона о заштити животне средине («Службени гласник Републике Српске», број 71/12). Чланом 122 истог закона утврђено је да је правно лице које се бави дјелатношћу опасном по животну средину, одговорно за штету нанесену том дјелатношћу људима, имовини и животној средини.

⁹ Члан 121 Закона о заштити животне средине Републике Српске.

II. Обавезно осигурање од одговорности за штете према животној средини

Постојање обавезног осигурања од одговорности за штете према животној средини није новина, не само у државама чланицама Европске уније, већ и ван ње. На пример, у Народној Републици Кини је 2007. године уведен пилот пројекат обавезног осигурања од одговорности за штете према животној средини, а у фебруару 2013. године министарство за заштиту животне средине је у сарадњи са комисијом за надзор осигурања издало смернице за ово обавезно осигурање.¹⁰ У смерницама је утврђен минимум осигуравајућег покрића штета због повреде здравља или смрти људи или умањења имовине услед загађења као и неопходни и разумни трошкови спасавања и санације тла и воде ради њиховог оздрављења. Може бити уговорен и шири обим осигуравајућег покрића.¹¹

Од других земаља, могу се навести неке од држава Латинске Америке. На пример, у Сједињеним Мексичким Државама, привредна друштва која се баве ризичним делатностима наведеним у правилнику издатом од стране министарства заштите животне средине, у обавези су да закључе осигурање од еколошког ризика.¹² Такође, у републици Аргентини, сва физичка и правна лица (како јавна тако и приватна) која обављају делатност ризичну по животну средину, еко-системе и њихове саставне делове, у обавези су да закључе осигурање са покрићем које је довољно да би обезбедило финансирање трошкова санације штете коју услед обављања делатности могу да причине.¹³ Лице које причини штету према животној средини објективно је одговорно за успостављање стања које претходи причињавању штете. У случају да то није технички изводљиво, правосудни органи ће да утврде износ обештећења који од-

¹⁰ Извор: <http://www.asiainsurancereview.com/News/View-NewsLetter-Article?id=32919&Type=eDaily>

¹¹ Осим тога, орган за надзор осигурања ради на сталном унапређењу овог вида осигурања, па је у оквиру Комисије за надзор осигурања формиран технички центар који даје практичне информације у вези са покрићем штета према животној средини и ради на развоју програма осигурања који у највећој мери одговарају потребама привредних друштава. Орган за надзор сарађује са владиним организацијама, индустријом осигурања и привредницима како би се промовисало „зелено осигурање”. Један од приоритета Народне Републике Кине јесте развој зелене економије која подразумева да финансијске институције приликом оцене о давању кредита, инвестирања и пружања других финансијских услуга, као што је осигурање, морају да имају у виду и друштвене и еколошке факторе.

¹² Члан 147бис Закона о еколошкој равнотежи и заштити животне средине („ДОФ”, 5/11/2013).

¹³ Члан 22 Закона о животној средини (“БО”, бр. 30.036 од 26/11/2002).

говара причињеној штети, који ће лице бити у обавези да уплати у фонд за накнаду штете према животној средини.¹⁴

У земљама Европске уније, више земаља је увело обавезну финансијску гаранцију за покриће штета према животној средини.¹⁵ Ближа питања у вези са обавезном финансијском гаранцијом, од којих се као најпогодније показало обавезно осигурање, у овим државама уређена су законом или одговарајућим подзаконским актима, а основ за његово увођење била је Директива од одговорности за штете према животној средини.¹⁶

III. Процена ризика загађења животне средине (еколошки ризици)

Процена еколошких ризика представља поступак који подразумева анализу свих његових карактеристика, након чега се доноси одлука о томе под којим условима се може осигурати. Од значаја за процену су правни прописи, стратешки циљеви привредног друштва, расположивост технологија неопходних за умањење ризика, економски и финансијски аспекти, политички, културни, етички као и друштвени аспекти (мишљења и очекивања интересних група).

С обзиром на значај заштите животне средине и одрживи развој сваке државе, од практичног је значаја да се установе јединствени критеријуми у области процене и управљања овим ризиком. У државама чланицама Европске уније, то је учињено путем увођења националних стандарда.¹⁷ Основни њихов циљ је прецизирање начина анализе и

¹⁴ Члан 28 Закона о животној средини ("БО", бр. 30.036 од 26/11/2002).

¹⁵ Према извештају Европске комисије о примени Директиве 2004/35/ЕЗ, обавезну финансијску гаранцију увеле су Бугарска, Португал, Шпанија, Грчка, Мађарска, Словачка, Чешка и Румунија (Извештај ЕК: ЦОМ(2010)581, стр. 4).

¹⁶ Директивом је утврђена објективна одговорност, као и одговорност по основу кривице. Принцип објективне одговорности оператера за штете предвиђен је за лица која се баве опасним делатностима наведеним у прилогу Директиве, нарочито оним за које је потребна еколошка дозвола, делатност управљања отпадом и делатности које подразумевају испуштање материја у подземне воде, док је принцип одговорности по основу кривице предвиђен за све остале делатности које нису наведене у прилогу Директиве (члан 3). Принцип објективне одговорности омогућава брже решавање евентуалних спорова, имајући у виду да није потребно доказивати кривицу загађивача, већ је довољно да је штета настала.

¹⁷ На пример, у Шпанији је уведен стандард УНЕ150008 о анализи и процени еколошког ризика који је развијан упоредо са израдом текста закона о одговорности за штете према животној средини и користи се као технички инструмент за сачињавање извештаја о процени еколошких ризика на територији целе државе. Под управљањем ризиком подразумева се скуп координи-

процене ризика, као и утврђивање смерница за ефикасно управљање ризицима и олакшавање доношења одлука у овој материји, код привредних друштава, јавних установа и других организација. Стандардима се, између осталог, прецизирају поједини термини и изрази у вези са проценом и другим аспектима управљања ризицима, како би се олакшала примена и уједначила значења.¹⁸

Национални стандарди сачињавају се уз консензус свих заинтересованих страна.¹⁹ За све државе од изузетног је значаја веродостојна процена вероватноће настанка штета (еколошки ризик) да би се на време предузеле одговарајуће мере. Питање примене националног стандарда у процени еколошких ризика и постојећих принципа у земљама Европске уније могло би да буде размотрено и у Републици Српској, с обзиром на то да је могућност превођења страних стандарда и њихово упућивање у процедуру доношења државних стандарда предвиђена Законом о стандардизацији,²⁰ као и у земљама региона где овакво решење још увек не постоји.

раних активности усмерених на усмеравање и контролу еколошког ризика једне организације. Управљање ризиком има за основни циљ доношење одлука у вези са спречавањем загађивања које се заснивају на критеријумима сигурности и финансијске ефикасности. Ту се подразумевају анализа, процена и доношење одлука о поступању према процењеном ризику са техничке и економске тачке гледишта.

¹⁸ На пример, „еколошки фактор“ који је по шпанском стандарду дефинисан као сваки чинилац животне средине који може да буде угрожен услед деловања различитих људских активности, као што је грађење, експлоатација, одржавање или престанак обављања одређене активности (на пример, према становништву, флори, фауни, земљишту, водама, ваздуху, материјалним добрима, економском или социјалном стању, културној и археолошкој баштини, природном амбијенту и слично).

¹⁹ Принцип консензуса, који подразумева начелну сагласност о било ком значајном питању, постигнута тако да се узму у обзир становишта свих заинтересованих страна, један је од основних принципа стандардизације (члан 4 Закона о стандардизацији Босне и Херцеговине, “Службени гласник БиХ”, бр. 19/01, члан 4 Закона о стандардизацији, “Сл. гласник РС”, бр. 36/2009 и 46/2015), док се под заинтересованим странама подразумевају органи државне, покрајинске, односно општинске управе, привредна друштва, предузетници, организације потрошача, као и друга правна или физичка лица који показују интерес за стандардизацију (члан 3 Закона о стандардизацији Републике Србије).

²⁰ Члан 5 Закона о стандардизацији у Републици Српској (“Службени гласник Републике Српске”, бр. 13/2002). Слично је утврђено и чланом 7 Закона о стандардизацији Републике Србије, где Институт за стандардизацију учествује у изради и преиспитивању међународних и европских стандарда, у областима које су од интереса за Републику Србију.

IV. Расподела ризика загађења животне средине

Сложеност материје и изазови у вези са превенцијом и покрићем штета према животној средини довеле су до отварања питања саосигурања и појаве пулова за осигурање.²¹ Показало се да је расподела ризика између више осигуравача *conditio sine qua non* за обезбеђење покрића јер загађење животне средине представља потенцијално превелики ризик за појединачна друштва за осигурање.

У земљама у којима постоји, пул за еколошке ризике представља независну организацију регистровану код органа за надзор делатности осигурања, основану на добровољној основи, која има за циљ спровођење споразума о заједничком осигурању овог ризика. Друштва која приступају споразуму су чланице пула и свако од њих у оквиру својих могућности сноси део ризика који му уступају друге чланице, сагласно унапред уговореним условима.

Иако добровољног карактера, постојање пула од заједничког је интереса свих његових чланица из више разлога, као што је стављање на располагање стечено знање другим друштвима за осигурање, размена искустава и унапређење практичних знања у вези са ризицима према животној средини, као и увођење пилот програма осигурања. Расподела ризика, такође, омогућава проширење обима покрића, уговарање значајнијих сума осигурања, а заједничко преузимање ризика одражава се како на поделу трошкова штета, тако и на поделу премије осигурања. Осим тога, у међународној пракси осигурања показало се да реосигуравачи нерадо прихватају у свој портфељ ризике загађења животне средине, као и друге специфичне ризике који нису довољно познати и тешко је њима управљати, па су постепено почели да их искључују из покрића (као на пример нуклеарне ризике, ризике тероризма, медицинске ризике и слично). Оснивањем пула, организације од заједничког економског интереса, друштвима члановима је омогућено да међусобно „реосигурају“ ризике који се уобичајено искључују из покрића од стране реосигуравача.

Делатност пула обухвата старање о примени и спровођењу споразума о заједничком осигурању еколошких ризика, доношење и унапређење

²¹ У земљама Европске уније пулови осигурања од одговорности за штете према животној средини су уобичајени и постоје већ дуго низ година у више држава (Италија, Холандија, Француска, Шпанија).

услова осигурања,²² као и упитника и тарифа премија које користе чланице пула приликом уговарања осигурања.²³ Осим тога, делатност пула може да подразумева успостављање критеријума одабира и процене ризика настанка штета према животној средини, дефинисање услова за прихват појединих ризика и смерница за њихову процену.²⁴ Како се ради о специфичној материји, у оквиру пула спроводи се и стручно оспособљавање и издају одговарајућа овлашћења проценитељима друштва за осигурање, а пул мора да буде регистрован код органа за надзор финансијских институција. Представници пула осигураваача и реосигураваача уско сарађују како са удружењем осигураваача, тако и са представницима фонда за накнаду штета према животној средини, а такође и са другим јавним и приватним институцијама на пројектима који су у вези са његовом делатношћу и циљевима.²⁵

V. Појам штете према животној средини

Према одредбама Конвенције о грађанској одговорности за штете које настану услед активности које су опасне по животну средину, под штетом се подразумева смрт или повреда лица, уништење или оштећење ствари, деградирање животне средине као и трошкова превентивних мера.²⁶ Под овом штетом Директива Европске уније о одговорности за штету према животној средини подразумева неповољне утицаје према заштићеним врстама и природним стаништима, водама и земљишту.²⁷

²² На пример, у смислу општих услова осигурања дефинисаних од стране француског пула „Assurpol“, под повредом животне средине се подразумева испуштање, расипање, одбацивање или одлагање чврстих, течних или гасовитих материја у атмосферу, земљиште или воду, као и стварање гасова, буке, вибрација, топлотних промена, емисија микроталаса, јонизујућег и нејонизујућег зрачења, изнад прописаних граничних вредности емисија (извор: „Осигурање и реосигурање ризика загађења животне средине“, Assurpol – Généralités, 2008, стр. 5. <http://www.assurpol.fr/Documents/Adherents/B4%20-%20Pres.%20procedure/Presentation%20Assurpol/Generalites.pdf>)

²³ Тарифом премија, између осталог, мора да буде утврђен допринос за фонд за накнаду штета према животној средини, уколико такав фонд постоји.

²⁴ Услови осигурања морају да буду јединствени како не би дошло, случајно или намерно до различитог нивоа покрића. У пракси осигурања је било случајева да су друштва за осигурање доносила услове осигурања који су обезбеђивали мањи обим покрића од оног утврђеног законом.

²⁵ На пример, шпански пул је активно сарађивао на изради међународног стандарда УН Е150008 о процени еколошких ризика који је објављен од стране државног органа за стандардизацију.

²⁶ Д. Тодић, Т. Јањатовић, *Међународно водно право и одговорност за штете*, Правни живот, бр. 9/2014, том I, стр. 410.

²⁷ При чему се под штетама према заштићеним врстама и природним стаништима подразумевају

Најзначајније су штете услед деградирања животне средине које чине издаци за успостављање стања пре загађивања. Ти издаци могу бити изузетно високи због чега улагање у превентивне мере мора бити стално и добро осмишљено. То нису конвенционалне штете јер не погађају одређена физичка и правна лица већ друштво у целини. Штете су последице догађаја који настаје у вези са обављањем привредних делатности. Закон о заштити животне Републик Српске, иако говори о последицама штета, њиховој превенцији и санацији, не садржи појам штете, већ се неповољан утицај на животну средину назива акцидентом који се дефинише као догађај који има за последицу емисију штетних материја, које представљају непосредну или одгођену опасност по здравље људи или животну средину.²⁸ У закону о заштити животне средине Републике Србије, иако се говори о одговорности и накнади штете, такође се не дефинише појам штете него се за изненадне и неконтролисане догађаје који имају штетне последице по животну средину користи термин “удес”.²⁹ Имајући у виду значај појма штете у области загађивања животне средине, требало би прихватити у том погледу решења из међународних и европских аката.

Због тога што последице акцидента могу бити конвенционалне штете и штете које то нису, осигурање од одговорности загађивача ове штете покрива се на посебан начин. Конвенционалне штете су предмет осигурања тзв. опште грађанске одговорности (често као проширење покрића), а штете услед деградирања животне средине покрива последице акцидента на животну средину као такву и на њега се примењују посебни услови осигурања.

Осигурање које покрива ризике загађивања у оквиру стандардног осигурања од грађанске одговорности покрива материјалне штете које за последицу имају смрт, повреду тела или здравља, уништење или оштећење ствари трећих лица. Осигурани случај је штетни догађај који

значајне неповољне последице по њихову равнотежу, под штетама према водама значајно неповољни утицај на еколошко, хемијско и/или количинско стање и/или еколошки потенцијал вода, а под штетама према земљишту загађење земљишта које узрокује значајан ризик по људско здравље услед директног или индиректног уношења препарата, организама или микроорганизама у или на земљу (члан 2 Директиве).

²⁸ Члан 14 став 1h) Закона о заштити животне средине («Службени гласник Републике Српске», број 71/12).

²⁹ Сагласно члану 3 Закона о заштити животне средине под удесом се подразумева “изненадни и неконтролисани догађај који настаје ослобађањем, изливањем или распањем опасних материја, обављањем активности при производњи, употреби, преради, складиштењу, одлагању или дуготрајном неадекватном чувању.”

је настао у току трајања осигурања, а под једним осигураним случајем сматрају се све штете које су последица истог узрока. Услови осигурања праве разлику између непосредно насталих штетних последица и оних које настају постепено у одређеном временском периоду. Непосредно настале штете су оне које су последица изненадног и непредвиђеног догађаја чије се последице манифестују кратко време по настанку узрока штете. То може да буде пуцање цеви из или резервоара када долази до изливања опасних материја или непрописно затварање контејнера или суда за складиштење услед чега долази до њиховог отварања и изливања. Постепено загађивање често је последица узрока који осигураник није на време открио, на пример у случају малих, неприметних пукотина, по систему кап по кап, изливање опасних материја у подземним складиштима где су угрожене подземне воде и слично. Постепене штете су покривене осигурањем, и уколико су настале у одређеном временском периоду након истека осигурања, под условом да је њихов узрок настао у време важења уговора о осигурању.

Уколико би се разматрало питање увођења обавезног осигурања од одговорности за штете према животној средини као нове врсте покрића, свакако би требало користити већ постојећа искуства развијених земаља. Штете услед деградација животне средине би могле да буду обухваћене било путем постојећег осигурања од грађанске одговорности које би се комбиновало са том врстом покрића, односно да се једним уговором обухвате и покриће за штете према трећим лицима услед загађења и покриће за штете према самој животној средини, где би једно било уговорано као основно, а друго као допунско покриће, било кроз увођење нове врсте осигурања.

VI. Обим покрића из осигурања

Заштита животне средине је од државног значаја, па у земљама у којима је осигурање обавезно друштвима за осигурање није остављено да слободно одређују обим и искључења из покрића, него је утврђено да надлежна министарства одређују минимум услова под којима се спроводи осигурање, минимални обим покрића и прихватљивих ограничења, као што су појединачни лимити, искључења или учешће оператера у штети, са циљем усклађивања законом утврђених обавеза и расположи-

вих понуда осигурања на тржишту.³⁰

Као једно од значајних питања у вези са покрићем из осигурања поставља се максимални износ суме осигурања на који би требало да се закључи осигурање. У међународној пракси овог вида осигурања показало се да ти износи значајно варирају од земље до земље, а да сума на коју се закључује обавезно осигурање која одговара изложености ризику треба да буде законом ограничена из разлога што би неограничено покриће представљало превелики ризик за друштва за осигурање.³¹

Када је реч о обвезницима осигурања, добро је решење по коме се утврђују различите категорије загађивача, тако да за делатности које представљају низак степен ризика осигурање није обавезно као и за привредне субјекте који обављају потенцијално опасну делатност, али у пословању примењују одговарајуће стандарде о заштити животне средине.³² Покриће „мањих ризика“ привредних субјеката који не подлежу обавезном осигурању остаје добровољно или се обезбеђује из посебног фонда за накнаду штета према животној средини.

VII. Фонд за накнаду штета према животној средини

У земљама Европске уније као део система обавезног осигурања од одговорности за штете према животној средини уведен је и функци-

³⁰ Питања као што је висина учешћа осигураника у штети, треба да буду разматрана путем анализе расположивих података, или уколико они не постоје, треба се руководити искуствима других земаља. На пример, у Шпанији је законом прописано да учешће у штети оператера не може бити веће од 0,5% од уговорене суме осигурања, док у Аргентини највиши износ франшизе износи 5%, што је значајна разлика имајући у виду потенцијално високе штете.

³¹ Према извештају који је сачинила Европска комисија у вези са применом Директиве 2004/35/ЕЗ (ЦОМ(2010)581 од 12.10.2010), суме осигурања крећу се од милион до више десетина милиона евра. У неким земљама, максимална сума осигурања је законом ограничена. Чланом 30 Закона о одговорности за штете према животној средини Шпаније („БОЕ“ 24-10-2007), финансијска гаранција не може да гласи на износ већи од 20.000.000 евра.

³² На пример, у Шпанији из система обавезне финансијске гаранције изузете су делатности у вези са којима су највеће (максималне) могуће штете од загађења процењене на 300.000 евра, а као делатности од смањеног ризика сматрају се привредни субјекти који имају сертификат ИСО14001 или примењују европске стандарде о заштити животне средине ЕМАС. У овом последњем случају, осигурање није обавезно уколико се максимална могућа штета процени на 2.000.000 евра. Могућност регистрације система ЕМАС предвиђена је и Законом о заштити животне средине Републике Србије („Службени гласник РС“, 135/2004), којим је прописано да свако правно и физичко лице може регистровати сертификован систем управљања заштитом животне средине ради укључивања у систем управљања и контроле заштите животне средине Европске уније (члан 44 Закона).

онише посебан фонд за накнаду штета према животној средини, што је добро решење јер осигурање не пружа неограничено покриће, с обзиром на то да би цена, односно премија осигурања за обвезнике била превисока. Из фонда се покривају штете према животној средини које премашују износе уговорених сума осигурања. Такав фонд се финансира из доплатака на премију осигурања односно посебног доприноса, утврђеног од стране његових органа. Средства фонда се користе за спровођење програма превентивних мера, покриће мањих штета оператера који немају обавезу закључења уговора о осигурању, покриће штета насталих услед обављања делатности оператера чији је узрок настао у време важења финансијске гаранције, под истим условима, чије се последице испоље након истека рокова покрића утврђених полисом осигурања,³³ као и покриће трошкова проузрокованих од стране привредног субјекта који је закључио уговор о осигурању са финансијском институцијом над којим је касније покренут стечајни поступак, покриће разлике трошкова у случају да је штета већа од износа утврђеног обавезним финансијским обезбеђењем, а причињена је од стране оператера над којим је покренут стечајни поступак.

У раду фонда учествују и представници привредних субјеката, обвезника осигурања, који размењују информације и искуства и усаглашавају активности на пољу превентивног деловања и унапређења животне средине.

Оснивање фонда би било добро и за Републику Српску и Србију јер би се тиме смањило оптерећење државног фонда у вези са накнадом штета према животној средини. Треба имати у виду чињеницу да су фондови ради накнаде великих штета најбољи начин да се штете накнаде. Осигурање из више разлога не може да обезбеди покриће у сваком случају. У свету су ти фондови у разним областима (катастрофални ризици, аутомобилска одговорност, приватно пензијско осигурање, осигурање живота). Слободна средства фонда се пласирају у разне видове имовине тако да се увећавају, што је корисно за економију земље.

³³ Тако, чланом 33 Закона о одговорности за штете према животној средини Шпаније, предвиђено је да се из фонда обезбеђује покриће за штете настале услед обављања делатности оператера чији је узрок настао у време важења уговора о осигурању, под истим условима, чије се последице испоље након истека рокова осигуравајућег покрића, а најкасније у року од 30 година од престанка важења полисе осигурања.

VIII. Државни (зелени) фонд

Осим фонда за накнаду штете према животној средини из чијих се средстава покривају штете оператера које нису обухваћене осигурањем, са циљем очувања и заштите животне средине потребно је обезбедити и средства за покриће других штета, односно оних које нису настале у вези са обављањем опасних делатности које подлежу обавезном осигурању. Таква средства могу да се обезбеде из државног фонда за заштиту животне средине намењеним за покриће трошкова мера превенције, спречавања или отклањања штета према јавним добрима које нису обавезни да накнаде правна лица – загађивачи.³⁴ Уобичајено се ти фондови финансирају из буџета и њима управљају надлежне државне институције. У државама са обавезним осигурањем, они су алтернативни, с обзиром на то да се њихова средства користе када не могу да се примене посебна правила о одговорности оператера и обавезном осигурању штета према животној средини.

Велики број прописа који се односе на заштиту животне средине захтева, између осталог, опрезност у погледу успостављања обавеза према потенцијалним загађивачима. На пример, Фонд за заштиту животне средине Републике Српске финансира се делом из средстава обавезне еколошке накнаде коју плаћају загађивачи животне средине.³⁵ Уколико би се увела обавеза закључења „зеленог осигурања“, а део средстава из премије осигурања уплаћивао у посебан фонд за накнаду штете према животној средини, загађивачи би могли да буду ослобођени ове обавеза износ плаћене премије осигурања.³⁶

³⁴ Под превентивним мерама подразумевају се одговарајуће мере које је оператер у обавези да без одлагања предузме како не би дошло до настанка штете, а под мерама спречавања подразумевају се мере од стране оператера које имају за циљ спречавање нових штета када је штета већ настала, под истим критеријумима који важе за предузимање превентивних мера.

³⁵ Члан 17 Закона о фонду и финансирање заштите животне средине Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 117/11 и 63/2014).

³⁶ На пример, чланом 86 Закона о заштити животне средине Републике Србије, утврђено је да обвезници плаћања накнаде за загађивање животне средине имају право на поврат плаћене накнаде, односно ослобађање или смањење плаћања накнаде, уколико средства користе за спровођење мера за прилагођавање прописаним граничним вредностима или спроводе друге мере којима доприносе смањењу загађивања животне средине испод прописаног нивоа.

Закључак

Развој технологија у савременом свету омогућио је лакшу доступност информација, сагледавање искустава са различитих меридијана, као и њихово упоређивање и прилагођавање домаћим потребама. То се односи и на област животне средине као и осигурања које може да представља ефикасан инструмент и значајно допринесе очувању и заштити природе. Више него једном, показало се да загађења животне средине не познају границе и да се последице могу осетити не само у непосредном окружењу, већ и на различитим континентима, па је због тога од посебне важности сарадња и стална комуникација између институција различитих земаља на пољу превенције и адекватног управљања ризицима загађења животне средине. Постојећа решења и стандарде потребно је континуирано унапређивати и радити на разради бољих како би се одговорило на потенцијалне претње.

Увођењем обавезног осигурања од одговорности за штете према животној средини као и посебног фонда за накнаду штета ових штета, створили би се додатни услови и потребна средства не само за санацију штетних последица загађивања, већ и за финансирање програма превентивних мера са циљем континуираног унапређења угрожених еко-система, а грађанима обезбедило уставом гарантовано право на здраву животну средину.

Andrej Pak, LL.M
Insurance Supervision Sector
National Bank of Serbia

ENVIRONMENTAL LIABILITY INSURANCE – EXISTINGLEGALFRAMEWORKANDFUTURECHALLENGES –

Summary

One of the basic human rights is the right to a healthy environment. Bearing in mind the level of pollution caused by industrial and other human activities, as well as their harmful effects not only to public health but also to

plants and animals in general, there is almost no country where the question on how to stop further degradation of nature has not been discussed. In the same time, countries should facilitate the development of the economy in order to meet human needs.

Since it is very difficult to ensure that industrial activity is performed without risk of damage to the environment it is necessary, as far as possible, to prevent such a risk to materialize, and if it does, to minimize harmful effects. One of the basic rules in environmental damage liability due to pollution is “polluter pays” principle and the legal persons that exercise dangerous activities are liable for the damage to the environment according to the principle of strict liability. Given the potentially high damages and significant adverse consequences both for the ecosystem and the polluter, it has been proven that the compulsory insurance is a most appropriate solution for environmental risk prevention.

“Green insurance”, well known in comparative insurance practice, enables, among other, the cooperation between the state and insurance companies (public-private cooperation), facilitate risk coverage and bind insurers to engage in prevention through risk control, its analysis, evaluation and financing of specific preventive measures. The article discusses the issues of civil liability for damage caused by pollution and the role and importance of insurance to protect against this risk, both in domestic and comparative law.

Keywords: *environment, insurance contract, environment alliability, risk assessment, environmental damage, green fund, insurance company, co-insurance, pool.*

DOPRINOS OŠTEĆENOG KOD PROUZROKOVANJA ŠTETE – IZMEĐU MATERIJALNOG I PROCESNOG PRAVA –

Dragomir Obradović, mr*

***Apstrakt:** Doprinos oštećenog kao predmet razmatranja je pojam sadržan u zakonskoj normi. Funkcija normi u domenu primjene predmeta razmatranja je u odgovornosti – da se svi subjekti ponašaju u skladu sa datom situacijom, to jeste da ne dođe do ljudskih radnji i grešaka koje bi dovele do gubitka u dobrima, a sankcija je u (su)odgovornosti i (eventualno) srazmjernom smanjenju obima naknade, u postupku otklanjanja posljedica.*

Institut doprinos oštećenog, po svom mjestu u pravnim odnosima, predstavlja specifičan izuzetak od pravila (potpune naknade štete) u postupku uspostavljanja ranijeg stanja, veoma kompleksnu posljedicu ponašanja subjekata u obligacionopravnim odnosima što je od uticaja na njihov odnos kao stranaka u (parničnom) postupku i veoma značajnu pojavu društveno-ekonomskog karaktera, koja se često zanemaruje ili joj se zbog pogrešnog pravnog pristupa, u razmatranju svih okolnosti u kojima je došlo do konkretnog štetnog događaja, ne prilazi uvijek na pravilan način.

Razmatrana tema je veoma značajan institut materijalnog prava, koja sve više dobija na značaju u vremenu opšteg napretka u svim oblastima i odnosima između subjekata obligacija koji su složeni i kompleksni. Upravo intencija njegove pravilne primjene opredijelila je autora za temu izlaganja. Istovremeno, ovaj institut materijalnog prava usko je povezan sa pravilima procesnog prava.

***Ključne riječi:** doprinos oštećenog, podijeljena odgovornost, prigovor, doprinos, oštećeni, prouzrokovanje štete.*

* Окружни суд у Бањој Луци

1. Kratak istorijski razvoj i mjesto u sistemu obligacionog prava

U rimskom pravu, u postupku otklanjanja štete primjenjivalo se pravilo „sve ili ništa“. Po tom principu, oštećeni je mogao ili dobiti naknadu za pretrpljenu štetu u punom iznosu ili biti uskraćen za iznos naknade ukoliko se smatralo da je on sam sebi počinio štetu¹. Rimsko pravo nije poznavalo institut podijeljene odgovornosti u onom obimu i značenju u kojem ga poznaju savremeno pravo i pravna teorija², već je cijenjena veća krivica i u skladu sa tim na njega (oštećenog ili štetnika) je prevaljivana odgovornost, a time i obaveza otklanjanja štete. Veća krivica neutralisala je manju (*culpa compensation*) i nije bilo diobe prouzrokovane štete između štetnika i oštećenog, u današnjem obliku.

Takav princip veoma dugo se zadržao i u angloameričkom pravu pod pojmovima kontributivna nepažnja (*contributory negligence*). Kasnije je nastala doktrina i komparativne nepažnje (*comparative negligence*). Prema koncepciji kontributivne nepažnje, šteta se ne razdjeljuje, već cijelu štetu snosi oštećeni. Međutim, u nekim državama SAD razvilo se shvatanje da je takva koncepcija nepravična, te je razvijena doktrina komparativne nepažnje, prema kojoj se šteta razdjeljuje u zavisnosti od intenziteta krivice učesnika u obligacionom odnosu³.

Kasnijim razvojem prava odgovaralo se po kriterijumu krivice pa je i ovdje odgovornost za štetu bila koncentrisana samo na štetnika. Oštećeni je odatle vukao samo prava. No, kasnije, kad su se stale upoređivati otežavajuće i olakšavajuće okolnosti, došlo se dotle da se uzimalo u obzir i štetno sudjelovanje oštećenog u vlastitoj šteti. To znači da je štetno sudjelovanje oštećenog u vlastitoj šteti ušlo u poredak kao stanje, koje umanjuje odgovornost zbog poštovanja načela pravednosti⁴. Razdvajanje odgovornosti u skladu sa učenjem dijela pandektističke pravne teorije nastalo je u građanskim zakonima evropskih zemalja donesenih nakon *Code civil*⁵, a danas je integralni dio modernih pravnih sistema, kod kojih se većina nije opredijelila za sistem „sve ili ništa“.

¹ Mirjana Bogunović, „Podijeljena odgovornost između štetnika i oštećenog u okviru Akvilijeovog zakona“, *Pravna riječ, časopis za pravnu teoriju i praksu, Udruženje pravnika Republike Srpske*, Banja Luka, br. 32/2012, god. IX, 271.

² *Ibid.*, 280.

³ Gene Trnavci, *Obligaciono pravo (knjiga druga)*, Bihać 2004, 111–112 fn. 289.

⁴ Mihajlo Vuković, *Odgovornost za štete*, Prosvjeta, Zagreb 1971², 257–258.

⁵ *Code civil – CC (Francuski građanski zakonik)* usvojen 21.3.1804. god.

Do donošenja važećeg Zakona o obligacionim odnosima⁶ (u daljem tekstu: ZOO), odgovornost za prouzrokovanu štetu u pravnim područjima bivše Kraljevine Jugoslavije bila je zasnovana na pravilima Austrijskog (Opšteg) građanskog zakonika (u daljem tekstu: AGZ)⁷, Srpskog građanskog zakonika (u daljem tekstu: SGZ)⁸ i Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru (u daljem tekstu: OIZ)⁹.

U vrijeme austrougarske uprave na prostorima BiH, AGZ je imao značaj pomoćnog pravnog izvora. Ovaj zakonik je propisivao institut „doprinos oštećenog“ u glavi XXX „O pravu naknađenja štete i zadovoljenja“, podnaslov „Šteta“, koji je definisan: „Ako u kakvom oštećenju ima u isto vrijeme krivice i od oštećenika, onda on snosi štetu srazmjerno sa štetnikom, a, ako se srazmjera ne može odrediti na jednake delove“¹⁰. SGZ je o naknadi učinjene štete govorio u glavi XXX, drugog odjeljka, druge časti, u paragrafima 800 do 826, kojima odgovaraju paragrafi 1293 do 1341 AGZ¹¹. U pravnoj teoriji tog vremena ovu tematiku je Ž. Perić formulisao kratko: „Ako li je i sam oštećeni kriv zbog nastupjele štete, onda i na njega pada jedan deo naknade“¹². SGZ je definiše na način: „Ako bi što krivice i onoga bilo, koji je oštećen, onda će srazmjerno naknada i na njega pasti“¹³. U komentaru prethodnog paragrafa SGZ kaže se da „sam oštećeni ima da pretrpi deo štete srazmjerno tome u koliko je on, oštećeni, uzrok što se šteta desila“¹⁴. U glavi V, četvrti dio „O dugovima koji dolaze od nedopuštenih djela“, OIZ govori o doprinosu na sledeći način: „Kad je u tome bilo i krivice onoga kome je šteta učinjena, sud će sniziti naknadu prema veličini te krivice“¹⁵.

Daljoj nadogradnji razmatrane teme doprinio je rad Mihaila Konstantinovića pod nazivom Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, publiko-

⁶ Službeni list SFRJ br. 29/78, 39/85, 45/89 i Službeni glasnik Republike Srpske br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04.

⁷ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, Austrijski opći građanski zakonik, objavljen dana 1.6.1811. god., a na snazi od 1.1.1812. god.

⁸ Zakonik Građanski za Knjaževstvo Srbsko, obnarodovan na Blagovesti 25. marta 1844. god.

⁹ Opšti imovinski zakonik Knjaževine Crne Gore, objavljen 1.7.1888. god.

¹⁰ Vid. paragraf 1304. AGZ (prevod Dragoljub Arandelović), Nova štamparija, Beograd 1906, 168.

¹¹ Živojin Perić, *Specijalni deo građanskog prava. II Obligaciono (Tražbeno) pravo. Drugi deo, Specijalni deo obligacionog (tražbenog) prava, O ugovorima*, Štampano kao rukopis, Beograd 1922, 223.

¹² Ibid., 226.

¹³ Vid. paragraf 805. SGZ.

¹⁴ Gojko Niketić, *Građanski zakonik Kraljevine Srbije (protumačen odlukama odeljenja i Opšte sednice Kasacionog suda)*, Geca Kon, Beograd 1909, 424.

¹⁵ Vid. čl. 571 st. 2 OIZ.

van 1969. godine¹⁶ (u daljem tekstu: Skica), koji je bio preteča ZOO. Pojam „podijeljene odgovornosti“ kod vanugovorne odgovornosti definisala je u članu 154, koji je imao naslov: „Krivica oštećenika“. U st. 1 stajalo je: „Oštećenik koji je svojom krivicom doprineo da šteta nastane ili da bude veća nego što bi inače bila, ima pravo samo na srazmerno smanjenu naknadu“. U st. 2 profesor Konstantinović je predložio ovu normu: „Kada je nemoguće utvrditi koji deo štete potiče od oštećenikove krivice, polovinu štete snosiće on, a polovinu će mu naknaditi štetnik“¹⁷. U odnosu na Skicu, danas je napušten koncept „o srazmjernom prebijanju krivice“, jer odgovornost oštećenika nije uslovljena postojanjem (njegove) krivice.

„Podijeljena odgovornost“ danas je definisana članom 192 ZOO. Mjesto primjene, zakonskih pravila o doprinosu oštećenog za prouzrokovanu štetu je u domenu vanugovorne i ugovorne odgovornosti, za štetu. Navedeni član 192 ZOO, koji je u fokusu razmatranja (u daljem tekstu: osnovni član), primarno se odnosi na vanugovornu odgovornost, ali svoju shodnu primjenu nalazi i kod ugovorne odgovornosti. Pored ovog, kod objektivne odgovornosti imaoca opasne stvari ili opasne djelatnosti, za prouzrokovanu štetu, između ostalog, govori se o oslobođenju od odgovornosti, u slučaju djelimičnog doprinosa oštećenog prouzrokovanju štete (čl. 177 st. 3 ZOO). Odredba osnovnog člana shodno se primjenjuje i u odnosu na ugovornu odgovornost (čl. 266 st. 4¹⁸ i 267¹⁹ ZOO), ako odredbama odsjeka o ugovornoj odgovornosti nije drugačije propisano, i to na osnovu odredbe člana 269 ZOO.

U Nacrtu ZOO²⁰ odredba osnovnog člana je dopunjena sa dva stava i sada nosi numeraciju broj 250²¹. Raniji stav 1 i 2 su ostali sadržajno nepromijenjeni, s tim što je stav 2 postao stav 3. Dopuna je izvršena stavom 2 i 4. Stav 2 sadrži pravilo prema kome se na odredbu stava 1 člana 250 Nacrta shodno

¹⁶ Slobodan Perović, *Zakon o obligacionim odnosima*, Službeni List SFRJ, Beograd 1978, 4.

¹⁷ Mihailo Konstantinović, *Obligacije i ugovori*, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, Savremena administracija, Beograd 1969, 57.

¹⁸ Čl. 266 st. 4 ZOO „Strana koja se poziva na povredu ugovora dužna je preduzeti sve razumne mjere da bi se smanjila šteta izazvana tom povredom, inače druga strana može zahtijevati smanjenje naknade“.

¹⁹ Čl. 267 ZOO „Kada za nastalu štetu, ili njenu veličinu, ili za otežavanje dužnikovog položaja ima krivice do povjerioca ili do lica za koje on odgovara, naknada se smanjuje srazmjerno“.

²⁰ Kao osnov za Nacrt novog ZOO (u daljem tekstu: Nacrt) uzet je ZOO, mada je bilo mišljenja da se pristupi izradi novog zakona. U Nacrtu su određena zakonska rješenja izmijenjena, a određena su upotpunjena, kao i (djelimično) odredba u kojoj se govori o doprinosu oštećenog i predviđeni su neki od ugovora i pravnih instituta koji nisu obuhvaćeni važećim zakonom. Nacrt je upućen u parlamentarnu proceduru 8.1.2010. godine, ali do danas nije usvojen.

²¹ Izvor: <http://ruessmann.jura.uni-sb.de/BiH-Project/Data/Obligacije%2016.06.03.pdf>, 8. avgust 2014.

primjenjuje odredba o odgovornosti za zakonskog zastupnika i pomoćnika, a u stavu 4 stoji da štetnik i oštećeni snose teret dokazivanja za doprinos onog drugog u prouzrokovanju i za uzročnost tog doprinosa za štetu i njenu visinu²². U Nacrtu je propisano da štetnik i oštećeni snose teret dokazivanja za doprinos onog drugog u prouzrokovanju i za uzročnost tog doprinosa za štetu i njenu visinu, tako da na jednom mjestu definiše pretpostavke i teret dokazivanja, što sada nije slučaj.

2. Kritički osvrt u pogledu zakonskog naziva razmatranog instituta

Prema autoru, što se vidi iz dosadašnjih navoda, prihvatljiviji naziv razmatranog instituta od danas zakonom određenog je „doprinos oštećenog“, a evo i zbog čega: samo jezičko značenje izraza podijeljena odgovornost, kako je definisana našim pozitivnim pravom, na prvo čitanje, čini se jednostavnim. Suprotno tome, to nije tako, jer prosto čitanje dovodi do pogrešnog zaključka da se radi o podjeli odgovornosti između štetnika i oštećenog. Prema tom značenju, oštećeni bi bio (podijeljeno) odgovoran prema samom sebi, što formalnopravno nije moguće, jer oštećeni, u smislu otklanjanja prouzrokovane štete, ne može biti odgovoran prema (samom) sebi. Oštećeni za svoj doprinos ne odgovara na način na koji odgovara štetnik, za čiju odgovornost su neophodne opšte i posebne pretpostavke. Na strani oštećenog neophodno je utvrditi (samo) doprinos u objektivnom smislu. U prilog predloženom terminu govori to što se ne radi o podjeli odgovornosti, ni krivici oštećenog, niti oštećeni odgovara za dio kojem je doprinio, već taj dio štete snosi to (oštećeno) lice.

Glagol doprinijeti znači dati svoj prilog čemu, u radu, novcu, zamislama i slično; imati udjela u uspjehu ili u vrijednosti čega; pridonijeti (sinonim)²³. Doprinos oštećenog nastanku ili povećanju štete dovodi se u vezu sa obimom u kojem je oštećeni doprinio nastanku i/ili povećanju štete.

Oštećeni(k) je fizičko ili pravno lice koje je pretrpjelo kakvu štetu u pravnom smislu odnosno „...onaj koji je oštećen; pravn. osoba kojoj je ma kakvo pravo povređeno...“²⁴.

²² Branko Morait i Abedin Bikić, *Objašnjenja uz nacrt Zakona o obligacionim odnosima*, Sarajevo 2006, 39.

²³ Vid. Jurica Buda „Doprinijeti ili pridonijeti – korak k istini“, *Časopis Instituta za hrvatski jezik i jezikoslovlje* (ur. Ljiljana Jojić i Ranko Matasović), Zagreb 2007 (43–52). Izvor: <http://hrcak.srce.hr/9291>, 10. avgust 2014.

²⁴ Rečnik srpskohrvatskog književnog jezika, Knjiga četvrta, Novi Sad 1971.

Prouzrokovanje štete počiva na obavezi subjekata da se uzdrže od postupka kojim se može drugom prouzrokovati šteta, što podrazumijeva i preduzimanje mjera u cilju sprečavanja nastanka štete ili njenog povećanja. Oštećeni u situaciji kada zna da mu šteta koju može spriječiti ili/i smanjiti, neće biti u tom dijelu otklonjena, preduzeće sve mjere u cilju sprečavanja nastanka ili povećanja te štete. Ove mjere zavise od slučaja do slučaja. U ovoj ocjeni mjera na strani oštećenog, sud treba naći pravu mjeru, jer se kod prouzrokovanja štete prvo polazi od pretpostavke da je štetnik odgovoran za nastanak štete odnosno da je šteta na strani oštećenog, pa u takvoj situaciji nije pravično staviti prevelik teret u odnosu na oštećenog, osim u situaciji gdje je odgovornost oštećenog isključiva, a što dovodi do drugačije pravne situacije.

I kroz istoriju, ovaj institut je imao i druge, manje ili više adekvatne nazive: „skrivljenje prema samom sebi“, „kompenzacija greške“, „mješovita krivnja“, „podijeljena krivica“, „prebijanje krivice“, „suodgovornost oštećenika“, „oštećenikova sukrivica“, „radnja oštećenog“, „smanjenje naknade štete“ i slično.

U teoriji je ranije bio prisutan (i) naziv „krivica povjerioca“. Međutim, on nije (sasvim) adekvatan, jer se ne radi o krivici kao subjektivnom to jest psihičkom odnosu oštećenog prema šteti. Ovakav naziv je i dalje prisutan u nekim zemljama Evropske unije. Krivica se javlja kao uslov (pretpostavka odgovornosti) i osnov odgovornosti (ono zbog čega se odgovara), u otklanjanju štete, ali drugom, a ne sebi. Kako se odgovornost oštećenog ne zasniva na krivici, tu se onda ne radi ni o srazmjernom prebijanju krivice subjekata spornog odnosa. Ovaj naziv je bio opšteprihvaćen do stupanja na snagu sada važećih propisa u ovoj oblasti, pod uticajem ranije pravne doktrine. Ovdje je riječ o krivici u jednom „tehničkom smislu“, a to staro viđenje sada je napušteno.

Zakonska formulacija odredaba koje propisuju (djelimično) oslobođenje od odgovornosti (kod objektivne odgovornosti) ovu tematiku pravilno tretira, između ostalog, kao doprinos oštećenog nastanku štete, što je trebalo do kraja implementirati, kako u naslovu osnovnog člana, tako i u definisanju predmetnog instituta kroz važeći zakon.

Suprotno ovome, kod oslobođenja od odgovornosti kod objektivne odgovornosti u Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije (u daljem tekstu: Prednacrt GZRS) predviđena su dva alternativna prijedloga²⁵, od kojih

²⁵ Vid. čl. 191 st. 3 Prednacrta GZRS (što odgovara čl. 177 st. 3 ZOO). Prvi prijedlog prema Prednacrta: „Sopstvenik ili držalac se oslobađa od odgovornosti delimično, ako je oštećeni delimično kriv za štetu“. Alternativa: „Sopstvenik ili držalac se oslobađa od odgovornosti delimično, ako je oštećeni delimično doprineo nastanku štete“. U prvom predloženom rješenju je predviđeno djelimično oslobađanje od odgovornosti, ako je oštećeni djelimično kriv za štetu, što uvodi „subjektivni“ odnos

prvi nije na današnjem kursu.

Najveći iskorak u definisanju ovog instituta načinjen je u pravu Republike Hrvatske. Zaokret je načinjen jer je napušten raniji naziv i sada se ovaj institut definiše kao „doprinos oštećenika vlastitoj šteti“²⁶. Ovaj naziv predmetnog instituta je adekvatniji, ali ne do kraja jer oštećeni ne može doprinijeti vlastitoj šteti. Razmatrani izvor obligacije je razrada načela da je svako dužan da se uzdrži od postupka kojim se može drugom prouzrokovati šteta. Šteta se može prouzrokovati samo drugom, a oštećenik nije sam sebi odgovoran, pa ne može ni „podijeliti“ odgovornost. Za dio štete čije se prouzrokovanje ili povećanje može pripisati oštećeniku, oštećenik ne odgovara, već za taj dio štete nema pravo na naknadu²⁷. Kada oštećeni nije ovlašćen da se za otklanjanje štete obrati štetniku, nego mora da to podnese sam, nije riječ o šteti u pravnom smislu.

I kada krenemo od toga da su za obligaciju nužna dva subjekta, logična je posljedica da šteta mora biti prouzrokovana drugome, a ne sebi (vlastita šteta) jer nema obligacije. U tom slučaju od ukupnog iznosa štete odračunava se onoliko koliko odgovara učestvovanju oštećenika u prouzrokovanju štete i za toliko se smanjuje iznos koji štetnik ima da u ime naknade plati oštećeniku²⁸. Ovdje se, suprotno jezičkom značenju, ne radi o podjeli odgovornosti već o podjeli tereta (štete), spram doprinosa oštećenog.

3. Doprinos oštećenog i prouzrokovanje štete

Doprinos oštećenog u radu posmatra se kod prouzrokovanja štete kao izvora obligacije²⁹. Obligacije po osnovu prouzrokovanja štete nastaju kada

oštećenog u doprinosu. Ovo je bio raniji koncept, koji je sa razlogom napušten. Autori su ovdje vjerovatno rukovođeni činjenicom da se u našem pravu krivica procjenjuje apstraktno, kao ponašanje koje je suprotno ponašanju koje se očekuje od razumnog ili pažljivog čovjeka u konkretnom slučaju. Sada prihvaćeni objektivni kriterijum u doprinosu oštećenog kosi se sa prvim predloženim prijedlogom gdje se od oštećenog traži kao i od štetnika da postoji „krivica“. Prema ličnom mišljenju, alternativni prijedlog iz Prednacrta GZRS je na tragu trenutnog opšteprihvaćenog stajališta u tome odnosu (objektivni kriterijum), i povećava pravnu sigurnost, kod činjenice da postoje različiti pristupi „krivici“.

²⁶ Osnovnom članu odgovara čl. 1092 ZOO RH, koji je u većem dijelu identičan. Osim jezičkih razlika, u st. 2 dodata je riječ „ili propusta“ (...oštećenikove radnje ili propusta...) što formalnopravno gledano ne mijenja ovu odredbu u odnosu na ZOO, jer se radnja oštećenog manifestuje pored činjenja i u nečinjenju to jeste propuštanju.

²⁷ Ante Perkušić et al., „Doprinos oštećenika vlastitoj šteti“, *Komentar zakona o obveznim odnosima*, (ur. Vilim Gorenc), PRIF, Zagreb 2005, 1695.

²⁸ Stevan Jakšić, *Obligaciono pravo (opšti dio)*, Veselin Masleša, Sarajevo 1957, 293.

²⁹ Vid. čl. 1 ZOO.

jedan subjekt (štetnik) svojom radnjom ili neradnjom prouzrokuje štetu drugom subjektu (oštećenom), bilo na imovinskim ili na neimovinskim dobrima.

Subjekti su učesnici obligacionog odnosa. Kada govorimo o subjektima, nužno je postojanje najmanje dva različita subjekta, na jednoj strani oštećeni(k), a na drugoj štetnik. Usko povezano pitanje sa subjektima jeste procesno pitanje legitimacije.

Štetnik je fizičko ili pravno lice koje je svojim protivpravnim ponašanjem neposredno uzrokovalo smanjenje u imovini povjerioca³⁰ ili spriječilo njeno povećanje. Štetnik je najčešće ono lice koje je prouzrokovalo štetu i koje posjeduje deliktну sposobnost (sposobnost da odgovara za štetu). Oštećeni(k) je fizičko ili pravno lice koje je pretrpjelo štetu u pravnom smislu. U definisanju pojma oštećenog najlakše je poći od pojma štete, jer je oštećeni uvijek ono lice kod kojeg je došlo do promjene stanja na nekom dobru, prije i poslije štete i koje je ovlašćeno da zahtijeva otklanjanje štetnih posljedica. Na strani oštećenog ne zahtijeva se deliktна sposobnost, jer se kao oštećeni može pojaviti svako lice. Oštećeni koji sam sebi prouzrokuje štetu nema pravo na naknadu i u pravilu neće snositi nikakve posljedice.

Opšte pretpostavke odgovornosti za štetu, kao ni sam pojam „pretpostavki odgovornosti za štetu“ nisu taksativno nabrojane ni u jednoj od odredbi ZOO, već se njihovo postojanje pronalazi iz sadržaja odredaba istog zakona, koje govore o prouzrokovanju štete kao izvoru obligacija³¹, a naročito iz člana 154 ZOO.

Primjena razmatranog pravila uslovljena je postojanjem „opštih“ uslova, a to su – šteta u pravnom smislu (*conditio sine qua non*) i postojanje odgovornosti (*auctoristas*).

Šteta je (u pravnom smislu) umanjenje nečije imovine (obična šteta) i sprečavanja njihovog povećanja (izmakla korist) kao i nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha (nematerijalna šteta)³². Ovo zakonsko poimanje štete postavljeno je prilično precizno i široko. Šteta u pravnom smislu, najopštije uzetvi, jeste svaki gubitak ili povreda imovinskih i ličnih dobara i pravno zaštićenog interesa, koja je nastala bez volje oštećenog i za koju postoji obaveza da se naknadi³³. Ona predstavlja prvi uslov odgovornosti za pro-

³⁰ Jožef Salma, *Obligaciono pravo – opšti deo*, Naučna knjiga, Beograd 1988, 407.

³¹ Rosa Obradović et al., *Modul 7, Građanska odgovornost – naknada štete*, Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, Javna ustanova Centar za edukaciju sudija i tužilaca Republike Srpske i Javna ustanova Centar za edukaciju sudija i tužilaca Federacije Bosne i Hercegovine, Sarajevo 2006, 7.

³² Vid. čl. 155 ZOO.

³³ Radomir Đurović i Momir Dragašević, *Obligaciono pravo sa poslovima prometa*, Savremena administracija, Beograd 1980, 148.

uzrokovanu štetu (kao i za doprinos oštećenog) i u pravilu ona je posljedica štetne radnje. Ako oštećeni nije ovlašćen da se za nadoknadu pretrpljenog gubitka obrati trećem (po pravilu, počiniocu štete), nego mora da ga podnese sam, nije riječ o šteti u pravnom smislu³⁴. Ako je gubitak nastao po volji oštećenog nije riječ o šteti nego o otuđenju ili utrošku imovine³⁵.

Odgovornost (drugi uslov) je društvena pojava koja može imati vrlo različite oblike i sadržinu³⁶. Ona dolazi od glagola „odgovarati“ i znači društvenu aktivnost na sankcionisanju ljudskih radnji odnosno grešaka koje su počinjene činjenjem ili nečinjenjem³⁷. Može se pojaviti kao pravna, društvena, politička ili moralna³⁸. Odgovornost je odnos, a između mnogobrojnih odnosa javlja se i podijeljena (su)odgovornost, kao pravna odgovornost i odnos raspodjele posljedice zajedničkog (su)djelovanja subjekata odnosa. Pravna odgovornost nastupa kada se određeno lice ponaša suprotno unaprijed određenim pravilima (normama), a onaj ko se ponaša suprotno, biće sankcionisan. Dio pravne je imovinska odgovornost, koja se u osnovi sastoji u obavezi odgovornog lica na otklanjanje prouzrokovane štete (sankciji).

Kada (već) dođe do prouzrokovanja štete, takvo štetno stanje je neophodno otkloniti. Obaveza otklanjanja štete dospijeva od trenutka nastanka štete³⁹. U pogledu obima štete, oštećeni ima pravo na naknadu obične štete i izmakle koristi⁴⁰, u obimu koji je potreban da se materijalna situacija oštećenog dovede u ono stanje u kome bi se nalazio da nije bilo štetne radnje ili propuštanja. Od ovog drugog pravila postoje izuzeci koji su propisani u odredbama koje definišu pojam „sniženje naknade“^{41 42} i institutu koji je predmet

³⁴ Jakov Radišić, *Obligaciono pravo (opšti deo)*, Savremena administracija, Beograd 1982², 178.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ivica Jankovec, *Ugovorna odgovornost*, Poslovna politika, Beograd 1993, 7.

³⁷ Branko Morait, *Obligaciono pravo (knjiga druga)*, Atlantik, Banja Luka 1999, 9.

³⁸ I. Jankovec, 7.

³⁹ Vid. čl. 186 ZOO.

⁴⁰ Vid. čl. 189 stav 1 ZOO.

⁴¹ Vid. čl. 191 st. 1 ZOO („Visina naknade štete može biti smanjena zbog slabog materijalnog stanja odgovornog lica, samo ako odgovorno lice štetu nije prouzrokovalo namerno ili krajnjom nepažnjom“). Vrhovni sud Srbije br., Rev-2112/04 od 9.12.2004. god. Haso Tajić i Vladimir Simović, *Zakon o obligacionim odnosima, Knjiga prva*, izbor sudskih odluka 1980. do 2005. godine, Privredna štampa, Sarajevo 2005, 453).

⁴² „...Iz izreke pravosnažne osuđujuće krivične presude proizilazi da je između parničnih stranaka došlo do verbalne prepirke oko podjele imovine (...), nakon čega je tužitelj krenuo svojoj kući da bi ga tuženi, koji je bio u alkoholisanom stanju, sustigao na trotoaru ulice i sa više udaraca nogom u glavu tužitelja istom nanio tešku tjelesnu povredu. Iz ovakvog nastanka štetnog događaja može se zaključiti da nema elemenata podijeljene odgovornosti i da je tuženi isključivo odgovoran za štetu koju je pretrpio tužitelj (namjerno prouzrokovana šteta, nema osnova za sniženje naknade ako je odgovorno lice slabog imovnog stanja – čl. 191 st. 1 ZOO (...))“.

rada, što ih u neku ruku čini bliskim, jer su oba instituta odstupanje od opšteg pravila potpune naknade štete. Gledano šire, oštećenom će opet pripadati potpuna naknada, ali sada samo onaj dio koji je u uzročnoj vezi sa radnjom (odgovornošću) štetnika. Visina naknade štete određuje se prema cijenama u vrijeme donošenja sudske odluke⁴³. Na taj način je obezbijeđeno osnovno pravilo da se naknadom štete stanje oštećenog dovede u ono stanje koje bi bilo da nije bilo štetnog događaja. Oštećeni mora da dokaže postojanje štete i njenu visinu. Visina naknade određuje se prema visini nastale štete. U tom pravcu oštećeni može koristiti sva pravno relevantna dokazna sredstva, propisana (procesnim) Zakonom o parničnom postupku⁴⁴. Visina naknade štete, u pravilu, odgovara visini stvarno nastale štete od strane štetnika. Međutim, od ovog pravila postoje izuzeci od osnovnog principa, koje neki nazivaju i načelom, a koje je ZOO zbog svoje važnosti na taj način instalirao na nivo, posebnih pravila – doprinos oštećenog. Ovo zakonsko rješenje dobilo je potvrdu u načelnom stavu (ubrzo) nakon usvajanja važećeg zakona: „U slučaju kada je nastanku štete doprinio i oštećenik, lice odgovorno za naknadu štete dužno je nadoknaditi štetu oštećenom u srazmjeri sa podijeljenom odgovornošću“⁴⁵.

U osnovnom članu ZOO daju se elementi sudu za utvrđivanje stvarnog iznosa štete koja je u uzročnoj vezi sa ponašanjem oštećenog⁴⁶. Obaveza štetnika na naknadu štete smanjuje se u situaciji kada se desi da je oštećeni doprinio da šteta nastane ili je na neki drugi način, svojim postupanjem kako ne valja ili nepostupanjem kako je trebalo, doprinio da šteta bude veća nego što bi inače bila. Ovo pravilo, u zakonom propisanim slučajevima, umanjuje visinu štete koju je u obavezi da nadoknadi štetnik, jer svodi odgovornost štetnika na štetu koju je on prouzrokovao (tzv. distributivna pravda). Iz toga izvire zakonska pretpostavka da se visina štete smanjuje srazmjerno – ekvivalentno (ovo načelo nalazi svoju primjenu kod doprinosa oštećenog), oštećenikovom doprinosu.

od 14.5.2004. god. H. Tajčić i V. Simović, 453–454.

⁴³ Vid. čl. 189 st. 2 ZOO.

⁴⁴ Vid. čl. 123–173. Zakona o parničnom postupku (Službeni glasnik Republike Srpske br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09 i 61/13, u daljem tekstu: ZPP). Dokazna sredstva predviđena ZPP: uviđaj 130–131. ZPP, isprave 132–136. ZPP, svjedoci 137–146. ZPP, vještaci 147–162. ZPP, saslušanje stranaka 163–168. ZPP i obezbjeđenje dokaza 169–173. ZPP.

⁴⁵ Načelni stav br. 2/80 zajedničke sjednice Saveznog suda, republičkih vrhovnih sudova, pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 25. i 26.3.1980. god. Borislav Blagojević i Vrleta Krulj, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima (I knjiga)*, Savremena administracija, Beograd 1983², 712.

⁴⁶ Marija Radovanović, *Obligaciono pravo II*, Novi Sad 1982, 63.

4. Ваžнији услови за примјену института – допринос оштећеног

4.1. Радња оштећеног код доприноса

Радња као елемент грађанскоправне одговорности подразумијева одговарајуће активно (*commissio*) или пасивно (*ommissio*) понашање штетника⁴⁷. Она се у konačnici своди на активну (чинjenje)⁴⁸ или пасивну (nečinjenje) радњу⁴⁹. Polazeći od toga da štetna radnja može biti u obliku činjenja ili nečinjenja, analogno tome i doprinos oštećenog u nastanku štete ili da šteta bude veća nego što bi inače bila, može biti u obliku pravno relevantnog činjenja ili nečinjenja. Zakonodavac ne propisuje način izvršenja štetne radnje od strane štetnika, pa tako i u pogledu doprinosa oštećenog, a u praksi se pokazalo da su brojni i raznovrsni načini, prilikom nastanka ili/i povećanja štete, što se procjenjuje u svakom konkretnom slučaju⁵⁰.

Kod nastanka obligacije prouzrokovanjem štete doprinos nastaje radnjama, svojstvima i stanjima. Najobičnije pozitivne radnje su mehaničke⁵¹, ali ima i pravnih radnji koje mogu imati karakter pozitivne štetne radnje⁵². Oblici aktivnih radnji bi se mogli svesti na fizičke, verbalne i pravne. Negativne radnje (oštećenog) подразумијевaju izostanak (obavezne) radnje⁵³. Radnja u pogledu načina izvršenja može biti direktna – lična ili indirektna – preko zastupnika, punomoćnika, službenika, zaposlenog, jer u takvoj situaciji ovi rade za oštećenog ili u njegovo ime. Pored navedenih oblika radnji u odnosu na doprinos oštećenog, nužan uslov je da ta radnja bude kvalifikovana (kvantita-

⁴⁷ G. Trnavci, 25.

⁴⁸ „Ocijenjeno je u konkretnom slučaju da je oštećenik pridonio nastanku štete sa 50% kada je pristao na vožnju s osobom pod utjecajem alkohola te što je tijekom vožnje povukao volan, čime je izazvao nestabilnost vozila i skretanje udesno“. Vrhovni sud Hrvatske br., Rev-2697/92 od 21.04.1993. god. H. Tajić i V. Simović, 464.

⁴⁹ „Propuštanjem da ogradi parcelu na kojoj je zasadio voćnjak, koji je uništen od divljači, i oštećeni je i sam doprineo da do štete dođe, pa su nižestepeni sudovi pravilno primenili materijalno pravo kada su primenom načela o podeljenoj odgovornosti iz čl. 192 ZOO, tuženika obavezali da srazmerno svom doprinosu (...)“. Vrhovni sud Srbije br., Rev-621/99 od 20.1.2000. god. H. Tajić i V. Simović, 467.

⁵⁰ „Primeni pravila o podeljenoj odgovornosti ima mesta samo ako je i oštećeni svojim ponašanjem doprineo nastanku štete. Ako oštećenikovog doprinosa u nastanku štete nema, onda je odgovorno lice dužno da naknadi celokupnu štetu“. Vrhovni sud Srbije, broj Rev-81/80. Iz arhive suda.

⁵¹ M. Vuković, *Obvezno pravo, Knjiga I*, Školska knjiga, Zagreb 1956, 110.

⁵² Ibid.

⁵³ „...Sudovi su izrazili shvatanje da je tuženi, koji je nezakonito raskinuo radni odnos, obavezan da tužilji naknadi celokupnu izgubljenu zaradu, ne upuštajući se u složeno pitanje u vezi podeljene odgovornosti koja se odnosi na obavezu zaposlenog da smanji štetu koju trpi zbog nezakonitog prestanka radnog odnosa (...)“. Vrhovni sud Srbije br., Rev-1852/98 od 24.6.1998. god. *Aktuelna sudska praksa iz obligacionog prava*, prvo izdanje (ur. Gordana Stanojčić), Poslovni biro, Beograd 2006, 289–290.

tivno i kvalitativno) kao uzrok doprinosa nastanku⁵⁴ ili povećanju štete⁵⁵. Relevantna je radnja, a ne rizik⁵⁶ od (ne)radnje.

Koja je to radnja u pravnom smislu je faktičko pitanje, a kako se radi o materijalnom pravu na sudu je da u granicama dokaza ocijeni i to kvalifikuje. Odlučno je pitanje pravno relevantne radnje koja je podobna da bude uzrok nastanka ili povećanja štete. Pravni poredak na direktan ili indirektan način određuje granice prihvatljivog držanja subjekata. Ovo određivanje se čini u interesu (šire) zajednice, ali i pojedinaca. Nije svaka radnja podobna da utiče na doprinos nastanku ili povećanju štete⁵⁷. Taksativne oblike radnji (držanja) oštećenog kod doprinosa je nemoguće sagledati, jer se intenzifikacija života ne može zaustaviti i sagledati. U toj fazi dolazi da izražaja pravilno procjenjivanje ponašanja subjekata u određenom materijalnopravnom odnosu, od strane suda.

4.2. Subjektivni odnos oštećenog u odnosu prema radnji kojom doprinosi nastanku ili povećanju štete ne uzima se u obzir, već se samo (pr)ocjenjuje da li je njegovo ponašanje bilo drugačije od redovnog ponašanja drugih lica u takvim situacijama ili nije (objektivno upoređivanje). Kod subjektivne odgovornosti za štetu, ovaj subjektivni odnos oštećenog u doprinosu nastanku ili povećanju štetnih posljedica je (pravno) irelevantan. Istina, ranija sud-

⁵⁴ „...Tuženi je razbio flašu i grkljanom flaše pokušao da udari s leđa radnika obezbjeđenja, a da ga je u tome spriječio tužilac na način što ga je obuhvatio oko vrata da ne prilazi radniku obezbjeđenja, ali da ga je tuženi snažno ugrizao za prst na ruci nanijevši mu povrede u vidu ugriza četvrtog prsta lijeve šake sa odsijecanjem krajnjeg članka istog prsta (...), da je neosnovan prigovor podijeljene odgovornosti, jer reakcija tužioca nije okarakterisana kao napad na tuženog, već je usmjerena na sprečavanje tužioca da svojim nasilničkim ponašanjem pričuini štetu i novo krivično djelo napada na dugo lice (...). Pravilan je zaključak prvostepenog suda da je tuženi isključivo odgovoran za štetni događaj i da nema doprinosa tužioca nastanku štete u smislu čl. 192 ZOO (...)“ . Presuda Okružnog suda u Banjoj Luci, br. 73 0 P 001746 10 Gž od 15.02.2011. god. Iz arhive suda.

⁵⁵ „Neće se smatrati da je oštećeni svojim ponašanjem doprineo povećanju štete, odnosno da je sprečio njeno umanjeње, samo zbog toga što je odbio da se podvrgne određenim medicinskim zahvatima, ukoliko se ne radi o lečenju kojem bi svaki čovek po redovnom toku stvari podvrgao bez rizika od štetnih posledica samog lečenja“ . Zaključak sa Savetovanja građanskih i građansko-privrednih odeljenja Saveznog suda, Vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 15. i 16.10.1986. god. Iz arhive suda.

⁵⁶ „...Relevantno je ono ponašanje oštećenika kojim je pridonio šteti, pri čemu se utvrđuje samo uobičajenost ponašanja i uzročnost (...). Stoga je pogrešno pravno shvatanje prvostepenog suda da s obzirom na rizik svakog vozača koji prilazi raskrsnici da taj rizik predstavlja doprinos lica koje je upravljalo putničkim vozilom tužitelja - nastanku predmetne štete. Doprinos učesnika nezgodi mora biti posljedica ponašanja tog učesnika, a ne posljedica rizika koji nosi samo uključivanje putničkim vozilom na kolovoz (...)“ . Presuda Okružnog suda u Banjoj Luci br. Gž-1613/02 od 27.9.2004. god. Iz arhive suda.

⁵⁷ „Nema doprinosa oštećenog u prouzrokovanju štete u slučaju kada je štetnik bez opravdanog povoda izazvao verbalni sukob, da bi ga nakon kraćeg prekida i fizički napao“ . Vrhovni sud Bosne i Hercegovine br. Rev-567/88 od 18.5.1989. god. Haso Tajić, *Građansko i privredno pravo u praksi sudova BiH*, Privredna štampa, Sarajevo 2009, 431.

ska praksa zahtijevala je deliktну sposobnost na strani oštećenog u doprinosu, pod uticajem Skice, što je pravilno napušteno, i sada je relevantan samo doprinos (radnja) oštećenog, to jeste primarno voljni element u (ne)radnji štetnika, a sekundarno radnje oštećenog (gdje voljni elementi nisu od značaja) i uticaj štetnikovog i oštećenikovog doprinosa u prouzrokovanju štete (kao izvora obligacije), a koji se utvrđuju ocjenom (prosječne) pažnje koja se zahtijeva od subjekata konkretnog odnosa.

Oštećeni pri radnji ne mora biti ni dolozan niti kulpozan. Na subjektivni odnos u radnji oštećenog nije od uticaja ni oblik radnje oštećenog prema doprinosu. Ovdje se odmah vidi razlika između oštećenog (kao subjekta u prouzrokovanju štete) za kojeg se ne traži deliktна sposobnost⁵⁸ i štetnika⁵⁹, za kojeg zakon traži postojanje deliktне sposobnosti. To znači da je od značaja i doprinos oštećenog u prouzrokovanju, i u slučajevima kada šteta nastane od strane lica koje prema ZOO nisu odgovorna za prouzrokovanu štetu drugome.

Isto važi i kod objektivne odgovornosti, gdje se pored radnji oštećenog govori i o radnji trećih lica. Mjerodavno je, dakle, da li je radnja oštećenog ili trećeg lica potpuno ili djelimično isključila odnosno prekinula uzročnu vezu između opasnih svojstava stvari odnosno djelatnosti i štete, a ne okolnost da li je navedena radnja skrivljena ili ne⁶⁰.

4.3. Uzročna veza kod utvrđivanja doprinosa oštećenog

Uzročna veza predstavlja jedan od opštih uslova građanske odgovornosti⁶¹. Ista je odlučno pitanje u procjenjivanju doprinosa oštećenog nastanku ili povećanju štete, to jest veza između radnje ili propuštanja oštećenog i određenog dijela vlastite štete kao posljedice zajedničkog djelovanja⁶². Kada se u nastupanju štete istovremeno kao uzroci javljaju ljudska radnja i prirodni događaji, procjenjuje se koji je uzrok bliži posljedici⁶³. U tom odno-

⁵⁸ „Oštećenik koji djelomično doprinese nastanku štetnog događaja sam snosi dio štete razmjerno doprinosu nastanka štetnog događaja neovisno o tome je li oštećenik prema svojim osobnim svojstvima mogao shvatiti značenje svog ponašanja“. Okružni sud u Osijeku br. Gž-2200/87 od 9.7.1987. god. Iz arhive suda.

⁵⁹ „Kad je oštećenik agresivnošću i višestrukim prijetnjama smrću kod štetnika izazvao strah koji ga je doveo u stanje bitno smanjene uračunljivosti, u kojem je stanju pucao u oštećenog i usmratio ga, pridonio je nastanku štete u dijelu od 40%. Odluka Vrhovnog suda Hrvatske br. Rev-183/09-2 od 1.7.2009. god. Iz arhive suda.

⁶⁰ Slobodan Stanišić, *Objektivna odgovornost za štetu*, Grafomark, Banja Luka 2012, 210.

⁶¹ Ljubiša Milošević, *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd 1970², 140.

⁶² Županijski sud u Bjelovaru, br. Gž-443/02 od 7.3.2002. god. V. Gorenc et al., 1696.

⁶³ Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske br. 118 0 P 000116 10 Rev od 18.4.2012. god. Iz arhive suda.

su ona je uslov (pretpostavka) za primjenu predmetne norme. Za razliku od uzročne veze u odnosu na štetnika koja se nekada može pretpostaviti, uzročna veza između oštećenog i doprinosa se (uvijek) mora dokazivati. U utvrđivanju uzročne veze između doprinosa oštećenog i štete kao preduslova za primjenu razmatranih pravila, primjenjuju se ista pravila kao i za štetnika⁶⁴. Ovo je veoma kompleksno pitanje (teorije, ali i sudske prakse), koja treba da da odgovor da li je radnja oštećenog veza sa posljedicom. Ovdje se radi o istoj uzročnoj vezi, samim tim i opšteprihvaćenoj teoriji adekvatne uzročnosti, koja se traži kao uslov odgovornosti za (aktivno ili pasivno) držanje štetnika i štete. Ona je ujedno odlučno pitanje u procjenjivanju doprinosa oštećenog nastanku ili povećanju štete. Kada se u nastupanju štete istovremeno kao uzroci javljaju ljudska radnja i prirodni događaji, procjenjuje se koji je uzrok bliži posljedic⁶⁵.

Pravno gledano, uzročna veza je kvalifikovana činjenica koja predstavlja vezu između aktivnog ili pasivnog smanjenje imovine i nastale štete⁶⁶. Dok postoji pravno relevantna uzročna veza između radnje štetnika i štete, štetnik je odgovoran za posljedice (svoje) štetne radnje. U pogledu korelacije radnja–posljedica traži se neprekidan lanac i dok taj lanac traje, za štetu odgovara štetnik. Dakle, odlučna uzročna veza između štetne radnje i štete mora biti neprekinuta i ovo je usko vezano sa pravilom da svako odgovara za svoje posljedice u slučaju više različitih uzroka⁶⁷. U svjetlu razmatrane teme upravo je radnja oštećenog. Radnja oštećenog koja je uzrok prekida predstavlja odlučnu uzročnu vezu, kao uzrok dalje štete i kao osnov za ocjenu (obima) doprinosa. Kao tipičan uzrok je onaj koji redovno dovodi do određene posljedice. Za nove posljedice (štete) odgovara onaj ko je uzročnu vezu prekinuo, ako se može pozvati na odgovornost, te ako su te posljedice adekvatne činjenice, kao uzrok, koja je prekinula uzročnu vezu⁶⁸. U prekidu uzročne veze, treba tražiti i odgovor na pitanje gdje prestaje odgovornost štetnika za posljedicu a gdje počinje odgovornost oštećenog za nastanak ili povećanje posljedice.

⁶⁴ „...Okolnost što tužilac kao dužnik nije platio iznos na ime oduzete imovinske koristi bio je osnov da se protiv njega pokrene izvršni postupak, ali ne i razlog koji bi bio u relevantnoj uzročnoj vezi sa nepravilnim postupanjem ovlašćenog radnika suda da, pri provođenju izvršenja, izvrši popis i oduzimanje stvari koja je po samom zakonu, u konkretnom slučaju trebalo da bude izuzeta od izvršenja. Prema tome, nisu postojali razlozi za prihvatanje prigovora podijeljene odgovornosti“. Vrhovni sud Bosne i Hercegovine br. Rev-211/88 od 16.02.1989. god. H. Tajić i V. Simović, 461.

⁶⁵ Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske br. 118 0 P 000116 10 Rev od 18.04.2012. god. Iz arhive suda.

⁶⁶ J. Salma, 461.

⁶⁷ „...Naime, između rada hidraulične platforme i nastanka štetne posljedice, nedostaje adekvatna uzročna veza. (...““. Presuda Okružnog suda u Banjoj Luci br. 78 0 P 009611 12 Gž od 19.9.2013. god. Iz arhive suda.

⁶⁸ Bogdan Loza, *Obligaciono pravo – opštio deo*, Službeni glasnik, Beograd 2000⁴, 206.

4.4. Vremenski kontinuitet u radnji oštećenog

Šteta u pravnom smislu može nastati istovremeno sa štetnom radnjom štetnika ili kasnije. U vezi sa time, doprinos oštećenog može nastati istovremeno sa radnjom štetnika, ali može mu prethoditi⁶⁹ ili se pojaviti kasnije⁷⁰. Pitanje vremenskog kontinuiteta usko je povezano sa pitanjem uzročnosti, pa u traganju za odgovorom o postojanju (ili nepostojanju) vremenskog kontinuiteta, polazi se od radnje i uzročne veze. Istovremeno ili prethodno zajedničko (su)djelovanje oštećenog sa (štetnom) radnjom štetnika, koje je od uticaja na primjenu predmetnih pravila, u pravilu se javljaju kod prouzrokovanja štete. Kasnije djelovanje oštećenog u pravilu je od uticaja na povećanje štete. Ovdje se kao nužan uslov ukazuje postojanje vremenskog kontinuiteta između radnje oštećenog kojom doprinosi nastanku ili povećanju štete bez obzira na to da li se radi o istovremenom, prethodnom ili kasnijem zajedničkom djelovanju.

U osnovi doprinosa oštećenog javlja se potreba da se šteta u pravnom smislu i odgovornost odredi i prema svom kretanju u dimenziji vremena, jer upravo u korelaciji radnje oštećenog – vremenskog kontinuiteta – uzročne veze između (štetne) radnje i štete, vrši se procjenjivanje obima doprinosa oštećenog (naravno i štetnika).

4.5. Pravna priroda radnje oštećenog

Izlaženje pojedinca iz njegove pravom zaštićene sfere, pa bilo da se ono sastoji u neispunjavanju – pozitivnih ili negativnih – dužnosti, bilo u prekoračenju pravnih ovlašćenja, bilo u nedozvoljenom obimu i načinu vršenja svojih pravnih ovlašćenja, može da izazove njegovu odgovornost kao sankciju zbog povrede pravnim poretком ustanovljene ravnoteže interesa i društvenog mira⁷¹. Oštećenik može u svojoj pravnoj sferi, u odnosu na svoja dobra, po-

⁶⁹ „Kako iz utvrđenog činjeničnog stanja proizilazi da je tužilja svojim ponašanjem dovela tuženu u stanje jake razdraženosti koje je uticalo na tuženu da nešto kasnije preduzme štetnu radnju, to se sa izvesnošću može zaključiti da štetna radnja ne bi ni bila preduzeta da nije bilo postupanja tužilje (...). Činjenica da je tužena u ovakvom psihičkom stanju bila duži vremenski period u konkretnom slučaju ne isključuje podjeljenu odgovornost, već samo može biti od uticaja na utvrđivanje udela u šteti koji udeo su nižestepeni sudovi pravilnom primenom čl. 192 st. 1 i 2 ZOO, utvrdili u visini od 25% od nastale štete, imajući u vidu i tu okolnost“. Vrhovni sud Srbije br. Rev-4816/97 od 04.02.1998. god. *Aktuelna sudska praksa iz obligacionog prava*, prvo izdanje (ur. Gordana Stanojčić), Poslovni biro, Beograd 2006, 280–281.

⁷⁰ „Omjer podijeljene odgovornosti za nastanka štetnog događaja uzima se u obzir i kod dosuđenja naknade štete zbog pogoršanja zdravstvenog stanja, u svezi s tim štetnim događajem“. Vrhovni sud Republike Hrvatske br. Rev-1169/94 od 8.1.1994. god. H. Tajić i V. Simović, 466.

⁷¹ Borislav Blagojević, *Poseban deo obligacionog prava (ugovori, jednostrani pravni poslovi, građansko pravni delikti)*, Geca Kon, Beograd 1939, 275.

stupati slobodno. Povredom svojih dobara oštećeni u pravilu ne postupa protivpravno, ali tada nije legitimisan da postavi zahtjev za otklanjanje štete u odnosu na svoju radnju i u pravilu za to ne snosi odgovornost.

Kod nas je u sudskoj praksi prihvaćena objektivna koncepcija protivpravnosti – radnja koja je suprotno pravnim i moralnim normama, bez obzira na svijest. U pogledu doprinosa oštećenog ne polazi se od protivpravnosti radnje kao uslova. Koriste se različiti sinonimi za radnju oštećenog: neprihvatljivo, nedopušteno, neadekvatno, neuobičajeno, neprimjerno, nepažljivo, nebrižljivo i slično. Polazeći od objektivne koncepcije, da bi oštećeni postupao protivpravno, nužno je da povrijedi (pravnu ili moralnu) normu, dolazi se do zaključka da je doprinos oštećenog u svakom slučaju protivpravan. Misli se na pogrešno (ne)ponašanje odnosno (ne)postupanje. Postupanje na način na koji ne treba da postupa. Ovo iz razloga što je držanje oštećenog u pravno zaštićenoj sferi usko povezano sa načelom savjesnosti i poštenja kao opšteg pravnog ali i moralnog načela. Načela su apstraktne norme koje su „iznad zakona“. Radnja oštećenog uvijek se može smatrati, ako ništa više, onda bar kao povreda jednog od osnovnih načela – savjesnosti i poštenja i eventualno načela zabrane zloupotrebe prava (u situaciji kada je šteta veća nego što bi bila). Istina, protivpravnost doprinosa oštećenog nije (pred)uslov za primjenu predmetnih pravila, ali je od bitnog značaja za ocjenu legitimnosti zahtjeva i obima (visine) štetne posljedice od strane oštećenog.

5. Doprinos kao pitanje primjene materijalnog prava u parničnom postupku

Kada se cilj naknade (otklanjanja) prouzrokovane štete dovede u vezu sa ponašanjem subjekata obligacionog odnosa, proizilazi da razmatrani institut treba da dovede do vrhunca pravičnosti, a pravičnost je pravda pojedinačnog slučaja. U ovom slučaju prouzrokovanja i naknade štete dolaze do izraza i kumulativna i distributivna pravda⁷². Kumulativna pravda dolazi do izraza pri odmjeravanju iznosa naknade u visini iznosa štete koju je prouzrokovao štetnik, a distributivna pravda pri svođenju odgovornosti odgovornog lica ili, drugim riječima, prava oštećenog lica na odgovornost samo za štetu koju je pričinio štetnik⁷³.

⁷² Živomir Đorđević, „Podijeljena odgovornost“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima – knjiga prva* (ur. Slobodan Perović), Savremena administracija, Beograd 1995, 446.

⁷³ Ibid.

Sa uvođenjem novog procesnog zakonodavstva, napušteno je načelo materijalne istine i uvedeno raspravno načelo, što za cilj ima praksu da strana koja nešto tvrdi to mora i da dokaže. Formalna istina, za razliku od materijalne, znači da „čega nema u spisu to na svijetu i ne postoji“. Sada se sudi po principu – daj mi činjenice (dokaze), daću ti pravo (*da mihi facta, dabo tibi ius*), pa u toj postavci odnosa obaveza tužioca (oštećenog) je da dokaže postojanje uslova za odgovornost na strani tuženog, a obaveza tuženog (štetnika) je da dokaže svoju (isključivu) neodgovornost odnosno (isključivi ili pretežni) doprinos oštećenog. Dokazivanje podrazumijeva način da se sud dokaznim sredstvima uvjeri u postojanje ili nepostojanje pravno relevantnih činjenica za presuđenje. Cilj dokaza tužilačke strane (oštećenog) je dokazivanje činjenica na koje se poziva i na kojima zasniva svoj zahtjev, u pogledu kojih snosi teret dokazivanja⁷⁴. Protivdokazima kojim tužena strana (štetnik) nastoji uvjeriti sud da je činjenično stanje suprotno onome što tvrdi tužilačka strana, na kojoj je teret dokazivanja njenih zahtjeva, tako da protivdokaz tužene strane ima pravni karakter „glavnog dokaza“ te strane u sporu, čija je svrha da obori ili da dokaznu snagu dokaza protivne strane učini slabijom i nepouzdanom za presuđenje. Iz dokaza sud utvrđuje (ne)odgovornost štetnika i (ne)postojanje doprinosa oštećenog.

Sud u kontekstu pravilne primjene materijalnog prava, u granicama raspoloživih dokaza, a na osnovu navedenih parametara (pravno relevantna radnja – posljedica vremenski kontinuitet između radnje i štete te uzročne veze⁷⁵ između radnje i posljedice) utvrđuje dio štete koji potiče od radnji – odgovornosti štetnika i doprinosa oštećenog. U pogledu korelacije radnja – posljedica traži se neprekidan lanac i dok taj lanac traje, za štetu odgovara štetnik. Ovo znači da se ne stavljaju u odnos procenti krivice štetnika i oštećenog, već dijelovi štete koji potiču od njihovih (ne)radnji i to na način da se utvrđuje sa kolikim obimom su radnje, učestvovalе u ukupnoj posljedici. Osnov za utvrđivanje doprinosa oštećenog nastanku štete, kao i obim (su)odgovornosti predstavljaju pitanja koja se tiču pravilne primjene materijalnog prava⁷⁶, na što sud

⁷⁴ „...Ovo proizilazi iz odredbi procesnog prava sadržanih u čl. 7 st. 1, čl. 102 st. 1 i u čl. 123 ZPP, koje predviđaju raspravno načelo i dužnost stranaka da saglasno ovom načelu – svako od njih dokaže činjenice na kojima zasnivaju svoje zahtjeve (...)“. Između ostalih, presuda Okružnog suda u Banjoj Luci br. 77 0 P 015144 11 Gž od 16.11.2012. god. Iz arhive suda.

⁷⁵ „...Naime, između rada hidraulične platforme i nastanka štetne posljedice, nedostaje adekvatna uzročna veza (...)“. Presuda Okružnog suda u Banjoj Luci br. 78 0 P 009611 12 Gž od 19.9.2013. god. Iz arhive suda.

⁷⁶ „...Utvrđivanje postojanja, a s tim u vezi i stepena podijeljene odgovornosti u smislu odredbi čl. 192 ZOO znači primjenu materijalnog prava...“. Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske br. 76 0 P 000480 10 Rev od 23.5.2012. god. Iz arhive suda.

pazi po službenoj dužnosti (*ex officio*). Zato je poznavanje materijalnog prava i pravne teorije od velikog značaja za donošenje pravilne i zakonite odluke, jer ukoliko sud u tome bude neuspješan, pogrešna primjena materijalnog prava vodiće i pogrešnom presuđenju spora⁷⁷. Sud u postupku primjenjuje materijalno pravo prema vlastitoj ocjeni i nije vezan za navode stranaka u pogledu materijalnog prava⁷⁸. Za pravilnu primjenu materijalnog prava u sporu radi naknade štete od značaja je ponašanje oštećenika, radi eventualne primjene razmatranih pravila, jer u prisustvu doprinosa oštećenog u nastanku posljedica štetnik ne bi bio dužan da naknadi cjelokupnu štetu.

5.1. Pravilan pristup predmetnom institutu

Vodeći računa o pravilnoj primjeni materijalnog prava, sud je vezan za činjenične navode stranaka tokom postupka (dokaznu građu), ali ne i pravni osnov. Teret dokazivanja u novom procesnom pravu je (isključivo) na tužiocu. Tuženi u razlozima osporavanja tužbenog zahtjeva mora navesti razloge pobijanja, to jeste da li osporava tužbeni zahtjev u potpunosti ili djelimično, da li osporava osnov ili/i visinu, da li je sporan činjenični ili/i pravni osnov tužbenog zahtjeva. Dopriнос оштећеног првенствено се тиче основа, па тек онда висине. U najvećem broju parnica tuženi (štetnik ili odgovorno lice) osporava tužbeni zahtjev u potpunosti, kako osnov tako i visinu u jednom od dva pravca: kao isključivu odgovornost oštećenog ili kao vlastitu neodgovornost, sa istim krajnjim ciljem. Tuženi koji osporava tužbeni zahtjev u odgovoru na tužbu mora navesti i razloge iz kojih se tužbeni zahtjev osporava, činjenice na kojima tuženi zasniva svoje navode, dokaze kojima se utvrđuju ove činjenice⁷⁹. Tuženi ovim osporavanjem može disponirati tokom čitavog postupka.

Podvesti činjenično stanje pod pravnu normu ili pravno pravilo najbitniji je element pravilne i zakonite odluke⁸⁰. S tim u vezi, u pravilu, nije obavezan poseban (izričit) prigovor „podijeljene odgovornosti“, koji može izostati u strogo formalnopравном, procesnom smislu. Istina je da se radi o ma-

⁷⁷ *Komentar Zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj*, (Zajednički projekat Vijeća Evrope i Evropske komisije), Sarajevo 2005, 371.

⁷⁸ Vid. čl. 2 st. 2 ZPP.

⁷⁹ Vid. čl. 71 st. 2 ZPP (sadržaj odgovora na tužbu je identičan sadržaju tužbe (čl. 53 ZPP) i kako se za tužbu traže obavezni elementi, tako i odgovor na tužbu mora sadržavati gorenavedene elemente; izmjenama ZPP iz 2013. god. je iz obaveznog sadržaja tužbe brisan pravni osnov tužbenog zahtjeva, a analogno tome, više se ne traži ni pravni osnov za navode tuženog u odgovoru, što ide u prilog tezi iz rada, u pogledu isticanja pravnog osnova u pogledu doprinosa oštećenog, od strane tuženog).

⁸⁰ *Komentar Zakona o parničnom postupku*, 371.

terijalnopravnom prigovoru odnosno defanzivnoj parničnoj radnji. Međutim, dovoljno je da tuženi (štetnik) u potpunosti ili u pretežnom dijelu, tokom postupka, ukazuje na potpunu ili pretežnu odgovornost tužioca (oštećenog) za prouzrokovanu štetu, odnosno osporava osnov tužbenog zahtjeva za naknadu štete, ističući da nije odgovoran (naravno izvodeći na te okolnosti dokaze), što u kontekstu pravilne primjene materijalnog prava upodobljuje u sebi i ovaj materijalni prigovor. Osporavanje činjeničnih navoda može se sastojati i u isticanju tvrdnji o istovremenom postojanju nekih drugih činjenica, koje isključuju mogućnost postojanja osporavane činjenice ili je makar ograničavaju, pa joj time oduzimaju smisao koji joj pridaje stranka koja poduzima ofanzivnu radnju (*negatio per positionem alterius*)⁸¹.

Međutim, sudovi u praksi ovo uvijek ne prepoznaju⁸² i u svojoj odluci se ne bave predmetnim institutom i pored činjenice da se radi o materijalnom pravu, što direktno utiče na pravilnost i zakonitost odluke, u smislu pravilne primjene materijalnog prava. Ovaj institut materijalnog prava treba primjenjivati u smislu starog pravila – da je manje sadržano u većem (*argumentum a maiori ad minus*). Iz ovog se nameće zaključak da isticane isključive odgovornosti oštećenog za štetni događaj ili isključive neodgovornosti na strani štetnika uključuje u sebi i predmetni prigovor.

U tim pravnim situacijama, isticanje isključive odgovornosti oštećenog ili (svoje) neodgovornosti ide za tim da štetnik u potpunosti uspije u parnici. Ovo isticanje štetnika mora biti utemeljeno na dokazima⁸³. Upravo u tom isticanju isključive odgovornosti odnosno neodgovornosti, dokaznoj građi, pravilnoj primjeni materijalnog prava, treba tražiti intenciju predmetnog rada. U

⁸¹ Siniša Triva, Velimir Belajec i Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb 1986, 278.

⁸² „(...) prvostepeni sud je našao da su tuženi u krivičnom postupku proglašeni krivima i pravosnažno osuđeni, da su u odgovoru na tužbu istakli prigovor podijeljene odgovornosti, o čemu prvostepeni sud nije raspravio; da je drugostepeni sud utvrdio da je prvotužitelj izvadio medašni kamen, što je isprovociralo prvotuženog, da je zatim došlo do verbalnog sukoba, a zatim i tuče, da je upravo zbog ponašanja tužioca koji je izazvao sukob, tuženima izrečena blaža krivična sankcija, da prema tome postoji doprinos tužioca štetnom događaju i da se ne zna ko je koga i čime udario u opštoj tuči pa je doprinos tužitelja jednak doprinosu tuženih i da iznose po 50%. Iz presude Okružnog suda u Banjoj Luci br. 011-0-Gž-07-000560 od 29.11.2007. god. Ovdje je prvostepeni sud postupao upravo na način koji je suprotan suštini razmatranih pravila. Ne samo što je mogao, kod ovakvog stanja stvari, suditi o prigovoru podijeljene odgovornosti i bez posebnog prigovora (koji ovdje nije izostao u odgovoru na tužbu), već je samo prihvatio krivičnu presudu, a o prigovoru nije ni raspravio. Iz arhive suda.

⁸³ U predmetu br. 77 0 P 016432 14 Gž, pred prvostepenim sudom tuženi je osporavao odgovornost, navodeći da je tužilac inicirao tuču. U žalbi je naveo da sud nije imao u vidu „princip“ podijeljene odgovornosti. U odgovoru na žalbu, tužilac ističe da je ovaj žalbeni navod neosnovan jer tuženi ovaj prigovor nije isticao tokom postupka. Ovaj navod iz odgovora na žalbu nije ovdje prihvatljiv, upravo zbog navedenog u radu. Odluka je potvrđena jer tuženi nije dokazao svoje navode.

primjeni ovog pravila uloga suda mora da bude odlučna, jer se radi o materijalnom pravu. Suprotno ovome, u praksi ima i drugačijih situacija, to jest, u određenom broju slučajeva gdje se sudovi temom rada ne bave (nekada) ni pored postojanja prigovora, te posebno u situacijama gdje ovaj prigovor u formalnom smislu izostane, a postoje opisani elementi za utvrđivanje doprinosa. I ranija sudska praksa, kada je u procesnom smislu važno načelo materijalne istine (što ne mijenja pristup), nije uvijek prilazila na pravilan način⁸⁴. Za odluku suda odlučni su navodi stranaka o spornom odnosu i dokazi u kontekstu tih navoda.

Pravilna odluka podrazumijeva i pravilnu primjenu materijalnog prava na konkretno utvrđeno činjenično stanje. Potcijenivši skriveni doprinos oštećenog nastanku štetnog događaja, sud pogrešno primjenjuje materijalno pravo⁸⁵. Stoga je prije donošenja odluke nužno utvrditi činjenično stanje i formirati uvjerenje o sadržaju činjeničnog stanja, od čijeg utvrđenja zavisi primjena prava. Subjekti određenog obligacionog odnosa kao stranke činjenično stanje u svoju korist moraju dokazati⁸⁶. Stranka snosi štetne posljedice nemogućnosti da dokaže svoje navode.

Tako u jednoj odluci prvostepeni sud zaključuje da prigovor podijeljene odgovornosti ne stoji iz razloga što tuženi za svoje navode nije pružio nikakve dokaze. Naglasak treba staviti na termin „nikakve“ dokaze. Ovdje tuženi nije u potpunosti isticao odgovornost (prednika) oštećenog, već je isticao prigovor podijeljene odgovornosti u formalnopravnom smislu, tačnije postojanje „znatnog“ doprinosa. Ovo isticanje veće odgovornosti oštećenog, u smislu razmatranih pravila, ima istu ulogu kao i isticanje podijeljene odgovornosti između oštećenog i štetnika. Princip je isti, a ostalo se tiče utvrđivanja obima doprinosa. Parničnom postupku prethodio je krivični, u kojem je pra-

⁸⁴ „... Tokom postupka, a to ponavlja u izjavljenoj žalbi, tuženi ističe da je tužiteljica svojim ponašanjem doprinijela nastanku štetnog događaja. Međutim, i pored istaknutog prigovora o podijeljenoj odgovornosti (...), prvostepena presuda nema o tome razloga, mada od osnovanosti tog prigovora zavisi stepen odgovornosti tuženog za navedeni štetni događaj (...). U ponovnom postupku prvostepeni sud će pravilnom ocjenom izvedenih dokaza, a po potrebi provođenjem i drugih odgovarajućih dokaza, cijeliti prigovor tuženog o podijeljenoj odgovornosti i tome će dati valjane razloge (...)“⁸⁴. Rješenje Okružnog suda u Banjoj Luci br. GŽ-1209/99 od 16.3.2000. god. (u to vrijeme važio je ZPP u kome je dominantno bilo načelo materijalne istine). Iz arhive suda.

⁸⁵ Vrhovni sud Hrvatske br. GŽ-885/78 od 21.3.1979. god. H. Tajčić i V. Simović, 455.

⁸⁶ „... Međutim, o postojanju podijeljene odgovornosti, sud vodi računa samo u granicama predloženih (raspoloživih) dokaza. Tuženi na pripremnom ročištu, prema raspravnom zapisniku, nije imao prijedloga za izvođenje dokaza, a na ročište za glavnu raspravu nije pristupio. U toku prvostepenog postupka, kao dokaz je provedena samo presuda broj 77 0 K 001022 08 K od 28.10.2009. god., iz koje proizilazi da je optuženi (ovdje tuženi) priznao krivicu, a ne i cjelokupan spis, iz kojeg bi se moglo (eventualno) utvrditi postojanje doprinosa oštećenog nastanku ili povećanju štete. (...)“⁸⁶. Presuda Okružnog suda u Banjoj Luci br. 77 0 P 016432 14 GŽ od 17.12.2014. god. Iz arhive suda.

vosnažno utvrđeno da je tuženi lišio života prednika tužilaca u prekoračenju nužne odbrane. Prvostepenom sudu ovakav dokaz nije bio dovoljan da prepozna postojanje razmatranih pravila. Naime, u postupku koji je prethodio parničnom, raspravljene su sve pravno relevantne činjenice koje su od značaja za ponašanje subjekata u kritičnom događaju, a na sudu je da ovo prepoznata, ocijeni radnje od značaja za nastali štetni događaj i na pravilno i potpuno utvrđeno činjenično stanje, primijeni materijalno pravo, i sve to u ranije navedenim situacijama (i) bez posebnog prigovora. Drugačijom ocjenom isprava (dokaza) i pravilnom primjenom materijalnog prava, žalbeni sud je uvažio žalbu štetnika i utvrdio postojanje jednakog doprinosa prouzrokovanju štetnih posljedica⁸⁷.

Parnične stranke svoje navode zasnivaju na činjenicama za koje materijalno pravo veže nastupanje pravnih posljedica koje one ostvaruju svojim zahtjevima. Sud na osnovu rezultata dokaza izvedenih tokom postupka, o činjeničnim navodima i prijedlozima stranaka, prigovorima, utvrđuje odlučne činjenice za pravilnu primjenu materijalnog prava.

Sud je dužan da poznaje materijalno pravo koje primjenjuje. U tom smislu nema obaveze parničnih stranaka da ukazuju sudu na materijalno pravo, pa ako stranke tokom postupka ističu svoja pravna shvatanja, sud za njih nije vezan⁸⁸. To što se pravno shvatanje suda nekada poklapa sa prijedlozima stranaka, ne znači da je sud vezan, već da je zahtjev stranke osnovan. Parnične stranke (oštećeni i štetnik) iznošenjem svojih argumenata i shvatanja, ukazuju sudu u donošenju pravilne odluke. Upravo u tom pravcu, ali i u iznošenju svog viđenja, u donošenju pravilne odluke, treba i shvatiti isticanje prigovora doprinosa oštećenog za prouzrokovanju štetu, a ne kao obavezu štetnika, u gorenavedenim uslovima. Međutim, sud postojanje ovog instituta mora

⁸⁷ „...Prvostepeni sud je cijeno pravosnažnu osuđujuću presudu krivičnog suda, ali je zaključio da istaknuti prigovor podijeljene odgovornosti ne stoji iz razloga što tuženi za svoje navode nije pružio nikakve dokaze (...). Izrekome pravosnažne osuđujuće presude krivičnog suda utvrđeno je da je nastradali prednik tužitelja prilazio tuženom i pred upozorenja da će tuženi pucati na što se prednik tužilaca nije obazirao (...). Po ocjeni ovoga suda, da je nastradali prihvatio riječi upozorenja tuženog da mu ne prilazi i da se zaustavio nakon ispaljenog hica u zrak (...). Isto tako, i tuženi je imao mogućnost da sa kratkog odstojanja odbije napad ispaljenjem manjeg broja hitaca i to u dio tijela nastradalog koji nije vitalan. Cijeneći sve utvrđene relevantne okolnosti konkretnog slučaja koje su prethodile nastanku šetnog događaja ovaj sud smatra da doprinos nastradalog u nastanku šetnog događaja iznosi 50% (...)“⁸⁸. Presuda Kantonalnog suda u Tuzli br. 003-0GŽ-07-000619 od 16. 5.2007. god. H. Tajić (2009), 535–536. Ovdje je mimo razmatrane teze postojao prigovor znatne odgovornosti to jeste podijeljene odgovornosti, ali i pored toga, sud nije prepoznao uslove za primjenu pravila o doprinosu (prednika) oštećenog. Pored činjenice da je parnični sud u dokaznom smislu imao raspravljeno stanje, nije prepoznao suštinu (bit) problema, već naprotiv potencira da štetnik nije „pružio nikakve dokaze“. Činjenično stanje iz dokaza je dijametralno suprotno nalaženju prvostepenog suda.

⁸⁸ Vid. čl. 103 ZPP „Stranke mogu iznijeti i svoja pravna shvatanja koja se odnose na predmet spora“.

prepoznati i u situaciji kada tuženi (štetnik) uz dokaze osporava zahtjev (odgovornost) u potpunosti, iz razloga isticanja potpune odgovornosti tužioca (oštećenog) ili svoje potpune neodgovornosti.

Ovaj prigovor kod isticanja odgovornosti na strani tužioca može izostati, ali obaveza i uloga suda je u svakom slučaju da o svim prijedlozima bitnim za presuđenje raspravi i da nakon pravilnog i potpunog utvrđenog činjeničnog stanja, pravilnom primjenom materijalnog prava, raspravi i o (eventualnom) doprinosu oštećenog. O dokazima provedenim tokom postupka i navodima stranaka u pravcu dokazivanja osnovanosti ili neosnovanosti tužbenog zahtjeva, sud mora zauzeti jasan stava.

5.2. Doprinos oštećenog u vezi sa primjenom procesnog prava

Uloga suda u primjeni razmatranih pravila u pogledu utvrđivanja doprinosa subjekata, u granicama procesnog prava, mora biti dominantnija. Sud poznaje pravo, ali pored toga sud mora biti adekvatno osposobljen za ocjenu razmatranog pravnog problema, ocijeniti sve dokaze i navode konkretnog slučaja, posjedovati širok stepen opšteg znanja, životno i stručno iskustvo, nakon čega će primjenom pravila logike i psihologije, utvrditi koje su radnje u uzročnoj vezi sa posljedicom, koja radnja je odlučni uzrok, nakon čega će utvrditi, vodeći računa o „okolnostima slučaja“, u kojem obimu se smanjuje naknada za prouzrokovanu štetu, koja pripada oštećenom. S tim u vezi javlja se i „problem“ u primjeni razmatranog instituta u „prenaglašenoj“ primjeni procesnog prava. Materijalno pravo ima suprematiju nad prijedlozima stranaka, ali upravo iz prijedloga i dokaza subjekata odnosa kao stranaka izviru pretpostavke za pravilno presuđenje. U ovom odnosu sudovi često svoju odluku zasnivaju na procesnim odredbama o teretu dokazivanja, dajući im dimenzionalno veći značaj u odnosu na materijalno pravo. Odnos materijalnog i procesnog prava ne možemo posmatrati sa hijerarhijskog aspekta i dati tu jednostavan odgovor. Uvođenjem (novog) procesnog zakonodavstva uvedena je i određena disciplina u ponašanju parničnih subjekata, a tu između ostalog spada i teret dokazivanja.

Sud u pravilu mora biti siguran u postojanje ili nepostojanje određenih činjenica, od kojih zavisi odluka. Međutim, to pravilo stavlja u drugi plan da se razmatrani institut tiče materijalnog prava, na koje sud pazi i koje primjenjuje po službenoj dužnosti (istina, u granicama dokaza). Upravo u tom uzajamnom odnosu koordinacije, materijalnog i procesnog prava, koje predstavlja funkcionisanje dijelova jedne cjeline u funkciji davanja efektivnih rezul-

tata, treba naći pravu mjeru, kako sudovi „neprepoznavanje“ instituta doprinosa oštećenog ne bi podvodili pod procesno pravilo o „teretu dokazivanja“⁸⁹.

Garancija da će sud nepristrasno ocijeniti dokaze leži, pored ostalih garancija objektivnog suđenja, u njegovoj dužnosti da za svoju ocjenu iznese razloge u odluci. Sud treba da u obrazloženju kaže zašto je jednom dokazu poklonio vjeru a drugom nije, i u kontekstu toga, u čemu se sastoji doprinos oštećenika odnosno oštećenog. Uzročna veza između radnje i doprinosa oštećenog uslov je za utvrđivanje obima doprinosa i u tom smislu treba isključiti svaku proizvoljnost⁹⁰. Primjeni slobodnog sudijskog uvjerenja ima mjesta samo kada se ocjenjuju dokazi, odnosno kada se utvrđuje činjenično stanje, a ne i kada se materijalno pravo primjenjuje na utvrđene činjenice⁹¹. Presudom kojom se usvaja prigovor podijeljene odgovornosti mora se kvantitativno utvrditi učešće stranaka u prouzrokovanju štete, da bi se srazmjerno tom snizila naknada⁹². To je pravno pitanje, a ne matematička formula.

Prigovor doprinosa oštećenog nesumnjivo je materijalnopravne prirode. Ali sam institut podijeljene odgovornosti je materijalnog karaktera, što mu daje primat u odnosu na prigovor u procesnom smislu. To podrazumijeva obavezu suda da i bez ovog prigovora (u procesnom smislu), pod određenim uslovima, u granicama dokaza, ne ograničavajući se procesnim pravilom o teretu dokazivanja, raspravi postojanje ili nepostojanje doprinosa oštećenog⁹³,

⁸⁹ Navedena preinačavajuća presuda Kantonalnog suda u Tuzli br. 003-0Gž-07-000619 od 16.5.2007. god., u kojoj se odluka prvostepenog suda zasniva na teretu dokazivanja. Pored činjenice da je parnični sud u dokaznom smislu imao raspravljeno stanje, nije prepoznao „problem“ koji se tiče pravilne primjene materijalnog prava, već naprotiv potencira da štetnik nije „pružio nikakve dokaze“, što je u domenu procesnog prava.

⁹⁰ „...Ovi propusti tužitelja ne daju nikakvog osnova za revizioni prigovor tužitelja o proizvoljnosti nižestepenih sudova pri utvrđivanju njegovog doprinosa nastanku nezgode od 20%. S obzirom na prednje navedene propuste osiguravnika tuženog koji je uzrokovao predmetnu nezgodu i kome je zbog tih radnji izrečena krivična sankcija, nemaju mjesta revizioni prigovori tuženog, o navodno većem doprinosu tužitelja u nastanku nezgode (...)“ Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske br. 72 0 P 0 07693 13 Rev od 1.10.2014. god. Iz arhive suda.

⁹¹ Okružni sud u Nišu br., Gž-3196/89. *Komentar Zakona o parničnom postupku*, 20–21.

⁹² „...Nižestepeni sudovi nisu utvrđivali u kojoj srazmjeri je tužilac doprinio nastanku štete (izraženo u procentu ili razlomku) da se zbog toga ne može ocijeniti da li je tužiocu dosuđena adekvatna naknada što čini pobijanu presudu nerazumljivom, a to je bitna povreda odredaba parničnog postupka (...)“ Vrhovni sud Bosne i Hercegovine br. Rev-429/90 od 5.7.1991. god. H. Tajić i V. Simović, 464.

⁹³ Tako u jednoj presudi u kojoj su žalbe izjavile obje parnične stranke, drugostepeni sud, pravilno na osnovu provedenih dokaza, utvrđuje nepostojanje doprinosa oštećenog: „...Svako treba da odgovara za posljedice svog ponašanja i pri tome se traži najbliži uzrok date posljedice i uvijek se odgovara za najbliže posljedice, a to su u ovoj pravnoj stvari kumulirani propusti tuženog, o kojim se vještak elektrotehničke struke iscrpno izjasnio, pri čemu nije naveo niti jedan propust tužilaca u konkretnom slučaju (što bi eventualno moglo biti od uticaja na podijeljenu odgovornost), a tuženi sa uspjehom nisu dokazali (...)“ Presuda Okružnog suda u Banjoj Luci br. 73 0 P 009792 13 Gž od 24.6.2014. god. Iz arhive suda.

što u takvoj situaciji neće dovesti do suđenja mimo zahtjeva.

Sud sudi u granicama tužbenog zahtjeva. To je opšte pravilo i sud stranici ne može dosuditi više nego što je tražila, niti joj može dosuditi ono što stranka nije tražila. Ovo pitanje je usko povezano sa ukazanim problemom u cilju pravilne primjene razmatrane teme, kao instituta materijalnog prava. Kod nas je uvedeno (radikalno) raspravno načelo: „Sud će razmotriti i utvrditi samo činjenice koje su stranke iznijele i odrediti izvođenje samo onih dokaza koje su stranke predložile, ako zakonom nije drugačije određeno“⁹⁴.

Kako se radi o materijalnom pravu, sud neće prekoračiti zahtjev stranke, u situaciji kada tuženi osporava tužbeni zahtjev u potpunosti (osnov) na način da ističe (isključivu ili pretežnu) odgovornost oštećenog ili svoju neodgovornosti, a sud nađe da u konkretnoj pravnoj stvari sa zahtjevom za naknadu prouzrokovane štete, i bez (posebnog) prigovora o postojanju podijeljene odgovornosti postoji doprinos tužioca kao oštećenog nastanku ili povećanju štete. Ovo iz razloga što prigovor isključive odgovornosti oštećenog ili neodgovornosti štetnika u sebi sadrži i tzv. prigovor „podijeljene odgovornosti“. U takvoj konstalaciji odnosa, odluka suda, u pogledu utvrđivanja doprinosa i obima doprinosa oštećenog, uz ispunjene uslove koje nalaže materijalno i procesno pravo, ne znači da je sud odlučivao mimo zahtjeva; naprotiv.

6. Zaključak

Suprotstavljene interese parničnih stranaka (subjekata obligacionog odnosa), u parnicama povodom prouzrokovanja štete treba „da pomire“ sudovi, donoseći pravilne i zakonite odluke, pravilno primjenjujući (materijalno) pravo u granicama raspoloživih dokaza. Parnične stranke dužne su da dokažu svoje navode. U tom (parničnom) sporu, povodom prouzrokovanja štete, polazi se od navoda tužioca da je odgovornost na strani tuženog, a tuženi u pravilu ističe da je (isključiva ili pretežna) odgovornost na tužiocu kao oštećenom ili ističe svoju (isključivu ili pretežnu) neodgovornost. Kada je to isticanje tuženog u skladu sa dokazima, predmet razmatranja koji je u sferi materijalnog prava, sudovi treba da posmatraju u svjetlu pravila *argumentum a maiori ad minus* (manje je sadržano u većem). Isticane isključive odgovor-

⁹⁴ Vid. čl. 7 st. 2 ZPP.

nosti oštećenog za prouzrokovanu štetu ili isključive neodgovornost na strani štetnika uključuje (*upodobljava*) u sebi i predmetni prigovor doprinosa oštećenog (podijeljene odgovornosti).

U cilju pravilne primjene razmatranog instituta (prigovora), pored navedenog, mora se poći od prave mjere u odnosu materijalnog i procesnog prava. U ovom odnosu često sudovi svoju odluku zasnivaju na procesnim odredbama o teretu dokazivanja, dajući im *dimenzionalno* veći značaj. Upravo u tom uzajamnom odnosu koordinacije, materijalnog i procesnog prava, koje predstavlja funkcionisanje dijelova jedne cjeline u funkciji davanja efektivnih rezultata, treba naći prav(n)u mjeru, kako se „neprepoznavanje“ instituta doprinosa oštećenog ne bi podvodilo pod procesno pravilo o „teretu dokazivanja“.

Dragomir Obradović, LL.M.
District Court in Banja Luka

INJURED PARTY’S CONTRIBUTION TO CAUSING DAMAGES - BETWEEN SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL LAW -

Conclusion

*The contrasting interests of litigants (subjects to contractual relationship), in litigations regarding the causing of damage, should be „reconciled“ by the courts, making proper and lawful decisions, correctly applying the (material) law within the limits of the available evidence. Litigants are obliged to prove their allegations. In that (litigation) process, regarding causing of damage, it is started from the prosecutor’s allegations that the responsibility lies with the defendant, and the defendant in the rule states that the (exclusive or main) responsibility lies with the prosecutor as the indemnified party, or emphasizes his/her (exclusive or main) irresponsibility. When this emphasis on the defendant is in accordance with the evidence, the subject matter that is in the sphere of substantive law, the courts should view in the light of the rules *argumentum a maiori ad minus* (less is contained in larger). Outlined exclusive responsibility of the indemnified party for the caused damage or exclusive irresponsibility on the side of tortfeasor, includes (compares) in*

it the subject complaint of contribution of the indemnified (shared responsibility).

In order to correctly apply the subject institute (objection), in addition to all the stated, it must be started from the right measures in relation of substantive and procedural law. In this respect the courts often base their decision on the procedural provisions on the burden of argumentation, giving them dimensionally greater significance. It is in this mutual relationship of coordination, substantive and procedural law, which represents the functioning of parts of a whole in the function of giving effective results, where legal/right measure should be found, so that „non-recognition“ of the institute of contribution of the indemnified would not be driven under process rule on „burden of argumentation“.

Keywords: *injured party's contribution, shared responsibility, appeal, contribution, injured party, causing damages.*

ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТЕ НАСТАЛЕ ОД ЗАОСТАЛИХ МИНСКО-ЕКСПЛОЗИВНИХ СРЕДСТАВА ИЗ РАТА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Дејан Пилиповић, мср.*

Апстракт: Одговорност за штете настале активирањем заосталих мина у претходном рату на територији БиХ је актуелно питање одштетног права у БиХ са донекле опречном судском праксом. У раду се овај вид деликтне одговорности разматра у два правца: као одговорност за штету у случају повреде или смрти деминера у обављању дјелатности деминирања и као одговорност за штету у случају повреде или смрти трећег лица када се нађе у минском пољу. Размотрени су елементи, услови и основи одговорности у претходним случајевима, односно настоји се одговорити на питање ко ће и по којем основу бити одговоран за насталу штету од мина и у чему се састоји та штета и евентуална накнада, тј. ко су субјекти насталог односа. Одговори ће имати различито нормативноправно утемељење у ЗОО, Закону о деминирању у БиХ и ентитетским прописима о цивилној заштити. Судска пракса, која се такође разматра у раду, искристалисала је одређена правила у различитим случајевима који се могу појавити у овој области одговорности.

Кључне ријечи: одговорност за штету, штете настале од заосталих мина, мине, штета, деминери и трећа лица.

* Мастер права из уже грађанскоправне научне области; запослен у Основном суду у Приједору

1. УВОД

Практични контекст и значај

Рат као оружани сукоб подразумијева уништавање људских живота, али и материјална разарања и посљедице које изискују вишедеценијску обнову земље. Ратна збивања нису заобишла ни Босну и Херцеговину (БиХ) као једну од бивших југословенских република која је била захваћена ратним дејствима у периоду од 1991. до 1995. године. Бројне су негативне посљедице рата и оне се не очитују само за вријеме трајања оружаног сукоба него и дуги низ година након окончања рата. То су у многим случајевима могли да осјете и грађани у Босни и Херцеговини. Само неке од негативних посљедица рата на нашим просторима јесу и случајеви повреда и смрти лица насталих од заосталих минско-експлозивних средстава из периода ратних дејстава. У вези с тим, јавља се питање грађанскоправне одговорности за штете проузроковане у овим случајевима. Уз помоћ међународне заједнице, БиХ се налази у фази рјешавања овог проблема. У том контексту донијети су закони, усвојене стратегије и створени организационо-материјални ресурси за рјешавање овог проблема. Упркос томе, неминовне су негативне посљедице у овој области, а првенствено људске жртве. Према подацима Центра за уклањање мина у БиХ, од почетка рата у БиХ је страдало укупно 8.350 лица од мина, касетне муниције и експлозивних средстава заосталих из рата. Највећи број лица страдао је у периоду самог рата, док је у послератном периоду од 1996. године до данас страдало 1.732 лица, од чега је 603 лица смртно страдало, 774 лица су повређена, док за 352 настрадала лица није познат исход страдања.¹ У 2014. години регистровано је девет инцидента, у којима је страдало 16 особа (шест особа је смртно страдало, а десет особа је задобило лакше и теже повреде). И поред знакова минског упозоравања, због лоше економске ситуације у земљи, становништво БиХ свјесно улази у сумњиве ризичне површине због прикупљања огрева или сакупљања секундарних сировина. Међу жртвама има и дјецe. Често су жртве и сами деминери. Од 1997. године до данас приликом обављања послова деминирања страдало је укупно 116

¹ Вид. Центар за уклањање мина у БиХ, <http://www.bhmac.org/ba/stream.daenet?kat=50>, приступљено 1.6.2015. године. Центар за уклањање мина у БиХ (даље и: *ВНМАС*) је стручна служба Комисије за деминирање у БиХ коју је основао Савјет министара БиХ.

деминера.² Помоћ жртвама мина представља свеобухватан процес који укључује медицинску, психолошку, социјалну и економску компоненту. Минска ситуација у 2015. години, према подацима Центра, показује да је тренутна величина мински сумњиве површине у БиХ 1.176,50 км² или 2,3% у односу на укупну површину БиХ, тако да локације контаминираних минама утичу на безбједност око 540.000 грађана.³

Наведени подаци о повредама деминера и трећих лица од заосталих минско-експлозивних средстава имају правну димензију која се може посматрати из различитих углова. Предмет правног интересовања у овом раду биће грађанскоправни аспект посматрања и то у домену одговорности за штете. Управо приказани статистички подаци указују на значај предмета овог рада, како за право (правну теорију и судску праксу) и друштво, тако и за грађане – појединце који имају правни интерес у остваривању адекватне правне заштите у контексту права на накнаду причињене штете. Ови подаци су показатељ озбиљности проблема са којима је БиХ суочена и који ће се сигурно рјешавати и наредних година. Правна пракса показује да се поставља питање одговорности за штете настале од минско-експлозивних средстава заосталих из рата у БиХ и да се настоји на њега дати адекватан одговор. Ова тема заслужује уобличено теоријско-практично анализирање и није била предмет учесталих правних разматрања којима су правници посвећивали много пажње, а тангира битне друштвене вриједности и егзистира као правно питање у садашњости. Интересовање за обраду ове теме изазвале су одлуке Суда БиХ, али и судова ентитета, нарочито опречна судска пракса, као и одлука Уставног суда БиХ. Ријеч је о актуелним судским одлукама. Дакле, ради се о правно интересантном, озбиљном и актуелном питању грађанског права на нашем простору са својом теоријском и, нарочито, практичном димензијом. Ток рада треба посматрати у два правца: одговорност за штету у случају повреде или смрти деминера у обављању дјелатности деминирања и одговорност за штету у случају повреде или смрти трећег лица када се нађе у минском пољу. Правна анализа ће бити извршена у границама класичних елемената одговорности за штету уз употребу класичних метода научноистраживачког рада, само на терену штета изазваних минско-експлозивним средствима. Даље, то узрокује

² Од наведеног броја, 32 деминера су задобили лакше повреде, 37 су задобили теже повреде, док је 47 деминера смртно страдало. Вид. Центар за уклањање мина у БиХ, <http://www.bhmac.org/ba/stream.dae-net?kat=50>, приступљено 01.06.2015. године

³ Вид. Центар за уклањање мина у БиХ, <http://www.bhmac.org/ba/stream.daenet?kat=1>, приступљено 1.6.2015. године

неке специфичности у погледу одговорности за штету, а нарочито у погледу основа одговорности и субјекта који је дужан да надокнади овако проузроковану штету, гдје је нагласак на држави у општем смислу.

Предмет и разграничење

Наведено је да рат производи и бројна ратна разарања и односи људске животе током самих ратних дејстава и да изазива посљедице и након окончања рата. У овом тексту се неће обрађивати случајеви проузроковања штете од мина и других убојитих средстава у периоду ратних дејстава. Ради тога, треба разликовати ове врсте штете од оних насталих у току ратних дејстава, тзв. ратних штета.⁴ Штете које су предмет разматрања треба разликовати и од штета насталих нападима и постављањем минско-експлозивних средстава од стране одређених лица усмјерених према другим лицима из одређених мотива (извршење кривичног дјела).⁵ Такође, треба разликовати предметне штете и од штета које су проузроковале минско-експлозивне материје које су одложене од стране лица на различитим мјестима (отпадима, забаченим мјестима, шумама и сл.) а која не представљају (земљишну) површину на којој су током рата иста постављена (минско поље), а остала су неактивирани. Предмет рада су штете које су проузроковале мине и друга експлозивна средства која су постављена од стране припадника неке од војних формација или других лица током рата у БиХ, а остале су неексплоди-

⁴ Под ратном штетом подразумијева се материјална и нематеријална штета настала у периоду ратног стања и непосредне ратне опасности. Невенка Митрић, *Накнада штете настале у периоду 1992–1995. година у свијетлу одредаба Закона о остваривању права на накнаду материјалне и нематеријалне штете настале у периоду ратних дејстава од 20.05.1992. до 19.06.1996. године*, стр. 6, објављено на: <http://www.rs.cest.gov.ba/index.php/dokumenti/materijali-sa-seminara/seminari-2009/32-1805banja-luka-na-knada-stete-u-periodu-92-95>, приступљено 2.6.2015. У том контексту је усвојен Закон о остваривању права на накнаду материјалне и нематеријалне штете настале у периоду ратних дејстава од 20.5.1992. године до 19.6.1996. године („Службени гласник Републике Српске“, бр. 103/05, 1/09, 49/09 и 118/09). Република Српска је одговорна као организатор опасне дјелатности према чл. 173 и 174 Закона о облигационим односима, за штету коју су претрпјела физичка лица у периоду ратних дејстава 20. 5.1992. – 19.6.1996. године, а та одговорност се темељи и на Уставу Српске Републике БиХ („Службени гласник Српског народа у БиХ“, бр. 3/92). Ibid., стр 5.

⁵ У овом случају држава неће одговарати за штету проузроковану одређеним лицима на овај начин, већ лице одговорно за проузроковану штету. „Држава не одговара за штету насталу дејством експлозива подметнутог од стране непознатог лица, уколико штета није настала услед аката насиља или терора, као и приликом јавних демонстрација и манифестација, које су резултат противдржавне активности.“ Вид. пресуду Врховног суда РЦГ, Рев. бр. 9/95 од 14.6.1995. године, према *Гласник правде – часопис за правну праксу и теорију*, Удружење судија и тужилаца Републике Српске, година I, бр. 2, 3 и 4, Бања Лука, 1999, стр. 158–159.

ране и ту у обзир долази одговорност за ове штете због смрти и/или повреда деминера и због смрти и/или повреда трећих лица која се нађу на овим површинама. Мина представља експлозивно средство које се поставља на тло или испод површине тла или неке друге површине, како би експлодирало усљед присуства, близине или контакта са особом или возилом са циљем да нанесу људске жртве и штету на материјално-техничким средствима, а експлозивна средства заостала из рата су експлозивна средства испаљена, лансирана или намјенски остављена али нису експлодирала због квара, грешке у изради или неког другог разлога, те представљају ризик због експлозивног потенцијала који посједују.⁶ У раду се првенствено мисли на мине у минским пољима, а за мине и остала евентуална експлозивна средства која могу проузроковати предметне штете користи се назив минско-експлозивна средства. Чл. 2 Конвенције о забрани употребе, складиштења, производње и промета противпјешадијских нагазних мина и о њиховом уништавању дефинише претходне основне појмове од значаја за разумијевање ове врсте штета, па тако минирану површину дефинише као површину која је опасна због присутности или сумње о присутности мина.⁷

Теоријски контекст

Када се говори о одговорности за штету проузроковану лицима од заосталих минско-експлозивних средстава, онда се мисли на деликтну одговорност за штету. Деликтна одговорност за штету јесте такав вид грађанске (имовинске или материјалне) одговорности за штету, који се темељи на грађанскоправном деликту – противправној радњи којом је прекршен принцип *neminem leadere* и којом је проузрокована штета другоме.⁸ Проузроковањем штете рађа се облигација на накнаду штете. У законодавству, правној теорији и пракси већ је познато разликовање трију видова деликтне грађанске одговорности: субјективне, објективне и одговорности по основу правичности.

У погледу одговорности за штете које су настале од заосталих минско-експлозивних средстава из рата у БиХ треба разликовати двије

⁶ Вид. Подстратегију за помоћ жртвама мина у БиХ (2009–2019), стр. 20, <http://www.bhmac.org/ba/stre-am.daenet?kat=88>, приступљено 2.6.2015. године.

⁷ БиХ је 3.12.1997. године ратификовала наведену конвенцију.

⁸ Вид. Бранко Морант, *Облигационо право*, Комесграфика, Бања Лука, 2010, стр. 369–375. Јаков Радишић, *Облигационо право, општи део*, Номос, Београд, 2004, стр. 180–187. Оливер Антић, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2011, стр. 453–454.

чињенично-правне ситуације. *Прво*, у вези с претходним јавља се проблематика деминирања, односно уклањања заосталих мина из претходног рата и у том контексту треба посматрати активности у погледу уклањања истих, односно деминирање од стране одређених служби и уз ангажман одређених стручних лица. *Друго*, треба имати у виду да се уобичајено ради о минским пољима контаминираним минским и другим експлозивним средствима на којима се могу наћи, стицајем околности, и друга лица (грађани), која нису деминери или лица укључена у процесе деминирања, као што је то случај у претходној ситуацији. У оба случаја се подразумева да су одређена лица претрпјела штетне последице од експлодирања заосталих мина, јер без постојања штете не може бити ријечи ни о постојању одговорности за штету, само што су та лица у претходна два случаја у различитом правном положају. Такође, неће бити исти нормативни основ одговорности, као ни неке друге околности, али последице су у суштини идентичне. У првом случају ради се о одговорности за штету у вези са опасном ствари и опасном дјелатношћу, мада више у вези са овом последицом. Дакле, примјењиваће се правила о објективној одговорности за штету. У другом случају, према преовлађујућем схватању, ради се о специфичној објективној одговорности, односно тачније о одговорности правних лица за штету (коју проузрокује његов орган) према трећима. Правне разлике између ова два случаја верификовала је и судска пракса у БиХ.

2. ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ У СЛУЧАЈУ ПОВРЕДЕ ИЛИ СМРТИ ДЕМИНЕРА

Извори права

Полазну основу чиниће један примјер. У минском пољу контаминираним минско-експлозивним средствима заосталим из рата у БиХ, група деминера обавља деминерске активности с циљем уклањања мина и том приликом, без обзира на уложену пажњу и коришћену опрему и средства заштите, деси се несрећа и један деминер погине, а други претрпи тјелесне повреде. Да ли ће породица преминулог деминера, односно у другом случају повријеђени деминер, имати право на накнаду штете настале у минско-експлозивној несрећи? Одговор на ово питање даје За-

кон о деминирању у БиХ⁹ који у чл. 30 прописује да деминер или члан његове породице, у случају повреде деминера или у случају смрти при обављању послова деминирања, има право на накнаду штете по општим прописима облигационог права. Треба имати у виду да су предвиђени и други облици правне заштите деминера, односно његове породице у случају минско-експлозивних несрећа, осим примјене правила одштетног права.¹⁰ Сличне одредбе су биле предвиђене и Приједлогом Закона о противминском дјеловању у БиХ из 2012. године до чијег усвајања у Парламентарној скупштини БиХ није дошло (чл. 38, 39 и 40 Приједлога). Према чл. 40 наведеног приједлога закона сужена је могућност остваривања права на накнаду штете директно од лица одговорног за штету. Наиме, по основу повреда, које нису обухваћене осигурањем за случај смрти и теже озљеде, деминер и његова ужа породица имају право на накнаду те штете, коју остварују по правилима облигационог права. Дакле, поменуто сужавање могућности накнаде штете се односи на накнаду штете директно од лица одговорног за штету само у случају повреда, а не и смрти деминера, те само када су у питању повреде које нису обухваћене осигурањем за случај смрти и теже озљеде, односно у обзир долазе само лакше повреде. Такође, право на дату накнаду имају, поред деминера, и његова ужа породица (а не уопштено породица како предвиђа важећи закон), с тим да ни важећи закон као ни приједлог не одређују који су то чланови породице, па треба имати у виду одредбе ЗОО о члановима породице којима се признаје право на накнаду штете. Правним резонавањем долази се до закључка који се „општи прописи облигационог права“ имају узети у обзир код одговорности за ову врсту штете. Централни закон који регулише питање накнаде штете, односно деликтне одговорности јесте Закон о облигационим односима.¹¹ Ко ће и по којем основу бити одговоран за насталу штету и у чему се састоји та штета и евентуална накнада? Коначно, ко би били субјекти облигационог односа насталог оваквим проузроковањем штете?

⁹ „Службени гласник Босне и Херцеговине“, бр. 5/02.

¹⁰ Према чл. 29 Закона о деминирању у БиХ, у случају повреде односно смрти деминера при обављању послова разминирања, деминер односно чланови његове породице имају права из здравственог осигурања и права из пензијског и инвалидског осигурања. Чл. 30 истог закона предвиђа да је организација за деминирање дужна да са осигуравајућим друштвом закључи уговор о животном осигурању својих деминера за случај смрти или озљеде узроковане обављањем послова деминирања.

¹¹ „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78,39/85 и 57/89, те „Службени гласник Републике Српске“, бр. 17/93, 3/96 39/03 и 74/04, у даљем тексту: ЗОО.

Основ одговорности

У конкретном случају ради се о објективној одговорности за штету чија је општа норма садржана у чл. 173 ЗОО. Такво схватање је у складу са ставом израженим у одлуци Суда БиХ, односно у судској пракси: „имајући у виду одредбе Закона о деминирању у БиХ... успостављена је објективна одговорност тужене (Босна и Херцеговина, Центар за уклањање мина, прим. аут.) за штете које настану у вези са поступцима – радњама деминирања а према особама укљученим у поступке деминирања (прије свега према деминерима – одредбе чл. 29, 30 и 31. Закона).“¹² Дакле, основ или разлог одговорности препознат је у судској пракси. Тај разлог је у конкретном случају детерминанта за разликовање два правца одговорности (државе) за штету у двије различите (наведене) ситуације. У правној теорији објективна одговорност грана се на објективну одговорност у ужем и ширем смислу.¹³ Овдје се ради о постојању објективне одговорности у ужем смислу. Наиме, о њој се говори у случају када се не одговара на основу кривице. Ј. Радишић сматра да суштина објективне одговорности није у томе што починилац штете одговара без кривице већ независно од кривице, па починилац може бити и крив за штету, али оштећени то не мора доказивати, јер постоји обавеза починиоца штете да сноси ризик штете.¹⁴ У правној теорији се ова врста објективне одговорности назива правом објективном одговорношћу.¹⁵ Објективна одговорност је уведена у 19. вијеку са развојем индустрије и ширењем опасних погона и дјелатности, односно са развојем технике и технологије када одговорност по основу кривице више није могла да одговори захтјевима времена, па се врши ренесанса и рецепција, из римског права, каузалне одговорности.¹⁶ Постоји неколико разлога односно основа објективне одговорности који се истичу у правној теорији. Према једном схватању, разлог одговорности лежи у узрочности, односно каузалитету, тј. настанку штете од опасне ствари или опасне дјелатности, док се по другом мишљењу основ објективне одговорности налази у ризику – створеном или контролисаном, од којег потиче повећана опасност штете за околину и према последњем схватању основ одговорности се

¹² Вид. пресуду Суда БиХ, бр. С1 3 П 007844 11 П од 24.04.2013. године (из архиве суда).

¹³ О. Антић, *op. cit.*, стр. 486.

¹⁴ Ј. Радишић, *op. cit.*, стр. 193.

¹⁵ О. Антић, *op. cit.*, стр. 492.

¹⁶ Вид. Б. Мораит, *op. cit.*, стр. 412, и *Лексикон грађанског права* (главни уредник Обрен Станковић), Номос, Београд, 1996, стр. 430 и 431.

налази у интересу који има ималац опасне ствари или вршилац опасне дјелатности.¹⁷

Ради објашњења објективне одговорности нужно је дефинисање појмова **опасне ствари и опасне дјелатности**. ЗОО не садржи дефиницију ових појмова, већ они представљају правне стандарде чију садржину испуњавају правна теорија, а највише судска пракса. Међу првима појам опасне ствари је дао Михајло Константиновић у својој Скици за законик о облигацијама и уговорима у чл. 136, ст. 1, при чему је *опасну ствар* одредио као покретну или непокретну ствар која својим положајем, својствима, употребом или самим постојањем представља повећану опасност штете за околину.¹⁸ Творац Скице је сматрао да је опасна ствар шири појам који конзумира опасну дјелатност, па ја опасна дјелатност само начин употребе и функционисања опасних ствари.¹⁹ Међутим, опасна дјелатност јесте самосталан појам који егзистира поред опасне ствари, што је видљиво и из редакције ЗОО-а. ЗОО није одредио *numerus clausus* опасних ствари и дјелатности, већ суд у сваком конкретном случају квалификује одређену ствар или дјелатност као опасну.²⁰ Под *опасном дјелатношћу* подразумевају се све оне човјекове активности којима се ствара повећана опасност штете по околину, без обзира на то да ли конкретна опасност потиче од неке опасне ствари или је дјелатност опасна сама по себи, без неке повезаности са опасном ствари.²¹ Неки аутори наводе врсте и правно релевантне чињенице за одређивање појма ствари, па у одштетном праву наглашавају штетни потенцијал ствари.²² Поставља се питање да ли мине, односно остала минско-експлозивна средства, представљају, у претходно наведеном контексту, опасну ствар, односно да ли обављање деминерске дјелатности (дјелатности уклањања мина на пољима покривеним минама од стране деминера) представља опасну дјелатност? Одговор на то питање може се дати на основу раније судске праксе. При томе треба имати у виду да од-

¹⁷ Вид. Б. Мораит, *op. cit.*, стр. 413.

¹⁸ Чл. 136, ст. 1. *Скице за законик о облигацијама и уговорима*, Београд, 1969. Вид. и Д. Костић, *Појам опасне ствари*, Институт за упоредно право, Београд, 1975.

¹⁹ О. Антић, *op. cit.*, стр. 493. О односу опасне ствари и опасне дјелатности вид. Н. Константиновић, „Основ одговорности за проузроковану штету“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 3/1958, стр. 300.

²⁰ Марија Караникић Мирић, „О односу субјективне и објективне одговорности за проузроковану штету“, *Правни живот*, бр. 11/2008, стр. 634.

²¹ Борис Визнер, *Коментар закона о обвезним (облигационим) односима*, II књига, Загреб, стр. 739.

²² Слободан Станишић, „Прилог расправи о опасним стварима и опасним дјелатностима“, *Годишњак Факултета правних наука*, бр. 3/2013. стр. 83, 87–93.

говорност за штету која потиче од опасне ствари или опасне дјелатности представља објективну одговорност. Већ раније је утврђено да експлозив представља опасну ствар.²³ Врховни суд Југославије је утврдио да за штету коју претрпи војник на војној вјежби при руковању ручном бомбом одговара држава према објективном принципу.²⁴ Као опасна ствар, у контексту теме овог рада, у судској пракси је препознат и експлозивни материјал²⁵, као и брзогорећи штапин (Ц-10) који садржи експлозивни прах.²⁶ У судској пракси су препознате и дјелатности у вези са темом овог рада, а које представљају опасне дјелатности, као што је минерска и слична дјелатност, односно рад са експлозивом и хемикалијама итд.²⁷ Нацрт ЗОО РС/ФБиХ, односно Приједлог ЗОО БиХ, поред општих и посебних правила одговорности за опасне ствари и опасне дјелатности, познају и посебне режиме објективне одговорности за штете од животиња и грађевина. Нацрти, односно приједлог ЗОО нису доживјели успјешну реализацију у законодавној процедури.²⁸ И најновија судска пракса стоји на становишту да мине представљају опасну ствар²⁹, а деминирање опасну дјелатност.³⁰ Дакле, одговорност за штету у случају повреде или смрти деминера јесте објективна одговорност за штету у вези са обављањем опасне дјелатности (послова деминирања). Елементи те одговорности су: услови (субјекти одговорности као претходна претпоставка; штета и узрочна веза као општи, те потицање штете од опасне ствари или опасне дјелатности и својство имаоца опасне ствари или вршиоца опасне

²³ Вид. пресуду Врховног суда Србије, бр. Гж 1296/96 од 21.02.1957, *Збирка судских одлука*, 1957, стр. 100.

²⁴ Вид. пресуду Врховног суда Југославије, бр. Рев. 145/69 од 10.06.1969, *Збирка судских одлука*, књига XV, свеска I, сентенца број 26.

²⁵ Правни став грађанског одјељења Кантоналног суда у Сарајеву, *Билтен Кантоналног суда у Сарајеву*, бр. 2/2001.

²⁶ Вид. одлуку Врховног суда ФБиХ, број 63 0 П 004119 Рев од 16.08.2011, *Билтен Врховног суда ФБиХ*, бр. 1-2/2011, стр. 39.

²⁷ С. Станишић, *op. cit.*, стр. 99.

²⁸ Лејла Махир, „О поријеклу и развоју института објективне одговорности за штету од дејства ствари у одштетном праву БиХ“, *Анали Правног факултета Универзитета у Зеници*, бр. 12, година 6, стр. 292.

²⁹ Вид. пресуду Врховног суда ФБиХ, бр. 070-0-Рев-07-001228 од 7.10.2008. године: „Мина представља опасну ствар, па пропуст имаоца те ствари да уклони извор опасности настанка штете која потиче од те ствари чини истог објективно одговорним за накнаду штете. Сматра се да штета потиче од опасне ствари, изузев ако се докаже да та ствар није проузроковала штету. ... Суд је мишљења да постоји одговорност ФБиХ за штету од експлозије мине која је последица пропуста у обављеном војном деминирању подручја на којем је Армија БиХ у току рата поставила мине.“

³⁰ У том контексту вид. пресуду Суда БиХ, бр. С1 3 П 007844 11 П од 24.4.2013. године.

дјелатности као посебни услови³¹) и већ наведени основ одговорности. Проузроковањем штете настаје облигациони однос између штетника и оштећеног, с тим да треба имати у виду да неће увијек штетник бити и лице одговорно за накнаду штете.

Субјекти

Ради се о субјектима облигационог односа на накнаду штете узроковане од мина у поступку деминирања. Како деминерске активности могу предузимати само одређена лица која испуњавају законске услове, то се увијек на мјесту лица које је погинуло или повријеђено јавља деминер или друго лице овлашћено за обављање деминерских послова имајући у виду и посебне прописе из области цивилне заштите ентитета и одбране БиХ који дају могућност обављања ових послова. Закон о деминирању у БиХ је прописао шта се сматра пословима деминирања а шта не (чл. 2, ст. 1 и чл. 1, ст. 2), те која лица представљају деминере. То је битно због тога што се о овом виду одговорности ради само у случају да је штета настала у вези са поступцима, односно радњама *деминирања*, прије свега имајући у виду *деминере*, а што је видљиво из цитиране судске одлуке.³² Чл. 24 Закона о деминирању у БиХ прописано је ко може обављати послове деминирања, под којим условима и ко даје овлашћење за обављање датих послова. Послове деминирања обављају лица која имају овлашћење за обављање тих послова, а које овлашћење даје Центар за уклањање мина у БиХ. Чл. 1, ст. 2 Закона о деминирању у БиХ прописује да се под деминирањем не сматра уклањање неексплодираних импровизованих диверзантско-терористичких направа које су предмет кривичног дјела или прекршаја, специфичне потребе војске у поступку уклањања и уништавања неексплодираних убојитих средстава за вријеме и послје обуке и вјежби, као и уклањање шкарта у процесу производње наоружања и војне опреме. Право да захтијева накнаду штете због смрти деминера имаће његова породица, а у случају повреде првенствено деминер. Међутим, *ко ће бити дужан да надокнади штету?*

Према чл. 174 ЗОО за штету од опасне ствари одговара њен ималац, а за штету од опасне дјелатности одговара лице које се њом бави.

³¹ Б. Морант, *op. cit.*, стр. 378–379. Код објективне одговорности не треба утврђивати противправност радње нити кривицу, који услови су, поред општих услова одговорности, потребни код утврђивања одговорности на основу кривице (субјективне одговорности).

³² Вид. пресуду Суда БиХ, бр. С1 3 П 007844 11 П од 24.4.2013. године.

Чл. 123, ст. 2 Скице за Законик о облигацијама и уговорима предвиђа да за штету од ствари од које потиче повећана опасност штете за околицу одговарају њихови имаоци, као и друга са њима изједначена лица, без обзира на њихову кривицу. Овдје ће превасходно бити ријеч о идентификовању субјекта одговорног за накнаду штете настале од опасне дјелатности, јер су у судској пракси штете настале од заосталих мина у БиХ према деминерима, односно члановима њихових породица, штете настале у вези са опасном дјелатношћу деминирања. Ко је лице које се бави овом опасном дјелатношћу, односно ко је субјекат који одговара за штету деминеру или члану његове породице? Под лицем које се бави овом опасном дјелатношћу не подразумијева се, у конкретном радноправном смислу, лице које обавља послове деминирања, односно деминер, већ субјект у чијој надлежности је обављање ове опасне дјелатности деминирања у правом, функционалном смислу. На том пољу долазимо до идентификовања тог лица, односно извођења његове одговорности, и у најопштијем смислу, тај се субјект може у теоријском смислу означити као „држава“. Њена одговорност се изводи из одредаба Закона о деминирању у БиХ, а које имају своје утемељење у Уставу БиХ и ентитета, те у ратификованим међународним конвенцијама. Чл. 2, ст. 1 Закона о деминирању у БиХ одређено је да су послови деминирања послови од значаја за сигурност БиХ и заштиту околине и здравља људи, а другим ставом је предвиђена, по овом питању, надлежност власти БиХ и власти ентитета. Као централни орган надлежан за послове деминирања у БиХ основана је Комисија за деминирање у БиХ која је у саставу Министарства цивилних послова и комуникација (чл. 4), а стручна служба комисије је Центар за уклањање мина у БиХ (*ВНМАС*), који се оснива одлуком Савјета министара БиХ (чл. 8). Према чл. 11 Закона о деминирању, Центар за уклањање мина, између осталог, води операције упознавања с минама, обиљежава мине, извиђа и уклања мине. Такође, чл. 13 Закона о деминирању предвиђено је да ће ентитетске владе осигурати према овом закону надлежности и одговорности цивилне заштите у пословима деминирања. Дакле, из наведеног је уочљиво да је лице које се бави опасном дјелатношћу (деминирањем), односно субјект у чијој надлежности је обављање ове дјелатности и који запошљава деминере ради обављања ове дјелатности, у конкретном, Босна и Херцеговина, односно њени ентитети РС и ФБиХ, односно њени законом овлашћени органи/службе. Како послове деминирања могу обављати квалификоване међународне и домаће организације за деминирање или приватна

предузећа којима су повјерени послови деминирања (чл. 21), али који су акредитовани за обављање ових послова код *ВНМАС-а*, и имајући при томе у виду обавезу државе и ентитета да заштите околину и здравље људи, има основа за схватање да ће БиХ/ентитети бити одговорни за штету у случају повреде или смрти деминера у оваквој ситуацији, чиме се не дира у права на накнаду штете причињене у раду.

Иако се ради о актуелном питању у нашем праву с обзиром на степену на којој се налази БиХ у погледу уклањања мина из рата и одговорности за штете које се том приликом јављају, другачија је ситуација у другим земљама. Страни аутори једног „водича“ који се бави овим питањем нису били у могућности да пронађу било коју објављену одлуку из судске праксе у погледу одговорности за штете од мина, неексплодираних убојних средстава или у вези са операцијама уклањања мина у *common law* систему.³³ Слична је ситуација када је у питању европски континентални систем одговорности за штету, и у ситуацији да се деси случај у вези са одговорношћу за штете од минско-експлозивних средстава примјењивала би се општа правила грађанског (облигационог) права у погледу одговорности за штете како то предвиђају грађански законици европских држава. У неким правним системима, одговорност организације (компаније) за деминирање темељи се на њеном поступању са непажњом (а могућа је иста одговорност државе ако није тражила предузимање мјера безбједности од стране организације за деминирање), а у неким постоји објективна одговорност за обављање ове опасне дјелатности.³⁴ Тако је, на примјер, у Француској установљен специфичан режим накнаде штета произашлих из обављања послова уклањања мина који се сматрају јавним радовима, при чему држава одговара према правилима о објективној одговорности јер на њу пада ризик, али кад постоји непажња оштећеног, одговорност се може подијелити, ограничити или искључити.³⁵

Узрочна веза

У систему објективне одговорности, штета и узрочна веза су потребни услови одговорности, док се кривица нити њена претпоставка – противправност у овом случају не тражи.³⁶ Биће довољно да оштећени

³³ *A Guide to Liability and Insurance in Mine Action*, First Edition, The Geneva International Centre for Humanitarian Demining (GICHD), Geneva, June 2011, стр. 28.

³⁴ *A Guide to Liability and Insurance in Mine Action*, op. cit., стр. 37.

³⁵ *Ibid.*, стр. 47.

³⁶ Б. Морант, op. cit., стр. 414.

укаже на околност повезаности штете коју је претрпио и извора повећане опасности.³⁷ Дакле, деминер, односно његова породица требало би да укажу на повезаност њима проузроковане штете и потицања те штете од опасне дјелатности (дјелатности деминирања). Наиме, то је довољно јер се „сматра“ да штета настала у вези са опасном дјелатношћу потиче од те дјелатности, изузев ако се докаже да обављање дјелатности не представља узрок штете. Ради се о претпоставци *presumptio iuris tantum* тако да је дозвољено обарати претпоставку узрочности, тј. доказивати супротно, да не постоји узрочно-последична повезаност настале штете и вршења опасне дјелатности. Обарање ове претпоставке најчешће ће бити у домену онога ко би требало да одговара за насталу штету. Претходно је у вези са, у теорији наведеним, посебним условом, тј. *потицањем штете од опасне дјелатности и својство вршиоца опасне дјелатности* (што је одређено код дефинисања субјекта одговорности). Према чл. 173 ЗОО, штета настала у вези са опасном ствари, односно опасном дјелатношћу сматра се да потиче од те ствари, односно дјелатности, изузев ако се докаже да оне нису биле узрок штете. Дакле, закон поставља претпоставку узрочности између штете и опасне ствари, односно опасне дјелатности, али неки аутори сматрају *de lege ferenda* да је требало рећи да оштећени треба само да учини вјероватним да штета потиче од опасне ствари, односно опасне дјелатности.³⁸

Укратко о штети и њеној накнади

Штета је према чл. 155. ЗОО умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист), као и доношење другог физичког или психичког бола или страха (нематеријална штета). Штета се дефинише као повреда коју неко лице претрпи на својим правно заштићеним добрима.³⁹ Постоји различита диференцијација штете (непосредна и посредна, конкретна и рачунска, предвидива и непредвидива, конкретно и апстрактно обрачуната штета, постојећа и будућа, позитивни и негативни уговорни интереси⁴⁰), а најзначајнија подјела је на материјалну и нематеријалну штету, при чему се материјална штета јавља у два основна облика – као стварна штета и измакла добит. Последња подјела проистиче из одредаба ЗОО-а. Стварна или обична

³⁷ Ibid.

³⁸ О. Антић, *op. cit.*, стр. 494. Вид. и чл. 136, ст. 2 Скице за Законик о облигацијама и уговорима.

³⁹ Б. Мораит, *op. cit.*, стр. 383.

⁴⁰ Ibid., стр. 385–387, Ј. Радишић, *op. cit.*, стр. 198 – 205.

штета (*damnum emergens*) подразумејева „умањење нечије имовине“, односно иста се очитује као негативна промјена на имовини, правима и личности некога.⁴¹ Изгубљена добит или измакла корист (*lucrum cessans*) представља спречавање повећања имовине до којег би дошло по редовном току ствари да није дошло до штетног догађаја.⁴² У правној теорији и пракси много је теже одређивање појма нематеријалне или моралне штете.⁴³ Ријеч је оштели која се превасходно јавља на подручју деликтне одговорности.⁴⁴ Према чл. 155 ЗОО, *нематеријална штета* се састоји у nanoшењу другоме физичког или психичког бола или страха. У нашем праву прихваћена је субјективна концепција нематеријалне штете према којој се накнада нематеријалне штете може досудити у тачно одређеним случајевима и то у случајевима проузроковања физичких болова, душевних болова претрпљених због умањења животне активности, наружености, повреде угледа, части, слободе и права личности, смрти блиског лица и страха.⁴⁵ Најчешћи облици нематеријалне штете за које ће постојати могућност новчане надокнаде у случају повреде деминера при обављању послова деминирања ће бити сљедећи: претрпљени физички болови, претрпљени душевни болови због умањења животне активности и наружености, као и претрпљени страх.⁴⁶ Под накнадом штете се подразумејева уклањање или ублажавање штетних посљедица које су настале због неке штетне радње.⁴⁷ У погледу репарације нематеријалне штете није ријеч о правој накнади него о сатисфакцији ради причињавања оштећеном одређеног задовољства. У случају смрти

⁴¹ Ј. Радишић, *op. cit.*, стр. 200.

⁴² О. Антић, *op. cit.*, стр. 460. Вид. чл. 189, ст. 3. ЗОО. Вид. шире Илија Бабић, „Измакла корист (*lucrum cessans*) и њена накнада“, *Правна ријеч*, бр. 36/2013, стр. 117–127. Борислав Благојевић, Врлета Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, том II, Савремена администрација, Београд, 1980, стр. 427.

⁴³ Вид. Обрен Станковић, „Новчана накнада неимовинске штете“, *Накнада штете* (приредио Зоран Ивошевић), Номос, Београд, 1998, стр. 23.

⁴⁴ Јожеф Салма, *Облигационо право*, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2007, стр. 499. О нематеријалној штети на пољу уговорне одговорности вид. Дејан Пилиповић, *Уговорна одговорност за нематеријалну штету*, Графопацир, Бања Лука, 2014.

⁴⁵ Чл. 200, ст. 1 ЗОО. Бранко Мораит „Поведа личних права као услов одговорности на накнаду нематеријалне штете“, *Форум за грађанско право за југоисточну Европу, избор радова и анализа*, Прва регионална конференција, Цавтат, бр. 1/2010, стр. 307.

⁴⁶ Вид. више Д. Медић, „Накнада штете за душевне болове због умањења животне активности“ и „Значај вјештачења у парницама за накнаду нематеријалне штете“, *Расправе из грађанског и пословног права*, Бања Лука, 2007, стр. 105–117 и 93–105. Раденко Јотановић, „Новчана накнада појединих видова нематеријалне штете за претрпљене душевне болове“, *Српска правна мисао*, бр. 45/2012, стр. 117–138. Б. Мораит, *op. cit.*, стр. 451–457.

⁴⁷ Абедин Бикић, *Облигационо право, опћи дио*, Свјетлост, Сарајево, 2005, стр. 230.

деминера суд може досудити члановима његове уже породице (брачном другу, дјечи и родитељима, али и ванбрачном другу, браћи и сестрама умрлог ако је између њих и умрлог постојала трајнија заједница живота) правичну новчану накнаду за њихове душевне болове.⁴⁸ У случају да деминер претрпи тешки инвалидитет, суд ће моћи досудити његовом брачном другу, дјечи и родитељима правичну новчану накнаду за њихове душевне болове.⁴⁹ Приликом одлучивања о накнади нематеријалне штете, суд ће водити рачуна о свим околностима случаја, а нарочито о јачини болова и страха и њиховом трајању, те о значају повријеђеног добра и циљу коме служи та накнада, али и томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом. Несумњиво је да оштећени има право и на накнаду *материјалне штете*, било путем успостављања ранијег стања или накнаде у новцу и то од тренутка настанка штете.⁵⁰ У случају смрти деминера лице које одговара за штету, најчешће држава у општем смислу ријечи, биће дужна да накнади уобичајене трошкове сахране.⁵¹ Одговорни субјект ће бити дужан, у случају тјелесне повреде или оштећења здравља деминера, да накнади трошкове његовог лијечења, као и друге потребне трошкове у вези са лијечењем, као и зараду изгубљену због привремене или трајне неспособности за рад.⁵² Како је према одредбама Закона о деминирању у БиХ установљена обавеза осигурања од одговорности деминера, то ће се исти, односно чланови његове породице моћи обратити за накнаду штете осигуравајућој организацији. Лице које је погинули деминер издржавао или редовно помагао, као и оно лице које по закону има право захтијевати издржавање од њега, има право на накнаду штете коју претрпи губитком издржавања или помагања, у облику новчане ренте.⁵³ Иначе, штета се у случају смрти, тјелесне повреде или оштећења здравља надокнађује у облику новчане ренте за одређено вријеме или доживотно.⁵⁴ Суд ће у сваком конкретном случају одредити висину накнаде у складу са околностима случаја, законским одредбама и имајући у виду судску праксу и налаз и мишљење вјештака, а поједини облици накнаде

⁴⁸ Чл. 201 ЗОО. Судска пракса је искристалисала одређена правила и износе који се досуђују.

⁴⁹ У погледу накнаде будуће штете и наслеђивања и уступања потраживања накнаде нематеријалне штете вид. чл. 203 и 204 ЗОО.

⁵⁰ Чл. 185 и 186 ЗОО.

⁵¹ Чл. 193, ст. 1 ЗОО. Ј. Радишић, *op. cit.*, стр. 288–290.

⁵² Чл. 193, ст. 2 ЗОО. Ј. Радишић, *op. cit.*, стр. 285–287.

⁵³ Чл. 194 ЗОО. Вид. више Д. Медић, „Накнада штете у облику ренте“, *Расправе из грађанског и пословног права*, Бања Лука, 2007, стр. 117–130.

⁵⁴ Вид. чл. 188 ЗОО.

штете елаборирани су у правној литератури, али се овдје шире не износе због ограничености редова овог текста. Дакле, тужилац/оци треба да докажу штету (основ и висину) и узрочну везу, односно потицање штете од обављања опасне дјелатности деминирања.

Ослобађање од одговорности. Постоји неколико законских основа за ослобођење од одговорности (чл. 177 ЗОО): одсуство узрочности (чл. 173 и 177, ст. 1 – виша сила), искључива кривица оштећеног, односно искључива кривица трећег лица (чл. 177, ст. 2), дјелимична кривица оштећеног, односно трећег лица (чл. 177, ст. 3 и 4 ЗОО). У овим случајевима ради се о спољашњем узроку штете, који оштећени није могао предвидјети, избјећи или отклонити. У случају да је оштећени дјелимично допринио настанку штете, штетник се дјелимично ослобађа одговорности.⁵⁵

3. ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ У СЛУЧАЈУ ПОВРЕДЕ ИЛИ СМРТИ ТРЕЋИХ ЛИЦА У МИНСКОМ ПОЉУ

И овдје полазимо од примјера из судске праксе. Наиме, тужитељи су поднијели тужбу ради накнаде материјалне и нематеријалне штете због смртог страдања сродника тужитеља (лица које није деминер) од експлозивне направе заостале из протеклог рата у БиХ када се исти нашао у минском пољу. Такође, могућа је ситуација и да се треће лице, сакупљајући дрва или секундарне сировине, као и претходно лице, нађе у минском пољу, али да при томе од експлозије заостале мине претрпи само повреде. Поставља се питање ко ће, по ком основу, под којим условима и коме надокнадити штету, односно које облике штете у конкретном случају? Одговоре на питања налазимо у ЗОО, а имајући у виду Закон о деминирању у БиХ, али и судску праксу.

Основ одговорности

Дискутабилно је питање основа одговорности у овом случају. Суд БиХ у првостепеној пресуди „налази да у односу на трећа лица тужена

⁵⁵ Вид. О. Антић, *op. cit.*, стр. 499; Ј. Радишић, *op. cit.*, 251–251 и Б. Мораит, *op. cit.*, 415–417. У случају кривице самог оштећеног и због кривице трећег лица у овим се случајевима одговорности за штету од мина не ради о подијеленој одговорности. Темалудин Мутапчић „Одговорност за штету насталу од мина и неексплодираних убојитих средстава у области деминирања у законодавству и пракси у савременој БиХ“, *Зборник радова Актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе*, бр. 12/2014, стр. 413.

(БиХ, Центар за уклањање мина у БиХ, прим. аут.) одговара по принципу кривице.⁵⁶ Споран је закључак суда да ће у овом случају бити ријеч о одговорности државе по основу кривице. Исправан је закључак овог суда о томе да тужена не одговара када су у питању трећа лица по принципу објективне одговорности установљене у чл. 173 и чл. 174 ЗОО (у вези са опасном ствари и опасном дјелатношћу). Другачије је становиште Апелационог одјељења Суда БиХ које је одлучивало по жалби изјављеној на претходну одлуку у погледу основа одговорности државе за штету према трећим лицима, али који не доводи до другачијих правних посљедица пресуђења: „По принципу објективне одговорности за штету одговара ималац опасне ствари или лице које се бави опасном дјелатношћу. Тужена није ималац мина и неексплодираних убојитих средстава, па нема основа за одговорност примјеном цитиране одредбе (чл. 173 и 174 ЗОО, прим. аут.) коју је првостепени суд правилно примијенио и извео закључак да је објективна одговорност успостављена искључиво према особама укљученим у процес деминирања. Тужена као стручна служба установљена одредбама чл. 8 Закона о деминирању БиХ чији су задаци утврђени одредбама чл. 11 ст. 1 цитираног закона, за штету проузроковану трећим лицима у вршењу својих функција одговара према чл. 172 ст. 1 ЗОО. Међутим, за постојање основа одговорности примјеном наведене одредбе нужно је утврђење узрочно-посљедичне везе између штете и радње тужене. У конкретном случају нису се остварили прописани услови за утврђење одговорности тужене за штете с обзиром да није утврђено постојање пропуста у радњама тужене. Проведени докази потврђују да је тужена извршила све потребне радње у извршењу законом прописаних задатака. Наиме, тужена је након извиђања утврдила да се ради о зони високог ризика, дала приједлог за стављање у листу приоритета, извршила је дефинисање ризичне површине, поставила видљива обиљежја упозорења на мине, вршила реизвиђања на терену, координисала активност деминирања и коначно вршила едукацију становништва.⁵⁷ Чл. 172 ЗОО говори о одговорности правног лица за штету коју његов орган проузрокује трећем лицу у вршењу или у вези са вршењем својих функција, при чему правно лице има право на накнаду од лица које је штету скривило намјерно или крајњом непажњом, а које право застаријева у року од шест мјесеци од дана исплаћене накнаде штете. Појам органа се не схвата у формалноправном смислу.⁵⁸ Чини се

⁵⁶ Вид. пресуду Суда БиХ, бр. С1 3 П 007844 11 П од 24.4.2013. године.

⁵⁷ Вид. пресуду Апелационог одјељења Суда БиХ, бр. С1 3 П 007844 13 ГЖ од 6.9.2013. године.

⁵⁸ Ј. Радишић, *op. cit.*, стр. 243.

ипак да се позивањем на ову одредбу ради о одговорности правног лица као одговорности објективног карактера, а не одговорности по основу кривице. У овом случају, у теоријском смислу, ријеч је о објективној одговорности у ширем смислу. Наиме, и у правној теорији се истиче да ЗОО није предвидио никакву могућност екскулпације правног лица када штету проузрокује његов орган, па се додаје да је тада оправдано говорити о објективној одговорности правног лица.⁵⁹ Б. Мораит ставља овај облик одговорности у нескривљене (каузалне) облике проузроковања штете.⁶⁰ И О. Антић такође сматра да је у погледу накнаде штете према трећем лицу правно лице одговорно без обзира на кривицу.⁶¹ Практично, то значи да је довољно доказати потицање штете од органа правног лица у вези са вршењем његових функција, односно послова разминирања и обезбјеђивања здраве и чисте животне средине, тако да правно лице према трећем одговара без обзира на кривицу.⁶² Доказивање да је запослени поступао како је требало као основ ослобађања од одговорности није предвиђен код одговорности правног лица за штету у погледу вршења његових функција. Кривица је битна само у погледу унутрашњег односа између правног лица и његовог органа када је у питању регресна тужба.⁶³ Могуће је да је првостепени суд имао у виду и нека екстремна схватања у другом правцу која постоје у правној теорији а говоре о апсолутно претпостављеној кривици правног лица као основу одговорности, што је мање прихватљиво становиште у теорији. Треба имати у виду да суд говори и о предузимању свих мјера у вршењу својих функција од стране Центра за деминирање у БиХ. Занимљив је став суда о околностима које указују на уредно вршење функција од стране Центра за деминирање у БиХ, односно навођење неких *sui generis* либераторних разлога. Исти се односе на чињеницу предузимања свих неопходних активности у циљу уклањања мина, обиљежавања минираних подручја, упозоравања становника, те довођење у везу ових активности са зависношћу од обима финансијских средстава из донаторских извора, па суд закључује да за „недостатак финансијских средстава тужена у сваком случају не може сносити одговорност.“⁶⁴ Уколико је ријеч о објективној одговорности нема потребе да се субјект оправдава, одно-

⁵⁹ Б. Мораит, *Облигационо право*, стр. 521.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ О. Антић, *op. cit.*, стр. 491. Вид. и Ј. Радишић, *op. cit.*, стр. 243.

⁶² О. Антић, *op. cit.*, стр. 491.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Вид. пресуду Суда БиХ, бр. С13 П 007844 11 П од 24.4.2013. године.

сно искључује своју одговорност – кривицу. Наведене околности треба посматрати у контексту обављања функција органа/службе према Закону о деминирању, што можда суд има на уму, па је одговорност државе условљена грешком (пропустом) у обављању повјерених функција (обиљежавања и уклањања мина) од стране њеног органа, али само постојање кривице није битно у погледу односа државе према трећем лицу кад је у питању накнада штете. Посљедњи разлог у погледу недостатка финансијских средстава близак је појму више силе јер се дефинитивно не ради о кривици оштећеног или трећег лица, а истовремено је и дискутабилан како са облигационоправног становишта, тако и са позиције заштите људских права гдје грађанин не може да трпи штетне посљедице због недостатка финансијских средстава државе. Може се истаћи приједлог за формирањем посебног фонда за репарацију наведених штета из средстава државе или међународних донаторских средстава за ове намјене. Ова врста одговорности постоји независно од одговорности за штету од опасних ствари или опасних дјелатности. То значи да, уопштено речено, држава или други одговорни субјект, може да одговара по објективном основу одговорности за штету причињену деминеру, али истовремено може одговарати и за штету причињену трећим лицима – грађанима по основу одговорности из члана 172 ЗОО (нескривљене – објективне одговорности). Међутим, постоје и другачија схватања у погледу природе одговорности државе за штету. Одговорност државе, републике, ентитета, дистрикта, града, кантона, општине, као правних лица *sui generis* за штету коју причињени њихови органи трећим лицима не заснива се на одредби чл. 172 ЗОО, већ на одговарајућим уставним и законским одредбама.⁶⁵ Одговорност државе за незаконит или неправилан рад њених органа, по својој правној природи, јесте субјективна одговорност односно одговорност за кривицу.⁶⁶ Међутим, чињеница је да се судови позивају на наведени члан ЗОО приликом одлучивања о овим штетама.

Субјекти

У конкретном случају ради се о проузроковању штете трећем лицу које исту претрпи експлодирањем заостале мине у минском пољу. Из

⁶⁵ Слободан Станишић, „Карактер грађанске одговорности послодавца и правних лица за штету коју трећем лицу причине њихови радници односно органи“, *Примена и остваривање права у области радног и привредног законодавства БиХ*, Глосаријум, Београд, 2009, доступно на: <http://www.rs.cest.gov.ba/index.php/seminari-2011/65-1111banja-luka-zakon-o-stvarnim-pravima-i-graanska-odgovornost-poslodavca-i-pravnih-lica>, стр. 6, приступљено 2.6.2015.

⁶⁶ *Ibid.*, стр. 7.

праксе је уочљиво да су трећа лица обично људи који скупљају огрев или секундарне сировине за своје потребе или ради препродаје и по свему судећи, ради се о лицима лошијег материјалног стања. У првостепеној пресуди Суд БиХ истиче да се у оваквим случајевима не ради у штети насталој особама укљученим у поступак деминирања.⁶⁷ Под трећим лицима се, у контексту овог рада, подразумејувају лица која немају својство деминера и која се из неког разлога нађу у минском пољу. Према неким схватањима, трећим лицем у области деминирања сматра се лице које не учествује у деминерским активностима и које неовлашћено уђе у обиљежено минско поље гдје настане штета, и знајући при томе да се ради о обиљеженом минском пољу.⁶⁸ Поставља се питање како поступити у случају када треће лице уђе у необиљежено минско поље и претрпи повреду или настрада и каква је одговорност државе у том случају. У пракси је у тужбама трећих лица истицано да минска поља нису била обиљежена, или пак да иста нису знала да је ријеч о минским пољима. Након, у јавности познатих, мајских поплава 2014. године које су задесиле БиХ и регион, у медијима су се могле прочитати вијести о одронима земље и клизању земљишних површина које су контаминирале минама и тада је долазило и до помјерања минских поља и страдања лица. Несумњиво је да је обавеза државе да у тим случајевима обиљежи површину покривену минама и изврши деминирање, па ће у супротном одговорати за штету. Међутим, остаје да се види какав ће бити одговор судске праксе у овим ситуацијама. У судској пракси је доста проблематичније одређивање субјекта одговорног за накнаду штете.⁶⁹ Постоје аутори који на основу судске праксе Суда БиХ закључују да је у погледу одговорности за штете од мина усљед повреде или смрти трећих лица прихваћена

⁶⁷ Вид. пресуду Суда БиХ, бр. С1 3 П 007844 11 П од 24.4.2013. године.

⁶⁸ Ђ. Мутапчић, *op. cit.*, стр. 411.

⁶⁹ Ради се о одређивању надлежности за суђење, односно да ли ће, с обзиром на примјену релевантних прописа из области цивилне заштите ентитета РС и ФБиХ или Закона о деминирању у БиХ, бити надлежан за суђење мјесно надлежни суд ентитета или Суд БиХ. Ово је у вези са одређивањем тужене стране (пасивно стварно легитимисаног лица), односно у правилу лица које ће бити обавезно да надокнади штету. Тужени је пасивно стварно легитимисан ако је носилац правне дужности у спорном материјалноправном односу, у конкретном случају, у облигационоправном односу насталом из основа проузроковања штете. Вид. шире Гордана Станковић, Ранка Рачић, *Парнично процесно право*, „Графомарк Лакташи“, Бања Лука, 2010, стр. 134. У одлуци Опћинског суда у Задру, бр. П-5/08 од 3.12.2009. која је потврђена одлукама виших судова, суд закључује да „не постоји одговорност на страни тужене (Р. Хрватске, *нап. аут.*) за штету насталу овдје тужитељу (који је страдао од мине током обнове кућа, *нап. аут.*), прије свега с обзиром да се ради о ратној штети за коју РХ не одговара, а такођер овај суд сматра неспорно утврђеном и чињеницу да на страни овдје тужене не постоји нити пропуштање Уставом одређене обвезе да осигура право грађанима на здрав околиш.“

стварна пасивна легитимација *ВНМАС*, односно БиХ у парничним поступцима из ове области.⁷⁰ Ипак, одређивање одговорног лица у овом случају није једноставно. Опћински суд у Тешњу је тим поводом поднио Уставном суду БиХ захтјев за оцјену компатибилности одредаба чл. 86 и 88 Закона о заштити и спасавању људи и материјалних добара од природних и других несрећа⁷¹ са чл. 1, 2 и 42 Закона о деминирању у БиХ. Пред наведеним првостепеним судом водио се поступак по тужби ради накнаде штете против ФБиХ и Зеничко-добојског кантона поводом штетног догађаја проузрокованог активирањем мине чија је посљедица смрт сродника тужитеља и теже озледе тужитеља. Овај суд је мишљења да је деминирање у надлежности БиХ и да је критеријум за разграничење одговорности за ове врсте штета између државе и ентитета разликовање појмова мина и неексплодираних убојитих средстава. Према становишту овог суда разграничење надлежности је значајно за судску праксу, јер би се та одговорност диференцирала у два правца: одговорност за штету од опасне ствари имаоца ствари у смислу чл. 174 ЗОО или пропуст органа или службе одређеног нивоа власти у контексту чл. 172 ЗОО.⁷² Другостепени суд је заузео становиште да није од значаја разликовање узрока настанка штетног догађаја насталог од мина или других неексплодираних средстава, те да организовање служби за уклањање мина на подручју БиХ не представља основ одговорности за штету. Становиште Кантоналног суда у Зеници као другостепеног у овом спору јесте да су наведеним законом ФБиХ прописане обавезе надлежних органа и служби ФБиХ и кантона.⁷³ Сматрамо исправним претходна схватања другостепеног суда. Поводом спорног правног питања од којег зависи одлучивање суда у поступку, изјашњавао се и Уставни суд БиХ у предмету број У 5/13, те је утврдио да су наведене одредбе Закона о заштити и спасавању људи и материјалних добара од природних и других несрећа компатибилне са наведеним одредбама Закона о деминирању у БиХ, јер одредбе ентитетског прописа само разрађују опште одредбе закона на

⁷⁰ Ђ. Мутапчић, *op. cit.*, стр. 411.

⁷¹ „Службене новине ФБиХ“, бр. 39/03, 22/06 и 43/10.

⁷² Вид. допис Опћинског суда у Тешњу, бр. 39 0 П 001156 11 ПЗ од 25.2.2013. године.

⁷³ Вид. одлуку Кантоналног суда у Зеници, бр. 39 0 П 001156 12 ГЖ 2 од 7.12.2012. године. Пресудом Врховног суда ФБиХ бр. 46 0 П 001080 10 Рев од 2.6.2011. године утврђено је да за штетни догађај настао страдањем пјешака од заостале мине из посљедњег рата за коју није утврђено да ли су је поставили припадници Армије БиХ или ХВО, одговара ФБиХ. Такође, према мишљењу Врховног суда ФБиХ небитно је да ли је штета настала од активирања/експлозије мине или неког другог експлозивног средства, већ је за одговорност за штету битно да ли су ФБиХ и кантон пропустили да предузму мјере и радње које су прописане законом, да ли су оне у узрочној вези са штетним догађајем.

нивоу БиХ, а према чл. 2 Закона о деминирању у БиХ, извршење задатака деминирања је у надлежности *и власти БиХ и власти ентитета*. То би значило да се као субјект одговоран за накнаду штете проузроковане експлозијом мина у минском пољу према трећем лицу може јавити како БиХ, односно њене службе, тако и ентитети ФБиХ и РС. Одговорно лице не одговара по основу одговорности за штете од опасних ствари према трећим лицима, јер држава односно ентитети нису власници минско-експлозивних средстава заосталих из рата у БиХ.

Посебан случај јесте случај солидарне одговорности ентитета и неког трећег субјекта с којим је оштећени у некој вези. У конкретном случају десио се штетни догађај на начин да су смртно страдали предници тужитеља нагазивши на минско-експлозивно средство које је током рата постављено од стране војних формација а које није уклоњено за вријеме војног деминирања након рата, а ни након тога. Првостепени суд је прихватио тужбени захтјев тужитеља да тужени (БиХ – Република Српска и ЈПШ „Шуме Републике Српске“, а.д. Соколац, Шумско газдинство Врбања – Котор Варош) солидарно накнаде нематеријалну штету за душевне болове због смрти блиског сродника, као и да солидарно исплаћују мјесечне износе на име изгубљеног издржавања за малолетног тужитеља – ренту.⁷⁴ Овдје треба напоменути да нису лишени основа наводи РС као тужене истакнути у жалба да је тужба требало да буде проширена и на БиХ, јер према одредбама Анекса 1А Споразума о војним аспектима Дејтонског споразума за уклањање мина и других експлозивних средстава држава БиХ са њеним ентитетима одговара за проузроковану штету од мина. Образложењем Кантоналног суда у Новом Травнику⁷⁵ у пресуди којом се потврђује првостепена пресуда се наводи да према Уставу БиХ свако има право на здрав живот и средину, а да БиХ односно њени ентитети осигуравају остварење тог права. Овај суд закључује да је „друготужени ентитет Република Српска пропустио да подручје на којем се десио штетни догађај очисти од експлозивних направа након престанка ратних дејстава на што га је обавезивао Анекс 1А Дејтонског споразума, јер је знао, односно морао је знати, да је ово подручје минирано с обзиром да се штетни догађај десио на линији разграничења са ентитетом ФБиХ“. Даље се наводи да је РС пропустила да обиљежи ово подручје као минирано. „Околност да држава и њени ентитети послове деминирања уступају трећим лицима није од значаја

⁷⁴ Вид. пресуду Опћинског суда у Травнику, бр. 51 0 П 004437 07 П од 7.10.2011. године.

⁷⁵ Вид. пресуду Кантоналног суда у Новом Травнику, бр. 51 0 004437 12 Гж од 14.9.2012. године.

за одговорност државе и њених ентитета за пропусте у вези са заштитом околине јер су држава и њени ентитети дужни обављати надзор над радом трећих особа којима је повјерено деминирање. Одговорност ЈП ‘Шуме РС’ се заснива у погледу тога што се штетни догађај десио у шумском подручју над којим је газдовање повјерено овом предузећу, а шуме и шумско земљиште у смислу чл. 2 Закона о шумама РС представља добро од општег интереса па је ово предузеће било дужно да прије увођења предника тужитеља на подручје на којем се десио штетни догађај ради обављања привремених односно повремених послова предузме све мјере заштите јер је предузеће морало односно могло знати да предметно шумско подручје није деминирано нити обиљежено.⁷⁶

Услови одговорности и разлози за ослобађање

Основни услови одговорности у случају повреда или смрти недеминера од минско-експлозивних средстава су такође *штета и узрочна веза* између штете и радње штетника (у контексту вршења функција), ако се прихвати позивање на чл. 172 ЗОО. Код доказивања узрочне везе у претходним случајевима треба имати у виду устаљено схватање узрочности, тј. да се узроком штете настале од експлозије заосталих мина сматра онај догађај који је по својој природи адекватан таквој штети.⁷⁷ У овим случајевима се доказује узрочно-последична веза између штете и радње, као и сама штета.⁷⁸ Врсте штете, као и облици њене накнаде, идентични су као у претходном разматрању о одговорности за штету због смрти и повреде деминера, те због тога неће бити посебно образлагани. Треће лице, односно чланови његове породице ће, према ЗОО, имати право на накнаду причињене штете од заосталих мина. Такође, исти ће имати право и на затезну камату и трошкове поступка као споредна потраживања. Општи разлози за ослобађање од одговорности и у овом случају долазе у обзир.

⁷⁶ Ibid. У пресуди првостепеног суда се наводи да је одговорност тужених објективна на основу чл. 173 и 174 ЗОО.

⁷⁷ Ј. Радишић, *op. cit.*, стр. 208.

⁷⁸ Ђ. Мутапчић, *op. cit.*, стр. 413.

4. УМЈЕСТО ЗАКЉУЧКА

Питање одговорности за штете настале од активирања и експлозије мина или других врста убојитих експлозивних средстава заосталих из рата на подручју БиХ, при чему није битно разликовање ових врста минско-експлозивних средстава у погледу одштетне одговорности, јесте комплексно, актуелно у грађанском праву у БиХ како за правну теорију, тако и за судску праксу данас, која је често опречна. Ради се о облику деликтне одговорности за штету који се посматра кроз два чињенично-правна случаја: одговорност за штету од мина у случају повреде или смрти деминера у обављању послова деминирања и одговорност за штету у случају повреде или смрти трећих лица када се нађу у минском пољу. Питање услова одговорности (штете и узрочне везе) као и облика накнаде штете подлијеже већ устаљеном схватању ових елемената одштетне одговорности, па ће тако право на накнаду моћи да остварује повријеђено лице или чланови његове породице. У првом чињенично-правном случају основ одговорности се заснива на одговорности без обзира на кривицу и у вези је са обављањем опасне дјелатности од стране деминера за коју одговара како БиХ, односно њена служба/орган *ВНМАС*, тако и ентитети, односно њихове службе у складу са посебним прописима из области цивилне заштите и Законом о деминирању у БиХ и ЗОО, који су кључни прописи у овој области. У другом случају основ одговорности лежи у одговорности правног лица када штету проузрокује његов орган у обављању његових функција или у вези са обављањем тих функција, дакле у суштини ради се о објективном основу одговорности. Нека питања су, донекле, остала дискутабилна, али се очекује да ће судска пракса на њих дати одговор. Потребно је омогућити развој система ефикасне правне заштите свих лица у области одштетне одговорности која су претрпјела штету активирањем заосталих мина из протеклог рата у БиХ.

Dejan Pilipović, LL.M
Master in Civil Law,
Basic Court in Prijedor

**THE LIABILITY FOR DAMAGES CAUSED BY ACTIVATION
OF THE REMAINING MINES FROM THE PREVIOUS WAR IN
BOSNIA AND HERZEGOVINA**

Summary

The liability for damage caused by activation of the remaining mines in the previous war in Bosnia and Herzegovina is a topical question of tort law in B&H with the oppositional legal practice. In this paper, this type of tort liability is considered in two ways: as the liability for damages in case of injury or death of deminers during demining activities and as the liability for damages in case of injury or death of a third person when he finds himself in a minefield. Author discussed the elements, the assumptions and ground of liability. Who and on which ground will be liable for damage caused by mines and how wide is the scope of that damage and its compensation? Answers will have a different normative - legal basis to the Law on obligations, the Law on Demining in B&H and Entities legislations on civil protection. Court practice, which is also discussed in the paper, is crystallized certain rules in various cases that may occur in this area of liability.

Key words: *liability for damage, damages caused by mines, mines, damage, deminers and third persons.*

PRAVNI ZNAČAJ KLAUZULE *REBUS SIC STANTIBUS* U PRIVATNOM PRAVU

Đurđa Bolanča Kekez, mag. iur.*

***Apstrakt:** Tema ovog rada jest institut iz oblasti ugovornog prava poznat pod nazivom klauzula *rebus sic stantibus*. Ovaj pravni pojam, koji se još naziva i utjecaj promijenjenih okolnosti na ugovor, u današnje vrijeme je značajan u skoro svim pravnim sustavima. Međutim, u prošlosti situacija je bila bitno drugačija, jer nijedno pravo iz starog vijeka, pa tako ni rimsko pravo, nije poznavalo pravni institut klauzule *rebus sic stantibus*. Strogo poštivanje načela *pacta sunt servanda* u pravnom prometu bi izazvalo velike poteškoće, te upravo zbog toga ovaj institut služi olakšavanju položaja one ugovorne strane koju pogađaju promijenjene i nepredvidive okolnosti. S obzirom na navedeno, rad se odnosi na suvremeno uređenje ovog instituta u pravnim sustavima pojedinih država članica Europske unije, kao i soft law rješenjima nastalim u europskom ugovornom pravu.*

***Ključne riječi:** klauzula *rebus sic stantibus*, utjecaj promijenjenih okolnosti, privatno pravo, europsko ugovorno pravo*

1. Uvod

Jedno od temeljnih načela ugovornog prava jest načelo obvezatne snage ugovora, odnosno načelo *pacta sunt servanda*, koje traži da se strogo poštuju ugovorom preuzete obveze, bez obzira na promjene koje mogu nastati od trenutka zaključenja ugovora pa do trenutka dospelosti obveza iz ugovora. Ovo načelo je ponekad teže ostvarivo u pojedinim ugovornim odnosima, posebno kod onih gdje postoji veći vremenski razmak između zaključenja ugovora

* Асистентница, Правни факултет Свеучилишта у Сплиту

i trenutka dospelosti obveza jedne ili obiju ugovornih strana. Stoga striktno poštivanje principa apsolutnosti ugovora i inzistiranje na njegovoj obvezujućoj snazi može dovesti do nepravičnih rješenja, odnosno do povrede drugih temeljnih principa ugovornog prava, posebno načela ekvivalencije vrijednosti uzajamnih prestacija, te također i načela savjesnosti i poštenja. Povreda navedenih, ali i drugih načela, nastaje u situacijama kad nastupe takve izvanredne okolnosti, koje ni uz najveću brižljivost nije bilo moguće predvidjeti, otkloniti ili izbjeći, a položaj jedne stranke ugovora čine otežanim ili za nju ugovor gubi svaki smisao održavanja. Da bi se ublažilo striktno djelovanje ovog načela, stranke u ugovor unose odredbu¹ – *klauzulu*, koja im dozvoljava uvažavanje nastalih izvanrednih promjena, a ta se klauzula zove *rebus sic stantibus*.² Temeljna misao navedene klauzule je da svaki ugovor obvezuje dok se ne promijene okolnosti koje su postojale u vrijeme njegova sklapanja i na kojima je temeljena volja ugovaratelja, što znači da ugovor obvezuje pod prešutnim uvjetom „sve dok prilike ostaju iste kakve su bile u trenutku zaključenja ugovora“.³ No, treba napomenuti, ako su se okolnosti promijenile na takav način da je ispunjenje obveze postalo apsolutno nemoguće, u svim pravnim sustavima dužnik se oslobađa obveze, pod uvjetom da nemogućnost ispunjenja nije nastala nekom njegovom radnjom ili propuštanjem neke činiidbe na koju je bio obvezan, odnosno da se radi o okolnostima koje nije mogao predvidjeti, spriječiti, otkloniti ili izbjeći, drugim riječima, da za nastalu nemogućnost ispunjenja nije kriv.

2. Povijesni razvoj klauzule *rebus sic stantibus*

Rimski su pravници strogo slijedili načelo *pacta sunt servanda*, pa se dužnik mogao osloboditi obveze jedino ako je ispunjenje postalo apsolutno nemoguće zbog događaja koji je predstavljao višu silu.⁴ I u najstarijim građanskopravnim sustavima, sankcije zbog neispunjenja ugovorom preuzete

¹ Ili, kao što je slučaj u većini suvremenih pravnih sustava, pa i našem, ona po samom zakonu čini *naturalia negotii* svih teretnih ugovora.

² Više vidi: Romac, A., *Rječnik latinskih pravnih izraza*, Informator, Zagreb, 1992, str. 85, *Clausula rebus sic stantibus*, Pravni leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007, str. 151.

³ Slakoper/Gorenc, *Obvezno pravo*, Opći dio, Sklapanje, promjene prestanak ugovora, Novi informator, Zagreb, 2009, str. 411–415.

⁴ Vidi: Brandsma, F., *Some Remarks on Dutche Private Law and the Ius Commune*, vol. 11.1 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW (May 2007), <http://www.ejcl.org/111/article111-5.pdf>, str. 6–7.

obveze bile su fizičke i osobne, a položaj vjerovnika i dužnika nije bio ekvivalentan, već su prava vjerovnika imala, u određenoj mjeri, prednost.⁵

Teorija o utjecaju promijenjenih okolnosti na ugovor nastaje tek u srednjem vijeku, u XII stoljeću, pod utjecajem dva čimbenika: prvo, srednjovjekovno gospodarstvo karakterizira izrazita nestabilnost, česte i nepredvidive promjene prilika uzrokovane ratovima, političkim događajima i sličnim situacijama, a drugo, srednjovjekovna pravna misao razvija se pod presudnim utjecajem religijskih učenja i religijskog morala.⁶ U razdoblju od XIV do XVI stoljeća, teorija o promijenjenim okolnostima razvija se u djelima kanonista i postglosatora koji su postavili temelje instituta promijenjenih okolnosti. Međutim, razvoj pravne misli od XVI do XVIII stoljeća, razdoblje u kojem talijansko pravo i pravo njemačkih zemalja ima veliko značenje za teoriju promijenjenih okolnosti, pokazuje da koncept kanonista i postglosatora ne može biti prihvaćen jer uništava ugovornu disciplinu i stvara pravnu nesigurnost. Treba istaknuti da se već u ovom razdoblju javljaju stavovi koji smatraju da je prihvaćanje ove klauzule u nesuglasnosti s prirodom ugovorne obveze, posebno s načelom autonomije volje.⁷ Tako se u francuskom pravu, u razdoblju od XVII do XVIII stoljeća, klauzula *rebus sic stantibus* u robnonovčanim transakcijama skoro uopće ne primjenjuje, a u praksi sudova se zadržava samo u vezi s feudalnim trajnim obvezama, dok se u njemačkom pravu institut izvršava kritici i ističe se da otvara vrata brojnim zloupotrebama.⁸ Ni velike građanske kodifikacije (francuski Građanski zakonik,⁹ austrijski Opći građanski zakonik,¹⁰ njemački Građanski zakonik,¹¹ švicarski Zakon o obligacijama¹²), iz XIX i početka XX stoljeća, uglavnom ne prihvaćaju institut promijenjenih

⁵ Vizner, B., *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Vlastita naklada, Zagreb, 1978, str. 528.

⁶ Petrić, S., *Izmjena ili raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti prema novom Zakonu o obveznim odnosima*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* (1991), 28:1/2007 (u daljnjem tekstu: Petrić, *Izmjena*), str. 110.

⁷ Više o povijesnom razvoju klauzule vidi: Koeck, H.F., *The „changed circumstances“ clause after the United Nations Conference on the Law of Treaties (1968–69)*, 4 Ga. J. Int'l & Comp. L. 93 1974.

⁸ Vidi: Petrić, *Izmjena*, str. 111.

⁹ *Code civil*, donesen 1804. godine, posljednje službeno izdanje iz 1816. godine (u daljnjem tekstu: *Code civil*).

¹⁰ *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, Keiserliches Patent vom 1. juni 1811, Inkrafttredatum: 1812. 01.01, JGS 946, zulezet geändert durch das Bundesgesetz BGBI Nr. 118/2002. (u daljnjem tekstu: ABGB).

¹¹ *Bürgerliches Gesetzbuch*, 18. kolovoza 1896. (RGBl. S. 195), "Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das durch Artikel 4 Absatz 5 des Gesetzes vom 1. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3719) geändert worden ist" (u daljnjem tekstu: BGB).

¹² *Schweizerisches Obligationenrecht* vom 30. März 1911, BS 2 199.

okolnosti kao opće pravilo za sve teretne ugovore. Jedina iznimka je bio talijanski Građanski zakonik iz 1942.¹³ Ovakav negativan stav ubrzo je pokazao svoju manjkavost, posebno pod pritiskom novih političkih situacija, a time i društvenih i gospodarskih prilika u vremenu tijekom i poslije Prvog svjetskog rata, kada su se događale drastične promjene vrijednosti novca i ostalih okolnosti koje se nisu mogle predvidjeti u trenutku sklapanja ugovora.¹⁴ Kao rezultat tih promjena, dolazi do promjena i razvoja u stavovima pravnih sustava naspram instituta promijenjenih okolnosti, ali se taj razvoj nije odvijao jednako u svim pravnim sustavima i njihovoj sudskoj praksi. Tako, primjerice, francusko pravo je i dalje nesklono primjeni tog instituta, a odstupanja su moguća samo kad to predviđa posebna norma, pa odredbe *Code civila* dopuštaju oslobođenje dužnika od obveze samo u slučaju više sile, s tim da se viša sila tumači na elastičniji i prošireniji način; u njemačkom se pravu institut klauzule *rebus sic stantibus* pokušava uskladiti s odredbama BGB-a, koje sudovima ostavljaju široki prostor u tumačenju pojma nemogućnosti ispunjenja ugovorne obveze, pa njemačka sudska praksa u ovim slučajevima koristi i tumačenje koncepta dobre vjere, koji od stranaka zahtijeva lojalnost i poštovanje situacije suugovaratelja.

3. Klauzula *rebus sic stantibus* u pojedinim državama članicama Europske unije

3.1. Francuska

U francuskom pravnom sustavu, zbog ograničenja *Code civila*,¹⁵ klauzula *rebus sic stantibus* se i dalje odbacuje, ali se iznimno primjenjuje kroz teoriju imprevizije (*théorie de l'imprevision*), no prvenstveno u okviru upravnih, administrativnih ugovora.¹⁶ Administrativni sud je ovlašten, ako dođe do

¹³ *Codice civile*, decreto 16 marzo 1942, n. 262 (I), (G.U. del 4. aprile 1942, 79 e 79 bis) (u daljnjem tekstu: *Codice civile*).

¹⁴ Vidi: Petrić, *Izmjena*, str. 113.

¹⁵ Baranauskas/Zapolskis, *The Effect of Change in Circumstances on the Performance of Contract*, *JURISPRUDENCIJA*, 2009, 4(118), ISSN 2029 – 2058 (online), dostupno na: http://www.mruni.eu/lt/mokslo_darbai/jurisprudencija/ (stranici pristupljeno 14.09.2013) (u daljnjem tekstu: Baranauskas/Zapolskis), str. 199–201.

¹⁶ Vidi: Vagts, D. F., *Rebus Revisited: Changed Circumstances in Treaty Law*, 43 Colum. J. Transnat'l L. 459 2004-2005 (u daljnjem tekstu: Vagts), str. 463; Upravni ugovori kao što su ugovori o koncesiji javnih službi, ugovori o preuzimanju javnih radova i dr. izuzeti su iz općeg režima ugovornog prava i za njih su nadležni administrativni sudovi na čelu s Državnim savjetom (Conseil d'Etat).

promijenjenih okolnosti za koje странке не одговарају, а услед којих је настала штета једној странци, додијелити накнаду штете узроковану непредвиђеним околностима.¹⁷ Међутим, у француској судској пракси, Касацијски суд одбија примijenити овај институт као опће правило за уговоре грађанског права. Теорија импревизије, која се понекад користи, односи се само на промјене које доводе до поремећаја вриједности престаџа, те се сматра да странке морају бити спремне преузети ризик будућих промјена закључивањем уговора. Одбијају се различите теорије којима се жељи проширити овај концепт на све уговоре.¹⁸ Код цивилних и трговачких уговора судска пракса ипак налази рјешење у томе што у одређеним случајевима широко тумачи појам више силе, а постоје и посебни прописи којима се странке штите од штете или губитка насталих промјеном околности код уговора о закупу, накнади за коришћење ауторских дјела и др.¹⁹

3.2. Аустрија

У аустријском праву институт промijenjenih околности, без обзира на непостојање изричите опће законске одредбе за све уговоре, користи се захваљујући другим одредбама АБГБ-а,²⁰ но оно што је важније, судска пракса генерално прихваћа да основна промјена околности по којима су странке закључиле уговор, уколико је нека околност у тренутку закључења била непредвидива за обје странке, може утјецати на одржање уговора на снази. Наведени ставови се темеље на теорији отпаданја основе посла,²¹ насталој у нјемачкој правној доктрини. У оквирима те теорије увјети за примјену клаузуле *rebus sic stantibus* се тумаче веома строго, па се тражи да су управо околности које су се промijenиле у тренутку закључења уговора од обје странке прешутно прихваћене као основа посла, затим морају бити карактеристичне за ту врсту посла, те се захтијева да је догађај који је довео до измјене околности био ванјски догађај.²² Уз

¹⁷ Krulj, V., *Promjenjene okolnosti i ugovorna odgovornost*, Institut za uporedno pravo, Monografija 25, Beograd, 1967. (u daljnjem tekstu: Krulj), str. 29.

¹⁸ Тако се теорија о прешутном увјету везаности уговором “ако ствари остану какве су биле” одбија у судској пракси с аргументом да се таква претпоставка не може прихватити ако у уговору нема елемената који јасно указују на волју странака да овај увјет учине дијелом уговора. Теорија која темељ клаузуле *rebus sic stantibus* налази у начелу правичности и добре волје одбија се аргументима да се у складу с овим начелима могу тумачити само оне одредбе уговора које су нејасне или вишезначне, а јасне клаузуле обвезују онако како су уговорене. Више види: Starck, B., *Droit civil, Obligations; 2. Contrat et quasi-contrat; Regime General*, 2. edition, Litec, Paris, 1986., str. 403–410.

¹⁹ Види: Petrić, *Izmjena*, str. 117.

²⁰ Користе се одредбе § 936; § 1052 и § 1170а АБГБ-а.

²¹ Ову теорију бране и аустријски теоретичари. Види: Kerschner, *Irrtumsanfechtung insbesondere beim unentgeltlichen Geschäft*, Wien, 1984.

²² Види: Petrić, *Izmjena*, str. 118.

to mora biti ispunjen i uvjet nepredvidivosti događaja, pa ukoliko su ispunjeni navedeni uvjeti, pogođena strana može tražiti izmjenu ili raskid ugovora.²³

3.3. Njemačka

U njemačkom pravu, sudska praksa je na temelju primjene načela savjesnosti i poštenja (*Treu und Glauben*) stvorila prostor za primjenu instituta promijenjenih okolnosti na ugovor. Koristeći se raznim teorijama, kao npr. ekonomske nemogućnosti, granica žrtve, nepoštenog tereta, a poslije teorijom otpadanja ili poremećaja osnove posla (*Wegfall der Geschäftgrundlage*) koja polazište ima u načelu dobre volje, definirala je uvjete pod kojima se može zahtijevati izmjena odnosno raskid ugovora.²⁴ Izmjena ili izuzetni raskid ugovora ne tretira se kao sudska intervencija u ugovorne odnose već kao prirodni rezultat ugovornih odnosa koji počivaju na principu „dobre vjere“. Otpadanje osnovice u subjektivnom smislu znači da su se promijenile određene okolnosti koje stranke smatraju bitnim za ugovorni odnos, a u objektivnom smislu da je sklopljeni ugovor neodvojiv od okolnosti koje moraju postojati da bi ugovor bio važeći i da bi se prema njemu određivala stranačka prava i dužnosti.²⁵ Prilikom reforme njemačkog BGB-a 2001. godine u oblasti obveznog prava,²⁶ klauzula *rebus sic stantibus* dobiva odgovarajuću zakonsku odredbu, a to je čl. 313 BGB-a,²⁷ koji je regulirao pravo na izmjenu ili raskid ugovora zbog „poremećaja osnove posla“ (*Störung der Geschäftsgrundlage*). Odredbe čl. 313 BGB-a odnose se na sve ugovore, a ne samo na one dvostranoobvezujuće.²⁸ Uvjeti za pozivanje na promijenjene okolnosti su:

²³ Posch, W., *Austria, Contracts-Suppl.* 37, International Encyclopedia of laws, Kluwer law International, Hague, London, New York, 2004, str. 163.

²⁴ Vidi: Petrić, *Izmjena*, str. 119.

²⁵ Više vidi: Krulj, str. 44–45.

²⁶ *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, 26. 11. 2001. (BGB1. I S 3138), na snazi od 1. siječnja 2002. godine.

²⁷ § 313: (1) *Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.* (2) *Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.* (3) *Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.*

²⁸ Više o utjecaju promijenjenih okolnosti na ugovor u suvremenom njemačkom pravu vidi: Markesinis/Lorenz/Dannemann, *The German Law of Obligations*, Vol. 1: The Law of Contract and Restitution, OUP Oxford 1997, str. 523; Schlechtriem, P., *The German Act to Modernize the Law of Obligations in*

– *izmjena onih okolnosti koji čine materijalnu (tj. činjeničnu, a ne pravnu) osnovu posla. Izmjena ili raskid ugovora moguća je prema odredbama st. 2 čl. 313 BGB-a i u slučaju zablude obje stranke o materijalnim okolnostima koje su prema shvaćanju stranaka postale osnova posla.*

– *ako je osnova zahtjeva izmjena okolnosti (a ne zabluda o okolnostima), do izmjene mora doći nakon zaključenja ugovora.*

– *mora biti očito da stranke ne bi, da su predvidjele takvu izmjenu, uopće zaključile ugovor ili bi ga zaključile pod drugim uvjetima.*

– *potrebno je da s obzirom na sve specifične okolnosti slučaja, a posebno ugovornu ili zakonsku alokaciju rizika, nije razumno očekivati da stranka ostane vezana ugovorom u njegovom neizmijenjenom obliku.*

Što se tiče sustava sankcija prema odredbama BGB-a, pogođena stranka prvo mora tražiti usklađivanje ugovora, tj. izmjenu u skladu s promijenjenim okolnostima, a tek ako je to nemoguće ostvariti, ima pravo zahtijevati raskid ugovora.

3.4. Italija

Talijanski pravni sustav predstavlja karakteristično zakonodavstvo koje je izričitim pozitivnim pravnim propisom prihvatilo i reguliralo pretpostavke za primjenu klauzule *rebus sic stantibus*. Talijanski zakonik *Codice civile* u odredbama čl. 1467–1469. upućuje na njihovu primjenu na sve ugovore s trajnim ili sukcesivnim prestacijama te na ugovore sa odgođenim rokom ispunjenja,²⁹ a izričito su isključeni jedino aleatorni ugovori.³⁰

Prema odredbama čl. 1467,³¹ pretpostavke za primjenu klauzule *rebus sic stantibus* su slijedeće:

– *radi se o ugovoru sa trajnim ili uzastopnim ispunjenjem.*

the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe, German Law Archive, (2002) Oxford u Comparative L Forum 2, dostupno na: <http://www.iuscomp.org/gla/>, Rösler, H., Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law, (2007) 15 *European Review of Private Law*, Issue 4., str. 483-513.

²⁹ Ibid, str. 118.

³⁰ Art. 1469. *Codice civile*.

³¹ Art. 1467 *Contratto con prestazioni corrispettive - Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168). La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923).*

- nakon sklapanja ugovora moraju nastupiti izvanredni i nepredvidivi događaji koji pretjerano otežavaju ispunjenje činiidbe jedne ugovorne strane.
- ti događaji ne smiju predstavljati uobičajeni rizik ugovora.

Pogođena strana može zahtijevati raskid ugovora, ali se ugovor neće raskinuti ako druga strana ponudi pravičnu izmjenu ugovornih uvjeta.³² Na raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti primjenjuju se pravila o posljedicama raskida zbog neispunjenja ugovora, određena u čl. 1458, što znači da raskid ima retroaktivan učinak.³³

Za razliku od većine pravnih sustava, *Codice civile* dopušta, ali u ograničenom obliku, primjenu ove klauzule i na besplatne ugovore, tj. na one ugovore gdje samo jedna strana preuzima obvezu.³⁴ Kao što pokazuje čl. 1468, pogođena strana, prema općim uvjetima može tražiti smanjenje dugovane činiidbe ili izmjenu uvjeta ispunjena ugovora kako bi se zadovoljilo načelo pravičnosti.

4. Mjesto klauzule *rebus sic stantibus* u europskom ugovornom pravu

Priznavanje utjecaja promijenjenih okolnosti na sudbinu ugovora prihvaća i europsko ugovorno pravo (iako treba napomenuti da se ova pravila susreću samo u tzv. *soft law* izvorima europskog ugovornog prava).³⁵ U pravu Europske unije, jedna od najranijih inicijativa koja pokušava pronaći odgovore na složene probleme ujednačavanja privatnog prava, pa time i ugovornog prava i reguliranje klauzule *rebus sic stantibus*, jest izrada Načela europskog ugovornog prava (PECL),³⁶ koja se još zovu i Landova načela,³⁷ te izrada Nacrta Zajedničkog referentnog okvira za europsko privatno pravo (DCFR).³⁸

³² Više o uvjetima primjene klauzule *rebus sic stantibus* prema odredbama *Codice civile* vidi: Cian, G., Trabucchi, A., *Commentario breve al Codice civile*, CEDAM, Padova, 1988, str. 1091. sq., Scalafi, G., *Risoluzione del contratto: I*; Enciclopedia giuridica, tomo XXVII, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2006, str. 12–17.

³³ Vidi: Petrić, *Izmjena*, str. 118.

³⁴ Art. 1468. *Codice civile*.

³⁵ Pojam *soft law* označava kategoriju akata koji, iako ne obvezuju, mogu pod određenim okolnostima proizvoditi pravne učinke. Određena mjera se smatra *soft law-om* ukoliko se primjenjuje ili se može primjenjivati od strane suda da bi se na temelju nje stvorile obveze između stranaka. Isto tako, stranke mogu pravila *soft law* izvora učiniti dijelom svog ugovora.

³⁶ *Principles of European Contract Law*, počeo sa radom 1982. godine, objavljen 1999. (u daljnjem tekstu: PECL).

³⁷ Vidi: Petrić, S., Uvod u Načela europskog ugovornog prava (Landova načela), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* (1991), 29:1/2008, (u daljnjem tekstu: Petrić, *Načela*), str. 338.

³⁸ *Draft Common Frame of Reference for a European private law*, 2007. (u daljnjem tekstu: DCFR).

PECL i DCFR predstavljaju model za unifikaciju ugovornog prava. Za europsko ugovorno pravo važna su i Načela za međunarodne trgovačke ugovore (Načela UNIDROIT),³⁹ koja su utvrđena od strane Međunarodnog instituta za unifikaciju privatnog prava (UNIDROIT).⁴⁰ Prema pravnoj literaturi, razlozi za uvrštavanje ovog instituta su, s jedne strane, potreba da se institutu da odgovarajuća pažnja budući da je za suvremeno poslovanje karakterističan veliki broj tzv. dugoročnih ugovora te je povećani rizik od nastupanja izvanrednih događaja, a sa druge strane velike različitosti između rješenja pojedinih nacionalnih prava.⁴¹

4.1. Načela europskog ugovornog prava (Landova načela – PECL)

Danski profesor civilnog i trgovačkog prava Ole Lando, 1976. godine u akademskim krugovima je predložio ideju o izradi Načela europskog ugovornog prava. Kao rezultat te ideje, 1980. godine formirana je Komisija za europsko ugovorno pravo (*Commission on European Contract Law – CECL*), koju često nazivaju i Landova komisija, po njenom osnivaču i predsjedavajućem. Članovi Komisije su bili predstavnici akademske zajednice, odnosno istaknuti profesori građanskog prava, neki od njih i praktičari, iz svih zemalja članica Europske zajednice (Unije), ali nisu predstavljali ni jednu zemlju članicu Unije kao ni samu Uniju, pa ni vlade niti Unija nisu bile vezane rezultatom rada ove Komisije.⁴² Stoga, Načela europskog ugovornog prava (*Principles of European Contract Law – PECL*) nemaju formalnopravni legitimitet pravnog akta, već predstavljaju akademsko dostignuće neformalne i potpuno neovisne grupe istaknutih stručnjaka za građansko i trgovačko pravo, te međunarodno privatno pravo.⁴³ Ambicija Komisije bila je utvrditi opća pravila ugovornog prava koja se mogu smatrati zajedničkom jezgrom svih nacionalnih pravnih sustava Europske zajednice (Unije), i koja su nužna da bi se stvorila zajednička infrastruktura ugovornog prava na jedinstvenom europskom tržištu,⁴⁴ a cilj izrade Načela je unifikacija europskog ugovornog prava, tj. ot-

³⁹ *Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 1994. (u daljnjem tekstu: Načela UNIDROIT).

⁴⁰ International Institute for the Unification of Private Law, Rome, osnovan 1926. godine sa sjedištem u Rimu, (u daljnjem tekstu: Institut UNIDROIT).

⁴¹ Vidi: Petrić, *Izmjena*, str. 122.

⁴² Vidi: Hesselink, M. W., *Principles of European Contract Law: Some Choices Made By Lando Commission*, u: *The New European Private Law*, Kluwer Law International, 2002, str. 90.

⁴³ Vidi: Petrić, *Načela*, str. 340.

⁴⁴ U uvodu I i II dijela *Načela* autori izričito napominju da Načela imaju za cilj "... to reflect the common core of solutions to problems of contract law." Vidi: Lando & Beale (eds), *Principles of European Contract Law*, Part 1 and 2, The Hague, 1999, str. XXII.

klanjanja postojećih razlika u rješenjima nacionalnih sustava zemalja članica Europske zajednice.⁴⁵

Landova načela (PECL) sadrže izričite odredbe o institutu utjecaja promijenjenih okolnosti na ugovor. Tako prema odredbama čl. 6:111 PECL-a,⁴⁶ polazeći od načela *pacta sunt servanda*, određuje se da su stranke u principu vezane ugovorom čak i ako je ispunjenje otežano, bilo zbog toga što su porasli troškovi ispunjenja, bilo zbog toga što je vrijednost ispunjenja koje prima umanjena.⁴⁷ Uzimanje u obzir klauzule *rebus sic stantibus* predstavlja iznimku od ovog načela. Stoga, u istom članku nalazimo odredbu prema kojoj su, u slučaju otežanosti ispunjenja zbog promijenjenih okolnosti, strane dužne stupiti u pregovore kako bi se ugovor prilagodio ili raskinuo.⁴⁸ U odredbi su još navedeni i uvjeti pod kojima se priznaje institut utjecaja promijenjenih okolnosti na ugovor, a to su: da je do promjene okolnosti došlo nakon zaključenja ugovora; da u vrijeme zaključenja ugovora nije bilo razumno uzeti u obzir mogućnost promjene okolnosti; te da strana pogođena promjenom okolnosti nije dužna na osnovu ugovora snositi rizik promjene okolnosti.

Također, postoji i odredba koja rješava posljedice otežanosti ispunjenja,⁴⁹ prema kojoj se predviđaju dvije faze postupka. Prva faza su pregovori stranaka, kojim bi se otklonili poremećaji u razumnom roku, bilo adaptacijom ugovora, bilo njegovim raskidanjem, te je ovaj postupak pregovaranja obvezujući prema odredbi PECL-a.⁵⁰ Druga faza predstavlja sudski postupak. Do njega dolazi, tj. stranke ga mogu inicirati, u slučaju kad pregovori ne daju zadovoljavajuće rezultate. Odredba PECL-a daje sudu veoma široka ovlaštenja,

⁴⁵ Vidi: Petrić, *Načela*, str. 347.

⁴⁶ Vidi: Backhaus; Hartkamp, A., *Principles of Contract Law*, dostupno na: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature.htm.

⁴⁷ Article 6:111- 1. *A party is bound to fulfill its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished.*

⁴⁸ Article 6:111- 2. *If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that: a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract, b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear.*

⁴⁹ Article 6:111 - 3. *If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may: a) end the contract at a date and on terms to be determined by the court ; or b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances. In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing.*

⁵⁰ Vidi: Petrić, *Izmjena*, str. 124.

naime sud može raskinuti ugovor ili ga samo izmijeniti, naravno pod određenim uvjetima. Tako kod raskida ugovora, sud to čini u vrijeme i pod uvjetima koje sam odredi, a kod izmjene ugovora, sud će ga prilagoditi na način da se gubici i dobici koji nastaju u slučaju promijenjenih okolnosti pravično podijele između dvije strane. Odredbe PECL-a ne rangiraju sankcije, već izbor između izmjene ugovora ili raskida ugovora usljed promijenjenih okolnosti ostavljaju ocjeni suda.

Zadnja odredba članka 6:111 PECL-a izričito određuje da sud može u svakom slučaju dosuditi naknadu štete nastale zbog toga što jedna od stranaka nije pristupila pregovorima ili ih je prekinula protivno načelu savjesnosti i poštenja.

4.2. Načela UNIDROIT

Tehnika i metoda rada Landove Komisije bila je vrlo slična tehnici rada radne skupine Instituta UNIDROIT koje je izradila Načela UNIDROIT, što nije začuđujuće s obzirom na to da su obje grupe radile približno u isto vrijeme, sa sličnim ciljevima i izvorima, a neki od članova su sudjelovali istovremeno u radu oba tijela. Između ostalog, zajedničko im je da: su oba teksta plod privatne inicijative, pa nemaju obvezujuću snagu normativnog pravnog akta i mogu djelovati samo snagom svoje uvjerljivosti; sastoje se od poglavlja koja kronološki prate ugovor od njegovog nastanka do ispunjenja, odnosno prestanka po nekoj drugoj osnovi; temeljne karakteristike su im iste, pa polaze od načela slobode ugovaranja kao temeljnog načela ugovornog prava, od načela savjesnosti i poštenja kao temeljnog kriterija po kojemu se prosuđuje ponašanje stranaka u ugovoru, itd.⁵¹ Naravno, postoje i razlike među njima: Načela UNIDROIT se primjenjuju isključivo na trgovačke ugovore, a Landova načela se primjenjuju na sve ugovore; razlike su i u teritorijalnom opsegu djelovanja, pa su tako Načela UNIDROIT namijenjena međunarodnoj trgovini, ali nisu prostorno ograničena, pa se mogu primjenjivati svugdje u svijetu, dok su Landova načela namijenjena samo za zemlje Europske unije, ali su predviđena za sve ugovore, i domaće i međunarodne; ostale razlike su pretežito tehničke prirode.⁵²

Određene razlike postoje i kod instituta utjecaja promijenjenih okolnosti na ugovor. Načela UNIDROIT institut promijenjenih okolnosti uređuju

⁵¹ Vidi: Petrić, *Načela*, str. 357.

⁵² Vidi: Petrić, *Načela*, str. 358.

u čl. 6.2.1.⁵³ Iako u suštini prihvaćaju istu koncepciju i ista temeljna pravila, razlike postoje u organizaciji pravila, a isto tako i u terminologiji. Dok PECL govori o promijenjenim okolnostima (*change of circumstances*), Načela UNIDROIT koriste termin *hardship* (teškoće, otežanje), preuzet iz *common law*-a.⁵⁴

Načela UNIDROIT kao i pravila PECL-a polaze od načela *pacta sunt servanda*, pa je stranka bez obzira na otežanost ispunjenja i dalje vezana ugovorom.⁵⁵ Naravno, iznimka postoji, pa da bi se uvažilo otežanje ispunjenja obveze mora doći do *fundamentalne povrede ravnoteže vrijednosti*.⁵⁶ Uz definiciju *hardship*-a, u odredbi su određeni i uvjeti pod kojima se ugovorna strana može pozivati na promjenu okolnosti, a to su: da je događaj nastao ili postao poznat pogođenoj stranci nakon zaključenja ugovora; da se taj isti događaj nije mogao uzeti u obzir u trenutku zaključenja ugovora, odredba koja nas upućuje na zaključak da je takva okolnost mogla postojati i u vrijeme zaključenja ugovora, ali pogođena stranka za njega nije znala; okolnosti su izvan kontrole stranke koja se na njih poziva; pogođena strana nije preuzela rizik događaja (tj. nije dužna trpjeti taj rizik).⁵⁷ Ovakav koncept uređenja odredbe je dosta širi i više odgovara stajalištima u njemačkom pravu ili pravu anglosaksonskih zemalja, pa ovo ujedno predstavlja još jednu razliku u odnosu na PECL, koji je uporište za svoja rješenja pronašao u talijanskom pravu.⁵⁸

I Načela UNIDROIT sadrže odredbe koje se odnose na posljedice otežanosti ispunjenja. Postupak se dijeli u dvije faze. U prvoj dolazi do pregovaranja stranaka, čime bi trebalo riješiti problem nastalog otežanja, pa se ugovor može voljom stranaka ili izmijeniti ili raskinuti. Odredba samo ovla-

⁵³ Vidi: Perillo, str. 8–10; Girsberger/Zapolskis, Fundamental alteration of the contractual equilibrium under hardship exemption, *JURISPRUDENCIJA*, 2012, 19(1), ISSN 2029 – 2058 (online), dostupno na: http://www.mruni.eu/lt/mokslo_darbai/jurisprudencija/ (stranici pristupljeno: 15.09.2013), str. 121–141.

⁵⁴ Vidi: Tallon, D., *Hardship*, u: Towards a European Civil Code (ed: Hartkamp; Hesselink; Hondius; Jousstra; du Perron; Veldman), *Ars Aequi Libri*, Nijmegen, 2004, str. 499–501, McKendrick, E., *Contract Law*, Text, cases and materials, Oxford University Press, 2003, str. 1119.

⁵⁵ Article 6.2.1. – *Contract to be observed - Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.*

⁵⁶ Article 6.2.2. – *Definition of hardship - There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished.*

⁵⁷ Article 6.2.2. - *a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.*

⁵⁸ Vidi: Petrić, *Izmjena*, str. 123.

šćuje stranke na pregovore, ona ih ne obvezuje na to.⁵⁹ Osim toga, Načela UNIDROIT preciziraju da zahtjev za pregovorima sam za sebe ne ovlašćuje pogođenu stranku da uskrati ispunjenje obveze, čime se očito želi spriječiti moguće zlouporabe pravila o pregovorima.⁶⁰ Druga faza se odnosi na sudski postupak.⁶¹ Do njega dolazi kad u razumnom vremenu pregovori ne daju zadovoljavajuće rezultate. Načela UNIDROIT daju sudu velika ovlaštenja, pa će sud raskinuti ugovor u vrijeme i pod uvjetima koji se odrede, a ugovor će izmijeniti na način da uspostavi poremećenu ravnotežu.

Načela UNIDROIT ne sadrže nikakvu odredbu kojom bi se reguliralo pravo na naknadu štete nastale zbog toga što jedna od stranaka nije pristupila pregovorima ili ih je prekinula suprotno načelu savjesnosti i poštenja, te poput pravila PECL-a, ne rangira sankcije već taj izbor ostavlja sudu.⁶²

4.3. Nacrt Zajedničkog referentnog okvira za europsko privatno pravo (DCFR)

Tekst DCFR-a, koji je predstavljen krajem 2007. godine, supotpisuju dvije radne grupe: *Study Group on a European Civil Code* (tzv. *Bar group*⁶³ ili skraćeno *SGECC*) i *Research Group on the Existing EC Private Law* (tzv. *acquis-group*).⁶⁴ DCFR se sastoji od dva dijela: definicije pravnih pojmova i modela pravila. Materijal koji se sastoji od modela pravila, za sada, strukturiran je u sedam knjiga.⁶⁵

⁵⁹ Article 6.2.3. – *Effects of hardship - (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.*

⁶⁰ Ova odredba očigledno ima za cilj spriječiti moguće zlouporabe pravila o pregovorima.

⁶¹ Article 6.2.3. - (3) *Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court. (4) If the court finds hardship it may, if reasonable a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.*

⁶² Vidi: Petrić, *Izmjena*, str. 124.

⁶³ Naziv je dobila po predsjedavajućem (danas predsjedavajući upravnog odbora SGECC-a) Christianu von Baru, profesoru prava i direktoru European Legal Studies Institutes of the University of Osnabrück.

⁶⁴ Grupe su sastavljene od nezavisnih predstavnika akademske zajednice i pravnika praktičara i to iz gotovo svih zemalja članica EU, te su čak njeni članovi bili i znanstvenici iz zemalja koje su u to vrijeme bile zemlje kandidati za ulazak u EU.

⁶⁵ Po knjigama, materija je podijeljena na slijedeći način: Knjiga I – Opće odredbe; Knjiga II – Ugovori i drugi pravni poslovi; Knjiga III – Obveze i ovlaštenja; Knjiga IV – Posebni ugovori i prava i obveze koje iz njih proizlaze; Knjiga V – Poslovodstvo bez naloga; Knjiga VI – Izvanugovorna odgovornost za štetu uzrokovanu drugome; Knjiga VII – Neosnovano obogaćenje. Osim navedenih knjiga, postoje i Aneks I sa definicijama pravnih pojmova, te Aneks II koji sadrži detaljna pravila o računanju vremena i definicije relevantne za ta pravila. Više o tome vidi: Petrić, S., *Nacrt Zajedničkog referentnog okvira za europsko privatno pravo, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991)*, 30:1/2009 (u daljnjem tekstu: Petrić, *Nacrt*), str. 499.

Tekst DCFR sadrži odredbe o uređenju instituta utjecaja promijenjenih okolnosti na ugovor, koje nalazimo u Knjizi III – Obveze i ovlaštenja, Poglavlje I, Opći dio.

Odredba stavka 1. model pravila III.-1:110 nas prvo upućuje na činjenicu da i DCRF polazi od načela *pacta sunt servanda*, čime se ističe važan princip po kojem obveza iz ugovora mora biti ispunjena, čak i ako ispunjenje postane otežano.⁶⁶ No, u st. 2 istog model pravila predviđeno je odstupanje od načela *pacta sunt servanda* u slučaju promijenjenih okolnosti. Tako, prema pravilima st. 2, ako izvršenje ugovorne obveze ili obveze iz jednostranog pravnog posla postane zbog iznimnih promjena okolnosti tako otežano da bi bilo očito nepravično ustrajati na izvršenju obveze, sud može ugovor (jednostrani pravni posao) izmijeniti ili ga raskinuti. Očito je dakle⁶⁷ da ovom odredbom DCFR uređuje institut utjecaja promijenjenih okolnosti na ugovor.⁶⁸ Novina koju donosi odredba DCFR-a u odnosu na PECL je u tome što se traže iznimne (*exceptional*) promjene okolnosti. Naime, iako je pravilo sadržajno preuzeto iz PECL-a, čl. 6. 111. PECL-a ne zahtijeva da okolnosti budu „iznimne“.⁶⁹ Teoretičari, pogotovo pristaše DCFR-a, naglašavaju kako bi se članak o promijenjenim okolnostima trebao usporediti sa odredbama model pravila koje uređuje nemogućnost ispunjenja, *impossibility*,⁷⁰ kako bi se razlikovalo ta dva pojma. Slučaj nemogućnosti (*impossibility*) ispunjenja pretpostavlja događaj koji je uzrokovala nesavladiva prepreka koji vodi samo oslobađanju od obveze, dok je u slučaju promijenjenih okolnosti ispunjenje moguće, iako je otežano i opasno, pa je na sudu da odluči hoće li izmijeniti i tako prilagoditi ugovor promjeni okolnosti, ili će ga ipak raskinuti.⁷¹

Kao i odredbe PECL, tako i model pravilo III.-1:110 DCFR-a govori o obvezi strane pogođene promjenom okolnosti da pregovorima s drugom ugovornom stranom pokuša ishoditi pravičnu izmjenu ugovora. No, za razliku od pravila čl. 6. 111. PECL-a, ova obveza nema istu snagu, niti njeno nepošti-

⁶⁶ Article 1: 110 - (1) *An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished.*

⁶⁷ A to se vidi i iz naziva model pravila III.-1:110: *Variation or termination by court on a change of circumstances* (Promjena ili prestanak obveze zbog promijenjenih okolnosti odlukom suda).

⁶⁸ Model rule III.- 1:110; Paragraph (2): *If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may: a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court.*

⁶⁹ Vidi: *Principles*, str. 713.

⁷⁰ Vidi: DCFR, Knjiga II, Poglavlje 7, čl. 7:102, str. 209.

⁷¹ Vidi: *Principles*, str. 711.

vanje iste posljedice. Naime, a kako je već objašnjeno u odjeljku o pravilima PECL-a, prema odredbama st. 2. u svezi s odredbama st. 3. čl. 6.111. PECL-a, obje stranke iz ugovora obvezne su pristupiti pregovorima, i tek ako pregovori ne uspiju u razumnom roku dovesti do sporazuma stranaka, sud donosi odluku o izmjeni ili raskidu ugovora. Osim toga, ona stranka koja je odbila pristupiti pregovorima ili je prekinula pregovore protivno načelu savjesnosti i poštenja, odgovora drugoj strani za štetu koja joj je takvim ponašanjem nanescena. S obzirom na to da je ovakvo rješenje u pravnoj teoriji⁷² bilo kritizirano kao suviše strogo i protivno temeljnim načelima ugovornog prava, u DCFR-u se prihvaća mnogo blaže pravilo koje obvezuje *samo stranu pogođenu* promjenom okolnosti da *pokuša*, i to razumno i u dobroj vjeri, putem pregovora postići razumnu i pravičnu izmjenу uvjeta svoje obveze.⁷³ Ova obveza jedan je od uvjeta koje odredbe st. 3 model pravila III.-1:110 predviđaju kao pretpostavke za intervenciju suda. Drugim riječima, pogođena će se strana moći obratiti sudu samo ako je (uz ispunjenje ostalih uvjeta iz st. 3) bezuspješno *pokušala* problem riješiti pregovorima s drugom stranom. Iz toga logično slijedi i druga razlika u odnosu na pravila PECL-a, tj. prema rješenju DCFR-a nepristupanje pregovorima ili neosnovani prekid pregovora ne vezuje se uz pravo na naknadu time prouzrokovane štete.

Kad se pregovorima ne može ostvariti svrha koju stranke žele postići ugovorom ili ako stranke nisu iskoristile mogućnost pregovaranja, problem može riješiti samo sud.⁷⁴ U tom slučaju, sud ima na raspolaganju dvije opcije: prvo, može izmijeniti obvezu strane pogođene promjenom okolnosti i to tako da je učini pravičnom i razumnom s obzirom na nove okolnosti, a drugo, raskinuti ugovor stranaka u vrijeme i pod uvjetima koje sud odredi.

No, da bi sud mogao usvojiti zahtjev za izmjenom obveze odnosno raskidom ugovora, potrebno je ispunjenje određenih pretpostavki. *Ratio legis* pretpostavki definiranih u st. 3. model pravila III.-1:110 jest potreba da se zaštite principi ugovornog prava te stabilnost ugovornih odnosa.⁷⁵ Riječ je o uvjetima koji se (uz određena odstupanja) i u većini nacionalnih prava zahtijevaju za primjenu klauzule *rebus sic stantibus*. Tako, da bi sud usvojio zahtjev za izmjenу ugovora ili njegov raskid potrebno je:

⁷² Naime, protivno je načelu slobode ugovaranja prema kojemu se nitko ne može prisiliti da pregovara.

⁷³ Model rule III.-1:110; par. 3. t. d): *the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation.*

⁷⁴ Model rule III.- 1:110; Paragraph (2): *... a court may: a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court.*

⁷⁵ Vidi: *Principles*, str. 713.

– da je do promijenjenih okolnosti došlo nakon vremena kad je obveza pogođene strane nastala;⁷⁶ ako je riječ o ugovornom odnosu ovo se odnosi na vrijeme nakon što je ugovor zaključen;⁷⁷

– da dužnik nije u vrijeme zaključenja ugovora uzeo u obzir, te da nije bilo razumno za očekivati da uzme u obzir mogućnost nastupanja ili stupanj promijenjenih okolnosti;⁷⁸ iz toga slijedi da sud neće moći odlučivati o ugovornom odnosu kod kojega je, u vrijeme zaključenja ugovora, trebalo uzet u obzir ili je bilo razumno očekivati da se uzme u obzir mogućnost promjene okolnosti, a kao primjer se navodi osoba profesionalac, koja sa dovoljno znanja i iskustva može predvidjeti neke promjene značajne za ugovorni odnos;⁷⁹

– da dužnik nije preuzeo niti je bilo razumno očekivati da će preuzeti rizik promijenjenih okolnosti;⁸⁰ sud može „odlučivati“, ali mora odbiti tužbeni zahtjev ako nije ispunjen ovaj uvjet; to znači da se ugovorna strana ne može pozivati na promjenu okolnosti ako je po prirodi ugovornog odnosa u vrijeme zaključenja ugovora, trebala preuzeti ili je bilo razumno očekivati da preuzme rizik promijenjenih okolnosti, a to se posebno odnosi na rizik koji je uobičajen u određenim pravnim poslovima i odnosima;⁸¹

– da je dužnik (tj. pogođena strana) pokušao, razumno i u dobroj vjeri, pregovaranjem postići razumnu i pravičnu prilagodbu uvjeta ugovora koji reguliraju njegovu obvezu;⁸² kao što je već navedeno, ovo pravilo ne nameće pogođenoj strani obvezu da zaista provede pregovore, već samo da, prije obraćanja sudu, pokuša u pregovorima riješiti problem.⁸³

Iz navedenog, možemo zaključiti kako su sudu dane široke ovlasti. Stoga, kod izmjene ugovora usljed utjecaja promijenjenih okolnosti, sud može koristiti različite forme, poput produljenja vremena potrebnog za ispunjenje obveze, povećanje ili smanjenje cijene i sl., važno je da sve nove izmjene ne predstavljaju povredu bilo kojeg prava ili stranke. Kod raskida ugovora sud

⁷⁶ Model rule III.-1:110; Paragraph (3): *Paragraph (2) applies only if: a) the change of circumstances occurred after the time when the obligation was incurred.*

⁷⁷ Vidi: *Principles*, str. 714.

⁷⁸ Model rule III.- 1:110; Paragraph (3): *b) the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances.*

⁷⁹ Vidi: *Principles*, str. 714.

⁸⁰ Model rule III.- 1:110; Paragraph (3): *c) the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances.*

⁸¹ Vidi: *Principles*, str. 714-715.

⁸² Model rule III.- 1:110; Paragraph (3): *d) the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation.*

⁸³ Vidi: *Principles*, str. 715.

mora, uz vrijeme i uvjete pod kojima raskida ugovor, uzeti u obzir mjeru do koje je ispunjenje dotada izvršeno, te se u skladu s tim određuju međusobne obveze stranaka na restituciju.⁸⁴

5. Zaključak

Klauzula *rebus sic stantibus* nesporno predstavlja važan pravni institut ugovornog prava, a njen je značaj još i veći ako uzmemo u obzir da je ovaj institut samo iznimka od jednog od glavnih načela na kojemu počiva čitavo ugovorno pravo – načela *pact sunt servanda*. Njen proboj kroz pravnu povijest bio je dugotrajan i težak. U najstarijim pravnim sustavima, zbog strogog poštivanja apsolutnosti ugovora, čvrsto se branio stav da se stranke ne mogu pozivati na naknadne promjene okolnosti, bez obzira koliko su otežavale položaj jedne od njih. Tek u srednjem vijeku, zahvaljujući djelima kanonista i postglosatora, afirmira se teorija o potrebi pravnog priznavanja utjecaja promijenjenih okolnosti na ugovor. Ovakav se stav brani pozivanjem prvenstveno na načelo dobre vjere (savjesnosti i poštenja), načelo pravičnosti, te načelo jednake vrijednosti činidaba. Prema tome, možemo zaključiti da se institut klauzule *rebus sic stantibus* razvio kao kompromis između, s jedne strane shvaćanja ugovora kao „zakona za stranke“, a s druge strane potrebe zaštite pravičnosti i tzv. moralizacije ugovornog prava. Vrijeme donošenja velikih europskih građanskih kodifikacija je vrijeme liberalnog kapitalizma koji inzistira na načelu autonomije volje i stoga ne začuđuje da klauzuli *rebus sic stantibus* u ovim tekstovima, kao općem institutu primjenjivom na sve dvostranoobvezujuće ugovore, nije bilo mjesta. Prva velika građanska kodifikacija koja je predviđa kao generalno pravilo jest talijanski *Codice civile* iz 1942. godine.

U radu možemo primijetiti vrlo različite pristupe problemu utjecaja promijenjenih okolnosti na ugovor. Francuski pravni sustav je karakterističan po tome što ima najrigidniji odnos prema klauzuli *rebus sic stantibus*. Francuski građanski sudovi pod nikakvim okolnostima, osim izuzetka više sile, ne dozvoljavaju izmjenu ili raskid ugovora, kao ni oslobađanje stranaka od ispunjena ugovornih obveza ili od odgovornosti za štetu nastalu zbog neispunjena obveza. Potpuno drugačiji pristup nalazimo u njemačkom pravnom sustavu, koji ide korak dalje u tumačenju pravne prirode i učinaka klauzule *rebus sic stantibus*. Njemački sudovi su usvojili fleksibilne stavove pravne doktrine, te

⁸⁴ Ibid, str. 715.

su priznali pravo na izmjenu ugovora usljed promijenjenih okolnosti, da bi na kraju institut bio prihvaćen i od zakonodavca. U europskom ugovornom pravu, iako je riječ (s obzirom na ograničenja nadležnosti europskog zakonodavca u oblasti ugovornog prava) samo o *soft-law* izvorima, problem utjecaja promijenjenih okolnosti na ugovor dobio je odgovarajuću pozornost redaktora pravnih pravila. U želji da se stvori osnova (tzv. *common core*) za buduću formalnopravnu unifikaciju ugovornog prava za sve zemlje članice EU-a, nastaju pravila PECL-a i DCFR-a. Ta dva dokumenta, od velike važnosti za pravo EU, sadrže detaljne odredbe za primjenu instituta utjecaja promijenjenih okolnosti, detaljno reguliraju uvjete koji se moraju ispuniti da bi se pogođena strana mogla pozivati na ovu klauzulu, te daju točne upute sudovima u rješavanju zahtjeva promjenom okolnosti pogođene strane.

Danas je primjena klauzule *rebus sic stantibus* općeprihvaćena na zakonskoj razini u većini pravnih sustava, osim francuskog, belgijskog i luksemburškog, a očekivati je u budućnosti da će dobiti na još većem pravnom značenju.

Durda Bolanča Kekez, mag. iur.
Teaching Assistant
Faculty of Law, University in Split

THE LEGAL IMPORTANCE OF CLAUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* IN PRIVATE LAW

Summary

*The subject of this article is the contract law legal institute named *clausula rebus sic stantibus*. Nowadays, legal term also known as the impact of the changed circumstances, is significant in almost all legal systems. In the past, however, situation was substantially different, since none of legal systems in antiquity, not even a Roman law, had known about the institute *clausula rebus sic stantibus*. Since strictly following one of the main principles of contract law – principle *pacta sunt servanda* – would lead to many difficulties in legal transactions, it is necessary to have an institute which would facili-*

tate the position of party concenerd with changed circumstances. Related to all that issues, this paper refers to contemporary regulation of the clasula rebus sic stantibus in certain EU member states legal systems as well as soft law solutions in european contract law.

Key words: *clausula rebus sic stantibus, the impact of the changed circumstances, private law, european contract law*

ПРИВРЕДНОПРАВНА ОБЛАСТ

ПРАВО ГЛАСА АКЦИОНАРА

Проф. др Марко Рајчевић*

Апстракт: У раду се разматрају правни аспекти права гласа акционара. То је лично право које се стиче настанком чланског односа и представља овлашћење акционара да учествује у стварању воље друштва давањем гласачке изјаве на скупштини. Може се остварити лично или преко посредника, може се ограничавати и искључивати у законом прописаним случајевима.

Кључне ријечи: акција, акционарско друштво, право гласа.

УВОД

Акционарско друштво је правно лице основано од стране оснивача ради постизања одређеног заједничког циља. Тај циљ је обављање дјелатности због остваривања добити, како то проистиче из одредбе Закона о привредним друштвима (даље и: ЗПД).¹ Акционарско друштво као правно лице има свој материјални супстрат (имовину) и персонални супстрат, који чине акционари (оснивачи и она лица која касније стицањем акција постану акционари) те запослени. Као посебан правни ентитет, оно је посебна цјелина различита од акционара. Ступањем у друштво, под условима предвиђеним законом, оснивачким актом и статутом, лице (правно или физичко) стиче статус члана, односно акционара. Отуда се може рећи да је сваки акционар члан и да је сваки члан

* Редовни професор Правног факултета у Бањој Луци и судија Уставног суда Републике Српске

¹ Члан 2 ст. 1 Закона о привредним друштвима (“Службени гласник Републике Српске”, бр. 127/08, 58/09, 100/11 и 67/13).

акционар, јер члан и акционар су синоними.² Чланство је правни однос који за своју садржину има права и обавезе.

У нашој правној литератури раније је био заступљен став о акционару као члану друштва и његовом чланском односу према друштву.³ Након доношења Закона о предузећима, 1998. године, јер је тим прописом било одређено да је скупштина акционарског друштва орган власника, сматрало се да су акционари власници (сувласници) друштва. Концепцијски посматрано, то је неприхватљиво, јер је друштво правно лице и као такво је субјект, а не објект права. Зато је исправно говорити о власништву на акцијама, па су чланови скупштине власници акција, а не друштва.⁴ Такав став је данас општеприхваћен, како у законодавству тако и у правној теорији и пракси.

Члански однос има имовинскоправну и личноправну димензију, очитовану кроз имовинска и лична права, али и обавезе. Суштински гледано, једина обавеза акционара је уплата новчаног и уношење неновчаног улога, али уз то је могуће говорити и о обавези лојалности.⁵

По ЗПД⁶, имовинска права акционара, власника обичних акција су:

- a) право на исплату дивиденди, након исплате дивиденди на све издате повлашћене акције у пуном износу,
- b) право учешћа у расподјели ликвидационог вишка по ликвидацији друштва, а након исплате повјерилаца и акционара било којих повлашћених акција,
- c) право пречег стицања акција из нових емисија и замјењивих обвезница и
- d) право располагања акцијама свих врста у складу са законом.

² У нашем праву, судској пракси и теорији за акционара се не каже да је члан. Термин члан означава лице које је носилац права и обавеза у друштву са ограниченом одговорношћу и друштвима лица – ортакком и командитном.

³ Радојичић, С., *Основи трговачког права*, Београд, 1922, стр. 69.

⁴ Арсић, З., *Чланство у акционарском друштву*, Право и привреда, Београд, бр. 1-2/2000, стр. 12.

⁵ Обавеза лојалности заснива се на чињеници удруживања акционара у правну заједницу ради постизања неког заједничког циља, па морају и допринијети његовом остварењу. Тај је циљ изнад појединачних циљева чланова у мјери у којој су се они усагласили о усклађивању својих индивидуалних циљева са заједничким циљем. Обавеза лојалног понашања служи заштити интереса друштва и других акционара, јер се између њих и успостављају односи у друштву. Класична правна теорија негирала је постојање обавезе лојалности. Више о тој обавези, Барбић, Ј. *Право друштава - друштва капитала*, Загреб, 2001, стр. 276–279; Марковић Бајаловић, Д., *Право привредних друштава*, Источно Сарајево 2011, стр. 287–288; Арсић, З., нав. чланака, стр. 17–18.

⁶ Чл. 203 ст. 1.

Лична, или како се још зову, неимовинска, управљачка, права су:

- a) право приступа правним актима и другим документима и информацијама друштва,
- b) право учешћа у раду скупштине друштва и
- c) право гласа у скупштини друштва тако да једна акција увијек даје право на један глас.

У овом раду биће разматрани правни аспекти права гласа, почев од самог појма тог права, преко његовог стицања, начина остваривања, његовог ограничења и искључења. При томе ће се полазити од става нашег законодавца, израженог садржином ЗПД РС, а узеће се у обзир и рјешења иностраних националних законодавстава, те домаће и стране теорије и праксе.

1. Појам права гласа

Право гласа у ужем смислу представља право гласања, давања гласачке изјаве, а у ширем смислу оно обухвата и право учешћа у раду скупштине, тј. право присуства на скупштини. Право гласа може се дефинисати као овлашћење акционара да учествује у стварању воље акционарског друштва на његовој скупштини. Манифестује се и остваривање изјавом воље акционара према друштву као својеврсним правним послом, па се на то примјењују правила која важе за правне послове.⁷ То је најважније управљачко право,⁸ а полазећи од одлуке скупштине као вишеструког правног акта, право гласа се утврђује и као најважније сауправљачко право.⁹ Оно је компонента чланства у друштву, па га зато не може имати нико ко није акционар. То је право које је неодвојиво од акционара, он га се не може одрећи, али има право и да га не врши, што ће зависити од његовог интереса.¹⁰

⁷ Барбић, Ј., нав. дјело, стр. 289.

⁸ Würdinger, Н., *Aktien –und Konzern –Recht*, Karlsruhe, 1973, стр. 44.

⁹ Lehmann-Dietz, *Gesellschaftsrecht*, Berlin-Frankfurt, 1970, стр. 365.

¹⁰ Обавеза лојалности манифестује се и као обавеза вршења акционарских права у складу са интересима друштва, односно, негативно формулисано, као забрана злоупотребе права гласа. У том смислу, по аустријској правној теорији, као средство правне заштите, постоји могућност коришћења права да се одлуком суда замијени глас акционара који одбија да гласа. Видјети Марковић Бајаловић, Д., нав. дјело, стр. 287. О злоупотреби права гласа видјети више, Арсић, З., *Вршење права гласа акционара на штету акционарског друштва или других акционара*, Правни живот, Београд, бр. 11/2012, стр. 17–21.

Приликом гласања, акционар није дужан да води рачуна о интересима друштва, нити других акционара или трећих лица, већ само о сопственим интересима.¹¹ Утицај на исход гласања у скупштини друштва приликом доношења одлуке зависиће од броја гласова којима акционар располаже. С тим у вези ЗПД прописује два правила. Прво је правило да свака издата обична акција даје право на један глас о свим питањима за које се гласа на акционарској скупштини.¹² Друго је правило да свака издата повлашћена акција даје право једног гласа на било којој скупштини акционара о питањима која захтијевају гласање те групе акционара.¹³ Важно је уз ово напоменути и да по ЗПД обичне акције представљају једну класу акција и да имају исту номиналну вриједност.¹⁴ Исто тако, повлашћене акције могу бити подијељене у двије или више класа са различитим правима, те да повлашћене акције исте класе имају исту номиналну вриједност.¹⁵ Из наведених правила проистиче и основни принцип код гласања у скупштини акционара, принцип пропорционалности, по коме акционари гласају сразмјерно номиналној или рачуноводственој вриједности акција. Гласање према номиналној вриједности акције подразумијева да се при одређивању броја гласова којима један акционар располаже узима у обзир мултипликатор најнижег номиналног износа акције која даје право гласа. Тако, на примјер, ако је номинални износ обичне акције једна конвертибилна марка (што је најнижи износ номинале по ЗПД) а акционар има десет акција, имаће право на десет гласова, ако је номинални износ десет конвертибилних марака (виши износи номинале по ЗПД морају бити дјеливи са десет)¹⁶ имаће акција у вриједности од стотину конвертибилних марака али опет десет гласова. Правило пропорционалности (сразмјерности) онемогућава издавање акција које за исти номинални износ дају различити број гласова на скупштини акционара (тзв. плурални вотум).¹⁷ Иако ЗПД не садржи забрану издавања таквих акција и о томе се не изјашњава, сматрамо да то због наведеног правила о истој номиналној вриједности акција и правила једна обична акција један глас, практично није могуће.¹⁸ Има мишљења да је плурални

¹¹ Њемачки Закон о акционарским друштвима из 1965, у 117 пар. ст. 7 изричито прописује да су акционари изузети од одговорности за штету проузроковану друштву радњама које је предузело друштво или његови органи под њиховим утицајем.

¹² Члан 203 ст. 1 тач. в).

¹³ Члан 285 ст. 1.

¹⁴ Члан 199 ст. 3 и 5.

¹⁵ Члан 199 ст. 4 и 6.

¹⁶ Члан 22. ст. 2.

¹⁷ Плурални вотум дозвољава француско, америчко и енглеско право, а изричито забрањује њемачки Закон о акционарским друштвима (пар. 12 ст. 2).

¹⁸ Тако и Васиљевић, М., *Коментар Закона о привредним друштвима*, Београд, 2006, стр. 412.

вотум у нашем праву ипак могућ, ако би то било предвиђено оснивачким актом или статутом, с тим што би се изразита несразмјера у броју гласова које дају акције исте класе супротстављала начелу равноправности акционара, што би за посљедицу имало ништавост одговарајуће одредбе оснивачког акта или статута.¹⁹

Право гласа је иманентно и неутуђиво право акционара. То је једно од његових личних (управљачких) чланских права и не могу му се одузети без његовог пристанка, па ни онда када би се тако нешто предвидјело оснивачким актом или статутом. У случајевима давања акције у залог акционар ће задржати право гласа, како то изричито одређује Закон о привредним друштвима.²⁰ Када је у питању давање акција на плодуюживање ЗПД се о томе не изјашњава, за разлику од Закона о предузећима из 1998. године, у којем је било предвиђено да право гласа припада акционару који је дао акције на плодуюживање²¹ Према мишљењу већине правних теоретичара, право гласа у случају плодуюживања на акцији има акционар. Међутим, такав став може да буде споран с обзиром на аргументе који се у прилог супротном мишљењу наводе. Наиме, плодуюживалац има захтјев у погледу дивиденде, па у том контексту на гласање треба гледати као намјеру управљања акцијом као предметом плодуюживања, што иде у прилог могућности да право гласа припада плодуюживаоцу. Правила која се односе на плодуюживање указују на то да је тешко спроводљиво одвајање управљања од посједа и права коришћења. Плодуюживалац је заинтересован само за дивиденду и његово вршење права гласа било би усмјерено у правцу одлука које би му омогућиле остваривање права на дивиденду, дакле ка краткорочној користи, без вођења рачуна о интересима акционарског друштва. Ово је оправдано, како у погледу општих правила о плодуюживању, тако и у погледу правила акцијског права, с обзиром на то да је вршење права гласа слободно. Са друге стране, одлуке скупштине не односе се само на дивиденду, већ и на друга питања од значаја за друштво. Као посљедица те чињенице јавила су се мишљења да право гласа у случају плодуюживања треба да врше заједнички акционар и плодуюживалац или да то врше преко заједничког пуномоћника. Ова мишљења нису прихватљива због изостанка правне сигурности, па се у теорији истиче да питање гласа у случају плодуюживања још није ријешено.²²

¹⁹ Марковић-Бајаловић, Д., нав. дјело, стр. 239.

²⁰ Члан 289 ст. 1 ЗПД.

²¹ Члан 254 ст. 5 Закона о предузећима.

²² Више о праву гласа у случају плодуюживања: Арсић, З., *Једнако гласање акционара*, Право и привреда, бр. 4-6/2012, стр. 79–81.

2. Стицање права гласа

Основно правило везано за право гласа акционара је да нема права гласа без акције, јер онај ко је власник акције члан је друштва, његов је акционар. Зато на питање кад се стиче право гласа треба одговорити да је то у моменту кад се стекне акција која то право даје, јер се у том моменту постаје члан друштва. А чланство у друштву стиче се оригинарно и деривативно. Оригинарно чланство стиче се било тако што се учествује у оснивању друштва или се откупе акције које су емитоване у поступку повећања капитала. Деривативно чланство настаје стицањем акције од претходног акционара.

Учествовањем у оснивању акционарског друштва у својству оснивача, а при сукцесивном оснивању (отвореног акционарског друштва) и уписом макар једне акције, стиче се чланство у акционарском друштву, након што оно буде уписано у судски регистар, јер је тада настало и стекло правни субјективитет.

Међутим, пошто ни при оснивању друштва, а ни повећању оснивачког капитала не постоји обавеза да се одмах изврши уплата уписаних акција, већ се то може чинити и касније у року који је прописан или уговорен, може се поставити питање како акционари који су уписане акције дјелимично уплатили могу остварити право гласа. Ту се јављају три могућности и то: а) да то буде у сразмјери са извршеном уплатом, б) у сразмјери са номиналном вриједношћу уписаних акција на основу уговора о откупу акција или в) да могу остварити право гласа само за акције које су уплатили у цијелости, али не и за дјелимично уплаћене акције. У иностраним правима доминира рјешење да се ово право може остварити само уколико су акције у потпуности уплаћене, а такво рјешење, чланом 194, прихвата и ЗПД.

Деривативно стицање чланства је његово извођење из чланства лица које је већ акционар. То лице може бити претходни акционар или само друштво кад оно преноси сопствене акције које је стекло од својих акционара. Стицати акцију од другог може се било правним послом (нпр. продајом, поклоном) или правним сљедништвом због смрти акционара физичког лица или статусним промјенама кад је у питању правно лице (акционарско друштво).

Издате акције морају се уписати у регистар који води Централни регистар хартија од вриједности (даље: Централни регистар). Акционарско друштво води књигу акција у електронском облику код Централног

регистра. У ту књигу уписују се подаци о издатим акцијама и њиховим власницима, те подаци о уписаним и уплаћеним улозима, извршеним преносима акција и појединих права уз њих, њиховом залагању итд. Обавеза уписа података лежи на управи друштва, а Централни регистар има улогу пуномоћника друштва, са овлашћењем да води књигу акционара у његово име и рачун. Важно је напоменути да је обавеза уредног вођења књиге акционара од значаја за акционаре и трећа лица јер се у односу према друштву и трећим лицима акционарем сматра само оно лице које је уписано у Централни регистар,²³ што има посебан значај за остваривање права гласа. Наиме, право гласа на скупштини акционарског друштва остварује се на основу извјештаја Централног регистра са стањем на десети дан прије дана одржавања сједнице скупштине акционара, а тај дан се објављује у позиву за сједницу скупштине акционара.²⁴ Упис у књигу акција која се води код Централног регистра има конституиван значај, јер се право гласа (као и друга права и обавезе) из акције стиче (и преноси) уписом на рачун у Централном регистру.²⁵ Исто тако, ограничења права из акције настају уписом у Централни регистар.

3. Начин остваривања права гласа

Право гласа може се остваривати непосредно, тако да акционар лично гласа када учествује у раду скупштине или гласа писаним путем када је одсутан. То право остварује се и посредно преко пуномоћника који може бити физичко или правно лице. Акционар се може обавезати у односу на друге акционаре и лица да ће гласати на одређени начин. Ова обавеза настаје на основу уговора о гласању, што се може сматрати посебним начином остваривања права гласа, али исто тако и једном врстом добровољног самоограничења гласачке воље и гласачког права. Пошто је уговор о гласању и начин непосредног гласања, то ћемо га разматрати као посебно питање након разматрања аспекта личног гласања.

3. 1. Непосредно (лично) гласање

Лично гласање је редован начин остваривања права гласа. Он уобичајено претпоставља физичко присуство сједницама скупштине,

²³ Члан 202 ст. 1 ЗПД.

²⁴ ЧЛ. 277 ст. 1 ЗПД и чл. 26 Закона о измјенама и допунама Закона о привредним друштвима, “Службени гласник Републике Српске”, бр. 100/11.

²⁵ Чл. 201 ст. 2 и чл. 239 ст. 1 ЗПД.

које се одржавају у сједишту друштва или у мјесту одређеном оснивачким актом. ЗПД дозвољава могућност да се сједница одржи путем конференцијске везе или коришћењем друге аудио или комуникацијске опреме која обезбјеђује да се сва лица која присуствују сједници међусобно чују и разговарају, то су тзв. телефонске сједнице. Сви акционари који учествују на сједници на овај начин третирају се као присутни, а услов за одржавање таквих сједница је да се ради о акционарском друштву које нема више од десет акционара.²⁶ Да би се скупштина пуноважно одржала мора постојати прописани кворум, а да ли он постоји утврдиће се евиденцијом присутних акционара и оних који су оптирала да гласају писаним путем или преко пуномоћника, наравно под условом да сви ти акционари имају право гласа, што се утврђује листом акционара на дан доношења одлуке о сазивању скупштине.²⁷ Листа акционара саставља се на основу извјештаја Централног регистра.

Гласати се може јавно, дизањем руке или другим јавним поступком.²⁸ Путем гласачких листића гласа се на сједници скупштине ако друштво има више од 100 акционара или ако то захтијевају акционари са најмање 10% присутних или заступаних акција са правом гласа о одређеном питању, када се одлучује о: а) избору или разрјешењу директора или чланова управног одбора, независног ревизора и ликвидационог управника и б) финансијским извјештајима, извјештајима о пословању и усвајању система награђивања директора или чланова управног одбора друштва.²⁹ Непосредно је гласање и оно које је вршено писаним путем, када акционар није присутан на сједници скупштине, а нема пуномоћника. Потребно је да глас акционара дат у писаној форми стигне предједавајућем скупштине прије почетка сједнице, зато што се такви гласови по ЗПД урачунавају у кворум, а кворум се утврђује прије сједнице. Акционари свој глас писаним путем дају за приједлог одлуке која им је дата уз позив за сједницу, па уколико се тај приједлог на сједници измијени, логично је да се онда гласови таквих акционара не могу узети у обзир.³⁰ Код гласања писаним путем основни проблем је како утврдити вјеродостојност гласања и спријечити злоупотребе. То треба уредити статутом и обезбиједити да глас дат писаним путем мора

²⁶ Чл. 287 ЗПД.

²⁷ Чл. 277 ЗПД.

²⁸ Чл. 288 ст. 5 ЗПД.

²⁹ Чл. 288 ст. 1 ЗПД.

³⁰ И. Јанковец, *Елементи демократских односа у акционарском друштву*, Правни живот, бр. 11/2003, стр. 8.

стићи прије почетка сједнице скупштине ради утврђивања кворума, те да се мора укључити заједно са другим гласовима кад се гласа за одлуку. Искључена је свака могућност да сви акционари гласају писаним путем, с обзиром на то да скупштина акционара одлуку може доносити само на „физичким“ сједницама (изузетак је „телефонска сједница“).³¹ Закон о привредним друштвима нема одредбе о дужности акционара на тзв. једнако гласање, тј. да по конкретном питању гласа са свим гласовима којима располаже на исти начин. Такву обавезу изричито предвиђа Закон о привредним друштвима Републике Србије из 2011. године.³² Сматрамо да ова обавеза, иако није изричито одређена, постоји у нашем праву. Наиме, ЗПД уводи кумулативно гласање за чланове управног одбора отвореног акционарског друштва као правило, што се може избјећи ако се другачије одреди оснивачким актом или статутом, а исто тако тим актима се кумулативно гласање може увести за избор чланова управног одбора затвореног акционарског друштва.³³ Под кумулативним гласањем подразумијева се гласање у коме сваки акционар или пуномоћник са правом гласа број гласова којима располаже множи са бројем чланова управног одбора који се бирају и може све те гласове дати једном кандидату или их расподијелити без ограничења свим кандидатима.³⁴ Ни једном другом одредбом ЗПД није наведен изузетак од прећутно прихваћеног правила да се гласа са свим гласовима којима располаже акционар на једнак начин, осим у наведеном случају. Поред тога, акционар на основу листе акционара друштва пријављује укупан број гласова којима располаже и ни једним прописом му није дата могућност да подијели те гласове. Према томе, за наше право важи правило да акционар има слободу гласања у смислу да може одлучити да ли ће гласати, а кад одлучи да гласа онда мора располагати својим гласовима на исти начин, без обзира на то како се опредјељује.

3. 2. Уговори о гласању

Уговори о гласању су такви уговори путем којих се акционари међусобно или према трећим лицима обавезују да ће на скупштини акционарског друштва гласати на одређени начин, односно да у одговарајућој

³¹ Васиљевић, М., *Акционарско друштво*, у: Јавнобележничко право, Београд, 2006, стр. 543.

³² Чл. 360 ст. 7. О томе више Арсић, З., *Једнако гласање акционара*, нав. чланак.

³³ Чл. 300 ст. 4 и 6 ЗПД.

³⁴ Исто, ст. 5

ситуацији уопште неће гласати. Обавеза акционара може да се односи на тачно одређену тачку дневног реда, одређене врсте тачака дневног реда или на све тачке дневног реда. Начин оваквог гласања регулише се самим уговором тако да се предвиди усаглашавање акционара о томе како ће гласати на конкретној сједници, а евентуалне несугласице поводом тога рјешавају арбитражом или одлуком лица од заједничког повјерења. Оваквим уговорима акционари задржавају сва своја остала чланска права, осим метода и начина гласања. Уговори су облигационоправне природе.³⁵ Нису ни у супротности са принципом да свака акција даје право гласа, с обзиром на то да је у питању облигационоправни однос и да њихова пуноважност не утиче на дејство права гласа.³⁶ Овакви уговори могу имати позитивне ефекте по друштво, јер се тако може осигурати затвореност друштва, а мањинским акционарима обезбиједити утицај приликом гласања у скупштини.³⁷

Неизвршавање обавезе из уговора о гласању не утиче на пуноважност гласа акционара нити одлуку скупштине чине рушљивом. Ово зато што се правне посљедице повреде уговора ограничавају само на уговорне стране, као и код сваког другог облигационог уговора због његовог релативног дејства. Стога је основна правна посљедица неизвршења обавезе вршења права гласа на утврђени начин накнада штете. Спорно је да ли се тужбом може тражити извршење уговорне обавезе. По једном мишљењу, акционар не може бити тужен за извршење обавезе с обзиром на то да би супротан став противрјечио основама акцијског права, према којима је право гласа везано за акцију. Ипак, доминирајуће мишљење је да је тужбом могуће тражити извршење уговора о вршењу права гласа, те да судска одлука по тужби замјењује глас на скупштини.³⁸ Треба нагласити да, независно од пуноважности уговора, обавеза на посебно гласање преузета уговором не мора бити поштована када се гласа за одлуку које је супротна закону, оснивачком акту или статуту. На примјер, када се ради о избору лица које не испуњава услове за чланство у органу друштва, или када се гласа за исплату дивиденде а нису покривени губици из прошле пословне године.

Наш Закон о привредним друштвима експлицитно наводи случајеве ништавости уговора о вршењу права гласа.³⁹ Први је случај уговорног

³⁵ Würdinger, H., нав. дјело, стр. 68.

³⁶ Арсић, З., *Уговори о вршењу права гласа*, Право и привреда, бр. 5-12/2003, стр. 30.

³⁷ Марковић-Бајаловић, Д., нав. дјело, стр. 243, Барбић, Ј., нав. дјело, стр. 304.

³⁸ Hüffer, U., *Aktiengesetz*, München, 1999, стр. 648.

³⁹ Чл. 286.

обвезивања акционара или пуномоћника да ће гласати по упутствима акционарског друштва или члана управног одбора, директора или члана извршног одбора. У теорији се сматра да такво обвезивање према члану неког органа друштва не би по правилу било ништаво, осим ако се ради о члану органа који је и контролни акционар.⁴⁰ Међутим, овакав став законодавца има своје оправдање у различитим интересима акционара и чланова управе те у обавези управе да извршава одлуке скупштине друштва. Ако би управа добила право да даје налоге акционарима како да гласају у скупштини, преузела би потпуну контролу над друштвом.⁴¹ Други је случај уговор којим се акционар обавезује да ће користити право гласа на одређени начин или неће гласати, у замјену за погодности или друге услуге које му одобри друштво или члан управног одбора, директор или члан извршног одбора. Овдје, чак и да се ЗПД не изјашњава (ради се о својеврсној „куповини гласова“), могла би се оспоравати основаност таквих уговорних одредаба са аспекта пословног морала и добрих обичаја.⁴²

Када је ријеч о ништавим уговорима о вршењу права гласа, може се поставити питање односа посебних основа ништавости утврђених ЗПД и основа ништавости који важе за све облигационоправне уговоре.⁴³ Пошто уговор о вршењу права гласа има све карактеристике облигационог уговора, јасно је да се општи основи ништавости примјењују на њега. Зато наведени случајеви ништавости из ЗПД нису и једини основи ништавости таквих уговора. Тако би, на примјер, био ништав уговор о гласању који закључи акционар а којим се обавезује да врши своје право гласа према упутствима другог акционара, а другог акционара погађа забрана вршења права гласа због сукоба интереса или ако из других разлога не може да врши своје право гласа. Ово стога јер би се извршењем таквих уговора омогућило том акционару да оствари утицај за доношење одлуке друштва, што се противи смислу и циљу законске забране вршења права гласа.⁴⁴ У погледу правних посљедица ништавости уговора о вршењу права гласа треба напоменути да право гласа акционара није искључено зато што је уговор ништав с обзиром на његово релативно дејство. Акционар може гласати за или против приједлога управе друштва, а може се уздржавати од гласања. Гласачка изјава је

⁴⁰ Васиљевић, М., *Акционарско друштво*, нав. дјело, стр. 538.

⁴¹ Марковић-Бајаловић, Д., нав. дјело, стр. 244.

⁴² Васиљевић, М., *Акционарско друштво*, нав. дјело, стр. 539.

⁴³ Ти основи утврђени су у чл. 103 Закона о облигационим односима.

⁴⁴ Тако, Hüffer, U., нав. дјело, стр. 646.

ништава или рушљива. У погледу рушљивости треба указати да она долази у обзир због заблуде и преваре, када је акционар сматрао да свој глас мора дати на начин који одговара ништавом обавезивању.⁴⁵

Уговори о вршењу права гласа не могу бити регистровани и не могу се истицати према трећим лицима, с обзиром на то да их не морају знати (ово важи и за друштво ако му споразум између свих или неких акционара није познат).⁴⁶

3.3. Гласање преко пуномоћника

Акционар може своје право гласа остварити преко пуномоћника, при чему пуномоћник може бити физичко или правно лице.⁴⁷ Пуномоћје је облигациони однос између акционара и заступника (уговор о налогу), на основу којег је пуномоћник (заступник) овлашћен а уједно и обавезан да дјелује за заступаног акционара на договорени начин и да предузима све радње у вези са давањем гласа. Осим тога, потребна је и пуномоћ која представља једнострану изјаву воље заступаног акционара. Према томе, ради се о сложеном правном односу који обухвата уговор и једнострану изјаву воље. Пуномоћник може да врши право гласа само ако акционар има право гласа на дан утврђивања акционара, а каснији преноси акција немају значај у погледу вршења права.⁴⁸

Када акционар врши право гласа преко пуномоћника поставља се питање ко располаже гласовима. На једној страни, пуномоћник даје гласачку изјаву у име и за рачун акционара, али је то изјава његове воље, а не воље акционара, с обзиром на то да пуномоћник није гласник и не преноси туђу вољу. С друге стране, пуномоћник има обавезу да гласачку изјаву даје у складу са налогом који је добио од акционара. Та обавеза није корпоративне природе већ облигационоправне, јер настаје на основу уговорног односа акционара и пуномоћника. Зато је гласачка изјава пуноважна према друштву и када је дата противно добијеном налогу, уз могућност накнаде штете акционару због повреде уговора од стране пуномоћника.⁴⁹

⁴⁵ Hüffer, U., нав. дјело, стр. 682.

⁴⁶ Васиљевић, М., *Акционарско друштво*, нав. дјело, стр. 540.

⁴⁷ Од пуномоћника треба разликовати гласника, који за разлику од пуномоћника не даје властиту изјаву воље, већ доноси гласачку изјаву одсутног акционара када он гласа писаним путем.

⁴⁸ Члан 278 ст. 7 ЗПД.

⁴⁹ Арсић, З., *Једнако гласање акционара*, нав. чланак, стр. 81.

Пуномоћ за заступање на скупштини пуноважна је ако је дата у писаној форми или електронским путем под условом да је обезбијеђена аутентичност изјаве о пуномоћју, кад се тако одреди оснивачким актом или статутом. Пуномоћје се може дати за једну или више скупштина, на одређено вријеме или до опозива, а када је дата за једну или више скупштина важи и за поновљену скупштину, без обзира на разлоге понављања.⁵⁰ Пуномоћ је опозива у било које вријеме прије гласања на сједници скупштине писаним опозивом достављеним акционарском друштву и пуномоћнику, те прећутно личним присуством акционара и гласањем на скупштини. Ово исто тако подразумејева да се претходно пуномоћ мора дати пуномоћнику и доставити у сједиште акционарског друштва које од дана обавјештавања мора позиве достављати пуномоћнику коме се тако омогућава да обавља своје пуномоћничке обавезе. У том смислу пуномоћник мора добити обавјештења о дневном реду скупштине, предлозима одлука као и акционар који нема пуномоћника. Ако пуномоћ садржи упутства или налоге за остваривање права гласа, пуномоћник је дужан да поступа по њима, а ако пуномоћ не садржи упутство, пуномоћник остварује право гласа савјесно и у најбољем интересу акционара.⁵¹ О томе како је гласао на скупштини пуномоћник је дужан да обавијести акционара. Он ће одговорати за извршење својих обавеза, а његова одговорност према акционару за остваривање права гласа не може се унапријед искључити или ограничити.⁵²

Право гласа на основу акција које акционарско друштво има у другом друштву, може остварити и пуномоћник. Право гласа акција преминулог лица, малолетника или другог лица које нема пословну способност, може вршити законски заступник тог лица без преноса тих акција на име тог заступника.⁵³ Право гласа на основу акција које за стечајног дужника држи стечајни или ликвидациони управник приликом ликвидације друштва, може вршити без преноса тих акција на своје име ако је овлашћење за то дато одговарајућом судском одлуком у којој је такво лице овлашћено.⁵⁴

Акционарско друштво не може ограничити акционара у погле-

⁵⁰ Чл. 278 ст. 4 ЗПД.

⁵¹ Акционар је у обавези да давање налога изврши у складу са законом, односно да налог гласи на једнако гласање. Тако и Арсић, З., *Једнако гласање акционара*, нав. чланак, стр. 81.

⁵² Чл. 278 ст. 8 и 9 ЗПД. Ради се о одговорности за накнаду настале штете по основу одредаба Закона о облигационим односима.

⁵³ Чл. 289 ст. 2 и 3 ЗПД

⁵⁴ Исто, стр.

ду права избора пуномоћника. Исто, тако, статутом друштва не може се искључити вршења права гласа преко пуномоћника. Међутим, статутом би се могли прописати услови које неко лице мора испуњавати да би могло бити пуномоћник.⁵⁵ Пуномоћник може бити други акционар, али и треће лице.⁵⁶ Наш ЗПД у погледу ограничења везаних за избор пуномоћника садржи норму по којој директор или чланови управног одбора и контролни акционари не могу бити пуномоћници за акционаре запослене у друштву и повезана лица у смислу ЗПД, јер се ради о сукобу интереса ових лица са интересима акционара запослених.⁵⁷ Ангажовање пуномоћника је право акционара, избор је његове слободне воље. Међутим, ако акција има више власника (сувласника) акције, тада ЗПД каже да ће сувласници остварити право гласа и друга права у друштву само преко заједничког пуномоћника, ако оснивачким актом или статутом акционарског друштва није другачије одређено. Сувласници акције о одређивању заједничког пуномоћника обавјештавају друштво писаним путем ради уписа у књигу акционара и Централни регистар.⁵⁸ Један акционар може имати за све своје акције једног пуномоћника.⁵⁹ Ово је логично јер се гласови акционара не могу дијелити, а ни акционарско друштво не би дозволило да акционар пријављује више пуномоћника који би гласали на основу свих гласова којима акционар располаже. Тада би неосновано акционар имао онолико пута више гласова колико има ангажованих пуномоћника. С друге стране, више акционара може имати једног пуномоћника. Тада би такав пуномоћник морао поступити по налогу сваког акционара посебно, како то одговара конкретним интересима, али би се акционари могли договорити да пуномоћник гласа исто о одређеном питању. Кад заједнички пуномоћник представља најмање десетину основног капитала друштва, или статутом одређени мањи дио, он може користити права која закон даје мањинским акционарима, да на примјер поднесе деривативну тужбу против члана управе друштва.⁶⁰

⁵⁵ Арсић, З., *Вршење права гласа преко пуномоћника*, Право и привреда, бр. 5-18/2007, стр. 73.

⁵⁶ Јанковец, И., *Вршење акционарских права преко пуномоћника (према правима неких европских земаља)*, Право и привреда, бр. 1-4/2003, стр. 19.

⁵⁷ Чл. 278 ст. 6.

⁵⁸ Чл. 209 ст. 1 и 2. Укупност права која даје акција у односу на друштво је недјелива – то је принцип недјеливости акције. Акционарско друштво не може познавати до једног имаоца акције, па је у случају заједничког пуномоћника то потврда овог принципа. Више, Васиљевић, М., *Водич за читање Закона о привредним друштвима*, Београд, 2004, стр. 301.

⁵⁹ Чл. 278 ст. 1 ЗПД.

⁶⁰ Јанковец, И., *Вршење акционарских права преко пуномоћника*, нав чланак, стр. 23.

Измјенама и допунама Закона о привредним друштвима из 2011. године посебно је регулисано остваривање права гласа акционара посредством кастоди банке.⁶¹ Кастоди банка се у Централном регистру води као комисионар акционара, тј. акције води у своје име, а за рачун акционара. Она може за своје акционаре клијенте остварити право гласа на скупштини акционара само на основу писане пуномоћи коју је дужна презентовати приликом присуствовања сједници. Право гласа може вршити одвојено за сваког клијента, а има обавезу да клијенту достави приједлоге за гласање по свакој тачки дневног реда, да тражи од њега упутство за гласање, уз упозорење да ће, ако га не добије, гласати на начин како му је предложено. Банка је дужна да клијенту достави одговарајући формулар за давање упутства за гласање, односно пуномоћ за гласање, која може бити и у електронској форми. При давању приједлога за гласање банка мора водити рачуна о интересу клијента, те водити рачуна да њени интереси на другим подручјима пословања не утичу на интерес комитента. Кастоди банка мора чувати копије свих упутстава за гласање и датих пуномоћи за гласање, у материјалној и електронској форми, три године од дана одржавања скупштине акционара, те да клијента који је дао упутство за гласање обавијести да ли је поступљено по његовим налозима и упутствима датим у пуномоћи.⁶²

У пракси се тзв. мали акционари могу удруживати ради остваривања свих или појединачних гласачких права, чиме могу утицати на одлучивање у скупштини. Удружења акционара морају именовати једно лице (акционара или треће лице) да их заступа на скупштини. На овај начин могу лакше остварити своја мањинска права која им по ЗПД припадају.⁶³

4. Ограничење права гласа

Претходно је напоменуто да је основни принцип код гласања на скупштини акционарског друштва принцип сразмјерности, пропорцио-

⁶¹ Чл. 27 Закона о измјенама и допунама Закона о привредним друштвима, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 100/11. Тим чланом одређено је да се после члана 278 ЗПД додаје члан 278 а и наведена његова садржина коју ћемо изложити.

⁶² Сличне одредбе о односу кастоди банке и клијента акционара садржи и Закон о акционарским друштвима Њемачке из 1965. године – видјети пар. 128 и 135.

⁶³ О тим правима више: Рајчевић, М., *Правни статус мањинских акционара*, VII симпозијум о корпоративном управљању, Финрар, Бања Врућица, 2012.

налности, тј. да је број гласова једнак броју акција јер једна акција исте номинале даје право на један глас. Од овог правила постоје изузеци у погледу ограничења максималног броја гласова појединог акционара, без обзира на број акција са којима располаже или у погледу условљавања остваривања права гласа минималним бројем акција које акционар мора да има.

Закон о предузећима из 1998. године предвиђао је могућност да се статутом изврши максимирање броја гласова појединог акционара. Било је могуће предвидјети највећи број гласова сваког акционара, без обзира на номиналну вриједност акција које посједују.⁶⁴ Међутим, важећи Закон о привредним друштвима не садржи такву норму. Ипак, постоји одредба ЗПД која каже „да акционар има право гласа у складу са статутом“,⁶⁵ што даје основ за тврдњу да оваква формулација дозвољава примјену института максимирања броја гласова у домаћем праву,⁶⁶ мада би се могло тврдити супротно, позивајући се на чињеницу изостанка изричите норме о томе. Одредбе о максимирању броја гласова акционара познате су у упоредном праву.⁶⁷ Постоје различита рјешења у погледу максимирања гласова. Тако се може предвидјети да ни један акционар са правом гласа не може вршити право гласа преко номиналног износа својих акција од један милион, или преко неког износа основног капитала на пр. 10%. То може у екстремној варијанти бити и статутарно одређење по којем сваки акционар има право на само један глас, што се своди на гласање по главама. Право гласа може се ограничити и степеновањем, како је у њемачком праву: право гласа даје одређен број акција, а акције изнад тог броја дају мањи број гласова (нпр. изнад 1.000 акција, акционару сваких 10 акција даје један глас, а изнад 2.000 акција сваких 20 акција даје један глас), а могуће је степеновано и максимално ограничење права гласа комбиновати.⁶⁸

Правнотеоретско оправдање ограничења права гласа види се у заштити акционарске мањине од мајоризације ималаца, великих „пакета акција“, затим када постоји опасност да би неко у друштву могао стећи посебно велики утицај, што би према околностима могло бити штетно по друштво и, најзад, тиме се друштво може бранити од непријатељског

⁶⁴ Чл. 217 ст. 4 Закона о предузећима.

⁶⁵ Чл. 266 ст. 2.

⁶⁶ Арсић, З., *Максимирање броја остваривих гласова појединог акционара*, Право и привреда, бр. 9-12/2007, стр. 38.

⁶⁷ Нпр. члан 291 Закона о трговачким друштвима Хрватске, што је преузето из њемачког права.

⁶⁸ Барбић, Ј., нав. дјело, стр. 292–293.

преузимања.⁶⁹ Треба напоменути да у упоредном праву постоје национална права која ограничење права гласа прихватају само у погледу друштва која нису на берзи.⁷⁰ Доктринарно посматрано, максимирање броја гласова не односи се на стицање права гласа, него на његово вршење, зато што се максимира број (од акционара) остваривих гласова.⁷¹ Ради се о томе да у таквим ситуацијама не долази до губитка права на одређеним акцијама, већ се ради о суспензији вршења права гласа у погледу акција које, по номиналној вриједности, превазилазе акције које би, примјеном општег принципа, дале право на утврђени максимум. Преносом тих акција нови власник може да врши право гласа у складу са принципом сразмјерности. У питању је, дакле, немогућност вршења права гласа, а не његовог стицања, због чега не долази до нарушавања принципа да једна обична акција даје право на један глас. Максимирањем броја гласова не ствара се нова класа акција, нити се ограничавају са акцијом повезана права, већ се ограничава субјективна гласачка моћ појединог акционара.⁷²

Статутом би било могуће, а и корисно, нарочито кад се ради о акционарским друштвима са дисперзованим великим бројем малих акционара, условити остварење права гласа у скупштини посједовањем одређеног броја, односно номиналне вриједности акција. На овај начин не ограничава се право учешћа у раду скупштине, само се ограничава остваривање права посједовањем минималног цензуса акција са правом гласа ради рационалнијег рада скупштине (мањи трошкови). Акционари који немају минимални цензус броја акција, односно номиналне вриједности, ради остваривања права гласа у скупштини могу се удруживати у клубове акционара, тзв. синдикатски уговори акционара (уговори о мандату).⁷³ Разлог удруживања акционара, за разлику од ситуације када се жели повећати гласачка моћ малих акционара, овдје је у намјери да се оствари статутом утврђени минимални гласачки цензус.

5. Искључење права гласа

Закон о привредним друштвима одређује да акционарско друштво може издавати обичне (редовне) и повлашћене (приоритетне,

⁶⁹ Исто, стр. 293.

⁷⁰ Арсић, З., *Максимирање...*, нав. чланак, стр. 36.

⁷¹ Wurdinger, H., нав. чланак, стр. 68.

⁷² Арсић, З., *Максимирање...*, нав. чланак, стр. 37.

⁷³ Васиљевић, М., *Јавнобележничко право*, нав. дјело, стр. 537–538.

преференцијалне) акције.⁷⁴ Правило је да свака обична акција даје право једног гласа у скупштини о свим питањима о којима се гласа на скупштини, а свака издата повлашћена акција даје право гласа само под условима који су утврђени законом односно статутом.⁷⁵ Повлашћене акције обично се издају када је друштву потребан капитал за пословање, а не жели се промијенити структура акционара с обзиром на њихово право гласа у скупштини. Тако се може повећати основни капитал друштва а да подјела гласачке моћи остане сачувана. Заузврат, акционари са повлашћеним акцијама имају приоритете које су имовинске природе (приоритет у расподјели дивиденде и ликвидационе масе). Међутим, када не остваре та права, упркос томе што су их стекли, онда они не добијају оно што им се даје као противвриједност за то што немају право гласа као и акционари који имају обичне акције, па им се због тога што под једнаким условима сви акционари имају једнак положај у друштву даје право гласа које иначе немају.⁷⁶ То право ће имати све док им друштво не исплати оно што им дугује на име дивиденде. ЗПД одређује да акционари са повлашћеним акцијама имају и право једног гласа на било којој скупштини акционара о питањима која захтијевају групно гласање акционара дате класе повлашћених акција, у складу са ЗПД.⁷⁷ Закон о привредним друштвима каже да се оснивачким актом друштва може одредити да акционари повлашћених акција имају право гласа са акционарима који имају обичне акције на скупштини акционара, ако: а) се таква повлашћена акција претвара у обичну (када могу имати број гласова једнак броју гласова обичних акција у које се могу претворити) и б) дивиденде на повлашћене акције које су стечене и чија је исплата захтијевана нису исплаћене, до њихове исплате. Према томе, повлашћене акције нису без права гласа, већ је то право суспендовано, искључено, све док друштво не падне у доцњу са исплатом приоритетне дивиденде, или када се остваре услови предвиђени ЗПД, у којим случајевима се право гласа активира. Тада и ти акционари улазе у рачун за кворум и доношење одлука. Код обичних акција ситуација је обрнута. Они имају право гласа о свим питањима о којима се на скупштини гласа, а изузетно, у ситуацијама које су предвиђене ЗПД, искључује им се право гласа о одређеним питањима, док у погледу осталих питања акционар врши своје право гласа у складу са општим правилима.

⁷⁴ Чл. 199 ст. 1.

⁷⁵ Чл. 285 ст. 1 у вези са чл. 204 ст. 5 и 6 ЗПД.

⁷⁶ Барбић, Ј., нав. дјело, стр. 301–302.

⁷⁷ Акционари који имају повлашћене акције морају дати сагласност на одлуке којим се мијењају или умањују њихова утврђена права. Видјети нпр. чл. 211 ст. 2 ЗПД.

Неколико је ситуација у којима Закон о привредним друштвима искључује право гласа имаоцима обичних акција. Тако, право гласа биће искључено када: а) друштво стекне сопствене акције, б) када се ради о акцијама по основу узајамног капитал учешћа и в) када дође до сукоба интереса између друштва и акционара.

Сопствене акције су акције које је акционарско друштво стекло од својих акционара. Оне не дају право гласа⁷⁸ зато што долази до конфузије интереса власника капитала и интереса друштва у који је капитал уложен.

Ако је акционар друго привредно друштво у коме акционарско друштво има акције путем којих контролише процес доношења одлука о том другом друштву (које му је зато подређено), акције не дају право гласа.⁷⁹ Уколико једно друштво стекне, директно или индиректно, акције или удјеле другог друштва, а то друго друштво повратно, директно или индиректно, стекне акције првог друштва, то има исто дејство као и стицање сопствених акција.

Закон о привредним друштвима у одређеним случајевима прописује искључење права гласа да би неутралисао посебан интерес акционара којим они у одређеним случајевима могу гласати у скупштини, водећи рачуна приоритетно о својим а не о интересима друштва. Акционари би тада били у ситуацији да одлучују о сопственој ствари, а то би се косило са максимом, још из римског права, да нико не може бити судија у свом случају (*nemo iudex in causa sua*). То би, дакле, било неприхватљиво, па отуда ЗПД одређује да акционар не може гласати у скупштини када се одлучује о: а) ослобађању или смањењу његових обавеза и обавеза са њим повезаних лица према друштву, б) покретању или одустајању од спора против њега или са њим повезаних лица и в) одобравању послова у којима постоји сукоб интереса између и/или са њим повезаних лица и друштва у складу са ЗПД.⁸⁰ Гласови акционара чије је право искључено у конкретном случају не узимају се у обзир ни приликом утврђивања кворума за одлучивање, чиме се избјегавају ризици недоношења одлуке, посебно у ситуацијама када се ради о акционару који располаже великим бројем гласова. Ово искључење гласа не односи се само на акционара већ и на са њим повезана лица.⁸¹ Отуда, нити акционар може

⁷⁸ Чл. 219 ст. 4 т. 8) ЗПД.

⁷⁹ Чл. 285 ст. 3 ЗПД.

⁸⁰ Чл. 291 ст. 1 ЗПД.

⁸¹ Повезана лица су лица која дефинише чл. 34 ЗПД.

гласати у овим ситуацијама за повезана лица, нити она за њега (кад би били између себе пуномоћници). Међутим, искључење које је наведено неће се примјењивати у ситуацији када се одлучује о избору акционара или разрјешењу као члана управног одбора, директора или ликвидатора друштва. Чини се да је и у овој ситуацији требало искључити право гласа акционара зато што је то одлучивање о сопственом интересу, без обзира на то што се, може бити, и не ради о сукобу интереса са друштвом. У неким другим ситуацијама ЗПД је поштовао то правило. Тако, оснивачи и уписници акција на основу неновчаног улога немају о том питању право гласа, а на оснивачкој скупштини оснивачи који су имали трошкове оснивања немају право гласа при одобрењу трошкова оснивања, као ни лица која имају посебне уговоре са друштвом који подлијежу одобрењу скупштине.⁸²

Институт искључења права гласа акционара у скупштини акционара има доста контроверзи.⁸³ Сматра се да би боље рјешење било да је ЗПД оптирао за диспозитивну норму умјесто императивне, с обзиром на то да би мањинским акционарима стајале на располагању одређене тужбе против одлука скупштине којима је злоупотребљено право већине. Примјена овог института је проблематична са аспекта оправданости идеје, јер је ријеч о акционарима који су власници акција конкретног друштва, који у скупштини гласају као власници и ако имају најмање значајно капитал учешће (20%) тешко је очекивати да могу имати неки властити интерес који је супротан интересу друштва.⁸⁴

Треба на крају напоменути да је последица гласања противно забрани вршења права гласа ништавост гласања, као и одлуке која је донијета учешћем акционара чији је глас искључен.⁸⁵

Закључак

Право гласа је овлашћење акционара да учествује у стварању воље акционарског друштва на његовој скупштини. Манифестује се и реализује изјавом воље акционара према друштву као својеврсним прав-

⁸² Чл. 198 ст. 3 и 5 ЗПД.

⁸³ Арсић, З., *Забрана вршења права гласа у скупштини акционарског друштва*, Право и привреда, бр. 5-8/2003, стр. 64.

⁸⁴ Васиљевић, М., *Јавнобележничко право*, нав. дјело, стр. 546.

⁸⁵ Чл. 293, ст. 1 тач. б) ЗПД

ним послом. То је најважније лично, управљачко право. Оно је компонента чланског односа, па га зато не може имати нико ко није акционар. Неодвојиво је од акционара, он га се не може одрећи, али има право, зависно од личних интереса, и да га не врши. Утицај сваког од акционара у друштву зависи од његове гласачке моћи, тј. од броја обичних акција са којима располаже, по принципу пропорционалности, јер важи правило да свака издата обична акција даје право на један глас о свим питањима о којима се на скупштини одлучује. Право гласа стиче се моментом стицања акције било оригинарно (изворно), од друштва или деривативно (изведено) од претходног акционара као њеног власника. Оно се може остваривати непосредно, личним гласањем акционара, или преко пуномоћника који може бити физичко или правно лице (најчешће касходи банка). У односима пуномоћства мора се поштовати акционарева воља, у супротном ће пуномоћник бити у обавези да надокнади насталу штету, с обзиром на то да се ради о облигационом односу. Акционар се уговором о гласању може према другим акционарима и лицима обавезати да ће своје право гласа користити на одређени начин.

Право гласа могуће је ограничити, што је изузетак од принципа пропорционалности. Ограничење је могуће у погледу максималног броја гласова којима један акционар може располагати без обзира на број акција које има у свом портфељу, али је могуће и да се право ограничи тако што ће се његово остварење условити минималним бројем акција које акционар мора да има. Право гласа може се и искључити у ситуацијама које су законом прописане, а принципијелно се односе на сукоб интереса акционара и друштва, када предност треба дати интересима друштва, те на повреду начела да се не може одлучивати у сопственом интересу.

И на крају, констатујмо да је право гласа за акционарско друштво значајно утолико што се њиме, као дјелу мозаика укупне воље, воља формира, те се друштво тако читује према трећим лицима, али и унутар себе, у интерним односима између акционара и акционара према друштву. Воља друштва може се читовати, када су у питању стратешке одлуке, само путем гласова акционара, а када су у питању оперативни послови она се манифестује дјелатношћу и изјавама воље оперативних органа друштва – његове управе. Међутим, с обзиром на чињеницу да управа извршава одлуке скупштине, она извршава и вољу друштва односно акционара који одлучују на скупштини друштва.

Marko Rajčević, PhD

Full Professor, Faculty of Law in Banja Luka

Judge of the Constitutional Court of Republic of Srpska

SHAREHOLDERS' VOTING RIGHTS

Summary

This paper discusses the legal aspects of shareholders' voting rights. It is a personal right acquired by the emergence of member relations and represents the power of shareholders to participate in the creation of the will of society by giving voting statement in the Assembly. It can be accomplished in person or through a representative, and may be restricted or excluded in cases prescribed by the statute.

Keywords: *action, joint stock company, voting rights*

**ПРОМЕНА СЕДИШТА И МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА ПРИВРЕДНА
ДРУШТВА У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ
– ИМПЛИКАЦИЈЕ ЗА БОСНУ И ХЕРЦЕГОВИНУ –**

Проф. др Дијана Марковић-Бајаловић*

***Апстракт:** У условима развијених унутрашњих и међународних привредних односа, привредна друштва често имају потребу да мењају своје стварно или регистровано седиште, како би, на пример, своје ресурсе приближили тржишту са већом тражњом (економски разлози), или издејствовали повољнији порески режим, примену повољнијег материјалног права које уређује њихов статус или надлежност фаворабилније јурисдикције (правни разлози). У складу са начелом слободе кретања лица, које је уграђено у Уговор о функционисању Европске уније и у Устав БиХ, право премештања седишта загарантовано је привредним друштвима. Остаје отворено питање да ли промена седишта води промени статуса привредног друштва, односно питање одређивања меродавног права на основу којег се цени правна и пословна способност привредног друштва? Питање је не само од теоријског, већ и од великог практичног значаја, јер настањење привредног друштва подвргнутог једном правном режиму на територији на којој важи други правни режим може понекад имати штетне последице на положај трећих лица – чланова или акционара, запослених и поверилаца привредног друштва. Држава/ентитет настањења стога може имати потребу да примени мере заштите, које се огледају у подвођењу настањеног привредног друштва под сопствени правни режим или, чак, у негирању права на настањење. У праву Европске уније наведено питање је више пута било разматрано у одлукама Суда правде, а дотакнуто је и у секундарним актима ЕУ, од којих нису сва угледала светлост дана. Право Босне и Херцеговине није отворило ово питање, иако пракса показује*

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву.

заинтересованост великог броја привредних друштава да послују на територији читаве БиХ, док се законодавство ентитета о привредним друштвима значајно разликује. Принципи који су примењивани од стране органа ЕУ могу послужити као узор у реализацији уставног начела о слободи кретања лица у разрешењу сукоба ентитетских закона. Ипак, право решење проблема било би усклађивање законодавства о привредним друштвима унутар Босне и Херцеговине.

Кључне речи: промена седишта, привредно друштво, меродавно право, сукоб закона, право Европске уније.

Меродавно материјално право за привредна друштва (*lex societatis*) уобичајено се одређује на основу њиховог седишта. Седиште привредног друштва је чињеница која повезује привредно друштво са одређеном државом – привредно друштво има националност државе у којој се налази његово седиште. Право те државе меродавно је да регулише питања као што су: облик привредног друштва и услови које оснивачи морају испунити да би привредно друштво било пуноважно основано; органи управљања у друштву, њихове надлежности, овлашћење за заступање у правним односима са трећим лицима и правне последице прекорачења овлашћења; одговорност органа управљања према члановима друштва/ акционарима и повериоцима друштва; ништавост и рушљивост одлука органа друштва; право запослених да учествују у управљању друштвом; статусне промене и промене правне форме; услови за отварање поступка ликвидације и стечаја; и др.

Појам седишта привредног друштва квалификује се у упоредном законодавству на два начина: као регистровано и стварно седиште.¹ Ако се седиште привредног друштва дефинише као место које је одређено у оснивачком акту и уписано у регистру привредних друштава, реч је о регистрованом седишту. Законодавства која седиште привредног друштва одређују на овај начин, сматрају да привредно друштво задржава домаћу националност и када се стварно седиште промени, односно премести у неку другу државу. Стварно седиште се уобичајено одређује као место из кога се управља пословима друштва, односно место где се налази главна управа друштва. У правним системима који се опредељују за

¹ Вид. Т. Јевремовић-Петровић, *Државна припадност, lex societatis и седиште привредног друштва*, Правни живот, 11/2010, стр. 155–176. Д. Марковић-Бајаловић, *Сукоб закона о привредним друштвима*, Правни живот, 11/2013, стр. 143–157.

појам стварног седишта сматра се да промена стварног седишта доводи и до промене националности привредног друштва, па тиме и меродавног права које се примењује на горенаведене односе.

Проблем промене седишта (регистрованог или стварног) привредног друштва и, последично, промене меродавног материјалног права, појавио се у праву Европске уније у вези са остваривањем права на настањивање, као једног вида начела слободе кретања лица, дефинисаног у члану 49 Уговора о функционисању ЕУ (даље: УФЕУ). Чланом 49 став 1 забрањена су било каква ограничења слободе настањивања, што укључује и ограничења о формирању представништава, огранака или зависних друштава држављана држава-чланица настањених на територији било које државе-чланице. Законодавство о привредним друштвима држава-чланица тек је минимално хармонизовано компанијским директивама ЕУ.² Значајне разлике постоје у погледу правних форми привредних друштава, услова за њихово оснивање, унутрашње организације, средстава и гаранција заштите чланова и поверилаца друштва, итд. Промена седишта привредног друштва, било регистрованог, било стварног, са територије једне на територију друге државе-чланице ЕУ може, стога, бити отежана или онемогућена препрекама у законодавству како државе порекла, тако и државе настањења.

У Босни и Херцеговини привредна друштва су у целини регулисана на ентитетском нивоу. Минимална међусобна усклађеност ентитетских закона о привредним друштвима не може се приписати намери ентитетских законодаваца да креирају најмањи заједнички садржалац компанијске регулативе у БиХ. Она је, пре, последица усклађивања са компанијским директивама ЕУ, што се чини посредно, преузимањем законских решења држава из окружења, које су претходно већ прошле кроз процес усклађивања са правом ЕУ. Отуда промена седишта привредног друштва БиХ са територије једног ентитета на територију другог ентитета може довести до сличних проблема као и у Европској унији – да се пред осниваче и управу привредног друштва поставе рестрикције које потиру начело слободе кретања лица из члана I тачка 4 Устава БиХ. Лако је замислити пример дионичког друштва регистрованог у Брчко Дистрикту у складу са Законом о предузећима БД, који захтева минимални улог од 15.000 КМ новчаног капитала,³ чији оснивачи након оснивања одлуче да преместе стварно седиште друштва на територију Републике

² Вид. М. Васиљевић, В. Радовић, Т. Јевремовић-Петровић, *Компанијско право ЕУ*, Београд 2012.

³ „Сл. гласник БД БиХ“, бр. 49/2011

Српске или Федерације БиХ. Законодавством о привредним друштвима ових двају ентитета прописан је знатно већи минимални новчани капитал за отворена акционарска, односно дионичка друштва, у износу од 50.000 КМ.⁴ Може се поставити питање да ли се том друштву признаје правна способност на територији друга два ентитета и да ли може без икаквих додатних услова пријавити промену седишта у Регистру пословних субјеката?

Смернице које могу бити од помоћи приликом тражења одговора на претходно питање даје право Европске уније.

1. Унификација компанијског права ЕУ и промена седишта

Први покушај унификације компанијског права ЕУ којим је дотакнуто питање промене седишта представљала је Конвенција о узајамном признавању компанија и корпоративних тела из 1968.⁵ Конвенција је усвојена са циљем да омогући мобилност привредних друштава унутар територије држава чланица тадашње ЕЕЗ, у контексту начела о слободи настањивања утврђеног чланом 58 став 2 Уговора о оснивању ЕЕЗ (садашњи члан 49 став 2 УФЕУ).⁶ Конвенција је обавезивала потписнице⁷ да признају правну способност компанијама и другим корпоративним телима основаном по праву једне државе-чланице и са статутарним регистрованим седиштем на територији неке од држава-чланица Конвенције.⁸ Чланом 3 Конвенције овлашћене су потписнице да приликом ратификације изјаве да неће признавати компаније и остала корпоративна тела чије се стварно регистровано седиште налази изван територија држава потписница на које се Конвенција примењује, уколико немају стварну везу са привредом неке од држава на које се Конвенција

⁴ Члан 228 став 2 Закона о привредним друштвима РС („Сл. гласник РС“, бр. 127/2008, 58/2009, 100/2011 и 67/2013) и члан 127 Закона о привредним друштвима ФБиХ („Сл. новине ФБиХ“, бр. 23/1999, 45/2000, 2/2002, 6/2002, 29/2003, 68/2005, 91/2007, 84/2008, 88/2008, 7/2009, 63/2010 и 75/2013).

⁵ *EC Convention on the Mutual Recognition of Companies and Bodies Corporate*, 29.2.1968, Bulletin of the European Communities Supplement 2/69, стр. 7–16.

⁶ Слобода настањивања предузећа у смислу члана 49 став 2 УФЕУ, а посебно привредних друштава и других правних лица која остварују профитне циљеве, значи право оснивања и право управљања предузећем под условима који важе за лица са националношћу државе-чланице у којој је настањивање извршено.

⁷ Конвенцију су потписале тадашње државе-чланице ЕЕЗ: Белгија, Луксембург, Италија, Немачка, Француска и Холандија.

⁸ Члан 1 Конвенције.

примењује. Појам „стварно регистровано седиште“ у Конвенцији се дефинише као место у коме се налази главна управа компаније или другог корпоративног тела.⁹ Појам статутарног регистрованог седишта није дефинисан у Конвенцији, али се језичким тумачењем може извести закључак да је реч о седишту наведеном у статуту, односно оснивачком акту компаније и које је уписано у регистар. На наведени начин, Конвенција је, најпре, омогућила узајамно признање компанија и других корпоративних тела које имају регистровано или стварно седиште на територији држава-потписница и, друго, омогућила је трансфер стварног седишта компаније са територије државе регистрованог седишта на територију друге државе-потписнице, без губитка правног субјективитета, будући да се Конвенцијом допушта да се статутарно и стварно седиште разликују.

Међутим, питање меродавног права за компаније чије се регистровано и стварно седиште разликују није Конвенцијом успешно решено. Чланом 4 Конвенције предвиђено је право државе-потписнице да изјави да ће на компаније и остала корпоративна тела са стварним седиштем на њеној територији примењивати своје национално законодавство у мери у којој то сматра неопходним, чак и ако је компанија основана у складу са законодавством друге државе-потписнице. Другим речима, отворена је могућност кумулативне примене компанијског законодавства на компаније које имају статутарно седиште у једној држави потписници (држави по чијем су праву основане), а стварно седиште у другој, што је значило обавезу за осниваче и управу компаније да се придржавају императивних прописа и државе статутарног и државе регистрованог седишта.¹⁰ Само у погледу једног питања Конвенција је обезбеђивала примену права државе оснивања – питања признања правне способности. У складу са чланом 6 Конвенције, компаније и остала корпоративна тела имају способност која им је призната по праву државе оснивања. Другим речима, ако привредно друштво има својство правног лица у држави у којој је основано (и у којој редовно има регистровано седиште), не може му се одрећи правна способност у другој држави-потписници (што теорија стварног седишта може имати као последицу, ако се примењује у свом чистом облику). Правна способност у значењу које јој се даје Конвенцијом обухвата способност бити носилац права и обавеза, закључења уговора и предузимања других правних радњи, те страначку способност.¹¹ У погледу осталих питања правне и пословне спо-

⁹ Члан 5 Конвенције.

¹⁰ J. Borg-Barthet, *The Governing Law of Companies*, Oxford, 2012. стр. 7.

¹¹ Члан 7 став 1 Конвенције.

способности, меродавно је право државе-потписнице у којој се признање компаније или другог корпоративног тела захтева, јер држава признања може негирати права и способности страном компанији која не признаје компанијама и корпоративним телима домаће националности.¹²

Проблем сукоба закона створен Конвенцијом из 1968. није добио практичну димензију, јер Конвенција никада није ступила на снагу, због одбијања Холандије да је ратификује. Ова земља, наиме, већ се претходно определила за теорију регистрованог седишта у свом унутрашњем законодавству.¹³

Уредбом о статуту европске компаније из 2001. године (у даљем тексту: Статут СЕ),¹⁴ омогућено је привредним друштвима из различитих држава чланица ЕУ да заједно оснују акционарско друштво које ће бити регулисано европским правом.¹⁵ Првобитна идеја била је да се на нивоу Европске уније донесе законодавство које ће на јединствен начин уређивати статус компанија на јединственом европском тржишту и тиме избегне проблем сукоба закона о привредним друштвима и последична слаба мобилност компанија. У том погледу постигнут је само делимичан успех, јер бројна контроверзна питања, око којих није могла бити постигнута сагласност међу државама-чланицама, нису регулисана Статутом европске компаније. Тако су поједине државе-чланице замерале

¹² Члан 7 став 1.

¹³ Холандија је у то време била једина чланица ЕЕЗ која је примењивала теорију регистрованог седишта. Све остале државе-потписнице Конвенције прихватале су теорију стварног седишта.

¹⁴ *Council Regulation 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European Company (SE)*, O.J. L294, 10.11.2001.

¹⁵ Основни услов да би се основала европска компанија јесте да су оснивачи најмање два привредна друштва или правна лица из различитих држава чланица. У складу са чланом 2 став 1 Уредбе, европска компанија може се основати путем спајања два акционарска друштва, која су основана по праву неке од држава-чланица и имају регистровано седиште и седиште главне управе унутар ЕУ, уколико се на њих примењује право различитих држава-чланица. Друштва капитала (акционарска друштва и друштва са ограниченом одговорношћу, односно одговарајући облици друштava у државама-чланицама ЕУ) могу се, у складу са чланом 2 став 2 Уредбе, ставити под контролу европске компаније као холдинг друштва, под истим условом: да је свако од најмање два будућа зависна друштва основано по праву неке од држава-чланица и да има регистровано седиште и седиште главне управе унутар ЕУ, при чему се на свако од њих понаособ примењује право друге државе-чланице, или свако од њих има, у периоду од најмање две године, зависно друштво на које се примењује право друге државе-чланице или огранак на територији друге државе-чланице. Привредна друштва у било ком облику и друга правна лица јавног или приватног права могу основати европску компанију као своје зависно друштво, у складу са чланом 2 став 3 Уредбе, уколико су основана по праву неке од држава-чланица и имају регистровано седиште и седиште главне управе унутар ЕУ, под условом да се на најмање два друштва или правна лица оснивача, примењује право различитих држава-чланица, или у периоду од најмање две године имају зависно друштво на које се примењује право друге државе-чланице или огранак у другој држави-чланици.

предлогу Статута да је сувише инспирисан немачким законодавством о привредним друштвима, док је Немачка, са своје стране, страховала да ће оптирањем за Статут европске компаније оснивачи избећи примену њених закона о учешћу запослених у управљању привредним друштвима.¹⁶ Крајњи резултат био је „нит’ риба нит’ ђевојка“. На питања која нису уређена Статутом СЕ мора се применити национално право државе-чланице, одређено према правилима о решавању сукоба закона самог Статута¹⁷ или државе форума. Изузетак је ако су оснивачи СЕ у оснивачком акту детаљније уредили поједина питања. Ипак, ни тада оснивачи не могу сасвим отклонити примену *lex societatis* или *lex fori* на СЕ, јер је домаћа аутономија воље у сфери права привредних друштава сужен због потребе заштите интереса трећих савесних лица и јавног интереса.¹⁸

Једно од питања које уређује Статут СЕ јесте питање седишта европске компаније. Одредба члана 7 рефлектује покушај компромиса између поборника теорије регистрованог седишта и теорије стварног седишта. Европска компанија има своје регистровано седиште на територији државе-чланице у којој се налази њено стварно седиште. Држава-чланица може додатно прописати обавезу за СЕ да се њено регистровано седиште и седиште главне управе морају налазити у истом месту.

У складу са чланом 8 Статута, СЕ може мењати седиште, по процедури која је прописана Статутом СЕ, а да оснивачи, при томе, не морају спроводити поступак ликвидације и оснивања новог друштва. Циљ наведене одредбе је да омогући лакшу сеобу СЕ из једне у другу државу чланицу и тиме већу мобилност укупних материјалних ресурса компанија унутар јединственог европског тржишта. Поступак промене седишта започиње објављивањем предлога за промену седишта од стране управе друштва. Управа је дужна да у предлогу за промену седишта наведе место у које се седиште пресељава, измене оснивачког акта које се у вези

¹⁶ N. Lenoir, *The Societas Europea (SE) in Europe: A promising start and an option with good prospects*, *Utrecht Law Review*, бр. 1/2008, стр. 13–21.

¹⁷ Статутом СЕ се не прописује општа норма о меродавном праву у погледу питања која нису уређена самим Статутом, већ је само у погледу појединих питања предвиђено да ће се она уређивати у складу са националним законодавством државе-чланице. Избор меродавног права у Статуту се врши применом регистрованог седишта као тачке везивања. Тако, нпр. Статутом се у члану 5 одређује да ће се у погледу питања која нису њиме уређена, а тичу се оснивачког капитала, његовог одржавања и промена, применити правила која би се примењивала на јавно акционарско друштво са регистрованим седиштем у држави у којој је СЕ регистровано.

¹⁸ J. Borg-Barthet, стр. 16–19.

са тим предлажу (промена пословног имена) и предложени временски оквир пресељења, те да образложи последице пресељења на права за послених на учешће у управљању и права која се обезбеђују члановима, одн. акционарима друштва и повериоцима.¹⁹ Уз предлог, управа је дужна да објави и образложење о правним и економским последицама промене седишта за чланове друштва, повериоце и запослене. О предлогу управе за промену седишта одлучује скупштина СЕ, најкасније два месеца након објављивања предлога, већином које не може бити мања од двотрећинске већине гласова заступљених на скупштини.²⁰ Након што је скупштинска одлука о промени седишта пуноважно донета, надлежни орган у држави регистрованог седишта издаје сертификат да су спроведене неопходне радње и формалности за промену седишта. Битан услов је да су права повериоца чија су потраживања настала пре објављивања предлога о промени седишта²¹ адекватно обезбеђена, у складу са националним законодавством државе регистрованог седишта. На основу сертификата државе ранијег седишта обавља се регистрација у држави новог седишта СЕ. Регистарски орган државе новог седишта, након уписа новог седишта СЕ, обавештава регистарски орган државе ранијег седишта, који је овлашћен и дужан да изврши брисање СЕ из регистра тек након пријема обавештења од регистарског органа државе новог седишта.²² Обе чињенице – брисање из регистра државе ранијег седишта и упис у регистар државе новог седишта, објављују се на прописан начин.

Због тога што државе-чланице морају дозволити промену седишта СЕ, оснивачи СЕ би могли променом седишта да издејствују промену меродавног права за СЕ, у делу у ком СЕ није регулисан Статутом и оснивачким актима. Статут СЕ спречава изигравање закона од стране оснивача, прописујући процедуру приговора држава-чланица. Државе-чланице могу прописати националним законодавством да ће промена седишта бити без дејства уколико би промена седишта СЕ довела до промене меродавног права за СЕ.²³ Потребно је да надлежни орган државе-чланице

¹⁹ Члан 8 став 2 Статута СЕ.

²⁰ Уколико право државе регистрованог седишта захтева већи проценат гласова, за пуноважност одлуке потребан је проценат прописан националним законодавством. Члан 59 став 1 Статута СЕ.

²¹ Државе чланице могу прописати да право на обезбеђење имају и повериоци чија су потраживања настала након објављивања предлога а пре извршене промене. Члан 8 став 7, друга реченица Статута СЕ.

²² Члан 8 став 11 Статута СЕ.

²³ Што ће се редовно догодити, јер је регистровано седиште постала практично једина одлучујућа чињеница за одређивање меродавног права за привредна друштва у државама-чланицама ЕУ након одлуке Суда правде у случају *Überseering BV v. Nordic Construction Co. Baumanagement GmbH*, 2002, ECR I-9919. Вид. Марковић-Бажаловић, оп. cit.

уложи приговор унутар рока који тече од објављивања предлога за промену седишта да одржавања скупштине СЕ на којој се одлучује о том предлогу. Приговор се може ставити само из разлога јавног интереса, а државе-чланице морају предвидети могућност судског преиспитивања акта о улагању приговора.²⁴

Друго ограничење промени седишта СЕ налази се у већ наведеној одредби члана 7, према којој се регистровано и стварно седиште (седиште главне управе) морају налазити у истој држави. У случају да оснивачи преместе регистровано седиште СЕ, а да истовремено не дође до промене стварног седишта, држава-чланица у којој је извршена регистрација новог седишта може захтевати од оснивача да стварно стање ускладе са регистрованим. Држава-чланица може од оснивача захтевати да у остављеном року или преместе стварно седиште у државу нове регистрације, или да спроведу процедуру промене регистрованог седишта.²⁵ У противном, уколико се оснивачи оглуше на тај захтев, последица је ништавост регистрације и ликвидација СЕ.²⁶

Треће ограничење тиче се забране премештања седишта СЕ у току поступка ликвидације или стечаја.²⁷ Статутом СЕ поступци стечаја и ликвидације нису уређени, већ се колизионом нормом у члану 63 предвиђа да су ти поступци у потпуности уређени правом државе на чијој територији СЕ има регистровано седиште. Промена седишта у току поступка ликвидације и стечаја водила би аутоматски промени метода права за ликвидацију, односно стечај. Отуда је разумљива забрана промене седишта у тој фази.

Коначно, промена седишта нема утицаја на међународну надлежност судова држава-чланица у поступцима који се воде по тужбама покренутим по правном основу насталом пре спроведене промене седишта. За сврхе вођења тих спорова сматраће се да се регистровано седиште СЕ налази у држави-чланици ранијег седишта, чак и ако је тужба поднета након промене седишта.²⁸ Наведена одредба има за циљ устаљивање међународне надлежности судова. Једном заснована надлежност суда државе-чланице у спору против СЕ на основу чињенице седишта (нпр.

²⁴ Члан 8 став 14 Статута СЕ.

²⁵ Члан 64 став 1 Статута СЕ.

²⁶ С. НСИ Panayi, *Corporate Mobility in Private International Law and European Community Law – Debunking Some Myths*, Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper No 26/2009, стр. 23.

²⁷ Члан 8 став 15 Статута СЕ.

²⁸ Члан 8 став 16 Статута СЕ.

у спору у коме је СЕ тужени) постојаће и након што СЕ премести своје седиште. Тиме се предупређују ситуације да национално законодавство државе форума не предвиђа норму о устаљивању међународне надлежности судова.²⁹ Друго, наведеном одредбом онемогућује се *forum shopping*, будући да би оснивачи СЕ лако могли да променом седишта након настанка правног основа тужбеног захтева издејствују заснивање надлежности суда у оној држави-чланици у погледу које процењују да су њихови изгледи за успех у спору већи.

2. Суд правде о промени седишта

Изван домашаја Статута СЕ остаје проблем премештања седишта привредних друштава основаних по праву једне државе-чланице на територију друге државе-чланице и последице по признање привредног друштва и одређивање меродавног права које се примењује на привредно друштво у том случају. У недостатку комунитарних аката који би та питања на јединствен начин уредили, Суд правде је био позван у низу случајева да обезбеди јединствену примену начела о слободи настањивања привредних друштава и других облика привредног организовања. Кроз призму члана 49 став 2 УФЕУ посматрао је и проблем премештања седишта привредног друштва са територије једне на територију друге државе чланице и са њим повезан проблем промене националности привредног друштва.

Међу првима у низу био је случај *Daily Mail*,³⁰ у коме се поставило питање допуштености промене седишта у контексту изигравања закона. Компанија са регистрованим седиштем у Енглеској одлучила је да измени део свог пословања у Холандију и да тамо премести главну управу. Иако међународно приватно право Велике Британије начелно прихвата теорију регистрованог седишта, за сврхе опорезивања компанија се сматра резидентом те државе, ако се на њеној територији налази место

²⁹ У одсуству овог правила, у неким државама-чланицама могућа је ситуација да се суд огласи ненадлежним против туженог правног лица које је изместило своје седиште у неку другу државу. Тако је нпр. италијански суд донео одлуку да није више надлежан да води спор након што је компанија са регистрованим седиштем у Италији преместила своје седиште у Нигерију. Наведено према F.M. Mucciarelli, *The Transfer of the Registered Office and Forum Shopping in International Insolvency Cases: an Important Decision from Italy*, *European Company and Financial Law Review*, бр. 4/2005, стр. 512–533, фуснота 27.

³⁰ *The Queen vs. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc*, C 79/85, 27.09.1988, ECR 1988, 5483.

главне управе и ако се са њене територије врши контрола. Премештање седишта у смислу пореских прописа подлеже претходном одобрењу пореских органа. Британски порески органи захтевали су од помену-те компаније да прода значајан део своје имовине на територији Велике Британије, као услов за давање одобрења за премештање седишта. Компанија се пред судом позвала на одредбе Уговора о ЕЕЗ о слободи настањивања. По захтеву британског суда за прелиминарно мишљење, Суд правде је заузео став да право настањивања у смислу оснивачког уговора, подразумева и право промене регистрованог седишта и седишта главне управе са територије једне на територију друге државе-чланице, упућујући на члан 54 УФЕУ, којим се одређује да се права дата тим уговором примењују и на компаније и друга правна лица која су основана по праву једне државе-чланице и имају регистровано седиште, главну управу или главно место пословања на територији Уније. Међутим, Суд је указао на разлике које постоје у праву држава-чланица у погледу избора одлучујуће чињенице, на основу које се одређује национална припадност привредног друштва, те да то питање треба да буде решено у будућности комунитарним законодавством или конвенцијама. При таквом стању ствари, закључио је Суд, начело слободе настањивања не може се тумачити на начин да даје право привредном друштву да премешта место своје главне управе и контролу над друштвом са територије једне на територију друге државе-чланице, а да притом сачува статус привредног друштва признатог по праву државе-чланице у којој је основано.³¹ Начело слободе настањивања обезбеђује привредном друштву право да премешта своје седиште унутар Европске уније, али му не гарантује задржавање статуса правног лица домаћег права, јер је то питање још увек *domaine réservé* држава-чланица. Наведени став Суда сузио је домашај начела о слободи настањивања. Овлашћујући државе-чланице да самостално одређују критеријуме за националну припадност и, консеквентно, услове за стицање и губљење статуса правног лица, суштински је ограничена мобилност компанија, које морају водити рачуна да ли ће премештање седишта на територију друге државе-чланице имати за последицу губитак статуса.³²

У другом случају, који је имао за предмет премештање седишта компаније са британске на данску територију, Суд правде се такође поза-

³¹ Пар. 24 одлуке Суда.

³² Треба имати у виду да је у време доношења одлуке у случају *Centros* на снази био члан 293 Уговора о оснивању ЕЕЗ, који је обавезивао државе-чланице да приступе преговорима око закључења конвенције о узајамном признању компанија. Та одредба је укинута Лисабонским уговором.

бавио овим питањем у контексту изигравања закона. Компанију *Centros*³³ основали су у Великој Британији двоје данских држављана, иначе брачних другова, без икаквог капитала. Компанија је била регистрована на адреси њиховог пријатеља и није обављала апсолутно никакву активност на британској територији. Оснивачи компаније поднели су захтев за регистрацију огранка код данског надлежног органа. У складу са данским националним законодавством, компанија која је пуноважно регистрована на територији неке од држава-чланица ЕУ може основати свој огранак на данској територији. Дански орган одбио је регистрацију са образложењем да оснивачи компаније у суштини нису тражили регистрацију огранка, већ главно настањење на данској територији, изигравајући данске прописе о минималном оснивачком капиталу. Покренут је спор пред данским судом, у коме су се заступници британске компаније позвали на начело слободе настањивања. Дански суд обратио се Суду правде са захтевом за прелиминарно мишљење, постављајући питање да ли је у супротности са начелом слободе настањивања одбијање регистрације огранка компаније са регистрованим седиштем на територији друге државе-чланице, која на територији те друге државе уопште не обавља пословање, а сврха регистрације огранка је вођење целокупног пословања у држави у којој је смештен огранак, уз избегавање оснивања компаније на тој територији и примене прописа о минималном основном капиталу. У поступку пред Судом правде дански органи су се изјаснили да одбијање регистрације огранка у том случају служи заштити јавног интереса – заштити поверилаца са јавноправним статусом у Данској, који, за разлику од приватних поверилаца, не могу унапред добити адекватно обезбеђење за своја потраживања,³⁴ те да је мера одбијања регистрације једина адекватна мера која служи остварењу наведеног јавног интереса. Суд правде је одбио аргумент данских власти, позивајући се на своју претходну праксу у оквиру које су утврђени критеријуми за процену допуштености ограничења у примени основних начела Уговора о оснивању о слободи промета робе, лица, услуга и капитала: 1) мера државе-чланице мора се примењивати на недискриминаторан начин; 2) мора бити оправдана императивним разлозима јавног интереса; 3) мора бити погодна за постизање циљева који се њоме намеравају остварити; 4) мора бити сразмерна, односно не сме ићи изван оног што је неопходно за постизање намераваних циљева.³⁵ Суд је нашао да наведени услови нису испуњени,

³³ *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, C 212/97, 9.3.1999.

³⁴ Мисли се на потраживања која настају по основу деликта, као нпр. непоштовање данских прописа о плаћању пореза и сл.

³⁵ Пар. 34 одлуке Суда.

јер чак и да је компанија пословала на британској територији, дански повериоци би једнако били угрожени. Кључан је аргумент Суда да је мера одбијања регистрације несразмерна циљу који се жели постићи, јер се исти циљ може постићи и блажом мером. По мишљењу Суда, повериоци су довољно упозорени на ризик који преузимају у односима са огранком британске компаније на основу чињенице да је податак о британској националности компаније објављен уписом те чињенице у регистар, те да се повериоци штите и применом 4. компанијске директиве, која уређује обавезу објављивања финансијских извештаја за поједине облике привредних друштава. Суд је оценио да чињенице да компанија не обавља пословање у држави регистрованог седишта и читаво своје пословање обавља на територији државе огранка, саме по себи нису довољне да докажу изигравање закона и фразулозну намеру.³⁶

У случају *Überseering*,³⁷ Суд правде је истакао да премештање стварног седишта привредног друштва на територију друге државе чланице не може имати за последицу губитак правне способности у случају када држава на чију територију се премешта седиште примењује критеријум стварног седишта за одређивање националне припадности привредног друштва. Компанија основана по холандском праву и са регистрованим седиштем у Холандији прешла је у руке немачких држављана и преместила своје пословање у Немачку. У спору пред судом поставило се питање правне (и тиме и страначке) способности компаније, која није испуњавала услове за оснивање, прописане немачким правом. Немачко право, како је наведено, примењује теорију стварног седишта за сврхе одређивања националне припадности привредног друштва. Консеквентно тој теорији, оснивачи компаније регистроване у Холандији, били су дужни да након премештања центра пословања на територију Немачке, испуне услове прописане немачким законодавством о привредним друштвима, под претњом губитка правног статуса. Суд правде је нашао да се такво тумачење директно супротставља начелу слободе настањивања и да држава на чију територију је премештено седиште не може одбити да призна правну способност привредном друштву пуноважно основаном по праву друге државе чланице ЕУ. Суд је још једанпут истакао да одређени јавни интереси као што су заштита јавних и приватних поверилаца, мањинских акционара и запослених могу оправдати ограничења слободи настањивања, али да ти интереси не могу оправдати ускраћивање правне способности.

³⁶ Пар. 29 одлуке.

³⁷ *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumangement GmbH (NCC)*, C-28/00, ECR 2002 I-09919.

Премештање центра пословања привредног друштва може се реализовати и путем статусне промене спајања, када имовина привредног друштва учесника спајања прелази без ликвидације на друго друштво, било постојеће било друштво у оснивању. Уколико се седиште привредног друштва правног следбеника налази на територији друге државе-чланице, пренос имовине путем фузије доводи и до премештања седишта привредног друштва учесника фузије. Питање допуштености прекограничних фузија и, у његовом склопу, премештања седишта привредног друштва, поставило се пред Судом правде у случају *SEVIC*.³⁸ Привредна друштва из Луксембурга и Немачке одлучила су да спроведу поступак спајања тако што би се луксембуршко друштво припојило немачком друштву. Уговором о спајању предвиђено је да се имовина друштва из Луксембурга пренесе на немачко друштво. Немачки регистарски суд одбио је да изврши регистрацију спајања, са образложењем да немачко право уређује само спајање немачких привредних друштава, а не и спајање страних и немачких привредних друштава. Суд правде је нашао да је такав став немачког суда дискриминаторан и да се супротставља начелу слободе настањивања. Дискриминаторан третман може бити оправдан само ако је оправдан разлозима јавног интереса, који су претходно већ наведени, под условом да је дискриминаторна мера подобна да се оствари циљ заштите јавног интереса и да је сразмерна том циљу.

Наведеним одлукама Суда правде потврђено је право привредног друштва са регистрованим седиштем у једној држави-чланици да премешта своје стварно седиште на територију друге државе-чланице. Суд правде је доследан у ставу да премештање стварног седишта не може имати за последицу губитак правне способности привредног друштва, које је пуноважно основано по праву једне државе чланице и на чијој територији има регистровано седиште. У случају *SEVIC*, отишао је корак даље, допуштајући промену и регистрованог седишта која се одиграва у склопу поступка спајања привредних друштава различите националности. Не треба испустити из вида да је *SEVIC* у том поступку престао да постоји као привредно друштво луксембуршке националности, а његова имовина је пренета на немачко друштво.

Право премештања регистрованог седишта са територије једне на територију друге државе чланице и консеквенце у погледу статуса и националности привредног друштва било је предмет анализе у случају *Cartesio*.³⁹ Мађарска компанија са седиштем у Баји одлучила је да пре-

³⁸ *SEVIC Systems AG*, C 411/03, 13.12.2005.

³⁹ *Cartesio*, C 210/06, 16.12.2008.

мести своје седиште у Италију и пријавила је ту промену мађарском регистру. Мађарски регистарски орган је одбио да упише ту промену, са образложењем да према мађарском праву премештање седишта друштва основаног по мађарском праву на територију стране државе има за последицу да друштво престаје да се сматра лицем домаће националности. Премештање седишта стога се може спровести једино ако се над друштвом претходно спроведе поступак ликвидације и друштво се брише из мађарског регистра. Решавајући по захтеву за прелиминарно мишљење у овом случају, Суд правде је потврдио да су право на премештање седишта у контексту слободе настањивања и националност привредног друштва два одвојена правна питања. Држава-чланица не може бранити привредном друштву да премешта своје седиште на територију друге државе-чланице, али она задржава право да самостално одређује одлучујуће чињенице на основу којих привредно друштво сматра правним лицем домаћег права. Уколико премештање седишта на територију друге државе-чланице води губитку статуса правног лица домаће националности, то не представља повреду начела слободе настањивања. Иако је током поступка изнет став да је у овом случају потребно аналогно применити одредбе о премештању седишта у Статуту СЕ, Суд није прихватио то мишљење, оценивши да питање утицаја промене седишта на националност привредног друштва мора да буде посебно решено законодавством ЕУ или међународним конвенцијама.⁴⁰ Међутим, привредно друштво може премештати седиште тако што ће променити свој облик у привредно друштво државе у коју премешта седиште, под условом да држава-домаћин допушта такву промену облика. Противљење државе претходне регистрације таквој конверзији супротстављало би се начелу слободе настањивања.

Проблем промене правне форме и премештања седишта, антиципиран у случају *Cartesio*, поново се појавио пред Судом у случају *Vale*,⁴¹ у коме је распоред чињеница представљао одраз у огледалу случаја *Cartesio*. Компанија са регистрованим седиштем у Италији спровела је поступак ликвидације у Италији са намером да премести своје седиште у Мађарску, региструјући се као привредно друштво мађарског права, при чему би италијанско друштво у регистру било означено као правни претходник италијанског друштва. Мађарски регистар је одбио тај захтев, са образложењем да мађарско право и привредним друштвима не предвиђа промену облика страног привредног друштва у привред-

⁴⁰ Пар. 120

⁴¹ *VALE Építési kft.*, C 378/10, 12.7.2012.

но друштво мађарског права. Суд правде стао је на страну компаније, сматрајући да негирање права на промену облика страним привредним друштвима представља недопуштену дискриминацију, ако домаће право дозвољава домаћим привредним друштвима да мењају облик.

3. Директива о прекограничним спајањима и промена седишта

Како је Суд правде већ указао у случају *SEVIC*, премештање седишта може се реализовати у контексту прекограничног спајања и државечланице се не могу противити таквој статусној промени са образложењем да домаће законодавство не регулише могућност фузије привредних друштава која имају различиту националност. Поспешивање прекограничних спајања био је разлог да европски органи усвоје Директиву о прекограничним спајањима.⁴² Директива уређује процедуру спајања, разликујући три облика: спајање припајањем, спајање новим оснивањем и поједностављено спајање. У првом случају, најмање једно привредно друштво учесник спајања престаје да постоји без ликвидације, а његова имовина и обавезе прелазе на друштво које наставља да постоји. У другом случају, друштва учесници спајања престају да постоје без ликвидације, а од њихове имовине формира се ново друштво, као њихов правни следбеник. У трећем случају зависно привредно друштво може се припојити матичном друштву, под условом да матично друштво поседује најмање 90% акција или удела у зависном друштву. Директива није донела ништа ново у погледу последица спајања на националност привредног друштва. Једино ограничење предвиђено Директивом тиче се поља њене примене. Директива се примењује на друштва учеснике спајања, под условом да су различите националности – потребно је да се на најмање два друштва учесника спајања примењује различито национално законодавство.⁴³ Директива не прописује одлучујућу чињеницу на основу које се утврђује националност привредног друштва, али европска правна теорија сматра, под утицајем праксе Суда правде, да се националност привредног друштва за сврхе примене Директиве има одредити на основу регистрованог седишта. Директива експлицитно упућује на примену националног законодавстава у погледу услова и процедура за

⁴² *Directive 2005/56/EC of cross-border mergers of limited liability companies*, O.J. L 310, 25.11.2005. Вид. J. Vermeylen, I.V. Velde, *European Cross-border Mergers and Reorganizations*, Oxford University Press, 2012, стр. 1–34.

⁴³ Vermeylen, Velde, op. cit., с. 10.

привредна друштва која учествују у спајању.⁴⁴ Свако привредно друштво учесник спајања мора испунити услове за спајање прописане законодавством државе чију националност има.⁴⁵ У питању је метод колизионоправног уређивања, познат у теорији као дистрибутивна кумулација.⁴⁶ Овај метод подразумева да се на сваког од учесника правног односа примењује његово национално законодавство, како би се обезбедило да правни однос испуњава услове признања у свакој заинтересованој држави. Спајати се могу само облици привредних друштава за које је то предвиђено националним законодавством држава-чланица.⁴⁷ Законодавство државе којем је подвргнуто друштво следбеник меродавно је да одреди од ког датума спајање производи правно дејство.⁴⁸

Директива, према томе, оставља нетакнутим питање одређивања националности привредних друштава учесника спајања, дозвољавајући државама-чланицама да примењују сопствене критеријуме на основу којих утврђују да ли друштво следбеник стиче или задржава националност одређене државе. У току поступка прекограничног спајања доћи ће неминовно и до премештања седишта, јер се имовина (и пословање) друштва које се гаси преноси на друштво следбеника. То ће имати за последицу губитак статуса правног лица домаће националности макар за једно привредно друштво које учествује у спајању.

4. Предлог директиве о прекограничној промени седишта

Иако је Европска комисија још 1997. године израдила Предлог директиве о прекограничној промени седишта,⁴⁹ она тај предлог никада није упутила Европском парламенту на усвајање. Суштина предлога односила се на могућност да привредна друштва држава-чланица

⁴⁴ Следећа питања се уређују према *lex societatis*: поступак одлучивања органа друштава учесника спајања (управе и скупштине); обавеза подношења извештаја управе и/или независног ревизора; дејство спајања према трећим лицима; обавеза регистрације и објављивања спајања; одговорност чланова управе и независних ревизора за кршење правила о спајању. Vermeulen, Velde, op. cit., стр. 77–78.

⁴⁵ Члан 4.2 Директиве.

⁴⁶ Вид. Vermeulen, Velde, op.cit., с. 77 и тамо наведену литературу.

⁴⁷ Члан 4.1. Директиве.

⁴⁸ Члан 12 Директиве.

⁴⁹ *Proposal for a fourteenth European Parliament and Council Directive on the transfer of the registered office of a company from one member state to another with a change of applicable law*. Вид. М. Васиљевић, В. Радовић, Т. Јевремовић-Петровић, *Компанијско право Европске уније*, стр. 378 и даље.

премештају регистровано седиште без ликвидације, мењајући на тај начин и меродавно национално право. У међувремену се Суд правде више пута оглашавао поводом питања промене седишта, наглашавајући да се ускраћивање права на промену седишта супротставља начелу слободе настањивања, а европски званичници су указивали да након усвајања Статута европског друштва и Директиве о прекограничним фузијама, циљ измештања пословања са територије једне на територију друге државе-чланице, може да се оствари коришћењем механизма које нуде ова два правна акта.⁵⁰ Предлог директиве о прекограничној промени седишта сама Комисија је ставила *ad acta*, упркос томе што је спровела јавну расправу која је показала да је европска привреда веома подржава њено усвајање.⁵¹

5. Закључна разматрања

Позитивно право Европске уније стоји на становишту да су привредна друштва, пуноважно основана по праву једне од држава-чланица, слободна да премештају своје седиште на територију друге државе-чланице. У складу са праксом Суда правде, последице прекограничног премештања седишта на националност и статус привредног друштва су различите, зависно од тога да ли се ради о премештању стварног или(и) регистрованог седишта, те да ли се посматра однос државе из које се друштво сели или однос државе на чију територију се друштво насељава? Ако привредно друштво премешта своје стварно седиште, а регистровано седиште задржава у држави оснивања, држава настањења не може одбити признање правног субјективитета. Привредно друштво у таквом случају задржава националност државе регистрованог седишта, чије право се примењује код уређења статусних односа тог привредног друштва. Промена регистрованог седишта може имати за последицу губитак националности државе из које се друштво иселава и, самим тим, и губитак правног субјективитета. Државе-чланице су слободне да одређују одлучујуће чињенице на основу којих ће квалификовати при-

⁵⁰ Тако се, на пример, указује на то да се седиште компаније може преместити оснивањем зависног друштва на територији друге државе-чланице и припајањем матичног друштва зависном. Тај метод је већ дуго познат у САД, где такође није дозвољено прекогранично премештање регистрованог седишта између федеративних држава САД. *Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office*, Commission Staff Working Document, SEC(2007) 1707, 12.2.2007, стр. 24.

⁵¹ За резултате јавне расправе вид. сајт Комисије ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/2004-consult_en.html

вредно друштво као правно лице домаћег права. С друге стране, држава настањења не може одбити привредном друштву да региструје своје седиште у тој држави, након што је спроведен поступак ликвидације у држави исељења и испуњени услови за оснивање прописани правом државе настањења.

Европско друштво (СЕ) ужива право да слободно премешта своје седиште на основу Статута СЕ, при чему не мора да пролази кроз поступак ликвидације и новог оснивања. Ипак, промена седишта не води аутоматској промени меродавног права, јер држава чланица из које се СЕ иселава може приговорити тој промени и на тај начин обезбедити да се на СЕ и даље примењује њено национално законодавство.

Прекогранична промена седишта се може спровести у оквиру прекограничне фузије. У том поступку друштво које се спаја или припаја губи свој правни субјективитет и националност државе регистрације и утапа се у друштво следбеника регулисаног по праву државе у којој се припајање или ново оснивање спроводи.

Генерално, питање прекограничне промене седишта и питање одређивања меродавног права за привредна друштва нису заједно регулисана у праву Европске уније. Држава настањења мора пружити гостопримство привредном друштву које мења седиште, али није обавезна да га сматра привредним друштвом домаће националности (иако му мора дати одговарајући третман приликом иступања на тржишту). Држава исељења не може забранити премештање седишта, али ће на основу својих националних правила процењивати да ли у том случају привредно друштво задржава домаћу националност.

Премештено у босанскохерцеговачки контекст, наведено значи да су привредна друштва, основана и регистрована у једном од ентитета, слободна да измештају своје пословање на територију другог ентитета. Органи ентитета на чијој територији се друштво настањује не би могли да му ускрате гостопримство, при чему привредно друштво задржава статус правног лица регулисан правом ентитета у којем је основано. У варијанти када ентитет настањења својим законодавством више штити интересе поверилаца и чланова друштва, подвођење под правни режим другог ентитета може произвести штетне последице за повериоце, запослене и чланове друштва са територије ентитета настањења.

Описани проблем могао би се решити хармонизацијом прописа о привредним друштвима на нивоу БиХ и усвајањем заједничких минималних стандарда заштите поверилаца и чланова, који би се уградили у ентитетско законодавство о привредним друштвима.

Prof Dijana Marković-Bajalović, PhD

**CHANGE OF SEAT AND RELEVANT LAW ON ECONOMIC
ASSOCIATIONS WITHIN EUROPEAN UNION LEGISLATIONS
– Implications for Bosnia and Herzegovina –**

Summary

Very often companies change their real or registered seat, driven by different reasons: a need to move their assets to more prospective markets, or a need to obtain more favourable legal conditions, such as a preferential tax treatment, an application of favourable substantive law or a forum shopping. In accordance with the principle of free movement of persons in the Treaty on Establishment of the European Union and in the Constitution of Bosnia and Herzegovina, companies are guaranteed a right to transfer of their seat. On the other hand, the issue whether cross-border transfer of seat is leading to a change in applicable company's statute, i.e. the issue of determination of applicable company law still remains open. The issue is not only of pure theoretical, but also of a practical significance, since the establishment of company governed by foreign law upon domestic territory with different company legislation can often cause detrimental consequences to third persons – company's shareholders, employees and creditors. State of establishment would then seek to apply protectionist measures, such as to apply the domestic legal rules to the established foreign company or even to deny absolutely the right to establishment. The issue has been deliberated several times in the Court of Justice's decisions and it has been touched upon in several pieces of the EU secondary legislation. The law of Bosnia and Herzegovina hasn't dealt with the problem, although in practice many companies have shown interest to make business in the whole territory of Bosnia and Herzegovina, while measures for protection of third parties in company legislation in BH entities differ significantly. Principles applied by the EU institutions could serve as a model in realisation of the constitutional principle of freedom of establishment when resolving the conflict of entities company laws, but the real solution would be harmonisation or even unification of company law in Bosnia and Herzegovina.

Key words: *company, transfer of seat, conflict of laws, applicable law, the European Union law*

САНАЦИЈА ТРГОВАЧКОГ ДРУШТВА ДУЖНИКА У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ

Др Данче Манолева-Митровска*
Мр Владимир Митревски**

***Анстракт:** Реорганизација трговачког друштва дужника у суштини је облик и начин његове санације која се састоји из предузимања више појединих или заједничких мера или метода опоравка које могу да буду организационе, правне, финансијске и кадровске природе. Путем тих мера или метода на нов начин се утврђује правни положај дужника и његов пословни однос с повериоцима.*

У праву Републике Македоније постоји могућност спровођења реорганизације стечајног дужника. При томе, исказано је јасно опредељење да се првенствено реорганизује стечајни дужник уместо да се одмах иде у стечај. Пре свега, из разлога што реорганизација представља најадекватнији облик заштите правних и економских интереса стечајних поверилаца. На тај се начин постиже вишеструка корист за све субјекте на које се односи план реорганизације.

Санација трговачког друштва – дужника врши се и путем споразумевања, када се постиже вансудско поравнање. На тај начин спречава се отварање стечајног поступка над дужником.

***Кључне речи:** реорганизација, стечајни дужник, план реорганизације, стечајни поступак, фазе реорганизације, повериоци.*

* Редовни професор Правног факултета „Јустинијан Први“, Универз. „Св. Кирил и Методиј“, Скопље

** Саветник у адвокатској канцеларији, Скопље

Увод

Реорганизација¹ је нови облик санације стечајног дужника. Она је значајно шири и функционални правни пут санације стечајног дужника у односу на сличан правни институт принудног поравнања. Санацију стечајног дужника путем његове реорганизације прихватили су сви закони о стечају са бившег југословенског простора.² У њима је исказано јасно опредељење првенствено за реорганизацију стечајног дужника, а кад то није могуће, за његов банкрот. На тај начин у овој материји извршена је потпуна унутрашња и екстерна хармонизација стечајног права. Тиме је санација стечајног дужника путем његове реорганизације добила функционалну предност у односу на стечајну ликвидацију. Ово због тога што је реорганизација и најадекватнији облик заштите правних и економских интереса стечајних поверилаца. Њоме се постиже и вишеструка корист за све друге субјекте на које се односи план реорганизације. Она је, пре свега, корисна за стечајног дужника, јер се њеном реализацијом уклања стечајни разлог. Она је у интересу поверилаца, јер води успешном намирењу њихових потраживања у већој мери од оног што би добили банкротством стечајног дужника. Несумњиву корист од реорганизације имају и запослени радници стечајног дужника, јер се њеном реализацијом уклања стечајни разлог. Она је у интересу поверилаца, јер води успешном намирењу њихових потраживања у већој мери од оног што би добили банкротством стечајног дужника. Несумњиву корист од реорганизације имају и запослени радници стечајног дужника, као и друштвена заједница. Ово из разлога што се реорганизацијом чува правни субјективитет стечајног дужника и обезбеђује да исти настави са својим привредним активностима. Реорганизација се може реализовати, како у предстечајном, тако и у стечајном поступку. Санација се може спровести и путем вансудског споразумевања.

¹ Реорганизација као правни институт први пут је уведена Законом о стечају САД из 1978. године. Одатле је даље преузета у поједина европска стечајна права. Поглављем 11 овог закона (bankruptcy reorganization) предвиђено је да судија може да остави дужнику рок од 120 дана за подношење плана реорганизације у циљу избегавања стечаја под условом да план буде прихваћен (David G. Epstein, Steve H. Nickles, et. al., *Bankruptcy*, Volume I Section 1-1 to 6-45, 1992 стр. 111).

² Тако: Закон о стечајном поступку Србије – „Службени гласник Републике Србије“ бр. 84/2004 чл. 127–144; Хрватски Стечајни закон од 1996. Године „Народне новине“ бр. 44/96 и бр. 129/2000 члан 213–300; Закон о стечају и ликвидацији Федерације Босне и Херцеговине од 1998. односно Закон о стечајном поступку из 2003, Службене новине Федерације Босне и Херцеговине бр. 29/2003, чл. 142–194; Закон о стечајном поступку Републике Српске из 2002. „Службени гласник Републике Српске“ бр. 67/2002. чл. 142–194; Закон о инсолвентности привредних друштава Републике Црне Горе од 2002. „Службени лист Републике Црне Горе“ бр. 6/2002 чл. 61–79.

I. Осврт на правну регулативу реорганизације

Земље света имају различите нивое развијености као резултат различитог дејства развојних фактора разних историјских, политичких и других фактора. И у сфери рада трговачких друштва долази, због разних субјективних и објективних разлога, до стања платежне немогућности доспелих потраживања. То је последица деловања економских законитости, тржишних принципа развитка, али и општих односа сила у свету. Због тога свака држава има посебно право регулисања које се у одређеном степену разликује од друге државе. Због тога, ако се посматра закон неке земље по питању реорганизације дужника, правна решења су различита.

Тридесетих година деветнаестог века, како резултат велике бриге у економском сектору због неликвидности трговачких друштава и њиховог принудног стављања у ликвидацију, нашло се решење да се ово лоше економско стање елиминише реорганизацијом трговачког друштва – дужника у стечају. Тако, први поступак реорганизације уведен је 1914. године у Аустрији. И друге државе широм Европе, које су прихватиле континентални правни систем у своје законе, увеле су реорганизацију дужника, и то 1992. у Шпанији, 1930. у Белгији, Француској, Холандији и Немачкој и др.³

У Немачкој је донесен Закон о инсолвентности 1994. године, који почиње да се примењује 1999. године. Овај закон акценат ставља на заштиту повериоца и због тога се овај систем реорганизације још назива *pro creditor*. Немачка регулатива у оквиру редовног стечајног поступка уноси нов инструмент за санацију трговачког друштва дужника, а то је стечајни план – план о реорганизацији дужника.⁴ Конкретније, план реорганизације дужника ће се усвојити ако повериоци подељени по групама или класама гласају потврдно о реорганизационом плану, на начин што у свакој класи или групи поверилаца постижу већину према броју оних поверилаца који гласају, а према износу њихових потраживања.

Након усвајања плана од стране поверилаца, суд потврђује тај план. Овако изгласан и потврђен план реорганизације има правно дејство на све стечајне повериоце. Све будуће процедуре у поступку поводом пла-

³ http://www.justiz.nrw.de/WebPortal_en/projects/ieei/documents/public_papers/german_insolvency.pdf приступљено 23.1.2014.

⁴ 171 Insolvenzordnung (BGBl. I S.2854), Servis provided by the Federal Ministry of Justice in cooperation with juris GmbH – www.juris.de

на реорганизације од стране суда престају.⁵ У Немачкој је 2012. године усвојен посебан Закон о олакшавању компанијских реструктурирања, чији циљ је олакшање реструктурирања у компанијама, истовремено дајући повериоцима у компанијском менаџменту више опција.

У француском систему реорганизације даје се приоритет заштити инсолвентног дужника. Наиме, реорганизација се спроводи због економског опоравка дужника, с нагласком улоге запослених који формирају комитет трговачког друштва за заштиту њихових права. У француском систему се омогућава и вансудска реорганизација која се спроводи у посебном поступку. Осим ове наведене могућности реорганизације, у француском правном систему потенцира се улога трговачких судова и постојање посебних експерата, који се на рго вопо основи ангажују у поступку. Поступци обезбеђења убрзаног финансијског реструктурирања уведени су Трговачким кодексом у периоду од 2005. до 2011. године⁶.

Амерички Закон о стечају из 1978. године у поглављу XI регулише целокупни поступак који се односи на план реорганизације који представља могућност дужниковог продужења рада. Наиме, циљ је реорганизације продужење рада инсолвентног дужника и повећање активности због реструктурирања финансијских обавеза дужника.⁷ Овим законом даје се могућност суду под тачно одређеним случајевима, да одобри већ одобрени план реорганизације од стране поверилаца. Изгласани план реорганизације и одобрен од стране суда има дејство *erga omnes*. Ово значи да се његово дејство проширује и на оне повериоце коју су гласали против таквог плана реорганизације.

У енглеском систему поступак реорганизације инсолвентног дужника одвија се на основу неколико закона, као што су: Закон о инсолвентности од 1986. и 2000. године, Закон о предузећима (*Enterprise Act*) из 2002, године и Закон о компанијама (*Companies Act*) из 2006, године.

Поступак реорганизације у стечају води такозвани „експерт за инсолвентност“. То је лиценцирани експерт који се именује од стране та-

⁵ http://www.justiz.nrw.de/WebPortal_en/projects/ieei/documents/public_papers/german_insolvensy.pdf, III The Insolvency plan proceedings

⁶ Група аутора, *Трећа конференција одбора приступајућих земаља INSOL Europe*, Београд, 2007, стр. 59.

⁷ Након покретања поступка реорганизације, према америчком стечајном праву, следи: формирање одбора поверилаца; припремање извештаја о финансијском стању и плановима; одржавање састанка поверилаца; развијање стратегије примене реорганизационог плана од стране менаџера и борда директора; успостављање сарадње менаџмента са повериоцима; имплементација плана реорганизације (David G. Epstein, Steve H. Nickles, et al., *Bancruptcy*, Volume I, Sectiones 1-1, to 6-45, 1992 стр. 184).

козваног „сервиса за инсолвентност“, који у суштини представља посебну државну агенцију.

У енглеском систему постоје два вида поступка реорганизације, и то: добровољни компанијски аранжман (Company Voluntary Arrangement – CVA) и план реорганизације (Scheme of Arrangement) коју спроводи суд. Наиме, у енглеском правном систему вансудска реорганизација је неформална, брза и јефтина, није потребна једногласност свих поверилаца, него је довољна трочетвртинска већина вредности свих потраживања. Судска реорганизација се води од стране стечајног судије, а повериоци се класификују на: повериоце „везане“ са дужником (запослени, сувласници) и „невезане“ повериоце, односно сви остали повериоци. Ако се више од половине невезаних поверилаца о плану реорганизације изјаснило против, план је усвојен и односи се на све повериоце⁸.

Постоји мишљење да је овај систем веома сличан америчком систему зато што произлази из њега⁹.

II. Реорганизација у праву Републике Македоније

У праву Републике Македоније постоји могућност да се кроз посебан поступак – поступак реорганизације трговачких друштва у стечају, реализује санација тог трговачког друштва.

Наиме, промене у Републици Македонији после њеног осамостаљивања, увођење новог трговачког модела привређивања и стварање услова за увођење приватне својине, наметнуло је потребу за доношењем више нових закона који су требали завршити процес реорганизације привредних субјеката, што је почело доношењем Закона о предузећима, новембра 1989. године¹⁰.

Доношење овог закона створило је услове и потребу да се донесе и нови закон о стечају, с обзиром на то да Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, који се сагласно Уставном закону за спровођење Устава Републике Македоније, примењивао од 1989. године, није могао

⁸ http://en.wikipedia.org/wiki/Debton-in-possession_financing

⁹ Група аутора, *Insolvency and restructuring*, Law Busines research, Freshfields Bruckaus derringier, London, 2006.

¹⁰ Више о томе: Манолева Митровска Д., *Правна регулатива на стечајот во пазарносто стопанство*, Научни пројект: Конституирање на Република Македонија како модерна правна држава, Правни факултет, Скопје, декември 1996. стр. 71; *Трансформација на претпријатијата во стечај според македонското право*, Зборник радова, Загреб, 2000, стр. 257

следити настале промене. Наиме, Скупштина Републике Македоније је 1997. године донела Закон о стечају¹¹ који садржи укупно 350 чланова, груписаних у 13 делова, од којих је један део стечајни план, односно план за реорганизацију као правни институт.¹²

Увођење стечајног плана била је новина и могућност за реорганизацију предузећа над којим је отворен стечајни поступак, а предстоји му ликвидација.

Закон о стечају Републике Македоније, од доношења до данас, мењан је и допуњаван у 2000, 2001, 2002. и 2004. години. Допуне и измене закона односиле су се на брзину и ефикасност стечајног поступка и фактичког третирања стечаја као института тржишне привреде са конкретном прецизном и ефикасном правном регулативом. У међувремену, донете су нове директиве од стране Европске уније, препоруке Светске банке о примени стечаја, као и правилник Закона о стечају UNICITRAL. Због тога се приступило доношењу новог Закона о стечају Републике Македоније, и то 2006. године. Овај закон од доношења до данас мењан је и допуњаван 2007, 2011. и 2013. године¹³.

Овај закон поставља следеће циљеве: обезбеђује сигурност на тржишту, економску стабилност и развој, скраћење трајања стечајних поступака, побољшање реализације права повериоца, уређење односа insolventних привредних друштва, али даје реалну могућност и за реализацију реорганизације привредних друштава у стечају¹⁴.

Године 2014. донесен је Закон о вансудском поравнању¹⁵ који даје могућност за реорганизацију трговачког друштва дужника на један другачији начин. Санацију трговачких друштва дужника путем вансудског споразумевања прихватили су и закони из бившег југословенског простора¹⁶.

¹¹ Службен весник на Република Македонија бр. 55/1997.

¹² Више о томе Д. Манолева-Митровска, *Нови правни рамки на стечајот во македонското право*, Научни скуп: „Ново привредно законодавство“, Крагујевац, 2005, стр. 169.

¹³ Службен весник на Република Македонија бр. 34/06, 126/06, 84/07, 47/11 и 79/13.

¹⁴ Више о томе: Манолева-Митровска Д., *Институт стечаја у новом македонском стечајном праву*, Меѓународна научна конференција, Ниш, 2006, стр. 52.

¹⁵ Службен весник на Република Македонија бр. 12 јануари 2014. год.

¹⁶ Видети: Службен гласник на РС бр. 36/11 где је објавен закон о поравнању финансијског реструктурирања трговачких друштава Републике Србије; у Хрватској предстечајни споразум је регулисан у закону о финансијском пословању и предстечајној нагодби, Народне новине бр. 108/12; 144/12; 81/13 и 12/13.

1. Реорганизација дужника према Закону о стечају

Стечајни поступак који обухвата реорганизацију спроводи се према плану реорганизације који се саставља у писменој форми. При том треба да су испуњени услови предвиђени законом, који се односе на подношење плана реорганизације, као и начин спровођења плана реорганизације. Законом је предвиђено више могућности у овом смислу, а то су: допушта се дужнику да управља једним делом или целом својом имовином; дужник ће се ујединити с једним или више субјеката; продаће се један део или сва имовина дужника са или без правом одвојеног намирења; определиће се начин намирења стечајних поверилаца; према повериоцима са уделима и акцијама које поседују судужници, то јест акционари, подмириће се неке или све обавезе дужника; додатно улагање; обавезе дужника ће се претворити у кредите итд.

Све ове могућности могу да буду реалне ако су реализоване уз одређену процедуру, из више фаза, које су неопходне за реализацију постављеног циља. То су: предлог о покретању поступка реорганизације; расправа и изјашњење поверилаца по предлогу о покретању поступка реорганизације; припрема плана реорганизације; испитно рочиште и скупштина, расправа и гласање о предложеном плану реорганизације; закључивање стечајног поступка; извршење одобреног плана реорганизације и надзор и контрола спровођења плана реорганизације¹⁷.

А. Фазе у поступку реорганизације

а) Предлог којим се покреће поступак реорганизације

Предлог којим се покреће поступак реорганизације стечајног дужника могу да поднесу субјекти овлашћени законом: дужник, повериоци и скупштина поверилаца. Дужник и поверилац могу да поднесу предлог којим се покреће поступак реорганизације у истом тренутку када достављају и предлог којим се покреће стечајни поступак. Поверилац даје предлог о покретању реорганизацијског поступка и након отварања самог стечајног поступка, до дана одржавања обавештајне скупштине. Такође, повериоци имају могућност изјашњавања о предлогу реорганизације на скупштини поверилаца која доноси одлуку и даје инструкције стечајном управнику, а како би припремио и донео предлог о покретању реорганizacionог поступка¹⁸.

¹⁷ Више о томе: Манолева-Митровска Д., *Фази во реорганизацијата на стечајниот должник во правото на Р. Македонија*, Зборник радова, Правни факултет, Загреб, 2011, стр. 857.

¹⁸ Члан 216 Закон за стечај на РМ.

б) Расправа и изјашњење поверилаца о предлогу којим се покреће поступак реорганизације

Ако је предлог о покретању реорганизационог поступка поднет од стране дужника или поверилаца, тада повериоци на првој обавештајној скупштини расправљају о овом предлогу, а притом имају и писмени извештај о економско-финансијском стању дужника, као и о последицама тог стања. Ако се прихвати предлог о покретању реорганизационог поступка, повериоци одлучују да се пословање дужника настави. У истом моменту један поверилац бива овлашћен да припреми план реорганизације.

Ако предлог о покретању реорганизацијског поступка није поднет до дана када се одржава обавештајна скупштина, тада скупштина поверилаца може да прихвати иницијативу стечајног управника или оног повериоца који је био присутан на самој обавештајној скупштини и да се приступи припреми плана реорганизације. Притом скупштина поверилаца узима у обзир цео извештај о економско-финансијском стању дужника, као и о узроцима који су довели до таквог стања. Ако скупштина поверилаца не прихвата иницијативу о припреми плана реорганизације, тада доноси одлуку са којом се затвара пословни захват дужника и одмах се опредељују начин и услови уновчавања имовине дужника.

в) Припрема реорганизационог плана

Реорганизациони план припрема и подноси само овлашћени субјект за подношење плана реорганизације и тај се подноси стечајном судији. Рок за подношење реорганизацијског плана је најкасније 45 дана од добијања овлашћења за достављање плана. Ако овлашћени субјект за подношење реорганизационог плана тражи, овај рок може да биде продужен, могу се одобрити од стране стечајног судије додатних 15 дана. Рок би могао да буде продужен за још 60 дана, уколико је таква одлука одобрена 2/3 већином поверилаца. Укупни рок за подношење плана реорганизације износи 120 дана. Ако се у одређеном року за подношење плана реорганизације исти не поднесе, стечајни судија доноси решење – и потом се приступа уновчавању имовине дужника. Ако је поднето више планова реорганизације, стечајни судија ће прихватити онај план о коме је скупштина поверилаца дала сагласност, а ово у случају да је одбор поверилаца основан. Ту би требало напоменути да се план реорганизације доставља на увид учесницима у судском поступку.

г) Испитно рочиште и скупштина за расправу и гласање о предложеном плану реорганизације (одобравање плана)

Према правилима, прво се одржава испитно (верификационо) рочиште – на коме се утврђује који су стечајни повериоци и која су њихова потраживања. Затим се одржава скупштина за расправу и гласање о плану реорганизације. У сваком случају, скупштина за расправу не сме да буде сазвана пре испитног (верификационог) рочишта. Скупштину сазива стечајни судија, у року од три дана, по истеку осам дана од дана када је план реорганизације достављен суду на увид. Такође, стечајни судија треба да објави датум када ће се скупштина одржати, како би јавност била информисана. Ова би информација требало да буде објављена и у дневним новинама, у једним од три најтиражнијих медија на територији Македоније. Тај датум би требало да буде истакнут и на огласној табли суда дужника.

Сматра се да право гласа у скупштини за расправу и гласање о предложеном плану реорганизације имају они повериоци чија потраживања нису спорна у целини, и то сразмерно из неоспореног дела потраживања. Сваки од ових поверилаца има право на глас сразмерно његовом учешћу у вредности потраживања у укупној утврђеној вредности потраживања¹⁹.

Повериоци могу да гласају на скупштини за разматрање и усвајање, на два начина: лично или путем поште. План реорганизације сматра се усвојеним уколико је прихваћен простом већином од укупног износа на потраживања поверилаца који су били присутни на скупштини и оних који су гласали путем поште.

Предложени план реорганизације мора да буде одобрен решењем стечајног судије. При томе, судија мора по службеној дужности да утврди да ли су испуњени сви законски услови за усвајање реорганизационог плана. Ако стечајни судија утврди да неки законски услов није испуњен, тада он не одобрава реорганизациони план, већ доноси решење о овоме у року од три дана.

д) Закључење стечајног поступка

По правноснажности решења којим стечајни судија одобрава план реорганизације, стечајни судија доноси посебно решење којим закључује стечајни поступак. Пре тога, стечајни судија може да намири сва потраживања из стечајне масе, уколико нису била оспорена, и да обезбеђење оспореним потраживањима.

¹⁹ Више о томе: Манолева-Митровска Д., *Припрема и одобравање плана реорганизације стечајног дужника у македонском праву*, Тематски зборник радова „Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права“, Ниш, 2010, стр. 355.

Стечајни судија има обавезу да објави решење којим закључује стечајни поступак. Закључивањем стечајног поступка, субјект који се реорганизује према плану реорганизације, добија право да у целости располаже и управља имовином²⁰.

h) Извршење одобреног плана реорганизације

Законом о стечају је предвиђено да ће од момента када решење којим се одобрава план реорганизације постане правноснажно, он бити сматран извршном исправом. Од тог момента све одредбе које чине садржину плана реорганизације постају обавезне за све учеснике и све изјаве које су дате и приложене плану реорганизације постају извршне.

Потраживања стечајних поверилаца која су утврђена, а нису оспорена, могу да се изврше ради намирања оних потраживања која су била регистрована на списку пријављених потраживања по правноснажно одобреном плану реорганизације, као извршном исправом. Оспорена потраживања која су касније била правноснажно утврђена, третирају се исто као и потраживања која уопште нису била оспоравана.

Кад се спроводи план реорганизације, мора да се спроводи надзор и контрола, како би се утврдило да ли се поступак завршио према утврђеним критеријумима. Субјекти који врше надзор су стечајни управник односно контролор. Они су дужни да достављају извештај најмање једанпут у току године стечајном судији и одбору поверилаца.

2. Вансудско поравнање

Као што је претходно споменуто, реорганизација је широко прихваћен и функционалан правни акт за санацију стечајног дужника, која може да се реализује као стечајни и као предстечајни поступак. Данас се настоји да се реорганизација реализује као предстечајни поступак. Тако и македонско законодавство не остаје имуно на савремене токове и тенденције и прихвата динамику савременог начина егзистирања трговачких друштава, при чему је јануара 2014. године усвојен Закон о вансудском поравнању²¹. Припрема законског текста овог закона имплементира директиве и друге акте Европске уније. Овде значајно место има Директива 2011/07EU из 2011. године²². Овде треба поменути утицај

²⁰ Чл. 243 Закон за стечај на Р. Македонија.

²¹ Закон за вонсудско спогодување на Р. Македонија од јануари 2014 година; Службен весник на РМ бр. 12 од 22.01.2014 год.

²² DIRECTIVES 2011/7/EU OF THE EUROPEAN PARLAMENT AND OF THE COUNCIL of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions, (Text with EEA relevance),

већ донесених закона из ове области са бивших југословенских простора²³.

Поступак реорганизације дужника пре отварања стечајног поступка вансудским поравнањем представља нову могућност нашег права, чији циљ је да трговачка друштва – дужници, који су у стању неликвидности односно инсолвентности, да на време санирају последице предстојећег отварања стечајног поступка, а његовим повериоцима да омогући наплату њихових потраживања. Наиме, повериоцима треба да омогући повољне услове намирења њихових потраживања уз спречавање могућности отварања стечајног поступка над инсолвентним дужником²⁴.

Поступак вансудског поравнања има за циљ спречавање да трговачко друштво дужник отвори стечајни поступак тако што би повериоци добровољно гласали за прихватање израђеног плана финансијског реструктурирања дужника и његово враћање у стање ликвидности и солвентности.

Поступак вансудског споразумевања може се спровести над трговачким друштвом или трговцем појединцем основаним сагласно Закону о привредним друштвима²⁵ и над другим правним и физичким лицима која су основана сагласно закону, а врше привредне делатности.

Поступак вансудског споразумевања води савет за поравнање (“поравнани савет”) састављен од три члана, од којих је један председник савета. Председника и чланове савета именује министар економије.

Када савет утврди да су испуњени услови отварања поступка вансудског споразумевања, именоване повереника за вансудско споразумевање. Овај повереник именује савет из листе овлашћених стечајних управника.

А. Фазе поступка вансудског споразумевања

а) Предлог за покретање поступка вансудског споразумевања

Предлог којим се покреће поступак вансудског поравнања дуж-

23.02.2011 Official Journal of the European Union L 48/1, доступно на <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:048:0001:0010:en:PDF>.

²³ Закон о финансијском пословању и предстечајној нагодби Републике Хрватске. Народне новине бр. 108/12, 144/12, 81/13, 112/13; Закон о споразумном финансијском реструктурирању привредних друштava Републике Србије, Службени гласник РС бр. 36/2011 и др.

²⁴ Чл. 8 Закон за вансудско спогодување на РМ.

²⁵ Закон за трговски друштва на РМ; Службен весник на РМ бр. 28/2004, 84/2005, 25/2007, 87/2008, 42/2010, 48/2010, 24/2011, 166/2012, 70/2013, 119/2013, 120/2013, 184/2013, 38/2014, 41/2014.

ника могу да поднесу субјекти овлашћени законом, а то су, трговачка друштва – дужници. Наиме, трговачко друштво дужник је оно друштво које је у стању неликвидности дуже од 30 дана и мора да покрене поступак вансудског споразумевања. Ово значи да је дужник који је у стању неликвидности или несолвентности, дужан предложити отварање поступка вансудског споразумевања.

Предлог којим се покреће поступак вансудског споразумевања дужника могу да поднесу субјекти овлашћени законом, а то су трговачка друштва – дужници. Наиме, трговачко друштво – дужник које је у периоду дужем од 30 дана у стању неликвидности, мора да покрене поступак за вансудско споразумевање. Ово значи да је дужник који се налази у стању неликвидности или инсолвентности дужан да предложи отварање поступка за вансудско споразумевање. До завршења поступка вансудског споразумевања није дозвољено отварање стечајног поступка. Поступак вансудског споразумевања не може да се спроведе над дужником над којим је отворен стечајни поступак²⁶.

Ако је дужник организован као друштво капитала, може по предлогу за вансудско споразумевање повериоцима да понуди да одаберу: да прихвате смањење потраживања и одлагање рокова исплате потраживања или своја потраживања да унесу као улог у поступак увећања основне главнице дужника. Ову понуду дужник може повериоцима дати уз обезбеђена или необезбеђена потраживања²⁷.

б) Изјашњавање поверилаца о предлогу којим се покреће поступак вансудског споразумевања

Савет за поравнање дужан је решењем одлучити да ли ће отворити поступак вансудског споразумевања у року осам дана од дана добивања предлога. Уколико се донесе одлука отварања поступка за вансудско споразумевање, повериоци се обавештавају огласом. Исто тако, огласом се врши позивање свих поверилаца да у року од 15 дана од дана објављивања огласа на веб-страници Централног регистра поднесу пријаве својих потраживања савету. Оглас се објављује на веб-страници Централног регистра наредног дана од дана доношења решења за отварање поступка за вансудско споразумевање²⁸.

Предлог за отварање поступка вансудског споразумевања доставља се министру економије. Ово решење се доставља и дужнику и банкама

²⁶ Чл. 26, Закон за вонсудско спогодување на РМ.

²⁷ Чл. 32 став 2, Закон за вонсудско спогодување на РМ.

²⁸ Чл. 29, Закон за вонсудско спогодување на РМ.

које за дужника обављају платни промет. Савет може да наложи поверенику вансудског споразумевања решење за отварање поступка вансудског споразумевања, да достави повериоцима дужника чија адреса је позната.

в) Припрема финансијског и оперативног плана реструктурирања у поступку вансудског споразумевања

Припрема финансијског и оперативног плана треба да обухвата следећи садржај: опис чињеница и околности који указују на постојање услова за отварање поступка вансудског споразумевања; прорачун недостатка ликвидних средстава до дана предложеног финансијског извештаја; опис мера за финансијско реструктурирање и прорачун њихових ефеката за одстрањивање платежне неспособности трговачког друштва дужника; план за пословање у наредном периоду од пет година и друго²⁹.

Финансијско реструктурирање представља план мера које треба да спроведе дужник да би постао ликвидан и солвентан, а у које су укључени: смањење и одлагање доспелих дужникових обавеза; увећање оснивачког капитала код капиталних друштава; отплата на рате; промена рокова за доспеће каматних стопа и других услова кредита, зајмова или других потраживања или инструмената обезбеђења; уновчавање или пренос имовине ради намирења потраживања; отпис дуга, отпис камата и промена каматних стопа; извршење, промена или отказивање заложног права; улагање допунских средстава за обезбеђење од стране дужника или трећих лица, укључујући и давање јамства и гаранција; претварање потраживања поверилаца у улог у друштво; повезивање пословних уговорних страна у стратешке партнере у циљу обезбеђења одржљивости даљег пословања; докапитализација од стране стратешког партнерства и друге мере којим се омогућава да дужник постане ликвидан и солвентан³⁰.

г) Испитно рочиште и гласање о плану

На првом рочишту испитног поступка утврђују се потраживања према пријављеним повериоцима и достављеним исправама од стране дужника. Потраживања за која постоји сагласност између дужника и повериоца о постојању висине потраживања и за која постоји извршна исправа, сматрају се утврђеним потраживањима, осим уколико дужник располаже доказом да је потраживање престало. Савет за

²⁹ Чл. 32, Закон за вонсудско спогодување на РМ.

³⁰ Чл. 30, Закон за вонсудско спогодување на РМ.

поравнање саставља табелу пријављених потраживања у коју уноси свако појединачно потраживање, податке о висини, односно оспоравању. На основу табеле савет доноси решење којим одлучује колики су износи утврђени, односно колика су потраживања оспорена. Ако вредност оспорених потраживања износи више од 25% од вредности пријављених потраживања, поступак о вансудском споразумевању се зауставља. Дужник образлаже предлог за вансудско споразумевање и подноси изјаву да подаци о финансијском стању и пословању дужника достављени уз предлог за вансудско споразумевање у целини одговарају стварном стању. После излагања дужника по предлогу, изјашњава се повереник за вансудско споразумевање³¹.

Повериоци одлучују о плану за финансијско реструктурирање гласањем. Право на глас имају повериоци с утврђеним потраживањима. Разлучни повериоци имају право на глас исто као и необезбеђени повериоци, само уколико им је дужник лично одговоран, или уколико се откажу од свог права на одвојено намирење. Разлучни повериоци и повериоци на које се потраживања за вансудско споразумевање не односи, немају права на глас. Повериоцима с оспореним потраживањима признаће се право гласа ако се са тим сагласе дужник и повериоци с правом гласа.

Савет за поравнање ће израдити списак присутних поверилаца који имају право гласа. Тај ће за извршено гласање израдити записник који потписују дужник, повериоци, председник и чланови поравнањаног савета као и записничар³².

План финансијског реструктурирања сматра се прихваћеним ако је за њега гласала већина поверилаца с потраживањима изнад половине вредности свих утврђених потраживања. Сматраће се да су против плана за реструктурирање гласали они повериоци који имају право гласа, а нису гласали.

План за финансијско реструктурирање има правну снагу према свим личним повериоцима и разлучним повериоцима ако су се одрекли права на одвојено намирење.

д) Одобравање плана за вансудски поступак

Дужник је дужан у року три дана од дана правоснажности решења донесеног у поступку вансудског споразумевања да поднесе до надлеж-

³¹ Чл. 45, Закон за вонсудско спогодување на РМ.

³² Чл. 46, Закон за вонсудско спогодување на РМ.

ног нотара предлог за закључење вансудског поравнања. Уз предлог за закључење вансудског поравнања дужник је дужан доставити план финансијског реструктурирања и сву документацију у вези са његовим доношењем³³.

Ако нотар на основу достављених исправа утврди да су испуњене претпоставке за закључење вансудског поравнања, дужан је да закаже рочиште за закључење таквог поравнања у року 15 дана од дана достављања предлога. О овом се огласом обавештавају дужник и сви повериоци који су прихватили план финансијског реструктурирања привредног друштва – дужника које је у стању инсолвентности.

Садржина вансудског поравнања мора бити иста са садржином прихваћеног плана за финансијско реструктурирање.

Нотар решењем одобрава вансудско поравнање које посебно треба да обухвата: предмет закљученог поравнања и списак поверилаца чија потраживања нису оспорена, са знаком утврђених износа и смањених износа њихових потраживања и друго. Нотар решење доставља Централном регистру који исто објављује на својој веб-страници одмах.

ђ) Правна снага вансудског поравнања и његово дејство

На основу вансудског споразума дужник се ослобађа обавезе повериоцу да исплати већи проценат од утврђеног вансудским поравнањем, а рокови плаћања се одлажу према вансудском поравнању. У овом оквиру се дужник ослобађа према лицима којим припада право регреса (гаранти).

Ако дужник по закључењу вансудског поравнања повериоцима исплати износ изнад процента који је утврђен вансудским поравнањем, нема право на враћање тог износа. Извршне исправе које се односе на потраживања из вансудског поравнања за намирени дио губе своју правну снагу у односу на дужника.

Ако се вансудско поравнање не изврши у целости, повериоци који су намирени у вансудском поравнању нису дужни да врате оно што су примили. Ова потраживања се сматрају у целости измиреним ако су намирени износи утврђени поравнањем. Повериоци који су делимично намирени према вансудском поравнању, за случај да дође до отварања стечајног поступка, пријављују укупно потраживање смањено за износ за који се према вансудском поравнању сматра да је намирен.

³³ Чл. 49, Закон за вонсудско спогодување на РМ.

Повериоци који нити делимично нису намирени према вансудском поравнању, у стечајном поступку пријављују потраживање у укупном износу на који би имали право без закључивања вансудског поравнања.

Вансудско поравнање има снагу извршне исправе за све повериоце с утврђеним потраживањима, као и за различне повериоце, ако се откажу од права на одвојено намирење. Законом су наведени случајеви када савет за поравнање може да заустави поступак вансудског споразумевања³⁴, као и све правне последице након извршења вансудског споразума³⁵.

Закључак

Реорганизација се, као институт, први пут код нас афирмише Законом о стечају из 1997. године, па затим истим законом из 2006. године и као таква представља значајну новину у македонском стечајном праву. Увођењем института који познају многа законодавства, учињен је успешан покушај реформисања, а тиме и прилагођивања националног стечајног законодавства европском. Прихватање и спровођење плана реорганизације служи управо том циљу, да се помогне дужнику да се финансијски консолидује и настави пословање, али исто тако и повериоцима да намире своја потраживања у већем проценту, него што би успели уколико би дужник пао у банкрот.

У овом контексту треба истаћи да исти циљ има и институт вансудског поравнања, који своју правну регулативу има у Закону о вансудском поравнању од 2014. године.

³⁴ Чл. 48, Закон за вонсудско спогодување на РМ.

³⁵ Чл. 64–69 Закон за вонсудско спогодување на Република Македонија.

**Prof. Dance Manoleva-Mitrovska Phd, Full time Professor
Faculty of Law „Iustinianus Primus“, Univers. „Ss. Cyril and
Methodius“, Skopje
Vladimir Mitrevski LL.M, Advisor in the Law Office**

REORGANISATION OF BANKRUPTCY DEBTORS IN LEGAL SYSTEM OF 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. Un 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 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 likvidation. Reorganization is the most appropriate form of protection of the legal and economic interests of the bankruptcy creditors.

The provisions regulating the reorganization in the Bankruptcy Law has 3 chapters – (1) creating the reorganization plan, (2) accepting and approving of the reorganization plan and (3) the legal impact of the approved reorganization plan. The reorganization plan must be done in written form after the fulfillment of the conditions prescribed by Bankruptcy Law from the year 2006, as well as phases of reorganization.

The provisions regulating the reorganization in bankruptcy are in context with the primary aims of the Bankruptcy Law: market stability, promotion of economic stability and development, shorten bankruptcy procedures, improvement of the mechanisms for fulfillment of creditor's rights, regulating the relations of the insolvency debtor and possibility for reorganization of the companies.

Key words: *reorganization, insolvency debtor, reorganization plan, bankruptcy procedure, phases in reorganization.*

ПРАВНИ ОКВИР УНУТРАШЊЕ ПЛОВИДБЕ (МЕЂУНАРОДНИ И ДОМАЋИ ПРОПИСИ)

Др Мирјана Кнежевић*

Апстракт: У овом раду аутор разматра питање правног оквира унутрашње пловидбе. Циљ рада је да кроз анализу међународних и домаћих прописа унутрашње пловидбе приближи и омогући њихову лакшу примену у пракси. Активности на имплементацији директива Европске уније у области саобраћаја који се одвија на европским пловним рекама спроводе се на различитим нивоима (европским, регионалним и локалним) и у различитим формама у већини европских земаља. Република Србија кроз стварање адекватног правног и институционалног оквира унутрашње пловидбе настоји да се повеже са земљама Европске уније и шире. У оквиру припреме за процес придруживања Европској унији који подразумева хармонизацију законодавства Републике Србије са релевантним прописима Европске уније, спроводи се хармонизација прописа у области саобраћаја унутрашњим воденим путевима. Аутор препознаје саобраћај унутрашњим воденим путевима као најпогоднију грану саобраћаја за превоз велике количине робе намењене извозу и увозу и као област погодну за прилив страних инвестиција. У раду се указује на нужност даљег повезивању постојећих пловних путева са железничким саобраћајем, у циљу веће ефикасности, безбедности и мање штетности по животну средину.

Кључне речи: унутрашња пловидба, међународни прописи, домаћа регулатива.

* Ванредни професор Економског факултета Универзитета у Крагујевцу

1. Саобраћај унутрашњим воденим путевима и његове предности

Саобраћај унутрашњим воденим путевима, због својих посебности, завређује посебну пажњу. Када је у питању саобраћај унутрашњим воденим путевима, већ дуго се указује на постојање значајних, али у исто време и недовољно искоришћених потенцијала Републике Србије. Због саме природе, ова врста превоза је одувек била изложена једној врсти занемаривања, недовољне искоришћености у односу на железнички, друмски и ваздушни саобраћај. Али, у циљу веће привредне искоришћености, све више је присутна потреба да се постојеће природно ограничење претвори у њену предност.

Код превоза унутрашњим воденим путевима ризици загађења животне средине, земље, ваздуха, у поређењу са копненим превозом знатно су мањи. Због своје економичности (мање цене превоза), веће ефикасности (коришћење брода 24 сати у току седам дана), веће безбедности (мањи ризик од несрећних случајева), превоз унутрашњим воденим путевима у савременим условима представља значајан чинилац развоја привреде. Предност унутрашњег водног саобраћаја као знатно економичнијег вида саобраћаја за одређену врсту робе која се превози у великим количинама и за које није првенствено важна брзина превоза. Већом заступљеношћу ове врсте саобраћаја доприноси се спречавање загађења ваздуха и воде, узрокованог интензивним копненим саобраћајем. Потреба преласка терета са друмских и ваздушних путева на железницу и речне путеве, тамо где природни услови то дозвољавају, јасно је дефинисана на територији читаве Европе.

Ова врста саобраћаја у последње време уско се везује за одрживи развој. Међународна документа у први план истичу одрживи саобраћај или саобраћај у функцији одрживог развоја (transport for sustainable development). **Одрживи развој одређује се као развој којим се иде у сусрет потребама садашњости тако да се не угрожава могућност будућих генерација да задовоље своје сопствене потребе.**¹ Одрживи развој треба да обезбеди равнотежу између потрошње ресурса и способности обнављања природних система.

У настојању стварања институционалног оквира за развој саобраћаја унутрашњим воденим путевима, усаглашеног са стандардима Европске уније, одрживи саобраћај унутрашњим воденим путевима

¹ World Commission on Environment and Development. 1987, Our Common Future, Oxford University Press.

одређује се као саобраћај који је безбедан, квалитетан, приступачан свима, еколошки прихватљив, економски оправдан и који позитивно доприноси локалном, националном и међународном развоју.² У савременим условима привредног пословања, саобраћај унутрашњим воденим путевима намеће се као значајан чинилац развоја привреде.

Иако међународна заједница инсистира на уједначеном развоју свих видова саобраћаја, разлике међу њима постоје и то како у заступљености тако и у предностима које имају.

Према заступљености, издваја се друмски саобраћај који још увек има пресудан значај за развој копненог саобраћаја. Недостаци друмског саобраћаја уједно су предност за саобраћај унутрашњим воденим путевима. Друмски саобраћај производи велико загађење животне средине, ствара велику буку, а уз све то је и скуп. Са друге стране, саобраћај унутрашњим воденим путевима се издваја управо због мањег ризика загађивања ваздуха, земље или воде. Предности саобраћаја унутрашњим пловним путевима су те што је овај превоз у односу на друмски саобраћај и друге видове саобраћаја не само чистији, већ јефтинији и сигурнији. Његова еколошка прихватљивост огледа се у мањем загађивању воде, ваздуха и околине у односу и на друмски, ваздушни и железнички саобраћај. Не постоји проблем загушења и уских грла у превозу, као код друмског и железничког превоза.

Поред друмског, и ваздушни саобраћај представља велики извор загађења ваздуха, земље и воде због коришћења специфичне енергије. Саобраћај унутрашњим воденим путевима са собом такође носи ризике загађења саме воде и околине због коришћења нафте као погонског горива. Увек постоји ризик изливања горива из брода. Поред тога, посебну опасност за загађење животне средине представља и превоз тзв. опасних материја као што су нафта, хемикалије, радиоактивни материјал и друге штетне материје.

Ова врста превоза категорише се као најбезбеднији превоз јер проузрокује и најмање несрећних случајева.

Поред наведених, најчешће истицане предности саобраћаја унутрашњим пловним путевима су и безбедност (проузрокује најмање несрећних случајева) и ниска цена превоза, што је последица природе ове врсте превоза у односу на друмски и железнички саобраћај.

² Душанка Ђурђевић, *Саобраћај и одрживи развој*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2012, вол. 46, бр. 1, стр. 131–148.

У новије време унутрашњим пловним путевима све више се превозе товари тешких метала, расутих терета, грађевинског материјала, индустријске робе, отпада и друге робе, посебно контејнера. Због добре повезаности лука европских река са железничким и друмским путевима, унутрашња пловидба се комбинује са другим врстама превоза, чиме се све више јача мултимодални саобраћај.³

2. Регулатива саобраћаја унутрашњим воденим путевима у Европској унији

Степен униформности европске регулативе у области саобраћаја унутрашњим пловним путевима разликује се од једног до другог питања, а успостављање јединствених правних правила спроводи се разним методама, пре свега хармонизацијом прописа држава које нису чланице Европске уније са прописима Европске уније, унификацијом правних правила од посебног значаја путем конвенција, билатералним споразумима и разним активностима Европске уније кроз доношење директива, стратегија и иницијативних програма у циљу интеграције, развоја и сарадње у Дунавском региону.⁴

Поред Рајне и Дунава, и канала Рајна–Мајна–Дунав, у Европи постоји више од 30.000 км канала и река које повезују луке и пристаништа целе области, које су даље повезане са европским копненим путевима. У Европи постоје следећи транспортни коридори:

1. Рајна и њене притоке (Холандија, средња и западна Немачка, север Белгије, Луксембург, Француска и Швајцарска),
2. Источно-западни коридор (северна и источна Немачка, Пољска, Чешка),
3. Дунавски коридор (југоисточна Немачка, Аустрија, Словачка, Мађарска, Хрватска, Србија, Румунија, Бугарска, Молдавија и Украјина) и
4. Коридор Север–југ (делови Холандије и Белгије и Француска).

Најразвијенији у погледу речног превоза је регион Рајне, где се остварује 90% укупног промета у речном саобраћају у Европској унији.

³ Душанка Ђурђев, Сениша Домазет, *Државна помоћ за железнички превоз као допринос развоју одрживог транспорта у Европској унији*, Право и привреда, бр. 4-6/2014, стр. 409–428.

⁴ Мирјана Кнежевић, *Успостављање јединствене правне регулативе Дунавског региона као изазов европских интеграција*, Српска политичка мисао, 2015, год. 22, бр. 1, стр. 209–225.

Други коридори имају еколошке предности, што уједно представља њихов велики потенцијал.⁵ Ван ових региона остале су европске земље (Велика Британија, Финска, Италија, Шведска, Словенија, Грчка) где речни транспорт није развијен. Нова инфраструктурна политика Европске уније дефинисана је Уредбом 1315/2013⁶ Европског парламента и Савета о смерницама за развој трансевропске саобраћајне мреже, која је објављена у децембру 2013. године, чиме је извршена темељна реформа инфраструктурне политике. Европска комисија је објавила нове карте на којима је приказано девет главних коридора који ће бити окосница за саобраћај унутар европског јединственог тржишта.

Европска унија има за циљ развој заједничке саобраћајне политике, где је транспортни систем комунитарна делатност која се развија и регулише на нивоу Европске уније. О томе се говори још у Белој књизи из 1991. године, која чини прекретницу за развој саобраћајне политике у Европској унији.⁷ У циљу превазилажења приоритетне позиције друмског саобраћаја, постављају се темељи развоја транспортног система у духу одрживог развоја са давањем већег значаја развоју железничког саобраћаја и саобраћаја унутрашњим пловним путевима.

Европска комисија је 2011. године донијела Европску стратегију за транспорт, тзв. Нацрт за јединствени европски прометни простор – На путу конкурентног и економски ефикаснијег саобраћајног система.⁸ У овом документу се пре свега инсистира на модернизацији саобраћаја и инфраструктурних објеката. На тај начин се жели избећи употреба штетних извора енергије као што су класична погонска горива, са подстицањем коришћења биогорива као чистије енергије. Кроз визију за конкурентнији и трајнији саобраћајни систем, предлажу се мере за унапређење железничког превоза, интегрисање железничког европског простора, подстицање унутрашње пловидбе, уклањање ограничења у каботажи, подстицање превоза на мору на кратким релацијама, као и развој мултимодалног саобраћаја.

Транспортна политика Европске уније има циљ остваривања заједничког транспорта, и све више је окренута питању еколошке без-

⁵ Јасенео Марин, *Промет унутарњим пловним путевима*, Европско прометно право, Загреб, 2011, стр. 187.

⁶ Regulation (EU) No 1315/2013 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2013 on Union guidelines for the development of the trans-European transport network and repealing Decision No 661/2010/EU

⁷ White Paper on Common transport Policy, 1991, COM (92) 494.

⁸ White Paper 2011 – Roadmap to a Single European Transport Area – Towards a competitive and resource efficient transport system, COM/2011/144.

бедности појединих врста саобраћаја где се посебно истиче саобраћај унутрашњим пловним путевима као превоз који заслужују посебну пажњу због највеће еколошке прихватљивости.⁹ Новом европском политиком отварају се значајне могућности за боље позиционирање и развој водног саобраћаја.

Саобраћај унутрашњим пловним путевима регулисан је директивама Европске уније и нижим правним актима. Од значаја је Директива Европског парламента о хармонизованим речним информацијским сервисима (RIC) на унутрашњим пловним путевима у европској заједници,¹⁰ као директива која успоставља основе за уједначавање речних информационих сервиса на свим унутрашњим пловним путевима Европске уније. Ова директива представља један од прописа Европске уније којим се регулишу техничка питања.

У циљу јачања и доброг функционисања тржишта унутрашњим пловним путевима у Европској унији, доноси се и Директива 96/75, којом се уређује питање слободног закључивања уговора уз слободно уговоране цене код националног и међународног превоза робе унутрашњим пловним путевима унутар Европске уније.¹¹

Уредбама Европске уније детаљно су ријешена поједина питања попут права на вршење каботаже и других саобраћајних техничких транзитних операција унутар простора Европске уније.¹² Овим уредбама ограничено је право превоза на Дунаву брода једне државе да врши превозе између две луке у некој другој држави (само на националне флоте). На Рајни ово право није ограничено ако се не узме у обзир да важи само за чланице Европске уније и Централне комисије за навигацију реком Рајном.

Поред процеса сарадње на Дунаву који има елементе политичке иницијативе, низ других институција и организација, укључујући многа тела Европске уније, баве се широким спектром активности у вези са реком Дунав. Организације од значаја за регулисање унутрашње пловидбе су органи Европске уније, Економска комисија УН за Европу (UNECE), Централна комисија за навигацију реком Рајном (CCNR) и Дунавска комисија.

⁹ Душанка Ђурђев, *Саобраћај и одрживи развој*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2012, вол. 46, бр. 1, стр. 131–148

¹⁰ Directive 2005/44 EC OJ L 225.

¹¹ Council Directive 96/75/EC OJ L 304.

¹² Council Regulation 3921/91 EC, Council Regulation 1356/96.

У циљу заштите животне средине и обезбеђења сигурног превоза донете су директиве (Директива о техничким условима за пловила унутрашње пловидбе,¹³ Оквирна директива Европског парламента и Савета о водама¹⁴). У оквиру Европске уније, у којој већина секундарног законодавства у области уговора има императивни карактер, донето је више директива о заштити вода. Директива Европске уније о водама најзначајнија је у заштити површинских и подземних вода и укључује тринаест земаља Дунавског региона, међу којима има и оних које нису чланице Европске уније. До 2015. године морају се постићи главни циљеви директиве, добро еколошко и добро хемијско стање површинских водних тела у целини или добар еколошки потенцијал и добро хемијско стање за посебне случајеве код значајно модификованих и вештачких водних тела.

Конвенција о заштити реке Дунав, тзв. Софијска конвенција, обезбеђује заштиту, унапређење и рационално коришћење вода, превентивне мере за контролу ризика као и смањење загађења на току Дунава.¹⁵ Као тело које се стара о примени Софијске конвенције основана је 1998. године Међународна комисија за заштиту реке Дунав (International Commission for Danube Protection – ICPDR).

Од значаја за превоз унутрашњим водама је и тзв. ESPOO конвенција¹⁶ чији се акцијски програм фокусира на пет стратешких и подједнако важних подручја и то на стварање повољних услова за услуге и нова тржишта, модернизацију флоте, а посебно њене могућности у погледу заштите животне средине и унутрашњу пловидбу.¹⁷

Економска комисија УН за Европу кроз Комитет за копнени превоз (ITC – UNECE Inland Transport Committee) посебно се бави питањима унификације техничких и безбедносних прописа саобраћаја унутрашњим пловним путевима. Многе споразуме донете од стране ове организације Република Србија је прихватила. Европски споразум о главним унутрашњим пловним путевима од међународног значаја (AGN) усвојен је 1996. године у Женеви и ступио је на снагу 1999. године. До сада га је потписало 17 држава, а ратификовало њих трина-

¹³ 2006/87 ES.

¹⁴ Directive 2008/68/EC (2008)OJ L 260.

¹⁵ Конвенцију је 29. јуна 1994. године потписало 11 држава подунавског региона, али су јој се у наредним годинама придружиле још три земље, међу којима и Србија. Пошто је потписана у Софији, у Бугарској, понекад се назива и Софијска конвенција. Ступила је на снагу 1998. године.

¹⁶ Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (Espoo, 1991).

¹⁷ <http://www.unece.org/env/eia/eia.htm>

ест. Република Србија је прихватила АGN споразум – Европски споразум о главним унутрашњим пловним путевима од међународног значаја 1996. године.¹⁸ Овим споразумом се успоставља европска мрежа унутрашњих пловних путева и лука и јединствена инфраструктура. Циљ АGN-а је утврдити јединствене техничке и оперативне параметре за изградњу, модернизацију, обнову и функционисање пловних путева предодређених за међународни речни промет, јединствену инфраструктуру и оперативне параметре којима би они требало да одговарају. Путем овог споразума створен је правни основ за доношење прописа о категоризацији међународних и међудржавних водних путева која се односе на међународне водне путеве у Републици Србији у складу са европским стандардима пловидбе. За државе које га прихватају, Споразум одређује обавезу изградње и развоја својих унутрашњих пловних путева и лука у складу са договореним јединственим параметрима.

Република Србија је прихватила Европски споразум о међународном превозу опасних ствари унутрашњим пловним путевима из 2000. и 2011. године,¹⁹ АDN споразум.²⁰ Европски споразум о међународном превозу опасног терета унутрашњим пловним путевима (АDN)²¹ успостављен је како би се обезбедио висок ниво сигурности за међународни превоз опасног терета унутрашњим пловним путевима, заштита животне средине спречавањем било каквог загађења до којег може доћи услед незгоде за време таквих превоза, као и да би се олакшао међународни транспорт и трговина.²²

Прописи у прилогу Споразума садрже техничке захтеве за међународни превоз опасног терета и пакета у товару на пловилима унутрашње пловидбе и танкерима, као и јединствене одредбе које се односе на изградњу и функционисање таквих пловила. Они такође успостављају међународне захтеве и процедуре у погледу инспекције, издавање одобрења, признавање класификацијских друштава, надзор и обуку стручњака.

У оквиру Европске комисије донете су конвенције које још нису ступиле на снагу, као што су Конвенција о ограничавању одговорности

¹⁸ ECE/TRANS/2001.

¹⁹ „Сл. гласник РС“, Међународни уговори 3-10/2010.

²⁰ ECE/TRANS/220.

²¹ „Сл. гласник РС“, бр. 3/2010.

²² АDN је донет 25. маја 2000. године у Женеви на Дипломатској конференцији у заједничкој организацији УНЕСЕ-а и Централне комисије за пловидбу на Рајни (CCNR). Са шест држава уговорница до сада: Аустрија, Бугарска, Мађарска, Луксембург, Холандија и Русија, Споразум ће ступити на снагу након што још једна држава депонује инструмент о ратификацији, прихватању, одобрењу или приступању.

власника бродова у пловидби унутрашњим пловним путевима из 1973. године (CLN), Конвенција о регистрацији пловила унутрашње пловидбе из 1965. године, Конвенција о димензијама пловила унутрашње пловидбе из 1966. године, Конвенција о грађанској одговорности за штету проузроковану током превоза опасне робе друмом, железницом и бродовима унутрашње пловидбе из 1989. године (CRTD).

Конвенција о пловидби Рајном из 1868. године, коју су закључиле рајнске прибрежне државе Белгија, Француска, Немачка, Холандија и Швајцарска, оснива Рајнска комисија (CCNR).²³ У надлежности Рајнске комисије су доношење прописа којима се регулише пловидба Рајном, надзор пловила Рајном, издавање лиценци за бродаре на Рајни, превоз опасних ствари на Рајни.

У оквиру ове комисије спроводе се активности на доношењу конвенција којима би се регулисао што безбеднији превоз опасних материја. Овим пловним путем превози се највећи проценат терета у унутрашњој пловидби у Европи. Постоји нацрт конвенција о превозу опасних ствари у унутрашњој пловидби из 2003. године,²⁴ којом се уређује питање одговорности за штете великих размера, по узору на решења у поморском праву.

Дунавска комисија има за задатак да промовише активности којима се подстиче развој слободне пловидбе на реци Дунав.²⁵ Поред ње постоје и друге комисије специјализоване за одређене аспекте, као што су Међународна комисија за заштиту реке Дунав (ICPDR),²⁶ Управни одбор паневропског путног коридора VII и Радна заједница подунавских региона.²⁷ Треба поменути и организације чије деловање утиче на Дунавски регион у ширем смислу – SECI, CEFTA.²⁸ Земље чланице Дунавске комисије су: Немачка, Аустрија, Словачка, Мађарска, Србија, Хрватска, Румунија, Бугарска, Молдавија, Украјина, Русија.

Конвенција о режиму пловидбе на Дунаву усвојена је 18.8.1948. године на дипломатској конференцији у Београду,²⁹ а мењана додатним

²³ Доступно на: <http://www.ccr-zkr.org>

²⁴ UNECE/TRANS/SC.3/2005/1. CRDNI.

²⁵ Доступно на: <http://www.danubecom-intern.org/>

²⁶ ICPDR – International Commission for the Protection of the Danube River <http://www.icpdr.org/>

²⁷ Душко Лопандић, Јасминка Кроња, *Регионалне иницијативе и мултилатерална сарадња на Балкану*, Европски покрет у Србији, Београд, 2010, стр. 161.

²⁸ The Central European Initiative (CEI), CEFTA (Central European Free Trade Area).

²⁹ 1949 Nation Unies – Recueil des Traités, No. 518. Convention regarding the regime of navigation on the Danube, signed at Belgrade, on 18 August 1948; Потписници су били: Аустрија, Бугарска,

протоколом 1998. године. Овом конвенцијом остварен је слободан превоз на Дунаву за све земље уз изузетак каботаже.³⁰ Државе чланице обавезне су да одржавају пловни пут на Дунаву унутар својих граница.

За разлику од прописа који се доносе у оквиру Рајнске комисије, који су обавезујући, ови које доноси Дунавска комисија имају карактер препорука за државе чланице. Рајнска, Дунавска комисија, UNECE и Европске комисија сарађују на заједничким активностима у циљу стварања јединственог европског унутрашњег пловног пута. Као резултат таквих активности доносе се споразуми, акциони планови, стратегије. Тако је донет Ротердамски споразум 2001. (Rotterdam declaration –Pan-European Conference of Inland waterway transport),³¹ од стране представника европских земаља и Рајнске и Дунавске комисије. Овим споразумом исказана је потреба за развојем превоза унутрашњим пловним путевима, поштовање слободе пловидбе, једнаког третмана за све кориснике пловних путева и уређење пловних путева за сигурну пловидбу. Букурештанска декларација из 2006. године (Bucharest Declaration on Inland navigation 2006)³² предвиђа даљи процес интеграције и хармонизације прописа не само земаља чланица, већ и оних које то нису али које за то имају интерес.

Комисија за слив реке Саве основана је путем Оквирног споразума о сливу реке Саве који су потписале прибрежне државе (Словенија, Хрватска, Босна и Херцеговина и Србија) 2002. године са циљем успостављања међународног режима пловидбе Савом и њеним пловним притокама.

Европска унија је израдила Стратегију за развој и сарадњу у оквиру Дунавског региона до 2020. године. Европска комисија је 8. јуна 2009. године добила мандат од Савета Европске уније за израду заједничке свеобухватне стратегије за Подунавље. Стратегија се бави празнинама у имплементацији и практичним или организационим потешкоћама које доводе до тога да резултати изостану, подржава бољу примену обавеза из закона Европске уније, посебно у односу на јединствено тржиште

Хрватска, Немачка, Мађарска, Молдавија, Словачка, Румунија, Русија, Украјина, Југославија. На Конференцији су учествовале и САД, Француска и Велика Британија. САД је гласао против усвајања Конвенције, док су последње две земље одбиле да гласају са образложењем да Статут Дунава из 1921. године и даље важи.

³⁰ Превоз између две луке на Дунаву у једној држави за стране бродове дозвољен је само према националним прописима земље у којој се тај превоз врши.

³¹ ECE/TRAN/122.

³² UNECE/TRANS/SC.3/155.

и животну околину. Такође доприноси политици у области транспорта који се налазе у процесу ревизије, затим енергетске мреже, стратегији за јединствено тржиште.

Дунавска стратегија се заснива на три стуба. Први стуб стратегије обухвата активности на повезивању макрорегиона односно унапређењу саобраћајних веза (продужење пруга, ауто-путева и мере за унапређење пловности Дунава), развој регионалних аеродрома и лука на Дунаву. Други стуб стратегије је еколошки и усредсређен је на повезивање, просперитет и институционални капацитет заштите животне средине (квалитет воде и ваздуха). Трећи стуб је изградња просперитета, односно развој друштва и иновација, пружање могућности научним институцијама, универзитетима истраживачким центрима и предузећима да искористе свој потенцијал, промовисање међурдржавне и међурегионалне сарадње.³³

3. Регулатива саобраћаја унутрашњим воденим путевима у Републици Србији

Република Србија као земља која претендује да постане чланица Европске уније, има могућност да кроз речни саобраћај и пловне реке које је природно спајају са другим европским земљама, оствари бржи процес европске интеграције. За остваривање тог циља потребно је створити правни и институционални оквир унутрашње пловидбе као део јединствене правне регулативе у Дунавском региону.

Највећи степен интеграције успостављен је у области правног режима пловидбе Дунавом. Конвенција о режиму пловидбе на Дунаву усвојена је 18.8.1948. године на дипломатској конференцији у Београду.³⁴ Циљ Конвенције је да обезбеди слободну пловидбу на Дунаву у складу са интересима и сувереним правима подунавских земаља као и да обезбеди консолидацију међународних економских и културних веза, а Дунавска комисија има за задатак да промовише активности којима се подстиче развој слободне пловидбе на реци Дунав.³⁵ Режим пловид-

³³ Мирјана Кнежевић, *Успостављање јединствене правне регулативе Дунавског региона као изазов европских интеграција*, Српска политичка мисао, 2015, Год. 22, бр. 1, стр. 209–225.

³⁴ „Сл. лист ФНРЈ”, број 8/49; Додатак протокола и Протокола о потписивању Додатног протокола уз Конвенцију о режиму пловидбе на Дунаву, потписан 1998. године, потврђен новембра 1998. године, „Сл. лист СРЈ – Међународни уговори”, број 6/98.

³⁵ 1949 Nation Unies – Recueil des Traites, No. 518. Convention regarding theregimeof navigation on the Danube, signedat Belgrade, on 18 august 1948; Потписници су били: Аустрија, Бугарска,

бе Дунавом уређен је Конвенцијом о режиму пловидбе на Дунаву која је после више од пола века сасвим спремна за мењање и прилагођавање промењеној ситуацији у савременој Европи.

Поред домаћих прописа, режим пловидбе на унутрашњим пловним путевима у Републици Србији регулисан је међународним правним инструментима, као што су међународне и билатералне конвенције и споразуми.

Република Србија код уређења саобраћаја унутрашњим пловним путевима и стварања адекватне законске регулативе води рачуна о међународном правном оквиру унутрашње пловидбе на Дунаву, Сави и Тиси, што подразумева обавезну примену одредаба потврђених међународних конвенција и споразума: Конвенције о унификацији извесних правила у предмету судара бродова у унутрашњој пловидби из 1960. године,³⁶ Конвенције о баждарењу пловила унутрашње пловидбе из 1969. године,³⁷ Конвенције о упису бродова унутрашње пловидбе са протоколима бр. 1 и бр. 2 уз Конвенцију,³⁸ Регионалног договора о радио-телефонској служби на унутрашњим пловним путевима,³⁹ Оквирног споразума о сливу реке Саве, Протокола о режиму пловидбе уз Оквирни споразум о сливу реке Саве и Споразума о изменама Оквирног споразума о сливу реке Саве и Протокола о режиму пловидбе уз Оквирни споразум о сливу реке Саве,⁴⁰ Протокола о комбинованом транспорту на унутрашњим водним путевима уз Европски споразум о важним међународним линијама за комбиновани транспорт и пратећим постројењима (AGTC) из 1991. године,⁴¹ Будимпештанске конвенције о уговору о превозу робе унутрашњим водним путевима (CMNI),⁴² Европског споразума о међународном транспорту опасног терета на унутрашњим пловним путевима (ADN),⁴³ Стразбуршке конвенције о ограничењу одговорности у унутрашњој пловидби (CLNI

Хрватска, Немачка, Мађарска, Молдавија, Словачка, Румунија, Русија, Украјина, Југославија. На Конференцији су учествовале и САД, Француска и Велика Британија. САД је гласао против усвајања Конвенције, док су последње две земље одбиле да гласају са образложењем да Статут Дунава из 1921. године и даље важи. ПОНАВЉА СЕ ФУСНОТА 29!

³⁶ „Додатак Сл. листа ФНРЈ“, бр. 7/61.

³⁷ „Додатак Сл. листа СФРЈ“, бр. 47/70.

³⁸ „Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори“, број 7/85.

³⁹ „Сл. лист СРЈ – Међународни уговори“, број 11/01.

⁴⁰ „Сл. лист СЦГ – Међународни уговори“, број 12/04.

⁴¹ „Сл. гласник РС – Међународни уговори“, број 38/09.

⁴² „Сл. гласник РС – Међународни уговори“, број 1/10.

⁴³ „Сл. гласник РС – Међународни уговори“, број 3/10.

2012 Конвенција),⁴⁴ и Европског споразума о главним унутрашњим водним путевима од међународног значаја (АГН).⁴⁵

Република Србија као земља која претендује на чланство у Европску унију донела је Стратегију развоја водног саобраћаја Републике Србије од 2015. до 2025. године.⁴⁶ На тај начин се постиже један од циљева ка постизању кохерентности и хармонизације у процесу имплементације важећих директива у овој области.

Постојећа правна регулатива у Републици Србији усаглашена је са регулативом Европске уније. Донети су Закон о пловидби и лукама на унутрашњим водама,⁴⁷ Закон о поморској и унутрашњој пловидби,⁴⁸ Закон о поморској пловидби.⁴⁹

Нагли пораст загађења вода изазван је рапидном индустријализацијом, неадекватним просторним планирањем, као и неконтролисаним транспортом нафте, нафтних деривата и опасних материја пловним средствима саобраћаја. Вода се загађује и комуналним отпадним водама из насеља и индустријских постројења, хемијским агенсима који се користе у пољопривредној производњи и шумарству и услед термалног и нуклеарног загађења.⁵⁰ Загађење воде обухвата и загађење приобаља минералним уљима и њиховим дериватима из обалских фабричких постројења и пловних објеката, као и продирање отпадних вода у пијаћу воду и акциденте на извориштима пијаће воде.⁵¹ Оквирна директива о водама представља основни правни акт који дефинише заштиту и очување воде у Европи и обезбеђује њено дугорочно и квалитетно коришћење, кроз тачно утврђене стандарде које земље

⁴⁴ „Сл. гласник РС – Међународни уговори”, број 6/13.

⁴⁵ „Сл. гласник РС – Међународни уговори”, број 13/13.

⁴⁶ На основу члана 8 ст. 2 и 3 Закона о пловидби и лукама на унутрашњим водама („Сл. гласник РС”, бр. 73/10 и 121/12) и члана 45 став 1 Закона о Влади („Сл. гласник РС”, бр. 55/05, 71/05 – исправка, 101/07, 65/08, 16/11, 68/12 – УС, 72/12, 7/14 – УС и 44/14), Влада је 28. маја 2015. године донела Стратегију развоја водног саобраћаја Републике Србије од 2015. до 2025. године.

⁴⁷ Закон о пловидби и лукама на унутрашњим водама „Сл. гласник РС”, бр. 73/10, 121/12 и 18/15.

⁴⁸ Закон о поморској и унутрашњој пловидби, „Сл. лист СРЈ”, бр. 12/98, 44/99, 74/99 и 73/00 и „Сл. гласник РС”, бр. 85/05, 101/05, 73/10.

⁴⁹ Закон о поморској пловидби, „Сл. гласник РС”, бр. 87/11, 104/13 и 18/15.

⁵⁰ Слободан Петковић, Милан Димкић, *Могућности побољшања институционалног положаја водопривреде у Републици Србији*, Министарство за пољопривреду, шумарство и водопривреду РС и Институт „Јарослав Черни”, Београд, 2006, стр. 43.

⁵¹ Жаклина Спалевеић, Мирјана Кнежевић, Миодраг Комненић, *Упоредни приказ заштите вода у Европској унији и Републици Србији*, Европско законодавство, Година XI, бр. 41, 2012, стр. 232–246.

чланице морају достићи до утврђених датума.⁵² Директива се односи на површинске, транзиционе, приобалне и подземне воде. Заштита воде у Републици Србији правно је регулисана кроз Закон о заштити животне средине и Закон о водама. Закон о заштити животне средине је дефинисао доношење Националне стратегије одрживог коришћења природних ресурса и добара и Националног програма заштите животне средине као основних стратешких докумената. Овим законом уводи се категорија подручја од посебног државног интереса у области заштите животне средине. Закон о водама уређује правни статус вода, интегрално управљање водама, управљање водним објектима и водним земљиштем, извора и начин финансирања водне делатности, као и друга питања значајна за управљање водама.

Постојећа законска регулатива треба да представља основ за даљу правну надоградњу у датој области, а све у циљу обезбеђења квалитета вода, управљања водама. Хармонизација прописа у Републици Србији у области заштите вода са правом Европске уније, која се пре свега односи на процес интензивније заштите животне средине, развија се у правцу усаглашавања поимања правног статуса воде као стратешког ресурса у Европи. Закон о заштити животне средине има посебан значај јер се бави питањима одговорности за загађивање животне средине.⁵³ Закон о водама⁵⁴ питање заштите вода, којим се Оквирна директива пре свега бави, разматра као „друга питања од значаја за управљање водама“.

При експлоатацији унутрашњих водних путева у Републици Србији води се рачуна о остваривању заштите животне средине и у ту сврху донет је сет еколошких закона. Поред ова два закона, Република Србија усвојила је сет закона из области заштите животне средине који је познат као „зелени пакет“ који су у складу са директивама Европске уније: Закон о заштити животне средине, Закон о водама, Закон о управљању отпадом,⁵⁵ *Закон о амбалажи и амбалажном отпаду*, Закон о заштити ваздуха, Закон о хемикалијама,⁵⁶ Закон о процени утицаја на животну средину⁵⁷, Закон о заштити природе,⁵⁸ Закон о за-

⁵² Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy, OJ, L 327, 22.12. 2000, pp. 1–72.

⁵³ Закон о заштити животне средине, „Сл. гласник РС“, број 135/04, 36/09, 36/09 – др. закон, 72/09 – др. закон и 43/11 – одлука УС.

⁵⁴ Закон о водама, „Сл. гласник РС“, број 31/10 и и 93/12.

⁵⁵ Закон о управљању отпадом, „Сл. гласник РС“, број 36/09, 88/10.

⁵⁶ Закон о хемикалијама, „Сл. гласник РС“, број 36/09, 88/10, 92/11 и 93/12.

⁵⁷ Закон о процени утицаја на животну средину, „Сл. гласник РС“, број 135/04 и 36/09.

⁵⁸ Закон о заштити природе, „Сл. гласник РС“, број 135/04, 36/09, 36/09 – др. закон, 72/09 – др.

штити од јонизујућег зрачења и о нуклеарној сигурности, Закон о заштити од нејонизујућих зрачења, Закон о забрани развоја, производње, складиштења и употребе хемијског оружја и његовом уништавању, Закон о заштити од буке у животној средини, Закон о заштити и одрживом коришћењу рибљих ресурса, Закон о потврђивању Амандмана на Анекс Б Кјото протокола уз Оквирну конвенцију Уједињених нација о промени климе.⁵⁹ Циљ доношења овог сета закона је заштита свих сегмената животне средине (вода, ваздух, земљиште), али и уређивање области правилног коришћења и чувања опасних хемикалија, складиштење отпада, одржавање депонија и свега што на било који начин угрожава животну средину и здравље људи, животиња и биљака.

Република Србија је донела сет закона, а у мају ове године **доноси Стратегију развоја водног саобраћаја од 2015. до 2025. године.**⁶⁰ Сви послови који се односе на водни саобраћај прописани су Законом о пловидби и лукама на унутрашњим водама, Законом о поморској пловидби и Законом о транспорту опасног терета,⁶¹ и у надлежности су следећих државних органа и организација: Министарство грађевинарства, саобраћаја и инфраструктуре, Сектор за водни саобраћај и безбедност пловидбе. Бројни европски прописи везани за унутрашњу пловидбу дефинисани су у Националном програму за усвајање правних тековина Европске уније на који се ослања Стратегија. Најзначајнији прописи које треба од 2015. године имплементирати у домаће законодавство јесу прописи, правилници и конвенције које се односе на контролу загађивања вода са пловилима унутрашње пловидбе. Стратегија препознаје унутрашњи водни саобраћај као најпогоднију грану саобраћаја за превоз велике количине робе намењене извозу и увозу и као област погодну за прилив страних инвестиција.

закон и 43/11 – одлука УС.

⁵⁹ „Сл. гласник РС“, Међународни уговори, број 88/07 и 38/09 – др. закон.

⁶⁰ На основу члана 8 ст. 2 и 3 Закона о пловидби и лукама на унутрашњим водама („Сл. гласник РС“, бр. 73/10 и 121/12) и члана 45 став 1 Закона о Влади („Сл. гласник РС“, бр. 55/05, 71/05 – исправка, 101/07, 65/08, 16/11, 68/12 – УС, 72/12, 7/14 – УС и 44/14), 28. маја 2015. године донета је Стратегија развоја водног саобраћаја од 2015. до 2025. године. Доступно на: <http://www.mgsi.gov.rs/cir/dokumenti/strategija-razvoja-vodnog-saobracaja-republike-srbije-od-2015-do-2025-godine>

⁶¹ Закон о транспорту опасног терета, „Сл. гласник РС“, број 88/10.

4. Закључак

Република Србија код уређења саобраћаја унутрашњим пловним путевима и стварања адекватне законске регулативе води рачуна о међународном правном оквиру унутрашње пловидбе на Дунаву, Сави и Тиси, што подразумева обавезну примену одредаба потврђених међународних конвенција и споразума. Постојећа правна регулатива у Републици Србији усаглашена је са регулативом Европске уније. Донети су Закон о пловидби и лукама на унутрашњим водама, **Закон о поморској пловидби**. Најзначајнији прописи, које треба од 2015. године имплементирати у домаће законодавство, јесу прописи, правилници и конвенције које се односе на контролу загађивања вода са пловилима унутрашње пловидбе. У Републици Србији саобраћај унутрашњим пловним путевима, као исплативији и еколошко прихватљивији вид саобраћаја у односу на копнени саобраћај, није довољно развијен за његово потпуно учешће у међународном речном саобраћају.

Mirjana Knežević, Ph.D

Associate Professor at the Faculty of Economics University of Kragujevac

THE LEGAL FRAMEWORK OF INLAND WATERWAYS (INTERNATIONAL AND NATIONAL REGULATIONS)

Summary

The Republic of Serbia, at the planning of inland waterway transport and creating adequate legislation, takes into account the international legal framework of inland navigation on the Danube, Sava and Tisa, which includes the mandatory application of the provisions of ratified international conventions and agreements. Existing legislation in the Republic of Serbia has been harmonized with EU regulations. There have been adopted the Law

on navigation and ports on inland waters, Law on maritime navigation. The most important regulations, which should be implemented by 2015 in the national legislation, are the legislation, regulations and conventions relating to the control of water pollution from vessels inland waterways. In the Republic of Serbia, inland waterway transport as a more cost-effective and environmentally friendly mode of transport compared to land transport is not sufficiently developed to its full participation in the international river transport.

Key words: *inland navigation, international regulations, national regulations.*

БИТНА ОБЕЛЕЖЈА АКЦИОНАРСКОГ ДРУШТВА И ЕКОНОМСКИ ЗНАЧАЈ АКЦИОНАРСТВА

Др Мирослав Милосављевић*

Апстракт: Скоро три деценије, акционарско друштво се налази у жижи интересовања наше привредноправне и економске науке, као и пословне праксе. Ово интересовање посебно је актуелно после промена у нашем привредном систему, које су започеле доношењем Закона о предузећима из 1988. године, са којим се код нас по први пут после Другог светског рата омогућава оснивање акционарских друштава. Каснијим доношењем Закона о привредним друштвима и другим пратећим прописима, ово интересовање се интензивира.

Управо због наведене актуелности, аутор се одлучио да истражи битна обележја акционарског друштва и његов економски значај, пошто сматра да област акционарства заслужује и већу пажњу стручне и научне, као и пословне јавности, пре свега због тога што оно треба да представља моторну снагу развоја друштва. Битна обележја су: да је акционарско друштво правно лице, да је привредно друштво капитала, да је основни капитал подељен на акције, да су улози акционара неповратни итд.

Кључне речи: привредно друштво, акције, правно лице, одговорност, капитал.

* Професор Факултета за правне и пословне студије „Др Лазар Вркатић“ из Новог Сада, Унион универзитет у Београду.

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

У данашњој економији доминирају акционарска друштва. На планетарном нивоу мултинационалне компаније које су формиране у облику акционарских друштава, економски су моћније од многих држава и диктирају глобални развој економије.¹

Уколико имамо у виду да на светском тржишту могу да опстану само најбоље организовани привредни субјекти, који се налазе у сталној и неизвесној конкуренцији, са низом разноликих баријера које спречавају улазак на поједина тржишта, са препрекама оличеним у системима стандарда квалитета, тада је очигледно да само репрезентативни привредни субјекти, као што су акционарска друштва, могу да се носе са овим изазовима.²

Изнета тврдња проистиче из искуства развијених земаља чији се развој и напредак не би могао замислити без постојања акционарских друштава са својим најзначајнијим карактеристикама, као што су: могућност прикупљања великих новчаних средстава која се састоје од малих уштеда, или ствари и права, различитог порекла и својинског карактера која се могу новчано изразити; способност проширивања тржишта и његовом брзом прилагођавању; одвајање управљачке функције од својинских права, што је релативизовало улогу власника у функционисању акционарског друштва и др.

У наставку рада, биће приказана битна обележја акционарског друштва, пре свега, у Републици Србији и Републици Српској, као и економски значај акционарства.

1. БИТНА ОБЕЛЕЖЈА АКЦИОНАРСКОГ ДРУШТВА

1.1. АКЦИОНАРСКО ДРУШТВО ЈЕ ПРИВРЕДНО ДРУШТВО КАПИТАЛА

Из самог назива уочава се да је у питању **друштво**. Акционарско друштво је заједница више лица, која је конституисана правним

¹ Николић, Миленко и др., *Економика предузећа*, ЦИД – Центар за издавачку делатност, Београд, 2002, стр. 75.

² Исто.

послом ради остварења заједничких циљева и интереса. Оснивањем акционарског друштва, акционари постижу циљеве које као појединци то не би могли због недостатка имовине, знања, способности и др. Акционарско друштво има својство друштва и онда када га чини једно лице, независно од тога да ли га је основао један оснивач или је друштво имало више чланова те је после тога, из било ког разлога, његов број опао на једног члана. Могућност оснивања једноперсоналног друштва мора бити дозвољена законом.³

Чланови акционарског друштва (акционари) могу бити физичка и правна лица и то како домаћа, тако и страна. Не тражи се да физичка лица буду пословно способна лица.⁴ Потпуна пословна способност тражи се уколико чланови друштва треба да буду у органима акционарског друштва (скупштина, надзорни одбор или директор, односно члан одбора директора, односно извршног одбора директора.). Правни положај чланова акционарског друштва утврђен је законом, оснивачким актом и статутом друштва.⁵ Утицај акционара на уређење питања свог правног положаја је знатно мањи него чланова у друштву лица или у другим друштвима капитала.

Акционарско друштво је **друштво капитала**. То значи да нису битне персоналне карактеристике његових чланова-акционара,⁶ у свим његовим фазама: оснивању, пословању и престанку,⁷ односно да се

³ Законом о привредним друштвима Републике Србије („Сл. гласник Р. Србије”, бр. 36/2011, 99/2011) као и Законом о привредним друштвима Републике Српске („Сл. лист Р. Српске”, бр. 127/08), Законом о привредним друштвима Црне Горе (“Сл. лист РЦГ”, бр. 6/2002 и “Службени лист ЦГ”, бр. 17/2007, 80/2008 и 36/2011, 40/2010, 40/2011) омогућено је оснивање једночланог акционарског друштва. Могућност оснивања једночланог акционарског друштва дозвољено је, примера ради, и у немачком и хрватском праву и др.

⁴ Потпуна пословна способност је могућност физичких лица да својом вољом заснивају, мењају и гасе права и обавезе и иста се стиче пунолетством (са навршених 18 год. живота) или закључењем брака по дозволи суда, са навршених 16 година: Бабић, Илија, *Привредно право*, Полицијска академија 1998. год, стр. 34 и 35 и Рајчевић, Марко, *Пословно право 1*, Правни факултет, Бања Лука, 2007, стр. 41.

⁵ То су међусобни односи чланова и друштва, међусобни односи чланова друштва, начин одлучивања, заштита мањинских права и др.

⁶ Карло Ковач и др., *Привредно право са основама грађанског права и радним односима у привреди*, Савремена администрација, Београд, 1979, стр. 137.

⁷ Право пречег уписа акција може се ограничити или искључити у случају понуде код које није обавезна објава проспекта, што не искључује његове карактеристике друштва капитала у корист карактеристика друштва лица: члан 277 и 278 Закона о привредним друштвима Србије. Оснивачким актом или статутом затвореног акционарског друштва могу се одредити ограничења на пренос акција друштва, што, такође, не искључује његове карактеристике друштва капитала у корист карактеристика друштва лица: члан 190 Закона о привредним друштвима Српске.

акционари везују за друштво а не за друге чланове друштва.⁸ Овде је битан капитал који је подељен на акције које су у промету.⁹ Отвореност акционарског друштва утиче да се његови чланови могу брзо мењати без сагласности акционарског друштва. Управо је то оно што акционарско друштво разликује од друштва лица у којима је доминантна персонална карактеристика. У друштву лица, и поред тога што је у друштво унет капитал који је потребан за рад и пословање друштва, не ради се о заједници капитала, већ о заједници лица која чине основу удруживања.

Степен отворености највећи је код оних акционарских друштава која имају материјализоване акције на доносиоца а најмањи је када акције гласе на име, пошто је њихов промет знатно успорен.

По обележјима која има као друштво капитала, акционарско друштво се разликује од свих друштава лица (ортачког и командитног). Оно што га разликује од других друштава капитала (посебно друштва са ограниченом одговорношћу) је, пре свега, основни капитал који је подељен на акције.¹⁰ Код друштава лица карактеристични су други лични елементи, као што су лична својства чланова друштва, њихово међусобно познавање и поверење и слично.¹¹

Акционарско друштво је **привредно друштво** што указује и чињеница да је његов правни положај утврђен законима о привредним друштвима. При томе као друштво капитала, представља типичан облик субјективитета тржишне привреде.¹² Сматра се да му то својство припада, независно од тога које се карактеристике за то својство траже у закону. Акционарско друштво је привредно друштво без обзира на предмет пословања. Оно је привредно друштво и када му није циљ да стиче добит, нити обавља привредну делатност, већ и када му је циљ да остварује интересе акционара на непрофитној основи, односно када његово пословање задовољава само потребе чланова тог друштва.

Изузетно, у неким правним системима, од делатности зависи да ли ће друштво бити привредно (трговачко) или грађанско. У САД и Енглеској компаније и корпорације, а у Француској “Association” могу се

⁸ Шогоров, Стеван, *Право привредних друштава*, Пословни биро СБ, Нови Сад, 2003, стр. 145.

⁹ Царић, Славко, *Правни положај ОУР-а*, Савремена администрација, Београд, 1981, стр. 38.

¹⁰ Остале разлике су последице које су довеле до оснивања д.о.о., тј. могућност заједнице лица да остварују исте интересе као у акционарском друштву, са једноставнијом и еластичнијом организацијом и већим учешћем чланова у управљању друштвом.

¹¹ Фримерман, Андреј, *Акционарско друштво*, Финекс, Београд 1998, стр. 11.

¹² Страна 48 Декларације копаоничке школе природног права, Копаноник, 2002.

основати без лукративног циља односно, као грађанскоправно друштво.¹³ Акционарско друштво не губи својство привредног друштва ни када се његов циљ промени због ликвидације или стечаја.¹⁴

1.2. АКЦИОНАРСКО ДРУШТВО ЈЕ ПРАВНО ЛИЦЕ

Правно лице је организација којој правни прописи дају способност да буде субјект права (носилац права и обавеза) и има пословну способност.¹⁵ Правно лице је творевина правног поретка и неопходно је да има имовину, да га правни систем изричито признаје¹⁶ и да није забрањено.

Може се констатовати да су **обележја правног лица:**

- да има организацију уређену правилима (законом, оснивачким актом, односно статутом);
- да има имовину (која се састоји од стварних права: својине и службености; облигационих права; интелектуалне својине);
- да има правно дозвољен циљ (да није противан јавном поретку, принудним прописима и добрим обичајима);
- да се може идентификовати у јавном промету (фирма, седиште, делатност);
- да је субјект права.¹⁷

Француски Code de commerce је први извор права у коме је акционарско друштво регулисано као правно лице.¹⁸

¹³ Ivamy, *Company Law*, Лондон, 1978. година, Ferrar, *Company Law*, Лондон, 1978. година и Leparagneur, *Les societes commerciales auh Etats-Unis these*, Париз, 1993. година, према: Васиљевић, Мирко, *Пословно право*, Савремена администрација, Београд, 1997, стр. 99.

¹⁴ У овим поступцима АД. не стиче добит, већ наплаћује своја потраживања, уновчава своју имовину, подмирује своје обавезе које има према повериоцима и евентуални остатак дели акционарима.

¹⁵ Бабић, Илија, наведено дело, стр. 40; Према: Weber, Мах, *Привреда и друштво*, Београд, стр. 598, постоје индиције да је у римском праву “corpus collegi habere” означавао потпуну правну способност.

¹⁶ Марковић, Лазар, *Грађанско право*, 1. књига, Београд, 1927, стр. 143.

¹⁷ Бабић, Илија, наведено дело, стр. 49; Драшкић, Младен, *Основи привредног права*, Савремена администрација, Београд, 1982, стр. 22.

¹⁸ Kuhn, K. Artur, *A comparative study of the Law Corporations With Particular Reference to the Protection of Creditors and Shareholders*, New York, 1992, стр. 56.

У црногорском Закону о привредним друштвима изричито је утврђено да је акционарско друштво правно лице које је својом имовином и обавезама потпуно одвојено од акционара.¹⁹

У нашем праву сва привредна друштва имају својство правног лица.²⁰ С обзиром на то да је акционарско друштво привредно друштво,²¹ долазимо до закључка да је акционарско друштво правно лице у нашем праву.²²

У неким правним системима, у којима сва привредна (трговачка) друштва немају својство правног лица, прописима којима се регулише акционарско друштво посебно се утврђује да исто има својство правног лица.²³

Својство правног лица је јединствено и недељиво и као такво има правну и пословну способност. Својство правног лица стиче се уписом у регистар.²⁴

У неким упоредноправним системима познато је тзв “преддруштво” акционарског друштва.²⁵ Ради се о томе да акционарско друштво постоји са свим својим обележјима и пре уписа у регистар, без својства правног лица. У неким правима изричито је искључено постојање преддруштва.

Пошто је акционарско друштво правно лице, оно има своју имовину²⁶ која је у потпуности одвојена од имовине његових чланова. Акционарско друштво својом имовином одговара за своје обавезе и може да заснива правне односе са другим субјектима, као и са својим члановима. Имовина правног лица је чвршће везана за постављени циљ и она „надживљује“ физичка лица, без обзира на промене учесника.²⁷

¹⁹ Члан 17 Закона објављен је у “Службеном листу РСГ”, бр. 6/2002 и “Службеном листу ЦГ”, бр. 17/2007, 80/2008 и 36/2011, 40/2010, 40/2011.

²⁰ Члан 2 Закона о привредним друштвима Републике Србије и члан 2 Закона Републике Српске.

²¹ Члан 8 Закона о привредним друштвима Републике Србије и члан 179 Закона о привредним друштвима Републике Српске.

²² У Закон о банкама („Службени гласник РС”, бр. 107/2005) и његовим изменама и допунама наведено је да је банка (као акционарско друштво) правно лице.

²³ Пример: немачко, аустријско, швајцарско, италијанско право.

²⁴ Члан 3 Закона о привредним друштвима Србије, члан 4 Закона о привредним друштвима Српске, члан 3 Закона о привредним друштвима Црне Горе

²⁵ Параграф 41 немачког Закона о акционарским друштвима из 1965; члан 5 став 2 француског Закона о трговачким друштвима из 1966; члан 645 швајцарског Закона о облигацијама.

²⁶ Имовина акционарског друштва у тренутку његовог оснивања је основни капитал, сем у случају када се акције уписују изнад номиналне вредности, када имовина може бити већа од основног капитала.

²⁷ Станковић, Обрад, Водинелић, Владимир, *Увод у грађанско право*, Београд, 1995, стр. 75.

Управо зато што је акционарско друштво правно лице, оно има и посебну унутрашњу организацију која је прописана законом. У тој организацији нарочито важни су органи акционарског друштва преко којих друштво исказује своју пословну способност.

Акционарско друштво има низ могућности своје правне заштите. Ово се односи, пре свега, на фирму (пословно име),²⁸ индустријску својину,²⁹ пословну и професионалну тајну³⁰ и др.

Чињеница да акционарско друштво има својство правног лица, даје му страначку способност у грађанском судском поступку. Ова страначка способност се изражава преко органа друштва овлашћених за заступање, односно преко пуномоћника.

Акционарско друштво губи статус правног лица брисањем из регистра привредних субјеката. У тој ситуацији мора се претходно спровести одговарајући поступак како би се решио имовинскоправни статус путем стечајног или ликвидационог поступка.

Разлози за брисање из регистра су статусне промене као што су: спајање, подела, припајање, као и промена правне форме друштва и др.

У **Уредби Савета (ЕЗ)** о статуту Европског предузећа утврђено је да европско акционарско друштво (*Societas Europaea – SE*) има статус правног лица.³¹

1.3. АКЦИОНАРИ НЕ ОДГОВАРАЈУ ЗА ОБАВЕЗЕ ДРУШТВА

Још је у римском праву, у Улпијановим Дигестама, било установљено правило да: “Ако се нешто дугује друштву не дугује се појединцу, нити појединац дугује оно што дугује друштво”.³²

Код првих појавних облика акционарског друштва, акционари су били неограничено одговорни за обавезе друштва. Тек у XVIII веку у Француској, са појавом акција на доносиоца, акционари постају

²⁸ Члан 28 Закона о привредним друштвима Републике Србије.

²⁹ Закон о патентима (Сл. гласник РС”, бр. 99/2011), Закон о жиговима (“Сл гласник РС”, бр. 104/2009).

³⁰ Члан 72 Закона о привредним друштвима Србије и члан 38 Закона о привредним друштвима Српске.

³¹ Члан 1. Уредбе (правила) Савета (ЕЗ), бр. 2157/2001, од 8. октобра 2001. о Статуту Европског предузећа (ЕП).

³² Стојчевић, Драгомир, *Римско приватно право*, Београд, 1974, стр. 73.

ограничено одговорни за обавезе друштва до висине акција.³³

Опште је прихваћено правило, у упоредном и у нашем праву, да акционари не одговарају за обавезе акционарског друштва.

У неким упоредним правима то је изричито наведено,³⁴ док је у другим правима то изражено тако што је наведено да за обавезе одговара само друштво својом имовином, те користећи аргумент “а contrario”, извлачимо закључак да акционари не одговарају за обавезе друштва.³⁵

У Закону о привредним друштвима Републике Србије утврђено је да је акционарско друштво оно друштво чији је основни капитал подељен на акције које има један или више акционара који не одговарају за обавезе друштва, осим у случају када је акционар злоупотребио правило о ограниченој одговорности, када одговара за обавезе друштва.³⁶ Идентична формулација постоји и у Закону о привредним друштвима Српске и она гласи: „Акционари акционарског друштва не одговарају за обавезе друштва, осим до износа уговореног а неуплаћеног улога у имовину друштва, у складу са законом“³⁷.

Акционари могу да преузму одговорност за обавезе друштва на основу правног посла, пре свега уговором о јемству,³⁸ преузимањем дуга или приступањем дугу,³⁹ залагањем непокретних⁴⁰ и покретних ствари⁴¹ и др. Оваква могућност преузимања одговорности не мења суштину законског обележја акционарског друштва по питању одговорности.

За разлику од неодговорности за обавезе друштва, **акционари сноси ризик пословања**, сразмерно својим акцијама. Управо је зато веома важно да се у току поступка оснивања акционарског друштва

³³ Царић, Славко и др., *Привредно право за економисте*, Центар за привредни консалтинг, Нови Сад, 2001, стр. 101; Kuhn, K. Artur, наведено дело, стр. 56, наводи да је Code de commerce, први општи правни извор који уређује ограничену одговорност чланова за обавезе акционарског друштва.

³⁴ Пар. 1 аустријског Закона о акционарским друштвима; члан 61о ст. 2 швајцарског Закона о облигацијама, члан 270 став 2 Закона о трговачким друштвима Македоније из 2004, члан 159 ст. 3 хрватског Закона о трговачким друштвима – пречишћен текст (“Народне новине”, број 152/11).

³⁵ Члан 2325 ст. 1 италијанског Грађанског законика, пар. 1 немачког Закона о акционарским друштвима из 1965.

³⁶ Члан 245 и 16 Закона.

³⁷ Члан 179 Закона.

³⁸ Члан 99 Закона о облигационим односима, “Сл. лист СФРЈ”, бр. 27/78 са измена и допунама.

³⁹ Члан 446 и 453 Закона о облигационим односима из 1978. године.

⁴⁰ Члан 63 Закона о основама својинско правних односа, “Сл. лист СФРЈ”, бр 6/80 са допунама.

⁴¹ Члан 2 ст. 2 Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, “Сл. лист Србије и Црне Горе”, бр. 57/03.

формира основни капитал који ће представљати гаранцију повериоцима да ће друштво извршити своју обавезу према њима. Уколико је пословање акционарског друштва лоше, пада вредност акција, те је могуће да дође и до престанка друштва и акционари изгубе све што су уложили. У оваквим ситуацијама не може се од акционара тражити да мимо њихове сагласности, уложе додатна средства у акционарско друштво како би се побољшало његово пословање.

С друге стране, уколико акционарско друштво успешно послује, цене „његових“ акција расту на тржишту хартија од вредности и створени су услови за исплату дивиденде акционарима.

Искључење акционара од одговорности за обавезе друштва није апсолутно, с обзиром на то да у одређеним правним ситуацијама акционар одговара за обавезе друштва целокупном својом имовином. То су следеће ситуације – уколико акционар: употреби друштво за постизање циља који му је иначе забрањен; користи имовину друштва или њоме располаже као да је његова лична имовина; користи друштво или његову имовину у циљу оштећења поверилаца друштва; ради стицања користи за себе или трећа лица умањи имовину друштва, иако је знало или морало знати да друштво неће моћи да извршава своје обавезе.⁴²

Став наше судске праксе је да су акционари и њихова друштва посебне правне личности и да свако од њих одговара сопственом имовином. Уколико мешањем имовине или на други начин оснивач, односно акционар са акционарским друштвом ствара привид правног субјективитета, онда одговара и за његове обавезе. Мешање имовине, односно, радње којима се ствара привид правног субјективитета, суд мора несумњиво да утврди.⁴³

У упоредном праву, такође, постоји одговорност акционара када дође до “привида правне личности” односно “пробоја правне особности” (термин који се користи у хрватском праву).⁴⁴

Акционар који злоупотреби чињеницу да не одговара за обавезе друштва, то најчешће чини зато што користи свој утицај у друштву где има већински капитал а самим тим и мајоритет у одлучивању приликом

⁴² Члан 18 Закона о привредним друштвима Србије и члан 15, 33 и др. Закона о привредним друштвима Српске. На наведени начин, поред акционара, одговарају и оснивачи, чланови управе и извршног одбора директора.

⁴³ Решење Врховног суда Србије, Рев. 5159/2002. од 19. децембра 2002. године, које је објављено у Билтену судске праксе Врховног суда Србије, бр. 1/2003.

⁴⁴ Члан 10 ст. 3 хрватског Закона о трговачким друштвима - пречишћен текст (“Народне новине”, број 152/11); члан 6 словеначког Закона о привредним друштвима из 1993.

доношења одлука. Пошто у акционарском друштву послове води посебно ангажована професионална управа (чији чланови, најчешће, нису акционари тог друштва), а која има велику одговорност за пословне одлуке које се доносе, незнатна је могућност злоупотребе акционара у односу на друштво са ограниченом одговорношћу или на друштва лица, где је та могућност много већа.

Тужбом, коју подиже поверилац, покреће се судски поступак у коме се доказује да је дошло до злоупотребе од стране акционара. Овај поступак пружа превентивну заштиту, како не би дошло до неспособности акционарског друштва да измирује своје обавезе према повериоцима. Повериоци могу тражити од суда да акционар врати друштву све исплате које је примио супротно законским одредбама (камата, дивиденда и др.).⁴⁵

У судском поступку акционар се може бранити истицањем свих оних приговора који могу бити и приговори акционарског друштва, као што су: да обавеза нема ваљан правни основ, да обавеза није доспела, да је обавеза престала услед застарелости, пребијања или из неког другог разлога, као и да поверилац није испунио своју обавезу те да нема право да тражи намирење свог потраживања, да је поверилац пропустио да наплати осигурање итд. Акционар може посебно истицати приговоре личне природе, који указују на то да није било никакве злоупотребе са његове стране, да су пословни потези били целисходни и у корист акционарског друштва итд.

У Законима Србије и Српске није, до краја, утврђен поступак заштите уколико дође до „привида правне личности“ од стране акционара. Законодавац, вероватно, полази од претпоставке да је акционар члан управе друштва, у ком случају је детаљније разрађен механизам утврђивања одговорности.

Сматрамо да ово питање треба прецизније нормирати у нашем праву, како би се отклониле недоумице приликом утврђивања одговорности акционара за обавезе акционарског друштва.

У црногорском Закону о привредним друштвима из 2002. године предвиђено је да, када постоји злоупотреба ограничења одговорности или тежа повреда у акционарском друштву, као што су: мешање имовине, односно средстава и власника и друштва; лажна или преварна регистрација; пропуштање вођења одређене евиденције и др., суд може утврдити неограничену одговорност једног или више власника.⁴⁶

⁴⁵ Члан 18 Закона о привредним друштвима Републике Србије и члан 224 хрватског Закона о трговачким друштвима – пречишћен текст.

⁴⁶ Члан 4 Закона.

У литератури се као примери, који представљају основ за одговорност акционара, наводе преварно поступање, где један акционар који води послове акционарског друштва оснује друго друштво и међусобним фиктивним пословањем пребацује средства из акционарског у друго друштво (чији је он искључиви власник или чланови његове породице и блиски пријатељи). Договорним блокадама сопственог жиро рачуна омогућује се одлив средстава у друго друштво и изигравају се повериоци који не могу да наплате своја потраживања. Ово “**исисавање**” **имовине**, у пракси се назива “**тунелирање**”.⁴⁷ Нажалост, у нашем друштву, на овакав начин извршен је део “приватизације” друштвене и државне својине.

Интересантан је случај у коме је **Жалбени суд Енглеске** (Court of Appeal) осудио два директора, који су истовремено били акционари у више компанија. Те компаније су узеле велике кредите код разних институција. Новац су трошили на проводе и луксузан живот по хотелима и ресторанима, купујући јахте и куће. Осуде су биле за кривична дела крађе.⁴⁸

Уредбом Савета о Статуту Европског предузећа прописано је да ни један акционар није одговоран за већи износ од оног који је уписао.⁴⁹

2. ЕКОНОМСКИ ЗНАЧАЈ АКЦИОНАРСТВА

“Акционарско друштво је правни израз концентрације и централизације капитала на националном плану у земљама са тржишном привредом, али и на међународном плану у облику мултинационалних и транснационалних компанија”.⁵⁰

Управо зато се акционарско друштво изнедрило у току индустријске револуције, када је било неопходно пронаћи облик организовања који ће максимално допринети да се прикупи финансијски капитал у циљу реализације значајних пословних пројеката.

⁴⁷ Барбић, Јакша, *Право друштва*, књига друга, Друштво капитала, Организатор, Загреб, 2002, стр. 15 и 16.

⁴⁸ Keenan, Denis: *Company Law*, London, 1988, стр. 429. Овај пример показује одвојеност правног субјективитета компаније од правног субјективитета чланова који је чине. Кеенан наводи и низ других примера из енглеског прецедентног права као што су: Соломон против Соломона, Мекуре против Северног осигуравајућег друштва, Ли Катерине против Лијевог ваздушног пољопривредног друштва и др.

⁴⁹ Члан 1 тачка 2.

⁵⁰ Царић, Славко, *Привредно право за економисте*, стр.101.

Акционарско друштво са својим правним механизмом прикупљања слободних средстава,⁵¹ развило се у најзначајнији и најразвијенији облик трговачког друштва. Акционарска друштва су посебно привлачан инструмент за привреднике због својих многобројних предности.⁵²

Полазећи од чињенице да је основни задатак акционарског друштва да користи постојеће ресурсе ради задовољења друштвених потреба, онда је јасно да исто има велики утицај на привредни развој на глобалном нивоу. Неке светске компаније, које су формиране у облику акционарског друштва, запошљавају огроман број људи и располажу са милијардама долара капитала, остварујући енормне профите. Исте улажу у свој развој и развој научноистраживачке делатности, развој светског тржишта и привредне активности на њему.

Својом стратегијом развоја, мултинационална акционарска друштва развила су концепт интернационализације економије на којима се заснива савремена светска привреда.

Анализом прогреса у привредном и друштвеном развоју неких земаља долази се до закључка да је у неколико последњих деценија прошлог века дошло до веома значајних промена које су последица ефикасности и бурног развоја савремених привредних друштава, а посебно акционарских друштава.

Интеграциони процеси који су у току, последица су потребе да се прикупи огроман капитал из различитих извора финансирања, као и потребе да се исти уложи у најбоље пословне пројекте широм света а који ће донети највећи профит.

Флуктуација акционарског капитала на унутрашњем и међународном плану и стварање великих система, омогућили су да се води јединствена развојна и пословна политика у целини и постигну бољи ефекти пословања.

Интернационализацијом свог пословања акционарско друштво, поред утицаја на развој националне економије своје земље, доприноси развоју и других земаља, посебно неразвијених и земаља у развоју. Инструменти утицаја су, пре свега, улагање у пословне пројекте у другим земљама, трансфер знања и технологије, креирање организације и менаџмента и др.

⁵¹ Мобилизаторска способност акционарског друштва да прикупи капитал омогућила је да се исти, уместо у потрошњу, усмери у привредну делатност која доноси профит и могућност даљег развоја акционарског друштва.

⁵² Стрезоски, Стрезо, *Трговац, трговачка друштва и њихово удруживање у капиталистичким земљама*, Нови сад, 1971, стр. 81.

Интернационализација пословања акционарског друштва може имати и неке негативне аспекте деловања за земље домаћине. У правној литератури⁵³, као пример таквог деловања, наводе се: извоз прљавих технологија и отпадног материјала, продаја застарелих технологија, све то уз лобирање и давање великих “награда” онима који то прихватају у својим земљама и омогућавају њихову “колонизацију” преко зависности од страног капитала и технологије.

У преамбули у којој је дато образложење за доношење **Уредбе Савета ЕЗ о Статуту Европског предузећа (ЕП)** наведено је: да је у циљу напретка тржишта и напретка ЕУ неопходно да се формира предузеће, типа акционарског друштва, чије пословање није ограничено само на задовољавање локалних потреба а које може бити способно да планира и спроведе реорганизацију свог пословања на нивоу Заједнице, које има управљање са европском димензијом, ослобођено препрека које настају због разлика и ограничења услед територијалне примене националних права о предузећима.

Велика улога акционарског друштва је и у томе што се улог акционара сматра капиталом друштва и исти се не мора вратити акционарима, с обзиром на то да они добијају, на име тога, противвредност у акцијама. Акционар може да поврати свој улог на тај начин што ће продати акције, у ком случају се неће умањити капитал акционарског друштва, нити онемогућити даље пословање друштва.

Код нас је акционарско друштво имало значајну улогу с обзиром на то да је представљало инструмент за приватизацију и организациону трансформацију, као и код других земаља у транзицији

Акционарско друштво представља, такође, инструмент привлачења страног капитала, пре свега, путем директног улагања.⁵⁴ Код ове врсте улагања, улагач је заинтересован за пословање друштва и зато учествује у његовом управљању и контроли токова средстава (нарочито трошењу истих), добит друштва и др. Управо зато овакав начин улагања средстава подржавају земље увознице капитала.

Зајмови, портфолио инвестирање и сл. доводе неразвијене земље и земље у развоју, које их узимају, у тежак положај с обзиром на то да не могу на време да их врате, да су камате високе те да зајмодавци и

⁵³ Николић, Миленко, наведено дело, стр. 31.

⁵⁴ Према критеријумима ММФ-а, као директно улагање у страна привредна друштва сматрају се: филијале страних акционарских друштва; инокосна неакционарска друштва која послују самостално али су у власништву нерезидента и контролисана су од њих; као и акционарска друштва и друштва кћери на чију пословну активност нерезиденти имају значајан утицај.

улагачи нису заинтересовани да ли ће друштво добро радити и пословати, већ своју корист извлаче из камата и остваривања профита на основу уложеног капитала.

Бивша Југославија је била прва социјалистичка земља која је још 1967. године омогућила страним улагачима улагање капитала у домаћа предузећа. Међутим, због недостатка институционалних облика привредног организовања, типа акционарског друштва, у које би могао да се уложи страни капитал, као и због тадашњег става центара одлучивања да се првенствено узимају инострани кредити, прилив иностраног капитала био је занемарљив (до 1990. год. уложено је 200 милиона УСД). Касније су због ратова и санкција, које су уведене нашој држави, ова улагања стагнирала. Тек после 2000. године и променама које су се десиле, долази до благог оживљавања и интензивирања страних улагања у нашу земљу.⁵⁵

Највеће интересовање до сада су показали Немци, Италијани, Руси, Грци и Французи ⁵⁶, чије је улагање имало више позитивних ефеката на нашу економију. Ови ефекти се огледају у повећању акумулативне способности наше привреде, повећању заинтересованости за улагање, у раније незанимљива подручја и за домаће улагаче, преношењу технологије и проверених техничких решења, стручном оспособљавању домаће радне снаге, отварању нових радних места и запошљавању, изградњи потребне инфраструктуре, повећању прихода од пореза и др.

И поред тога што законодавства Србије и Српске омогућују улагање страног капитала у акционарска друштва, што имамо низ предности као што су значајна природна богатства (шуме, руде и др.), повољан географски положај, јефтину и квалитетну радну снагу и др., постоји велики број негативних фактора који одбијају улагаче страног капитала у нашу привреду. То су исцрпљена привреда, политички разлози као што су: нерешен територијални статус, могућност већих социјалних потреса, низак степен пословног морала, висок степен корупције, сива економија, неликвидност појединих банака, велики број позитивних прописа који не уливају потпуну сигурност страном улагачу и сл.

Посебно треба истаћи правне проблеме у којима се налазимо а који се огледају, често, у ниском правнотехничком нивоу прописа, недостатку и контрадикторности бројних прописа, њиховој ретроактивној примени

⁵⁵ Милановић Братислав, *Страни капитал као услов наставка започетих реформи у СРЈ*, Судска пракса, јул–август 2001, стр. 6.

⁵⁶ Новоселац, Б., *Foreign investment*, Београд, 1998, стр. 34.

итд., који представљају основни разлог изостанка страног капитала у нашој привреди.⁵⁷

Сви наведени фактори чине да наш простор буде сврстан у ред оних подручја која имају веома велики ризик за инвестирање.

Без обзира на то што је број акционарских друштава много мањи од других друштава капитала, осим у Грчкој и Швајцарској, уложени капитал далеко је највећи у акционарска друштва. У будућности ће, уверени смо, акционарско друштво бити најпогоднији облик улагања капитала и све ће више долазити до изражаја његове предности које се огледају, првенствено, у: сакупљању слободног капитала; непостојању ризика за улагаче; могућности лаког отуђења акција; анонимности акционара итд.

ЗАКЉУЧАК

Акционарско друштво или, како се у нашем праву кроз историју још називало, деоничко друштво односно “ортаклук безимени”, а које у упоредном праву носи адекватан назив одговарајућег језичког подручја (*societe anonyme*, *Aktiengesellehaft*, *stock corporation*, акционерното дружество, акционерско друштво, дионичко друштво итд.), најзначајнији је облик привредног друштва капитала у савременој тржишној привреди.

Код нас, као и у упоредном праву, не постоји дефиниција акционарског друштва која би на свеобухватан начин дала његово појмовно одређење. Ово је разумљиво с обзиром на то да је акционарско друштво “сложен организам”, те је покушај његовог дефинисања у једној реченици практично немогућ.

До суштине објашњења акционарског друштва може се доћи анализом његових битних обележја.

Прво обележје је да је то друштво, односно заједница више лица, која је конституисана правним послом ради стварања заједничких циљева и интереса

Друго обележје акционарског друштва је да је то друштво капитала, што указују да нису битне персоналне карактеристике његових чланова-акционара, као што је то случај код друштава лица, већ је битан капитал који је подељен на акције које су у промету.

⁵⁷ Више: Царић, Славко, *Актуелна питања промене привредног законодавства у пословној и судској пракси*, Право, 1998, стр. 3. и др.

Акционарско друштво је привредно друштво без обзира на предмет пословања, тј. оно је привредно друштво и када му није циљ да стиче добит и обавља привредну делатност, већ и када остварује интерес акционара на непрофитној основи, односно, када његово пословање задовољава само потребе чланова друштва.

Следеће битно обележје акционарског друштва је да има својство правног лица, односно, да буде субјект права (носилац права и обавеза) и има пословну способност. Акционарско друштво као правно лице је творевина правног поретка и неопходно је да има своју организацију која је прописана законом, имовину која је потпуно одвојена од имовине његових чланова, да га правни систем изричито признаје и да није забрањено. Својство правног лица акционарско друштво стиче уписом у регистар привредних субјеката.

Значајно је обележје да акционари не одговарају за обавезе акционарског друштва, међутим, акционари сnose пословни ризик сразмерно својим акцијама, те је стога неопходно да се приликом оснивања акционарског друштва формира основни капитал који ће бити гаранција свим повериоцима да ће акционарско друштво, уредно и на време, извршити своју обавезу према њима. Искључење акционара од одговорности није потпуно ако се ради о ситуацијама када акционар злоупотреби акционарско друштво да би постигао циљ који је за њега забрањен или да би оштетио повериоце, као и у случају када акционар смањи имовину и др. у своју корист или корист другог лица, а знао је или је морао знати да друштво неће бити у стању да измири своје обавезе према трећим лицима. Тада акционар одговара целокупном својом имовином.

Акционарско друштво је, у овом тренутку, најзначајнији облик привредног друштва. До пуног изражаја дошле су предности акционарства у односу на друге облике организовања. Те предности се огледају у: могућности брзог сакупљања великог капитала ради стављања у пословну функцију; сношењу пословног ризика од већег броја субјеката; могућности повраћаја уложених средстава продајом акција; формирању стручне и професионалне управе; могућности обезбеђења кредита који је већи од сопственог капитала; уношењу у друштво слободног капитала; стицању дивиденде која је већа од камата код улога на штедњу и др.

Акционарско друштво, поред утицаја на развој националне економије, има велики утицај на привредни развој на глобалном

нивоу, на тај начин што доприноси напретку других земаља а посебно неразвијених земаља и земаља у развоју. Тај утицај се врши улагањем у пословне пројекте других земаља, трансфером знања и технологије, креирањем организације и менаџмента, стварањем великих пословних система који омогућавају да се води јединствена развојна и пословна политика и постигну бољи пословни ефекти, итд.

Интернационализација пословања акционарских друштава може имати и негативне аспекте деловања на земље домаћина (извоз прљавих технологија и отпадног материјала, продаја застарелих технологија итд.), што се може превазићи осмишљеном развојном политиком државе домаћина.

Код нас је акционарско друштво имало значајну улогу и из разлога што је представљало инструмент за приватизацију и организациону трансформацију, као и код других земаља у транзицији. Значајно је да акционарско друштво представља и инструмент привлачења страног капитала у нашу привреду.

Доношењем закона о привредним друштвима у Републици Србији и Републици Српској, као и других прописа из области акционарства, и поред свих њихових недостатака који се огледају у ниском правнотехничком нивоу прописа, недостатку и контрадикторности бројних прописа, њиховој ретроактивној примени итд., створена је солидна основа за оснивање и функционисање акционарских друштава.

Доношењем адекватних прописа у будућности, као и стварањем других неопходних услова, постепено ће се превазићи правна несигурност за улагање у нашу привреду и остварити позитивни ефекти улагања.

Miroslav Milosavljević, PhD

Professor

**Faculty for Legal and Business Studies “Dr Lazar Vrkatić”, Novi Sad
Union University in Belgrade**

ESSENTIAL CHARACTERISTICS OF THE JOINT STOCK COMPANY AND ECONOMIC IMPORTANCE OF SHAREHOLDING

Summary

Almost three decades ago a joint stock company is the focus of our commercial law and economic sciences, and business practices. This interest is especially relevant following the changes in our economic system, which began the adoption of the Law on Enterprises of 1988, with which to us for the first time since the Second World War to the establishment of joint stock companies. The subsequent adoption of the Law on Companies and other accompanying regulations, this interest is intensifying.

Because of the said agenda, the author decided to explore the essential characteristics of joint stock companies, and its economic importance, as he believes that the field of shareholding and deserves greater attention of professional and scientific, as well as the business community, primarily because it is supposed to represent the engine of development society. The important features are: the joint-stock company is a legal entity that company capital, the share capital divided into shares, the stakes of shareholders irreversible etc.

Key words: *Company, actions, legal entity, liability, equity.*

СТАТУСНЕ ПОСЉЕДИЦЕ ПОВЕЗИВАЊА ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА ПУТЕМ КАПИТАЛА

Др Зоран Васиљевић*

Апстракт: Аутор се у раду бави проблемом утицаја стварања повезаних друштава, и то на основу капитал учешћа, на питање одговорности за обавезе у правном промету, као и осталим правним посљедицама наведеног процеса. Закључује се да, иако чланице групе задржавају правни субјективитет, у право све више продире концепт права групе, који полази од јединственог наступања у јавности и међусобног утицања на управљање и вођење послова између повезаних друштава.

Кључне ријечи: групе друштава, капитал учешће, правни субјективитет, одговорност групе, правне посљедице.

1. Уводна разматрања

Различити мотиви могу наводити привредна друштва, односно њихове власнике и управљаче, да у одређеном тренутку донесу одлуку о уласку у неки од облика повезивања са другим привредним друштвима са којима су до тада коегзистирали са одвојеним правним субјективитетима. Притом, поједини субјекти могу и нестајати, а нови истом приликом настајати. Ово се дешава у случају статусних промјена које се манифестују у разноврсним облицима спајања, подјела и одвајања привредних друштава. Међутим, када говоримо о повезивању привредних друштава у ужем смислу, тада овај појам разликујемо од статусних промјена, односно реорганизација привредних друштава, превасходно

* Доцент на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци.

по томе што правни субјективитети остају непромијењени. Новонастале групације, ипак, могу да се третирају као економско јединство којим се постиже низ предности, прије свега на фискалном плану, а затим и у смислу дисперзије ризика, рационализације управљања и отклањања међусобне конкуренције између повезаних субјеката.¹

Појам повезаних друштава треба разликовати и од појма групе друштава, са којим се често поистовјећује, а у ствари се ради о ширем појму. Ову разлику прави и наше законодавство тако што под повезаним друштвима подразумева два или више друштава која су повезана било путем капитала, уговора или мјешовито (и путем капитала и уговора), док групу друштава чине само она повезана друштва код којим матично друштво обавља дјелатности концерна (тј. има за претежну неку пословну дјелатност поред дјелатности управљања зависним друштвом) или холдинга (тј. има искључиво дјелатност управљања зависним друштвима и њиховог финансирања).² Групе друштава, према томе, представљају скуп друштава која чине економско јединство. На основу те чињенице, национална права им у појединим случајевима дају одређена права, али им понекад намећу и одређене обавезе.³ Регулатива групе друштава је, такође, различитог обима у националним правима, почев од њемачког (и легислатива које имају узор у њемачком праву), које најдетаљније уређује ову материју, преко оних права која сумарно регулишу ову проблематику (попут нашег права), па до оних која то чине од питања до питања. Тако нпр., и енглеско право спада у групу оних која оскудно регулишу проблематику групе друштава. Штавише, постоје и терминолошке разлике у навођењу матичног и зависног друштва зависно од тога да ли се то чини у рачуноводствене сврхе или за сва остала питања компанијског права.⁴ Што се тиче права Европске уније, за сада постоји само нацрт тзв. Девете директиве о групама друштава, која је још увијек у фази припреме (била су сачињена два нацрта 1974–75. и 1984. године, а други је званично повучен 1990. године).

¹ Управо ове предности не могу се остваривати путем статусних промјена, што и одређује друштва у избору ове форме концентрација. Види: Васиљевић, Мирко, *Компанијско право*, Удружење правника у привреди Р. Србије, Београд, 2015, стр. 466.

² Видјети чл. 357 ст. 1 и ст. 5–7 Закона о привредним друштвима, Сл. гласник Р. Српске, бр. 127/08, 100/11 и 67/13.

³ У енглеском праву група друштава се детерминише као „group“, а у њемачком као „Konzern“.

⁴ У првом случају се користе термини „parent undertaking/parent company“ (зависно од тога да ли се ради о компанији или неинкорпорисаном тијелу) и „subsidiary undertaking“, а у другом случају се користе термини „holding company“ (дакле, искључиво компанија, а не и неинкорпорисано тијело било у облику ортаклука или неинкорпорисане асоцијације) и „subsidiary“. Више: Pennington, R. Robert, *Company Law*, Butterworths, London, 1995, стр. 970–973.

2. Повезивање привредних друштава путем капитала

Као што се може видјети из, у уводу описаног, рјешења нашег Закона о привредним друштвима (у даљем тексту: ЗПД), постоји више начина повезивања привредних друштава. Повезивање путем капитала је само један од њих. Поред тога, привредна друштва могу се повезивати и путем уговора, који су то само по својој форми, док се фактички ради о актима о унутрашњој организацији групе друштава који се могу окарактерисати као продужени дијелови оснивачких аката односно статута, због чега се и региструју у судском регистру и објављују.⁵ У случају постојања оваквих уговора много је лакше одредити и садржај односа повезаних друштава и статусне посљедице повезивања. То није случај код повезивања путем капитала, па њемачко законодавство као репрезентативан примјер регулативе групе друштава разликује тзв. фактичке од уговорних концерна.

Разликују се и начини стварања тзв. фактичких концерна, тј. повезивања привредних друштава путем капитала. Најчистија варијанта је кад једно друштво стиче већинско капитал учешће у другом, на основу ког може само доносити редовне одлуке у скупштини тог друштва које му тиме постаје зависно друштво. Међутим, овај начин највише исцрпљује, јер захтијева велике количине капитала. Побуде стицања капитал учешћа такође могу бити различите. Оно може бити директно руковођено намјером преузимања контроле над управом циљаног друштва, када говоримо о повезивању путем преузимања (енгл. „takeover“),⁶ али може бити мотивисано и простим увиђањем да се ради о доброј инвестицији која у будућности може донијети профит, било кроз дивиденде, препродају акција (или удјела) или на неки други начин. У сваком случају, овај начин стицања производи и потребу поступања у складу са посебним прописима који га регулишу, тј. Законом о преузимању акционарских друштава,⁷ који захтијева обавезно објављивање јавне понуде

⁵ Васиљевић, наведено дјело, стр. 475–476.

⁶ У случају преузимања може се уговорити да компанија преузималац стекне акције циљаног друштва у замјену за будуће емисије сопствених акција које ће подијелити дотадашњим акционарима циљане компаније. Овај метод користи се и у случају стварања односа доминације путем још једног института англосаксонског права – тзв. „merger“, који се јавља у још једном облику када настаје нова компанија која стиче акције преузетих компанија од постојећих акционара у замјену за сопствене новоиздате акције. Више: Pennington, наведено дјело, стр. 969. У нашем праву, ово се, међутим, подводи под институт статусних промјена уколико води губитку субјективности појединих друштава, што се разликује од повезивања привредних друштава у жељем смислу.

⁷ Сл. гласник Р. Српске, бр. 65/08, 92/09 и 59/13.

за преузимање у случају стицања капитал учешћа у другом привредном друштву у распону 30–75% од укупног броја гласова које дају акције емитента с правом гласа.

Други начин стварања повезаних друштава путем капитала постоји у случају када једно друштво стиче удио у другом, који не мора бити већински, али има за посљедицу успостављање доминирајућег утицаја над управом на овај начин створеног зависног друштва. Ово се прије свега манифестује у могућности самосталног, или са другим повезаним субјектима, избора или разрјешења већине од укупног броја чланова управног одбора зависног друштва и тиме утицања на доношење одлука тог тијела. Наведено право се, осим путем капитал учешћа, може учвршћивати и споразумима са другим члановима друштва, тако што се ствара већинска коалиција у односу на укупан број акција са правом гласа (тзв. споразуми о гласању), па поједини аутори ову врсту контроле зависног друштва називају уговорном,⁸ што треба разликовати од повезивања привредних друштава путем уговора.

Осим стицањем капитал учешћа у већ постојећем друштву, однос матичног и зависног друштва може се успоставити и оснивањем новог друштва које долази у позицију зависног. Разлози оваквих пословних одлука могу бити различити, а најчешће се састоје у потреби дисперзије ризика тако што ће се стварањем одвојених правних субјективитета подијелити и имовинска одговорност, али и рационализације пословања и уштеде трошкова. Класичан примјер је кад привредно друштво, које се до тада бавило искључиво производњом, пожели да оснује друштво које ће се бавити продајом сопствене робе, умјесто да закључује уговоре са другим трговцима.

Конечно, капитал учешће у другим привредним друштвима може се остваривати и индиректно, тако што се оно претходно стекне у друштвима која већ имају капитал учешће у другим друштвима. Овакав начин стицања капитал учешћа назива се пирамидалним, из разлога што

⁸ Тако Charlesworth and Morse разликују гласачку, директорску и уговорну контролу, зависно од тога да ли се доминација успоставља искључиво на основу већинских гласачких права, преко управе зависног друштва или на основу споразума о гласању са другим члановима зависног друштва. Видјети Charlesworth and Morse, *Company Law*, Sweet & Maxwell, London, 1991, стр. 52. Иначе, уговори о контроли матичног друштва са осталим члановима тог друштва су ријетки у енглеском компанијском праву, гдје се матична друштва углавном уздају у своје већинско гласачко учешће или макар могућност именовања већине чланова одбора директора. Више: Pennington, наведено дјело, стр. 978. Овај аутор објашњава и оскудност енглеске у односу на њемачку регулативу, те чињеницу да су алтернативне квалификације за односе матичних и зависних друштава увезене из њемачког права под утицајем Седме директиве Савјета министара ЕУ о хармонизацији права држава чланица у погледу консолидованих биланса група друштава.

се ствара пирамидална структура односа по принципу друштво мајка – друштво кћерка – друштво унука, итд. Овим путем се, такође, превазилази и проблем финансијског исцрпљивања матичног друштва када би морало директно да остварује капитал учешће у свим својим зависним друштвима.

Према томе, за разлику од уговорног повезивања, гдје матично друштво своја права над зависним друштвом остварује на основу уговора о доминацији или и самог оснивачког акта или статута зависног друштва, код повезивања путем капитала потребно је да се изврши промјена у власничкој структури зависног друштва, директно или индиректно, преко повезаних друштава. Остваривањем чланства у зависном друштву, матичном друштву се омогућује судјеловање у стварању воље тог друштва. На тој основи настају скупине друштава у којима се стварна власт остварује управљањем и вођењем послова с неког од друштва више или мање удаљеног мјеста.⁹ Међутим, и поред успостављања оваквих односа, привредна друштва која учествују у групи и даље задржавају своју правну самосталност, што подразумијева и одвојене имовине и одговорности за обавезе преузете у правном промету. Ипак, не може се пренебрегнути чињеница да зависна друштва више не уживају онај степен аутономије који би требало да одговара појму правно самосталног друштва, тако да стварање оваквог економског јединства производи и одређене правне импликације, које су у ријетким правима (попут њемачког, које у оквиру права концерна регулише организациона питања повезаних друштава и питања заштите оних који могу бити оштећени јединственим вођењем повезаних друштава, тј. зависних друштава, спољних чланова тих друштава и повјерилаца) детаљније регулисане, те се углавном изводе из општих правила компанијског права.

3. Правна самосталност насупрот економског јединства повезаних друштава

Правна самосталност и ограничена одговорност привредних друштава два су основна и неприкосновена правила компанијског права. Ово су уједно и најважније одлике привредних друштава унутар одређених група друштава. Посљедице тога су да свако друштво унутар групе има своје елементе индивидуализације (фирма, сједиште, дјелатност), соп-

⁹ Барбић, Јакша, *Право друштава – књига прва (Опћи дио)*, Организатор, Загреб, 2008, стр. 634.

ствене опште акте, органе друштва, као и имовину којом формалноправно самостално управља у правном промету, те самостално и одговара за обавезе које преузме у истом. Чланови не одговарају за обавезе привредних друштава, осим до висине улога које су унијели или су се обавезали да унесу у друштво, и то се односи како на физичка, тако и на правна лица, а самим тим и на друштва повезана путем капитала у којима се успостављају односи матичног и зависног друштва. Једини изузетак јавља се код друштава лица (ортачких и командитних), чији чланови који се налазе у својству ортака и комплементара неограничено солидарно одговарају за обавезе таквог привредног друштва.

Ово су, према томе, посљедице индивидуалистичког приступа у примјени права на привредна друштва. У новије вријеме се, међутим, све више говори и о потреби развоја права групе у оквирима компанијског права, гдје би група друштава била управо субјект права.¹⁰ Основ за прихватање таквог схватања налази се у реалном стању ствари, у коме група привредних друштава представља једно економско јединство, а правни субјективитет зависних друштава често је само обична фикција, те се правна ортодоксност повлачи пред економском реалношћу, тј. интересом цјелине повезаних друштава.¹¹ У том смислу, група би се најједноставније могла дефинисати као економски ентитет који чине два или више повезаних друштава, тако да се интереси тих друштава дијелом мијењају и признају постојање додатног интереса групе.¹²

У појединим националним правима већ се јављају одступања од општег непризнавања групе на терену компанијског права, али се то чини прије свега у односу на уговорне групе. Као што смо већ напоменули, најзначајнија правила о материји група друштава садржи њемачко право (тзв. „Konzernrecht“).¹³ У овом праву се повезана друштва регулишу само у Закону о акционарским друштвима.¹⁴ Разликују се двије врсте група, уговорне и фактичке, зависно од тога да ли се заснивају

¹⁰ Видјети Јевремовић Петровић, Татјана, *Групе привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014, стр. 43–46. Ова ауторка описује како је највећи утицај на развој тог приступа имао чувени амерички правник Филип Блумберг, који је развио систем права група („enterprise law – group law“), као примјеренији модерном добу. Према овом теоретичару, кључни елемент за постојање групе и њено јединствено третирање представља заједнички идентитет групе у јавности (common public persona).

¹¹ Васиљевић, наведено дјело, стр. 479.

¹² Јевремовић Петровић, наведено дјело, стр. 76.

¹³ Као и друга права која су то учинила махом под утицајем одредаба њемачког права, као што су права Португала, Бразила, Тајвана, Словеније, Хрватске, Мађарске, Чешке, Албаније и Турске. Више: Јевремовић Петровић, наведено дјело, 47–49.

¹⁴ Aktiengesetz, доступан на адреси: www.aktien-gesetz.de.

на специфичним корпоративним уговорима или настају *de facto*.¹⁵ Ове друге су и предмет наше анализе, а представљају доминантну форму чак и у њемачком праву, иако је првобитна замисао била другачија. Уговорне групе су, наиме, остале ван шире употребе. Насупрот њима, за фактичке групе се уводи веома мало специфичних одредаба и углавном подлијежу општем режиму компанијског права. У односу на фактичке групе, посебно се издваја квалификовани фактички концерн који, у ствари, представља однос матичног и једночланог зависног друштва, код ког постоји оборива претпоставка да у случају стечаја зависног друштва матично друштво није показало довољно пажње у вођењу послова зависног друштва, те је директно одговорно, осим уколико не докаже супротно, према повјериоцима зависног друштва.¹⁶

Један од типичних сљедбеника германског модела је и хрватски систем, који у Закону о трговачким друштвима,¹⁷ садржи и одредбе које уважавају чињеницу постојања фактичких група, дајући им одређена правна дејства. Тако се у чл. 496 наведеног закона омогућује остваривање утицаја матичног друштва на зависно друштво у смислу да нешто учини или се уздржи од чињења на своју штету. Границе тог утицаја састоје се само у обавези накнаде причињене штете. Обавеза накнаде штете, и то до краја пословне године у којој је штета причињена,¹⁸ повезана је и са санкцијом ако се то не учини, која се састоји у активирању одговорности матичног друштва и његових законских заступника, као и чланова органа зависног друштва.¹⁹ Да би се успоставила одговорност, довољан је било који начин утицаја (нпр. давање савјета, подстицање, очекивање одређеног понашања, и сл.), а за оцјену је важно како то доживљава зависно друштво, а не свјесност матичног друштва о свом утицају на одређени посао, радњу или пропуст.²⁰

¹⁵ Између ове двије врсте повезивања постоји још једна суштинска разлика у погледу везаности зависног друштва упутствима матичног друштва. У случају уговорног концерна постоји обавеза поступања у складу са упутствима, док се у случају фактичког концерна ради само о овлашћењу.

¹⁶ Међутим, у њемачкој судској пракси развијен је други механизам који се заснива на санкционисању јединог члана друштва који је злоупотребио принцип ограничене одговорности и одвојене имовине сваког од друштава. Овај принцип, који се заснива на принципу „пробијања одговорности“ доводи до санкционисања понашања члана који је угрозио егзистенцију друштва чинећи га инсолвентним и дјелимично подсећа на установу несавјесног пословања енглеског права. Види: Јевремовић Петровић, наведено дјело, стр. 308–309.

¹⁷ Народне новине, бр. 152/11 (пречишћен текст).

¹⁸ Упореди са чл. 311 њемачког Закона о акционарским друштвима.

¹⁹ Чл. 501 и чл. 502 Закона о трговачким друштвима Хрватске.

²⁰ Више о одговорности матичног друштва за штету причињену зависном у случају фактичког концерна: Барбић, наведено дјело, стр. 656–662. У хрватској судској пракси забиљежени

У енглеском праву нису, пак, развијена посебна правила за односе матичних и зависних друштава, тако да се на те компаније и односе између њих и са трећим лицима примјењују општа правила компанијског права. Према томе, осим ако суд не установи да између матичног и зависног друштва постоје односи заступништва или је једна од њих „трасти“ друге, матично друштво се неће третирати као власник имовине зависног друштва.²¹ Матично друштво, стога, може одговарати за обавезе зависног друштва, као одвојеног правног субјекта, само у изузетним случајевима као што су уговорно преузимање одговорности (нпр. путем гаранције), свођење зависног друштва на једночлано чији је једини власник матично друштво у периоду дужем од шест мјесеци (под условом да је свјесно те чињенице, што не мора бити случај ако није ангажовано преко својих представника у управи зависног друштва),²² те у случајевима лошег пословања или преварног поступања кад се матично друштво може третирати као директор из сјенке („shadow director“).²³ У судској пракси, стога, постоји низ примјера у којима су судови одступили од концепта строгог разграничења правних субјективитета и признали јединство групе. Први такав случај је био *The Roberta* из 1937. године у ком је суд установио одговорност матичне компаније за теретнице које су потписане у име зависног друштва.²⁴ С друге стране, један од најчешће помињаних случајева неуспјешног пробијања у случају групе друштава је *Adams v.*

су и примјери поништавања правних послова између матичних и зависних друштава, као што је случај са одлуком Високог трговачког суда РХ из 2001, донјетом у предмету РЖ-2374/01, у којој је суд заузео став да је ништав уговор о замјени некретнина између зависног и матичног друштва у којем је вриједност некретнине зависног друштва била одређена по књиговодственој вриједности, а матичног по стварној тржишној вриједности. Барбић критикује такав став, позивајући се на други дио одредбе чл. 496 ст. 1 Закона о трговачким друштвима, који допушта предузимање штетног посла ако се зависном друштву надокнади тиме причињена штета, те пропуштање тога нема за посљедицу ништавост уговора, већ само захтјев зависног друштва за накнаду штете.

²¹ Pennington, наведено дјело, стр. 992.

²² Види Gower, наведено дјело, стр. 110. Такође, Дванаеста директива компанијског права ЕУ о једночланим друштвима оставља у преамбули могућност успостављања неограничене одговорности јединог члана као могуће санкције у том случају. Видјети Directive 2009/102/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 in the area of company law on single member private limited liability companies, OJ L 258, 01.10.2009.

²³ За увођење последњег облика одговорности заслуге припадају Стечајном закону (Insolvency Act) од 1979. (тренутно је на снази Закон од 1986).

²⁴ (1937) 58 Ll.L.R. 159. Након овог, низали су се и други случајеви попут *Holdsworth & Co. v. Caddies* из 1955. (1 W.L.R. 352, H.L.), *Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd v. Meyer* из 1959. (A.C. 324 H.L.), *D.H.N. Food Distributors Ltd v. Tower Hamlets L.B.C* из 1976. (1 W.L.R. 852 C.A.), који директно упориште налази управо у аргументу економског јединства, као и *Revlon Inc v. Cripp & Lee Ltd* из 1980. (F.S.R. 85), те други случајеви. Више о овим случајевима и примјени института пробијања правне личности и на групе друштава: Gower, наведено дјело, стр. 124–132.

Cape Industries Plc.²⁵ Овдје је суд закључио да постоји оснивање зависног друштва ради свјесног ограничења (и пребацивања дијела) одговорности на њега, али је сматрао да је то дозвољено у постојећем правном систему и да тиме не може да доведе до одговорности матичног друштва само зато што би то било „правично“.

У француском праву је до окретања пажње ка групи као цјелини, наспрам до тада преовлађујућем индивидуалистичком приступу, дошло у чувеном случају Розенблум.²⁶ Радило се о групи друштава у оквиру које је вршен пренос добара и средстава на једну од чланица групе, те је неколико лица било оптужено за кривично дјело злоупотребе имовине друштва. Изузеци који су дефинисани у доктрини базираној на овом случају, а који дозвољавају ограничено признање интереса групе, представљају и један од основних приједлога групе стручњака Fogim Euroraеum за уређење групе друштава на нивоу Европске уније, иако само начелно.²⁷

Српско право је, за разлику од већине права која су прихватила њемачки систем, након општих одредаба у којима дефинише фактичке, уговорне и групе са односима равноправности, у посебним одредбама успоставило режим који се односи само на уговорне групе,²⁸ тако да се у односу на фактичке групе у потпуности примјењује општи режим компанијског права. Притом, у дефиницији групе истиче се да она постоји кад матично друштво управља зависним, што значи да није довољно да постоји само могућност управљања, заснована на контроли, већ и њена реализација, да би се сматрало да постоји фактичка група.²⁹

За разлику од права Србије, у Републици Српској је на снази Закон о привредним друштвима (ЗПД) од 2008. године који је рађен по узору на истовјетан закон Србије од 2005. и који садржи одређена, додуше оскудна, посебна правила и за друштва повезана капиталом и за друшт-

²⁵ (1990) Ch. 433, Scott J and C.A. (pet dis. (1990) 2 W.L.R. 786, H.L.), *ibid.*, стр. 125. Такође, Јевремовић Петровић, наведено дјело, стр. 419–420.

²⁶ Cour de cassation, chambre criminelle, Audience publique du 4 fevrier 1985, N^o de pourvoi: 84-91581, Publie au Bulletin criminel 1985 n^o 54. Више о наведеном случају и стварању тзв. Розенблум доктрине у француском праву: Јевремовић Петровић, наведено дјело, стр. 226–231.

²⁷ *Ibid.*, стр. 232–233.

²⁸ Видјети чл. 554–566 Закона о привредним друштвима Србије, Сл. гласник Р. Србије, бр. 36/11, 83/14 и 5/15.

²⁹ Чл. 55. ст. 2 т. 1 наведеног закона Србије. Такође, Јевремовић Петровић, наведено дјело, стр. 77. Интересантно би било упоредити ово рјешење са појмом преовлађујућег утицаја у хрватском праву, кључног за успостављање односа матичног и зависног друштва, за који се сматра да је довољна само његова могућност, а не и реализација. Видјети Барбић, наведено дјело, стр. 643–644.

ва повезана уговором.³⁰ Стога се у односу на фактичке групе, осим општих правила компанијског права, примјењују и одређена посебна правила установљена законом. Међутим, ни у нашем праву се, као ни у енглеском, не одступа од принципа правне самосталности када је у питању одговорност за обавезе у правном промету, те се такође од тога може одступити само примјеном института пробијања правне личности, према коме командитори к.д.-а, чланови д.о.о.-а и акционари а.д.-а могу према трећим лицима лично одговарати за обавезе друштва ако злоупотребе привредно друштво за незаконите или преварне циљеве или ако са имовином друштва располажу као са сопственом имовином на начин као да привредно друштво као правно лице не постоји.³¹

У нашем праву, за разлику од других упоредноправних рјешења, не предвиђа се одговорност матичног друштва за управљање једночланим зависним друштвом. А некада је био успостављен још строжи режим одговорности, према коме су акционари, који су посједовали преко 75% акција зависног друштва (што се морало регистровати у судском регистру и објавити у гласилу берзе), били неограничено солидарно одговорни за обавезе зависног друштва, тј. друштва под непосредним управљањем.³² Ипак, руковођен принципом правне самосталности, законодавац је касније одустао од оваквог рјешења.

На основу претходно изложеног, могли бисмо се оправдано запитати да ли је оправдан принцип ограничене одговорности за обавезе унутар групе друштава.³³ Наиме, могло би се истаћи да је циљ овог принципа, а то је заштита инвеститора, већ остварен њиховом ограниченом одговорношћу за обавезе матичног друштва, те би ограничење одговорности и матичног за обавезе зависног друштва представљало у ствари дуплирање, тј. вишеструко ограничење одговорности за власнике матичног друштва. За сада се само у правној теорији воде расправе о потреби, у најблажем случају, ограничавања принципа ограничене одговорности. Најчешће се ово заговара у погледу својства члана – када се ради о корпоративним члановима (привредним друштвима) или у погле-

³⁰ Видјети чл. 360–367 Закона о привредним друштвима Р. Српске, Сл. гласник Р. Српске, бр. 127/08, 100/11 и 67/13.

³¹ Ово рјешење садржано је у чл. 15 Закона о привредним друштвима Р. Српске. Иначе, у теорији се као најчешћи случајеви злоупотребе имовине наводе мијешање имовине, премјештање имовине и тзв. пљачка имовине. Више: Јевремовић Петровић, наведено дјело, стр. 185–186.

³² Чл. 399 Закона о предузећима, Сл. гласник Р. Српске, бр. 24/98.

³³ У правној теорији већ се јављају схватања да је овај принцип посљедица „историјске грешке“, односно да је његова примјена на групе учињена аутоматски и без размишљања. За више, видјети Јевремовић Петровић, наведено дјело, стр. 367.

ду својства повјериоца – када су у питању тзв. невољни повјериоци (тј. повјериоци из деликта).³⁴ Много рјеђе се јављају залагања за дефинитивно увођење неограничене одговорности чланова за обавезе друштва. Овакав концепт је прихваћен само у случају друштава лица.

У право, ипак, све више продире свијест о јединствености групе друштава, што се манифестује кроз доношење посебних одредаба које представљају одступање од досљедне примјене концепта правне самосталности. Додуше, то се засад стидљиво чини у материји компанијског, а доста више у неким другим областима, попут рачуноводственог или радног права.

4. Правне посљедице повезивања друштава путем капитала

У нашем правном систему, као уосталом и у упоредном праву, када су у питању тзв. фактичке групе друштава, тј. оне које су повезане искључиво путем капитала без посебног уговора који регулише њихове међусобне односе, могли бисмо закључити да није прихваћена теорија група,³⁵ те се стога и овдје примјењују општа правила компанијског права, исто као да се ради о индивидуалним привредним друштвима. Међутим, ни компанијско право не може остати имуно на стварање *de facto* нових организационих цјелина, па и оно уводи одређене обавезе и правила која се морају примјењивати у таквим процесима.

Прије свега, приликом стварања групе друштава мора се прецизно знати ко стиче капитал учешће и у ком проценту, те у каквим се односима налази са појединим члановима у дотадашњој власничкој структури циљаног друштва. Разлог овог захтјева је омогућавање прецизног сагледавања ко с ким управља у групи друштава, односно која друштва могу утицати на доношење одлука у другим друштвима. Стога је од посебног значаја објављивање информација, а нарочито оних које се одnose на стицање одређеног прага капитал учешћа.³⁶ Обично се ради о

³⁴ *Ibid.*, стр. 373.

³⁵ Изузетак су, као што смо већ истакли, уговорне групе, које посебно регулишу поједина национална законодавства, међу којима и Закон о привредним друштвима Србије (чл. 554–566).

³⁶ Ову материју на нивоу Европске уније регулише тзв. Директива о транспарентности – Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004 on the harmonization of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC, OJ L 390/38, 31.12.2004, посљедње измјене 2013/50/EC, OJ L 294, 6.11.2013. Ипак, иако је наведена директива од несумњивог значаја, највећи број њених одредаба се односи само на групе чији су чланови јавна друштва или она чије се хартије налазе на регулисаном тржишту.

значајном капитал учешћу које се креће у проценту 20–25%. Тако је нпр. у хрватском праву прописана обавеза обавјештавања циљаног друштва од стране друштва стицаоца чим оно стекне праг учешћа у износу вишем од четвртине акција или удјела, као и уколико након тога стекне већинско учешће. Ова обавеза се односи само на стицање капитал учешћа у друштвима капитала и мора се извршити без одлагања, под пријетњом немогућности остваривања права из тако стечених акција или удјела све док се она не изврши. Исто тако, постоји обавеза обавјештавања и о губитку капитал учешћа испод наведених прагова.³⁷ Нашим ЗПД-ом је прописана обавеза обавјештавања само о стицању или губитку својства контролног члана или акционара, што подразумијева посједовање преко 50% гласачких права у привредном друштву или евентуално вршење контролног утицаја над управљањем или пословођењем на други начин, а на основу свог својства члана или акционара.³⁸ Обавјештење се мора упутити самом зависном друштву, Комисији за хартије од вриједности РС и органу одговорном за заштиту конкуренције, тј. Конкуренијском вијећу БиХ.

У вези са обавезом стицања капитал учешћа је и обавеза објављивања јавне понуде за преузимање у случају акционарских друштава, у којима друга друштва или повезане групе стекну одређени праг капитал учешћа. И ово питање је на нивоу ЕУ регулисано посебном Тринаестом директивом компанијског права.³⁹ Обично се и наведено стицање везује за одређени праг значајног капитал учешћа, који је у нашем праву подигнут на 30%.⁴⁰ Наиме, лице које непосредно или посредно путем заједничког дјеловања стекне акције емитента којима, заједно с акцијама које већ има, прелази проценат од 30% од укупног броја гласова које дају акције емитента с правом гласа (изузимајући сопствене акције), обавезно је да о стицању одмах обавијести емитента (циљано друштво), Комисију за хартије од вриједности Републике Српске, берзу и јавност, те објави понуду за преузимање у складу са законом.⁴¹ Ова оба-

³⁷ Видјети чл. 478 Закона о трговачким друштвима Хрватске.

³⁸ Видјети чл. 360 у вези са чл. 358 ст. 1 наведеног закона.

³⁹ Directive 2004/25 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on Takeover Bids, OJ L 142/04.

⁴⁰ Чл. 4 Закона о преузимању акционарских друштава.

⁴¹ Наведеним законом дефинисан је и појам лица која заједнички дјелују у смислу могућности остваривања директне или индиректне контроле, и то било посједовањем 30% или више акција (или удјела) са правом гласа или на основу овлашћења из споразума, које даје право управљања пословном и финансијском политиком правног лица. Видјети чл. 30 и 31 Закона о преузимању акционарских друштава.

веза траје и код сваког наредног стицања све док се не пређе горњи праг од 75% капитал учешћа.

Коначно, везано за стицање капитал учешћа, значајан је и праг од 90% основног капитала друштва, с обзиром на то да стицалац тада стиче могућност претварања тог друштва у једночлано, тако што ће скупштина на његов приједлог донијети одлуку о преносу акција осталих акционара.⁴² Оправдање овакве могућности нарочито се истиче код група друштава, с обзиром на то да трошкови постојања мањинских акционара и њихове заштите могу бити несразмјерно велики у односу на предности спољног инвестирања.⁴³ У овом случају се под акцијама контролног акционара рачунају и оне које припадају њему зависном друштву или које за његов или рачун њему зависног друштва држи неко друго лице. Висина накнаде коју треба исплатити мањинским акционарима за пренос акција утврђује се примјеном одредаба ЗПД-а о исплати несагласних акционара (чл. 436). Ако сматра да накнада није примјерена, сваки мањински акционар може у року од 30 дана од дана уписа одлуке о преносу акција контролном акционару у судски регистар предложити да суд у ванпарничном поступку одреди примјерену накнаду. С друге стране, и мањински акционари могу први иницирати продају акција тако што ће од контролног акционара захтијевати да им у року од 30 дана од пријема захтјева понуди примјерену новчану накнаду за акције.⁴⁴

Како би се јасно знало ко с ким управља у групи друштава, те у циљу спречавања изигравања правила о уносу и одржању капитала друштва, тако што би се исти капитал формално улагао у два друштва, а у ствари би се радило о истом капиталу који се врти у круг,⁴⁵ поједина законодавства предвиђају и правила чији је циљ забрана или ограничавање узајамних капитал учешћа једног друштва у другом. За разлику од Закона о предузећима, актуелни ЗПД више не садржи овакве одредбе, па бисмо као примјер могли навести Закон о привредним друштвима Србије, који дефинише друштва са узајамним учешћем као друштва од којих свако посједује значајно учешће у капиталу другог друштва.⁴⁶ Под наведеним учешћем се сматра учешће једног лица, самостално или са другим

⁴² Видјети чл. 438 ЗПД-а.

⁴³ Њемачко право је увело ту могућност тек 2001. год. (чл. 327а–327ф Закона о акционарским друштвима), након чега су многе групе друштава створиле потпуно зависна једночлана друштва. Види: Јевремовић Петровић, наведено дјело, стр. 345.

⁴⁴ Види чл. 439 ЗПД-а.

⁴⁵ Видјети Барбић, наведено дјело, стр. 673.

⁴⁶ Чл. 553 наведеног закона.

лицима која са њим дјелују заједно, у износу вишем од 25% права гласа у друштву.⁴⁷ Ово је виши праг од оног који је раније био успостављен у нашем законодавству,⁴⁸ али се такође, као и раније ограничава могућност учешћа контролисаног друштва у матичном друштву до дефинисаног прага. Такође, за даље стицање акција матичног друштва од стране зависног друштва (или за његов рачун), примјењује се режим као да се ради о сопственим акцијама матичног друштва. Те акције неће се сматрати сопственим под условом да су стечене прије стварања односа зависности, али ће престати да дају право гласа.⁴⁹

И енглеско право познаје режим друштава са узајамним учешћем, забрањујући стицање капитал учешћа зависног у матичном друштву. То се допушта само у изузетним случајевима, као што су зависна друштва која су имала учешће у матичном друштву на дан 1. јула 1948. године, затим ако зависно друштво обавља дјелатност „market maker-a“ или ако се сматра више личним заступником или „трастијем“, те ако је стекло учешће прије него што је постало зависно друштво, и сл., али се зато и овакво учешће, по правилу, санкционише губитком права гласа у скупштини матичног друштва. Не дозвољава се ни даље стицање акција матичног друштва осим у случају претварања резерви и нераспоређене добити у основни капитал.⁵⁰

У вези са проблематиком узајамног учешћа потребно је нагласити да законодавства, углавном, регулишу само случајеве међусобног учешћа између два привредна друштва, па се поставља питање дозвољености триангуларних, односно циркуларних учешћа без ограничења. Иако има мишљења да се правила о узајамним капитал учешћима не могу

⁴⁷ Ibid, чл. 62 ст. 3. Ово је виши праг у односу на онај из ЗПД-а, који у чл. 358 ст. 2 одређује праг значајног учешћа у износу вишем од 20% гласова у скупштини привредног друштва. С друге стране, исти праг се тражи у чл. 477 ст. 1 Закона о трговачким друштвима Хрватске.

⁴⁸ Наиме, Закон о предузећима је у чл. 393 дозвољавао учешће у износу до 10% основног капитала, а учешћа преко тог прага морала су се отуђити у року од годину дана од дана послатог обавјештења о узајамном учешћу. Овај праг се примјењује и у праву Њемачке, а у одређеним случајевима и онај од 25%. Видјети Васиљевић, наведено дјело, стр. 473.

⁴⁹ Чл. 283 Закона о привредним друштвима Србије. Слично рјешење је предвиђено и у чл. 511 Закона о трговачким друштвима Хрватске, који дозвољава остваривање права из акција и удјела само до прага од 25% и ово се односи на оба друштва под условом да ниједно не може остваривати преовлађујући утицај. Међутим, ако је удио једног од друштава већински или се остварује однос зависности, онда зависно друштво не може остваривати права из акција које има у матичном друштву на основу чл. 237 у вези са чл. 235 Закона. Та права ће мировати јер ће се такве акције сматрати сопственим акцијама матичног друштва. Зависно друштво потпада и под обавезу отуђења акција у матичном друштву, кад се испуне Законом прописане претпоставке. Више: Барбић, наведено дјело, стр. 674–677.

⁵⁰ Видјети Pennington, наведено дјело, стр. 978–980.

примијенити у случају индиректног учешћа,⁵¹ ипак сматрамо да би и у таквим ситуацијама требало примијенити ограничења која важе за узајамно капитал учешће.⁵²

Својство контролног члана који може да управља зависним друштвом производи и његову обавезу придржавања законом прописаних дужности према друштву чији је члан. Ова обавеза је ЗПД-ом посебно наглашена и за групу друштава повезану путем капитала. На основу тога је матично друштво обавезно да поступа савјесно и лојално према зависном друштву, да све послове за зависно друштво врши са пажњом доброг привредника, да ни на који начин не злоупотребљава имовину, повлашћене информације, позицију или пословне могућности зависног друштва у личном интересу, нити за лично богаћење. Такође, матично друштво не смије да конкурише зависном друштву, на начин да буде директно или индиректно (преко повезаних лица) ангажовано у другом привредном друштву конкурентске дјелатности.⁵³

Интересантно је да се у посебним одредбама ЗПД-а које се односе на друштва повезана путем капитала изоставља позивање на опште одредбе које се односе на дужности по основу сукоба интереса и чувања пословне тајне, али се тумачењем чл. 31 који наводи која су то лица која имају дужности према привредном друштву, несумњиво могу подвести и матична друштва у својству контролног члана или акционара. Стога, матично друштво ако закључује правни посао са зависним мора добити одобрење од скупштине или управе зависног друштва на прописан начин, и то од оних чланова који немају лични интерес, јер ће у супротном одговарати за накнаду штете, уз додатне посљедице из чл. 37 Закона које се односе и на повреду сукоба интереса и забране конкуренције,⁵⁴ а правни посао се може и поништити.⁵⁵ Ослобођење од одговорности могуће је само уколико се докаже да је правни посао у вријеме закључења или у вријеме извршења био у интересу зависног друштва.

⁵¹ Види: Барбић, наведено дјело, стр. 674.

⁵² Тако и Васиљевић, наведено дјело, стр. 474, који додаје да то треба да се односи и на укупно капитал учешће свих зависних друштава у свом матичном друштву (до прописаног појединачног ограничења).

⁵³ Видјети чл. 32–34 и чл. 36–37 ЗПД-а.

⁵⁴ Ове посљедице састоје се у праву зависног друштва да тражи да се: а) послови које изврши матично (конкурентско) друштво признају као послови извршени за рачун зависног друштва, б) зависном друштву преда сваки новчани износ који је остварен од послова који су обављени за рачун матичног (конкурентског) друштва и в) сва потраживања која произлазе из посла извршеног за рачун матичног (конкурентског) друштва, уступе зависном друштву.

⁵⁵ Види чл. 35 ЗПД-а.

Матично друштво може одговорати и за штету у случају објављивања пословне тајне, осим у изузетним случајевима као што су информације које се односе на повреду закона, добре пословне праксе или принципа пословног морала или чије је објављивање обавезно у складу са законом.⁵⁶ Један од разлога зашто је позивање на ову одредбу прескочено у посебним правилима која се односе на групу друштава може бити у томе што је и сама управа зависног друштва дужна да чува пословну тајну, коју не би смјела откривати чак ни матичном друштву, осим у изузетним случајевима, као нпр., кад је то „неопходно ради обављања послова или заштите интереса друштва“.⁵⁷ На крају, и директори матичног друштва могу одговорати зависном друштву у случају повреде наведених дужности према друштву.⁵⁸

Међу правима која су развила концепт дужности према друштву нарочито се издваја америчко право. Оно је посебно развило дужност лојалности, и то под насловом дужности исправног поступања („duty of fair dealing“). Насупрот, у енглеском праву је предвиђено да фидуцијарне дужности имају само директори друштва, под које се матично друштво може подвести само ако се налази у улози директора у сјенци. Ипак, познати су примјери у судској пракси који, иако не прихватају концепт фидуцијарне дужности, ипак санкционишу поступке матичног друштва примјеном доктрине о превари мањине, што се своди на то да матично друштво мора поступати на начин како вјерује да ће бити у најбољем интересу зависног друштва чији је члан, као цјелине. Оваква пресуда донијета је у случају *Estmanco (Kilner House) Ltd. v. Greater London Council*.⁵⁹

У погледу дужности према зависном друштву поставља се питање и да ли је матично друштво дужно да управља зависним друштвом. У теорији постоје подијељена мишљења, али чини се да је путоказ најбоље тражити раздвајањем непосредног и посредног управљања. Наиме, ако матично друштво непосредно управља зависним, нпр. у својству заступника или директора, тада би било подложно и дужности управљања. Међутим, ако оно само посредно управља у својству контролног члана (остваривањем утицаја на именовање директора, управе, и сл.) онда оно подлијеже обавези поштовања наведених дужности према друштву у нашем праву, али не и посебној обавези управљања.⁶⁰

⁵⁶ *Ibid.*, чл. 38.

⁵⁷ Чл. 73 ст. 1 т. 2 Закона о привредним друштвима Србије. Више: Јевремовић Петровић, наведено дјело, стр. 289.

⁵⁸ Чл. 362 ст. 2 ЗПД-а.

⁵⁹ (1982) 1 All E.R. 437. Више о случају: Charlesworth and Morse, наведено дјело, стр. 433–434.

⁶⁰ Више: Јевремовић Петровић, наведено дјело, стр. 195–198.

Међу посљедицама које у компанијском праву оставља стварање групе друштава, а која можда и понајвише указује макар на ослабљени субјективитет зависног друштва, може се, на крају, навести и законска одредба која захтијева да зависно друштво у свом пословном имену, меморандуму и пословним документима истиче и пословно име матичног друштва.⁶¹ Ово законско рјешење којим се уводи још један битан елемент у фирми зависног друштва директан је продукт признања да, након стварања односа зависности, више не може да се спроводи субјективитет једног привредног друштва у свом пуном капацитету, па је то потребно на овај начин и јавно признати и упозорити све могуће субјекте с којима зависно друштво може у будућности улазити у правне односе да постоји један други субјективитет који *de facto* управља тим друштвом.

Посљедице стварања фактичких група јављају се и у другим гранама права, чак и у већој мјери него у области компанијског права. Посебно се могу издвојити пореско, рачуноводствено, радно и стечајно право (као правна дисциплина).

У домену пореског права, специфичност односа повезаних друштава најчешће се признаје успостављањем одређених пореских олакшица. Обично се оне састоје у отклањању дуплог опорезивања дивиденди на нивоу матичног и зависног друштва (дивиденде акционара матичног друштва и дивиденде матичног друштва као акционара у зависном друштву). Притом се најчешће захтијева да матично друштво има барем 25% учешћа у зависном друштву.⁶² На нивоу Европске уније, најзначајнији документ на овом плану је Директива о опорезивању повезаних друштава.⁶³

Обавеза сачињавања консолидованог годишњег извјештаја о пословању и финансијском стању групе друштава прописана је нашим ЗПД-ом. Овај извјештај треба да сачини управни одбор матичног друштва са сједиштем у Р. Српској које има зависна друштва са сједиштем у Р. Српској или изван ње, под условом да су једно или више зависних друштава друштва капитала.⁶⁴ Извјештај се подноси на годишњој скупштини акционара или чланова матичног друштва, његов садржај је прописан

⁶¹ Чл. 361 ЗПД-а.

⁶² Васиљевић, наведено дјело, стр. 479.

⁶³ Council Directive 2011/96/EU of 30 November 2011 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, OJ L 345, 29.12.2011. Осим тога, разматра се и могућност јединственог опорезивања целокупне групе у једној држави чланици, у складу са националним законодавством само те државе. Ради се о приједлогу директиве о консолидованом опорезивању (Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base, COM 2011).

⁶⁴ Видјети чл. 363 ст. 1 наведеног закона.

законом и мора се објавити на берзи или интернет страници матичног друштва. Осим овог извјештаја, и управни одбор зависног друштва мора за годишњу скупштину својих акционара или чланова сачинити, поред извјештаја о пословању, и посебан извјештај о односима са осталим чланицама групе друштава повезане путем капитала.⁶⁵

Сврха израде и објављивања консолидованих извјештаја је да се акционари или чланови матичног друштва упознају са финансијским стањем и резултатима пословања цијеле групе, с обзиром на то да вриједност њихових акција зависи и од оствареног профита и вриједности имовине и зависних друштава.⁶⁶ На овај начин се, дакле, омогућава реалније и потпуније сагледавање пословних резултата групе као цјелине.

Постоје и изузеци од обавезе сачињавања консолидованог извјештаја. Тако, нпр., у нашем праву не постоји обавеза ако ниједно од зависних друштава нема својство друштва капитала. У енглеском праву, с друге стране, овај услов се захтијева за матично друштво, док зависно може бити било који облик предузетништва.⁶⁷ У овом праву су зато предвиђени бројни други изузеци, као нпр. да се не ради о групи мале или средње величине, затим ако се послови зависног друштва толико разликују од послова осталих друштава укључених у консолидовани извјештај да би њихово укључивање били инкомпатибилно са обавезом давања истинитог и поштеног погледа на финансијску позицију и резултате групе, ако прибављање информације неопходне за укључивање пословања зависног друштва у извјештај изазива несразмјерно високе трошкове или неоправдано одлагање, и сл.⁶⁸ У упоредном праву се предвиђају и неки други изузеци, као у Хрватској, гдје се искључује обавеза израде консолидованих извјештаја у случају концерна равноправних друштава, тј. оних у којима матично друштво не управља зависним, већ се ограничава на координацију и јединствено вођење на други начин.⁶⁹

⁶⁵ Ibid, чл. 363 ст. 5. Овај извјештај подлијеже и независној ревизији, ако је она обавезна за финансијске извјештаје зависног друштва по закону којим се уређује рачуноводство и ревизија. Обавеза израде извјештаја о односима са матичним друштвом прописује се и у праву Хрватске за управу зависног друштва. Наведени извјештај, осим од стране ревизора, подлијеже и испитивању од стране надзорног, односно управног одбора зависног друштва. Видјети чл. 497–499 Закона о трговачким друштвима Хрватске. Такође, Барбић, наведено дјело, стр. 662–668.

⁶⁶ Више: Pennington, наведено дјело, стр. 982–983.

⁶⁷ Види: Gower, наведено дјело, стр. 119.

⁶⁸ Више о наведеним изузецима и уопште обавези израде консолидованих извјештаја у енглеском праву: Pennington, наведено дјело, стр. 981–992.

⁶⁹ Види: Барбић, наведено дјело, стр. 654–655.

И у рачуноводственом праву ЕУ регулисана је обавеза израде консолидованих извјештаја. Материја финансијских извјештаја која је некад била обрађена у три различите директиве,⁷⁰ данас је обједињена у јединственој Рачуноводственој директиви.⁷¹ Такође, за јавна друштва прописана је обавеза да консолидоване извјештаје сачине у складу са Међународним рачуноводственим стандардима.⁷²

Стварање групе друштава има велики утицај и у области радног права. Иако радници, начелно, своја права остварују у оквиру оног субјективитета с којим имају уговор о раду, не може се прећи преко чињенице да се значајне пословне одлуке доносе на нивоу групе, као што су одлуке о ликвидацији или стечају, премјештању мјеста пословања, и сл., а то утиче и на саме раднике у погледу могућности премјештања из једног мјеста у друго (или из једног друштва у друго) или, чак, и отпуштања. Међу правима која су развила и посебна права запослених у групи истиче се француско право, у којем се предвиђа могућност оснивања тзв. комитета групе, у коме представници запослених штите њихове интересе у представничким тијелима заједничким за сва друштва групе.⁷³

Поједина национална законодавства⁷⁴ познају и стечајноправне посљедице повезивања привредних друштава које се осликавају у могућности вођења заједничког стечаја за све чланице групе, чак и ако свака од њих појединачно није инсолвентна. Овај институт утемељен је у циљу заштите повјерилаца, посебно у случајевима када је повезаност чланица унутар групе и више него транспарентна. На овај начин долази до примјене концепта права групе. Иначе, заједнички стечај може да се спроводи у виду формалне консолидације, када долази до обједињавања поступака на једном мјесту, или у облику материјалне консолидације, када долази до суштинске примјене права групе и сједињавања акти-

⁷⁰ Међу којима је за проблематику консолидованих извјештаја најзначајнија била Седма директива компанијског права, Seventh Council Directive 83/349/EEC of 13 June 1983 based on the Article 54 (3) (g) of the Treaty on consolidated accounts, OJ L 193, 18.7.1983. Садржај ове директиве унијет је у текст Рачуноводствене директиве без већих измјена.

⁷¹ Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, amending Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC Text with EEA relevance.

⁷² Уредба о примјени међународних рачуноводствених стандарда, Regulation (EC) No 1606/2002 of the European Parliament and of the Council of 19 July 2002 on the application of international accounting standards, OJ L 243, 11.9.2002.

⁷³ Видјети Јевремовић Петровић, наведено дјело, стр. 477.

⁷⁴ Као нпр., америчко, француско и белгијско.

ве и пасиве више друштава у једну стечајну масу. Да би се спровео овакав стечајни поступак, морају се испунити одређене претпоставке које се најчешће свде на различите ситуације злоупотребе личности,⁷⁵ мијешање имовине друштава у групи, јединствено наступање матичног и зависног друштва, и сл.⁷⁶ Наше право нема одредаба које омогућавају спровођење било формалне или материјалне консолидације. Познате су само одређене посљедице по послове између друштава у групи у случају отварања стечајног поступка над неким од њих. У питању је примјена установа „зајма умјесто капитала“⁷⁷ и побијања правних радњи.⁷⁸

5. Закључак

Друштва повезана путем капитала представљају такав вид група друштава који упоредно право право још увијек није прихватило као посебан ентитет у одговарајућој мјери и који још увијек није ни довољно регулисан, па се углавном примјењују општа правила компанијског права која се односе и на појединачна друштва. Не може се, међутим, занемарити чињеница да правни субјективитет појединих чланица групе, које доспијевају у положај зависних, бива ослабљен у односу на она друштва која преузимају функцију матичног друштва, те овај процес има и одређене правне импликације.

У развијенијим правним системима све више се пробија и концепт права групе, који се заснива на транспарентности и економском јединству групе друштава. Најважнији продукт овог концепта је прихватање одговорности матичног за обавезе зависног друштва, поготово оне изазване његовим утицајем. У већини права, међу којима и нашем, ипак, и

⁷⁵ Стога се у теорији сматра да овај институт представља „стечајноправни корелат институту пробијања правне личности“. Види: Baird, Douglas, Substantive Consolidation Today, *Boston College Law Review*, vol. 47, 2005/06, стр. 5. Наведено према Јевремовић Петровић, наведено дјело, стр. 386.

⁷⁶ Више о институту заједничког стечаја: Јевремовић Петровић, наведено дјело, стр. 384–391.

⁷⁷ Видјети чл. 130 и чл. 227 ЗПД-а. Примјеном овог института матично друштво не би могло у стечајном поступку остваривати враћање зајма као привилеговани, већ само као стечајни повјерилац са необезбијењеним потраживањем. Такође, када треће лице да зајам зависном друштву, матично друштво, које је дало обезбјеђење, биће дужно да у случају враћања зајма у посљедњој години прије подношења приједлога за отварање стечајног поступка или чак и након подношења тог приједлога, тако исплаћени износ врати зависном друштву. Такође, видјети и чл. 88 Закона о стечајном поступку, Сл. гласник Р. Српске, бр. 26/10 (пречишћени текст).

⁷⁸ Видјети чл. 84–91 Закона о стечајном поступку Р. Српске. Више о праву побијања: Велимировић, Михајло, *Стечајно право*, Нови Сад, 2004, стр. 103–137.

даље се полази од индивидуалистичког принципа, па одговорност матичног друштва може наступити само у изузетним случајевима, као нпр. примјеном института пробијања правне личности. Слабост наше судске праксе је, међутим, у томе што још увијек није спремна да примјењује наведени институт у адекватној мјери. Разлог томе се нарочито налази у тешкоћи доказивања причињених злоупотреба.

Могли бисмо закључити да је проблем групе друштава, и поред неадекватне регулативе, ипак препознат и у нашем правном систему, о чему свједоче поједине одредбе из области компанијског и рачуноводственог права.

Zoran Vasiljevic, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Banja Luka

STATUS CONSEQUENCES OF CONNECTING COMPANIES BY CAPITAL

Summary

Companies connected by capital represent such aspect of groups that hasn't been yet accepted as a separate entity, as appropriate, in the comparative law and which is still not sufficiently regulated, so mainly are applied the general provisions of company law, which also apply to individual companies. It can't, however, be ignored the fact that the legal personality of individual members of the group, which fall in the position of the subsidiary, becomes weakened in relation to those companies which takes the function of parent company, so this process has certain legal implications.

In developed legislations more increasingly penetrates the concept of the law of groups, which is based on transparency and economic unity of the group of companies. The most important product of this concept is acceptance of responsibility of the parent company for the liabilities of its subsidiaries, especially those caused by its influence. In the most of legislations, including our, however, still is dominant the individualistic principle, so the responsibility of the parent company may occur only in exceptional cases, such as the institute

of piercing the corporate veil. The weakness of our jurisprudence, however, is that it is not yet ready to apply the mentioned institute in an adequate extent. The reason for that is particularly in difficulty to prove caused abuses.

We could conclude that the problem of the group of companies, in spite of inadequate regulation, is recognized in our legislation, as evidenced by certain provisions in the matter of company and accounting law.

Keywords: *entity groups, investment capital, legal subjectivity, group liability, legal consequences*

**U SUSRET NOVOJ TOPOGRAFIJI HRVATSKOG
KORPORATIVNOG I POTROŠAČKOG STEČAJNOG PRAVA –
(pozitivna) rješenja za bosanskohercegovačkog zakonodavca?**

Doc. dr sc. Mirela Čokić*
Dr sc. Dejan Bodul**

***Apstrakt:** Zakonski okvir, niti praksa stečaja, likvidacije i prisilne nagodbe, u prijašnjem sustavu nisu zadovoljavali niti jedan od interesa koji bi trebalo da zadovolji laissez faire principe. Sukladno tomu, doktrina i judikatura su smatrali kako je uvođenje novog stečajnog zakonodavstva potreba. Stečajni zakon donesen je u svibnju 1996. (NN, br. 44/96) i nakon toga mijenjan (dopunjavao) sedam puta (NN, br. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12. i 45/13. – dalje: SZ). Donošenje Stečajnog zakona, po uzoru na njemački Insolventni zakon (Insolvenzordnung) od 5.10.1994. (Bundesgesetzblatt, 1994, I, str. 2866; posljednja izmjena Bundesgesetzblatt, 2011, I, str. 2854) i prestanak važenja Zakona o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji (NN, br. 53/91. i 54/94) predstavljalo je korjenitu promjenu načina na koji se provodio stečajni postupak u Republici Hrvatskoj. Kod gotovo svih promjena radilo se o namjeri prevladavanja „akutnih“ problema u praksi i unapređenju sustava ostvarivanja stečajnopravne zaštite i to funkcionalizacijom, ubrzanjem i smanjenjem troškova stečajnog postupka. Međutim, kako je razdoblje nakon donošenja SZ vrijeme ekonomskog rasta, posljedično nije postojala svijest o potrebi da se sagledaju i stečaju daju i druge funkcije osim da služi samo kao instrument naplate dospjelih potraživanja od dužnika nesposobnih da izvršavaju svoje obveze, što za krajnji rezultat ima njihovu likvidaciju. Ipak česte financijske krize uvjetovale su potrebu za radikalnom reformom stečajne regulative, a budući da tehnika provođenja stečaja nije*

* Доцент на Правном факултету Универзитета у Тузли.

** Виши асистент, Катедра за грађанско поступовно право, Правни факултет Свеучилишта у Риједи. Овај је рад настао уз потпору Хрватске закладе за знаност у оквиру пројекта 6558 Business and Personal Insolvency – the Ways to Overcome Excessive Indebtedness.

dala pomake i da se u stečaj ide, u pravilu, bez stečajnog plana, javila se potreba za implementiranjem novog zakona, Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (NN, br. 108/12, 144/12, 81/13 i 112/13 – dalje: ZFPPN). Iako je donošenjem ZFPPN 2012. znatno izmijenjen stečajni postupak u Republici Hrvatskoj, u njegovoj dvogodišnjoj praktičnoj primjeni uočeno je niz problema u tumačenju i učincima pojedinih odredaba instituta, što će se pokušati otkloniti donošenjem (Konačnog prijedloga) Stečajnog zakona (dalje: KPSZ). Dakle, iako indikativna, metoda utvrđivanja činjenica ukazuje kako željeni ciljevi funkcionalizacije stečajnopravne zaštite još nisu ostvareni, pred zakonodavcem je novi/stari zadatak – implementacija instituta potrošačkog stečaja kroz rješenja Nacrta Zakona o stečaju potrošača. U radu se analiziraju reforme koje su sprovedene, a pri tomu naglasak je stavljen na pitanja koja su izazvala najveće dileme i kontroverze u akademskoj i stručnoj javnosti te na najnoviju reformu iz travnja 2015. U konačnici, radi usporedbe i mogućih prijedloga de lege ferenda, za bosanskohercegovačkog zakonodavca ova iskustva su jako bitna jer su u tijeku sveobuhvatne reforma propisa uvjetovane prije svega postupkom usklađivanja bosanskohercegovačkih propisa s propisima EU (temeljem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, čl. 70. i 78).

Ključne riječi: *hrvatski stečajni propisi, reforma, de lege ferenda rješenja za bosanskohercegovačkog zakonodavca(e).*

1. Umjesto uvoda

U Republici Hrvatskoj postoji, možda, stotinjak znanstvenih tekstova koji se bave opsežnom i složenom problematikom stečajne regulative. Za sada postoji skroman broj i monografija iz područja stečaja,¹ za razliku od kapitalnih djela, znanstvenih članaka koji postoje, primjerice, u njemačkoj insolventijskoj doktrini. Ipak, posljednjih godina, sve veći broj studija analizira ekonomske i pravne učinke likvidacijskih i reorganizacijskih stečajnih postupaka. Štoviše, nakon desetljeća praktične i normativne marginaliziranosti stečajnog prava, u posljednjih nekoliko godina reforma stečajnog prava postala je sam vrh liste pravno-političkih prioriteta pri reformi trgovačkog pravosuđenja.

¹ Dika, M., *Insolventijsko pravo*, Pravni fakultet, Zagreb, 1998; Eraković, A., *Stečajni zakon s komentarom i primjerima*, Zagreb, Računovodstvo, revizija i financije Plus, 1997, te Sajter, D., *Ekonomski aspekti stečaja i restrukturiranja u stečaju*, Osijek, Ekonomski fakultet, 2008.

2. Reperkusije implementiranja Stečajnog zakona 1996.

Hrvatska je posljednjih 20-ak godina prošla trnovit put od samoupravnog socijalizma do osamostaljenja i prelaska na tržišnu ekonomiju, zatim agresivnog rata te procesa tranzicije (koja još uvijek traje). Iako je sustav samoupravljanja ostavio nešto prostora konkurenciji i samostalnom djelovanju gospodarskih subjekata, prelazak na tržišnu ekonomiju značio je niz prilagodbi i reformi unutar financijskog sustava u Hrvatskoj, sve u funkciji gospodarskog razvoja te maksimiziranja društvenog blagostanja.² Slijedom toga, dolazi prvo do novele Zakona o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji 1994. (NN, br. 9/94). Novo stečajno pravo uređeno je Stečajnim zakonom od 15. svibnja 1996. (NN, br. 44/96). Zakon je stupio na snagu 1. siječnja 1997. kada je pretao važiti Zakon o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji (čl. 341. Stečajni zakon iz 1997). Polazište za novi SZ-on kod nas je bio njemački Insolventijski zakon (*Insolvenzordnung*) iz 1999. koji je i sam radikalno izmijenio njemačko stečajno zakonodavstvo.³ Model stečajnog plana, u suvremenom obliku, uveden je u pravni sistem donošenjem (novog) Stečajnog zakona 1997. Novim SZ promijenjeni su preduvjeti za otvaranje stečajnog postupka, kao i pravne posljedice koje proizlaze otvaranjem postupka. Uloge stranaka u stečaju također su redefinirane, posebno uloga vjerovnika i stečajnog upravitelja. On u suradnji i pod nadzorom stečajnog suca provodi stečajni postupak. Stoga su za ovu funkciju propisani posebni uvjeti. Usvajanjem novog i suvremenog zakona, pravno je regulirano područje stečaja u našoj zemlji, a s postupnim usklađivanjem ove regulative sa stečajnom legislativom zapadnoeuropskih zemalja, stvoreni su pravni uvjeti za provođenje stečaja.⁴ Načelno govoreći, tadašnja pozitivnopravna stečajna regulativa, u osnovi, predstavlja ozbiljan pomak za ovu tranzicijsku fazu. Karakteristike novog zakona su takve da je naša regulativa iz ove oblasti sada u velikoj mjeri u skladu s modernim svjetskim rješenjima, iako se i na ovaj zakon mogu čuti primjedbe. Primjerice, donošenjem istog znatno je unaprijeđen stečajni postupak, ali je praksa u primjeni navedenoga zakona ukazala na postojanje niza problema.⁵ Jedan od

² Podrobnije Jurković, P., *Financijske teme i dileme – Doprinos raspravi o financijskim reformama u zemljama u tranziciji*, Ekonomski fakultet Zagreb i Mikrorad, Zagreb, 2006, str. 195.

³ Insolvenzordnungvom 5. Oktober 1994 (BGBl. I str.2866), diezuletztdurch Artikel 19 des Gesetzes vom 20. Dezember 2011 (BGBl. I str.2854) geändertwordenist. Isto vidi Paulus, C. G., *Germany, Lessons to Learn from the Implementation of a New Insolvency Code*, Connecticut Journal of International Law, vol. 17, 2001, no. 1, str. 89. etseq.

⁴ Dika, op. cit., str. 1–52.

⁵ U tom pogledu svakako su zanimljiva razmišljanja suca koja ukazuju na niz praktičnih problema. Detaljnije Šimundić, Mladen, *Stečajni postupak u praksi*, dostupno na: www.sudacka-mreza.hr. (12.2.2015), str. 1–27.

njih svakako je neprimjenjivanje stečajnog zakonodavstva, odnosno činjenica da se na svega 5% insolventnih pravnih osoba otvara stečajni postupak, a ostalima se tolerira poslovanje u dubokoj insolventnosti.⁶ Posljedično, stečajni postupak se doživljava kao fatalni ishod odnosno „smrt“ poduzeća.⁷ Gospodarski šokovi koje Hrvatska proživljava uvelike utječu na formiranje instituta stečajnog prava. Naime, doktrina naglašava da su nerijetko velike krize služile kao kataklizmički element, u smislu da se stečajno zakonodavstvo nerijetko nakon velikih kriza mijenja *in favorem* dužnika.⁸ Ista je situacija i u hrvatskom stečajnom pravu gdje su se zadnjom i predzadnjom izmjenom (NN, br. 116/10 i 25/12) uvele promjene radi funkcionalizacije, ubrzanja i pojeftinjenja stečajnopravne zaštite stvaranjem jeftinijeg i bržeg postupka za insolventne dužnike, ali i lakše namirenje radnika stečajnog dužnika.⁹

3. Aberacija stečajnog zakonodavstva 2012?

Uz sve reforme, statističke analize zaključno s 2011. ukazuju na znatan broj velikih, srednjih i malih trgovačkih društava koja su dugogodišnji gubitaši, s ogromnim obvezama, često s negativnim kapitalom, bez specijalizacije i s ogromnim viškom zaposlenih. Takvi poslovni subjekti su preživljavali zahvaljujući „mekom“ proračunskom ograničenju, odnosno subvencijama države, topljenju njihovog kapitala te činjenici nepostojanja odgovornosti za nepokretanje stečajnih postupaka. Kaznenopravna regulativa se u praksi, zbog nejasnih razloga, gotovo uopće ne provodi te ne postoji niti nikakav strah od

⁶ Za podatke vidi Šverko Grdić, Z.; Radolović, J. i Bagarić, L., *Solventnost poduzeća u Republici Hrvatskoj i u Europskoj uniji*, Ekonomski pregled, vol. 60, 2009, no. 5–6, str. 250. etseq.; Sajter, D., *Regionalna indiciranost stečajeva u Republici Hrvatskoj*, Ekonomski vjesnik, Ekonomski fakultet u Osijeku, br. 1 i 2, 2007, str. 31–42; Id., *Procedura i praksa restrukturiranja u stečaju u Republici Hrvatskoj*, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 47, 2010, no. 1, str. 742; Lesar, D., *Hrvatski sabor*, Klub zastupnika: Hrvatskih laburista – Stranke rada, Pregled podataka o stečajnim postupcima u toku pred Trgovačkim sudovima u Republici Hrvatskoj, Zagreb, od 6. travnja 2012, kao i podaci koji su dostupni na mrežnim stranicama Ministarstva pravosuđa: .04.2015).

⁷ Tako Sajter, D., *Procedura i praksa restrukturiranja...* cit., str. 742.

⁸ Primjerice, postupak stečaja na lokalnim jedinicama uveden je u SAD-u 1934. tijekom Velike depresije (An Act to Amend an Act Entitled “An Act to Establish A Uniform System of Bankruptcy Throughout the United States) approved July 1, 1898. i Acts Amendatory there of and Supplementary thereto, Pub. L. No. 251, 73d Cong., 2d Sess., 48 Stat. 798 (1934.). Detaljnije Amdursky, R. S., *The 1988 Municipal Bankruptcy Amendments: History, Purposes, and Effects*, *The Urban Lawyer*, vol. 22, 1990, no. 4, str. 2.

⁹ Bodul, D., et. al., *O načelu socijalnog postupanja u stečajnom postupku s naglaskom na prava radnika*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 34, 2013, no. 1, str. 525–560.

eventualnog kažnjavanja.¹⁰ Više nego ikada financijska kriza uvjetovala je potrebu za radikalnom reformom stečajne regulative. Vlada RH je stoga krajem 2012, s ciljem da se restrukturiraju ili da ukoliko to nije moguće odu u stečaj, implementirala ZFPPN. On je stupio na snagu 1.10.2012. uvođenjem alternativnog izvansudskog insolventnog postupka – postupka predstečajne nagodbe, čime je značajno utjecao na hrvatsko insolventno pravo. Time je unaprijeđen pravni okvir u kojem posluju subjekti. Idejna rješenja ZFPPN su transplantirana iz slovenskog *Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju*¹¹ u kojem se obrađuje (osim financijskog poslovanja), još i predstečajni i stečajni postupak, kao i predstečajna (prisilna) nagodba.¹²

U prijedlogu ZFPPN se kao prvi razlog za uvođenje predstečajnog postupka navodi činjenica kako je postojeća primjena Stečajnog zakona dovela u pravilu do nestanka pravne osobe te da u zakonodavstvima Europe postoji tendencija prema modelu restrukturiranja i opstanka dužnika po modelu glave 11 Stečajnog zakonika SAD-a.^{13 14} Stoga je cilj ovog zakona da se kroz predstečajni postupak omogući dužniku restrukturiranje i nastavak poslovanja. Međutim, mora se istaknuti kako problematika stečajnog postupka i u zemljama s dugom tržišnom tradicijom predstavlja dinamičnu oblast u kojoj se

¹⁰ Vidi, Bodul, D., et. al., *Novosti i problemi u provedbi stečajnog zakonodavstva u Republici Hrvatskoj*, Ekonomski pregled, vol. 65, 2014, br. 4, str. 318–351.

¹¹ Ur. l. RS, št. 13/14. – uradno prečišćeno besedilo.

¹² Bitna razlika je činjenica kako je postupak financijske reorganizacije dužnika u isključivoj stvarnoj nadležnosti okružnog suda (Novela ZFPPIP-C Ur.l. RS, št. 52/10, koja važi od 01.09.2010) dok postupak predstečajne nagodbe vodi nagodbeno vijeće pri FINI (pravnoj osobi koja ima javne ovlasti), što je u praksi postavilo problem ustavnosti takvog rješenja. Naime, Republika Hrvatska, kao stranka u postupku predstečajne nagodbe, u pravilu je najveći vjerovnik, pa se opravdano može postaviti pitanje objektivnosti i nepristranosti osoba koji su članovi nagodbenog vijeća jer ih imenuje jedna od stranaka u postupku, i to, nerijetko, vjerovnik s najvećim pravima na imovini predstečajnog dužnika, dakle Republika Hrvatska. Iznesena teza dobiva na važnosti ako ulogu nagodbenog vijeća, kao subjekta u predstečajnoj nagodbi, analiziramo i kroz prizmu članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Vidi, BODUL, D., et. al., *O položaju nagodbenog vijeća u postupcima predstečajne nagodbe iz perspektive čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 34, 2013, br. 1, str. 471–489; Dika, M., *Predstečajna nagodba: pretpostavke, pokretanje, tijela, sudionici, provedba postupka, učinci, stavljanje izvan snage*, u: Savjetovanje o Zakonu o financijskom restrukturiranju i predstečajnoj nagodbi, Organizator, Zagreb, 2012, Crnić, I., (ur.), str. 55. te Materijali s Nacionalnog vijeća za praćenje provedbe Strategije suzbijanja korupcije u Hrvatskom saboru na temu: „Koruptogenost i zloupotrebljivost pravnog uređenja instituta predstečajne nagodbe“, sjednica održana dana 25.2.2014.

¹³ Vidi, Warren, Elizabeth, Westbrook, J. L., *The Success of Chapter 11: A Challenge to the Critics*, Michigan Law Review, vol. 107, 2009, str. 603, 606.

¹⁴ Bankruptcy Code, Pub. L. 113–86 (izuzev 113–79). Dostupno na mrežnim stranicama Cornell Law University: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/> (12.03.2015.), §§ 1101–1174.

traže nova rješenja koja će pratiti trend promjena u međunarodnoj/globalnoj ekonomiji.¹⁵

¹⁵ Kako su poredbeno-pravne analize postale nužni preduvjet uzajamnog dijaloga i harmonizacije nacionalnih stečajnih sustava bitno je istaknuti kako su posljednjih desetak godina, razvijene europske ekonomije počele po uzoru na glavu 11. američkog Stečajnog zakonika (par. 1101–1174) (eng. *Chapter 11*) poticati postupak restrukturiranja insolventnih trgovačkih društava kroz „pre-pack“ i „prenegotiated“ plan kao alternative za preživljavanje poduzeća. U Velikoj Britaniji *Insolvency Act 1986*, koji je ekvivalent američkog Stečajnog zakonika, dopunjen je odredbama *Enterprise Act 2002* koji također potiče reorganizaciju poduzeća. Francuski sudski model reorganizacije (fran. *redresman*), koji se od američkog značajno razlikuje i ima svoje specifičnosti, zahtijeva obveznu izradu stečajnog plan pa do likvidacijskog stečaja dolazi isključivo ako ne postoje nikakve pretpostavke da stečajni dužnik može nastaviti s radom. Zadnjih pet godina, „trend“ reorganizacijskih modela slijedi i niz drugih, pa i (post)tranzicijskih država. U Češkoj je reformom Zakona iz 2009. uveden institut „pre-pack-a“, koji kombinira najbolje karakteristike dva modela restrukturiranja: neformalnog izvansudskog i formalnog restrukturiranja po pravilima glave 11. američkog Stečajnog zakona. Slovačka, pored formalnog stečajnog postupka koji završava likvidacijom, ima i neformalni izvansudski postupak reorganizacije koji podrazumijeva dogovor između vjerovnika i dužnika. Novom reformom Stečajnog zakona u Poljskoj, postupak restrukturiranja (polj. *postępowanie naprawcze*) je dodatno pojednostavljen. Postupak se provodi izvan suda (uz određene sudske kontrole), a pravo za podnošenje prijedloga za restrukturiranjem ima isključivo dužnik. Njegov cilj je osigurati priliku dužniku da postigne dogovor sa svojim vjerovnicima. U pravu Bosne i Hercegovine se za sada samo raspravlja prijedlozima koji su ostvarivi u stečajnim propisima entiteta i Brčko Distriktu BiH, a tiču se recepcije izvansudskog modela reorganizacije odnosno instituta predstečajne nagodbe. Tu su svakako zanimljiva doktrinarna promišljanja koja navode kako bi iz razloga preopterećenosti sudova bilo svrsishodnije gotovo u potpunosti problem neformalne reorganizacije usmjeriti na tijela uprave pri nadležnom Ministarstvu financija, a konačnu potvrdu predati tijelu „ne tako dalekom od uprave“ – notarima! Tako i detaljnije, Vilašević, M., *Predstečajna nagodba – Mogućnosti u Bosni i Hercegovini*, Nova pravna revija, Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, 2014, br. 1, str. 72. Nadalje, u bosanskohercegovačkoj pravnoj teoriji se raspravlja i o implementaciji tzv. *pre-pack* (unaprijed pripremljenog plana) modela reorganizacije (eng. *prepack*, *preplan*, *prepackaged bankruptcy*) koji postoji u Srbiji. Vidi, Čokić, M., *Indicije za uvođenje prepack instituta u stečajno zakonodavstvo Bosne i Hercegovine – sa osvrtom na pravo Republike Srbije*, Strani pravni život, 2011, br. 2, str. 285–295. Naime, srpski Zakon o stečaju, osim „običnog“ plana reorganizacije, predviđa i mogućnost podnošenja unaprijed pripremljenog plana reorganizacije. Štoviše, *pre-packaged* plan je moguć i prema InsO te se može podnijeti zajedno s prijedlogom za otvaranje stečajnog postupka (*Insolvenzplan*, §§ 217–269). Dosadašnja njemačka iskustva ukazuju da je jedna od najvećih mana *pre-packaged* plana to što se nalazi „na čekanju“ za vrijeme prethodnog postupka koji može trajati do tri mjeseca (u Hrvatskoj, sukladno čl. 42, st. 4 SZ-a prethodni postupak može trajati najduže 60 dana od podnošenje prijedloga za otvaranje stečajnog postupka). Drugi nedostatak *pre-packaged* plana je stajalište privremenog stečajnog upravitelja u prethodnom postupku, naime, on se može, ali i ne mora složiti s planom reorganizacije dužnika koji je sudu dostavio sam dužnik u dogovoru s vjerovnicima. Upravo zbog uklanjanja navedenih zapreka njemački je zakonodavac donio Zakon o daljnjem olakšanju sanacije poduzeća (njem. *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen - ESUG*) iz 2011. s kojim je izmijenio InsO. U slovenskom je zakonodavstvu plan financijske reorganizacije dio prisilne nagodbe (slo. *postopek prisilne poravnave*), koji se može provesti isključivo prije, odnosno izvan stečaja. U slučaju da ne dođe do takve nagodbe između dužnika i vjerovnika, uslijedit će „klasični“ stečajni postupak bez daljnje mogućnosti restrukturiranja. Smatramo bitnim novelu Insolventijskog zakona iz 2013. objavljenu u Ur. l., br. 100/13. od 6.12.2013. Navedenom novelom u ZFPPIPP uvodi se potpuno novi pravni institut – postupak preventivnog prestrukturiranja (slo. *postopek preventivnega prestrukturiranja*) – (dalje: PPP), (čl. 44.b–44.z). PPP se provodi s namjerom da se dužniku za kojega

4. Prema novoj reformi stečajne legislative i „oslanjanje“ na rješenja iz 1996.

Analiza strukture poslovanja subjekata iz 2011. ukazuje na to da je postotak trgovačkih društava u blokadi poražavajući.¹⁶ Uzimajući u obzir da na takve podatke, pored samih zakonskih rješenja utječu i brojni izvansudski (institucionalni) čimbenici (nepovoljan društveni kontekst, problemi u platnom prometu, nezavidno stanje u domenu evidencije nekretnina i pokretnina, nedovoljan broj sudaca kojima je bilo povjereno vođenje stečajnog postupka, slaba obučenosť stečajnih upravitelja, neadekvatni način njihovog financiranja i posljedično slaba motiviranost za rad), zakonodavac planira napraviti još jednu funkcionalizaciju Stečajnog zakona preuzimajući, nakon dvogodišnjeg eksperimentiranja iz Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, odredbe o predstečajnoj nagodbi te vraćajući mnoge opcije u izradi stečajnog plana. **Svakako smatramo bitnim istaknuti kako prostor koji ovdje imamo ne dopušta detaljnu raščlambu ove problematike, pa smo prinuđeni ograničiti se isključivo, po mišljenju autora, na neke aspekte nove stečajne regulative – Konačnog prijedloga SZ.**¹⁷

Najvažnije novine Konačnog prijedloga SZ su članci Glave II (čl. 15–39) prema kojima odredbe o predstečajnoj nagodbi prelaze iz ZFPPN u Konačni prijedlog SZ kao predstečajni postupak (dalje: PP) sukladno kojima bi FINA ostala tijelo predstečajnog postupka koje samo tehnički i administrativno pomaže sudu.¹⁸ Dakle, tijela PP-a su sudac pojedinac i povjerenik (čl. 15). Pritisak za ovakve reforme, odnosno za jaču ulogu suda u predstečajnim nagodbama, vršila je i primjena čl. 6 iz Europske konvencije za zaštitu ljud-

je *vjerojatno* da će u razdoblju od jedne godine postati insolventan omogućiti da na podlozi sporazuma o financijskom prestrukturiranju izvede potrebne mjere prestrukturiranja svojih financijskih obveza i druge mjere financijskog prestrukturiranja radi otklanjanja uzroka zbog kojih bi mogao postati insolventan (čl. 44.c). Podrobnije, Nikolić, N., *Prepack: Američko i srpsko rešenje*, Pravo i privreda, vol. 49, 2011, br. 1–3, str. 92, Spasić, S., *Prepack kao šansa za srpsku privredu*, Pravo i privreda, 2010, br. 7–9, str. 243–257. te Čolović, V., *Osnovne karakteristike i pravna priroda prepack reorganizacije (unapred pripremljenog plana reorganizacije) u zakonodavstvu Srbije sa osvrtom na odnos stečajnog postupka i postupka reorganizacije*, Godišnjak fakulteta pravnih nauka, Banja Luka, vol. 3, 2013, br. 3, str. 101–117.

¹⁶ U Ministarstvu financija Republike Hrvatske (dalje: MF) napravili su analizu rezultata predstečajnih nagodbi u razdoblju 1.10.2012.–31.3.2014. Analizu su nazvali: Učinci predstečajnih nagodbi.

¹⁷ U fazi pisanja i predaje rada redakciji Stečajni zakon je još uvijek bio u fazi Nacrta. Vidi Nacrt prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona, Ministarstvo pravosuđa, Zagreb, travanj, 2015. – dalje: Konačni prijedlog SZ.

¹⁸ Treba napomenuti kako je uloga trgovačkog suda u postupcima predstečajne nagodbe opisana u čl. 66. ZFPPN-a koji je noveliran čak tri puta.

skih prava i temeljnih sloboda.¹⁹ Naime, praksa ECHR-a naznačuje kako se čl. 6 st. 1 primjenjuje na stečajni postupak²⁰ pa prva dvojba koja se odnosi na samu legitimnost procesa dejudicijalizacije kroz model predstečajne nagodbe je činjenica da stečajnopravna zaštita mora biti u nadležnosti onog tijela koje Konvencija označava sintagmom „tribunal“ (bez obzira na to kojoj vlasti pripada), a danas ta svojstva u pozitivnom pravu ima samo sud.²¹ To je rezultiralo „brisanjem“ zakonodavnih rješenja po kojima je FINA *de facto* i *de jure* odlučivala u postupcima predstečajne nagodbe. Naime, tijela u postupku predstečajne nagodbe su nagodbeno vijeće i povjerenik predstečajne nagodbe (čl. 32 ZFPPN). Nagodbeno vijeće sastoji se od dva člana i predsjednika vijeća koji donose odluke u postupku. Postupak predstečajne nagodbe koji se provodi pred FINA-om (pravnom osobom s javnim ovlastima) u potpunosti će ovisiti o volji vjerovnika i dužnika, s obzirom na to da nagodbeno vijeće u cijelom postupku predstečajne nagodbe ima samo formalnu ulogu. O nagodbenom vijeću ne ovisi hoće li do predstečajne nagodbe doći, ali vijeće ima veliku i odgovornu ulogu kao posrednik koji mora stvoriti uvjete da bi do dogovora između dužnika i vjerovnika došlo te voditi proces u kojemu će dužnik i vjerovnik moći pregovarati i konačno postići dogovor. Imenovanje nagodbenog vijeća od strane ministra financija također je sporno jer su članovi nagodbenog vijeća u pravilu zaposlenici Ministarstva financija RH odnosno državni službenici, zbog čega bi im se mogla pripisati neobjektivnost i pristranost u vođenju PN u kojem je Republika Hrvatska redovito na strani vjerovnika kao jedna od strana u postupku. Štoviše, pri imenovanju članova nagodbenog vijeća ne traži se da imaju položen stručni ispit. Dakle, kako nisu propisani uvjeti za obavljanje funkcije članova vijeća odnosno postav-

¹⁹ NN-MU, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06. i 2/10. – dalje: Konvencija.

²⁰ Arg., *S.p.r.l. ANCA and Others protiv Belgije*, odluka, 10. prosinca 1984, Decisions and Reports 40, *Interfina and Christian della Failla protiv Belgije*, odluka, 4. svibnja 1987, br. 11101/84, *Ceteroni protiv Italije*, presuda, 15. studeni 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-V, *Bassani protiv Italije*, presuda, 11. prosinca 2003, br. 47778/99, *Capital Bank AD protiv Bugarske*, presuda, 24. studeni 2005, br. 49429/99 i *Sukobljević protiv Hrvatske*, presuda, 2. studeni 2006, br. 5129/03.

²¹ Europski sud za ljudska prava, u predmetu *Stran Greek Refineries i Stratis Andreadis protiv Grčke*, presuda, 9. prosinca 1994, Serija A, br. 301-B naglasio je važnost vladavine prava s aspekta nedopuštenog utjecaja zakonodavca na ishode sudskih postupaka: “49. ...Načelo vladavine prava i pojam poštenog suđenja zajamčen čl. 6. isključuje svako miješanje zakonodavca u vršenje sudske vlasti koje ima za cilj utjecati na sudsku odluku o sporu. Kad se uzmu zajedno, formulacije st. 1. i 2. čl. 12. djelotvorno su isključile svako smisljeno ispitivanje predmeta od strane Prvog odjeljenja Kasacijskog suda. Kad je ustavnost tih stavova potvrdio Kasacioni sud u plenarnoj sjednici, odluka Prvog odjeljenja postala je neizbježna. 50. Zaključak je da je država povrijedila prava podnosioca zahtjeva iz čl. 6., st. 1. zbog toga što je intervenirala na način koji je bio presudan da se osigura kako bi predstojeći ishod postupka u kojoj je ona bila jedna od stranaka bio povoljan za nju. Stoga je došlo do povrede tog članka.”

Ijenje članova vijeća ovisi isključivo o diskrecijskoj ocjeni ministra financija, nema zapreke da navedene funkcije obavljaju i vježbenici u navedenim tijelima (čl. 33 ZFPPN). Ipak, autori ne mogu zaobići činjenicu da je RH, kao stranka u postupku predstečajne nagodbe u pravilu najveći vjerovnik, pa se opravdano može postaviti pitanje objektivnosti i nepristranosti osoba koji su članovi nagodbenog vijeća. Naime, članove nagodbenog vijeća imenuje jedna od stranaka u postupku i to, nerijetko, vjerovnik s najvećim pravima na imovini predstečajnog dužnika. To postaje još bitnije kada govorimo o ulozi sudova. Naime, u cijelom tekstu ZFPPN-a ni jednom riječju se izrijeком ne spominje mogućnost da su oni ovlaštени donijeti rješenje kojim se odbija prijedlog za sklapanje predstečajne nagodbe. Dakle, provedbom predstečajne nagodbe sudovi (trgovački i upravni) su isključeni iz postupka, čime su, prije svih oštećeni vjerovnici u legitimnim očekivanjima da će im nezavisni i nepristrani sud pružiti zaštitu legitimnih očekivanja. Štoviše, odredbama ZFPPN-a uloga Suda pretvara se u puko izdavanje potvrde o činjenicama utvrđenim u postupku pred FINA-om, a koje se temelje na utvrđenju samog dužnika. Na taj način, uskraćujući trgovačkim sudovima mogućnost da interpretiraju zakone, što je sama bit sudačke funkcije u demokratskom društvu, krši se i pravo na pravično suđenje odnosno pravo na pristup sudu. Štoviše, vladavina prava u građanskim stvarima teško se može zamisliti bez postojanja mogućnosti pristupa sudovima. Kako određuje čl. 6 Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda „...radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ... svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj“.²² Prema praksi Europskog suda, čl. 6, st. 1 Europske konvencije osigurava svakome pravo da njegov zahtjev u vezi s njegovim građanskim pravima i obvezama razmotri sud ili tribunal. To podrazumijeva „pravo na sud“ čiji je jedan od aspekata „pravo na pristup sudu“, koje podrazumijeva pravo da se u građanskim stvarima pokrene postupak pred sudom.²³ Uz važnost priznavanja ovlasti sudaca u tumačenju prava (zakona) ne smije se zaboraviti ni međusobno komplementarna posljedica takve obveze u području promicanja pravne sigurnosti jer odluke tijela koje nisu sudska tijela otvaraju mogućnost različitih tumačenja koja štete učinkovitosti i vjerodostojnosti postupka u cjelini. U konačnici, funkcije suda i upravitelja su osnovni razlozi za visok stu-

²² Vodeći predmet u praksi ESLJP kojim su propisane granice zakonodavca u pogledu tumačenja propisa je Stran Greek Refineries i Stratis Andreadis protiv Grčke, presuda, 9. prosinca 1994, Serija A, br. 301-B.

²³ Vidi, presudu u predmetu Philis protiv Grčke, presuda, 27. kolovoza 1991, Serija A, br. 209, str. 20, st. 59.

panj nepovjerenja i zabrinutosti vjerovnika u institut predstečajne nagodbe iz ZFPPN koji je – zbog dugog razdoblja odgode isplate duga – više obećanje nego jamstvo otplate duga. Novo rješenje Konačnog prijedloga SZ ukazuje na samostalnost suda, što podrazumijeva da je sud posebna vrsta tijela državne vlasti za koji vrijede posebna pravila organiziranja. Pod samostalnošću i nezavisnošću suda podrazumijeva se sloboda suda od svakog utjecaja sa strane, odnosno slobodno i samostalno donošenje sudskih odluka. To dalje znači da ni jedan nositelj druge državne vlasti ne može utjecati na vršenje sudske vlasti, odnosno da se ne može miješati u rad suda. Kada je riječ o stečajnom postupku, ova ustavna garancija, u skladu s odredbama članka 118, st. 2 Ustava RH i čl. 6, st. 1 Konvencije, kojima se jamči pravo na pravično suđenje, podrazumijeva da se mora omogućiti da nezavisan, nepristran i zakonom već ustanovljen sud, pravično, javno i u razumnom roku raspravi o pravima i obvezama stečajnog dužnika i stečajnih vjerovnika.

Nadalje, kako je ZFPPN omogućio restrukturiranje dužnika, u stečajnom je postupku napuštena mogućnost financijskog restrukturiranja stečajnog dužnika, pa je vjerovnicima sada jedino omogućeno da se stečajnim planom prenese cjelokupna imovina dužnika na osobu koju će osnovati stečajni dužnik (tzv. prijenosni stečajni plan).²⁴ Provođenjem plana stečajnom dužniku se prije svega pruža neophodno vrijeme da stabilizira svoje poslovanje. Stoga novo–staro rješenje iz čl. 254 Konačnog prijedloga SZ s mnogobrojnim mjerama ekonomske, financijske, pravne i organizacijske prirode pruža daleko veći broj mogućnosti stečajnom dužniku izaći iz krize i namiriti svoje vjerovnike na prihvatljiv način. U svakom konkretnom slučaju treba pronaći najkvalitetniju mogućnost. Ponovnim uvođenjem mnogobrojnih opcija u svezi sa stečajnim planom zakonodavac priznaje propust iz 2012. koji je doktrina, zajedno s ZFPPN-om, već ocijenila kao „značajan korak unazad u razvoju hrvatskog stečajnog prava, a posebice instituta stečajnog plana“.²⁵

Nadalje, iako pozitivno hrvatsko pravo prilično kvalitetno definira elemente pojma povezanih društava,²⁶ mnogo je manji opseg suglasnosti s eu-

²⁴ NN, br. 133/12.

²⁵ Vidi opširnije, Garašić, J., *Stečajni plan nakon izmjena i dopuna Stečajnog zakona 2012*, u: *Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku – Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe, Liberamicorum* Mihajlo Dika, Zbornik radova u čast 70. rođendana prof. dr sc. Mihajla Dike (ur. Alan Uzelac, Jasnica Garašić, Aleksandra Maganić), Pravni Fakultet, Zagreb, 2013, str. 490.

²⁶ Tako Zakon o trgovačkim društvima (NN, br. 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12 i 68/13, čl. 473. etseq.) uređuje pitanje povezanih društava koja se mogu povezivati putem učešća u kapitalu, putem ugovora ili mješovito. Povezana društva obuhvaćaju jedno kontrolno (matično) i jedno ili više podređenih (zavisnih) društava. Osnovne karakteristike povezanih društava su ekonomska zavisnost, pravna samostalnost i jedinstvena uprava, a odnos ovisnosti nastaje u pravilu na temelju većinskog sudjelovanja vladajućeg društva u ovisnom društvu kroz utjecaj na

ropskim pravom praksa u vezi s ZFPPN-om koja ukazuje kako su dužnici nerijetko priznajući nepostojeće – fiktivne tražbine putem izravno ili neizravno povezanih trgovačkih društava u potpunosti obezvrijedili tražbine – imovinu stvarnih vjerovnika – pravnih i fizičkih osoba te Republike Hrvatske, jer se na strani dužnika i vjerovnika često nalazi „ista“ osoba, koja ima kontrolu nad nekoliko trgovačkih društava, u kojima su osnivači, članovi uprava ili direktori, odnosno putem udjela u društva u vlasništvu drugog društva te u stvarnosti ne postoji odnos dužnik–vjerovnik. Dakle, s obzirom na uvođenje novog modela stečajnog postupka, predstečajne nagodbe, bez istodobnog propisivanja položaja povezanih društava u pravnom sustavu otvorio se prostor za arbitrarnost u primjeni pravnih normi. Shvaćajući taj propust u ZFPPN-u, Konačni prijedlog SZ uvodi Glavu IX.a „Stečaj povezanih osoba“.²⁷

5. *Modus operandi* problema potrošačke prezaduženosti u hrvatskom pravu

Iako je zakonodavac u stalnim previranjima u pogledu implementacije adekvatnog modela insolventijskog postupka, pred njim je novi–stari zadatak recepcije instituta potrošačkog stečaja. Naime, kroz institut stečaja nad imovinom dužnik pojedinca (Glava VIII, čl. 197, 198 i 282–299 SZ) pristupili smo grupi država koje su shvatile neophodnost uvođenja potrošačkog stečaja, ali nisu imale „mogućnosti“ tu ideju provesti do kraja, već su stale na pola puta. Stoga doktrina pozitivno rješenje, do implementacije Zakona o stečaju potrošača, smatra „tranzicijskom“ kategorijom. Naime, za sada postoji samo Nacrt prijedloga Zakona o stečaju potrošača od veljače 2015. (dalje: Nacrt).²⁸

donošenje odluka. Vidi, Eraković, A., *Komentar Zakona o trgovačkim društvima sa sudskom praksom, napomenama, prilogima i abecednim kazalom pojmova*, Organizator, Zagreb, 2008, str. 593.

²⁷ Uredba Vijeća (EZ) broj 1346/2000 od 29. svibnja 2000. o insolventijskom postupku (u daljnjem tekstu: Uredba br. 1346/2000) Uredba Vijeća (EZ), br. 1346/2000. od 29. svibnja 2000. o insolventijskim postupcima, SL L 160, 30.6.2000. ne sadrži pojam povezanih društava (engl. *group of companies*), što znači da je to pitanje prepušteno nacionalnim zakonodavstvima i njihovoj stečajnoj praksi. Podrobnije, Paulus, C. G., *Group Insolvencies – Some Thoughts About New Approaches*, Texas International Law Journal, vol. 42, 2007, no. 1, str. 823. Ipak, Europska komisija je, zbog onemogućavanja zloupotreba i veće pravne sigurnosti krajem 2012. sastavila Prijedlog izmjena Uredbe o insolventijskim postupcima (dalje: Prijedlog), kojim je, između ostalog, djelomično uredila i materiju stečaja povezanih društava. European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation (EC) 1346/2000 on insolvency proceedings, Strasbourg, 12.12.2012, COM (2012), 012/0360 (COD), 744 final.

²⁸ Vidi, Polazne osnove za uvođenje instituta Osobnog bankrota, Ministarstvo pravosuđa, Zagreb, 2012, str. 1–6, te Nacrt Prijedloga iskaza o procjeni učinka propisa za pripremu Nacrta prijedloga Zakona o stečaju potrošača Ministarstvo pravosuđa, Zagreb, 2012, str. 1-5.

5.1. Osvrt na rješenja Nacrta

Pitanje uređenja instituta potrošačkog stečaja kao podvrste stečaja predstavlja jedno od najaktualnijih pitanja koje je predmet interesa pravne teorije i sudske prakse. U poredbenoj pravnoj praksi postoji veliki broj prijelaznih, kompromisnih rješenja, koja se zalažu za podjelu rizika između dužnika i vjerovnika. Međutim, iako u poredbenopravnim sustavima postoji nekoliko tzv. modela uređenja potrošačkog stečaja, moramo istaknuti kako je upravo njemačko insolventijsko zakonodavstvo, kao i u slučaju korporativnog stečaja, izvršilo jak utjecaj na formiranje instituta potrošačkog stečajnog zakonodavstva u RH. Štoviše, polazište za Nacrt je njemačko rješenje potrošačkog stečaja iz Insolventijskog zakona.

Proklamirani ciljevi postupka potrošačkog stečaja su sljedeći: (1) postupak stečaja potrošača provodi se radi ostvarenja skupnog i ravnomjernog namirenja vjerovnika postizanjem *sporazuma* između potrošača i vjerovnika o otplati preostalog duga ili unovčenjem potrošačeve imovine te (2) potrošaču pružiti mogućnost da se nakon protoka razdoblja provjere dobrog ponašanja oslobodi od preostalih obveza prema vjerovnicima (čl. 2 Nacrta).

Kako bi se rasteretili sudovi od velikog broja očekivanih postupaka, zakonodavac je predvidio dužnost predlagatelja da pokuša pokušati postići sporazum sa svojim vjerovnicima u izvansudskom postupku prije podnošenja prijedloga za otvaranje postupka stečaja potrošača nadležnom sudu (čl. 6–16 Nacrta). Prema riječima predlagatelja, Ministarstva pravosuđa Republike Hrvatske, izvansudski postupak se provodi pred savjetovalištima te je zamišljen kao jedna vrsta formalnog postupka kojem je svrha, osim svojevrsnog posredovanja među sudionicima postupka, prikupljanje svih relevantnih podataka o potraživanjima vjerovnika kao i o potrošačevoj imovini.

Ako se potrošač u navedenoj fazi postupka ne bi dogovorio sa vjerovnicima oko načina podmirenja postojećih tražbina, postupak bi se nastavio pred nadležnim općinskim sudom (čl. 28–49 Nacrta). Sud imenuje povjerenika koji u daljnjem tijeku postupka ima ključnu ulogu u razdiobi potrošačeve imovine te predstavlja poveznicu suda, potrošača i vjerovnika (čl. 20–24 Nacrta).

Pod pretpostavka da je ostalo nenamirenih potraživanja stečajnih vjerovnika potrošač se može osloboditi od svojih obveza prema stečajnim vjerovnicima koje su u stečajnom postupku ostale nenamirene podnošenjem prijedloga za oslobođenje od preostalih obveza. *Ratio* je zapljenivu imovinu u

određenom razdoblju dati na raspolaganje stečajnim vjerovnicima radi naplate preostalih tražbina (čl. 51–61 Nacrta).²⁹

6. Zaključna razmatranja ili (pozitivna) iskustva za bosanskohercegovačkog zakonodavca

Želeći se osvrnuti na dio grane prava, kao što je stečajnopravna regulativa te što u njoj najuočljivije obilježava bosanskohercegovačku normativu, tj. koji su njeni glavni smjerovi, utjecaji koje ona vrši, ali i trpi te njen „susret“ sa europskom pravnom mišlju³⁰ u davanju odgovora na tezu iz naslova prvi i nužan korak je „iscrtavanje“ pravnog okvira i problema.

Kada govorimo o stečajnim propisima, analizirajući članak III Ustava BiH (koji je prilog Općem okvirnom sporazumu za mir u Bosni i Hercegovini (tzv. Dejtonski sporazum) i koji je usvojen 1995,³¹ te koji BiH definira kao suverenu državu s decentraliziranom politikom i administrativnom strukturom, kao i s više nivoa političkog upravljanja), vidimo kako je on u cjelini posvećen nadležnostima i odnosima između državne i entitetske razine, a u točki dva istog članka pod naslovom „Nadležnosti entiteta“ utvrđuju se neka specifična prava entiteta, uz navođenje i njihovih obveza. To rezultira zaključkom da su statusni položaji pravnih subjekata, u što ulazi materija stečaja i likvidacije, u nadležnosti entiteta.³² Ovomu treba dodati i specifičnu ustavnopravnu poziciju Distrikta Brčko koji ima nadležnost da, kao i entiteti, uređuje status svojih poslovnih subjekata.³³

Nizom reformi, pravna regulacija iz područja stečaja usklađena je s stečajnom legislativom zapadnoeuropskih zemalja³⁴ te su stvoreni normativni

²⁹ Vidi, Garašić, J., *Kako zakonski regulirati „osobni stečaj“ u Hrvatskoj*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 61, 2011, no. 5, str. 1487–1514.

³⁰ Vidi Preporuka Komisije od 12.3.2014. o novom pristupu stečaju i nesolventnosti poduzeća.

³¹ Podrobnije, Steiner, C., N. Ademović, N., *Komentar Ustava Bosne i Hercegovine*, Konrad Adenauer Fondacija (izd.), Sarajevo, 2010.

³² Tako i podrobnije, Hogić, E., *Novine stečajnog zakona u Federaciji BiH* te Rajčević, M., *Zakonska regulativa stečaja ili likvidacije u Bosni i Hercegovini*, u: *Das Ohrider Symposium: Beiträge zur Reform des Insolven zrechtsinden Staaten Südosteuropas / Simpozijum u Ohridu: prilozi reformi stečajnog prava u zemljama južne Evrope / Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) (Hrsg.)*, Bremen: Edition Temmen, 2006, str. 73–77 i 93–103.

³³ Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, Modul 3 – Reorganizacija stečajnog dužnika, Sarajevo, 2007, str. 1–108.

³⁴ Primjerice, vidi Čolović, V., *Opšti pojmovi o međunarodnom stečaju (stečajnom postupku sa elementom inostranosti)*, Aktuelna pitanja stečajnog prava, Udruženje pravnik Republike Srpske, Banja Luka, 2008, str. 289–359.

preduvjeti za funkcionalizaciju stečajnopravne zaštite (kraće trajanje stečajnog postupka, veće namirenje tražbina vjerovnika te niže troškove postupka). Time je unaprijeđen pravni okvir u kojem posluju subjekti.³⁵

Iz praktične perspektive, iako je ostvaren određeni normativni i infrastrukturni napredak u domeni stečajnih propisa, doktrina upozorava kako je nužno učiniti vjerodostojnije napore. Osim toga, ako gledamo iz perspektive ekonomskih propisa u koje svakako spada i stečajna regulativa, u uvjetima svjetske financijske krize dodatno je važno omogućiti gospodarstvu učinkovitije pravne mehanizme za rješavanje posljedično nastalih problema u poslovanju. Stoga, iako je donošenjem relativno modernih stečajnih propisa u BiH znatno unaprijeđen stečajni postupak, doktrinarne analize govore kako je njegova dugogodišnja (ne)primjena ukazala na niz nedostataka. Štoviše, kako pravni sistem u BiH predstavlja najsloženiji i najdecentralizovaniji federalni sistem među današnjim europskim zemljama, rascjepkanost zakonskih rješenja vezanih za stečaj po entitetima i Brčko Distriktu te njihova raznolikost, kao i nepostojanje jasnijeg normativnog uređenja na razini države uvelike onemogućava smislenije reguliranje stečajnog postupka. Pored toga, iako pravni sustav ne čine samo propisi nego i način njihove primjene aneg-

³⁵ Koristeći svoje ustavne, a Distrikt Brčko i statutarne nadležnosti, ove političko-teritorijalne jedinice Bosne i Hercegovine donijele su zakonske propise kojima reguliraju materiju stečaja i likvidacije. U Republici Srpskoj donesen je Zakon o stečajnom postupku (Sl. glasnik Republike Srpske, br. 67/02, 72/02, 38/03, 96/03 i 68 /07 (67/13), kao i Zakon o likvidacionom postupku (Sl. glasnik Republike Srpske, br. 64/02). Zakone s istovjetnim nazivima donijela je i Federacija Bosne i Hercegovine (Zakon o stečajnom postupku i Zakon o likvidacionom postupku objavljeni su u Sl. novinama Federacije BiH, br. 29/03. Zakon o izmjenama Zakona o stečajnom postupku, Sl. novine Federacije BiH, br. 42/06). U Distriktu Brčko, za razliku od entitetskih propisa, donijet je zakon kojim se u jednom tekstu regulira materija stečaja, prinudnog poravnjanja i likvidacije (Zakon o stečaju, prinudnom poravnanju i likvidaciji, Sl. glasnik Distrikta Brčko, br. 1/02). Oni su koncepcijski istovjetni njemačkom Insolvenzijskom zakonu (*Insolvenzordnung*) iz 1999. Dakle, u tom smislu stečajni propisi, uz druge mjere, stvaraju dodatne poticaje, prije svega zaduženim gospodarskim subjektima, ali i vjerovnicima, da pravodobno pokrenu stečajni postupak, kako bi redefinirali svoje odnose i, kada je to moguće, očuvali poslovne aktivnosti, odnosno da kada nije moguće očuvati poslovanje, imovinu poduzeća u kratkom roku vrate u uporabu ne čekajući da tehnologija zastari i vrijednost znatno opadne. Iznimka je zakon Distrikta Brčko koji je koncepcijski blizak rješenjima Zakona o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji bivše SFRJ. U pogledu načina reorganizacije pravna teorija ukazuje da se pružaju različite mogućnosti organizacijske, pravne, financijske ili kadrovske prirode, tako da se u konkretnim situacijama može izabrati onaj model reorganizacije (likvidacijski, sanacijski ili prijenosni) koji najviše odgovara interesima vjerovnika. Ovi modeli bi trebalo da imaju prioritet u odnosu na stečajnu likvidaciju, jer predstavljaju najadekvatniji oblik zaštite pravnih i ekonomskih interesa stečajnih vjerovnika. Na taj način se postiže višestruka korist za sve subjekte, pa i za okoliš, na koje se odnosi plan reorganizacije. Podrobnije, Spasić, S., *Oblici reorganizacije stečajnog dužnika u stečajnom zakonodavstvu Republike Srbije*, str. 221–241, te Miljević, N., *Procedura usvajanja i potvrde stečajnog plana*, str. 251–257, Aktuelna pitanja stečajnog prava, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2008.

dotski dokazi³⁶ ukazuju da razlike nastaju i u tumačenju i primjeni sličnih ili čak istovjetnih pravnih odredaba.³⁷

Kada govorimo o Republici Srpskoj, Pravna služba za reviziju javnog sektora je napravila analizu stečajnih postupaka.³⁸ Analizu su nazvali „Stečajni postupci u Republici Srpskoj”. U sagledavanju problema funkcioniranja stečajnog sustava pokazna točka su bili pokazatelji učinkovitosti stečajnog postupka i to: (1) trajanja, (2) stupnja namirenja vjerovnika i (3) visine troškova provođenja stečajnog postupka. Ovi indikatori, koji predstavljaju ujedno i najbolji način praćenja ostvarenja ciljeva stečajnog postupka, ukazuju na to da stečajni postupci nisu ispunili svoje ciljeve. Naime, posljedice okončanih stečajnih postupaka nisu u funkciji zadanih ciljeva, namjera i opredjeljenja zakonodavca, onih naznačenih u zadnjim izmjenama stečajnih propisa. Više od polovice stečajnih postupaka se zaključi zbog nedostatne stečajne mase, tj. bez podjele sredstava vjerovnicima. Vjerovnici u stečajnim postupcima nisu naplatili najveći dio svojih potraživanja. Najčešći i najveći vjerovnici u stečajnim postupcima su institucije države, koje paradoksalno imaju najmanji stupanj naplate. Problem je što ovakvi rezultati stečajnih postupaka imaju značajne posljedice na proračun koji je ostao uskraćen za stotine milijuna kuna. Nadalje, stečajni postupci se ne pokreću u zakonom predviđenim rokovima ili se uopće ne pokreću. Nepravovremeno pokretanje stečajnih postupaka u vezi je s nezainteresiranošću vjerovnika i dužnika, nepredujmljenim troškovima prethodnog postupka i neuređenoj dokumentaciji za podnošenje prijedloga za pokretanje stečajnog postupka. Vrijeme trajanja postupka duže je od predviđenih rokova i uvjetovano je pravovremenošću pokretanja, načinom zaključenja i kompliciranošću postupka. Najduže su trajali stečajni postupci zaključeni diobom stečajne mase ili stečajnim planom. Neriješeni imovinskopravni odnosi, neuspješne prodaje imovine, proceduralno manipuliranje žalbenim mogućnostima i prateći parnični postupci bili su među glavnim uzrocima duljine postupaka. Dužina platežne nesposobnosti i prekoračenja rokova koji su s tim u vezi, također nisu u funkciji ispunjenja definiranih

³⁶ U BiH postoji centralna baza podataka sudske prakse. Ipak, navedena baza podataka dostupna je samo sucima, državnim tužiocima i sudskim suradnicima, bez pristupa drugim pravnim stručnjacima.

³⁷ Vidi, Evropska komisija za demokratiju kroz pravo (Venecijanska komisija), Mišljenje o pravnoj sigurnosti i nezavisnosti pravosuđa u Bosni i Hercegovini, Usvojila Venecijanska komisija na 91. plenarnoj sjednici (Venecija, 15–16.06.2012). Strasbourg, 18.6.2012, Mišljenje br. 648/11, str. 8.

³⁸ Pravna Služba za reviziju javnog sektora (2012). Izvještaj revizije učinaka – Stečajni postupci u Republici Srpskoj, Banja Luka, br. 002-11, 1–61. Isto vidi, Popović, Vitomir, *Novine u stečajnom pravu Republike Srpske*, Zbornik radova – Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Mostar, br. 13. 2015, str. 6–14.

ciljeva. Nepravovremenim pokretanjem stečajnog postupka propušta se prilika da se sačuva aktiva poduzeća, što je preduvjet većeg stupnja namirenja vjerovnika. Troškovi stečajnog postupka značajno variraju i u strukturi su se kretali i do 90% prihoda. Visoko učešće troškova u ukupno ostvarenim prihodima u stečaju u vezi je s trajanjem postupka, visinama naknada i brojem osoba angažiranih u stečajnom postupku te brojem pratećih parničnih postupaka. Dakle, **rezultati su pokazali kako indikatori nisu zadovoljavajući.**

Slična analiza je napravljena i od strane ovlaštenih tijela u RH. Naime, u Ministarstvu financija Republike Hrvatske (dalje: MF) napravili su analizu rezultata predstečajnih nagodbi u razdoblju od 1.10.2012. – 31.3.2014. Analizu su nazvali „Učinci predstečajnih nagodbi”. Ipak, navedena statistika MF ne otkriva najvažnije: kako sklopljene predstečajne nagodbe funkcioniraju u praksi, vrlo konkretno je li dužnik uredno ispunjava preuzete obveze prema vjerovnicima te je li, ako preuzete obveze ne izvršava, nad njim pokrenut stečajni postupak kao krajnja mjera u kojoj više nema šanse za novi početak. Osim toga, u MF iznose podatke samo za „velike“ poduzetnike, dok šute o „srednjim“ i „malim“ poduzetnicima pa ostaje nejasno je li spašavanje „velikih“ poduzetnika utjecalo na potonuće „srednjih“ i „malih“ poduzetnika. Podatak o troškovima upravitelja u svakoj analizi insolventijskih postupaka je relevantan podatak pod uvjetom da se radi o jednakoj razini prava i obveza upravitelja u stečajnom postupku i u postupku predstečajne nagodbe. Kako razina odgovornosti nije jednaka, onda troškovi upravitelja nisu mjerilo uspjeha postupka te nisu relevantni. Međutim, iako su pomaci evidentni, prije svega u pogledu primjene instituta predstečajne nagodbe, predstečajna nagodba u RH, posebno u slučaju malih i srednjih društava je mehanizam koji nije naročito efikasan. Štoviše, u zavisnosti od trenutka potvrđivanja plana, već nakon jedne ili dvije godine od početka primjene usvojenih planova, može doći do neispunjenja mjera reorganizacije. Treba imati u vidu da je najveći broj planova tek počeo provoditi te kako će se problemi u pogledu ispunjavanja planom predviđenih obveza javiti tek u drugoj ili trećoj godini. **Dakle, rezultati također nisu zadovoljavajući, što potvrđuje i donošenje novog SZ i stavljanje postupka predstečajne nagodbe izvan snage.**

Ipak neovisno o rečenom, iako možemo tvrditi kako hrvatski stečajni propisi i kao i stečajni propisi Republike Srpske predstavljaju ozbiljan pomak u ovoj etapi razvoja gospodarstva, naročito kao *conditio sine qua non* temeljitog i potrebitog restrukturiranja postojećeg realnog sektora, smatramo kako je pristup problemu reforme stečajnog zakonodavstva jednostran i bez sveobuhvatne slike o stanju, uzrocima i posljedicama koje iz takve reforme mogu

proizaći. Istina je kako statistički podaci mogu osigurati, za naše potrebe, neke smjernice za potrebu daljnje reforme. Međutim, sasvim je očito kako se učinkovitost ne može mjeriti isključivo po broju pokrenutih insolventnijskih postupaka. Dakle, mora se priznati da statistički podaci, koji su sada dostupni, prikazuju obično samo pola istine – otkrivaju broj i vrstu podnesaka, ali ne govore ništa o neuspjehu pregovora o spašavanju, utjecaju insolventnosti na treće osobe ili pojedinih zajednica ili dugoročan uspjeh ili neuspjeh stečajnih planova. U konačnici, iako hrvatski zakonodavac donošenjem novog SZ prati globalne trendove te isti može poslužiti kao normativa podloga za eventualno poboljšanje stečajnih propisa u Republici Srpskoj, smatramo kako su pripreme za primjenu adekvatnog stečajnog zakonodavstva relativno kasno donesene budući da se razlozi neučinkovitosti stečajne procedure ne mogu ograničiti samo na adekvatan ili neadekvatan normativni okvir, već su znatno širi. Razlog tome je okruženje relevantno za primjenu SZ-a, a to je ovršni postupak i njegovo unapređenje,³⁹ a li djelotvornost i učinkovitost pravosuđa. Stečaj predstavlja, između ostalog, mehanizam zaštite dužnika, a u uvjetima u kojima je dužnik i te kako dobro zaštićen lošim rješenjima, primjerice, ovršnog postupka, on nema poticaj tražiti stečajnu zaštitu.

S druge strane, kada govorimo o potrošačkom stečaju nesumnjivo je da u BiH postoji potreba za navedenim institutom. Kako pripadamo kontinentalnoj školi prava zasnovanoj, prvotno, na recepciji rimskog prava, a kasnije njemačkog prava, doktrina ukazuje kako je smislena orijentacija na postojećem njemačkom potrošačko-insolventnijskom modelu svakako pravno opravdana iz razloga što se na taj način omogućuje korištenje strane sudske prakse i stručne literature kao pomoćnog sredstva u rješavanju problema koji će se javljati u primjeni zakona. Ipak, opravdano je pitanje – je li problem apsolutnog siromaštva (u) BiH najoptimalnije rješavati kroz institute stečajnog prava?

³⁹ Uzelać, A., Rad naručen od Saveta Evrope DG-HL/CG/GM/EKO/nka, PO Nr. 312883. Ekspertiza je obavljena u sklopu projekta „Uklanjanje prepreka na putu neizvršenja presuda domaćih sudova / obezbeđivanja delotvorne primene presuda domaćih sudova“ koji finansira Trast fond za ljudska prava, Nacrt Zakona o izvršenju i obezbeđenju Republike Srbije, komentari o usklađenosti sa zahtevima Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, 2010. te Zoroska-Kamilovska, T., *Reforme sistema izvršenja u državama regiona – konceptualne sličnosti i razlike, kontroverze i dileme*, Zbornik radova – Harmonizacija građanskog prava u regionu, 2013, str. 447–477.

LITERATURA

1. Amdursky, R. S., *The 1988 Municipal Bankruptcy Amendments: History, Purposes, and Effects*, *The Urban Lawyer*, vol. 22, 1990, no. 4, str. 2.
2. Bodul, D., et. al., *Novosti i problemi u provedbi stečajnog zakonodavstva u Republici Hrvatskoj*, *Ekonomski pregled*, vol. 65, 2014, br. 4, str. 318–351.
3. Bodul, D., et. al., *O načelu socijalnog postupanja u stečajnom postupku s naglaskom na prava radnika*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 34, 2013, no. 1, str. 525–560.
4. Bodul, D., et. al., *O položaju nagodbenog vijeća u postupcima predstečajne nagodbe iz perspektive čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 34, 2013, br. 1, str. 471–489.
5. Čokić, M., *Indicije za uvođenje prepack instituta u stečajno zakonodavstvo Bosne i Hercegovine – sa osvrtom na pravo Republike Srbije*, *Strani pravni život*, 2011, br. 2, str. 285–295.
6. Čolović, V., *Opšti pojmovi o međunarodnom stečaju (stečajnom postupku sa elementom inostranosti)*, *Aktuelna pitanja stečajnog prava*, *Udruženje pravnika Republike Srpske*, Banja Luka, 2008, str. 289–359.
7. Čolović, V., *Osnovne karakteristike i pravna priroda prepack reorganizacije (unapred pripremljenog plana reorganizacije) u zakonodavstvu Srbije sa osvrtom na odnos stečajnog postupka i postupka reorganizacije*, *Godišnjak fakulteta pravnih nauka*, Banja Luka, vol. 3, 2013, br. 3, str. 101–117.
8. Dika, M., *Insolventijsko pravo*, *Pravni fakultet*, Zagreb, 1998.
9. Dika, M., *Predstečajna nagodba: pretpostavke, pokretanje, tijela, sudionici, provedba postupka, učinci, stavljanje izvan snage*, u: *Savjetovanje o Zakonu o financijskom restrukturiranju i predstečajnoj nagodbi*, *Organizator*, Zagreb, 2012, Crnić, I., (ur.), str. 55.
10. Eraković, A., *Komentar Zakona o trgovačkim društvima sa sudskom praksom, napomenama, priložima i abecednim kazalom pojmova*, *Organizator*, Zagreb, 2008, str. 593.
11. Eraković, A., *Stečajni zakon s komentarom i primjerima*, *Zagreb, Računovodstvo, revizija i financije Plus*, 1997. Sajter, D., *Ekonomski aspekti stečaja i restrukturiranja u stečaju*, *Osijek, Ekonomski fakultet*, 2008.
12. *Evropska komisija za demokratiju kroz pravo (Venecijanska komisija), Mišljenje o pravnoj sigurnosti i nezavisnosti pravosuđa u Bosni i Her-*

- cegovini, Usvojila Venecijanska komisija na 91. plenarnoj sjednici (Venecija, 15–16.06.2012). Strasbourg, 18.6.2012, Mišljenje br. 648/11, str. 8.
13. Garašić, J., *Kako zakonski regulirati „osobni stečaj“ u Hrvatskoj*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 61, 2011, no. 5, str. 1487–1514.
 14. Garašić, J., *Stečajni plan nakon izmjena i dopuna Stečajnog zakona 2012*, u: Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku – Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe, *Liberamicorum* Mihajlo Dika, Zbornik radova u čast 70. rođendana prof. dr sc. Mihajla Dike (ur. Alan Uzelac, Jasnica Garašić, Aleksandra Maganić), Pravni Fakultet, Zagreb, 2013, str. 490.
 15. Hogić, E., *Novine stečajnog zakona u Federaciji BiH*, u: Das Ohrider Symposium: Beiträge zur Reform des Insolvenzrechts in den Staaten Südosteuropas / Simpozijum u Ohridu: prilozi reformi stečajnog prava u zemljama južne Evrope / Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) (Hrsg.), Bremen: Edition Temmen, 2006, str. 73–77.
 16. Jurković, P., *Financijske teme i dileme – Doprinis raspravi o financijskim reformama u zemljama u tranziciji*, Ekonomski fakultet Zagreb i Mikrorad, Zagreb, 2006, str. 195.
 17. Materijali s Nacionalnog vijeća za praćenje provedbe Strategije suzbijanja korupcije u Hrvatskom saboru na temu: „Koruptogenost i zloupotrebljivost pravnog uređenja instituta predstečajne nagodbe“, sjednica održana dana 25.2.2014.
 18. Miljević, N., *Procedura usvajanja i potvrde stečajnog plana*, Aktuelna pitanja stečajnog prava, Udruženje pravnikâ Republike Srpske, Banja Luka, 2008, str. 251–257.
 19. Nacrt Prijedloga iskaza o procjeni učinka propisa za pripremu Nacrta prijedloga Zakona o stečaju potrošača, Ministarstvo pravosuđa, Zagreb, 2012, str. 1–5.
 20. Nikolić, N., Prepack: *Američko i srpsko rešenje*, Pravo i privreda, vol. 49, 2011, br. 1–3, str. 92.
 21. Paulus, C. G., *Germany: Lessons to Learn from the Implementation of a New Insolvency Code*, Connecticut Journal of International Law, vol. 17, 2001, no. 1, str. 89. etseq.
 22. Paulus, C. G., *Group Insolvencies – Some Thoughts About New Approaches*, Texas International Law Journal, vol. 42, 2007, no. 1, str. 823.

23. Polazne osnove za uvođenje instituta Osobnog bankrota, Ministarstvo pravosuđa, Zagreb, 2012, str. 1–6.
24. Popović, Vitomir, *Novine u stečajnom pravu Republike Srpske*, Zbornik radova – Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Mostar, br. 13, 2015, str. 6–14.
25. Pravna Služba za reviziju javnog sektora, (2012). Izvještaj revizije učinaka – Stečajni postupci u Republici Srpskoj, Banja Luka, br. 002-11, 1–61.
26. Preporuka Komisije od 12.3.2014. o novom pristupu stečaju i nesolventnosti poduzeća.
27. Rajčević, M., *Zakonska regulativa stečaja ili likvidacije u Bosni i Hercegovini*, u: Das Ohrider Symposium: Beiträge zur Reform des Insolvenzrechts in den Staaten Südosteuropas / Simpozijum u Ohridu: prilozi reformi stečajnog prava u zemljama južne Evrope / Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) (Hrsg.), Bremen: Edition Temmen, 2006, str. 93–103.
28. Sajter, D., *Procedura i praksa restrukturiranja u stečaju u Republici Hrvatskoj*, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 47, 2010, no. 1, str. 742.
29. Sajter, D., *Regionalna indiciranost stečajeva u Republici Hrvatskoj*, Ekonomski vjesnik, Ekonomski fakultet u Osijeku, br. 1 i 2, 2007, str. 31–42.
30. SPasić, S., *Oblici reorganizacije stečajnog dužnika u stečajnom zakonodavstvu Republike Srbije*, str. 221–241.
31. Spasić, S., *Prepack kao šansa za srpsku privredu*, Pravo i privreda, 2010, br. 7–9, str. 243–257.
32. Steiner, C., N. Ademović, N., *Komentar Ustava Bosne i Hercegovine*, Konrad Adenauer Fondacija (izd.), Sarajevo, 2010.
33. Šimundić, Mladen, *Stečajni postupak u praksi*, dostupno na: www.sudacka-mreza.hr, (12.2.2015), str. 1–27.
34. Šverko Grdić, Z.; Radolović, J. i Bagarić, L., *Solventnost poduzeća u Republici Hrvatskoj i u Europskoj uniji*, Ekonomski pregled, vol. 60, 2009, no. 5–6, str. 250. etseq.
35. Uzelac, A., Rad naručen od Saveta Evrope DG-HL/CG/GM/EKO/nka, PO Nr. 312883, Ekspertiza je obavljena u sklopu projekta „Uklanjanje prepreka na putu neizvršenja presuda domaćih sudova / obezbeđivanja delotvorne primene presuda domaćih sudova“ koji finansira Trast fond

- za ljudska prava, Nacrt Zakona o izvršenju i obezbeđenju Republike Srbije, komentari o usklađenosti sa zahtevima Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, 2010.
36. Vilašević, M., *Predstečajna nagodba – Mogućnosti u Bosni i Hercegovini*, Nova pravna revija, Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, 2014, br. 1, str. 72.
 37. Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, Modul 3 – Reorganizacija stečajnog dužnika, Sarajevo, 2007, str. 1–108.
 38. Warren, Elizabeth, Westbrook, J. L., *The Success of Chapter 11: A Challenge to the Critics*, Michigan Law Review, vol. 107, 2009, str. 603, 606.
 39. Zoroska-Kamilovska, T., *Reforme sistema izvršenja u državama regiona – konceptualne sličnosti i razlike, kontroverze i dileme*, Zbornik radova – Harmonizacija građanskog prava u regionu, 2013, str. 447–477.
 40. *Bassani protiv Italije*, presuda, 11. prosinca 2003, br. 47778/99.
 41. *Capital Bank AD protiv Bugarske*, presuda, 24. studeni 2005, br. 49429/99.
 42. *Ceteroni protiv Italije*, presuda, 15. studeni 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-V.
 43. *Interfinaand Christian della Faillied’Huysse protiv Belgije*, odluka, 4. svibnja 1987, br. 11101/84.
 44. *Philis protiv Grčke*, presuda, 27. kolovoza 1991, Serija A, br. 209, str. 20, st. 59.
 45. *S.p.r.l. ANCA and Others protiv Belgije*, odluka, 10. prosinca 1984, Decisions and Reports 40.
 46. *Stran Greek Refineries i Stratis Andreadis protiv Grčke*, presuda, 9. prosinca 1994, Serija A, br. 301-B.
 47. *Sukobljević protiv Hrvatske*, presuda, 2. studeni 2006, br. 5129/03.
 48. (Europska) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN-MU, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06 i 2/10 – dalje: Konvencija.
 49. An Act to Amend an Act Entitled An Act to Establish A Uniform System of Bankruptcy Through out the United States approved July 1, 1898. Acts Amendatory there of and Supplementary thereto, Pub. L. No. 251, 73d Cong., 2d Sess., 48 Stat. 798 (1934).
 50. Bankruptcy Code, Pub. L. 113-86 (izuzev 113-79). Dostupno na mrežnim stranicama Cornell Law University: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/> (12.03.2015), §§ 1101–1174.
 51. European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parlia-

- ment and of the Council amending Council Regulation (EC) 1346/2000 on in solvency proceedings, Strasbourg, 12.12.2012., COM (2012), 012/0360 (COD), 744 final.
52. Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I str. 2866), die zuletzt durch Artikel 19 des Gesetzes vom 20. Dezember 2011 (BGBl. I str. 2854) geändert worden ist.
 53. Stečajni zakon, NN, br. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12 i 45/13 – dalje: SZ.
 54. Uredba Vijeća (EZ) broj 1346/2000 od 29. svibnja 2000. o insolventnom postupku (u daljnjem tekstu: Uredba br. 1346/2000) Uredba Vijeća (EZ), br. 1346/2000. od 29. svibnja 2000. o insolventnim postupcima, SL L 160, 30.06.2000.
 55. Zakon o likvidacionom postupku, Sl. glasnik Republike Srpske, br. 64/02.
 56. Zakon o stečajnom postupku i Zakon o likvidacionom postupku, Sl. novinama Federacije BiH, br. 29/03 Zakon o izmjenama Zakona o stečajnom postupku, Sl. novine Federacije BiH, br. 42/06.
 57. Zakon o stečajnom postupku, Sl. glasnik Republike Srpske, br. 67/02, 72/02, 38/03, 96/03, 68/07, 12/10 i 16/10 /67/13/
 58. Zakon o stečaju, prinudnom poravnanju i likvidaciji, Sl. glasnik Distrikta Brčko, br. 1/02.
 59. Zakon o trgovačkim društvima (NN, br. 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12 i 68/13, čl. 473.
 60. Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, NN, br. 108/12, 144/12, 81/13 i 112/13 – dalje: ZFPPN.
 61. *Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju*, Ur. l. RS, št. 13/14. – *uradno prečiščeno besedilo*.
 62. Zakon o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji, NN, br. 53/91 i 54/94.

Mirela Čokić, PhD
Associate Professor
Faculty of Law, University in Tuzla

Dejan Bodul, PhD
Senior Teaching Assistant
Department for Civil Procedure Law
Faculty of Law, University in Rijeka

**TOWARDS NEW TOPOGRAPHY OF CROATIAN CORPORATIVE
AND CONSUMER BANKRUPTCY LAW**

– (positive) solutions for Bosnia and Herzegovina legislator? –

Summary

If we observe the branch of law, such as bankruptcy legislation, and its marks in the Bosnian and Herzegovinian legislation, ie, what are the main directions and its “encounters” with the European law in responding to the thesis of the title, first and necessary step is to address the legal framework and problems.

Speaking of bankruptcy regulations and analyzing Article III of the Constitution, (which is a contribution to the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina (ie. The Dayton Agreement) and which was adopted in 1995 and which defines BiH as a sovereign state with a decentralized policy and administrative structure, as well as multiple levels of political management), we see how he is devoted entirely to the competences and relations between the state and entity levels. Item two of the same article, entitled “Responsibilities of the Entities” determines specific commitments of the Entity. This results in a conclusion that the positions of legal subjects, in which enters the matter of bankruptcy and liquidation, are in the competence of the Entities. It should be added that the specific constitutional position of Brčko District, which has the authority to, as well as entities, regulate the status of their business subjects.

In a series of reforms, legal regulation in the field of bankruptcy complies with bankruptcy legislation of western European countries and creates

the normative preconditions for operationalization of bankruptcy - law protection (the shorter duration of the bankruptcy proceedings, the greater satisfaction of creditors' claims and lower costs of proceedings). This has in creased the legal framework in which business entities operates.

From a practical perspective, although there was a certain normative and infrastructural progress in the field of bankruptcy legislation, doctrine warns that it is necessary to make more credible efforts. More over, if we look from the perspective of economic regulations which also incorporates the bankruptcy legislation, in the time of global financial crisis it is important to create for the economy more efficient legal mechanisms that are capable to address potential problems in business. Therefore, although the adoption of a relatively modern bankruptcy rules in BiH has significantly improved the bankruptcy process, doctrinal analysis are stating that its long-time(non) application pointed to a number of short comings. More over, as the legal system in BiH is the most complex and most decentralized federal system among today's European countries, the fragmentation of legislation related to bankruptcy by the entities and the Brcko District and their diversity, as well as the lack of clarity of normative development at the state level, greatly hinders meaningful regulation of the bankruptcy proceedings. In addition, although the legal system is not represented only by its legal norm, but also by it applications, an ecdotal evidence suggests that differences arise in the interpretation and application of similar or even identical legal provisions.

When talking about the Republic of Srpska, Legal Office for Public Sector analyzed the bankruptcy proceedings. Analysis called "Bankruptcy proceedings in the Republic of Srpska". In view of the problem of functioning of bankruptcy system, demonstration point were indicators of effectiveness of the bankruptcy proceedings, as follows: (1) the duration, (2) the degree of satisfaction of creditors and (3) cost of conducting bankruptcy proceedings. These indicators, which are also the best way of monitoring the achievement of objectives of the bankruptcy proceedings, indicates that bankruptcy proceedings have not met their goals. The consequences of completed bankruptcy procedures are not operational goals, intention and commitment of the legislator, as those indicated in the latest amendments of bankruptcy rules. More than half of the insolvency proceedings are terminated due to the inefficient bankruptcy estate, ie, without the distribution of funds to creditors. Creditors in the bankruptcy proceedings are not compensated for most of their claims. The most common and biggest creditors in bankruptcy proceedings are the institutions of the state, which paradoxically have a minimum level of compen-

sation. The problems are that these results of bankruptcy proceedings have considerable implications for the budget, which was deprived of hundreds of million. Further more, bankruptcy proceedings are not initiated within legal time limits or are not initiated at all. The non-initiation of bankruptcy proceedings is in connection with the lack of interest of creditors and debtors, non paid in advance costs of preliminary proceedings and unregulated documentation for proposals for initiation of bankruptcy proceedings. The duration of the procedure is longer than initially planned. Unresolved property relations, the unsuccessful sale of assets, procedural manipulation of the appeal possibilities and the accompanying civil proceedings were among the main causes of the length of proceedings. Length insolvencies and exceeding deadlines in this regard, too, are not in the function of fulfilling the defined objectives. Untimely initiating bankruptcy proceedings missed an opportunity to preserve assets of the company, which is a prerequisite for a higher degree of satisfaction of creditors. Costs of bankruptcy proceedings vary considerably in structure ranged up to 90% of revenue. The high share of the cost of total revenues in bankruptcy is related to the duration of the proceedings, the fee amount and the number of persons involved in the bankruptcy proceedings and the number of supporting civil proceedings. Thus, the results showed that the indicators are not satisfactory.

A similar analysis has been made by the authorized bodies in Croatia. Namely, the Croatian Ministry of Finance (hereinafter: MF) made an analysis of the results of the pre-bankruptcy settlement in the period from 03.31.2014 – 1.10.2012. The analysis was called “The effects of the pre-bankruptcy settlement”. Yet those statistics do not reveal the most important fact: how concluded pre-bankruptcy settlement work in practice. In addition, the MF informed public only for the “large” businesses, while keeping quiet about the “middle” and “small” entrepreneurs. However, although progress has been evident, especially in regard to the application of the institution of the pre-settlement, the pre-settlement in Croatia, especially in the case of small and medium-sized companies is a mechanism that is not very efficient. Moreover, depending on the time of the confirmation of the plan, after one or two years from the beginning of the implementation, adopted plans could result in failure to meet the measures of reorganization. Thus, the results are also not satisfactory, and it is obvious by the adoption of the new Bankruptcy Code and by abolishing the pre-settlement procedure.

Yet regardless of the aforesaid, we can claim that Croatian bankruptcy laws and regulations as well as the bankruptcy laws of the Republic of Srp-

ska represent serious progress in this stage of development of the economy, particularly as a *conditio sine qua non* of restructuring of the existing real sector, and we believe that the approach to the reform of bankruptcy legislation is unilateral and without a comprehensive picture about the state, causes and consequences of such reforms that may arise. It is true that statistics can provide for our needs, some guidance on the need for further reform. But however it is quite obvious that the effectiveness can not be measured solely by the number of running procedures. Therefore, it must be recognized that the statistical data that are now available, show usually only half the truth - reveal the number and type of submissions, but say nothing about the failure of negotiations on the rescue, the impact of the insolvency of the third party or individual community or long-term success or failure of bankruptcy plans. Finally, although the Croatian legislator is adopting the new BC, and the same can serve as anormative basis for the possible improvement of bankruptcy legislation in the Republic of Srpska, we believe that the preparations for the implementation of adequate bankruptcy legislation are made relatively late because the reasons for the inefficiency of the bankruptcy procedures may not be restricted only to adequate or in adequate regulatory framework, but are much wider. Bankruptcy represents, among other things, a mechanism of protection of the debtor, and the conditions in which the debtor is well protected by the bad legislative solutions, such as the enforcement proceedings, he has no incentive to seek bankruptcy protection.

On the other hand, when we talk about consumer bankruptcy there is no doubt that in BiH there is a need for the said institute. As we are members of the continental school of law based, initially, on the Roman law, and later on German law, the doctrine indicates that a meaningful orientation to the existing German consumer in solvency model is the right way because it allows the use of foreign case law and literature as models in solving problems that will arise in the application of the law. Yet it is reasonable to question - whether the problem of absolute poverty (in) BiH should be addressed through institutes of bankruptcy law?

ФАКТОРИНГ КАО ПРАВНИ ПОСАО У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Др Драгица Ристић*

Анстракт: Факторинг је савремени правни посао који је понудила пословна пракса као алтернативни начин обезбјеђења финансијских средстава, путем откупа краткорочних потраживања. Инструмент реализације овог правног посла је уговор о факторингу о коме не постоји јединствен став у правној теорији и регулативи појединих држава у погледу његовог појмовног и правног одређења. У овом раду се анализира постојећи правни оквир за одвијање факторинга у РС и БиХ. Полазећи од специфичне конструкције и различитих врста уговора о факторингу, настоји се дати одговор на питање унапређења факторинг послова и постојећег правног оквира увођењем посебних правила у већ постојећи ЗОО или доношењем посебног прописа којим би се регулисао овај правни посао, статусна питања факторинг друштава и уобзирила рјешења о откупу потраживања дата у међународним конвенцијама. Константује се да су развоју факторинга препрека бројна ограничења и скривени трошкови који произилазе из правног окружења, те се наглашава да је правно окружење факторинга од кључног значаја за уштеду трошкова ове трансакције и побољшање сигурности учесника у овим пословима.

Кључне ријечи: факторинг, уговор о факторингу, финансирање, ликвидност, правно окружење, откуп потраживања, цесија, *del credere* ризик.

* Директор Привредне коморе Републике Српске.

Увод

Потешкоће у финансирању пословних субјеката у националним и међународним оквирима које се очито на класичан начин (путем банкарских кредита) нису могле ријешити, покушавају се превазићи увођењем нових метода, техника и правних послова, а један од таквих је и факторинг. Његов промет на глобалном нивоу је 1997. године износио 557 милијарди евра, а у 2014. години достигао је 2,23 билиона евра.

Предности факторинга у односу на остале изворе финансирања су вишеструке. Посебно је погодан за мала и средња предузећа која имају ограничене стручне и административне капацитете, а факторинг нуди цјеловиту услугу која у себи садржи: финансирање, осигурање потраживања и управљање потраживањима.

Па, иако су недостатак финансијских средстава, велика задуженост и изражена неликвидност горући проблеми и наше привреде, факторинг послови су у Републици Српској и Босни и Херцеговини у самом зачетку. Разлози за то су вишеструки, прије свега економски, али и постојећа ограничења у правној регулативи у БиХ и Републици Српској.

1. Појам, настанак и развој факторинг послова

Факторинг данас представља значајан начин финансирања, како великих корпорација, тако и малих и средњих предузећа, који се заснива на откупу потраживања продавцу по основу продате робе купцу. Факторинг је посао чију суштину представља исплата клијенту његових потраживања према трећим лицима, наплата тих потраживања од трећих лица и вршење других, са овим повезаних, услуга у робном и новчаном промету уз накнаду.¹

Инструмент реализације правног посла факторинга је уговор о факторингу, о коме не постоји јединствен став у правној теорији и законодавствима појединих држава када је у питању његово терминолошко, појмовно и правно одређење. Већина правних теоретичара даје опште дефиниције овог уговора, јер је прецизно правно дефинисање

¹ Милош Трифковић, *Међународно пословно право* и Сађин Омановић, *Арбитраже*, Економски факултет Универзитета у Сарајеву 2001, 359.

не само тешко, већ и непрактично, због веома сложене уговорне и својинскоправне структуре овог правног посла².

Дефиниција уговора о факторингу у различитим земљама зависи од правног концепта, културе пословања, комерцијално-финансијских потреба одређеног тржишта и слично.

Како ће се појмовно одредити факторинг зависи од тога како и из ког угла се овај правни посао посматра: да ли првенствено са економског (привредног) становишта, или се примарно анализирају његове уговорне (правне) карактеристике.

Уговор о факторингу (енгл. factoring contract, њем. Factoringvertrag) је, дакле, правни посао у коме се клијент обавезује да на фактора пренесе постојећа или будућа доспјела или недоспјела потраживања, која има према трећим лицима из закључених уговора о продаји робе и вршењу услуга, а фактор се обавезује да пренесена потраживања прихвати ако га задовољава платежна способност клијентових дужника, с обавјештавањем (нотификацијом) или без обавјештавања дужника о том преносу, да преузета потраживања уз провизију наплати, те да, уколико је то уговорено, клијенту гарантује наплату, кредитира клијента, као и да за клијента врши рачуноводствене и друге услуге у вези са пренесеним потраживањем³.

Па, иако при одређивању појма уговора о факторингу правни теоретичари имају различит приступ и не постоји јединствена дефиниција овог уговора, по питању елемената који чине факторинг посао, постоји готово заједнички став. Међутим, значајније разлике постоје када је у питању тумачење правне природе института, који су саставни дио сваког факторинг односа.

Правни аспект овог правног посла чини уговор о факторингу са својим специфичним уговорним особинама. Уговор о факторингу је уговор мјешовите природе (мјешовити уговор), који у себи обухвата елементе више уговора, а прије свега уговора о цесији и уговора о кредиту, уговора о гаранцији, те уговора о дјелу. Овај уговор спада у неимено-

² Види Милош Трифковић, *Међународно пословно право* и Саџин Омановић, *Арбитраже*, Економски факултет Универзитета у Сарајеву 2001, 359; М. Васиљевић, *Пословно право*, Удружење правника у привреди Србије и Црне Горе, Београд 2004, осмо издање, 732; Марко Рајчевић, *Пословно право*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2007, 326–327; Мирко Васиљевић, *Пословно право*, Правни факултет Универзитета у Београду 2001, 749; те Илија Зиндовић, *Правна природа и односи из уговора о факторингу*, Правни факултет Универзитета, Привредна академија у Новом Саду УДК:347.7, 2011.

³ Дефиниција је преузета из *Рјечника трговачког права* у издању Masmedia, <http://www.proz.com/>

ване, двострано обавезне уговоре, формалне уговоре, теретне уговоре, уговоре са трајним престацијама (успоставља се трајни правни однос између уговорних страна), уговоре по приступу, те уговоре за које је битан однос повјерења – уговоре *intuitu personae*.

Економски аспект чине функције факторинга (финансирање, осигурање наплате и управљање потраживањем), а у најбаналнијем смислу могао би се описати као откуп недоспјелог потраживања од привредног друштва, чиме се неликвидна актива тог друштва претвара у ликвидну.

Овај савремени правни посао је у условима отежаног финансирања понудила пословна пракса као алтернативни начин обезбјеђења финансијских средстава, али његови коријени сежу далеко у доба трговачке праксе старог вијека.

Тако неки теоретичари сматрају да се исти јавља у XVII вијеку прије нове ере, у Вавилону, у вријеме важења Хамурабијевог законика⁴, када су поједини произвођачи ангажовали агенте да им помажу у вези са продајом робе и наплатом цијене, док други пак његово поријекло доводе у везу са Римском империјом⁵. Факторинг је доста коришћен у Енглеској у XIV вијеку, гдје се развио са јачањем индустрије вуне, обезбјеђујући произвођачима складиштење и продају робе. Готово сви правни теоретичари се, међутим, слажу да је правни посао факторинга у данашњем облику настао у пословној пракси САД, средином XIX вијека⁶, када је Влада САД увела високе царинске баријере, тако да је увоз европске робе практично престао. Фактори, који су се до тада бавили комисионом продајом, оријентишу се на послове финансирања клијената и уједно им нуде додатне услуге преузимања ризика наплате и управљања потраживањем. Средином прошлог вијека, овај правни посао веома брзо се проширио на међународном плану, првенствено у европским земљама са развијеном тржишном привредом.

Дакле, изворно факторинг је био посао посредовања у продаји робе и наплате потраживања, код кога је фактор у своје име, али за рачун комитента, продавао робу и наплаћивао потраживање, па је тај посао био

⁴ Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, тринаесто измијењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду 2012, 367–368, још: М. Трифковић, С. Омановић, н. дјело, 361.

⁵ Римско право дефинише *contractus aetimatori* као посао којим власник ствари преноси другом да је продао као своју, а да власнику преда само назначену цијену – Blaurock dr Uve, *Grundstruktur und aktuelle Fragen des Factoring*, Juristische Arbeitsblätter 6/1989, 275.

⁶ Вилим Горенц, *Уговор о факторингу*, Школска књига, Загреб 1988, 1.

и најближи комисионом послу онако како га поима теорија континенталног права. Међутим, усљед захтјева тржишта и измијењених услова у привредном животу, факторинг трансакције су постепено престајале да буду везане за робу и све више су добијале *del credere* функцију, тј. улогу гарантовања да ће потраживања бити наплаћена. Тако да ова изворно комерцијална трансакција током развоја прераста у финансијску услугу⁷. Фактори временом губе контакт са робом у чијој су продаји и наплати посредовали, већ умјесто робе почињу да преузимају и наплаћују потраживања која настају из основног посла. У почетку, фактори су потраживања наплаћивали у своје име, али за рачун комитента, чиме се суштина посла у односу на комисиони посао није промијенила – промијенио се само објект права (па је умјесто робе објекат постао потраживање). До суштинске промјене долази онда када је у факторинг посао унијета финансијска функција на тај начин што је фактор вриједност потраживања, умањеног за провизију, исплаћивао одмах по закључењу уговора, а наплату реализовао од дужника по доспјелости потраживања. Дакле, уношење нових функција, прије свега функције финансирања клијента, гарантовања наплате, али и услужних функција, довело је до трансформације факторинга у сложену финансијску трансакцију. Промјена основе, то јест каузе факторинг посла од факторинга као комерцијалне трансакције, овај је правни посао претворила у значајан финансијски механизам који је у савременим условима постао моћан сектор финансијске индустрије.

2. Извори права за уговор о факторингу

Уговор о факторингу регулисан је изворима националног и међународног карактера.

Национални извори су садржани углавном у трговачким или грађанским законима, а у одређеним државама су донесени и посебни закони којима се регулише правни посао факторинга. Иако су правила националне регулативе намијењена за регулисање унутрашњег или домаћег факторинга, она се често примјењују и на уговоре о међународном факторингу, као допунска или као основна правила. Као основна, правила се примјењују када су их, као мјеродавно право, изабрале уговорне стране, док се, као допунска, правила примјењују најчешће за попуњавање прав-

⁷ Божидар Павићевић, *Уговор о факторингу*, Правни живот бр. 11/79.

них празнина или нејасноћа код примјене међународних конвенција⁸ у случајевима када се као основни извор примјењују ове конвенције.

Изворе међународног карактера представљају они који спадају у међународно пословно право, а ту су прије свега међународне конвенције: UNIDROIT Конвенција о међународном факторингу и UNCITRAL Конвенција о преносу потраживања у међународној трговини.

Поред наведених конвенција, као релевантне прописе за међународне послове факторинга, можемо издвојити UNIDROIT принципе, Правила међународне асоцијације о факторингу и Правилник о међународном ланцу факторинга,⁹ али и међународне обичаје, те уговорну и судску праксу.¹⁰

Усвајању UNIDROIT Конвенције о међународном факторингу претходио је дугогодишњи рад стручних органа и радних група унутар UNIDROIT-а.¹¹ Наиме, Управни одбор UNIDROIT-а је, на својој 53. сједници, одржаној 1974. године у Риму, уврстио у програм рада и питање преноса потраживања, нарочито путем уговора о факторингу са циљем да се ово питање на међународном плану регулише, унифицира и на тај начин отклоне потешкоће које су у пракси настајале приликом реализације факторинг посла.¹²

У преамбули конвенције уговорне земље истичу да су свјесне чињенице да ће међународни факторинг играти значајну улогу у развоју међународне трговине, те да, сходно томе, прихватају важност усвајања јединствених правила за стварање законског оквира који ће олакшати међународни факторинг уз истовремено обезбјеђење поштене равнотеже између страна обухваћених трансакцијом факторинга. Конвенција садржи 23 члана која су груписана у четири поглавља, у којима се де-

⁸ UNIDROIT Конвенција о међународном факторингу, донесена 28. маја 1988. године, а Конвенција о преносу потраживања у међународној трговини усвојена 2001. године.

⁹ <http://www.fci.nl>

¹⁰ Кодекс међународних обичаја у факторингу Salinger Freddy, *Factoring Law and practice* (Факторинг закон и пракса) Sweet & Maxwell Limited, Лондон 1995.

¹¹ Међународни институт за унификацију приватног права (UNIDROIT – International Institute for the Unification of Private Law) основан је мултилатералним споразумом, закљученим 1926. године у оквиру Друштва народа. Послије трансформације спроведене 1940. године UNIDROIT је успоставио данашњи облик и структуру независне, међународне, владине организације. Чланице UNIDROIT-а су државе, а сједиште му је у Риму. Више вид.: Шаула, Валерија, *Основи међународног приватног права Републике Српске*, друго измијењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2011, 49–52.

¹² Формиран је Комитет владиних експерата са основним задатком да припреми таква правна правила која ће унаприједити и омогућити даљи развој правног посла факторинга и да у исто вријеме буду прихватљива за што већи број земаља.

финише област примјене, права и обавезе уговорних страна, те касније уступања.

Важење и примјена Конвенције одређене су са неколико елемената који се морају кумулативно испунити,¹³ а то су:

- постојање правног посла факторинга везаног за уговоре о продаји робе и услуга,
- чињеница да продавац (supplier) као клијент фактора и дужник, односно купац имају своја пословна сједишта у различитим земљама,
- непостојање споразума уговорних страна из уговора о факторингу или уговора о продаји робе да ће Конвенција бити искључена,
- непостојање узајамне или једностране изјаве државе чланице да се на односе субјеката факторинга који имају мјеста пословања у тим државама неће примјењивати ова конвенција.

Конвенција дефинише појам уговора о факторингу прецизирајући да се у сврху ове конвенције под уговором о факторингу подразумијева уговор закључен између испоручиоца, с једне стране, и фактора, са друге старне, према којем испоручилац може или је уступио факторна потраживања која су настала из уговора о купопродаји робе између испоручиоца и других његових купаца (дужника), а који нису купили робу првенствено за личну, породичну или употребу у домаћинству. Фактор треба да изврши најмање двије од сљедећих функција:

- да финансира у име испоручиоца, укључујући зајмове и авансна плаћања,
- води рачуне (вођење конта главне књиге) који се односе на потраживања,
- наплату потраживања,
- заштиту од кашњења у плаћању од стране дужника.

UNCITRAL Конвенција о преносу потраживања у међународној трговини¹⁴ има за основни циљ да промовише кретање робе и услуга преко државних граница олакшавајући приступ повољнијим кредитима, односно средствима финансирања,¹⁵ отклони законске препреке за неке међународне праксе финансирања (као што је факторинг), уједини прописе о преносу потраживања, те осигура регулативу која је

¹³ Вид.: М. Трифковић, н. дјело, 367.

¹⁴ Генерална скупштина УН, у децембру 2001. године, усвојила је Конвенцију о преносу потраживања у међународној трговини.

¹⁵ <http://www.cbbh.ba>

примјењива за кључна питања (као што је приоритет између конкурентних потраживања) и олакша хармонизацију домаћих прописа о преносу потраживања.¹⁶

Конвенција, такође, уклања правне препреке за потраживања настала из финансијских трансакција, између осталог, и:

- потврђивања будућих потраживања и глобалне цесије, а дјелимично и укидање уговорних ограничења на уступања потраживања,
- јачање сигурности у односу на број питања, као што су ефикасност преноса потраживања између цедента и цесионара до цесуса;
- разјашњење који закон се примјењује на кључна питања, као што је приоритет између конкурентних потраживања; и
- дефинисање материјалноправних правила код одређивања приоритета између конкурентних захтјева дајући могућност државама да их могу усвојити по слободном избору.¹⁷

UNIDROIT начела за међународне трговинске уговоре садрже општа правила за све врсте уговора, која се користе у међународном промету. Ова општа правила немају обавезујућу правну снагу, већ је њихова примјена препоручена заинтересованим субјектима.¹⁸ Пракса показује да стране доста често уговарају примјену UNIDROIT начела и код међународног уговора о факторингу, не само кад су у питању форма уговора о факторингу, питања везана за предмет уговора (врсту потраживања, пренос и сл.), већ и кад су у питању права и обавезе уговорних страна.

UNIDROIT начела се могу примјенити и као средство тумачења и допуњавања једнообразних међународних инструмената, као што је Конвенција о међународном факторингу,¹⁹ као и националних домаћих права.

Правни посао факторинга регулисан је, као што је већ поменуто, прије свега, у складу са националним правним системима земаља учесника факторинг односа. Та регулатива је свакако специфична за сва-

¹⁶ <http://www.cbbh.ba/?id=681>

¹⁷ <http://www.uncitral.org>

¹⁸ UNIDROIT начела су, дакле, усвојена у оквиру UNIDROIT-а, а објављена 1994, 2004. и 2010. године. Прво издање ових начела објављено је 1994. године и имало је укупно 120 чланова. Након десет година објављено је ново редиговано издање које је садржавало укупно 185 чланова. Посљедње издање објављено је 2010. године, има укупно 211 чланова.

¹⁹ Чл. 4 ст. 2 Конвенције: Питања која се односе на ову конвенцију, а која њом нису изричито ријешена, треба да се ријеше у складу са општим принципима на којима се она заснива или у одсуству истих на основу правила међународног приватног права.

ку поједину државу и то како у питању прописа, који се односе на област регулисања облигационог права, тако и на питања која се односе на дефинисање услова за осниваче факторинг компанија, основни капитал, органе, као и обавезе ових компанија, односно начин њиховог пословања.

Разноликост националне регулативе, с једне стране, и чињеница да ни на међународном плану ова област није детаљно регулисана, определијелила је европску федерацију за факторинг и трговинско-финансијску индустрију (у даљем тексту: EUF)²⁰ да изради студију о правној регулативи европских земаља која регулише правни посао факторинга. Окупили су најзначајније експерте из земаља чланица ЕУ, али и појединих земаља нечланица на заједничком пројекту израде ове студије,²¹ са циљем да сачине акт који би служио као платформа владама и законодавцима у земљама ЕУ за усаглашавање легислативе везане за факторинг послове.²² Студија је показала да се финансирање путем откупа потраживања практикује у свих 27 земаља чланица и да правни оквир, који се односи на факторинг компаније и финансијске услуге, које оне нуде, није ни у којем случају униформан или у потпуности хармонизован, нити у оквиру, нити ван граница ЕУ.

Поједине земље су регулисале факторинг посебним прописима,²³ док друге државе ову материју третирају у оквиру других закона (грађанских, трговачких и сл.).²⁴ У неким земљама као што су на примјер Њемачка и Италија, заступљена је комбинација оба приступа, па се правни посао факторинга регулише кроз област грађанског, односно уговорног права, а посебни прописи регулишу финансијски надзор над факторинг организацијама.

Када су у питању земље ЈИЕ, примјетне су нове тенденције у регулативи правног посла факторинга, тако да је овај уговор регулисан по-

²⁰ EU Federation Factoring & Commercial Finance – Factoring, Receivables Finance & ABL, *A study of legal Environments across Europe 2011*

²¹ Овај пројекат је фактички стартовао 2007. године када су га покренуле Британска факторинг асоцијација ABFA и Међународна факторска група IFG са циљем да прикупе, упореде и анализирају различита законска, односно регулаторна рјешења у европским земљама.

²² Коначно, студија је завршена у 2011. години са ажурираним стањем легислативе по овим питањима у свих 27 земаља ЕУ (изузев Грчке и Словачке, за које су дати подаци на основу анкета из 2007. године), те пет нечланица ЕУ, али њених важних трговинских партнера (Норвешка, Русија, Швајцарска, Турска и САД).

²³ Трговачки комерцијални закон Летоније из 2010. године садржи правну дефиницију факторинга.

²⁴ Одредбе о преносу потраживања у аустријском цивилном законнику.

себним законским прописима – у Србији²⁵, у Албанији²⁶ и Хрватској²⁷, а БиХ, Црна Гора и Македонија, иако немају посебне законе о овом правном послу, имају кроз постојећи правни оквир обезбијеђене минималне услове за реализовање факторинг послова. Наиме, све ове земље су преузеле (уз извјесне измјене и допуне) Закон о облигационим односима СФРЈ, као свој закон, а како је овим законом цесија детаљно регулисана, то Закон о облигационим односима, заједно са прописима који се односе на област банкарског и девизног пословања, чине правни оквир за обављање послова факторинга у овим земљама.

Факторинг је у Србији регулисан посебним законом²⁸ који је донесен на иницијативу Секције за факторинг Привредне коморе Београда. Представници факторинг друштава, организовани у овој секцији, идентификовали су одређене баријере у постојећем правном систему Србије које представљају препреке развоју ових правних послова, као што су: облигационоправна ограничења забране преноса потраживања, непознавање правне природе овог правног посла, неразумијевање својинскоправне структуре факторинга, недоумице о финансијској природи услуге факторинга, проблеми у вези са непризнавањем фактуре вјеродостојном исправом у извршном поступку, немогућност успостављања приоритетног положаја фактора у извршном поступку и сл.

Већину ових питања Закон о факторингу, који је у Србији донесен средином јула 2013. године, успио је да разријеши. Закон је дефинисао уговор о факторингу као именовани правни посао, одредио његове битне елементе, поставио фактора у позицију власника потраживања, потврдио могућност преноса укупних и будућих потраживања, забрањено вишеструки пренос потраживања, уговор о факторингу је одређен као вјеродостојан. Законом су уређена и статусноправна питања факторинг друштава, услови за њихово оснивање, као и надзор над радом ових субјеката.

Хрватска се, такође, определијелила за доношење посебног Закона о факторингу²⁹, с циљем да уређујући ово питање подстакне развој ових услуга. Законом је дефинисан уговор о факторингу, права и обавезе субјеката у пословима факторинга, услови за оснивање, пословање и престанак рада факторинг друштава, начин и услови за обављање

²⁵ Закон о факторингу Србије, Сл. гласник Србије, број 62/2013.

²⁶ Закон о продаји потраживања Републике Албаније (бр. 9630 од 30.10.2006.).

²⁷ Закон о факторингу Хрватске, Народне новине, 94/14.

²⁸ Закон о факторингу, Сл. гласник Србије, број 62/2013.

²⁹ Закон о факторингу, Народне новине, 94/14.

међународног факторинга, те обавезе извјештавања факторинг друштва. Законом су прописани и додатни захтјеви по питању система управљања ризицима и поступцима вршења надзора, третирајући, на тај начин, факторинг друштва као битне субјекте финансијског тржишта у Хрватској.

3. Постојећи правни оквир за правни посао факторинга у нашем праву

Када говоримо о правном оквиру за обављање било ког правног посла у Босни и Херцеговини, онда морамо прије свега имати у виду чињеницу да је ово сложена земља са специфичном унутрашњом подјелом на два ентитета (Република Српска и Федерација БиХ) и Дистрикт Брчко, те десет кантона унутар Федерације. Тако да у БиХ постоје законодавни и извршни органи власти на свим овим нивоима који су надлежни за доношење закона и других прописа.

Прописи који се, дакле, примјењују у Федерацији БиХ доносе се на три нивоа власти. У Републици Српској ситуација је доста једноставнија, јер је већина прописа релевантна за уговор о факторингу у надлежности ентитета, односно Републике Српске. Тако да правни оквир за овај правни посао у Републици Српској чине сљедећи прописи: Закон о облигационим односима,³⁰ Закон о привредним друштвима,³¹ Закон о банкама Републике Српске,³² Закон о регистрацији пословних субјеката у Републици Српској,³³ Уредба о класификацији дјелатности Републике Српске,³⁴ Закон о Централној банци Босне и Херцеговине,³⁵ Закон о стечајном поступку (Пречишћен текст),³⁶ Закон о ликвидационом поступку,³⁷ Закон о извршном поступку,³⁸ Закон о девизном пословању,³⁹ Закон о порезу

³⁰ 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.

³¹ Службени гласник РС, бр. 127/08, 58/09, 100/11 и 67/13.

³² Службени гласник РС, бр. 74/02, 24/03, 116/11, 5/12 и 59/13.

³³ Службени гласник РС, бр. 42/05, 118/09 и 102/12.

³⁴ Службени гласник РС, бр. 9/13.

³⁵ Службени гласник БиХ, бр. 1/97, 29/02, 8/03, 13/03, 14/03, 9/05, 76/06 и 32/07.

³⁶ Службени гласник РС, бр. 26/10.

³⁷ Службени гласник РС, бр. 64/02.

³⁸ Службени гласник РС, бр. 59/03, 85/03, 64/5, 118/07, 29/10, 57/12.

³⁹ Службени гласник РС, бр. 96/03, 123/06 и 92/09.

на додатну вриједност,⁴⁰ Закон о спољнотрговинској политици БиХ,⁴¹ Закон о оснивању Извозно-кредитне агенције Босне и Херцеговине⁴², Закон о спречавању прања новца и финансирању терористичких активности⁴³ и Закон о јединственом систему за мултилатералне компензације и цесије.⁴⁴

Уговор о факторингу није у Републици Српској, нити у Федерацији Босне и Херцеговине регулисан законом⁴⁵, те је он у нашем праву неименовани уговор, проистекао из пословне праксе и одвија се на основу закона о облигационим односима ентитета и бројних других прописа који се односе на овај правни посао.

Факторинг друштва у БиХ могу се организовати у било којој правној форми привредних друштава, у складу са Законом о привредним друштвима РС,⁴⁶ односно Законом о привредним друштвима ФБиХ⁴⁷ и Законом о предузећима Брчко Дистрикта,⁴⁸ а најчешће је то друштво са ограниченом одговорношћу и акционарско друштво. Законом, нити другим прописом, није одређен минимум оснивачког капитала посебно за факторинг друштва као што је то учињено за банке, већ се примјењују општа правила која се односе на привредна друштва. За који облик друштва ће се оснивачи одлучити зависи од случаја до случаја, а најчешће су оснивачи факторинг друштава саме банке. Ако банка жели бити акционар у неком факторинг друштву, потребно је прво да прибави одобрење од Агенције за банкарство, у случају да њена инвестиција прелази 5% укупног капитала банке, и/или ако укупна нето вриједност капитала банке у другим фирмама прелази 20% властитог капитала банке.⁴⁹

⁴⁰ Службени гласник БиХ, бр. 9/05, 35/05 и 100/08.

⁴¹ Службени гласник БиХ, бр. 7/98, 35/04.

⁴² Службени гласник БиХ, бр. 62/04.

⁴³ Службени гласник БиХ, бр. 53/09.

⁴⁴ Сл. гласник РС, 20/14.

⁴⁵ Одређене активности у правцу регулисања овог питања већ су учињене у Федерацији БиХ, гдје се у оквиру Федералног министарства финансија ради на изради Закона о факторингу, те га је, у децембру 2013. године, у форми нацрта, утврдила Влада Федерације БиХ. Овим нацртом дефинисан је појам и предмет факторинга, субјекти и врсте факторинга, друштва за факторинг, заштита од ризика у факторинг пословима, уговор и садржај уговора о факторингу, продаја потраживања, међународни факторинг, обрнути факторинг, те надзор над обављањем послова факторинга.

⁴⁶ Сл. гласник РС, 24/98, 62/2002, 66/2002 - испр. 38/2003, 97/2004, 34/2006.

⁴⁷ Службене новине Федерације БиХ, бр. 23/99, 45/00, 2/02, 6/02, 29/03, 68/05, 91/07, 88/08 и 63/10.

⁴⁸ Сл. гласник Брчко Дистрикта, бр. 49/11, пречишћен текст.

⁴⁹ Студија изводљивости за успостављање факторинг компаније у Босни Херцеговини, Southeast Europe Enterprise Development.

Уколико банка жели бити оснивач факторинг друштва онда има одређена ограничења. Законом о банкама ограничава се инвестирање банака у друга лица, укључујући и факторинг друштва. Удјел банке у финансијским организацијама ограничен је на 50% удјела у капиталу, а на 25% удјела капитала у нефинансијским организацијама.⁵⁰ Свакако би требало размислити и евентуално посебним прописом о факторингу изричито дефинисати факторинг компаније као финансијска друштва. Факторинг друштва морају се регистровати у складу са Законом о регистрацији пословних субјеката РС⁵¹, Законом о регистрацији пословних субјеката у ФБиХ⁵² и Законом о регистрацији пословних субјеката у Брчко Дистрикту.⁵³

За обављање послова међународног факторинга потребно је регистровати се за спољнотрговинско пословање. У судском регистру се депонују потписи лица овлашћених за заступање друштва у пословању са иностраним партнерима.

У новој класификацији дјелатности у Босни и Херцеговини факторинг је регулисан као дјелатност у Подручје К – Финансијске дјелатности и дјелатности осигурања, под шифром 64.99. – Остале финансијске услужне дјелатности, осим осигурања и пензионих фондова.⁵⁴ Исто тако, Уредбом о класификацији дјелатности у Републици Српској под осталим финансијским услугама (64.99. – Остале финансијске услужне дјелатности, осим осигурања и пензионих фондова) уврштене су дјелатности факторинга (наплата потраживања и наплатно кредитно пословање).⁵⁵

⁵⁰ Чл. 24 Закона о банкама, Службени гласник РС, бр. 74/02, 24/03, 116/11, 5/12 и 59/13, „Банка не може, директно или индиректно, имати власнички удио у једном правном лицу који прелази 15% њеног основног капитала, а власнички удио у нефинансијском лицу не може прећи 10% њеног основног капитала нити власнички удио може прећи 49% власништва нефинансијског правног лица.

⁵¹ Сл. гласник РС, бр. 42/05 и 118/09.

⁵² Сл. новине Федерације БиХ, бр. 27/05 и 68/05.

⁵³ Сл. гласник БД, бр. 15/05.

⁵⁴ Сл. гласник БиХ, бр. 47/2010. Овај разред укључује: остале финансијске услужне дјелатности које се, прије свега, односе на расподјелу средстава, различите од давања зајмова:

– дјелатност факторинга (наплата потраживања и наплатно-кредитно пословање)

– уговарање каматних и девизних конверзија („swap“ аранжмана), опција и других инструмената за премоштавање (покривање) ризика

– дјелатности друштава која тргују полисама животног осигурања других особа

– дјелатности улагања за властити рачун путем предузећа за капитална улагања, инвестицијских удружења итд.

⁵⁵ Сл. гласник РС, бр. 9/13.

Услуга факторинга такође је уређена Законом о порезу на додату вриједност БиХ⁵⁶ гдје су факторинг услуге „изузете“ од ослобађања од плаћања пореза на додату вриједност за разлику од других новчаних и финансијских услуга, значи факторинг подлијеже опорезивању ПДВ-ом. Али, код самог обрачуна ПДВ-а на услугу факторинга јавља се неколико дилема. Наиме, није јасно шта је тачно основица за обрачун факторинга, да ли је то вриједност потраживања које је предмет откупа или различите накнаде (провизија, каматна стопа, накнада трошкова, затезна камата) које факторинг предузеће наплаћује од клијента? Међутим, како је факторинг финансијска услуга, ПДВ-ом се опорезује само накнада за услугу, при чему је потребно одредити које се све накнаде опорезују, с обзиром на то да постоји више врста накнада.

Провизија код факторинга је класична накнада за услугу факторинга и иста подлијеже опорезивању ПДВ-ом, значи факторинг друштво мора за своју услугу тј. провизију обрачунати 17% ПДВ-а на вриједност услуге. Посебни проблеми у пракси јављају се код обрачуна ПДВ-а за међународни факторинг јер се услуга опорезује у земљи корисника услуга, па ако се фактурише ино лицу, не би требало да буду опорезива.⁵⁷ Ипак, у пракси су присутна другачија поступања; тако је Управа за индиректно опорезивање наложила опорезивање и те врсте провизије па је за друштво Први фактор д.о.о. Сарајево донесено рјешење о обрачуна индиректног пореза уз образложење да се ради о услугама које су извршене за страно лице и за које није обрачунат и исказан порез на додату вриједност.⁵⁸

По питању опорезивања накнаде других трошкова, као што су: обраде захтјева, трошкови платног промета, административни и други трошкови, исти се третирају као саставни дио накнаде за извршену (основну) услугу, односно дијеле судбину саме накнаде (провизије). Када се ради о међународном факторингу, ове накнаде подлијежу примјени Закона на додату вриједност и релевантних подзаконских аката, те имају статус по коме „споредни промети“ имају исти ПДВ третман као и „главни промети“, па тако, како је већ речено, у међународним трансакцијама

⁵⁶ Чл. 25 тач. 4б) Закона о порезу на додану вриједност БиХ, Сл. гласник БиХ, бр. 9/05, 35/05 и 100/08.

⁵⁷ Закон о порезу на додану вриједност БиХ, чл. 15 ст. 2 тач. 4. под е), Сл. гласник БиХ, бр. 9/05, 35/05 и 100/08.

⁵⁸ Рјешење Управе за индиректно опорезивање БиХ бр. 04/5-2/IV-17-УП-2349-1/09 од дана 29.1.2010. године.

опорезују се у земљи корисника услуге.⁵⁹ Све напријед наведено не односи се на ИГА-у, која има институционални имунитет на основу кога је ослобођена плаћања ПДВ-а. У складу са чланом 8 Закона о оснивању Извозне кредитне агенције,⁶⁰ све услуге ИГА (укључујући факторинг) су изузете од ПДВ-а, чиме је ИГА стављена у повољнији положај у односу на све друге субјекте који пружају услуге факторинга.

Како се факторинг друштва могу бавити и међународним факторингом, за њих су релевантне и одредбе Закона о девизном пословању РС⁶¹ и Закона о девизном пословању у ФБиХ⁶².

Закон о девизном пословању Републике Српске не садржи одредбе о факторингу, али су посљедњим измјенама и допунама извршена значајна побољшања и укинута ограничења која су проистекла из Одлуке о пребијању дуговања и потраживања, цесији и преузимању дуга у пословима са иностранством која је стављена ван снаге⁶³, те је дефинисано да се плаћање, наплаћивање и пренос по текућим пословима између резидента и нерезидента пребијањем дуговања и потраживања, уступањем потраживања, преузимањем дуга или другим облицима плаћања врши слободно, у складу са овим законом. Такође је дефинисано да се ови послови могу вршити само на основу уговора у писаној форми закљученог у складу са одредбама прописа којим се уређују облигациони односи. Оваква рјешења су значајна за унапређење пословања факторинг друштва у Републици Српској, јер је једна од главних карактеристика факторинга управо брзина финансирања, а што је разним процесима прибављања одобрења, по ранијим рјешењима, увелико било успорено и отежано.

Законом о спречавању прања новца и финансирању терористичких активности⁶⁴ дефинисано је да су правна и физичка лица која се баве пословима факторинга обвезници спровођења мјера из овог закона. Закон надаље прописује цијели сегмент мјера које су обвезници дужни да предузму у циљу откривања и спречавања прања новца и финансирања терористичких активности.

⁵⁹ Чл. 2а Правилника о примјени Закона о ПДВ, Сл. гласник БиХ, бр. 93/05, 21/06, 60/06, 100/07, 35/08 и 65/10, а више о ПДВ третману факторинга вид. у стручном раду Јасенка Хаџиахметовића, *ПДВ – третман услуга факторинга и форфетинга*, Научностручни часопис Финрар бр. 8/2013, Бања Лука 2013, 21–24.

⁶⁰ Сл. гласник БиХ, бр. 62/04.

⁶¹ Сл. гласник РС, бр. 96/03 и 123/06.

⁶² Сл. новине ФБиХ, број 47/10.

⁶³ Сл. гласник РС, бр. 33/14.

⁶⁴ Чл. 4 Закона о спречавању прања новца и финансирања терористичких активности, Сл. гласник БиХ, бр. 53/09.

Закон о јединственом систему за мултилатералне компензације и цесије усвојен је 2014. године, али још увијек нису усвојена подзаконска акта за његово провођење, тако да нису ни створени услови за његову имплементацију. Овим законом уређени су субјекти који имају обавезу да пријављују неоспорене новчане обавезе, начин организовања Јединственог система за мултилатералне компензације и цесије, рад организатора система, овлашћене организације, пријављивање неоспорених доспјелих новчаних обавеза, изузеци од обавезе пријављивања, одговорност учесника, спровођење мултилатералних компензација и цесија, извјештаји о извршеним мултилатералним компензацијама и цесијама, књиговодствени третман, доступност података у систему, организовање јавних понуда за продају потраживања преко система, те накнаде организатора и надзор.

Уговор о факторингу је у праву Републике Српске, односно Босне и Херцеговине, могућ и допустив, иако Законом о облигационим односима Републике Српске није регулисан такав уговор. Како је Законом у складу са начелом диспозитивности загарантовано да учесници у промету слободно уређују облигационе односе, и странке могу свој уговорни однос уредити и другачије него што је то законом одређено, осим ако из закона или његовог смисла не произлази нешто друго.⁶⁵ Ово начело се односи и на неименоване уговоре, што уговор о факторингу и јесте, како смо раније навели. Странке имају аутономију воље да саме одређују с ким ће засновати облигациони однос и какав ће бити садржај тог односа само уколико тај однос није противан уставним начелима и моралу.

С обзиром на то да уговор о факторингу није противан уставним начелима и моралу, зато нема разлога да се овакав уговор не закључује у нашем домаћем правном промету, а и у међународном, имајући у виду чињеницу да постоје међународни извори који чине довољно дефинисан правни оквир за међународни факторинг. Важно је да је предмет уговорне обавезе јасно дефинисан и могућ, допуштен и одређен односно одредив.⁶⁶

Можемо констатовати да постоји правни оквир за обављање дјелатности факторинга у Републици Српској, односно Босни и Херцеговини, и да га чине поједине одредбе садржане у одређеном броју

⁶⁵ Чл. 20 Закона о облигационим односима РС, начело диспозитивности препушта странкама уређење њихових међусобних односа (аутономија воље странака). Странке својом вољом уређују садржину уговорних односа. Воља странака је закон за странке, али закон прописује норме за случај у коме странке нису ништа уговориле.

⁶⁶ Закон о облигационим односима РС, чл. 46. ст. 2

различитих правних прописа, што сада омогућава законито дјеловање факторинг друштава. Међутим, Босна и Херцеговина није потписница UNIDROIT Конвенције о међународном факторингу, нити UNICITRAL Конвенције о преносу потраживања и међународној трговини, а Република Српска нема усвојен закон о факторингу који би поставио законске оквире дјеловања (како је то учињено за дјелатности *leasing* кућа и микрокредитних организација) и детаљно дефинисао модалитете факторинга, правце и обавезе, сам уговор о факторингу и многа друга питања. Привредна друштва која се баве дјелатношћу факторинга нису под надзором Агенције за банкарство (за разлику од праксе у земљама региона). Агенција надзире обављање послова факторинга уколико га обављају банке само у оквиру своје законске надлежности надзора над банкама.

У недостатку прецизне регулативе, а суочени са одређеним отвореним питањима, банке и факторинг друштва које се баве пословима факторинга креирали су интерна документа којима су регулисали процедуре и потребне обрасце за реализацију овог правног посла. Тако је Нова банка а.д. Бања Лука донијела Упутство за откуп потраживања⁶⁷ са циљем да истим уреди критеријуме и поступке у процесу анализе, одобравања, реализације и наплате откупа потраживања за своје клијенте.

Упутство као интерни акт примјењује се у свим организационим дијеловима банке у којима се обављају послови у вези са процесом анализе, одобравања и реализације и наплате откупа потраживања.

Упутством се прецизирају и врсте факторинга, и то: факторинг са регресом, факторинг без регреса, домаћи и извозни факторинг, објављени и необјављени факторинг, потпуни и ограничени факторинг, али се у упутству прецизира да банка ради само домаћи факторинг, те да не ради међународни факторинг.

Упутством је детаљно регулисан поступак и процедура реализације правног посла факторинга. Процедура одобравања откупа потраживања иста је као и процедура одобравања кредита или гаранција за сегмент малих и средњих предузећа или за велике клијенте, зависно од тога којем сегменту припада цесус – дужник.

Захтјев за откуп потраживања банци подноси уступилац – цедент на прописаном обрасцу. Овај захтјев садржи опште податке како о цеденту – уступиоцу тако и о цесусу – дужнику. Уз захтјев обавезно се документује основ откупа (фактуре, ситуације, отпремни документи, ца-

⁶⁷ Упутство за откуп потраживања, интерни акт Нове банке а.д. Бања Лука, бр. УП 0017 3045 усвојен од стране колегија, одлуком од 22.12.2010. године.

ринске декларације и сл.). Обично захтјев за откуп потраживања банци подносе клијенти који имају потребу за додатним обртним капиталом, а који имају закључене комерцијалне уговоре и вишегодишњу сарадњу са својим купцима/дужницима.

Кад је захтјев комплетиран, клијент менаџер врши анализу кредитне способности цедента – уступиоца и цесуса – дужника. Циљ кредитног истраживања је проналажење информација о цеденту и о цесусу и њиховој репутацији, пословној активности, понашању у прошлости итд., како би се процијенила њихова способност и спремност отплате обавеза према банци.

Након што је документација комплетирана и прегледана и додатне информације прикупљене, клијент менаџер врши процјену рејтинга клијената (цедента и цесуса).

Процедура доношења одлука и нивои одлучивања су исти за откупе потраживања као и за остале врсте пласмана (кредите, гаранције, акредитиве, оквирне пласмане и сл.).

Цијена откупа потраживања дефинише се у виду дисконта за који се умањује исплата цеденту. Висина дисконта дефинисана је Каталогом производа за правна лица. Зависно о процијењеном кредитном рејтингу цесуса, банка може да донесе одлуку да 10–30% од износа који је предмет откупа задржи до коначне наплате од цесуса – дужника.

За услугу откупа потраживања (факторинга), банка може да заручуна и провизију за обраду захтјева и провизију за продужење рока наплате потраживања. У случају кашњења плаћања банка врши обрачун затезне камате за дане доцње, коју наплаћује од цесуса или цедента.

Уговором о откупу прецизирају се односи између банке и цедента – уступиоца као и потраживање које ће бити предмет откупа. Уговором се дефинишу и документи којим продавац доказује да је извршио испоруку. То су: фактура, отпремница, протокол о примопредаји робе и сл. Уговор потписују у правилу све три уговорне стране.

У случају када клијент нуди откуп потраживања које је обезбијеђено гаранцијом преносивом у корист банке или откуп отвореног акредитива који је покривен и преносив у корист банке, уговор о откупу потписује само банка и цедент, а цесионар треба да буде само обавијештен о потреби плаћања.

Имајући у виду све наведено, а и чињеницу да је факторинг финансијска дјелатност која расте и развија се великом брзином, ради си-

гурности свих учесника у овим финансијским трансакцијама потребно је донијети Закон о факторингу као *lex specialis*, којим би се на цјеловит начин уредио овај правни посао и услови под којим се обавља, те на тај начин повећала правна сигурност свих учесника у поступку факторинга, али и отклониле недоумице и правне празнине у постојећој регулативи.

Закључак

Факторинг је савремени правни посао, који је наметнула пословна пракса, као сложену финансијску услугу краткорочног финансирања на бази откупа потраживања проистеклих из продаје робе и вршења услуга. Предности факторинга у односу на остале изворе финансирања су вишеструке. Посебно је погодан за мала и средња предузећа која имају ограничене стручне и административне капацитете, а факторинг нуди цјеловиту услугу која у себи садржи: финансирање, осигурање потраживања и управљање потраживањима (ликвидност, сигурност, уштеда времена и новца, омогућава развој предузећа, повећање продаје и већа конкурентност).

Анализирајући трендове факторинга у свијету, можемо уочити да је факторинг данас значајан начин финансирања пословних активности у свјетској привреди и да ова индустрија биљежи стални раст. Иако су недостатак финансијских средстава, велика задуженост и изражена неликвидност горући проблеми наше привреде, факторинг послови су у Републици Српској и Босни и Херцеговини у самом зачетку. Разлози за то су вишеструки, прије свега економски, али је свакако ограничавајући фактор за значајнији раст и развој факторинг послова код нас, непрецизност и непотпуност регулативе која чини правни оквир за овај правни посао. Наиме, Босна и Херцеговина није потписница UNIDROIT Конвенције о међународном факторингу, нити UNICITRAL Конвенције о преносу потраживања и међународној трговини, а Република Српска нема усвојен закон о факторингу који регулише овај правни посао, као и услове за његово обављање, као што имају земље у окружењу (Србија, Хрватска).

У нашем праву уговор о факторингу је неименовани уговор који се реализује на основу Закона о облигационим односима и рјешења у бројним другим прописима која се односе на овај правни посао. Ова-

кав правни оквир садржи и нека превазиђена рјешења која представљају ограничења за развој факторинга као што су забрана преноса потраживања, недостатак стварноправног дејства преноса својине на потраживању, непостојање регистра потраживања, као и нерегулисана питања пословања факторинг друштава и слично.

Очито је, дакле, да је потребно што хитније унаприједити постојећи правни оквир за обављање овог правног посла, било увођењем нових одредаба у већ постојећи Закон о облигационим односима, или доношењем посебног прописа који би регулисао овај правни посао. Иновирањем Закона о облигационим односима и дефинисањем уговора о факторингу као именованог уговора, могуће је регулисати појам, опште одредбе, права и обавезе уговорних страна, што би повећало сигурност учесника у овом правном послу. С друге стране, остаје отворено питање својстава привредних субјеката (факторинг друштава), надзор над њиховим пословањем и услова за обављање факторинг дјелатности. Доношењем посебног закона о факторингу у Републици Српској, као *lex specialis*, могао би се на цјеловит начин уредити овај правни посао, али и статусно-правна питања факторинг друштава, те услови под којим се обавља ова дјелатност и на тај начин би се отклониле недоумице и правне празнине у постојећој регулативи, а повећала и правна сигурност свих учесника у поступку факторинга.

Dragica Ristić, PhD

Director of Chamber of Commerce of Republic of Srpska

FACTORING AS LEGAL BUSINESS IN LEGAL SYSTEM OF REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

Factoring is a modern legal business offered by the business practice as an alternative way of securing funding, through the purchase of short-term receivables. Instrument for the implementation of this legal activity is factoring contract about which there is no consensus in legal theory and regula-

tions of individual states in terms of its conceptual and legal determination. This paper analyzes the existing legal framework for conducting factoring in the Republic of Srpska and BiH. Starting from the specific structure and the different types of factoring contracts, it has been tried to give an answer to the question of improving the factoring operations and the existing legal framework by introducing specific rules in the existing Law on Obligations or by adopting a special law to regulate this legal work, status issues of factoring companies and to regard solutions for the purchase of receivables provided in international conventions. It is noted that in the development of factoring there are obstacles due to many restrictions and hidden cost arising from the legal environment, and it is emphasized that the legal environment of factoring is the crucial for the saving of transaction cost and improvement of the safety of participants in these activities.

Key words: factoring, factoring contract, financing, liquidity, legal environment, purchase of receivables, cession, del credere risk.

ОДГОВОРНОСТ НАДЗОРНОГ ОРГАНА КОД УГОВОРА О ГРАЂЕЊУ

Др Мирјана Зељковић*

Апстракт: Код комплексних односа у вези са правима, обавезама и одговорностима свих учесника код поступка извођења грађевинских радова, важну улогу има стручни надзор над грађењем. Данас се често, поред пројектанта, извођача и наручиоца, јавља и надзорни орган као самостално правно или физичко лице које ангажује наручилац да га заступа у „техничком“ смислу ради контроле квалитета радова, употребљених материјала, поштивања рокова и др. Неке државе су питање надзора уредиле као обавезу наручиоца, неке као његово право или пак као дужност извођача да надзор омогући наручиоцу. Показало се да и гдје нема законске обавезе надзора, да је то неопходно код великих и сложених грађевинских радова. Права и обавезе надзорног органа су сложене и разноврсне, а из обавеза, односно дужности надзорног органа, произлази његова одговорност. Овај рад укратко обрађује одговорност надзорног органа за штету према наручиоцу, дакле уговорну одговорност.

Прописи о грађењу Републике Српске и прописи република бивше Југославије предвиђају обавезан надзор, а надзорни орган као учесника у изградњи, док из Закона о облигационим односима не произлази обавезност обављања надзора.

Кључне ријечи: надзорни орган, стручни надзор, одговорност, наручилац, извођач, грађевински радови.

* Директор Правне службе ГП „Крајина“ а.д. Бања Лука.

1. Увод

Све до 19. вијека послови пројектаната и извођача нису били довољно разграничени, обично је извођач грађевинских радова сам изводио радове по својим пројектима. Кад се посао пројектанта јасно одредио, његов посао је био да изради пројекат и да обавља надзор над извођењем радова, а извођач да изводи радове у складу са пројектом.

Данас није риједак случај да надзор над извођењем радова врши треће лице, а то и даље може да врши и пројектант. Зато говоримо о посебној одговорности пројектанта ако он, поред израде пројекта, врши и надзор над извођењем радова. У данашње вријеме функција надзора веома је важна из више разлога. Напредак науке и технологије тражи све већи ниво знања и способности у извођењу радова, па самим тим и надзор над истим.

Послови надзора се обављају на основу уговора између лица која врше надзор и наручиоца.

Кад говоримо о пословима надзора над извођењем грађевинских радова, у пракси, прописима и правној теорији се употребљавају изрази: надзор, надзорни орган, надзорни инжењер, савјетодавни инжењер, инжењер консултант, надзор над грађењем, а у овом тексту надаље то ће бити – надзорни орган, израз који користи Закон о уређењу простора и грађењу Републике Српске (у даљем тексту. ЗУП), који надзорни орган дефинише као правно лице или физичко лице одговарајуће стручне спреме које обавља надзор над радовима у грађевинарству за које посједује лиценцу.¹ Од овог надзора над извођењем радова разликујемо друге облике надзора које врше органи управе, односно њихове инспекције, као нпр. урбанистичко-грађевинска,² еколошка инспекција, санитарна инспекција, инспекција рада, инспекција заштите на раду, инспекција за заштиту од пожара и друге инспекције. Ове инспекције контролишу рад органа управе, пројектанта, извођача, надзорног органа и инвеститора и врше надзор који није тема овог рада.

¹ Чл. 2 ст. 2 тач. љ) Закона о уређењу простора и грађењу (Сл. гласник РС бр. 40/13), објављен 16.5.2013. године – у даљем тексту ЗУП.

² Тако нпр. цијело поглавље VI ЗУПГ посвећено је управном надзору над спровођењем овог закона и прописа донесених на основу овог закона. Тај надзор врши Министарство, а инспекцијски надзор над спровођењем овог закона и прописа донесених на основу овог закона врши републичка управа за инспекцијске послове путем републичких урбанистичко-грађевинских инспектора, односно урбанистичко-грађевинских инспектора у јединици локалне самоуправе. Овлашћења урбанистичко-грађевинског инспектора дата су у члану 170 и 171 овог закона и крећу се од разних врста иницијатива, забрана и наредби.

2. Правна природа уговора о надзору

О правној природи овог уговора постоје разне теорије, које не остају само на нивоу теорија, јер је битно питање које је правне природе овај уговор код примјене у пракси, нпр. одговорности надзора.

Разни аутори се залажу за одређене теорије, од уговора о дјелу, уговора о налогу, уговора о заступању, мјешовитог уговора до уговора *sui generis*.³ С обзиром на природу и особености овог уговора, чини се да највише одговара теорија да је уговор о надзору мјешовити уговор који има елементе уговора о дјелу и уговора о заступању. Међутим, ту се управо јавља проблем када цијенити да је надзорни орган запосленик наручиоца, а када да је његов заступник, с обзиром на то да није спорно да надзорни орган „представља“ наручиоца, али у исто вријеме се поставља питање границе тог представљања.⁴

У сваком случају, функција надзора је веома важна и деликатна. С једне стране је наручилац, који га плаћа и са ким га везује уговор, с друге стране извођач, с којим га не веже никакав уговор, као ни с пројектантом и с треће стране, органи и институције државе. Без обзира на то што свака теорија има своје разлоге за и против, најсигурније је детаљно дефинисати права и обавезе наручиоца и надзора, наравно, у оквиру важећих закона, а надзорни орган је дужан да надзор врши са повећаном пажњом и вјештином стручњака, по правилима струке и обичајима.

3. Право надзора у неким правним системима

Неки правни системи имају обавезан надзор над извођењем грађевинских радова, док је код других то право наручиоца.

У правном систему Републике Српске, обавеза сталног надзора над радовима и контролу количине и квалитете употребљеног материјала регулисана је једним чланом Закона о облигационим односима **као дужност извођача, али у смислу да то омогући наручиоцу**.⁵ Без обзира на

³ Јелена Вилус, *Грађанскоправна одговорност извођача и пројектанта*, Институт за упоредно право, Београд 1973, 24 и 25, и Бранко Вукмир, *Уговори о грађењу и услугама савјетодавних инжењера*, РРиФ–плус д.о.о., Загреб 2009, 274.

⁴ Велики број теоретичара сматра да је то представљање у „техничком“, а не у „правном“ смислу.

⁵ Чл. 632 Закона о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО), Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 46/89, 57/89, Службени гласник Републике Српске, бр. 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04:

примјенљивост општих норми о одговорности и накнади штете, чита је мањкавост регулативе у односу на грађанскоправну одговорност за накнаду штете надзорног органа код уговора о грађењу.

ЗУПГ је обавезао извођача да уговор о ангажовању надзорног органа мора да има на градилишту,⁶ дакле преко извођача је, посредно, **обавезао наручиоца**. Тумачећи одредбе ових двају закона произлази да први закон нема обавезност обављања надзора, док други има. Да је надзор обавезан говори одредба ЗУПГ да је подносилац захтјева за издавање употребне дозволе дужан уз захтјев приложити и извјештај надзорног органа.⁷

ЗУПГ је одредио које услове правно и физичко лице треба да испуњава да би могло обављати послове надзора. За сложене објекте надзор над грађењем може обављати само правно лице које мора формирати надзорни тим и именовати координатора тима. Послове надзора над извођењем радова не може обављати исто правно лице којем је наручилац повјерио грађење објекта.⁸ Имајући у виду да надзорни орган одговара са пажњом доброг стручњака, примјеном принципа професионалне одговорности, поставља се питање оправданости наведеног ограничења.

Претходни Закон о уређењу простора и грађењу РС из 2010. године давао је могућност да надзорни орган може бити физичко лице запослено код правног лица које врши грађење за објекте за које одобрење за грађење издаје орган управе локалне самоуправе (није могао у случају изградње већих капиталних објеката, или по важности или по значају, за које је одобрење за грађење издавало надлежно министарство). Овај закон је такође, експлиците, такву могућност давао и инвеститорима који су градили у своје име, а за рачун непознатог купца (исто лице је могло бити инвеститор, пројектант, извођач и надзорни орган), док је само ревизија главног пројекта морала бити повјерена другим овлашћеним лицима.⁹

Извођач је дужан омогућити наручиоцу сталан надзор над радовима и контролу количине и квалитете употребљеног материјала.

⁶ Чл. 118, чл. 139 ст. 7 тач. в).

⁷ Чл. 141 ст. 4 тач. њ) ЗУПГ.

⁸ Чл. 118. ЗУПГ. Код оваквог одређења некомпатибилности слиједи да само ако послове надзора обавља правно лице, то исто правно лице не може обављати послове грађења објекта. Пракса у РС је да надзорни орган који је физичко лице не може бити запослен код правног лица које гради објекат. Ако је то био циљ закона, онда је то требало тако и регулисати као што су регулисале Хрватска и Србија.

⁹ Чл. 71 ст. 3 и чл. 75 ст. 4 Закона о уређењу простора и грађењу РС, Службени гласник РС, бр. 55/10

Закони република бивше Југославије прецизније уређују питање надзора над извођењем радова.

У Републици Србији у вршењу стручног надзора на објекту не могу да учествују лица која су запослена у привредном друштву, односно другом правном лицу или предузетничкој радњи које је извођач радова на том објекту, лица која врше инспекцијски надзор, као и лица која раде на пословима издавања грађевинске дозволе у органу надлежном за издавање грађевинске дозволе.¹⁰

У Републици Хрватској надзорни инжењер може бити само физичко лице и не може бити запосленик особе која је извођач на истој грађевини. Ако је објекат сложенији или већег обима именује се главни надзорни инжењер који је одговоран за цјеловитост и међусобну усклађеност стручног надзора грађења и дужан је о томе саставити завршно извјешће.¹¹

Посебне узансе о грађењу¹² су XVII поглавље посветиле стручном надзору наручиоца. Овдје је то одређено **као право наручиоца** да врши стручни надзор над радовима, а посебно у погледу врсте, количине и квалитета радова, материјала и опреме и предвиђених рокова. Извођач је дужан да поступи по свим основаним захтјевима наручиоца поднесеним у вези с вршењем стручног надзора,¹³ али лице које врши надзор не може мијењати техничку документацију, цијену, обим радова и слично. Зато се овдје основаним захтјевима сматрају они захтјеви који су у оквиру уговора, а по прописима и правилима струке.

Често, одредбе о надзору налазимо у подзаконским актима, правилницима¹⁴ и одлукама које нису директно везане за надзор.

Општи услови за уговарање и грађење грађевинских објеката имају надзор извођача, као унутрашњу техничку контролу одређених позиција, фаза и врста радова, односно материјала и надзор инвестито-

¹⁰ Чл. 153 ст. 4 Закона о планирању и изградњи Републике Србије, Службени гласник Републике Србије, бр. 72/09, 81/09 – исправка, 64/10 - Одлука УС 24/11, 121/12 и 42/13 – Одлука УС.

¹¹ Чл. 184 ст. 2, 185, 187 Закона о просторном уређењу и градњи, Народне новине Републике Хрватске, бр. 76/07, 38/09, 55/11, 90/11, 50/12 и 55/12 и члан 16 Закона о архитектонским и инжењерским пословима и дјелатностима у просторном уређењу и градњи, Народне новине Републике Хрватске, бр. 152/08 и 124/09.

¹² Посебне узансе о грађењу, Службени лист СФРЈ, бр. 18/77

¹³ Узанса 102

¹⁴ Нпр. Правилник о вршењу стручног надзора у току изградње објеката Републике Српске, Службени гласник РС, бр. /04, Правилник о начину и поступку вршења стручног надзора у току грађења објеката и Правилник о садржини и начину вођења књиге инспекције и грађевинског дневника, Службени гласник Р. Србије, бр. 105/2003.

ра, као његово право да стручно контролише квалитет материјала који се уграђује, као и квалитет и исправност изведених радова.¹⁵

Италијански ГЗ даје право, а не обавезу, наручиоцу да врши надзор над извођењем радова.¹⁶ Француски ГЗ као одговорне за недостатке на грађевини утврђује, поред архитекте, и извођача и „друге особе које су са наручиоцем везане уговором о грађењу“, па ако таквог уговора нема надзор је дужност извођача, односно архитекте.¹⁷

Немачко право познаје надзор у ужем смислу, који може бити умјетничког, техничког или пословног карактера и надзор у ширем смислу који осигурава да изведбе у свим појединостима буду у складу с пројектом изведеним нацртима, техничким прописима, да опрема и материјали буду одговарајуће квалитете и да објекат преузме извођач.¹⁸

У енглеском правном систему надзор има основну дужност да, дјелујући благовремено, спречава извођача да чини грешке у раду. У Енглеској и САД одлуке надзорног органа су обавезне за извођача.

У складу са међународним општим правилима за споразуме између наручиоца и савјетодавног инжењера за пројектовање и надзор извођења грађевинских радова,¹⁹ надзорни инжењер има овлашћења вршити мање измјене пројекта које су потребне или погодне, али ће за све битније измјене пројекта или трошкова наведених радова, као и све налоге извођачу који представљају измјене, испуштања или додатне радове из уговора, прибавити претходно одобрење наручиоца. Међутим, у случају ванредних догађаја, а по властитој оцјени, надзорни инжењер има овлашћења да у име и за рачун наручиоца издаје све налоге који су потребни.

FIDIC услови из 1999. године²⁰ настављају праксу ранијих услова ове међународне организације. Инжењер нема право мијењати уговор.²¹ Уколико није другачије наведено, сматра се да надзорни инжењер наступа за наручиоца кад год извршава обавезе или спроводи овлашћења која

¹⁵ Чл. 38 и 39 Услови које је објавио и саставио Југословенски грађевински центар 1970.

¹⁶ Чл. 1662. Италијанског ГЗ.

¹⁷ Чл. 1792. Француског ГЗ.

¹⁸ Б. Вукмир, 277.

¹⁹ Тач. 2.3.5, треће издање Међународних опћих правила које је саставила и издала Међународна федерација Савјетодавних инжењера, *FIDIC*, ИГРА 1979. D&S (превод).

²⁰ *Услови уговора о грађењу за грађевину или грађевинске радове пројектиране од стране наручитеља* (Нова црвена књига) Међународна федерација Савјетодавних инжењера, *FIDIC*, издање, 1999, превод Удружење консултаната инжењера БиХ, Сарајево 2008.

²¹ Тач. 3.1. *FIDIC* услови из 1999.

су спецификована или која се подразумевају уговором. Важно је да „нити једно одобрење, контрола, потврда, пристанак, испитивање, упута, обавијест, приједлог, захтјев, тест или сличан чин од стране инжењера, неће ослободити извођача било које одговорности коју он има према уговору, укључиво и одговорност за грешке, пропусте, одступања и неслагања“.²²

Кад надзорни инжењер поступа у складу са *УУ FIDIC*, он ће консултовати сваку уговорну страну у настојању да постигне споразум. Уколико се споразум не може постићи, он ће донијети одлуку у складу са уговором, водећи „рачуна о свим релевантним околностима“. Уговорне стране су дужне спровести такву одлуку надзорног инжењера, изузев ако иста није промијењена (споразумно, одлуком вијећа за рјешавање спорова или арбитражом). Очито је да многи у овоме виде улогу администратора уговора, за разлику од већине континенталних права према којима инжењер наступа само као представник наручиоца и у том смислу његови налози обавезују само наручиоца.²³

4. Одговорност надзорног органа

Уважавајући сличности и разлике разних правних система, са сигурношћу се може тврдити да је обавеза лица (физичких или правних) које врши надзор над извођењем грађевинских радова да своју обавезу извршава стручно, са дужном пажњом, показујући своје знање, умијеће и вјештину која се од њега као стручњака очекује. Због тога се његова одговорност цијени примјеном принципа професионалне одговорности.

Такође, од таквог лица се очекује савјесност и поштење, те да буде објективан, непристрасан и правичан према свим учесницима у поступку грађења. Објективан, иако није спорно да ово лице ради у име и за рачун наручиоца. Он штити интересе свог наручиоца, што значи да његова рјешења морају бити и економична (све у заштити економских интереса наручиоца), али увијек у оквиру важећих закона и прописа.

О одговорности надзорног органа, у грађанскоправном смислу, ЗОО изричито говори само у једном члану,²⁴ као о пројектанту којем

²² Тач. 3.1 под ц) FIDIC услови из 1999.

²³ Витомир Поповић, Радован Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Правни факултет у Бањој Луци и Центар за право Европске уније у Крагујевцу, Бања Лука – Крагујевац 2010, 387.

²⁴ Чл. 647 ст. 2 ЗОО.

је повјерен надзор над извршењем планираних радова (али је уједно и пројектант), на начин да он одговара и за недостатке у извршеним радовима насталим кривицом извођача, ако их је могао опазити нормалним и разумним надгледавањем, али у том случају има право захтијевати од извођача одговарајућу накнаду. Из предњег слиједи да он не одговара за недостатке које није могао опазити „нормалним и разумним надгледањем“ (изузев под одређеним околностима, као нпр. код скривених недостатака). Међутим, поставља се питање одговорности надзорног органа и у првом случају, кад неспорно одговара за недостатке, јер он у том случају има право захтијевати од извођача одговарајућу накнаду. Како онда надзорни орган одговара за недостатке које је могао опазити „нормалним и разумним надгледавањем“, ако има право за то захтијевати од извођача одговарајућу накнаду? Овдје се поставља и питање регреса од надзорног органа, јер ЗОО истом одредбом²⁵ даје право извођачу који је накнадио штету да захтијева накнаду од пројектанта ако је штета настала од недостатка у пројекту (зависно од тога колико је тај недостатак у пројекту утицао на штету), а такво право не даје у односу на надзорни орган?! Овдје се одредбе ЗОО о уговору о дјелу не могу досљедно примјенити, па ова неуређеност заслужује посебну пажњу. Ово питање је ЗОО Хрватске ријешило допунама члана 633, који је одговорност проширио и на надзорне инжењере, ако недостатак грађевине потиче од provedбе надзора.

Наручилац бира лице које врше надзор по свом нахођењу и у које он има лично повјерење, али то не смије утицати на стручност и објективност његовог рада. У вези с тим, управо због посебног односа са наручиоцем, он свој посао не би могао препустити неком другом, изузев ако се ради о ангажовању других стручњака који га допуњују у одређеним областима за које он нема довољно знања. Он мишљења других може прихватити или одбити, али ће према наручиоцу он имати одговорност за избор.

По правилу, радње надзорног органа су техничке природе и он не може уређивати имовинскоправне односе у име инвеститора, ако нема посебно овлашћење.²⁶

²⁵ Чл. 647 ст. 3 ЗОО.

²⁶ Постоји и бројна судска пракса прије ступања на снагу ЗОО, објављена уз Посебне узансе о грађењу, Југословенски грађевински центар, Београд, 1977, али и након тога као нпр. «Лице које врши дужност надзорног органа, означено у уговору о грађењу као представник наручиоца, није овлашћено да у име наручиоца мијења одредбе уговора о обиму радова и цијени» – Пресуда Врховног суда БиХ, број: Пж. 485/86 од 20.11.1987. «Надзорни орган није овлашћен одобрити

С обзиром на то да лице које врши надзор не изводи грађевинске радове, већ, како сама ријеч каже, надзире извођење, поставља се питање колико далеко досеже ова одговорност. Наиме, одређени послови у грађевинарству се другим пословима покривају, односно ови први се не виде, па је тешко утврдити њихов квалитет у односу на задати, ако нема сталног присуства. Да ли лице које врши надзор треба да је стално присутно, само повремено кад он оцијени, кад се одреди уговором или приликом важних и битних грађевинских радова? Француска судска пракса иде у прилог тези да је надзор одговоран за све радове, док амерички судови, супротно, сматрају да „дужност надзорног инжењера не обухвата обавезу да лично врши надзор над сваком поједином операцијом, већ је његова дужност да наручиоцу омогући да добије објекат који је уговорио“.²⁷

У правном систему Републике Српске, с обзиром на то да је надзорни орган дужан да потврди извођење радова потписивањем грађевинског дневника и да контролише грађевинску књигу и све измјене у техничкој документацији, он је одговоран и за онај рад који није видио и контролисао, јер га је потписао поклањајући вјеру извођачу радова.²⁸ Један од докумената без којих се не може успјешно завршити технички пре-

исплату изведених накнадних радова, а нити њихово извођење јер је за свако одступање од пројекта или уговорених радова потребна писмена сагласност наручиоца радова. Наручилац радова може ту сагласност дати по заступнику, а надзорни орган не сматра се заступником” – Пресуда Привредног суда Хрватске, број: Пж – 1586/89 од 12.9.1989.

²⁷ Ј. Вилус, 49.

²⁸ У вршењу стручног надзора, у складу са чланом 119 ЗУПГ, надзорни орган је дужан да: а) утврди усаглашеност исколчења објекта са записником о исколчењу објекта и пројектом, б) обезбједи да се радови на објекту изводе у складу са грађевинском дозволом, техничком документацијом и овим законом, а ако извођач одбије да поступи према његовим упутама и настави са изградњом објекта супротно грађевинској дозволи и техничкој документацији, дужан је да то констатује у грађевинском дневнику и без одгањања обавијести надлежну урбанистичко-грађевинску инспекцију, в) утврди да је квалитет радова, уграђених грађевинских производа и опреме у складу са захтјевима пројекта, условима прописаним овим и другим законима, прописима донесеним на основу тих закона, техничким нормама и стандардима, те присуствује узимању контролних узорака, односно узорака којима се на градилишту доказује квалитет уграђених грађевинских производа, г) у писаној форми обавијести надлежну урбанистичко-грађевинску инспекцију у случају да резултати испитивања уграђеног материјала нису у складу са прописима, д) потврди извођење радова потписивањем грађевинског дневника, контролише грађевинску књигу (када се води) и контролише све измјене у техничкој документацији, њ) без одгањања обавијести надлежну институцију, када у току грађења или извођења других радова наиђе на објекте који имају обиљежје природног или културно-историјског наслеђа и предузме потребне мјере заштите налазишта, е) у писаној форми обавијести инвеститора, надлежни орган који је издао грађевинску дозволу и надлежну инспекцију о недостацима у техничкој документацији и о непредвиђеним околностима које су важне за извођење радова и коришћење техничке документације и ж) сачини извјештај о извршеном надзору по завршетку грађења.

глед објекта и добити одобрење за употребу је извјештај надзора над грађењем, којим је он сагласан да објекат може добити употребну дозволу, јер је током градње утврдио да је објекат грађен у складу са технички одобреном документацијом.²⁹

Основне обавезе из којих произлази одговорност надзорног органа су да врши контролу:

- над извођењем грађевинских радова, односно да ли се радови врше према техничкој документацији на основу које је издата грађевинска дозвола,
- да ли се радови врше у складу са прописима, правилима, стандардима и техничким нормативима,
- квалитета уграђених материјала на начин да прати постојање доказа (разних врста атеста) о квалитету уграђених материјала,
- да ли се радови изводе у уговореним роковима и према динамичком плану,
- привремених ситуација и окончане ситуације коју сачињава извођач на начин да исте овјерава уколико је све оно што је унијето у ситуацију заиста и извршено и да цијена из ситуација одговара уговореној.

Такође значајне обавезе надзорног органа су да сарађује са пројектантом, инвеститором и извођачем радова код давања разних упутстава, изналажења техничких, технолошких, организационих рјешења и детаља који се појаве приликом извођења радова и код других сличних питања, да утврђује усаглашеност исколчења објекта са записником о исколчењу објекта и пројектом, да обавјештава одговарајуће институције, инспекције и инвеститора о одређеним догађајима, да врши уписе и констатације у грађевински дневник, да контролише вођење грађевинске књиге и друго у складу са ЗУПГ. Без обавеза и дужности нема одговорности па се на све обавезе и дужности надзорног органа наслања одговорност за учињено или пропуштено.

4.1. Одговорност за извођење грађевинских радова

Једна од основних обавеза надзорног органа је да по правилима струке, савјесно и пажљиво врши контролу над извођењем грађевинских

²⁹ Чл. 141 ст. 4 тач. б) ЗУПГ.

радова, што подразумеијева контролу извршења обавеза извођача радова у погледу врсте, обима и квалитета уговорених радова.³⁰ То подразумеијева да надзорни орган контролише да ли извођач изводи радове у складу са грађевинском дозволом, да ли се придржава прописа и стандарда, да ли је обезбијеђена сигурност људи, самог објекта изградње, сусједних објеката, околине и сл.

Питање је колико и на који начин се врши контрола, односно надзор, да бисмо из тога могли доћи до закључка колика је и каква одговорност надзорног органа. Ако се раде мањи објекти, надзорни орган може бити једно физичко лице, а ако је објекат захтјевнији, то треба да буде група инжењера, оспособљених за разне области. Надзорни орган мора организовати посао надзора тако да, ако није стално на градилишту, буде ту кад је то по правилу струке потребно, кад се изводе важни грађевински послови.³¹ Надзор обухвата и оне радове које је извођач дао другим извођачима – подизвођачима. Овдје је од великог значаја обављање посла „по правилима струке“, али напредак науке и технологије и увођење нових материјала може довести до одређених дилема. Зато кад дође до утврђивања одговорности надзорног органа, у сваком конкретном случају морају се цијенити све околности тог случаја, јер законска регулатива је доста штура, а поље одговорности широко и специфично.

4.2. Одговорност за количину и квалитет материјала који се уграђују

Грађевински радови могу бити квалитетно изведени само ако су уграђени материјали одређеног квалитета и својстава, зато је једна од главних дужности надзорног органа да контролише материјале који се уграђују. Квалитет одређених материјала испитују само привредна друштва, институти и лабораторије које су оспособљене, стручно и технолошки, да врше одређена испитивања.

³⁰ „Основна обавеза лица које врши стручни надзор над грађењем објеката је да контролише извршење обавеза извођача радова у погледу врсте, обима и квалитета уговорених радова“ – Пресуда Врховног суда Црне Горе број: Пж. 115/90).

³¹ Већ је било говора о сталном присуству надзорног органа на градилишту. Међутим, надзорни орган, као стручњак може оцијенити кад неће бити на градилишту, а да то нема утицаја на квалитет његовог надзора, јер се нпр. изводе радови чија се контрола може увијек провести (што није случај кад се врши бетонирање, изводе темељи, раде изолације и сл.).

Доказе о уграђеним материјалима и опреми дужан је да обезбиједи извођач радова, у складу са техничким нормама, прописима и захтјевима главног пројекта, а надзорни орган је дужан да присуствује узимању контролних узорака, односно узорака којима се на градилишту доказује квалитет уграђених грађевинских производа.³² Приликом техничког прегледа објекта, наручилац или извођач радова морају дати комисији на увид, између осталог, доказе о квалитету радова, грађевинских производа и опреме и документацију о извршеним испитивањима и резултатима тестирања носивости конструкције, ако се посебним прописима захтијева тестирање.³³

За неке материјале произвођачи са испоруком материјала дају гаранције и атесте о квалитету и то служи као доказ о квалитету. Овдје је одговорност надзорног инжењера сведена на минимум, изузев ако је било разлога да посумња у квалитет материјала, а ништа није подузео да се сумња отклони.

Јасна и недвосмислена обавеза надзорног органа, кад утврди да материјал који извођач уграђује није задовољавајућег квалитета, јесте да подузме одговарајуће мјере да се тај материјал уклони, односно да се више не уграђује. У случају да то овај не учини наручилац има одговарајућа права, посебно ако су угрожени животи људи, сусједних објеката и стабилност објекта.³⁴ Он има право набавити одговарајући материјал и ангажовати другог извођача, а све трошкове у вези с тим треба да сноси извођач.

4.3. Одговорност за поштовање рокова

Надзорни орган прати ток грађења и контролише да ли се радови изводе према роковима из уговора, тзв. динамичком плану, да би благовремено могао указати на кашњење у изградњи. С обзиром на његове

³² Чл. 117 ст. 1 тач. г) и чл. 119 ст. 1 тач. в) ЗУПГ.

³³ Чл. 143 ст. 2 тач. б) и в) ЗУПГ.

³⁴ Ако извођач не изводи радове по уговореној техничкој документацији, техничким прописима и стандардима, као и према резултатима сопственог испитивања и правилима струке, наручилац има право да захтијева обустављање даљег извођења радова, односно да захтијева промјену материјала или употребу материјала и опреме одговарајућег квалитета. Ако је на тај начин доведена у питање сигурност објекта, живота људи или сусједних објеката, наручилац има право да захтијева да извођач поруши изведене радове и да радове поново изведе о свом трошку на начин који је уговорен – узанса 79.

Извођач је дужан да поступи по свим основним захтјевима наручиоца поднесеним у вези с вршењем стручног надзора – узанса 102.

уписе у грађевински дневник, он може потврдити одређене оправдане ситуације извођача радова, кад овај касни без своје кривице, због више силе и сл., па му, уз сагласност наручиоца, може продужити рокове.

4.4. Одговорност за обрачун радова

Изведени радови плаћају се на основу привремених ситуација и окончане ситуације,³⁵ претходно контролисане од стране надзорног органа. Тако су плаћање регулисале Посебне узансе и тако се плаћање грађевинских радова врши и данас. Код продаје робе, то је рачун – фактура, а у грађевинарству, то је ситуација.³⁶ Наручилац изведене грађевинске радове извођачу радова плаћа по испостављеним привременим ситуацијама, које претходно овјерава надзорни орган. Зато је обавеза надзорног органа да, прије него што овјери ситуацију, изврши контролу количина и цијена унијетих у ситуацију. Наручилац ће платити извођачу радова цијену по овјереним привременим ситуацијама, јер то за њега значи да су радови које је навео извођач радова заиста изведени, да су уграђени одређени материјали и да наведене цијене одговарају уговореним цијенама.³⁷ Надзорни орган не смије без оправданог разлога одбити овјеру ситуације. Овјера ситуације је приједлог наручиоцу да плати извођачу радова цијену изведених радова, а на наручиоцу је даље ризик ако то не учини.

Надзорни орган одговара за штету коју наручиоцу радова начини, уколико савјесно и стручно не изврши контролу привремених ситуација и окончане ситуације. То може бити на начин да је одбио да овјери ситуацију без оправданог разлога или је овјерио ситуацију са нетачним подацима, без обзира на то радило се о количини или о цијени.

Повећана је одговорност надзорног органа кад је у питању овјера

³⁵ Узанса 58.

³⁶ Привремене ситуације испоставља извођач за период од мјесец дана. Привремена ситуација доставља се наручиоцу у примјерном року по истеку периода на који се односи. Окончану ситуацију извођач саставља и подноси на исплату по извршеној примопредаји изведених радова. Привремене ситуације и окончана ситуација садржи податке о количинама и цијенама изведених радова, укупној вриједности изведених радова, раније исплаћеним износима и износу који треба платити на основу испостављене ситуације – 62. узанса Посебних узанси.

³⁷ „Првостепени суд је пропустио да цени од каквог је значаја чињеница да је спорна привремена ситуација потписана и оверена печатом од стране овлашћеног лица туженог, али не и од стране надзорног органа. Надзорни орган је, наимае, поред наручиоца требало да потврди да су радови заиста изведени у изнетим количинама и по наведеној цени“ – Пресуда Вишег трговинског суда број: Пж 2713/2005.

ситуација са вишковима и мањковима радова или кад су извршени непредвиђени и накнадни радови.³⁸

4.5. Одговорност за поштовање прописа

У низу обавеза и одговорности надзорног органа битна је обавеза надзорног органа у погледу праћења поштовања законских других прописа приликом извођења радова, па самим тим и његова значајна одговорност у томе. Иако су извођач радова и надзорни орган стручњаци који по природи ствари морају да знају прописе из области грађевинарства и све друго везано за грађење, одговорност је на надзорном органу (која може бити подијељена са извођачем радова), ако није упозорио извођача радова, упознао наручиоца, предузео друге радње да се посао одвија у складу за прописима. То су прописи из области грађења и урбанизма, али и из области заштите на раду, стварних права и сл. С обзиром на то да наручилац углавном не зна прописе, или бар не треба да их зна, он ангажује надзорни орган, зато га плаћа и од њега очекује да прописе познаје, понаша се по њима и одговара ако их се не придржава па му (наручиоцу) при том настане штета било које врсте. Овдје се не умањује одговорност извођача радова, који такође одговара наручиоцу, с тим што потреба познавања прописа може да буде шира од оне која је потребна извођачу радова.

Основно правило поступања надзорног органа су уписи у грађевински дневник³⁹ и писмени извјештаји наручиоцу у смислу упознавања и упозорења.

³⁸ Вишкови радова су количине изведених радова које прелазе уговорне количине, а мањкови радова су негативна одступања изведених радова у односу на уговорне количине радова. Непредвиђени радови су они радови који уговором нису обухваћени, а морају се извести, а накнадни радови су они радови који нису уговорени и нису нужни за испуњење уговора, а наручилац захтијева да се изведу. Дефиниције према узанси 9.

³⁹ Нпр. то дефинишу одредбе Правилника о садржини и начину вођења књиге инспекције и грађевинског дневника, Републике Србије: Члан 15. Надзорни орган уноси у грађевински дневник податке, запажања и налоге који се односе на: 1. квалитет и постојање сертификата за материјал и продукте који се уграђују; 2. квалитет и поступак извршења појединих радова; 3. извршени преглед радова који се у каснијим фазама не могу контролисати (темељна јама, оплата, арматура и др.); 4. потпуност техничке документације и допунска објашњења пројектанта; 5. вишак уговорених, односно накнадних радова; 6. допунску техничку и другу документацију која је достављена извођачу радова; 7. примједбе и запажања која су у грађевински дневник уписала овлашћена лица из члана 12 овог правилника; 8. друге примједбе и запажања која сматра корисним за усмјеравање даљег процеса грађења. Члан 16. Надзорни орган за поједине радове може у грађевински дневник да уноси одговарајуће податке и запажања из члана 15 овог правилника које се односе на радове над којима он врши стручни надзор. Члан 17. Оригинал грађевинског дневника чува одговорни извођач радова, а копију надзорни орган, за све време грађења објекта.

5. Прекршајна одговорност

Поред грађанскоправне одговорности која је одређена одредбама ЗОО и уговором, надзорни орган може одговорати дисциплински, прекршајно и кривично. Дисциплинска одговорност се односи на повреду моралних, етичких и правила струке, унутар саме струке и о њој одлучују унутар удружења и групација архитеката и инжењера. Кривични закон РС⁴⁰ нема експлиците одредбу кривичне одговорности надзорног органа, као што има за извођача и пројектанта, док нпр. Казнени закон Хрватске има (чл. 266).

Прекршајну одговорност правног и физичког лица које врши стручни надзор над грађењем, као и одговорног лица у правном лицу, ЗУПГ је утврдио у казним одредбама⁴¹. За одређене прекршаје су за правна и физичка лица која врши стручни надзор над грађењем и за одговорно лице у правном лицу предвиђене новчане казне⁴², а за одређене прекршаје се могу изрећи заштитне мјере забране обављања дјелатности из лиценце у трајању од шест мјесеци.

6. Ослобођење или ограничење од одговорности

Одговорност надзорног органа је повећана, јер он ради као стручњак, са дужном и повећаном пажњом, ради по правилима струке из области грађевинарства и њему нико, па ни наручилац, не може издати налог да ради мимо правила струке (поготово кад се ради о стабилности објекта). Значи да се надзорни орган неће ослободити одговорности ако је радио по захтјевима наручиоца, а при том није поштовао правила струке, јер наручилац може, а не мора, да познаје правила струке. Па тако и одредба ЗОО „нормалног и разумног надгледања“ не може се тумачити са становишта нормалног и разумног за просјечног човјека, него са становишта стручњака.

Није спорно да надзорни орган одговара за посљедице грешака и пропуста које направи он или лице које он запосли. Поставља се питање

⁴⁰ Кривични закон РС, Службени гласник РС, бр. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 и 67/13 нема експлиците одредбу кривичне одговорности надзорног органа, као што има за извођача и пројектанта, док нпр. Казнени закон Хрватске има (чл. 266).

⁴¹ Чл. 183 ЗУПГ.

⁴² За правно лице које врши стручни надзор над грађењем предвиђена је новчана казна од 5.000 КМ до 15.000 КМ, за одговорно лице у правном лицу од 500 КМ до 1.500 КМ, а за физичко лице које врши стручни надзор над грађењем 1.000 КМ до 3.000 КМ.

када се надзорни орган може ослободити одговорности у цијелости или дјелимично.

Општепостављено правило је да се дужник ослобађа одговорности због кривице или радње повјериоца, односно да се накнада штете смањује сразмјерно кривици повјериоца.⁴³

Такође је општеприхваћено правило да ће се дужник ослободити одговорности ако не испуни своју обавезу због околности насталих послје закључења уговора, које није могао спријечити, отклонити или избјећи.⁴⁴ ЗОО не допушта никаква ограничења одговорности за штету насталу намјерном радњом или крајњом непажњом. Таква се одговорност не може ни уговором напријед искључити.⁴⁵

Према *FIDIC*-овим Општим правилима, ИГРА 1979. *D&S*, савјетодавни инжењер је одговоран само за посљедице грешака и пропусти које произлазе из његове грубе непажње или његових намјештеника и то у обиму и на начин наведен у поглављу од 2.4.2. до 2.4.9.⁴⁶ У том смислу уговорне стране ограничавају одговорност савјетодавног инжењера до одређеног новчаног износа, који уносе у уговор. Савјетодавни инжењер нема никакву одговорност за кршење прописа или права трећих странака, ако му на те прописе или права наручилац није претходно писмено скренуо пажњу. Одговорност савјетодавног инжењера истиче са издавањем потврде о одржавању. Савјетодавни инжењер нема никакву одговорност за дио радова који он није пројектовао или који нису пројектовани под његовом одговорношћу или који није изграђен под његовим надзором. Савјетодавни инжењер нема никакву одговорност за онај дио радова за који одговорност лежи на извођачу или испоручиоцу, нити за штете настале као посљедица чина извођача или испоручиоца, који није у складу са уговорним документима или упутствима савјетодавног инжењера.⁴⁷

У Енглеској је воља уговорних страна закон и нема јавноправних ограничења.

У Њемачкој се одговорност савјетодавног инжењера искључује ако су штете настале као посљедица кривице других (извођача, наручиоца и др.) и ако штете немају везе са грађевином.

⁴³ Чл. 267 ЗОО.

⁴⁴ Чл. 263 ЗОО.

⁴⁵ Чл. 265 ст. 1 ЗОО.

⁴⁶ Поглавље 2.4. Одговорност савјетодавног инжењера у Међународним општим правилима за споразуме између наручиоца и савјетодавног инжењера за пројектовање и надзор извођења грађевинских радова, ИГРА 1979. *D&S* (превод).

⁴⁷ 2.4.3. до 2.4.9. Општих правила ИГРА 1979. *D&S* (превод)

ЗАКЉУЧАК

Из датог рада да се закључити да је одговорност надзорног органа сложена и деликатна. Иако је у уговорном односу са наручиоцем, надзорни орган је у комплексним односима са извођачем, пројектантом и трећим лицима. Обављајући послове надзора, надзорни орган је, штитећи економске и друге интересе наручиоца, поштујући прописе, дужан да буде објективан, непристрасан и правичан према свим учесницима у поступку грађења. Основна обавеза надзорног органа из које произилази његова одговорност је да врши стручни надзор над радовима, а посебно у погледу врсте, количине и квалитета радова, материјала и опреме и предвиђених рокова. Он је дужан да своју обавезу извршава стручно, са дужном пажњом, показујући своје знање, умијеће и вјештину која се од њега као стручњака очекује. Због тога се његова одговорност цијени примјеном принципа професионалне одговорности. Права, обавезе и одговорност надзорног органа у Републици Српској уређени су ЗУГП и ЗОО. Стручни надзор у процес грађења је дефинисан као право наручиоца и обавеза извођача. Питање на које грађанскоправна регулатива треба да јасније да одговоре јесте када и у којим случајевима надзорни орган одговара за накнаду штете због пропуста у вршењу надзора, с обзиром на његова овлашћења и положај у односу на све учеснике у поступку грађења, а посебно након примопредаје објекта.

Mirjana Zeljković, PhD

Director of the Legal Service „Krajina“ Banja Luka

SUPERVISOR LIABILITY IN CONSTRUCTION CONTRACTS

Summary

On the basis of the given work, we can draw the conclusion that the liability of the construction supervisor is complex and delicate. Even though they are legally bound to the employer, the construction supervisor maintains a complex relationship with the contractor, architect and third parties. Dur-

ing the supervision period, the construction supervisor, while protecting the legitimate business and other interests of the employer, needs to ensure objectivity, impartiality and fairness to all the parties involved in the construction process. The main responsibility of the construction supervisor, from which arises their liability, is to carry out professional supervision of work execution, especially regarding the type, amount and quality of work, material and equipment as well as the established deadlines. The supervisor needs to carry out their duties professionally, conscientiously and demonstrating the knowledge, skill and competence which are required from experts. That is why their liability is estimated on the basis of their professional accountability. The rights, duties and responsibilities of the construction supervisor in the Republic of Srpska are set out in laws such as the Construction Law and the Law on Contractual Relations. The professional supervision in the construction process is defined as a right of the employer and a duty of the contractor. The question to which legislation needs to provide a clearer answer is when and in which cases the construction supervisor is held responsible for the damages that may arise from the oversights in the supervision process, given their authorizations and their role regarding all the parties in the construction process, and especially after the acceptance procedure.

Keywords: *supervision authority, professional supervision, liability, client, constructor, construction works.*

ПРИНУДНО НАМИРЕЊЕ КАО ПРЕДМЕТ ПОБИЈАЊА ПРАВНЕ РАДЊЕ У СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ

Др Далибор Пејаковић*

Апстракт: Овим радом покушава се анализирати значај института побијања правних радњи дужника у стечајном поступку. Након краћег приказа историјског развоја и релевантних законских извора овог института даје се анализа услова и начина побијања правних радњи дужника у стечајном поступку. Нарочито се ставља нагласак на поједине одредбе побијања правних радњи у судском, односно извршном поступку. Скреће се пажња на проблеме који се јављају у фази принудног намирења у извршном поступку, затим се даје кратак осврт на правне посљедице побијања правних радњи у поступку принудног намирења.

Кроз приказ судске праксе у овој области у раду се анализира значај поступка побијања правних радњи стечајног дужника.

Резултат који се овим радом жели постићи јесте да се учини један допринос потпунијем и цијеловитијем сагледавању правних питања која се могу поставити у вези са правним посљедицама побијања правних радњи стечајног дужника, нарочито у поступку принудног намирења.

Кључне ријечи: стечај, намирење, побијање, радња дужника.

УВОД

У савременом развоју привредног права веома важан институт који се примјењује ради намирења повјерилаца јесте стечајни поступак. Овај се поступак проводи како би се дошло до уновчења имовине стечајног дужника и извршила подјела уновчених средстава стечајним

* Адвокат из Бање Луке

повјериоцима. Отварањем стечајног поступка долази до низа правних посљедица којима се мијења статусни положај и стечајног дужника и стечајних повјерилаца. У Босни и Херцеговини и земљама у региону стечајни поступак је нарочито постао значајан у поступку транзиције и приватизације државних предузећа, гдје је у великој мјери дошло до покретања стечајног поступка над непрофитабилним предузећима.

Из ових разлога било је потребно у законодавствима свих држава бивше Југославије донијети закон који би био свеобухватан и детаљно прописивао поступак и начин провођења стечајног поступка.

Ранији закон којим се дефинисао поступак принудног поравнања није више одговарао савременим потребама и проблемима развоја привреде у другачијем државном уређењу, те се прије свега скренула пажња на законодавно регулисање овог института у европским земљама које су имале најдужу традицију у развоју привреде привредног права у цјелини.

Стога су готово све земље у региону, укључујући и Босну и Херцеговину, своје стечајне законе углавном израдиле по узору на њемачки закон о стечајном поступку, али првенствено се служећи директивама Европске уније.

У Хрватској је 5.6.1996. године донесен Стечајни закон Републике Хрватске, који је са одређеним измјенама још увијек на снази¹.

Република Србија је 16.12.2009. године донијела Закон о стечају², док је Црна Гора свој Закон о стечају донијела 11.1.2011. године³.

У Босни и Херцеговини на снази су два закона о стечајном поступку, односно Закон о стечајном поступку Републике Српске од 29.3.2010. године и Закон о стечајном поступку Федерације БиХ од 30.6.2003. године са измјенама из 2004. и 2006. године.

Међутим, и поред оваквог законског уређења основних законских одредаба стечајног поступка, у пракси се јављају одређени проблеми и недоумице са којима се нарочито сусрећу стечајни повјериоци и стечајни управници.

Један од јако великих проблема јесте питање побијања правних радњи стечајног дужника у стечајном поступку, нарочито када се ради о радњама које су предузете у судском поступку.

¹ Објављено у "Народним новинама РХ", бр. 44 од 5.6.1996, 29/99, 129/00, 123/03, 197/03, 82/06, 116/10, 25/12, 133/12.

² Објављен у "Сл. гласнику РС", бр. 104 од 16. 12.2009, 99/11, 71/12, 83/14.

³ Објављен у „Сл. листу Црне Горе“, бр. 1 од 11.1.2011. године.

1. НАСТАНАК И РАЗВОЈ ИНСТИТУТА ПОБИЈАЊА

Први почетни облици института побијања првенствено се везују за римско право. Иако не можемо рећи да се у римском праву познавао стечајни поступак, о појединим, другачијим облицима развоја побијања правних радњи дужника увођењем појединих института у праву свакако можемо говорити, те из наведеног разлога римско право представља извор из кога се постепено развијала установа побијања правних радњи.

Још у римском праву се јавила потреба за проналажењем начина да се дужникова имовина којом је противправно поступао и тиме оштетио намирење повјерилаца врати дужнику како би се повјериоци могли намирити. Првобитни облици намирења повјерилаца у римском праву имали су казни карактер, те је прије свега постојала самовласна помоћ и освета која је карактеристична управо за друштво у ком не постоји развијен механизам заштите повјерилаца. Закон XII таблица је прописивао да више повјерилаца могу на комаде исјећи свог заједничког дужника ако исти није хтио или није могао да плати своје дугове. Почетак ширења реалног извршења представља „*legis actio per pignoris capionem*“, која је прије свега служила да се извршење проведе на имовину дужника као средства обезбјеђења.

Најразвијенији институт у римском праву који се односио на право побијања радњи дужника свакако је била „*actio Pauliana*“. Постојао је још један институт, „*interdictum fraudatorium*“, којим су повјериоци имали право захтијевати да им трећи врати оно што је примио од дужника за ког је знао да је инсолвентан, који је у Јустинијаново доба спојен са „*restitutio in integrum*“ у једну тужбу – „*actio Pauliana*“⁴.

Ова се тужба односила на побијање свих правних радњи дужника које су извршене са циљем оштећења повјерилаца. Правне радње су се обично односиле на отуђење ствари, неподизање тужбе, опрост дуга и сл.

Услови за примјену ове тужбе су били да је дужник овом побојном радњом осиромашен, односно презадужен, да је овом радњом дошло до оштећења повјерилаца, да постоји намјера оштећења повјерилаца, односно свијест дужника да својом радњом погоршава свој имовински положај ако зна да има неподмирене повјериоце и такође да је дужников саговорарач знао за ову дужникову намјеру у тренутку извршења радње отуђења.

⁴ Више о томе Делибашић Т., *Побијање правних радњи стечајног дужника*, Београд 1999, стр. 94.

Тужба се подносила против дужника и трећег лица и имала је реститутиван карактер.

Развој института побијања у средњем вијеку одвијао се под утицајем римског права. Прописи из ове области сачињавали су се у градским статутима, а карактерише их све јаче учешће јавне власти која је преузимала управљање над имовином дужника прије отварања стечаја како би се истоме ускратила способност располагања имовином.

Преовладало је схватање да су ништави сви правни послови дужника учињени непосредно прије отварања стечаја, те се у овом случају није доказивала намјера дужника.

Овај систем се даље развијао и у француском „Code civil“ из 1804. године, гдје је у члану 1167 предвиђено да повјериоци могу нападати дјела дужника које је исти извршио у циљу изигравања њихових права. Ово је тзв. „паулијанска тужба француског права“.

Потраживање повјериоца мора да буде доспјело, те да је извршеник довео себе у стање инсолвентности актом који се побија. Потребно је утврдити намјеру дужника за оштећењем повјериоца или да постоји свијест о штети која ће проистећи за повјериоца, али претпоставка о знању за сопствену инсолвентност није необорива. Уколико се ради о теретним располагањима потребно је и знање дужниковог сауговорача за намјеру оштећења. У француској се овај систем даље развијао, те је у Трговачком законуку Француске (Code de commerce) из 1807. године установљено становиште да је трговац већ у стечају чим не може платити, па су ништави сви правни послови које дужник закључи након обуставе плаћања, чији датум утврђује суд по слободној процјени (чл. 441–447). Трговачки законик Француске је прописивао да је довољан објективан елемент, односно само предузимање правних радњи, али је 1838. године уведен и субјективни елемент, односно знање друге стране да је дужник обуставио плаћања и то за поједине врсте послова, док је за остале врсте послова, као што су чињење поклона, плаћање недоспјелих дугова, заснивање залога за старије дугове и сл. за утврђење ништавости била довољна и сама инсолвентност дужника.

Овај тзв. институт италијанско-француског права пренесен је готово на идентичан начин и у енглеско законодавство (Bankruptcy act 1883), што је ријеткост у енглеском законодавству да правна дисциплина нема свој извор у обичајном већ у писаном праву. Сви поклони осим поклона који су учињени у браку у року од двије године од отварања стечаја су ништави. Ова ништавост постоји без обзира на то да ли је у моменту

поклањања постојала инсолвентност, а уколико јесте постојала, поклони су ништави уколико није протекло десет година. Ни у једном ни у другом случају није било потребно доказивати злонамјерност, јер се иста претпоставља, а супротно доказивање није дозвољено.

Институт француског права пренесен је и у Босну и Херцеговину доношењем отоманског трговачког закона 1860. године, али он није примјењиван јер није имао у виду посебне услове који су владали у турској држави. Стечајни ред је у БиХ донесен 1883. године и сачињен је по узору на аустријски закон о стечају из 1868. године. Овај закон није познавао институт побијања јер се сматрало да се не ради о ствари битној за стечајни поступак, већ да се ради о поступку према дужнику уопште. Будући да је институт побијања јако неопходан у стечајном поступку, под утицајем аустријског права у БиХ је 1887. године донесен Закон о побијању правних дијела која се тичу инсолвентна дужника који не може платити. У овај закон пренесен је институт паулијанског побијања према ком дужник треба да предузме побојну радњу у намјери оштећења повјерилаца. Закон познаје и институте бесплатног правног располагања, побијања расипања имовине којом се повјериоци оштећују и сл.

Развој стечајног права наставио се доношењем Стечајног закона Краљевине СХС 1929. године, који је донесен по узору на аустријски закон из 1914. године. Овај закон је предвидио пет разлога побијања, и то: намјеру оштећења, отуђивање имовине у бесцијење, бесплатна и њима изједначена располагања, поговорање повјерилаца, знање и неспособност плаћања (пар. 28–32). Побијање намјере оштећења повјерилаца развило се под утицајем римске „actio Pauliana“.

У послеријатној Југославији наше привредно право није познавало стечај све до доношења Уредбе о престанку предузећа и радњи 1953. године, којом је уведен систем принудне ликвидације. Ова уредба је у члану 48 предвиђала да повјериоци имају право побијања свих правних радњи предузећа у посљедњих годину дана којима се иде на оштећење повјерилаца или ремети њихово равномјерно намирење. Побијати су се могле и неосноване исплате преко износа обрачунских плата ако су руководећи органи у предузећу знали или могли знати за привредне тешкоће у којима се предузеће налази. Уредба је имала много недостатака, прије свега основна средства предузећа и средства амортизационог фонда нису улазила у ликвидациону масу, те је 1965. године донесен Закон о принудном поравнању и стечају.

Према овом закону, повјерилац стечајног дужника имао је право побијања правних радњи дужника које је исти учинио посљедњу годину прије отварања стечајног поступка у случајевима: ако се ремети равномјерно намирење повјерилаца или се поједини повјериоци стављају у повољнији положај, располагања без накнаде или уз незнатну накнаду основних средстава или средстава заједничке потрошње предузећа. Поред објективних претпоставки, тражила се и субјективна претпоставка, односно да је друга страна знала или морала знати за неповољно економско-финансијско стање стечајног дужника. У Закону о санацији и престанку организација удруженог рада из 1980. године значајне новине су случајеви у којима је искључено побијање. То су случајеви, односно радње које је дужник извршио након отварања стечаја у оквиру редовног пословања, послови одобрени од стране принудног управника, радње учињене након извршења закљученог принудног поравнања, поједини случајеви исплате по мјеницама и чековима ако је друга страна морала примити исплату да не би изгубила право на регрес против осталих мјеничних обвезника. Закон о санацији и престанку организација удруженог рада СФРЈ из 1986. године и Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији СФРЈ из 1989. године не садрже битније измјене института побијања правних радњи стечајног дужника.

2. САВРЕМЕНИ ИНСТИТУТИ РАЗВОЈА ПОБИЈАЊА

Данашњи институти побијања правних радњи дужника у зависности од саме природе побијања регулисани су тзв. ванстечајним и стечајним побијањем.

Иако и један и други институт имају за циљ заштиту интереса повјерилаца, ова два института се значајно разликују, те су из ових разлога различитим законима регулисани.

Закон о облигационим односима садржи опште правне норме за право побијања изван стечаја (*lex generalis*), па су оне обимније по садржају. Оне дају шире могућности за вршење права побијања дужникових правних радњи. Одредбе закона о стечају су посебне норме за побијање правних радњи стечајног дужника (*lex specialis*), па их је мање у закону и дају мање могућности за побијање⁵.

Ванпарнично право побијања регулисано је Законом о облигационим односима. У Босни и Херцеговини институт ванпарничног

⁵ Више о томе: Велимировић М., *Стечајно право*, Нови Сад 2004, стр. 109.

побијања готово на идентичан начин регулисан је члановима 280-285 ЗОО Федерације БиХ и ЗОО РС и члановима 350–354. ЗОО Брчко Дистрикта БиХ. Према овим законима, побојна радња дужника представља сваку радњу којом усљед њеног извршења дужник нема довољно средстава за испуњење повјериоачевог потраживања или пропуштање дужника којим је за истог настала каква обавеза, или је исти изгубио какво материјално право. За побијање је неопходан и субјективан услов, односно да је дужник знао или могао знати да предузетим располагањем наноси штету својим повјериоцима и ако је трећем лицу са којим је или у чију је корист правна радња предузета то било познато или могло бити познато. Овај субјективни услов на страни трећих лица не се мора доказивати уколико се ради о сроднику по крви у првој линији или у побочној линији до четвртог степена, или по тазбини до истог степена, као и уколико се ради о бесплатним располагањима.

Правна радња се побија тужбом која се подноси против трећег лица са којим је или у чију је корист предузета правна радња која се побија, а која се подноси у року од једне године за теретно располагање, а за остале случајеве у року од три године од дана када је правна радња предузета.

Становиште судске праксе је да тужитељ своју активну легитимацију црпи из чињенице да је дужник предузео одређену побојну радњу, без обзира на то са ким је закључен одређени правни посао. Ово прије свега из разлога што се побија правна радња, а не правни однос⁶.

За разлику од тзв. ванстечајног побијања, у стечајном поступку постоје посебни институти побијања који су регулисани посебним законима.

Иако је и једним и другим институтом заједнички циљ намирење потраживања повјерилаца, међу истима постоје значајне разлике. Код ванстечајног побијања се претпоставља да је дужник тренутно у финансијској ситуацији да не може да извршава своје обавезе према повјериоцима, те из тог разлога повјериоци могу да траже поврат имовине која је изашла из власништва дужника како би се финансијско стање дужника побољшало. За разлику од ванстечајног побијања, код стечајног побијања је дужник запао у тако тешку финансијску ситуацију из које сам сопственим средствима не може изаћи. Ванстечајно побијање обично се врши ради намирења једног повјериоца, односно исто је индивидуалног карактера, док се стечајно побијање врши у корист свих

⁶ Пресуда Вишег привредног суда у Београду, Пж. 3356/97 од 7.8.1997. године.

повјерилаца. У стечајном поступку рокови за побијање се рачунају од дана отварања стечајног поступка, док се у ванстечајном поступку ти рокови рачунају од дана подношења тужбе. У ванстечајном поступку услов за побијање правне радње јесте да постоји доспјело потраживање за исплату, док се у стечајном поступку овај услов не тражи јер се у стечајном поступку сва недоспјела потраживања сматрају доспјелим. У ванстечајном поступку повјерилац мора да докаже да се не може намирити од дужника, док у стечајном поступку овај услов не треба доказивати, с обзиром на сам разлог покретања стечајног поступка.

3. ОСНОВНЕ ПРЕТПОСТАВКЕ ЗА ПОБИЈАЊЕ ПРАВНИХ РАДЊИ

У Босни и Херцеговини постоје два посебна закона која регулишу ову област, односно Закон о стечајном поступку РС, у ком је ова одредба регулисана члановима 80–90 и Закон о стечајном поступку ФБиХ у ком је ова одредба регулисана члановима 80–86.

Ова два закона на идентичан начин регулишу институт побијања јер се приликом израде наведених закона водило рачуна о јединственом правном регулисању стечајног права у Босни и Херцеговини.

Према овим законима, побијати се могу све правне радње које су предузете прије отварања стечајног поступка којима се ремети равномјерно намирење повјерилаца.

Општи разлози побијања прописани законом јесу да је радња предузета посљедњих шест мјесеци прије подношења приједлога за отварање стечајног поступка и платежна неспособност дужника. У овом случају се тражи и субјективан услов, односно да је повјерилац знао за платежну неспособност дужника, или то из грубе непажње није знао. Ова презумпција је оборива и установљена је у корист побијача, односно тужитеља, те доказивање одсуства намјере или непажње терети противнике побијања, односно тужене, а не тужитеље⁷. Ово су разлози за побијање правних радњи које су предузете прије покретања стечајног поступка. Из ове одредбе видимо да се оцјењује и степен кривице повјериоца, те је као услов побијања неопходно да је повјерилац знао за платежну неспособност дужника или да из грубе непажње није знао⁸. Из

⁷ Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 167/97 од 23.4.1997. године.

⁸ Знање за намјеру се претпоставља ако је друга страна знала да дужнику пријети неспособност

овога би се могло закључити да се не може побијати правна радња уколико повјерилац из лаке непажње није знао за платежну неспособност дужника.

Закон даље прописује да се може побијати правна радња која је предузета након покретања приједлога за отварање стечајног поступка, али се у овом случају, поред субјективног услова на страни повјериоца, тражи још један алтернативни услов, а то је да је повјерилац знао за поднесени приједлог за отварање стечајног поступка. Уколико је радња дужника омогућила повјериоцу неуобичајено осигурање или намирење које повјерилац у вријеме предузимања правне радње није могао или није на тај начин имао право захтијевати, она се такође може побијати. У овом случају рокови прописани законом су доста краћи те је прописано да се може побијати правна радња предузета у посљедњем мјесецу прије подношења приједлога за отварање стечајног поступка или након подношења приједлога, а уколико је стечајни дужник био платежно неспособан таква радња се може побијати уколико је предузета у току трећег или другог мјесеца прије подношења приједлога за отварање стечајног поступка. Уколико се ради о повезаним лицима, односно брачним сродницима или лицима која живе у заједничком домаћинству, субјективни услов се претпоставља, те се не мора доказивати.

Када се ради о правној радњи дужника без накнаде таква радња се може побијати уколико је предузета пет година прије покретања приједлога за отварање стечајног поступка. Рок од пет година је такође прописан за радње које је дужник предузео са намјером да оштети повјериоца. У овом случају се тражи и субјективан услов, а то је да је у вријеме предузимања радње друга уговорна страна знала за намјеру стечајног дужника. Правна радња се може побијати тужбом која се према Закону о стечајном поступку РС и ФБиХ подноси у року од двије године од дана отварања стечајног поступка.

Лице које је овлашћено за побијање правних радњи је стечајни управник, али закон прописује и да побијати правну радњу могу и повјериоци дужника, уз услов да стечајни управник није на позив повјерилаца покренуо парницу у року од 30 дана од дана пријема позива повјериоца⁹.

за плаћање и да се радњом оштећују повјериоци, пресуда Врховног суда Хрватске број: Ревт-15/08-2 од 22.4.2008. године.

⁹ На сједници Одјељења за привредне спорове Вишег привредног суда у Београду која је одржана дана 23.12.1994. године утврђено је да сви повјериоци који имају потраживање према стечајном дужнику могу побијати дужникове правне радње.

Судска пракса је заузела становиште да и стечајни дужник може да поднесе тужбу за побијање правних радњи по одобрењу стечајног судије, с обзиром на то да се даном отварања стечајног поступка образује стечајна маса у коју улази сва имовина стечајног дужника¹⁰. Стечајни управник тужбу подноси против лица коме је, или у чију корист је правна радња предузета, те је исто лице дужно у случају усвајања тужбеног захтјева вратити у стечајну масу дужника све имовинске користи које је стекао на основу побијане радње.

На сличан начин је институт побијања прописан у законским одредбама о стечају у земљама региона. Члан 120 Закона о стечају Србије такође прописује да се могу побијати правне радње дужника које су предузете у посљедњих шест мјесеци прије покретања приједлога за отварање стечајног поступка. Такође се тражи и субјективан услов, односно да је повјерилац знао или морао знати за платежну неспособност дужника. За разлику од стечајних закона у Босни и Херцеговини, у Републици Србији Закон о стечају прописује да се могу побијати правне радње које су предузете у посљедњих 12 мјесеци, а којим се једном повјериоцу пружа обезбјеђење или даје намирење које он уопште није имао право да тражи, или је имао право да тражи, али не на начин и у вријеме када је предузето.

Исти рокови прописани су и у Закону о стечају Црне Горе.

Члан 128 Стечајног закона Хрватске прописује да се могу побијати правне радње које је дужник предузео у посљедња три мјесеца прије подношења приједлога за отварање стечајног поступка. Овај закон такође детаљно прописује рокове за побијање правних радњи које су довеле до неуобичајеног намирења повјерилаца, односно може се побијати правна радња која је предузета у посљедњем мјесецу прије отварања стечајног поступка или након тога, ако је подузета током трећег или другог мјесеца прије подношења приједлога за отварање стечајног поступка, а дужник је у то вријеме био неспособан за плаћање, или ако је повјерилац знао да се том радњом оштећују стечајни повјериоци.

Закони о стечају Републике Српске, Федерације БиХ, Црне Горе и Србије предвиђају да се код намјерног оштећења повјерилаца, односно правне радње код које је саговорач стечајног дужника знао за намјерно оштећење повјерилаца, ове правне радње могу побијати ако су предузете у посљедњих пет година прије подношења приједлога за покретање стечајног поступка, док хрватски закон о стечају предвиђа доста дужи рок од 10 година за побијање ових правних радњи.

¹⁰ Пресуда Савезног суда СР Југославије, Гзс. 37/97 од 13.11.1997. године.

Када се ради о правним пословима без накнаде, и закони о стечају Црне Горе и Србије предвиђају да се они могу побијати уколико су предузети пет година прије прије подношења приједлога за покретање стечајног поступка, док хрватски стечајни закон предвиђа краћи рок, односно четири године прије покретања приједлога за отварање стечаја.

За разлику од закона о стечајном поступку РС и Федерације БиХ, као и стечајног закона Хрватске, стечајни закони Србије и Црне Горе детаљно описују правне радње које се не могу побијати. Према Закону о стечају Црне Горе, не могу се побијати правне радње које су предузете ради извршења плана реорганизације стечајног дужника које су предузете након отварања стечајног поступка, настављања послова након отварања стечајног поступка, ако је стечајни дужник истовремено или у кратком периоду прије или послје извршеног правног посла примио једнаку вриједност у виду противнакнаде од повјериоца или другог лица за чији рачун је извршен правни посао.

Закон о стечају Србије, поред ових одредаба, додаје и да се не могу побијати исплате по мјеницама или чековима ако је друга страна морала примити исплату да не би изгубила право на регрес против осталих мјеничних односно чековних повјерилаца.

Овај закон такође прописује да се правна радња, односно правни посао који представља уобичајено или неуобичајено намирење повјерилаца не може побијати ако је правна радња предузета прије подношења приједлога за отварање стечајног поступка, уколико се ради о оквирно закљученом уговору или уколико се ради о уобичајеној пословној пракси за извршење уговора такве врсте.

Стечајни закон Хрватске предвиђа да стечајни управник може поднијети тужбу за побијање правних радњи само по одобрењу стечајног судије. За разлику од ових закона, закони о стечају Србије и Црне Горе не предвиђају посебне услове за побијање правних радњи стечајног дужника, односно само предвиђају да су овлашћени за побијање правних радњи стечајни управник и повјериоци.

Дејства побијања сви наведени закони прописују на исти начин. Ако се захтјев за побијање правне радње прихвати, побијана правна радња је без учинка према стечајној маси и противна је страна дужна вратити у стечајну масу све имовинске користи стечене на основу побијане радње. Уколико се ради о правној радњи без накнаде, прималац чинидбе мора вратити оно што је примио само ако је тиме обogaћен, осим ако је знао или је морао знати да се таквом чинидбом оштећују повјерилац.

Закон о стечају Србије и Закон о стечају Црне Горе прописују да противник побијања, након што врати имовинску корист, има право да остварује своје противпотраживање као стечајни повјерилац, подношењем накнадне пријаве потраживања.

4. ВРСТЕ ПОБОЈНИХ ПРАВНИХ РАДЊИ

У нашем законодавству, по узору на римско право, постоји неколико врста побојних правних радњи које се најчешће побијају у пракси.

Као најчешћи вид побијања правних радњи у пракси се јављају активне правне радње. Ради се о свакој правној радњи или изјави воље за предузимање одређене врсте посла, а којом се прима обавеза или врши располагање имовином. У стечајном поступку активне радње су све правне радње дужника којима је исти оштетио стечајне повјериоце, односно којима је извршио ремећење њиховог намирења, јер је радњама дужника дошло до угрожавања имовине дужника. Узрочно-последична веза која се тражи јесте да је због саме радње дужника дошло до промјене у стању дужникове имовине. Као примјер, у активне правне радње спадају разне врсте уговора којима се примају обавезе, којима се одриче од права, заснива заложно право, новирају обавезе и сл.

Поред активних правних радњи, предмет побијања могу да буду и пасивне правне радње дужника, односно радње пропуштања. Основно правило за побијање пасивних правних радњи јесте да дужник свјесно није предузео неку правну радњу, због чега је дошло до промјене дужникове имовине. Битан услов о којем се у овом случају ради јесте свијест и жеља дужника да нечињењем одређене радње умањи своју имовину, те да се све ово одразило на укупну његову имовину. Као примјер пасивних правних радњи обично се наводи пропуштање утврђивања квалитета одређене робе, нестављање приговора застареле потраживања, уступање потраживања, отпуст или признање дуга и сл.

Веома често се у пракси дешава да се побијају и одређене процесне радње, најчешће парничне и извршне. Уколико је дужник у парничном поступку пропустио одређену радњу и изгубио остварење неког права, те је овом радњом дошло до оштећења његове имовине и немогућности намирења повјерилаца, свакако можемо говорити о радњи дужника која се може побијати. У пракси постоји читав низ примјера, односно радњи

које дужник може да предузме и тиме оштети повјериоце. У том смислу нарочито се наводе случајеви уколико дужник није поднио тужбу, уколико је изостао са рочишта, није уложио приговор или жалбу у одређеном року, признање дуга у току парнице, закључено судско поравнање и сл¹¹. Предмет побијања такође могу бити и извршне правне радње за које постоји извршни наслов или исправа, али је такође потребан субјективни однос, да се та радња предузела са циљем оштећења повјерилаца.

Веома битан услов за побијање правних радњи јесте његова противправност, односно да је уништење или оштећење имовинског предмета одређеном лицу донијело корист и да је дошло до промјена у дужниковој имовини. Из ових разлога се симуловани правни послови не могу побијати јер није дошло до промјене у дужниковој имовини. У овом случају они се оглашавају непостојећим. Апсолутно ништави правни послови не могу да буду предмет побијања јер не стварају никакво правно дејство, али истима треба оспорити њихову правну ваљаност јер у супротном могу да производе правно дејство.

Постоји општеусвојено становиште да предмет побијања не могу да буду правне радње дужника које је исти предузео у стечајном поступку ради настављања пословања, или правне радње које су предузете након покретања стечајног поступка, наводећи као основни разлог да се стечајни дужник у тој фази налази у поступку санације путем реорганизације, односно покушају оспособљавања за успјешно пословање.

Такође се наводи и да се не могу побијати исплате по мјеницама, уколико је друга страна морала да прими исплату да не би изгубила право на регрес према осталим мјеничним или чековним дужницима¹².

Постоје и одређена становишта да се побијају и тзв. неуобичајене радње дужника, односно радње које дужник, знајући да би поједини повјериоци били погодовани његовом радњом у односу на друге повјериоце, а коју радњу да не постоји инсолвенција или могућност отварања стечајног поступка над дужником, сигурно не би предузео. Судска пракса наводи случај да је подизање новца на неуобичајен начин (орочени штедни износ подигнут прије истека рока путем пуномоћника

¹¹ Постоји једно становиште које је заузео Апелациони суд у Београду – да се и пропуштање подношења одговора на тужбу може побијати ако је таквом радњом пропуштања, а не донесеном пресудом, нарушено намирење повјерилаца, а и у таквом случају се не може тражити нити утврдити да је пресуда само дјелимично без правног дејства.

¹² Више о томе: Велимировић М., Чоловић В., Спасић С., Милијевић Н., *Актуелна питања стечајног права*, Бања Лука 2008, стр. 133.

и у вријеме када шалтери штедионице нису више радили) од тужитеља представља правну радњу којом су погодовани поједини повјериоци у односу на друге повјериоце¹³.

5. ПОБИЈАЊЕ ПРОЦЕСНИХ И ИЗВРШНИХ РАДЊИ

Основна сврха побијања правних радњи дужника јесте да се отклони негативно дејство проузроковано његовом радњом и да се истим тим побијањем намире повјериоци стечајног дужника.

У ту сврху ова радња побијања се врши подношењем тужбе надлежном суду, што прописују сви законски прописи који регулишу ову област. Ово се прије свега врши из разлога што се и дужнику и трећем лицу мора омогућити да учествује у поступку ради евентуалног истицања одређених приговора или доказа којима се не може успјети тужбом.

Из ових разлога постоји погрешно становиште да се на правила о побијању одлучује по одредбама стечајног поступка. О захтјеву стечајног управника за побијање правних радњи стечајног дужника одлучује се по правилима парничног поступка, а не по правилима стечајног поступка¹⁴. Стога, законско одређење „судски поступак“ подразумијева парнични поступак који се покреће тужбом, а не закон о стечајном поступку, јер се овај закон примјењује као посебан закон у односу на одредбе ЗПП-а.

Оно што је карактеристично за пресуде у овој врсти спора јесте да оне по правилу не дјелују „inter partes“, већ се њихова правоснажност проширује и на друга лица, односно све стечајне повјериоце.

Уколико би противник побијања изгубио спор у парници, тек након што врати имовинску корист има право да остварује своје противпотраживање и то као стечајни повјерилац подношењем накнадне пријаве потраживања у стечајном поступку, будући да стечајни повјериоци своја права могу да остваре само у стечајном поступку¹⁵.

Приликом одлучивања о побијању правне радње дужника суд мора првенствено утврдити у ком дијелу се може поништити одређени правни посао, нпр. уговор, јер се исти може поништити само према стечајној маси, те суд није овлашћен да поништава правни посао, односно уговор са дејством према трећим лицима¹⁶.

¹³ Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 439/97 од 15.7.1997. године.

¹⁴ Рјешење Врховног суда РЦГ, Пж. бр. 523/2004 од 8.12.2004. године.

¹⁵ Пресуда Вишег привредног суда у Бањој Луци број: 59 0 Пс 023002 12 Пж од 20.12.2012. г.

¹⁶ Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 440/96, од 30.10.1996. године.

Поред законом дефинисаног побијања правних радњи, као што смо видјели, предмет побијања могу да буду и процесне радње које је дужник предузео или није предузео у току поступка и томе довео повјериоце до немогућности намирења.

Међутим, у случајевима побијања процесних правних радњи основно питање које се поставља јесте да ли предмет побијања могу да буду и правне радње за које већ постоји извршни наслов или исправа, односно и радње које су проведене у поступку принудног извршења?

У литератури постоје одређена становишта која истичу да се могу побијати правне радње за које је стечен извршни наслов, ако се том радњом ремети равномјерно намирење повјерилаца. Напомиње се да је потребан и субјективан услов, односно да се том радњом ишло на оштећење повјерилаца¹⁷.

Према становишту Врховног трговинског суда Републике Хрватске (пресуда број: Пж-5671/04) извршни суд је дужан присилно провести само оно што је правоснажно пресуђено, те се неулагање жалбе туженог на рјешење о извршењу не може сматрати намјером да се таквим пропустом одређено лице доведе у повољнији положај.

Извршни поступак који је покренут прије отварања стечајног поступка се, по закону, отварањем стечајног поступка прекида. Ово прије свега из разлога што стечајни повјериоци своје потраживање могу да остварују само у стечајном поступку.

И у фази предстечајног поступка могу се предузимати радње које су неопходне како би се спријечило да до доношења одлуке о приједлогу за отварање стечајног поступка не наступе такве промјене имовинског положаја дужника које би за повјериоце могле бити неповољне, те се у том погледу може забранити или привремено одгодити провођење извршења.

Постоје одређена становишта која истичу да је и суд дужан да о забрани извршења пази по службеној дужности, истичући да суд по службеној дужности пази да ли је исправа на темељу које је донесено рјешење о извршењу укинута, поништена, преиначена или на други начин стављена изван снаге, односно је ли на други начин изгубила своју дјелотворност или је утврђено да је без учинка¹⁸.

¹⁷ Више о томе: Велимировић М., Чоловић В., Спасић С., Милијевић Н., *Актуелна питања стечајног права*, Бања Лука 2008, стр. 139.

¹⁸ Више о томе: Ераковић А., *Учници отварања стечаја на парнични и овршини, поступак ликвидације трговачког друштва*.

Дакле, неспорна је чињеница да након отварања стечајног поступка стечајни повјериоци не могу против дужника поднијети приједлог за извршење на дијеловима имовине која улази у стечајну масу нити на другој имовини дужника. Ово прије свега из разлога што је стечај тзв. генерално извршење, па је разумљиво да он искључује индивидуално извршење.

Изузетак представљају излучни и разлучни повјериоци који имају право на посебно намирење у складу са законом о стечајном поступку. Уколико излучни повјерилац посједује извршну исправу, исти може да покрене поступак извршења, јер има право на издвајање имовине из стечајне масе. Разлучни повјериоци такође су овлашћени да након отварања стечајног поступка покрену извршни поступак ради свога намирења, јер околност да је неко разлучно право оспорено не утиче на право повјериоца да своје потраживање осигурано разлучним правом намири ван стечајног поступка.

Правила извршног поступка и намирења су неспорна, будући да су иста прописана законским одредбама.

Међутим, основни проблем који се поставља у судској пракси јесте да ли се може побијати правна радња дужника која је проведена у извршном поступку, а која је дошла у фазу намирења, односно да ли повјериоци могу да побијају рјешење о намирењу које је донио суд у извршном поступку.

Неријетко се у пракси дешава да се након доношења пресуде којом се дужник обавезује на одређену чинидбу покреће извршни поступак ради принудног намирења повјериоца.

Уколико се ради о побојној радњи којом је онемогућено намирење повјерилаца отварањем стечајног поступка против дужника, извршни поступак се прекида. Он се, као што смо видјели, може прекинути и у предстечајној фази.

Међутим, доста спорно питање је да ли се у фази доношења рјешења о намирењу овај поступак може прекинути, односно да ли се може тражити поништај рјешења о намирењу које је донио суд, без обзира на то да ли се ради о намирењу запљеном новчаних средстава, покретних ствари, или се ради о продаји некретнина.

Фаза намирења као завршна фаза у извршном поступку се, по нашем мишљењу, не би могла побијати од стране стечајних повјерилаца.

Поступак намирења ради исплате дуга дужника према повјериоцима није радња стечајног дужника већ радња суда која је чисто формалне природе јер је поступак извршења, продаје, одређивања цијене и остављања рока исплате цијене завршен много прије отварања стечајног поступка.

Уколико би се радило о извршном поступку у ком се извршење проводи продајом покретних ствари извршеника или некретнина, новац од купопродајне цијене који је уплаћен на депозит суда већ је додијељен повјериоцу као тражиоцу извршења, те рјешење о намирењу представља чисто формалну радњу суда којом он намирује повјериоце у поступку који је завршен прије него што је стечајни поступак уопште покренут.

Имовина коју би потраживао тужитељ у овом поступку никада није чинила стечајну масу, те се самим тим не могу ни примјењивати одредбе закона о стечајном поступку, јер је предметна имовина принудно продата прије него што је над тужитељем покренут стечајни поступак.

Предмет побијања не могу да буду судске одлуке, већ само правне радње стечајног дужника, дакле оне које предузима стечајни управник, са којима су изједначени пропуштање и мјере принудног извршења, односно правне радње и мјере које су предузете у поступку принудног извршења, а не одлуке суда које су донесене у поступку извршења.

Овакво становиште заузето је пресудом Окружног привредног суда у Бијељини број: 59 0 Пс 023002 11 Пс од 29.4.2013. године, која је потврђена пресудом Вишег привредног суда у Бањој Луци број: 59 0 Пс 023002 13 Пж 2 од 25.6.2013. године.

Према становишту суда, у противном би дошло до ситуације да суд у парничном поступку практично ставља ван снаге правоснажну и извршну одлуку суда у извршном поступку о намирењу, односно да преиспитује одлуку суда донесену у извршном поступку против које се могао изјавити правни лијек и одузима тој судској одлуци дејства, за шта, према мишљењу суда, нема овлашћења и што није допуштено.

У извршном поступку предмет извршења досуђује се купцу који рјешењем о досуди стиче правни основ за стицање права својине, односно на основу судске одлуке, у складу са одредбама члана 93 и 96 Закона о извршном поступку Републике Српске.

Након рјешења о досуди слиједи процедура намирења тражилаца извршења, која се окончава рјешењем о намирењу које доноси суд. Стога тражилац извршења своје новчано потраживање према извршенику

намирује из купопродајне цијене предмета извршења који су продати у извршном поступку, а према правилима извршног поступка.

У складу са наведеним се у извршном поступку доносе судске одлуке, чију исправност и законитост суд у парничном поступку не може оцјењивати.

Неспорно је да је према члану 109 ЗИП-а јасно дефинисано шта представља рјешење о намирењу, те да је чланом 84 Закона о стечајном поступку РС јасно прецизирано шта се може побијати у стечајном поступку.

У конкретном случају, рјешење о намирењу је правоснажна и извршна исправа и иста је довела до намирења повјерилаца из плаћене купопродајне цијене продатог предмета извршења дужника у извршном поступку.

Такође је неспорно да према члану 15 ЗСП-а стечајни судија може рјешењем одредити да се мјере појединачног принудног извршења, покренуте против стечајног дужника, привремено морају обуставити, али да ли су те мјере у извршном поступку примијењене суд у парничном поступку нема овлашћења испитивати, па стога нити цијенити да ли је судско рјешење о намирењу законито или не.

Ово прије свега из разлога што до прекида поступка извршења долази наступањем правних посљедица отварања стечајног поступка, а не и прије тога, док се са друге стране извршни поступак радњом намирења окончава.

Стога би тужбени захтјев тужитеља којом тражи побијање ове правне радње требало одбити као неоснован.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Основна сврха свих закона који регулишу стечајни поступак јесте да се дође до најповољнијег рјешења за колективно намирење стечајних поверилаца. Оно се остварује добијањем највеће могуће вриједности стечајног дужника, односно његове имовине.

Ово остварење проводи се свим радњама којима се очувава или повећава стечајна маса дужника. Намирење стечајних поверилаца може бити нарушено предузимањем правних радњи од стране стечајног дужника у одређеном временском периоду прије отварања стечајног по-

ступка, а којима се умањује имовина стечајног дужника и наноси штета повјериоцима, односно погодује појединим повериоцима.

Закон о стечајном поступку управо предвиђа да се наведене правне радње могу побијати од стране стечајног управника у име и за рачун стечајног дужника и повјерилаца, са циљем оглашавања те правне радње без дејства како би се предметна имовина вратила у стечајну масу стечајног дужника.

С обзиром на досадашњу праксу, може се закључити да су побојне тужбе у стечају веома актуелне и значајне, јер се истим штити имовина стечајног дужника и интереси повјерилаца.

Међутим, код подизања предметних тужби треба нарочито бити опрезан о каквим правним радњама се ради и да ли се исте могу побијати. Радње које су предузете у судском поступку могу се побијати, али судске одлуке се врло тешко могу побијати, те у том погледу треба бити нарочито опрезан.

Ово питање није прецизно дефинисано законом, те је потребно правно становиште судова које ће заузети када се повјериоци са овим проблемом сусретну у пракси.

Иако постоји одређено индивидуално становиште судија који своје ставове изражавају у судским пресудама, ово питање није у пракси ријешено на јединствен начин.

Стога је потребно константно радити на питању рјешавања овог заједничког проблема који би јединственим ставом судова довео до веће правне сигурности у поступку стечаја.

ИЗВОРИ И ЛИТЕРАТУРА

1. Велимировић М., Чоловић В., Спасић С, Милијевић Н., *Актуелна питања стечајног права*, Бања Лука 2008.
2. Делибашевић Т., *Побијање правних радњи стечајног дужника*, Београд 1999.
3. Ераковић А., *Учиници отварања стечаја на парнични и овршни, поступак ликвидације трговачког друштва*.
4. Перовић С., *Коментар закона о облигационим односима*, Београд 1995.
5. Судска пракса-2000+ судских одлука из привредног права, Интермекс, Београд 2000.
6. Судска пракса-1000+ судских одлука из привредног права, Интермекс, Београд 1998.

Dr Dalibor Pejaković
lawyer in Banja Luka

FORCED SATISFACTION AS SUBJECT REFUTATION OF LEGAL ACTIONS IN BANKRUPTCY PROCEEDINGS

Summary

This paper is trying to analyze the importance of the institution of legal action contesting the debtor in bankruptcy proceedings. After a brief overview of the historical development and the relevant legal sources of this institute gives a brief overview of conditions and ways of contesting legal acts of the debtor in bankruptcy proceedings. Particularly focuses on the individual provisions refute legal actions in court or executive proceedings. Draws attention to the problems which arise at the stage of forced settlement in the execution procedure, then gives a brief overview of the legal consequences of legal action contesting the procedure of compulsory settlement.

Through the presentation of case law in this area, the paper analyzes importance rebuttal legal actions of the debtor.

The result is that this work wants to achieve is to make a contribution to a fuller and more complete analysis of the legal issues that may be raised with respect to the legal consequences of legal action contesting the debtor, especially in the procedure of compulsory settlement.

Key words: *Bankruptcy, settlement, contending, the action of the debtor*

STEČAJNI PLAN REORGANIZACIJE

Miralem Porobić*

***Apstrakt:** Velika nelikvidnost uslovila je da se sve više pokreću stečajni postupci, ali pretežno sa jednim ciljem – rasprodati imovinu i likvidirati preduzeće. Stečajni plan omogućava reorganizaciju poslovanja, ali istovremeno i izmirenje dugova stečajnog dužnika, u punom ili umanjenom iznosu.*

***Ključne riječi:** stečaj, stečajni plan.*

UVOD

Uredno poslovanje privrednih društava, uz ostvarivanje profita, jedan je od razloga što se i osniva privredno društvo. Taj cilj, Zakon o privrednim društvima¹ u članu 2 određuje kao obavljanje djelatnosti proizvodnje i prodaje proizvoda i vršenja usluga na tržištu radi sticanja dobiti. Istovjetni su ciljevi u propisima Republike Srpske² i Brčko Distrikta BiH.³

Sve dok društvo ostvaruje taj cilj, te izvršava sve svoje obaveze propisane zakonima, ono je pod samostalnom upravom imenovanom od strane osnivača.

Međutim, tržišna utakmica, kao i drugi uslovi poslovanja, nisu uvijek na strani društava, ne može se uvijek ostvariti cilj, što za sobom dovodi do pada proizvodnje, obima prodaje, a samim tim i visine ostvarene dobiti. Po-

* Адвокат из Тузле

¹ “Službene novine Federacije BiH”, br. 23/99, 45/00, 2/02, 6/02, 29/03, 68/05, 91/07, 84/08, 88/08, 7/09, 63/10).

² Zakon o preduzećima, Službeni glasnik RS 127/08, 58/09, 100/11, 67/13.

³ Zakon o preduzećima (prečišćeni tekst), “Sl. glasnik Brčko Distrikta BiH”, 10/02, 14/02, 1/03, 8/03, 4/04, 19/07, 34/07, 49/11.

sljedice toga su smanjenje plaća, neplaćanja doprinosa, problemi sa dobavljačima, neostvarivanje dobiti, a što sve vodi do platežne nesposobnosti društva. Platežna nesposobnost predstavlja razlog za otvaranje stečajnog postupka, a kako je to utvrđeno u članu 6 Zakona o stečajnom postupku⁴, odnosno u članu 6 Zakona o stečajnom postupku RS⁵ i članu 3 Zakona o stečaju, prinudnom poravnanju i likvidaciji⁶ Brčko Distrikta BiH (s obzirom na to da se radi o skoro istovjetnim tekstovima Zakona o stečaju u Federaciji BiH i Republici Srpskoj, po potrebi će se naglašavati odredbe koje se odnose na FBiH i RS). U Brčko Distriktu BiH se ipak na drugačiji način pristupa stečajnom postupku radi čega bi to trebalo da bude posebna tema razmatranja.

Vrlo je interesantno zakonsko pojašnjenje termina “platežna nesposobnost”, naročito ako se to stavi u odnos sa današnjom stvarnošću. U Bosni i Hercegovini posluje više od 42.000 društava kojima je transakcioni račun blokiran. Društva koriste mogućnost otvaranja računa kod više banaka, pokušavajući nastaviti poslovanje u sve težim uslovima. Zakonski termin “platežne nesposobnosti” podrazumijeva nemogućnost izvršavanja dospjelih obaveza, i to, u pravilu, ako ne može da izvršava svoje obaveze trideset dana neprekidno. Ovdje je veoma važno naglasiti da zakon podrazumijeva da je društvo platežno nesposobno i ako djelimično ili u potpunosti izvršava neke svoje obaveze. Izravnom primjenom ovakve odredbe, još veći broj društava bi otišao u stečajni postupak, jer je znatno veći broj društava koji djelimično izvršavaju svoje obaveze. Koliko društava ne izvršava svoje zakonske obaveze u pogledu plaćanja doprinosa, koliko je društava dužnik poreza, a protiv njih se ne otvara stečajni postupak. Ovlaštenje za pokretanje stečajnog postupka dato je veoma velikom broju subjekata koji ne koriste ta ovlašćenja, što ima za posljedicu da se veoma veliki broj društava “provlači”, na različite načine, i nastavljaju da posluju sa svim daljim posljedicama neurednog izvršavanja obaveza.

Sam stečajni postupak provodi se radi grupnog namirenja povjerilaca i to unovčenjem njegove imovine i podjelom prikupljenih sredstava. U ovom pravcu ide najveći broj otvorenih stečajnih postupaka. Nažalost, i ti postupci se vode toliko dugo, da se uvijek ponovno postavlja pitanje zbog čega je onda i pokrenut stečajni postupak. Prodaja imovine stečajnog dužnika je najčešće vezana za neriješene imovinsko-pravne odnose, koji otežavaju prodaju imovine. Svjedoci smo da se stečajni postupci vode po desetak godina, iako je Za-

⁴ Zakon o stečajnom postupku, „Službene novine Federacije BiH“, br. 29/03, 32/04, 42/06.

⁵ Zakon o stečajnom postupku, “Sl. glasnik RS” 67/02, 77/02, 38/03, 96/03, 68/07, 12/10, 16/10.

⁶ Zakon o stečaju, prinudnom poravnanju i likvidaciji, “Sl. glasnik Brčko Distrikta BiH” 01/02.

kon, u članu 9, propisao da se radi o hitnim postupcima. Poslije toliko godina vođenja postupka, nema više ni društva nad kojim je otvoren stečajni postupak, niti povjerioci mogu da ostvare bilo kakvo pravo, jer naplata potraživanja poslije toliko godina čekanja nema više svrhe. Dugotrajno vođenje stečajnog postupka narušava sve ciljeve pokretanja istog.

Zakon je ostavio i drugu mogućnost, koja je znatno rjeđe primjenjivana u praksi. Naime, u članu 2 Zakona ostavljena je mogućnost da se, u toku stečajnog postupka, pristupi reorganizaciji stečajnog dužnika, u kom postupku reorganizacije se provode sve aktivnosti u cilju održavanja njegovog poslovanja, ali i uređivanja pravnog položaja, te odnosa prema povjeriocima.

U vrijeme kada u BiH ima skoro isti broj zaposlenih koliko i penzionera, kada ima toliko nezaposlenih, sa daljom tendencijom pada zaposlenosti u realnom sektoru, zadržavanje i jednog radnog mjesta kod stečajnog dužnika moralo bi predstavljati prioritetni zadatak svakog stečajnog postupka.

Osnovano se postavlja pitanje zbog čega u praksi nema više pokrenutih postupaka reorganizacije privrednih društava, nakon što se otvori stečajni postupak. Odgovor bi trebalo potražiti u odredbi člana 26 Zakona FBiH, odnosno člana 30 Zakona RS, koja je utvrdila da je stečajni upravnik koji svojom krivicom povrijedi obaveze koje je dužan izvršavati u smislu ovog zakona, obavezan naknaditi tako prouzrokovanu štetu svim učesnicima stečajnog postupka. U drugom stavu istog člana data je obaveza stečajnog upravnika zaključivanja osiguranja od odgovornosti za sve rizike odgovornosti koji su povezani s njegovom djelatnošću. Stečajni sudija, od slučaja do slučaja, određuje visinu osigurane sume, uzimajući u obzir očekivanu stečajnu masu i druge okolnosti postupka. Nažalost, rijetki su slučajevi da osiguravajuća društva žele zaključiti ovakav ugovor o osiguranju od odgovornosti, pravdajući to malim brojem osiguranja a velikim rizikom. Mnogo je jednostavnije provesti postupak stečaja prodajom imovine i namirenjem povjerilaca, nego sačinjavanje i provođenje stečajnog plana reorganizacije, sa postupkom nadzora.

Zbog toga je pitanje reorganizacije društva, u toku stečajnog postupka, i predmet mog rada.

REORGANIZACIJA DRUŠTVA U STEČAJNOM POSTUPKU

Reorganizacija društva je proces koji se može pokrenuti nakon otvaranja stečajnog postupka, što znači da postupak reorganizacije predlaže i pro-

vodi stečajni upravnik, ali postupak reorganizacije može predložiti i stečajni dužnik, prilikom predlaganja pokretanja stečajnog postupka. Postupak reorganizacije može zahtijevati i skupština povjerilaca, a preduslov za provođenje postupka reorganizacije je izrada stečajnog plana. Osnovni značaj stečajnog plana je što se njime može odstupiti od zakonskih odredaba o unovčenju i raspodjeli stečajne mase. Zakon je ovu materiju obradio u poglavlju V, od člana 142 Zakona FBiH, odnosno od člana 148 Zakona RS.

U članu 142.. odnosno 148, Zakon je odredio šta se može postići sačinjavanjem stečajnog plana.

1) ostaviti stečajnom dužniku svu ili dio njegove imovine radi nastavljanja poslovanja stečajnog dužnika;

Nakon što se procijeni da postoje elementi na osnovu kojih se može očekivati uspješno ostvarivanje ciljeva stečajnog postupka, a posebno izmirenje potraživanja povjerilaca i mogućnost da se nastavi sa obavljanjem djelatnosti, kroz stečajni plan se može odrediti da se stečajnom dužniku ostavi sva ili dio njegove imovine. Prilikom utvrđivanja koja imovina se ostavlja stečajnom dužniku, sigurno će biti od veoma velike važnosti procjena šta od djelatnosti može nesmetano obavljati stečajni dužnik, da li ima već ugovorenih, a nedovršenih poslova, da li ima rezerve i zaliha repromaterijala ili robe za preradu.

2) prenijeti dio ili svu imovina stečajnog dužnika na jedno ili više već postojećih lica ili lica koja će tek biti osnovana;

Ukoliko se ocijeni da ne postoje uslovi za nastavak djelatnosti u okviru postojećeg stečajnog dužnika, kroz stečajni plan se može utvrditi da se imovina stečajnog dužnika prenese na neko od već postojećih društava, ali se, isto tako, imovina može prenijeti i na novoosnovana društva. U stečajnom planu se mora izričito naznačiti koja se to imovina prenosi, ali isto tako, mora se naznačiti i šta je cilj prenosa imovine. Sam prijenos imovine na drugi subjekat ne znači da se time gase obaveze stečajnog dužnika, one i dalje ostaju, ali treba da se realizuju kroz poslovanje drugog subjekta

3) stečajni dužnik pripojiti drugom licu ili spojiti s jednim ili više lica;

Već je postala ustaljena praksa da društvo koje je ušlo u “krizu” poslovanja, nastavak svog poslovanja organizuje preko drugih društava, koja nisu blokirana. Ta društva se osnivaju kao društva koja su registrovana za posredovanje u obavljanju različitih djelatnosti, kao konsultantska društva i slično. Posebnim ugovorima o poslovnoj saradnji regulišu se međusobni odnosi, tako što novoregistrovano društvo ugovara posao, vrši nabavku i plaćanje

repromaterijala i vrši naplatu za izvršene usluge. Za obavljanje tih poslova, “zaključuju se ugovori o iznajmljivanju poslovnih prostora”, sa cjelokupnom opremom, te angažovanje zaposlenika koji će taj ugovoreni posao i okončati. Novoregistrovano društvo, nakon naplate potraživanja, vrši plaćanje zakupnine, i isplaćuje naknadu zaposlenicima za izvršeni rad.

4) prodati svu ili dio imovine stečajnog dužnika sa ili bez razlučnih prava;

Stečajnim planom se može predvidjeti da će se prodati sva imovina stečajnog dužnika, ili njen dio, ali u cilju obezbjeđenja uslova za nastavak obavljanja djelatnosti. Interesantna je ova odredba i zbog mogućnosti raspolaganja imovine na kojoj postoji razlučno pravo. Činjenica je da se ova mogućnost veoma rijetko koristi, jer je uvriježeno mišljenje da se uspostavljanjem hipotekarnog prava, odnosno založnog prava na pokretnim stvarima, završava sva aktivnost oko imovine. Na ovako razmišljanje najviše su uticali nosioci hipoteke, posebno banke, koje su smatrale da davanjem kredita, uz uspostavljanje hipotekarnog prava, prestaje njihova obaveza. Ova odredba, zajedno sa odredbama tačke 8 i 9 st. 2 ovog člana, naprotiv, ukazuje na veliku obavezu banke da prati poslovanje kreditnog dužnika, da sa činom davanja kredita i uspostavljanja hipoteke banka mora postati partner kreditnog dužnika, sve do konačne otplate kredita. Koristeći ovu odredbu Zakona, može se izvršiti prodaja imovine koja je pod razlučnim pravom, a u cilju namirenja povjerilaca i radi nastavka poslovanja stečajnog dužnika. Češća primjena ove odredbe će natjerati banke da se znatno angažovanije pristupa ocjeni uslova odobravanja kredita, utvrđivanja uslova vraćanja tog kredita, kroz pravilnu procjenu mogućnosti urednog vraćanja kredita i procjenu rezultata poslovanja. U posljednje vrijeme smo svjedoci brojnih postupaka između privrednih društava i banaka, koje zahtijevaju prodaju imovine kreditnog dužnika, kroz izvršne postupke započete na osnovu hipotekarnog ugovora. Specifične postupke vodi jedna banka, na taj način što svoja potraživanja prenosi na druge privredne subjekte, koji tada postaju tražioci potraživanja. Na taj način se izbjegava obaveza rezervacije sredstava banke kod vođenja sudskih postupaka, kako je to naznačeno, kao jedan od ciljeva, u njihovom izvještaju poslovanja. Ta banka koristi veoma interesantne pristupe prenosu potraživanja, označujući taj prijenos kao prijenos ekonomskog uz zadržavanje pravnog vlasništva nad prenesenim potraživanjima. To može biti razumljivo jer se prijenos vrši na društva koja je osnovao isti osnivač kao i banke, što znači da ima pretežan uticaj na odluke i banke i društva na koje je izvršen prijenos. Da li je na ovaj način izvršeno fiktivno prikazivanje rezultata poslovanja, to treba da utvrde

nadležni organi, a posebno se mora uključiti Agencija za bankarstvo. U svakom slučaju, bez saglasnosti kreditnog dužnika, drugi privredni subjekat ne može stupiti na mjesto tužioca umjesto banke, kako je to predviđeno u članu 61 st. 2 Zakona o parničnom postupku. Banka će morati postati partner, koji će, koristeći svoje resurse, znanje i druge uslove, davati smjernice za uspješnije poslovanje kreditnog dužnika.

5) raspodijeliti sva ili dio imovine stečajnog dužnika između povjerilaca;

Prilikom utvrđivanja da li postoje uslovi za otvaranje stečajnog postupka, te kod ocjene osnovanosti podnesenih prijava stečajnih povjerilaca, stečajni upravnik cijeni sve uslove neophodno potrebne za vođenje stečajnog postupka. Ako se stečajni povjerioci usaglase, može se vršiti podjela imovine stečajnog dužnika između povjerilaca, ali tu treba voditi računa i o zaposlenicima stečajnog dužnika.

6) izvršiti pretvaranje potraživanja u uloge;

Stečajnim planom se može izvršiti pretvaranje potraživanja u udjele u stečajnom dužniku. Da bi do ovoga došlo, neophodno je da se dobije saglasnost od svakog povjerioca, čije potraživanje se pretvara u udio.

7) odrediti način namirenja stečajnih povjerilaca;

Jedan od najvažnijih elemenata stečajnog plan je odrediti kako namiriti stečajne povjerioce. Zakon je predvidio da se namirenje mora izvršiti na taj način da se ispoštuje načelo jednakosti. To načelo se može promijeniti samo uz izričitu suglasnost povjerilaca, koja mora biti posebno priložena stečajnom planu.

8) namiriti ili izmijeniti razlučna prava;

Ovu odredbu treba staviti u odnos sa naprijed navedenom odredbom tačke 4, ali i sa tačkom 9. Stečajnim planom se može odrediti namirenje potraživanja koja proističu iz razlučnog prava, ali se može i izmijeniti razlučno pravo. Ova izmjena razlučnog prava vezana je za sam postupak donošenja stečajnog plana. Naime, ako je potraživanje razlučnog povjerioca priznato, on se mora izjašnjavati, zajedno sa ostalim povjeriocima, o stečajnom planu. To znači da razlučni povjerilac mora dati saglasnost na stečajni plan. Saglasnost je posebno veoma važna kada se ima u vidu da je, najčešće, banka razlučni povjerilac. Potraživanja banke, najčešće, predstavljaju preko 50% potraživanja ostalih povjerilaca, tako da, faktički, bez saglasnosti banke, ne može ni da se usvoji stečajni plan. Iz dosadašnje prakse proizilazi da banka nikada nije prihvatila stečajni plan kojim se mijenja njeno razlučno pravo. Sa-

svim je druga situacija kada je banci osporeno potraživanje, jer u tom slučaju banka nema pravo glasati o stečajnom planu, što daje veliku garanciju da će ostali povjerioci, kao neposredno zainteresovani, glasati za usvajanje stečajnog plana.

9) smanjiti ili odgoditi isplata obaveza stečajnog dužnika;

Mogućnost smanjenja ili odgode isplate obaveza stečajnog dužnika veoma se rijetko koristi, baš zbog činjenice da je najčešće potraživanje banke osnov za vođenje stečajnog postupka, te bez saglasnosti banke ne može se donijeti stečajni plan. Promjene odnosa banke prema korisnicima kredita, posebno zbog korištenja pogodnosti iz stečajnog plana, kada će banke postati partneri, dovešće sve povjerioce u takvu situaciju da prihvataju i smanjenje odnosno odgađanje isplate obaveze stečajnog dužnika, ako se može utvrditi da će takvo smanjenje ili odlaganje omogućiti stečajnom dužniku nastavak poslovanja, a samim tim i realizaciju obaveza koje ima, u cijelosti ili djelimično.

10) obaveze stečajnog dužnika pretvoriti u kredit;

Vrlo često, stečajni dužnik treba veoma mali poticaj da bi uredno poslovao. Ako mu se takva mogućnost ne pruži, dolazi do prestanka rada, otpuštanja zaposlenika, neizmirenja obaveza, te samim tim do stečaja. Nedavno je grupa zaposlenika tražila da se utvrde uslovi za njihovo penzionisanje, uz isplatu zaostataka plate, toplog obroka i regresa za godišnji odmor. Po provođenju postupka, utvrđena je obaveza društva za isplate, po svim osnovima, iznosa od oko 120.000,00 KM. U izvršnom postupku, rješenje o dozvoli izvršenja je upućeno banci, kod koje je društvo, u trenutku odobravanja dozvole izvršenja, imala iznos od oko 750.000,00 KM. Banka je odbila izvršenje, pod opravdanjem da su to sredstva namijenjena za izmirenje obaveza prema banci, nakon čega je pokrenut stečajni postupak. U trenutku pokretanja stečajnog postupka, stečajni dužnik je od ukupno 5.000.000,00 KM dobijenog kredita vratio 4.709.306,89 KM. Banka je imala mogućnost da obaveze stečajnog dužnika pretvori u novi kredit, bez pokretanje stečajnog postupka, jer je imala hipoteku nad imovinom koja je znatno veće vrijednosti od cjelokupnog potraživanja banke. Banka nije iskoristila tu mogućnost i došlo je do pokretanja stečajnog postupka. Pokretanje stečajnog postupka onemogućilo je i banku da naplati svoja potraživanja, što ponovno ukazuje na obavezu banke da se počne ponašati kao partner u svakom kreditnom poslu.

11) preuzeti jemstvo ili dati drugo osiguranje za ispunjenje obaveza stečajnog dužnika;

Jemstvo za izmirenje obaveze stečajnog dužnika može dati i drugi subjekat. Vrlo su rijetki slučajevi da je banka, kao najčešći povjerilac, zaključila kreditni odnos bez obuhvatanja cjelokupne imovine kreditnog dužnika, u cilju osiguranja urednog vraćanja kredita. Zbog toga je i teško očekivati da će biti česti slučajevi davanja drugog osiguranja, osim ranije datog. Međutim, kod usvajanja stečajnog plana, ako se koriste pogodnosti iz Zakona oko umanjenja potraživanja, smanjenja razlučnog prava i sl., stvara se mogućnost i dobijanja imovine koja je bez opterećenja, pa se ista može i dati kao osiguranja za ispunjenje obaveza stečajnog dužnika.

12) urediti odgovornost stečajnog dužnika nakon završetka stečajnog postupka i

U svim slučajevima, prilikom sačinjavanja izvještaja o osnovanosti otvaranja stečajnog postupka, stečajni upravnik mora cijeliti i da li postoje elementi koji ukazuju da je postupanjima odgovornih lica namjerno društvo dovedeno u stečajni postupak. Takvu ocjenu stečajni upravnik treba dati i u stečajnom planu, uz pokretanje postupka utvrđivanja odgovornosti. U členu 152 st. 2 Zakona FBiH odnosno 158 stav 2 Zakona RS, predviđena je i lična odgovornost članova društva, ako se radi o dužniku koji je javno privredno društvo, komanditno društvo ili društvo s neograničenom solidarnom odgovornošću.

13) izdati nove akcije i sl.

Izdavanje novih akcija moguće je samo kod dioničkog društva. Za provođenje ove aktivnosti neophodno je da postoji interes drugih za kupovinu novih dionica. U ovom vremenu, kada je došlo do znatnog poremećaja tržišta dionicama, mali je interes za kupovinu novih dionica društva koje je u stečaju.

Sam stečajni plan sastoji se od pripremne osnove i osnove za provođenje. Uz stečajni plan se treba priložiti pregled imovine, sa utvrđenom vrijednošću iste, uz prikazivanje koji se rashodi i prihodi mogu očekivati u vremenskom razdoblju predviđenom za realizaciju stečajnog plana, te izjavu stečajnog dužnika da je spreman nastaviti s vođenjem društva na osnovu plana. Interesantan je pristup učinjen u členu 155 Zakona FBiH odnosno 161 Zakona RS, koji govori o obavezi prilaganja izjave, jer je takvu izjavu predvidio za slučaj da je dužnik pojedinac, ako je stečajni dužnik društvo sa neograničenom solidarnom odgovornošću ili komanditno društvo, a nije predvidio pribavljanje bilo kakve izjave ako se radi o dioničkom društvu. Ovo bi se moglo uzeti kao realno, jer bi pribavljanje bilo kakve izjave od svih dioničara predstavljalo kočnicu za efikasno provođenje stečajnog plana.

PRIPREMNA OSNOVA:

Zakon je, u članu 145 Zakona FBiH odnosno 151 Zakona RS, utvrdio da se u pripreмној основи stečajног плана navode mjere koje su preduzete prije otvaranja stečajног поступка или још треба да се предузму, као и све друге податке о основима и посљедicama stečajног плана.

Iako Zakon nije nabrojao sve obavezne податке, из citirane одредбе Zakona као подаци који би морали бити обухваћени у овом поглављу су:

–основни подаци о правном статусу stečajног дуžника;

У овом дијелу stečajног плана потребно је дати основне податке о друштву за који је отворен stečajни поступак, navodeći историјат рада друштва, кроз рјешенја суда о регистрацији друштва, са кратким описом дјелатности друштва и лица која су била овлашћена за заступање друштва. Из актуелног рјешенја о регистрацији, издвојити податке о регистрованом капиталу друштва, оснивачима друштва, те евентуалним ограничењима у пословању. Ако се ради о дioničком друштву, податке о капиталу унијети из актуелног рјешенја Комисије за вриједносне папире. У случају да је друштво приватизирано, потребно је унијети податке о приватизацији из рјешенја Агенције за приватизацију, као и податке о испуњавању услова који су проишаили из поступка приватизације.

–подаци о привредним и економским односима у којима се налази stečajни дуžник:

Дјелатност друштва, као и односи које stečajни дуžник има са другим привредним друштвима, веома су битни елементи за правилну процјену услова за доношење stečajног плана, односно услова за реализацију програма реорганизације. Могућност наставка рада зависи од пословних партнера са којима је stečajни дуžник радио, ради чега је неопходно дати процјену његове тржишне позиције, његово мјесто на самом тржишту, описати конкуренцију, као и друге услове који утичу на могућност даљег рада. Ту могућност наставка рада треба процijenити и у односу на покренути stečajни поступак, цијенећи колико ће то утицати на пословни однос и повјерење пословних партнера. У овом дијелу треба описати procedure које су проведене за покретање stečajног поступка, ко је предлагач, који су разлози покретања поступка.

–подаци о имовини stečajног дуžника:

Прilikом саčinјаванја података о имовини stečajног дуžника, потребно је дати потпуне податке о cjelokupној имовини stečajног дуžника, како о покретној, тако и о непокретној имовини, те податке о власничким удјелима у другим друштвима. Попис некретнине потребно је извршити у складу са изврше-

nim upisom u zemljišne knjige, sa naznakom zemljinih knjiga, broja čestice, te drugim podacima iz zemljišno-knjižnog izvoda, uz naznaku da li je ta imovina opterećena založnim pravom. Ako postoji upisana hipoteka, potrebno je istu navesti, sa brojem ugovora o hipoteci, uz podatke o osnovama zasnivanja hipoteke, visine duga, te podatke o licu u čiju korist je zasnovana hipoteka. Prilikom popisa pokretnih stvari, naznačiti da li su iste pod zalogom, a ako su založene, onda evidentirati osnov zaloga, broj upisa u registru zaloga koji se vodi kod Ministarstva pravde BiH, visinu duga koja je bila osnov za upis, kao i podatke o vremenu trajanja zaloga. Vrijednost imovine, radi pravilnije ocjene iste, potrebno je dati u uporednom pregledu, kroz vrijednost koja se vodi u knjigovodstvenoj evidenciji stečajnog dužnika, kao i kroz procjene date od strane ovlaštenog sudskog vještaka. Izbor vještaka koji će izvršiti vještačenje, u zavisnosti od vrste imovine koja se procjenjuje, vrši stečajni upravnik, ali, zbog troškova vještačenja, neophodna je konsultacija sa odborom povjerenika, ako je formiran.

–podaci o sudskim postupcima;

U ovom dijelu je potrebno napisati sve poznate podatke o sudskim postupcima koji su u toku, sa procjenama rizika iz tih predmeta. Prilikom sačinjavanja ovih podataka potrebno je iste grupisati na podatke o sudskim postupcima koje je pokrenuo stečajni dužnik, kao i na podatke o sudskim postupcima koji su pokrenuti protiv stečajnog dužnika. Ovaj način evidentiranja podataka o sudskim postupcima je neophodan, jer se svi postupci koji su pokrenuti protiv stečajnog dužnika moraju prekinuti sa danom otvaranja stečajnog postupka, i svi takvi povjerioci se moraju, sa svojim potraživanjima, prijaviti u stečajnom postupku. Stečajni upravnik će na ispitnom ročištu odrediti koja potraživanja se priznaju, a za koja potraživanja treba nastaviti sudski postupak. Postupci koji su pokrenuti od strane stečajnog dužnika prije pokretanja stečajnog postupka, ne prekidaju se, ali je neophodno da stečajni upravnik odredi lice koje će zastupati stečajnog dužnika u daljem toku postupka, jer sa danom otvaranja stečajnog postupka ranije dana ovlašćenja prestaju. Data procjena rizika iz svakog sudskog postupka, sa procjenom troškova, neophodna je radi predviđanja i osiguranja potrebnih sredstava za okončanje postupka.

–prijava potraživanja u stečajnom postupku:

Popisu prijava potraživanja u stečajnom postupku mora se posvetiti posebna pažnja. Ovim podacima stečajni upravnik raspolaze još u fazi ispitnog ročišta, ali se može desiti da se i naknadno podnesene prijave moraju uvrstiti u priznata potraživanja. U ovom dijelu će se navesti iznosi ukupno prijav-

ljenih potraživanja, koja potraživanja su priznata, odnosno koliko potraživanja nije priznato i čija potraživanja su upućena na parnicu u cilju dokazivanja osnovnosti i visine potraživanja.

–pravni osnov za donošenje stečajnog plana:

Prema odredbi člana 142 Zakona FBiH, odnosno 148 Zakona RS o stečajnom postupku, nakon otvaranja stečajnog postupka, dopušteno je izraditi stečajni plan, u kojem se može odstupiti od zakonskih odredaba o unovčenju i raspodjeli stečajne mase.

U stavu 2 istog člana utvrđeno je da se može stečajnom dužniku ostaviti sva ili dio njegove imovine radi nastavljanja poslovanja.

U stavu 4 istog člana utvrđeno je da se stečajnim planom može predvidjeti prodaja cjelokupne ili dijela imovine stečajnog dužnika sa ili bez razlučnog prava, a odredbom stava 8 određeno je da se mogu izmijeniti razlučna prava. Ovdje treba voditi računa o odredbi stava 11, kojom je predviđena obaveza davanja osiguranja za ispunjenje obaveza stečajnog dužnika. Ova odredba dovodi razlučnog povjerioca u obavezu da bude aktivni sudionik predlaganja načina realizacije stečajnog plana, kao i samog prijavljivanja potraživanja. Naime, u slučaju da se podnese nerealna prijava, koju stečajni upravnik ili neko drugi od povjerilaca ospori, razlučni povjerilac gubi pravo glasanja o stečajnom planu. Kako su, u većini slučajeva, razlučni povjerioci banke, to se od njih mora tražiti izuzetna preciznost i valjanost prijave potraživanja. Praksa sudova u postupcima koji se vode u posljednje vrijeme u odnosu na utvrđivanje visine potraživanja banaka ukazuju na to da banke imaju određene pogreške u zaključivanju ugovora i obračunu kamata, što može biti osnov za osporavanje potraživanja banke i u stečajnom postupku.

Stečajnim planom mora se odrediti i način namirenja stečajnih povjerilaca, s tim što se planom može smanjiti ili odgoditi isplata obaveza stečajnog dužnika, kako je to predviđeno stavom 7 i 9 citiranog člana.

Kako je Zakonom ostavljena mogućnost da se proda dio imovine koja je i pod razlučnim pravom, pod uslovom da je to predviđeno stečajnim planom, neophodno je potrebno da se stečajnim planom tačno odredi imovina koja je pod hipotekom ili zalogom, odnosno za koju se tražilo ostvarivanje razlučnog prava, te u stečajnom planu tačno odrediti koja od te imovine će se izuzeti iz razlučnog prava, radi prodaje, odnosno radi ostvarivanja ciljeva stečajnog plana.

Da bi se zaštitila prava subjekata kojima je osporeno potraživanje, u stečajnom planu, kako je to naznačeno u članu 142 stav 11 Zakona FBiH od-

nosno 148 Zakona RS, potrebno je izvršiti osiguranje za ispunjenje obaveza stečajnog dužnika, u visini koja predstavlja iznos njihovog potraživanja. Ta imovina će ostati pod hipotekom, odnosno zalogom, do okončanja sudskih postupaka, sa upisanom zabilješkom da se ne smije ta imovina otuđiti, bez saglasnosti stečajnog upravnika.

U članu 151 Zakona FBiH odnosno 157 Zakona RS predviđeno je načelo jednakosti svih povjerilaca u jednoj grupi, a različito postupanje je dozvoljeno samo ako postoji saglasnosti svih povjerilaca te grupe.

Pravo glasa prilikom izjašnjavanju o stečajnom planu imaju samo stečajni povjerioci kojima je priznato potraživanje. Razlučni povjerioci, kojima je osporeno potraživanje, shodno članu 163 Zakona, nemaju pravo glasanja.

Nakon okončanog glasanja, shodno članu 169 Zakona, smatrat će se da su povjerioci prihvatili stečajni plan ako je u svakoj grupi većina povjerilaca glasala za plan i ako zbir potraživanja povjerilaca koji su glasali za plan premašuje zbir potraživanja povjerilaca koji su glasali protiv tog da se plan prihvati.

Kako je to određeno članom 173 Zakona FBiH odnosno 179 Zakona RS, nakon što stečajni plan prihvate povjerioci i nakon što na njega pristane stečajni dužnik, stečajni sud će da odluči o tome hoće li plan potvrditi.

Shodno članu 152 Zakona FBiH odnosno 158 Zakona RS, namirenjem stečajnih povjerilaca u skladu s osnovom za provođenje, stečajni dužnik se oslobađa svojih preostalih obaveza prema tim povjeriocima.

–cilj stečajnog plana:

Osnovni cilj stečajnog plana je izvršiti reorganizaciju poslovanja stečajnog dužnika kako bi se omogućilo namirenje priznatog potraživanja povjerilaca, ali i stvorili uslovi da stečajni dužnik nastavi poslovanje. U tom smislu potrebno je napraviti poseban spisak imovine koja će biti izuzeta iz razlučnog prava (ako takvo pravo postoji), sa brisanjem uspostavljene hipoteke, kao i brisanje uspostavljenog založnog prava.

–mjere koje su već poduzete radi ostvarivanja cilja predviđenog stečajnim planom:

U ovom dijelu je potrebno angažovati određeni broj zaposlenika stečajnog dužnika koji će pripremati podatke oko dugoročne revitalizacije ekonomskog, finansijskog, kadrovskog i tržišnog restrukturiranja preduzeća.

Potrebno je izvršiti popis robe, osnovnih sredstava, opreme i sitnog inventara i svih materijalno-tehničkih stvari u društvu. Ako je moguće, nastaviti

proizvodnju u cilju završetka već ugovorenih poslova ili prodaje zaliha robe, uz planiranje potrebnog broja zaposlenika za održavanje kontinuiteta proizvodnje, odnosno registrovane djelatnosti.

Za sve objekte i opremu u vlasništvu društva izvršiti procjenu od strane sudskih vještaka građevinske struke i mašinske ili druge struke, uz uporedne podatke iz knjigovodstvene evidencije društva.

–mjere koje će se poduzeti radi ostvarivanja cilja predviđenog stečajnim planom:

Izvršiti prodaju imovine koja je predviđena stečajnim planom, sa tačnom naznakom imovine koja će se prodavati, i naznakom vrijednosti te imovine. U ovom dijelu navesti i koliko se sredstava planira ostvariti iz redovnog poslovanja društva, uz naznaku koja sredstva će biti potrebna za namirenje potraživanja povjerilaca i za redovno poslovanje.

OSNOVA ZA PROVOĐENJE PLANA

Član 146 Zakona FBiH odnosno 152 Zakona RS utvrdio je šta je osnova za provođenje stečajnog plana, što bi se moglo realizovati na sljedeći način:

–namirenje troškova stečajnog postupka:

Troškovi stečajnog postupka, u iznosu koji po zaključenju tog postupka bude određen rješenjem suda, isplaćuju se prioritarno u odnosu na sva druga potraživanja predviđena stečajnim planom

–grupisanje povjerilaca po grupama:

Radi glasanja po stečajnom planu, povjerioci se razvrstavaju u sljedeće grupe:

I.SVI POVJERIOCI OPŠTEG ISPLATNOG REDA

Ova grupa povjerilaca formira se po sljedećim kriterijima:

- 1)Radi se o povjeriocima koji su u opštem isplatnom redu;
- 2)Radi se o povjeriocima koji nemaju nikakva obezbjeđenja za svoja potraživanja;
- 3)Svim povjeriocima se obezbjeđuju ista prava.

II.BIVŠI ZAPOSLENICI (ako ima povjerilaca bivših radnika koji imaju priznata potraživanja iz radnog odnosa)

Ova grupa povjerilaca se formira po sljedećim kriterijima:

- 1) Obavezi formiranja grupe radnika, prema članu 147 stav 3 Zakona;
- 2) Sva potraživanja ovih povjerilaca su povjerioci opšteg isplatnog reda.

III. ZAPOSLENICI KOJI OSTAJU U PREDUZEĆU

Ova grupa povjerilaca formira se po sljedećim kriterijima:

- 1) Obaveza formiranja grupe radnika, proizilazi iz člana 147 stav 3 Zakona;
- 2) Sva potraživanja ovih povjerilaca se razvrstavaju kao potraživanja povjerioca višeg i kao potraživanja opšteg isplatnog reda.

–način namirenja povjerilaca:

Namirenje povjerilaca vrši se prema rasporedu povjerilaca u isplatne redove, i to:

1. POVJERIOCI VIŠEG ISPLATNOG REDA

Ovu grupu povjerilaca čine zaposlenici koji trenutno rade kod stečajnog dužnika, nakon otvaranja stečajnog postupka i visina njihovog potraživanja iznosi osam neto plata.

Poštujući zakonske obaveze plaćanja doprinosa, potrebno je izvršiti obračun pripadajućih doprinosa na osam neto plata zaposlenika koji trenutno rade, te i ova sredstva predvidjeti kao isplatu povjerioca višeg isplatnog reda.

U pregledu povjerioca višeg isplatnog reda, označiti iznose koji će se isplatiti po pojedinim kategorijama isplata, kao i predviđene rokove isplate.

2. OPŠTI ISPLATNI RED

a) Bivši zaposlenici

Ovu grupu povjerilaca čine bivši zaposlenici koji su svoja prava ostvarili pred sudom i zaposlenici koji su prijavili potraživanja po osnovu uvezivanja staža, a čija prava je stečajni upravnik priznao u cijelosti (ako takvih ima). Ovdje treba da se koriste podaci iz sudskih odluka.

b) Zaposlenici koji su u radnom odnosu

Ovu grupu povjerilaca čine zaposlenici koji rade kod stečajnog dužnika, a za potraživanja koja nisu u višem isplatnom redu – opšti isplatni red – trogodišnje potraživanje uz izuzimanje osmomjesečne plate.

U pregledu povjerioca opšteg isplatnog reda, označiti iznose koji će se isplatiti po pojedinim kategorijama isplata, kao i predviđene rokove isplate.

c) Povjerioci s malim (velikim) potraživanjima

Podjela povjerilaca sa malim ili sa velikim potraživanjima izvršena je samo radi bolje preglednosti, pa ako se prihvati ovakva podjela, koja je omogućena članom 147 Zakona, onda ovdje treba nabrojati sva priznata potraživanja do npr. 10.000,00 KM, sa rokovima isplate.

d) Potraživanje povjerilaca nižih isplatnih redova

Potraživanja nižerangiranih povjerilaca, koji su određeni u članu 34 Zakona, prijavljuju se samo ukoliko stečajni sudija posebno pozove na prijavljivanje tih potraživanja. U prijavi takvih potraživanja naznačuje se da se radi o potraživanju nižeg isplatnog reda, kao i rang na koji povjerilac ima pravo. U protivnom, nižerangirana potraživanja neće biti uzeta u obzir prilikom diobe. Shodno članu 150 Stav 1 Zakona, prihvatanjem stečajnog plana, ukoliko nije drugačije određeno stečajnim planom, smatra se da su potraživanja stečajnih povjerilaca nižih isplatnih redova prestala.

e) povjerioci kojima je osporeno potraživanje

Ova grupa povjerilaca formirana je na bazi sljedećih **kriterija:**

1) Radi se o povjeriocima kojima je stečajni sud osporio potraživanje i koji su pokrenuli sudske postupke radi dokazivanja svojih prava i potraživanja;

2) Ovim povjeriocima će se isplatiti dokazano potraživanje, nakon pravosnažnog okončanja sudskih postupaka, ili sačinjavanja sudske nagodbe,

3) U cilju obezbjeđenja uslova za izmirenje potraživanja subjekata koji svoja prava traže u sudskim postupcima, čija potraživanja su postavljena tužbenim zahtjevima, stečajnim planom treba predvidjeti rezervisanje osiguranja potraživanja, upisom hipoteke na nepokretnosti ili založnog prava na pokretnim stvarima, u vrijednostima kojima se obezbjeđuje to potraživanje.

U članu 146 Zakona FBiH odnosno 152 Zakona RS, kao osnova za provođenje stečajnog plana predviđene su i sljedeće mogućnosti:

–konverzije potraživanja povjerilaca u kapital stečajnog dužnika

Ovo podrazumijeva promjenu vlasničke strukture stečajnog dužnika. Kako, shodno članu 51 Zakona, sa danom otvaranja stečajnog postupka prava stečajnog dužnika da upravlja i raspolaze imovinom koja pripada stečajnoj masi, kao i prava organa, prokuriste, zastupnika i punomoćnika stečajnog dužnika prelaze na stečajnog upravnika, to stečajni upravitelj odlučuje o ovom pravu.

–novog zaduživanja dužnika i vrste garancija koje će biti ponuđene svakoj od kategorija povjerilaca i novih investitora, kao i način na koji će oni

biti isplaćeni u cijelosti ili zaštićeni od šteta koje mogu biti rezultat primjene plana

Novo zaduživanje stečajnog dužnika veoma je rijetka pojava, jer banke ne žele ugroziti svoju sigurnost plasmanom novca u privredno društvo koje je u stečaju. Opravdanost ovakvog stava banke vide u tome što je, najčešće, sva imovina stečajnog dužnika opterećena hipotekom ili zalogom, pa ne postoji realna osnova za novo osiguranje. Da bi se stvorili uslovi za novo kreditiranje, neophodno je izvršiti provjeru visine duga u odnosu na visinu hipoteke, ako je već ranije zasnovan ovakav odnos. Nakon utvrđivanja ovog odnosa, sudu se može dati prijedlog, shodno članu 141 st. 9 Zakona o stvarnim pravima, da smanji hipoteku. Ova zakonska mogućnost se veoma rijetko koristi, iako je zakonska odredba tako formulisana da je sud u obavezi da odobri to smanjenje hipoteke. U slučajevima kada su banke uzimale hipoteke 1 : 6, sigurno je da će oslobađanje dijela imovine od hipoteke omogućiti da se u stečajnom planu predvidi i novo zaduženje stečajnog dužnika.

–stepena do kojeg se dužniku može oprostiti njegov dug

S obzirom na to da je oprost duga pojedinačno pravo svakog povjerioca, to se svi povjerioci moraju izjasniti o stepenu do kojeg mogu oprostiti taj dug. Uz stečajni plan moraju se priložiti izjave svih stečajnih povjerilaca za oprost duga.

–načina kompenzacije koji se nudi svim kategorijama

U slučajevima kada stečajni dužnik raspolaže robom za kojom imaju povjerioci interes, ima imovinu ili pruža opšte prihvaćene usluge, može se pristupiti i kompenzaciji, vodeći računa da se time ne ugroze drugi povjerioci.

–finansijskih prognoza i vrsta mjera koje treba da se preduzmu da bi se povratila profitabilnost preduzeća dužnika

Od pravilno date finansijske prognoze zavisi i koje mjere treba da se preduzmu da bi se povratila profitabilnost dužnika.

–načina izvršenja reorganizacije, posebno u vezi sa organizacionim, upravljačkim, finansijskim, tehničkim mjerama i mjerama za smanjenje broja zaposlenih

Stečajnim planom se treba utvrditi najoptimalnija organizaciona šema rada, kako bi se znalo koji je to optimalni broj zaposlenika koji mogu raditi u cilju realizacije stečajnog plana. Ovo treba utvrditi zajedno sa utvrđivanjem koja je to neophodna oprema pomoću koje je predviđeno ostvarivanje stečajnog plana. Kroz stečajni plan se može predvidjeti i promjena pravnog statusa stečajnog dužnika.

– izvora finansiranja i finansijskog plana za primjenu stečajnog plana, uključujući povećanje osnovnog kapitala i duga

Na putu ispunjena stečajnog plana, postoje sljedeće potencijalne opasnosti:

Nemogućnost prodaje imovine u rokovima i na način, u vrijednostima kako je to predviđeno stečajnim planom, može dovesti do poremećaja rokova izvršenja plana, kao i do manjeg stepena realizacije proizvodnog programa.

Svaka od navedenih potencijalnih opasnosti, ugrožavanja mogućnosti ispunjenja plana dinamikom kako je to njime predviđeno, za krajnju posljedicu može imati neispunjenje plana i otvaranje novog stečajnog postupka, pod uslovima predviđenim zakonom, te posljedično i propadanje cjelokupnog plana reorganizacije.

Nakon što se sačini stečajni plan, stečajni sud će zatražiti izjašnjenje odbora povjerilaca, dužnika, odnosno stečajnog upravnika, a o stečajnom planu se može tražiti izjašnjenje i organa uprave nadležnih za predmet poslovanja stečajnog dužnika, te nadležne privredne komore da se izjasne o predložеном stečajnom planu.

Stečajni sud može odbaciti, po službenoj dužnosti, stečajni plan ako nisu poštovani propisi o podnošenju i sadržaju plana, ako podnosilac ne može otkloniti nedostatke ili ne otkloni u rokovima koje mu ostavi sud ili ako očito nema izgleda da plan prihvate povjerioci ili sud potvrdi, kao i u slučaju da se prava koja su predviđena stečajnim planom očito ne mogu ostvariti.

Stečajni plan se daje na uvid svim stečajnim povjeriocima, izlaganjem u pisarnici suda.

O stečajnom planu se izjašnjavaju povjerioci podijeljeni po grupama, a smatrat će se da su prihvatili stečajni plan ako je u svakoj grupi većina povjerilaca glasala za plan i ako zbir potraživanja povjerilaca koji su glasali za plan premašuje zbir potraživanja povjerilaca koji su glasali protiv toga da se plan prihvati.

Stečajni plan treba da dobije pristanak stečajnog dužnika, ako ga je predložio stečajni upravnik, a nakon što ga prihvate povjerioci, stečajni sud će odlučiti hoće li plan potvrditi. Prije donošenja odluke o potvrđivanju stečajnog plana, stečajni sud je dužan saslušati stečajnog upravnika, odbor povjerilaca, i stečajnog dužnika, nakon čega se donosi rješenje o potvrđivanju stečajnog plana. Protiv rješenja kojim se stečajni plan potvrđuje ili se potvrda plana uskraćuje, povjerioci i stečajni dužnik imaju pravo na žalbu.

Nakon pravosnažnosti, rješenje o potvrdi stečajnog plana djeluje prema svim učesnicima, ali ne djeluje na prava stečajnih povjerilaca protiv sudužnika i dužnikovih jemaca, te na prava tih povjerilaca na dijelovima imovine koji ne spadaju u stečajnu masu. Posebno se ukazuje na odredbu člana 179 st. 3 Zakona FBiH odnosno 185 Zakona RS, prema kojoj povjeric koji je namiren u većoj mjeri nego što bi imao pravo prema stečajnom planu, nema obavezu vratiti primljeno. I ova odredba ukazuje kako se izradi stečajnog plana mora pristupiti sa ogromnom pažnjom.

PRAVNI STATUS STEČAJNOG DUŽNIKA I NJEGOVE OBAVEZE NAKON USVAJANJA STEČAJNOG PLANA

Po pravosnažnosti rješenja o potvrdi stečajnog plana, stečajni sud će donijeti rješenje o zaključenju stečajnog postupka, uz prethodnu obavezu stečajnog upravnika da namiri nesporne obaveze stečajne mase, a da za sporne pruži odgovarajuće osiguranje. Sud je dužan da obavijesti stečajnog dužnika, stečajnog upravnika i članove odbora povjerilaca o tome kada će nastupiti pravne posljedice zaključenja stečajnog postupka. Donošenjem rješenja o zaključenju stečajnog postupka, prestaju službe stečajnog upravnika i ovlaštenja članova odbora povjerilaca, osim prava koja proizilaze iz prava nadzora. Sa tim danom stečajni dužnik stiče pravo slobodnog raspolaganja stečajnom masom, osim u dijelu koji je obuhvaćen stečajnim planom.

Pravosnažnost rješenja o potvrdi stečajnog plana važna je i zbog toga što stečajni povjerioci, na osnovu ovoga, mogu da pokrenu postupak prinudnog izvršenja protiv stečajnog dužnika. Zakon je predvidio da ovo pravo mogu da koriste povjerioci čije je potraživanje utvrđeno u stečajnom postupku, ali sa njima su izjednačeni i povjerioci čije potraživanje je bilo osporeno, pa je to osporavanje otklonjeno. Prema odredbi člana 182 st. 3 Zakona FBiH odnosno 188 Zakona RS, povjeric može ostvarivati prava koja mu pripadaju u slučaju znatnog kašnjenja stečajnog dužnika sa ispunjenjem stečajnog plana, na osnovu rješenja kojim je potvrđen stečajni plan i rješenja kojim je utvrđeno njegovo potraživanje. Kao jedini uslov je da učini vjerovatnim da je stečajnog dužnika propisno opomenuo uz ostavljanje naknadnog roka za ispunjenje obaveze. U tom slučaju, ako je protekao naknadno ostavljeni rok, povjeric nije dužan dokazivati da je stečajni dužnik u zakašnjenju.

Izmirenje potraživanja prema povjeriocima kojima je u toku stečajnog postupka osporeno potraživanje, nakon donošenja pravosnažne presude kojom je utvrđena obaveza, vrši se putem prodaje objekata koji su ostavljeni pod hipotekom, kao sredstvo osiguranja potraživanja.

Do ispunjenja obaveza predviđenim ovim stečajnim planom, stečajni dužnik ne može bez saglasnosti stečajnog upravnika raspolagati imovinom (otuđenje, opterećenje i dr.), koja se nalazi u bilansu stanja, osim imovine čija je prodaja predviđena ovim planom. Ovu zabranu stečajni dužnik je obavezan upisati u registar privrednih društava odmah nakon pravosnažnosti rješenja o potvrdi stečajnog plana, te u druge javne registre u kojima je upisana njegova imovina.

NADZOR NAD PROVOĐENJEM PLANA

Nadzor nad sprovođenjem stečajnog plana vrši stečajni upravnik, odbor povjerilaca i stečajni sud, čije službe nakon zaključenja stečajnog postupka ne prestaju. S tim u vezi, njihovi zadaci i prava u nadzoru nad provođenjem stečajnog plana, jesu kako slijedi:

a. Stečajni upravnik

1. je obavezan da, po zaključenju stečajnog postupka, svakih šest mjeseci podnosi odboru povjerilaca i stečajnom sudiji redovan izvještaj o sprovođenju stečajnog plana;

2. je dužan da vanredni izvještaj o sprovođenju plana ili druge obavijesti ili informacije dostavlja sudu i odboru povjerilaca po njihovom zahtjevu;

3. daje saglasnost stečajnom dužniku na raspolaganje imovinom (otuđenje, opterećenje i dr.) koja se nalazi u bilansu stanje, umanjenu za imovinu čija je prodaja predviđena ovim planom, pod uslovom da to raspolaganje neće ugroziti ispunjenje samog plana.

Za vrijeme trajanja svoje službe, a u cilju ostvarenja svojih obaveza navedenih gore pod 1, 2 i 3, stečajni upravnik može ulaziti u poslovne prostorije stečajnog dužnika, ostvariti uvid u njegove poslovne knjige i ostalu dokumentaciju, vršiti ona istraživanja i tražiti obavijesti od tog društva koje on želi.

b. Odbor povjerilaca

1. može tražiti obavještenja, informacije, ili podnošenje posebnog vanrednog izvještaja od stečajnog upravnika;

2. daje mišljenje o raspolaganju imovine.

Nakon što prestane služba stečajnog upravnika, ili u slučaju njegove opravdane spriječenosti, njegova prava i zadatke vrši predsjednik odbora povjericaca.

c. Stečajni sud

Obavlja sve poslove koji su predviđeni zakonom o stečajnom postupku.

Nakon što stečajni sud ukine nadzor stečajnog upravnika i odbora povjericaca nad sprovođenjem plana, njihova prava prelaze na vlasnike.

Ograničenja raspolaganja, kako je to gore navedeno, upisaće se u registar privrednih društava odmah nakon stupanja na snagu ovog plana.

Rješenje stečajnog suda kojim je određen nadzor nad ispunjenjem stečajnog plana, objavit će se zajedno sa rješenjem o zaključenju stečajnog postupka. U ovom rješenju će se objaviti i lista poslova za koje je potrebna prethodna suglasnost stečajnog upravnika.

Nakon što su potraživanja ispunjena ili je njihovo ispunjenje osigurano, stečajni sud će donijeti rješenje o ukidanju nadzora. Ovakvo rješenje će se donijeti i ako od zaključenja stečajnog postupka prođe tri godine a nije podnesen prijedlog za otvaranje novog stečajnog postupka. Ovakvo rješenje se objavljuje, ali se njime određuje i brisanje upisa nadzora i ograničenja određenih u vezi s nadzorom. Troškove nadzora snosi stečajni dužnik.

ZAKLJUČAK

Korištenje institucije stečajnog plana reorganizacije daje veoma velike mogućnosti ostvarivanja ciljeva stečajnog postupka. Provođenjem stečajnog plana može se izvršiti grupno namirenje povjericaca, može doći do unovčenja imovine stečajnog dužnika, a ono što je najvažnije, može doći do održavanja njegovog poslovanja. U situaciji kada u BiH ima preko pola miliona nezaposlenih, kada u realnom sektoru ima veoma malo novog zapošljavanja, zadržavanje jednog radnog mjesta predstavlja uspjeh. Proces donošenja i provođenja stečajnog plana nije jednostavan, radi čega se ovom vidu stečajnih aktivnosti moraju pozabaviti svi. Odgovornost stečajnog upravnika je veoma velika, a postupak nadzora nad provođenjem stečajnog plana je veoma osjetljiv. Svaki propust u sačinjavanju stečajnog plana reorganizacije, kao i u provođenju tog plana, može da ima nesagledive posljedice. Očekivati da će samo stečajni upravnici moći iznijeti teret realizacije stečajnog plana je iluzorno, radi

čega edukaciji pravnika u privredi, sudija i stečajnih upravitelja treba posvetiti posebnu pažnju. U ovom dijelu se mora pristupiti specijalizaciji sudija, jer nadzor nad provođenjem stečajnog plana traje tri godine, a onda se postavlja pitanje kako će stečajni sudija to pratiti ako radi i druge poslove sudije, koji za sobom imaju pitanje norme.

CONCLUSION

Using the institution of the bankruptcy reorganization plan, giving a very high possibility of achieving the goals of the bankruptcy proceedings. The implementation of the reorganization plan can be made a group settlement of creditors, can come to liquidate the assets of the debtor, and most importantly, can lead to maintain its operations. In a situation where in B & H has over half a million unemployed, when the real sector has very little new hiring, retaining one job a success. The process of adoption and implementation of the reorganization plan is not easy, which is why is this form of bankruptcy activities must address to all of us. Responsibility Trustee is very large, and the process of monitoring the implementation of the reorganization plan is very sensitive. Any failure in the making of the bankruptcy reorganization plan, as well as in the implementation of that plan, can have disastrous consequences. Expect to only receivers can support the weight of realization of the bankruptcy plan is illusory, which is why training of legal practitioners in the economy, judges and bankruptcy trustees should be given special attention. This section must be given to the specialization of judges, for supervising the implementation of the reorganization plan is three years, and then the question is how will the bankruptcy judges to follow when doing other tasks judges, who themselves have to question the norm.

Miralem Porobić
Attorney in Tuzle

BANKRUPTCY REORGANIZATION PLAN

Summary

Big insolvency is caused to be more initiated bankruptcy procedures, but mostly, with one aim, sell off assets and liquidate the company. The bankruptcy plan allows reorganization of the business, but at the same time, and the settlement of debts of the debtor, in full or reduced amount.

Keywords: *bankruptcy, bankruptcy plan*

НАЧИН ПОСЛОВАЊА БРОКЕРСКО-ДИЛЕРСКОГ ДРУШТВА НА ТРЖИШТУ КАПИТАЛА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ, СА ОСВРТОМ НА РЕПУБЛИКУ СРБИЈУ

Санела Ковачевић, мр*

***Апстракт:** У овом раду аутор ће појаснити врсте послова и начин обављања истих унутар брокерско-дилерског друштва, а како је то регулисано Законом о тржишту хартија од вриједности Републике Српске (“Службени гласник Републике Српске” бр. 92/06, 34/09, 30/12, 59/13, 108/13) и Законом о тржишту капитала Републике Србије („Службени гласник Републике Србије” бр. 31/11). Брокерско-дилерска друштва, као инвестициона друштва, у зависности од начина организовања, могу наступати као брокери, дилери, маркет-мејкери, портфолио менаџери, агенти емисије, преузимаоци емисије, те као инвестициони савјетници. Све дјелатности које обавља, брокерско-дилерско друштво мора да региструје у регистру привредних субјеката, тако да сваким обављањем дјелатности које није уписано у регистар, друштво чини привредни преступ.*

***Кључне ријечи:** брокерско-дилерска друштва, брокери, дилери, маркет-мејкери, портфолио менаџери, агенти емисије, преузимаоци емисије, инвестициони савјетник, кастоди банка, хартије од вриједности.*

1. УВОД

Тржиште капитала је мјесто на којем се сусрећу понуда и тражња за капиталом. На тржишту капитала се појављују три главна учесника, * **Руководилац Одсјека за законодавноправне послове, Вијеће народа Републике Српске, Бања Лука**

и то: емитент (издавалац ХОВ), инвеститори и држава која може бити и зајмопримац и зајмодавац капитала. Такође, присутан је и велики број учесника који олакшавају суочавање понуде и тражње за капиталом, односно спајају зајмопримца и зајмодавца. Најчешће се као учесници појављују:

- Пословне банке
- Инвестициони фондови
- Брокерско-дилерска друштва
- Добровољни пензиони фондови
- Осигуравајућа друштва
- Инвестиционе банке.

Берзански посредници представљају изузетно значајну и хетерогену групу учесника на финансијском тржишту. Брокерско-дилерско друштво, као берзански посредник, јесте инвестиционо друштво у чије редовне активности или пословање спада пружање једне или више инвестиционих услуга трећем лицу, односно професионално обављање једне или више инвестиционих активности.¹ Да би клијент трговао на берзи, то може да учини једино преко брокерско-дилерске куће која је члан те берзе и члан Централног регистра хартија од вриједности. Услови пословања и стицања дозволе, као и услови стицања потребних звања за пословање на берзи, регулисани су правилницима које доноси Комисија за хартије од вриједности (Правилник о пословању берзанских посредника, Правилник о условима и поступку издавања дозволе берзанском посреднику за обављање послова са хартијама од вриједности, Правилник о условима и поступку стицања звања и добијања дозволе за обављање послова брокера, инвестиционог савјетника и инвестиционог менаџера...).

Стратегије пословања брокерско-дилерских друштава могу бити врло различите. Неке су оријентисане на послове и сарадњу са великим берзанским играчима, првенствено из реда институционалних инвеститора, док друге могу бити усмјерене само ка малим ситним инвеститорицама из реда становништва. Ова друга група обавља послове посредовања (продаје) на мало.²

¹ Члан 2 тачка 5 Закона о тржишту капитала (“Службени гласник Републике Србије” бр. 31/11).

² Дејан Ерић, *Финансијска тржишта и инструменти*, Београд, Чигоја штампа, 2003. год., стр. 239.

У зависности од начина организације брокерско-дилерског друштва, овлашћена лица за трговање, берзански посредници, могу наступати као:³

- *брокер,*
- *дилер,*
- *маркет-мејкер,*
- *портфолио-менаџер,*
- *агент емисије,*
- *покровитељ – преузималац емисије,*
- *инвестициони савјетник,*
- *кастоди послови,*
- *позајмљивање хартија од вриједности.*

Такође, могу обављати и друге послове који су предвиђени законом, а то су: послови отварања и вођења власничког рачуна хартија од вриједности својих клијената, извршавање налога за пренос права из хартија од вриједности и налога за упис права трећих лица на

³ Михајло Дедовић, *Берза*, Народна библиотека “Његош”, Пећ, 1998. год.: “Чланови Њујоршке берзе класификовани су у једну од шест група: 1. COMMISSION BROKERS (мешетари који раде за провизију), дјелују као агенти за нечланове берзе. Наплаћују провизију за испуњавање налога од клијента, а та провизија одређена је фиксном тарифом која зависи од количине новца укљученог у налог. 2. FLOOR BROKERS (мешетари на паркету) су самостални мешетари који обављају послове за друге чланове берзе уз накнаду. Они послују умјесто commission брокера када ови приме више налога него што могу обавити посла у исто вријеме. 3. REGISTERED TREADERS (регистровани трговци) су чланови берзе који купују и продају за свој рачун и у своју корист. 4. COMPETITIVE TREADERS (слободни трговци) тргују за свој рачун по строгим берзанским правилима, како би њихова дјелатност допринијела ликвидности тржишта. 5. BLOCK POSITIONERS (они који продају у блоку) су чланови који послују у количинама у којима поједини вриједносни папир има тржишну вриједност од најмање 200.000 УС долара. Потреба за овим члановима јавила се 70-их година, када су се појавиле велике финансијске институције као доминантна снага на берзи. 6. SPECIALISTS (специјалисти) су чланови берзе који дјелују и као брокери (мешетари) за друге мешетаре, као и за свој рачун, тј. као трговци (дилери). Раде као агенти за друге чланове берзе, а формирају цијену акција на берзи, јер изједначавају понуду и тражњу. Компанијама које се први пут котирају на Њујоршкој берзи, руководство берзе додјељује специјалисту за њихове хартије.” Бранислав Ћосић, *Трговање на берзи*, Акционарска друштва, берзе, акције, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006. год., стр. 820: “Специјалисти тргују само са осталим члановима берзе и не могу да примају налоге од клијената ван берзе. На берзи увек постоји само један специјалиста за одређену хартију. Један исти специјалиста може да буде номиниран и за више од једне хартије уколико берза процени да је ликвидност са том хартијом ниска. Специјалисти су присутни на Њујоршкој берзи и они учествују са мање од 10% укупног трговања акцијама.” Huibert de Vauplane et Jean-Pierre Bognet, *Droit de la bourse*, Litee, Paris, 1994, стр. 61, наводи да су учесници на берзанском тржишту различити и да се могу сврстати у три категорије, и то: 1. особе које су директно укључене у посредовање, тј. брокерска друштва, 2. руководиоци портфељом берзе, и 3. клијенти.

хартијама од вриједности, послови наплате потраживања од издавалаца по основу доспјелости хартија од вриједности и друге послове у вези са остваривањем права која припадају законитим имаоцима хартијама од вриједности. Поред тога, врше послове позајмљивања хартија од вриједности, обавјештавају акционаре о годишњим скупштинама друштва и заступају их на тим скупштинама, воде рачуна о извршењу пореских обавеза законитих ималаца хартија од вриједности који су њени клијенти и врши и друге послове у складу са законом.

Друштво чини привредни преступ уколико закључује уговоре и обавља друге послове изван оквира дјелатности уписане у регистар.

2. БРОКЕР

Брокери су посредници који иступају у своје име, а за рачун својих клијената (комисионари) или у име и за рачун својих клијената (заступници). Они за своје услуге наплаћују провизију, која се, по правилу, плаћа по извршењу трансакције. Осим посредовања могу имати и савјетодавну улогу. Ово посредовање се врши и у куповини и у продаји хартија и других финансијских инструмената.⁴

Брокерско-дилерско друштво дужно је са клијентом да закључи уговор о обављању брокерских послова прије пријема првог налога клијента. Уговором о обављању брокерских послова брокерско-дилерско друштво се обавезује да ће посредовати у куповини и продаји хартија од вриједности за клијента, односно да ће обављати куповину и продају хартија од вриједности за рачун клијента, а на основу налога тог клијента, а клијент се обавезује да ће за ту услугу платити провизију.

Налог је једнострана изјава воље клијента упућена брокерско-дилерском друштву у писаном облику или у облику електронског записа, да у своје име, а за рачун клијента обави одређени посао са хартијама од вриједности. Брокерско-дилерско друштво налоге својих клијената сортира по врсти и цијени, тако да брокеру берзе може да испостави збирне налоге куповине, односно продаје.

Налог садржи све потребне податке о пријему (датум, вријеме, мјесто и начин пријема, редни број налога), као и податке о клијенту,

⁴ Види [§ 30 [Official brokers] и § 32 [Duties of official brokers]] – Krause Hartmut, *German securities regulation*, Verlag C.H. Beck Munchen, Butterworths Tolley London, Stampfeli Verlag AG Bern, 2001, стр. 34–36.

намјерованој трансакцији, организатору тржишта, провизији, методу трговања, цијени и количини хартија од вриједности, назначава CFI код и ISIN број хартија од вриједности и на крају потпис и клијента и овлашћеног лица брокерско-дилерског друштва.⁵ На овај начин клијент даје тачне податке који су потребни како би се извршила трансакција.

Свака измјена већ испостављеног налога у погледу цијене или количине хартија од вриједности врши се испостављањем новог налога.

3. ДИЛЕР

Препродавац (енг. dealer) је свако лице које хартије, које је купило од једних лица, продаје (препродаје) другим лицима. Дилери су трговци (препродавци) хартијама од вриједности који наступају у своје име и за свој рачун (принципали). Ове послове врше у сврху остваривања добити за друштво у висини разлике између куповне и продајне цијене (марже), носећи евентуални ризик губитка.

Препродајом као дјелатношћу могу да се баве само професионалци, а други начин њиховог правног располагања (поклањање, размјена, завјештање, оптерећење) осим продаје, нису им ограничени. Да би обављало послове дилера, брокерско-дилерско друштво мора да добије дозволу надлежног органа, јер у супротном може кривично и имовински да одговара. Остала лица смију да продају хартије које су прибавили (куповином, поклоном, наслеђем) само спорадично, уз своју основну дјелатност или занимање.⁶

Дилерске послове брокерско-дилерско друштво обавља на организованом тржишту (берзанском, односно ванберзанском) или ван органи-

⁵ Централни регистар хартија од вриједности у Републици Србији додјељује јединствене идентификационе ознаке у складу са Упутством о додјељивању CFI кода и ISIN броја и у складу са међународним стандардом ISO10962:2001 за додјељивање CFI кода и међународним стандардом ISO6166:2001 за додјељивање ISIN броја.

^{CFI} код – ознака хартије од вриједности одређеног издаваоца из које законити имаоци тих хартија остварују своја права, с обзиром на класу, односно серију тих хартија. Састоји се од низа шест словних знакова којима се идентификују врсте хартија од вриједности, појединачна права из тих хартија од вриједности и друга битна обиљежја, на начин прописан Шифрарником врста хартија од вриједности и других финансијских инструмената.

^{ISIN} број – састоји се од комбинације низа словних знакова и бројева, којима се идентификује земља издавања хартија од вриједности, издавалац, врста хартије од вриједности и друга битна обиљежја те хартије од вриједности.

⁶ Небојша Јовановић, *Емисија вредносних папира*, ПС Грмеч, Београд, 2001. год., стр. 72.

зованог тржишта, а у складу са законом. У обављању наведених послова, брокерско-дилерско друштво:

1) не смије, при извршењу налога својих клијената и извршавања других уговорних обавеза према клијентима, своје интересе и интересе повезаних лица стављати испред интереса тих клијената,

2) не смије испостављати налог за куповину или продају исте хартије од вриједности које су предмет налога клијентима, прије извршавања налога клијента,

3) дужно је да управља сопственим портфељом хартија од вриједности на начин којим се обезбјеђује таква адекватност капитала, изложеност ризику и управљање ликвидношћу, која неће угрозити извршавање обавеза друштва према клијентима.

Ако брокерско-дилерско друштво проузрокује штету својим клијентима, поступањем супротно наведеним ставкама или на други начин, оно је дужно да ту штету надокнади у складу са одредбама закона којим се уређују облигациони односи.

4. МАРКЕТ-МЕЈКЕР

Креатори тржишта су дилерске куће које су јавно истакле да одражавају тржиште одређене хартије од вриједности и да истовремено купују и продају те акције по цијенама које сами унапријед објаве од сваког лица које им то затражи. Ти творци тржишта називају се маркет-мејкери. Наиме, ово представља једну врсту препродаје, а то је тржишно снабдијевање. Оно се састоји у снабдијевању тржишта недостајућим хартијама, када им је цијена у порасту, односно недостајућом количином новца, када је цијена хартија одређеног емитента у паду.

Маркет-мејкер издаваоца је члан берзе који је са издаваоцем хартија од вриједности закључио уговор о одржавању ликвидности свих или одређених хартија од вриједности које је издавалац из уговора издао.

Берзански посредник који има дозволу за обављање послова подршке тржишту, може захтијевати од берзе или другог уређеног јавног тржишта да му одобри статус подржаваоца ликвидности за одређене хартије од вриједности.⁷

⁷ Члан 18 Правилника о пословању берзанских посредника ("Службени гласник Републике Српске" бр. 67/12, 5/13).

Правилима пословања Београдске берзе утврђено је да је маркет-мејкер члан берзе који испуњава услове прописане Законом о тржишту хартија од вриједности и који је са берзом закључио уговор о маркет-мејкингу којим се обавезује да на континуираној основи и за сопствени рачун, испоставља налоге куповине и продаје за хартије од вриједности на које се уговор односи. Наведеним уговором утврђују се обавезе маркет-мејкера да испоставља налоге за трговање који ће континуирано или у току одређеног периода у току берзанског састанка, обезбиједити испуњење слjedeћих критеријума, а нарочито:

а) датум првог берзанског састанка са којим почињу обавезе из уговора,

б) максимални распон цијене између најбоље цијене куповине и најбоље цијене продаје,

в) минималну количину на страни куповине и на страни продаје.

О сваком закљученом уговору директор берзе ће одмах по његовом закључењу писмено обавијестити издаваоца хартија од вриједности на које се уговор односи, као и све чланове берзе. Правилима пословања Београдске берзе предвиђено је да директор берзе закључује наведени уговор уколико за то постоји интерес најмање једног члана берзе. Такође предвиђа да берза може закључити уговор који се односи на исту хартију од вриједности истовремено са неколико чланова берзе.

Обавезе које су утврђене овим уговором са сваким чланом берзе појединачно, једнаке су за све чланове – маркет-мејкере за исте хартије од вриједности. Међутим, ни један члан берзе – маркет-мејкер не може испостављати налоге за трговање који би за резултат имали трансакцију у којој би он истовремено био и купац и продавац.

Утврђено је да управни одбор берзе може предвидјети и додатне услове за обављање послова маркет-мејкера, али тако да свака промјена услова мора да буде објављена најмање четири недјеље прије него што ступи на снагу.

Уколико маркет-мејкер не извршава обавезе утврђене уговором или крши друге одредбе наведеног правила пословања или других аката берзе, директор берзе може суспендовати одредбе из закључења уговора о маркет-мејкингу. Ова суспензија може бити повучена само у случају писаног захтјева члана берзе чија су права из уговора о маркет-мејкингу суспендована, уз који је приложено и образложење које се тиче извршења обавеза из наведеног уговора.

Директор берзе има овлашћење да раскине уговор о маркет-мејкингу у сљедећим случајевима:

- уколико маркет-мејкер врши повреду уговора о маркет-мејкингу, наведеног правила пословања или других аката берзе или
- је то неопходно због безбједности трговања или због интереса осталих учесника у трговању.

О предузетим мјерама берза ће одмах обавијестити издаваоца хартија од вриједности из уговора о маркет-мејкингу, као и остале чланове берзе.

Брокерско-дилерско друштво обавља послове маркет-мејкера обавезном куповином и продајом хартија од вриједности на организованом тржишту у своје име и за свој рачун по цијени коју унапријед објављује. Послове маркет-мејкера брокерско-дилерско друштво обавља на организованом тржишту у складу са правилима пословања организатора тржишта. На одговорност брокерско-дилерског друштва према клијентима при обављању послова маркет-мејкера сходно се примјењују правила која се односе и на обављање послова дилера.

5. ПОРТФОЛИО МЕНАѢР

Ријеч “портфолио” представља скуп разних хартија од вриједности којима располаже једно лице. Из овога произилази да је портфолио менаѢр стручно овлашћено лице (правно или физичко) које управља хартијама од вриједности једног или више лица.

Послови портфолио менаѢра су послови управљања хартијама на бази посебног уговора о управљању са клијентом на основу којег остварује права из клијентових хартија од вриједности према емитентима (наплата камате, главнице или дивиденде...) или располаже хартијама од вриједности у промету, настојећи да им сачува и увећа укупну вриједност. Уговором о управљању клијент повјерава друштву хартије од вриједности на управљање и чување, дефинишући врсте и обим овлашћења и инструкције за управљање. Управљање хартијама мора се посебно уговорити, у супротном се сматра да су хартије повјерене само на чување и без изричитог клијентовог налога за сваки појединачан посао, не може се са клијентовим хартијама располагати. Тада друштво као чувар смије само отворити посебан рачун хартија за клијента (ра-

чун управљања) код Централног регистра, да води евиденцију стања хартија на рачуну, да наплаћује приходе на хартијама од емитената и да прима уносе (повећање салда хартија) и спроводи износе (смањење салда хартија) на рачуну. Уговором о управљању хартијама од вриједности брокерско-дилерско друштво се обавезује да ће за рачун клијента новчана средства клијената улагати у хартије од вриједности, односно да ће примити на управљање хартије од вриједности клијената, а клијент се обавезује да ће за ту услугу платити провизију. Уговор о управљању мора да садржи битне елементе:

- износ новчаних средстава, односно врста и количина хартија од вриједности које клијент ставља на располагање брокерско-дилерском друштву ради куповине, односно продаје хартија од вриједности,
- политика улагања у хартије од вриједности (подразумијева се нарочито врста хартија од вриједности које ће се купити из средстава клијента, карактеристике издавалаца хартија од вриједности, највећи дозвољени износ улагања у хартије од вриједности једног издаваоца и са њим повезаних лица, као и друге околности значајне за одређивање степена ризика улагања),
- услови под којима клијент хартија од вриједности повјерава на управљање брокерско-дилерском друштву висину провизије и основицу за обрачун и наплату провизије,
- друга међусобна права и обавезе.

Уговор о управљању хартијама од вриједности између осталог треба да садржи и списак свих хартија од вриједности које клијент повјерава на управљање (извод са власничког рачуна), као и износ новчаних средстава које клијент повјерава друштву за куповину нових хартија од вриједности (извод са новчаног рачуна).

Хартије од вриједности на рачуну клијената не улазе у имовину друштва, нити у његову стечајну или ликвидациону масу, тако да се повјериоци друштва не могу намирити њиховом продајом. Новац, односно хартије са рачуна клијената, друштво може да скида само на основу изричитог налога клијента, осим ако са клијентом није другачије уговорио (тзв. дискреционо овлашћење управљача). Законом је забрањено друштву да за рачун већег броја својих клијената у своје име отвара и води збирни рачун хартија. За то су искључиво овлашћене посебно регистроване банке (тзв. кастоди банке).

Управљање хартијама подразумејева и њихово отуђивање, те тиме и прибављање новца за клијента, тако да се законом обавезује управљач да клијенту, поред рачуна хартија, отвори и новчани рачун код овлашћене банке на који му уплаћује новац од отуђења хартија. Управљач не би требало да има обавезу отварања новчаног рачуна клијенту, ако такав рачун клијент већ има код банке овлашћене за пословање хартијама. Битно је само да управљач клијентов новац стечен у пословању хартијама не смије да уплаћује на свој рачун. Исто се подразумејева и у случају купљених хартија за рачун клијента.

Подаци на основу којих портфолио менаџер доноси одлуке о инвестирању у поједине хартије од вриједности морају бити доступни клијенту прије закључења уговора о управљању хартијама од вриједности.

Брокерско-дилерско друштво дужно је да клијенту, најмање једном мјесечно, достави извјештај о стању на рачуну управљања тог клијента, према стању посљедњег дана периода на који се извјештај односи. Такође, дужно је да клијента упозна са пореским обавезама које се одnose на промет и држање хартија од вриједности у портфељу, као и о другим трошковима. Брокерско-дилерско друштво може вршити пренос портфеља хартија од вриједности својих клијената само брокерско-дилерским друштвима, односно овлашћеним банкама које имају дозволу за обављање послова портфолио менаџера, уз претходну писмену сагласност клијента. Такође је дужно да чува документацију и податке о чињеницама које су утицале на утврђивање и промјену вриједности у портфељима хартија од вриједности којима управља то друштво, као и податке о утицају процјене на вриједност портфеља.

Процјена вриједности портфеља врши се на основу тржишне вриједности хартија од вриједности из којих се тај портфеље састоји и врши се најмање једном мјесечно, о чему је портфолио менаџер дужан да обавијести клијенте. При процјени вриједности портфеља морају бити узети у обзир сви приноси које хартије од вриједности, које се налазе у том портфељу, доносе (камате, дивиденде и други приноси). Извјештај о процјени вриједности садржи:

- период на који се односи,
- стање на рачуну управљања тог клијента (CFI код и ISIN број, број и вриједност хартија од вриједности у портфељу),
- износ средстава у готовом новцу (износ камата, дивиденди и свих других ненаплаћених потраживања као и неизмирених обавеза

клијента, као и износ потраживања које је брокерско-дилерско друштво наплатило за рачун клијента),

– провизију за услуге брокерско-дилерског друштва, организатора тржишта и Централног регистра, са образложењем начина на који је извршен обрачун те накнаде,

– укупна вриједност хартија од вриједности и друге имовине у портфеље, умањена накнада за износ утврђене наведене провизије.

Брокерско-дилерско друштво је дужно да након сваке битније промјене вриједности портфеља, клијенту достави обавјештење о тим промјенама у року који не може бити дужи од три радна дана од дана наступања сваке битније промјене вриједности портфеља. Под битнијим промјенама у вриједности портфеља хартија од вриједности, сматра се свака промјена у вриједности портфеља у износу од +/- 10% или уговором о управљању утврђеном мањем износу.

6. АГЕНТ ЕМИСИЈЕ

Представљају послове организовања дистрибуције хартија од вриједности и без обавезе откупа непродатих хартија од вриједности, односно организовање укључивања хартија од вриједности на организовано тржиште.

Брокерско-дилерско друштво дужно је да примијени стратегију организације дистрибуције хартија од вриједности која је најповољнија за клијента, посебно водећи рачуна о томе да ли се дистрибуција врши јавном понудом или без јавне понуде хартија од вриједности. Уговором о организовању дистрибуције хартија од вриједности без обавезе откупа, брокерско-дилерско друштво се обавезује да организује ту дистрибуцију путем јавне понуде или без јавне понуде тако што ће настојати да трећа лица врше упис и уплату хартија од вриједности, а клијент се обавезује да за ту услугу плати накнаду.

Када у организовању издавања хартија од вриједности са обавезом откупа, на страни покровитеља емисије учествује више брокерско-дилерских друштава, ова друштва су дужна да закључе посебан уговор којим уређују међусобна права и обавезе и одређују једно брокерско-дилерско друштво као главног организатора дистрибуције, који потписује уговоре са издаваоцем.

7. ПОКРОВИТЕЉ ЕМИСИЈЕ

Покровитељство емисије је дјелатност која се састоји у откупљивању од емитента емисије хартија, које у емисији нису продате трећим лицима на тржишту (улагачима). Због великог ризика, закон ову дјелатност дозвољава само посебно регистрованим лицима, веће имовинске снаге, која су закључила уговор о покровитељству са емитентом у одређеној емисији. На тај начин, они преузимају ризик неуспјеха емисије са емитента на себе, због чега је емитент сигуран да ће ове хартије да прода и сакупи довољан капитал за подухват, који намјерава да финансира. Заузврат му емитент плаћа одговарајућу провизију. Ако се покровитељ обавезе да продаје, односно препродаје хартије у емисији, има право да их препродаје по вишој цијени, зарачунавајући и маржу у оквиру емисионе цијене. Покровитељ најчешће, поред јемства и препродаје хартија у емисији, на себе преузима од емитента низ стручних послова који се тичу организовања емисије (величину, вријеме, врсту и цијене хартија), и најављује је улагачима. Израђује јавну понуду и проспект, прибавља дозволу од званичног надзорног органа, организује групу за препродају, објављује понуду и проспект и утврђује исход емисије. Уговор о покровитељству редовно је писани уговор, али наш закон му не прописује форму.

Уговором о организовању издавања хартија од вриједности са обавезом откупа, брокерско-дилерско друштво се обавезује да од издаваоца купи све хартије од вриједности и потом организује њихову даљу продају или да купи само оне хартије од вриједности које остану неуписане и неуплаћене након истека рока за упис и уплату, а потом да организује њихову дистрибуцију, док се издавалац обавезује да за те услуге плати накнаду. Поред тога, овим уговором:

а) прецизира се одговорност уговорних страна у вези са припремом проспекта за издавање хартија од вриједности и утврђује се емисиона цијена, односно каматна стопа,

б) може се одредити обавеза издаваоца да у одређеном периоду након отпочињања примарне продаје, а који не може трајати дуже од шест мјесеци, не врши издавање или продају хартија од вриједности исте врсте.

8. ИНВЕСТИЦИОНИ САВЈЕТНИК

Инвестиционо савјетовање је дјелатност којом брокерско-дилерско друштво даје стручно мишљење (савјете) клијентима о начину њиховог инвестиционог пословања о тачно одређеним питањима, како би им омогућило или олакшало доношење сопствених одлука о располагању хартијама.⁸ Битно је да инвестициони савјетник не доноси одлуке умјесто клијента, јер би у том случају био брокер или портфолио менаџер. Он даје приједлоге на бази којих клијент самостално доноси одлуку о инвестирању. Законом је утврђено да се ова дјелатност мора обављати заједно са још неком у пословању хартијама (нпр. брокерско-дилерско друштво) или ван њега (нпр. у адвокатури, рачуноводству, опорезивању). Послове инвестиционог савјетника може обављати само физичко лице које има посебну дозволу за обављање те дјелатности коју издаје Комисија за хартије од вриједности. Међутим, ова дозвола није обавезна када се такви послови обављају поводом пружања савјетодавних услуга у оквиру основне дјелатности коју обавља адвокат, порески савјетник, рачуновођа или ревизор, с тим да лице које пружа савјетодавне услуге то чини без посебне накнаде, осим накнаде коју прима за обављање своје основне дјелатности.

Брокерско-дилерско друштво је дужно да са клијентом, коме пружа савјетодавне услуге, закључи уговор о обављању послова инвестиционог савјетника. Овај уговор не мора да буде закључен у писменој форми. У нашем праву би то требало да буде уговор о дјелу, у одсуству посебних правила о инвестиционом пословању. Савјетник увијек ради за провизију, сем ако је своје право на њу уговором искључио, а тада је његова одговорност за дати савјет блажа.⁹ Савјетник иначе сноси имовинску одговорност. Под савјетодавним услугама сматрају се питања у којима инвестициони савјетник даје савјете који се тичу куповине или продаје одређених вриједносних папира, њихових предности и мана, исплативости и ризичности одређеног имовинског улагања. Затим, тичу се остваривања права у вези са вриједносним папирима, закључења одређеног уговора и слично. Битно је да је питање одређено и да се тиче

⁸ Предраг Дебеић, *Инвестициони саветници: поглед из угла америчке регулативе*, Право и привреда, Удружење правника у привреди Србије, Београд, бр. 5-8/2007. год., стр. 955: "Инвестициони саветници чине веома битне учеснике на тржишту капитала у САД. Неспорно је да бројна правила која уређују њихово оснивање и пословање доприносе правној сигурности и квалитету њиховог рада...".

⁹ Јовановић, Н., *op. cit.*, стр. 74.

имовинског располагања одређеним хартијама, које савјетовано лице већ има или намјерава да стекне.¹⁰

Опште информације у циљу упознавања заинтересованог лица са правилима пословања лица која обављају брокерско-дилерске дјелатности, принципима рада регулаторног органа и техником функционисања тржишта хартија од вриједности, у складу са напријед наведеним, немају карактер савјетодавних услуга.

Дозвола за обављање послова инвестиционог савјетника није обавезна када се такви послови обављају:

а) поводом пружања савјетодавних услуга у оквиру основне дјелатности коју обавља адвокат, порески савјетник, рачуновођа или ревизор – ако лице које пружа савјетодавне услуге то чини без посебне накнаде, осим накнаде коју прима за обављање основне дјелатности,

б) у оквиру основне дјелатности правних лица основаних у складу са одредбама посебног закона – ако је пружање савјетодавних услуга у вези са пословањем хартијама од вриједности тим законом утврђено као основна дјелатност.

9. ОБАВЕЗЕ БРОКЕРСКО-ДИЛЕРСКОГ ДРУШТВА КАДА ОБАВЉА ПОСЛОВЕ КАСТОДИ БАНКЕ

Кастоди послови подразумијевају комплетну бригу о портфељу који клијенти банке имају у акцијама, обвезницама и другим вриједносним папирима. То подразумијева да ће банка за рачун својих клијената-налогодаваца и трговати, али у своје име, а за њихов рачун, тако да они, за ширу јавност, остају анонимни. За разлику од кастоди банака, које скривају идентитет својих клијената, брокерско-дилерска друштва код којих клијенти отварају власничке рачуне хартија од вриједности, тргују у своје име, а за рачун клијената налогодаваца.

Брокерско-дилерско друштво дужно је да упозори клијента о његовој обавези да отвори новчани и власнички рачун хартија од вриједности прије давања налога за куповину, односно продају хартија од вриједности.

Уговором о отварању и вођењу власничког рачуна хартија од вриједности прописује се обавеза брокерско-дилерског друштва да:

¹⁰ Јовановић, Н., *op. cit.*, стр. 73.

1. код Централног регистра отвори власнички рачун хартија од вриједности у име и за рачун клијента;
2. води стање на власничком рачуну хартија од вриједности клијента (ажурно евидентира све промјене на том рачуну које настају услед куповине и продаје хартија од вриједности и преноса права на хартијама од вриједности које се воде на рачуну тог клијента);
3. доставља клијенту стање, односно промјене на том рачуну код извода из базе података Централног регистра.

Власнички рачун (рачун хартија од вриједности које се стављају на располагање друштву на основу уговора) је рачун који је по закључењу уговора између берзанског посредника и клијента дужан да отвори берзански посредник код Централног регистра у име и за рачун законитог имаоца (клијента), а клијент се обавезује да друштву за те услуге плати накнаду, у складу са правилима о тарифи друштва.

Новчани рачун је рачун новчаних средстава које клијент повјерава друштву како би вршило куповину нових хартија од вриједности у његово име и за његов рачун.

Пренос права из хартија од вриједности међу рачунима истог имаоца и пренос на рачун новог имаоца, као и упис и брисање права трећих лица на хартијама од вриједности, брокерско-дилерско друштво врши у име и за рачун својих клијената уписом налога за пренос хартија од вриједности, односно налога за упис и брисање права трећих лица код Централног регистра.

Уговор о вођењу емисионог рачуна, брокерско-дилерско друштво закључује са издаваоцем хартија од вриједности у складу са законом, Правилима пословања Централног регистра и другим прописима. Уговором о вођењу емисионог рачуна брокерско-дилерско друштво се обавезује да код Централног регистра отвори емисиони рачун хартија од вриједности у име и за рачун клијента, у циљу:

- 1) додјеле ISIN броја и CFI кода за хартије од вриједности којима ове ознаке нису раније додијелене;
- 2) преноса права из хартија од вриједности са емисионог на власничке рачуне хартија од вриједности у поступку издавања хартија од вриједности (ове послове могу обављати само брокерско-дилерска друштва која имају дозволу за послове агента емисије);

3) вођења евиденције о издатим хартијама од вриједности.

Емисиони рачун је рачун који садржи списак законитих ималаца хартија од вриједности, односно представља књигу акционара издаваоца.

Централни регистар хартија од вриједности врши отварања емисионог рачуна и упис хартија од вриједности на емисиони рачун издаваоца код члана Централног регистра, а на основу захтјева за регистрацију хартија од вриједности и рјешења Комисије и/или рјешења Агенције за привредне регистре, односно овјереног извода рјешења Агенције за привредне регистре не старијег од шест мјесеци.

Уговором о вођењу депо рачуна хартија од вриједности, брокерско-дилерско друштво се обавезује да ће у име и за рачун клијента отворити депо рачун хартија од вриједности код Централног регистра у складу са законом, Правилима пословања Централног регистра и другим прописима, а да ће клијент за то платити накнаду у складу са правилником о тарифи брокерско-дилерског друштва. У овом случају клијент може бити:

1. понуђач – сагласно закону којим се уређује преузимање акционарских друштава,
2. издавалац – у поступку стицања сопствених акција сагласно закону којим се уређују привредна друштва,
3. Акцијски фонд – ради придруживања акција појединачних акционара пакету акција одређеног издаваоца у портфељу Акцијског фонда, а ради истовремене продаје путем тендера, односно на организованом тржишту.

Депо рачун је рачун код којег се хартија од вриједности не штампа (не постоји физички), него се њено посједовање води у књизи акционара. Како једно лице може да посједује већи број акција, а на продају жели да понуди само дио тог власништва, он код банке отвара депо рачун на који се “преноси” онај број хартија којим он жели да тргује.

Уговором о заступању на скупштинама акционара друштава, брокерско-дилерско друштво се обавезује да ће клијента који посједује акције са правом гласа одређеног акционарског друштва заступати на скупштини тог друштва на основу пуномоћја које се даје за сваку скупштину посебно, на начин и под условима утврђеним законом, оснивачким актом и статутом тог друштва, а клијент се обавезује да ће за то платити накнаду у складу са правилником о тарифи брокерско-дилерског

друштва. Брокерско-дилерско друштво је дужно да заступа акционаре на скупштини друштва у њиховом најбољем интересу. Такође је дужно да акционаре, који му дају пуномоћје за заступање, упозори на сва ограничења за такво заступање која произилазе из закона и других прописа.

Уговором о обављању корпоративних послова брокерско-дилерско друштво се обавезује да издаваоцу доставља извод из јединствене евиденције Централног регистра за сваку скупштину акционарског друштва посебно, односно књигу акционара са бројем гласова који припада сваком акционару. Уговором о обављању појединих послова могу се утврдити и други послови брокерско-дилерског друштва, као што су послови у вези са извршавањем пореских обавеза законитих ималаца хартија од вриједности клијента друштва, послови позајмљивања хартија од вриједности и други послови у вези са спровођењем и извршењем основног уговора.

10. ПОЗАЈМЉИВАЊЕ ХАРТИЈА ОД ВРИЈЕДНОСТИ

Кредитирање је дјелатност којом брокерско-дилерско друштво у свом пословању врши позајмљивање хартија или новца другим учесницима на тржишту, уз наплату одговарајуће накнаде. Законом је предвиђено да је могуће позајмити хартије само другом брокерско-дилерском друштву.

Послови позајмљивања могу се закључивати само за потребе поравнања послова закључених на берзи и на другом јавном тржишту.¹¹

Брокерско-дилерско друштво хартије од вриједности свог клијента може да позајми само уз његову изричиту сагласност и обрнуто. У овом случају зајмопримац смије да их продаје само по истој или вишој цијени него што им је текућа цијена у часу позајмљивања, односно у часу непосредне препродаје, ако им је цијена послје позајмљивања на тржишту порасла. На основу општих правила о зајму, друштво смије да позајми за сопствене потребе хартије свог клијента, ако овај на то изричито пристане. Могуће је и да друштво своје хартије позајми клијенту коме недостају за испуњење текућих обавеза у трговини хартијама. Међутим, друштво не смије хартије једног свог клијента да позајмљује другом свом клијенту.

¹¹ Члан 126 ЗТХОВ РС.

11. ЗАКЉУЧАК

Када су у питању послови који се обављају на тржишту капитала, путем брокерско-дилерских кућа у Републици Српској, може се закључити да пратимо организацију рада, а и законску регулативу Републике Србије. Врсте послова који се обављају на тржишту капитала у Републици Српској углавном су послови брокера, инвестиционог савјетника и инвестиционог менаџера. Иако у Републици Српској имамо релативно мало и слабије развијено финансијско тржиште, ипак се напредује и усавршавамо се, у складу са датим могућностима, тако да не заостајемо за земљама у региону.

Послови и организација рада унутар једног брокерско-дилерског друштва организовани су по свим берзанским правилима, а сам правни значај разликовања ових послова је у различитим условима за њихово обављање, те њихове различите ризичности како по друштво, тако и по његове саговорнике. Детаљном анализом начина и услова рада, те самог пословања унутар друштва, виде се предности и мане појединих послова. Како су послови организовани као послови брокера, дилера, маркет-мејкера, портфолио-менаџера, агента емисије, покровитеља-преузимаоца емисије, инвестиционог савјетника, кастоди послови, те послови позајмљивања хартија од вриједности, дат је јасан преглед сваког посла појединачно.

Како због слабе платежне моћи привредних друштава, па и грађана са наших простора, тако и због незнања и слабе информисаности, тржиште капитала није заживјело у свом пуном капацитету. Надајући се бољем и бржем развоју нашег финансијског тржишта, као и повећању платежне моћи наших грађана, остаје нам да чекамо неко боље вријеме, када ће наша усклађена правна регулатива, добра организованост послова, те оспособљени кадар, да почну рад на начин како и приличи једном напредном тржишту капитала.

Sanela Kovacevic, MA
Head of Department for legislation and legal affairs
Council of Peoples of the Republic of Srpska, Banja Luka

**WAY OF DOING BUSINESSBROKER-DEALER COMPANY IN THE
REPUBLIC OFSRPSKACAPITAL MARKETS, WITH EMPHASIS
ON THE REPUBLIC OFSERBIA**

Summary

In this paper the author will explain the types of jobs and way of doing the same within the broker-dealer company, and how it is regulated by the Law on Securities Market of the Republic of Srpska ("Official Gazette of the Republic of Srpska" no. 92/06, 34/09, 30/12, 59/13, 108/13) and Capital Markets Act of the Republic of Serbia ("Official Gazette of the Republic of Serbian" no. 31/11). The broker-dealer company, as investment companies, depending on how the organization can act as brokers, dealers, market-makers, portfolio managers, agents- programs, underwriting, and as an investment adviser. All activities performed by the broker-dealer company, has to be registered in the company register subjects. So that each activities that have not been entered in the register, the company makes an economic offense.

Key words: *Broker-dealers company, Brokers, Dealer, Market-makers, Portfolio manager, Agents programs, Underwriting, Investment advisor, Custodian bank, Securities.*

UGOVOR O TRGOVINSKOM ZASTUPANJU

Ivana Zdravković*

Apstrakt: Predmet ovog rada je ugovor o trgovinskom zastupanju kao jedan veoma značajan ugovor o privrednim uslugama. Spada u ugovore o nalogu, koje karakteriše davanje naloga jedne strane drugoj da za njen račun izvrši određeni posao. Ugovor o trgovinskom zastupanju pojavio se u XIX veku u obliku poslova agenture, kao samostalne privredne delatnosti samostalnih i specijalizovanih trgovaca. Na međunarodnom planu regulisan je UNIDROIT Konvencijom o zastupanju (agenciji) u međunarodnoj prodaji robe, koja još nije stupila na snagu i Konvencijom o pravu koje se primenjuje na zastupanje iz 1978. godine, dok je u pravu Republike Srbije regulisan Zakonom o obligacionim odnosima iz 1978. godine, čije odredbe će, sa odgovarajućim izmenama, biti unete u novi Građanski zakonik Republike Srbije.

Ključne reči: ugovor o trgovinskom zastupanju, ugovori o privrednim uslugama.

1. UVOD

Razvoj nauke i novih tehnologija i njihova primena u oblastima saobraćaja, industrije, proizvodnje jesu okolnosti koje su dovele do razvoja novih tipova poslovanja i složenijih pravnih poslova. Jedna od inovacija jeste i ugovor o trgovinskom zastupanju, koji se javlja tek u XIX veku u obliku posla agenture, kao samostalne privredne delatnosti samostalnih i specijalizovanih trgovaca.¹

* Докторанд на Правном факултету у Новом Саду.

¹ Vilus, J., Carić, S., Šogorov, S., Đurđev, D., Divljak, D., *Međunarodno privredno pravo*, Novi Sad, 2012, str. 236.

2. POJAM I KARAKTERISTIKE UGOVORA O TRGOVINSKOM ZASTUPANJU

Zastupanje po svojoj prirodi predstavlja obavljanje pravnih poslova i radnji za drugog, a osnov zastupanja može biti ugovor ili zakon, s tim da je u međunarodnim privrednim odnosima osnov zastupanja uglavnom ugovor.²

Trgovački zastupnik je fizičko ili pravno lice koje se profesionalno bavi zastupanjem. Za fizičko lice obično se zahteva da ima svojstvo trgovca, a za pravno da je registrovano za obavljanje privredne delatnosti zastupanja.³

Ugovor o trgovinskom zastupanju može se definisati kao ugovor kojim se obavezuje zastupnik da se stalno stara da treća lica zaključuju ugovore sa njegovim nalogodavcem, i da u tom smislu posreduje između njih i nalogodavca, kao i da po dobijenom ovlašćenju zaključuje ugovore sa trećim licima u ime i za račun nalogodavca, a ovaj se obavezuje da mu za svaki zaključeni ugovor isplati određenu naknadu (proviziju).⁴

Ugovor o trgovinskom zastupanju dobija međunarodni karakter kada je zastupnik iz jedne zemlje, a zastupani iz druge, ali i kada su obe ugovorne strane iz iste zemlje, s tim da zastupnik ugovore zaključuje sa partnerima iz druge zemlje.⁵

Ugovor o trgovinskom zastupanju spada u ugovore o nalogu koje karakteriše davanje naloga jedne strane drugoj da za njen račun izvrši određeni posao. Zastupnik na osnovu ugovora o trgovinskom zastupanju prema trećim licima istupa i u ime i za račun svog nalogodavca.

Iz definicije ugovora o trgovinskom zastupanju vidljivo je da je u pitanju **obligacija sredstva**, a ne obligacija cilja. Ugovor o trgovinskom zastupanju je **imenovani ugovor**, koji je definisan zakonom. Kako se ugovorom o trgovinskom zastupanju uspostavlja trajnija poslovna saradnja između ugovornih strana, isti predstavlja **ugovor sa trajnim prestacijama**. U pitanju je **dvostrano obavezan, teretan ugovor**, s obzirom na to da iz njega proizlaze ugovorne obaveze za obe ugovorne strane. Ugovor o trgovinskom zastupanju je **formalan ugovor** po samom zakonu. Da bi bio punovažan, neophodno je da je zaključen u pismenoj formi.⁶ Ugovor o trgovinskom zastupanju koji

² Kapor, P., *Spoljnوترgovinski ugovori o prodaji, zastupanju, distribuciji, kompenzacionim i komisionim poslovima*, Beograd, 2001, str. 69.

³ Ibid.

⁴ Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 – Ustavna povelja)

⁵ Kapor, P., navedeno delo, str. 69.

⁶ Šogorov, S., Arsić Z., *Ugovori trgovinskog prava*, Novi Sad, 2011, str. 98.

nije zaključen u pismenoj formi ništav je. Zahtev pismene forme ispunjen je i ako strane izmjenjaju pisma ili se sporazumeju nekim sredstvom komunikacije koje omogućava da se dokaže i utvrdi sadržina ugovora, kao što su kompjuter, teleprinter, telefaks. Kako ima elemente i ugovora o nalogu i ugovora o punomoćstvu, predstavlja **mešoviti ugovor**.⁷

Zastupnik sa trećim licima **zaključuje ugovore u ime i za račun svog nalagodavca**. Ovlašćen je da obavlja i druge, kako **pravne tako i faktičke, radnje** u cilju zaštite interesa nalagodavca.

Ugovor o trgovinskom zastupanju je dvostrani ugovor, koji ima dve ugovorne strane – nalagodavca i zastupnika. Međutim, kao učesnik u poslu pojavljuje se i treće lice sa kojim zastupnik stupa u kontakt kako bi ovaj sa njegovim nalagodavcem zaključio posao. Stoga se između učesnika u ovom poslu uspostavljaju dva odnosa, i to: odnos između nalagodavca i zastupnika i odnos između nalagodavca i trećeg lica.

Ugovor o trgovinskom zastupanju može biti zaključen na određeno ili na neodređeno vreme. Ugovor zaključen na određeno vreme prestaje istekom roka na koji je zaključen. Ugovor zaključen na neodređeno vreme može prestati saglasnošću volja ugovornih strana ili jednostranim raskidom jedne ugovorne strane.

3. IZVORI PRAVA

Na međunarodnom nivou je 1983. godine UNIDROIT Konvencija o zastupanju (agenciji) u međunarodnoj prodaji robe, koja još nije stupila na snagu i Konvencija o pravu koje se primenjuje na zastupanje iz 1978. godine, a kojom su unifikovana koliziona pravila o merodavnom pravu koje se primenjuje na odnose iz ugovora o zastupanju.⁸ Sve značajniji izvor uniformnih pravila u ovoj oblasti postaju i odredbe Principa evropskog ugovornog prava i UNIDROIT principa koje se odnose na zastupanje.

U okviru Evropske unije doneta je Direktiva o usklađivanju prava država članica u vezi sa samozaposlenim trgovačkim zastupnicima.⁹ Navedenom direktivom definisan je pojam trgovačkog zastupnika, prava i obaveze ugovornih strana, te propisana pravila o sklapanju i raskidu ugovora o trgo-

⁷ Nikčević, I., *Poslovno pravo*, Beograd, 2011, str. 192.

⁸ Vukadinović, R., *Međunarodno poslovno pravo*, Kragujevac, 2012, str. 651.

⁹ Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents, *Official Journal* of the European Union L 382.

vinskom zastupanju. Iako se radi o formalnom ugovoru za čiju punovažnost se u većini zemalja kontinentalnog prava zahteva pisana forma, iz odredaba Direktive proističe da za punovažnost ugovora o trgovinskom zastupanju nije obavezna pisana forma ugovora, s tim da država članica može propisati da ugovor o zastupanju nije valjan ako za njega ne postoji dokaz u pisanom obliku.

U Socijalističkoj Federativnoj Republici Jugoslaviji 1978. godine na saveznom nivou donet je Zakon o obligacionim odnosima.¹⁰ Navedenim zakonom regulisan je ugovor o trgovinskom zastupanju, kao poseban imenovani ugovor trgovačkog prava.

Sve države nastale raspadom bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije bile su preuzele Zakon o obligacionim odnosima iz 1978. godine, koji je nakon toga u tim državama pretrpeo određene izmene. Danas je situacija u velikoj meri izmenjena. Slovenija, Makedonija, Crna Gora i Hrvatska donele su nove zakone koji regulišu obligacione odnose. U Republici Sloveniji je na snazi Obligacijski zakonik¹¹, u Republici Hrvatskoj Zakon o obveznim odnosima¹², u Republici Crnoj Gori Zakon o obligacionim odnosima¹³, a u Republici Makedoniji Zakonot za obligacionite odnosi¹⁴. U Republici Srbiji, Bosni i Hercegovini na snazi je, uz odgovarajuće izmene i dopune, Zakon o obligacionim odnosima iz 1978. godine.¹⁵

U pravnim propisima u spomenutim državama ugovor o trgovinskom zastupanju regulisan je slično, bez značajnih razlika, s tim da zakonodavci u nekim državama pokušavaju detaljnije urediti sadržaj ovog pravnog posla.

Države koje su potpisale Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju Evropskoj uniji, na osnovu istog preuzele su obavezu da prihvate celokupno komunitarno pravo (pravo Evropske unije).

Države koje su postale članice Evropske unije u potpunosti su implementirale propise Evropske unije u svoja zakonodavstva.

U državama nastalim raspadom bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, kao i u drugim evropskim državama, ugovor o trgovinskom zastupanju je gotovo isto definisan. Zakonodavci u kontinentalnom pravnom

¹⁰ Bevanda, M., *Odgovornost za štetu izazvanu neispravnim proizvodom u hrvatskom i bosanskohercegovačkom pravu*, Mostar, 2006, str. 7.

¹¹ Obligacijski zakonik, Uradni list Republike Slovenije, št. 83/2001, 32/2004.

¹² Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine Republike Hrvatske, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15.

¹³ Zakon o obligacionim odnosima, „Sl. list Crne Gore“ br. 47/07 od 07.08.2008., 4/11 od 18.1.2011.

¹⁴ Zakonot za obligacionite odnosi, Službeni vesnik na Republika Makedonija, br. 18/2001, 4/2002, 5/2003.

¹⁵ Bevanda, M., navedeno delo, str. 14.

sistemu ugovor o trgovinskom zastupanju definišu kao ugovor kojim se obvezuje zastupnik da se stalno brine da treće osobe sklapaju ugovore s njegovim nalogodavcem, i da u tom smislu posreduje između njih i nalogodavca te da nakon dobijenog ovlašćenja sklapa ugovore s trećim osobama u ime i za račun nalogodavca, a ovaj se obvezuje da mu za svaki sklopljeni ugovor isplati određenu naknadu (proviziju).

U **Republici Hrvatskoj** ugovor o trgovinskom zastupanju regulisan je Zakonom o obveznim odnosima u odseku 20, pod nazivom "Ugovor o trgovinskom zastupanju" od člana 804 do člana 825. Zakon predviđa obaveznu pismenu formu za njegovu punovažnost.

Kao osnovne obaveze zastupnika zakon propisuje sledeće:

1. obavezu zaštite interesa nalogodavca;
2. obavezu obaveštavanja o pitanjima koja su od značaja za svaki pojedinačni posao;
3. obavezu postupanja po uputstvima nalogodavca;
4. obavezu čuvanja poslovne, profesionalne i službene tajne svog nalogodavca;
5. obavezu vraćanja stvari koje je dobio na upotrebu za vreme trajanja ugovora.

Osnovne obaveze nalogodavca prema Zakonu o obveznim odnosima su:

1. obaveza postupanja u skladu sa načelom savesnosti i poštenja i pažnjom dobrog privrednika;
2. obaveza obaveštavanja o svemu što je od značaja za ispunjenje zastupnikovih obaveza;
3. obaveza plaćanja provizije zastupniku za ugovore koji su sklopljeni njegovim posredovanjem, kao i za ugovore koje je nalogodavac sklopio neposredno sa trećim licima koje je zastupnik našao.

Zakonom je propisano da zastupnik za svoja dospelaa potraživanja ima pravo retencije na iznosima koje je naplatio za nalogodavca po njegovom ovlašćenju.

U ostalim državama nastalim raspadom bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije zastupnik ima pravo zaloge na iznosima koje je naplatio za nalogodavca po njegovom ovlašćenju.

Nakon prestanka ugovora o trgovinskom zastupanju zastupnik ima pravo i na posebnu naknadu ukoliko je nalogodavcu pronašao nove stranke ili

mu je značajno povećao obim poslovanja s postojećim strankama, a nalogodavac je i po prestanku ugovora imao znatne koristi od tih stranaka, te ako plaćanje tih naknada opravdavaju okolnosti slučaja, naročito gubitak provizije u poslovanju s tim strankama. Pravo na posebnu naknadu nastaje i u slučaju da je ugovor prestao zbog smrti zastupnika. Zastupnik će izgubiti pravo na posebnu naknadu ako u roku od godinu dana od dana prestanka ugovora ne obavesti nalogodavca da će istu zahtevati.

Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske poznaje kako ugovor o trgovinskom zastupanju zaključen na određeno vreme, tako i ugovor zaključen na neodređeno vreme. Predviđa da ugovor zaključen na određeno vreme prestaje protekom vremena na koji je zaključen, dok ugovor o trgovinskom zastupanju zaključen na neodređeno vreme može prestati jednostranim raskidom od bilo koje ugovorne strane, s tim da se poštuju pravila o otkaznom roku.

Zakon dozvoljava da ugovorne strane u ugovor unesu odredbu kojom će se ograničiti ili zabraniti zastupniku da obavlja delatnosti trgovinskog zastupnika u određenom roku po prestanku ugovora o trgovinskom zastupanju, a najduže dve godine.

Članom 1.a Zakona o obveznim odnosima Republike Hrvatske propisano je da se u pravni poredak Republike Hrvatske prenose direktive Evropske unije koje se tiču obligacionih odnosa, a između ostalih i Direktiva o usklađivanju prava država članica u vezi sa samozaposlenim trgovačkim zastupnicima (86/653/EZZ). Stoga bi se za sva pitanja koja se tiču ugovora o trgovinskom zastupanju primenjivale i odredbe navedene direktive.

U **Republici Sloveniji** izvor prava za ugovore o trgovinskom zastupanju predstavlja Obligacijski zakonik, koji reguliše ugovor o trgovinskom zastupanju u Odeljku XIX pod nazivom "Pogodba o trgovskom zastupanju (agencijska pogodba)", od člana 807 do člana 836.

Od svih država bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, jedino Obligacijski zakonik Republike Slovenije definiše pojam zastupnika. Zastupnik je fizičko ili pravno lice koje samostalno i sa ciljem sticanja profita obavlja zastupanje kao registrovanu delatnost.

Obligacijski zakonik za punovažnost ugovora o trgovinskom zastupanju ne predviđa obaveznu pismenu formu, s obzirom na to da predviđa da svaka stranka ima pravo da od druge stranke zahteva potpisanu ispravu koja uključuje naknadno dogovorene uslove. Dakle, postojanje potpisane isprave nije obaveza, već pravo koje ugovorne strane mogu iskoristiti, a i ne moraju.

Zakonodavac je propisao sledeće obaveze zastupnika:

1. obavezu staranja o interesima nalogodavca;
2. obavezu obaveštavanja o stanju na tržištu i drugim pitanjima od značaja za poslovanje;
3. obavezu učestvovanja u zaključivanju poslova po uputstvima nalogodavca;
4. obavezu čuvanja poslovnih tajni svog nalogodavca za koje je saznao u vezi sa poverenim poslovima;
5. obavezu vraćanja stvari nalogodavcu koje su mu date na upotrebu, nakon prestanka ugovora o trgovinskom zastupanju.

Obaveze nalogodavca su:

1. postupanje u skladu sa načelom savesnosti i poštenja;
2. obaveštavanje zastupnika o odluci da li će prihvatiti ili odbaciti zaključenje ugovora pripremljenog od strane zastupnika;
3. plaćanje naknade zastupniku za ugovore zaključene njegovim posredovanjem, kao i za ugovore koje je sam zastupnik zaključio.

Ukoliko ugovorne strane u ugovoru nisu precizirale, pravo na naknadu zastupnik stiče kada ugovor bude izvršen, a visina naknade, ukoliko nije određena, biće određena prema uobičajenoj naknadi koja se plaća za tu vrstu poslova na teritoriji na kojoj se zastupa.

Zakon obavezuje nalogodavca da na svaka tri meseca zastupniku izdaje obračun naknade, obračunate za svaki mesec posebno, kao i da mu naknadu plaća najkasnije do kraja meseca koji sledi nakon poslednjeg meseca obračunskog tromesečja.

Zakonom je propisano zastupnikovo pravo zaloge na svotama naplaćenim za svog nalogodavca, a radi namirenja svojih dospelih potraživanja.

Ukoliko ugovorom nije određeno, smatraće se da je ugovor zaključen na neodređeno vreme. Ugovor zaključen na neodređeno vreme svaka strana može raskinuti jednostranom izjavom volje. Ugovor zaključen na određeno vreme prestaje protekom vremena na koji je zaključen.

Po prestanku ugovora o trgovinskom zastupanju zastupnik ima pravo i na otpremninu (posebnu naknadu) ukoliko je nalogodavcu pronašao nove stranke ili mu je značajno povećao obim poslovanja s postojećim strankama, a nalogodavac je i po prestanku ugovora imao znatne koristi od tih stranaka, te ako plaćanje tih naknada opravdavaju okolnosti slučaja, naročito gubitak provizije u poslovanju s tim strankama.

Kao i Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske, i Obligacijski zakonik Republike Slovenije dozvoljava da ugovorne strane ugovorom ograniče ili zabrane zastupniku da obavlja delatnosti trgovinskog zastupnika u određenom roku po prestanku ugovora o trgovinskom zastupanju, a najduže dve godine.

Republika Makedonija je ugovor o trgovinskom zastupanju pravno normirala u Glavi XXIII, pod nazivom “Dogovor za trgovinsko zastapuvanje”, od člana 846 do 868 “Zakonot za obligacionite odnosi”. I u Republici Makedoniji se zakonodavac opredelio za obaveznu pismenu formu ugovora o trgovinskom zastupanju. Kao osnovne obaveze zastupnika predviđene su sledeće:

1. obaveza zaštite interesa svog nalogodavca;
2. obaveza učestvovanja u zaključivanju poslova po uputstvima nalogodavca;
 1. obaveza čuvanja poslovnih tajni svog nalogodavca za koje je saznao u vezi sa poverenim poslovima;
 2. obaveza da po prestanku ugovora o trgovinskom zastupanju vrati nalogodavcu stvari date na upotrebu.

Osnovne obaveze nalogodavca su:

1. obaveza stavljanja zastupniku na raspolaganje dokumentacije i materijala potrebnih za obavljanje poslova;
2. obaveza obaveštavanja zastupnika o svojoj odluci da li će prihvatiti ili odbaciti zaključenje ugovora pripremljenog od strane zastupnika;
3. obaveza plaćanja naknade zastupniku za ugovore zaključene njegovim posredovanjem, kao i za ugovore koje je sam zastupnik zaključio.

U slučajevima kada nije ugovorom određeno, pravo na naknadu zastupnik stiče kada ugovor bude izvršen, ali i kada ostane neizvršen, ukoliko do toga nije došlo njegovom krivicom.

Ukoliko ugovorom nije određena visina naknade, zastupnik će imati pravo na uobičajenu naknadu za tu vrstu poslova.

I Zakon o obligacionim odnosima Republike Makedonije zadržao je odredbu Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, kojim je predviđeno da zastupnik, radi namirenja svojih dospelih potraživanja, ima pravo zahteva na svotama naplaćenim za svog nalogodavca, kao i odredbe koje se tiču prestanka ugovora, a kojima je propisano da ugovor zaključen na neodređeno vreme prestaje raskidom jedne ugovorne strane, a ugovor zaključen na određeno vreme protekom vremena na koji je zaključen.

Republika Crna Gora 2008. godine donela je novi Zakon o obligacionim odnosima čijim odredbama, u Glavi XXV, od člana 883 do člana 894, reguliše ugovor o trgovinskom zastupanju. Zakon prihvata koncepciju formalnosti ugovora o trgovinskom zastupanju, te se ugovor smatra ništavim ukoliko nije zaključen u pisanoj formi. Kao i u drugim zemljama, i u Crnoj Gori na osnovu zakonskih odredaba zastupnik je obavezan da:

3. se stara o interesima nalogodavca;
4. učestvuje u zaključivanju poslova po uputstvima nalogodavca;
5. čuva poslovne tajne svog nalogodavca za koje je saznao u vezi sa poverenim poslovima;
6. vrati stvari date na upotrebu nakon prestanka ugovora o trgovinskom zastupanju.

Nalogodavac ima obavezu da:

4. zastupniku stavi na raspolaganje dokumentaciju i materijal potreban za obavljanje poslova;
5. obavesti zastupnika o svojoj odluci da li će prihvatiti ili odbaciti zaključenje ugovora pripremljenog od strane zastupnika;
6. isplati zastupniku naknadu za ugovore zaključene njegovim posredovanjem, kao i za ugovore koje je sam zastupnik zaključio.

Zakonska pretpostavka je da, ukoliko između ugovornih strana nije drukčije ugovoreno, zastupnik pravo na naknadu stiče kada ugovor bude izvršen, s tim da mu to pravo pripada i kada ugovor ne bude izvršen, ako je do toga došlo iz uzroka koji su na strani nalogodavca. Ako iznos naknade nije ugovoren, niti određen tarifom, zastupnik ima pravo na uobičajenu naknadu. Zastupnik koji je po ovlašćenju svog nalogodavca izvršio naplatu nekog njegovog potraživanja ima pravo i na posebnu naknadu od naplaćene svote. Takođe, zastupnik ima pravo i na naknadu posebnih troškova koje je učinio u korist nalogodavca ili po njegovom nalogu. Troškovi koji proizlaze iz redovnog vršenja posredničkih poslova ne nadoknađuju se zastupniku, osim ako je drukčije ugovoreno.

Za razliku od Zakona o obveznim odnosima Republike Hrvatske, kojim je propisano da zastupnik za svoja dospelja potraživanja ima pravo retencije na iznosima koje je naplatio za nalogodavca po njegovom ovlašćenju, Zakonom o obligacionim odnosima Republike Crne Gore propisano je da na istima zastupnik ima založno pravo.

Zakon o obligacionim odnosima Republike Crne Gore razlikuje ugovor o trgovinskom zastupanju zaključen na određeno vreme od ugovora zaključenog na neodređeno vreme, te predviđa da ugovor zaključen na neodređeno vreme može prestati raskidom jedne od ugovornih strana, dok ugovor zaključen na određeno vreme prestaje protekom roka na koji je zaključen. Ukoliko se ugovor zaključen na određeno vreme prećutno produži, smatra se dalje kao da je zaključen za neodređeno vreme.

U **Republici Srbiji i Bosni i Hercegovini** ugovor o trgovinskom zastupanju regulisan je gotovo identično. U ovim državama primenjuje se Zakon o obligacionim odnosima iz 1978. godine, sa odgovarajućim izmenama. Ugovor o trgovinskom zastupanju je na isti način definisan, za njegovu punovažnost u obe države predviđena je obavezna pismena forma, obaveze i prava ugovornih strana istovetna su u pravima obe države, kao i pravila o prestanku ugovora.

Prema Zakonu o obligacionim odnosima u Republici Srbiji i Bosni i Hercegovini osnovne obaveze zastupnika su:

1. staranje o interesima nalogodavca;
2. učestvovanje u zaključivanju poslova;
3. čuvanje poslovnih tajni svog nalogodavca za koje je doznao u vezi sa poverenim poslom;
4. vraćanje stvari datih na upotrebu, po prestanku ugovora o trgovinskom zastupanju.

Nalogodavčeve obaveze su:

1. stavljanje na raspolaganje zastupniku dokumentacije i materijala koji su mu potrebni radi obavljanja njegovih poslova;
2. obaveštavanje zastupnika o svojoj odluci da li će prihvatiti ili odbaciti zaključenje ugovora pripremljenog od strane zastupnika;
3. plaćanje zastupniku naknade za ugovore zaključene njegovim posredovanjem, kao i za ugovore koje je sam zastupnik zaključio, ako je za to bio ovlašćen.

Zakon predviđa da zastupnik pravo na naknadu stiče kada ugovor bude izvršen, ukoliko to pitanje nije ugovorom regulisano, kao i da, ukoliko visina naknade nije određena, zastupnik ima pravo na uobičajenu naknadu.

Zastupnik koji je po ovlašćenju svog nalogodavca izvršio naplatu nekog njegovog potraživanja ima pravo na posebnu naknadu od naplaćene svote. Takođe, zastupnik ima pravo i na naknadu posebnih troškova koje je uči-

nio u korist nalogodavca ili po njegovom nalogu, dok mu se redovni troškovi ne nadoknađuju.

Radi obezbeđenja naplate svojih dospelih potraživanja zastupnik ima založno pravo na svotama koje je naplatio za svog nalogodavca po njegovom ovlašćenju.

I u pravu Republike Srbije i Bosne i Hercegovine pravi se razlika između ugovora zaključenog na neodređeno vreme, koji prestaje na osnovu raskida bilo koje ugovorne strane koji može izjaviti krajem svakog tromesečja, i ugovora zaključenog na određeno vreme, koji prestaje samim protekom vremena na koji je zaključen.

Ugovor o trgovinskom zastupanju u pravu **Republike Srbije** uređen je glavom XX (čl. 790–812) Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, a Zakonom o spoljnotrgovinskom poslovanju propisani su uslovi koje moraju ispunjavati domaća lica koja nameravaju da zastupaju strana lica na domaćoj teritoriji.¹⁶

U Srbiji je aktuelno pitanje kodifikacije građanskog prava, odnosno donošenje novog Građanskog zakonika, te je u tom cilju, već godinu dana, na javnoj raspravi nacrt Građanskog zakonika Srbije, kojim će ubuduće biti regulisan ugovor o trgovinskom zastupanju (čl. 1002–1037). Kao osnova za nacrt Građanskog zakonika u delu koji se odnosi na obligacione odnose bio je Zakon o obligacionim odnosima, te je iz istog preuzet veći broj zakonskih odredaba, ali sa bitnim korekcijama i dopunama, a u skladu sa međunarodnom regulativom i pravom Evropske unije.

Oba propisa ugovor o trgovinskom zastupanju definišu kao ugovor kojim se obavezuje zastupnik da se stalno stara da treća lica zaključuju ugovore sa njegovim nalogodavcem, i da u tom smislu posreduje između njih i nalogodavca, kao i da po dobijenom ovlašćenju zaključuje ugovore sa trećim licima u ime i za račun nalogodavca, a ovaj se obavezuje da mu za svaki zaključeni ugovor isplati određenu naknadu (proviziju); određuju prava i obaveze ugovornih strana; predviđaju obaveznu pismenu formu za njegovu punovažnost. Nacrt Građanskog zakonika, za razliku od Zakona o obligacionim odnosima, predviđa i obavezu nalogodavca da u svom odnosu sa zastupnikom postupa u skladu sa načelom savesnosti i poštenja i sa pažnjom dobrog privrednika. Novina koju bi uveo Građanski zakonik jeste da zastupnik ima pravo na proviziju i za one ugovore koje je nalogodavac zaključio nakon prestanka ugovora o trgovinskom zastupanju ako je zaključeni ugovor posledica zastupnikova delovanja pre prestanka ugovora o trgovinskom zastupanju, i ako je ugovor

¹⁶ Vukadinović, R., navedeno delo, str. 645–648.

zaključen u razumnom roku od prestanka ugovora o trgovinskom zastupanju ili ako je ponuda trećeg lica za zaključenje ugovora nalagodavcu ili zastupniku stigla pre prestanka ugovora o trgovinskom zastupanju. Građanski zakonik uveo bi obavezu nalagodavca da svaka tri meseca podnese obračun provizije na koju zastupnik ima pravo, izračunatu za svaki mesec posebno, te da mu tromesečnu proviziju plaća najkasnije do kraja meseca koji sledi nakon poslednjeg meseca obračunskog tromesečja, s tim što ugovorne strane mogu ugovoriti i obračunsko razdoblje kraće od tri meseca. Zastupnik je ovlašćen da zahteva da ovlašćeni revizor izvrši pregled nalagodavčevih knjiga kojima zavisi provizija zastupnika. U nacrtu Građanskog zakonika predloženo je da zastupnik izgubi pravo na proviziju ako ugovor između nalagodavca i trećeg lica ostane neispunjen iz uzroka koji nisu na strani nalagodavca, a ako je zastupnik primio proviziju dužan ju je vratiti, a koju odredbu Zakon o obligacionim odnosima ne poznaje. Osim založnog prava, Građanski zakonik bi uveo i pravo retencije zastupnika na iznosima koje je naplatio za nalagodavca. Građanski zakonik uveo bi i pravo zastupnika na posebnu naknadu ako je nalagodavcu našao nove stranke ili mu je značajno povećao obim poslovanja s postojećim strankama, a nalagodavac je i po prestanku ugovora imao znatne koristi od tih stranaka.¹⁷

Iz navedenog, vidljivo je da nacrt Građanskog zakonika zadržava gotovo sve odredbe Zakona o obligacionim odnosima koje se tiču ugovora o trgovinskom zastupanju, s tim što ih precizira i proširuje, te predlaže usvajanje novih, kojim bi Građanski zakonik, ukoliko bi isti bio usvojen, proširio broj obaveza i prava ugovornih strana, a sve u cilju veće zaštite njihovih interesa. Novine koje bi bile uvedene usvajanjem nacrta Građanskog zakonika imale bi za cilj pravično i pošteno ponašanje ugovornih strana, obavežu ugovorne strane da jedna drugoj pruže tačne i potpune informacije od važnosti za posao, da zaštite i osiguraju ugovorne strane i dr.

Izmene i novine koje sadrži nacrt Građanskog zakonika unete su u cilju harmonizacije nacionalnog sa međunarodnim pravom i pravom Evropske unije.

Iz iznetog se može utvrditi da su sve države članice bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije vrlo slično, a ponegde i gotovo identično uredile pitanja koja se tiču ugovora o trgovinskom zastupanju. I države koje su donele nove zakone o obligacionim odnosima nisu suštinski menjale odredbe koje se tiču ugovora o trgovinskom zastupanju, već su zadržale one iz saveznog Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine.

¹⁷ Vlada RS, *Nacrt Građanskog zakonika*, druga knjiga – obligacioni odnosi, Beograd, 2014, str. 319–330.

Sve pomenute države nastoje da usklade svoje nacionalno zakonodavstvo sa pravom Evropske unije u mnogim oblastima. Stoga sve izmene zakonodavstva koje vrše idu u pravcu harmonizacije nacionalnog prava sa pravom Evropske unije.

4. PRAVA I OBAVEZE UGOVORNIH STRANA

Kao dvostrano obavezan ugovor, ugovor o trgovinskom zastupanju stvara prestacije za obe ugovorne strane. One zavise kako od vrste ugovora o trgovinskom zastupanju, tako i od formulacije odredaba samog ugovora. Obaveze nalogodavca obično se poklapaju sa pravima zastupnika i obrnuto, što je karakteristika dvostrano obaveznih ugovora.

4.1. PRAVA I OBAVEZE ZASTUPNIKA

Zastupnik ima niz obaveza koje se detaljno regulišu ugovorom. Svaki ugovor o trgovinskom zastupanju mora sadržati odredbe koje predviđaju **obavezu zastupnika da se stara da treća lica zaključuju ugovore sa njegovim nalogodavcem**. Ugovorom se nadalje zastupnik obavezuje da će se, kako u početnoj fazi tako i čitavo vreme ovog trajnog ugovornog odnosa, **pridržavati i izvršavati naloge** koje mu je dao nalogodavac u vezi sa obavljanjem poverenih poslova. **Učestvovanje u zaključivanju poslova** još je jedna od obaveza zastupnika. Zastupnik se ugovorom o trgovinskom zastupanju obavezuje da se **stara o interesima nalogodavca, da obaveštava nalogodavca** o tržišnoj situaciji, **da položi račun** u ugovorenim rokovima ili povremeno po potrebi, kao i da **čuva poslovne tajne** svog nalogodavca koje je saznao u vezi sa poverenim poslom. Kako je trgovinski zastupnik lice koje se profesionalno bavi poslovima zastupanja, dužan je da **postupa sa pažnjom dobrog stručnjaka**. Zastupnik je obavezan i da **vodi posebnu knjigu**, dnevnik, u koji hronološkim redom upisuje ugovore koje je zaključio ili u kojima je posredovao radi zaključenja.¹⁸ Po prestanku ugovora o trgovinskom zastupanju zastupnik je u obavezi da nalogodavcu **vрати sve stvari** koje je dobio na upotrebu radi izvršavanja naloga.

Osnovno pravo zastupnika jeste pravo na **naknadu ili proviziju** kao cenu za izvršene usluge. Nadalje, zastupnik ima **pravo zaloge** na svotama koje je naplatio za nalogodavca, kao i svim nalogodavčevim stvarima koje je

¹⁸ Vukadinović, R., navedeno delo, str. 645–648.

u vezi sa ugovorom primio od nalogodavca ili nekog drugog. U pravima nekih država, zastupnik po samom zakonu nema pravo zaloge, već **pravo re-tencije**, odnosno pravo zadržavanja. Takođe, zastupnik ima pravo da, jednostranom izjavom volje, **raskine ugovor** o trgovinskom zastupanju, poštujući pravila o raskidu ugovora.¹⁹

4.2. PRAVA I OBAVEZE NALOGODAVCA

Kako iz same definicije ugovora o trgovinskom zastupanju proizlazi, osnovna obaveza nalogodavca u ovom poslu jeste da ugovorene usluge **plaća naknadu ili proviziju** zastupniku, koja obaveza se podrazumeva i kada nije posebno ugovorena. Nalogodavac je obavezan da zastupniku **dostavlja materijale i dokumentaciju** koji su mu potrebni za obavljanje poslova, da mu **naknadi posebne troškove** koje je zastupnik učinio u korist nalogodavca ili po njegovom nalogu. Takođe, nalogodavac je u obavezi da zastupnika **obaveštava** o svojoj odluci da li će prihvatiti ili neće zaključenje ugovora koji je pripremio zastupnik, kao i kada zastupnik nije ovlašćen da sam zaključuje ugovore i drugim važnim pitanjima. U slučaju neispunjenja ove obaveze, biće dužan da zastupniku naknadi štetu koju je usled toga pretrpeo. U poslovnom odnosu sa zastupnikom nalogodavac je obavezan da **postupa u svemu u skladu sa načelom savesnosti i poštenja i sa pažnjom dobrog privrednika**.

Nalogodavac ima pravo da **izjavi jednostrani raskid** ugovora nalogodavcu, poštujući pravila o otkaznom roku, osim u slučaju postojanja iz ozbiljnih uzroka, kada se ugovor može otkazati bez otkaznog roka.

5. VRSTE TRGOVINSKOG ZASTUPANJA

Postoji veliki broj klasifikacija ugovora o trgovinskom zastupanju, od kojih su neke manjeg, neke većeg značaja. Tako razlikujemo:

1. Generalno i lokalno zastupništvo, s obzirom na širinu poslovnog područja na kome posluje trgovinski zastupnik. Generalni zastupnik ima ovlašćenja da zastupa svog nalogodavca na teritoriji cele države, dok lokalni zastupnik može da zastupa samo na užem području.²⁰

2. Obično i del credere zastupništvo, zavisno od toga da li zastupnik odgovara nalogodavcu za ispunjenje obaveza iz ugovora, koji je zaključen

¹⁹ Šogorov, S., Arsić, Z., navedeno delo, str. 102.

²⁰ Jankovec, I., *Privredno pravo*, Beograd, 1999, str. 525.

njegovim zastupanjem. Kod običnog zastupanja ova odgovornost ne postoji, dok kod delkredere zastupnik pismeno jemči za ispunjenje ugovornih obaveza. Ukoliko nije predviđeno, pretpostavlja se da je reč o običnom zastupanju.

3. Opšte i posebno zastupništvo, zavisno od obima ovlašćenja koja zastupnik ima po osnovu ugovora o trgovinskom zastupanju. Kod opšteg zastupništva zastupnik ima ovlašćenje na zaključivanje ugovora i preduzimanje drugih radnji iz ukupne delatnosti nalogodavca, dok su ovlašćenja posebnog zastupnika uža i konkretizuju se ugovorom.

4. Zastupnike koji zastupaju domaće privredne subjekte i zastupnike koji zastupaju inostrane privredne subjekte, u zavisnosti od mesta obavljanja delatnosti i izvora prava koji se primenjuju;

5. Stalne trgovačke zastupnike i putujuće trgovačke zastupnike, zavisno od mesta obavljanja delatnosti. Stalni trgovački agenti zastupaju svog nalogodavca samo u jednom mestu, dok putujući trgovački agenti to čine putujući od mesta do mesta kako bi pronašli poslovne partnere.

6. Zastupnike u turizmu, berzanske zastupnike, pomorske zastupnike, brodske i lučke zastupnike, zastupnike u robnom prometu, s obzirom na privredne oblasti u kojima se pojavljuju.²¹

U praksi, naročito međunarodnoj, postoje još brojne vrste ugovora o trgovinskom zastupanju, zavisno od kriterijuma podele.

6. ZAKLJUČAK

Može se zaključiti da ugovor o trgovinskom zastupanju ima veoma veliki privredni značaj. Radi velikog privrednog značaja i radi zaštite interesa ugovornih strana, ugovor o trgovinskom zastupanju mora biti zaključen u pismenoj formi, da bi proizvodio pravno dejstvo.

Za privredne subjekte je mnogo ekonomičnije i celishodnije da za određene poslove koriste usluge stručnih lica koji bolje poznaju prilike na tržištu, te mogu brže i lakše da dovedu u vezu budućeg poslovnog partnera sa svojim nalogodavcem. Angažovanjem zastupnika, nalogodavac se može više posvetiti drugim poslovima, a takođe nema potrebe da otvara poslovne jedinice za obavljanje poslova kojima se bavi zastupnik.

²¹ Vilus, J., Carić, S., Šogorov, S., Đurđev, D., Divljak, D., navedeno delo, str. 241.

S obzirom na to da je ugovor o trgovinskom zastupanju, kako u državama koje su nastale raspadom bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, tako i u pravu Evropske unije, regulisan na sličan način, bez značajnijih razlika, to su učesnici u ovom poslovnom odnosu pravno sigurniji. Takođe, u velikoj meri je olakšano rešavanje određenih spornih pitanja koja nastaju između ugovornih strana.

Zaključivanjem ugovora o trgovinskom zastupanju olakšava se i ubrzava privredni promet, a istovremeno se štite interesi privrednih subjekata.

Ivana Zdravković

PhD Candidate at the Faculty of Law in Novi Sad

AGENCY AGREEMENT

Summary

Based on these findings it can be concluded that the Agency agreement has great economic significance. Because of the great economic significance and to protect the interests of the contracting parties the Agency agreement must be concluded in writing, to have legal effect.

For economic subjects it is more economical and more expedient that for certain tasks use the services of qualified entities who knows good opportunities in the market, and can quickly and easily connect the future business partner with with its principal. By engaging a representative, the principal can be more focused on the other tasks, and also there is no need to open the business units for performing business which is representative dealt with.

Considering that the Agency agreement, both in countries that have emerged from the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia, as well as in European Union law, is regulated in a similar way, with no significant difference, the participants in this business relationship are legally more secure. Also, some certain disputable issues which occur between the parties, are greatly facilitated.

By signing the Agency agreement, the economic turnover facilitates and speeds up, protecting the interests of economic entities at the same time.

Keywords: agency agreement, contract on economic services.

AKTUELNA PITANJA PRIMJENE ZAKONA O ZAKUPU STANA U KANTONU SARAJEVO

Mr Đemaludin Mutapčić*

***Apstrakt:** Zasluđuje pažnju pravničke i druge naučne i stručne i šire javnosti jedan od aktuelnih kantonalnih zakona iz oblasti stambenih odnosa. Radi se o Zakonu o zakupu stana), koji je donijela Skupština Kantona Sarajevo dana 17.6.2015.godine. ZZS (u daljem tekstu: ZZS) stupio je na snagu 3.7.2015.godine, kada je počela i njegova primjena¹. U ukupno 33 člana u ZZS uređuje se zakup stana, ugovor o zakupu stana, zakupnina, prava i obaveze zakupodavca i zakupca, podzakup stana, prestanak ugovora o zakupu i druga pitanja koja se odnose na zakup stana. O njegovom nacrtu provedena je javna rasprava².*

Pravne posljedice primjene ZZS veoma su značajne, s obzirom na to da se njime vrši transformacija stanarskog prava u zakupni odnos. Stanarsko pravo prestaje, a nosilac stanarskog prava postaje zakupac stana ako zaključi ugovor o zakupu stana na osnovu i u okviru ZZS. Ako ne zaključi ugovor o zakupu stana prema ZZS, u tom slučaju se nosilac stanarskog prava smatra nezakonitim korisnikom stana i samim tim je izložen posljedicama prinudnog iseljenja iz stana.

Cilj ovog rada jeste u tome da prikaže suštinska rješenja koja uvodi ovaj zakon u naš pravni sistem. U ovom radu se daje odgovor na pitanje zašto

*** Нотар, Сарајево**

¹ Službene novine Kantona Sarajevo, broj 24/15

² Vidjeti Izvještaj o provedenoj javnoj raspravi o nacrtu Zakona o zakupu stana. Skupština Kantona Sarajevo je 8.10.2008.godine utvrdila nacrt ovog zakona i uputila ga na javnu raspravu. U javnoj raspravi, koja je bila vrlo korisna i bogata, naglašeno je, pored ostalog, da postoji potreba za donošenjem ZZS, s obzirom i na to da nosioci stanarskog prava na stanovima u svojini građana već od 2001. godine ne plaćaju nikakvu naknadu za korištenje stana, te da su zakonska rješenja o zakupu stana objektivna i racionalna s obzirom na postojeću pravnu regulativu iz oblasti prava stanovanja na nivou Federacije Bosne i Hercegovine.

i kako se ovim kantonalnim zakonom uvodi zakup stana umjesto stanarskog prava u pogledu stanova obuhvaćenih u ZZS.

Ključne riječi: *stanarsko pravo, zakup stana, ugovor o zakupu stana, zaštićena zakupnina, zamjenski stan*

UVOD

Važnost ZZS ogleda se u tome što uvodi značajne novine u oblasti stambenih odnosa u Kantonu Sarajevo. Njime se, za stanove koji su predmet ZZS, vrši pretvorba nosioca stanarskog prava u zakupca stana. Nosilac stanarskog prava postaje zakupac. Stanarina se pretvara u zakupninu. Uvodi se institut zaštićene zakupnine. ZZS propisuje pravne posljedice proteka tromjesečnog roka prekluzivne prirode za zaključenje ugovora o zakupu stana, a nakon 3.10.2015. godine u protivnom se u slučaju kršenja ZZS zakupac smatra nezakonitim korisnikom stana i samim tim je izložen posljedicama prinudnog iseljenja iz stana, s obzirom na to da u tom slučaju korisniku stana i članovima njegovog porodičnog domaćinstva prestaju stambenopravna ovlaštenja na takvom stanu. ZZS je rezultat zakonske obaveze Kantona Sarajevo da donese propise o zakupu stana.

ZZS sadrži deset poglavlja, i to: osnovne odredbe, zakup stana, ugovor o zakupu stana, zakupnina, prava i obaveze zakupodavca i zakupca, podzakup, prestanak ugovora o zakupu stana, nadzor nad primjenom ovog zakona, kaznene odredbe i prelazne i završne odredbe.

Odnos ZZS prema drugim zakonima iz oblasti stambenih odnosa u Federaciji Bosne i Hercegovine i u Kantonu Sarajevo

ZZS je povezan sa zakonima iz oblasti stambenih odnosa u Federaciji Bosne i Hercegovine i u Kantonu Sarajevo, i to:

1. Zakon o stambenim odnosima³,
2. Zakon o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo⁴,
3. Zakon o prestanku primjene Zakona o napuštenim stanovima⁵,

³ Službeni list Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine, br. 14/84, 12/86, 36/89 i Službene novine Federacije BiH, br. 11/98, 38/98, 12/99 i 19/99.

⁴ Službene novine Federacije BiH, br. 27/97, 11/98, 22/99, 27/99, 7/00, 32/01, 61/01, 15/02, 54/04, 36/06, 51/07 i 72/08.

⁵ Službene novine Federacije BiH, br. 11/98, 38/98, 12/99, 18/99, 27/99, 43/99, 31/01, 56/01, 15/02, 24/03 i 29/03.

4. Zakon o vraćanju, dodjeli i prodaji stanova⁶,
5. Zakon o održavanju zajedničkih dijelova zgrada i upravljanju zgradama⁷.

Tako je značenje pojedinih termina upotrijebljenih u ZZS preuzeto iz Zakona o stambenim odnosima⁸ (stan, nosilac stanarskog prava, stan u svojini građana na kome je stečeno stanarsko pravo, član porodičnog domaćinstva nosioca stanarskog prava).

Stanom se smatra skup prostorija namijenjenih da služe stambenim potrebama jednog korisnika za trajno stanovanje s neophodno potrebnim sporednim prostorijama, koje po pravilu čine jednu građevinsku cjelinu i imaju poseban glavni ulaz⁹.

Nosilac stanarskog prava je stanar koji je zaključio ugovor o korištenju stana. Stanarsko pravo u načelu se stječe već samim zaključenjem ugovora o korištenju stana, koji pismeno zaključuju davalac stana i osoba kojoj je njegovim rješenjem stan dat na korištenje.

Dodjela društvenog stana ima posebno značenje za socijalnu sigurnost građanina i njegove porodice, jer mu omogućuje stjecanje stanarskog prava, tj. prava da se tim stanom trajno i nesmetano koristi i da sudjeluje u upravljanju zgradom u kojoj se stan nalazi¹⁰.

Stanarsko pravo¹¹ ima i građanin koji je po prijašnjim propisima stekao takvo pravo na stanu, bez obzira u čijem je vlasništvu taj stan, da li u društvenom ili privatnom vlasništvu drugog građanina. Građanin koji ima stanarsko pravo smatra se stanarom.

⁶ Službene novine Federacije BiH, br. 28/05 i 2/08.

⁷ Službene novine Kantona Sarajevo, br. 39/07 – prečišćeni tekst.

⁸ Vidjeti: Ranko Čajić i Mehmedalija Huremović, *Komentar Zakona o stambenim odnosima*, JP NIO Službeni list BiH, 1977.

⁹ Član 3 Zakona o stambenim odnosima i član 2. ZZS

¹⁰ Ne treba smetnuti s uma da su u Ustavu SFRJ (čl. 153–194) nabrojana ustavom zajamčena prava čovjeka, tako da je među njima nabrojano stanarsko pravo kao ustavno pravo, a posebno je važno da se građaninu jamči stjecanje stanarskog prava na stan u društvenom vlasništvu koje se sastoji u pravu da se trajno koristi stanom u društvenom vlasništvu radi zadovoljavanja ličnih i porodičnih stambenih potreba. Primjedbu iz javne rasprave o nacrtu ZZS da se njime krše ustavom zagantovana prava svakog građanina u Bosni i Hercegovini zakonodavac nije prihvatio. Zakonodavac nije prihvatio ni primjedbu iz javne rasprave da se u ZZS briše kategorija nosilaca stanarskog prava na stanovima u svojini građana.

¹¹ Stanarsko pravo uspostavljeno je Uredbom o upravljanju stambenim zgradama (Službeni list FNRJ, broj 52/53) a useljenje i u stanove u privatnom vlasništvu otpočelo je 1945. godine na osnovu Zakona o narodnim odborima opštine, grada i sreza. Nakon navedene odredbe donosi se prvi zakon o stambenim odnosima sa njegovim izmjenama i dopunama (Službeni list FNRJ, br. 15/59, 11/66, 32/68 i 32/69). O tome vidjeti: Mehmedalija Huremović, *Zbirka propisa iz stambene oblasti*, JP NIO Službeni list BiH, 1977.

Članovima porodičnog domaćinstva stanara smatraju se osobe koje zajedno s njim stanuju i žive u ekonomskoj zajednici, i to: bračni drug, srodnici po krvi u pravoj liniji i njihovi bračni drugovi, unučad¹², pastorčad i usvojenici, očuh i maćeha, usvojitelj, braća i sestre i osobe koje je stanar dužan po zakonu izdržavati, kao i osoba koja s njim trajno živi u vanbračnoj zajednici, ako se takva zajednica može izjednačiti s bračnom zajednicom.

Stanovi koji su predmet ZZS

Regulirane su četiri grupe stanova koji se nalaze na području Kantona Sarajevo¹³, i to:

1. stanovi u državnom vlasništvu na kojima je stečeno stanarsko pravo do 06.12.2000.godine, koji nisu otkupljeni u zakonom propisanom roku i stanovi vraćeni po osnovu Zakona o napuštenim stanovima, a koji nisu otkupljeni u rokovima utvrđenim u Zakonu o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo,
2. stanovi u svojini građana na kojima je stečeno stanarsko pravo do 6.12.2000.godine, a na ove stanove se također primjenjuju odredbe Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo,
3. stanovi u državnom vlasništvu dodijeljeni u skladu sa odredbama Zakona o vraćanju, dodjeli i prodaji stanova, a koji nisu otkupljeni u zakonom propisanom roku,
4. stanovi u državnom vlasništvu koji nisu otkupljeni u skladu sa važećim zakonskim propisima i koji nisu obuhvaćeni tač. 1 i 3 ove grupe stanova. U ovu grupu stanova ne ulaze stanovi koji su u vlasništvu Zavoda za izgradnju Kantona Sarajevo, s obzirom na to da se ti stanovi koriste isključivo u svrhu rješavanja imovinskopravnih odnosa u postupku eksproprijacije i uređenja građevinskog zemljišta.

Radi se o četiri kategorije zakupaca. To su isključivo zakupci koji su po ranijim propisima stekli svojstvo nosioca stanarskog prava na tim stanovima. Zakonodavac je samo isključio stanove Zavoda za izgradnju Kantona Saraje-

¹² Među članovima porodičnog domaćinstva navode se i „unučad bez roditelja“ u členu 6 stav 2 Zakona o stambenim odnosima. Međutim, Ustavni sud SFRJ donio je odluku o prestanku važenja odredaba člana 6 stav 2 Zakona o stambenim odnosima u dijelu da se brišu riječi: „bez roditelja“. O tome vidjeti odluke Ustavnog suda SFRJ br. U-409/87 i U-213/88 (Službeni list SFRJ, broj 61/88), kao i knjigu Mehmedalije Huremović, *Danas stanar sutra vlasnik stana*, JP NIO Službeni list BiH, 1998, str. 173–178.

¹³ Član 3 ZZS.

vo. Za grupe stanova pod tačkama 1 i 2 ovog dijela rada zaključuje se ugovor o zakupu stana na određeno vrijeme (do dodjele zamjenskog stana).

Prema tome, u ZZS je precizno propisano koji su stanovi predmet ZZS tako da je jasno i nedvosmisleno da ZZS uopće ne regulira otkup stanova i da se odredbe ZZS ne odnose na stanove koji su u postupku otkupa u smislu federalnog Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo¹⁴.

Stan u svojini građana na kome je stečeno stanarsko pravo do 6.12.2000. godine

Od naprijed navedenih četiriju grupa stanova koje tretira ZZS, može se izdvojiti stan u svojini građana na kome je stečeno stanarsko pravo do 6.12.2000.godine¹⁵ odnosno stan u privatnom vlasništvu.

U ZZS se radi i o stanovima na kojima je stečeno stanarsko pravo, a koji su uvijek bili privatno vlasništvo. Član 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima¹⁶ ne obuhvata pravo kupiti određenu imovinu, dom, nego se članom 8 te konvencije štiti pravo osobe na poštivanje njenog sadašnjeg doma, što se u ZZS ne dovodi u pitanje, jer su njihova prava zaštićena od arbitrarnog iseljenja odlukom vlasnika stana. Ovdje se radi o stanovima u privatnom vlasništvu, čijim vlasnicima to pravo nije nikada bilo oduzeto, što znači da ovdje postoji legalni i legitimni interes vlasnika da im se zaštiti njihovo vlasništvo, a objektivno i razumno opravdanje da nosioci stanarskog prava na stanovima u svojini građana ne mogu imati pravo na kupovinu tih stanova¹⁷.

U praktičnoj primjeni ZZS posebnu pažnju zaslužuju stanovi u svojini građana na kojima je stečeno stanarsko pravo do 6.12.2000.godine. Na tim stanovima postoji sa jedne strane pravo nosilaca stanarskog prava na „dom“ zaštićeno odredbom člana 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima, a sa druge strane postoji zaštita prava na imovinu vlasnika ovih stanova zaštićena članom 1 Protokola 1 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima. U pogledu ovih stanova zaključuju se ugovori o zakupu stana na određeno vrijeme do dodjele zamjenskih stanova ovoj kategoriji korisnika stana u stanovima u

¹⁴ O otkupu stanova vidjeti član 47 Stav 1 Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo (Službene novine Federacije BiH, br. 27/97, 11/98, 22/99, 27/99, 7/00, 32/01, 61/01, 15/02, 54/04, 36/06, 51/07 i 72/08).

¹⁵ Vidjeti član 2 Zakona o stambenim odnosima i član 2 ZZS.

¹⁶ Službeni glasnik BiH, broj 6/99.

¹⁷ Stav Evropskog suda za ljudska prava, odluka od 5.10.2000.godine u predmetu Strunjak protiv Hrvatske.

privatnom vlasništvu, s obzirom na to da se u tom prijelaznom periodu mora štiti i pravo na dom ovih nosilaca stanarskog prava. Nije određen rok za dodjelu zamjenskog stana¹⁸ niti je predmet ZZS kao kantonalnog zakona pitanje dodjele zamjenskog stana, koliko ih je potrebno i roka u kome će se isti dodijeliti.

U ZZS nije regulisano pitanje otkupa stanova niti je istim onemogućeno da nosioci stanarskog prava na stanovima u svojini građana to pravo pretvore u pravo vlasništva već je to regulisano Zakonom o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo, kao federalnim propisom. U vezi sa donošenjem ZZS ističe se i stav Evropskog suda za ljudska prava u odluci od 5. oktobra 2000. br. 46934/99 u predmetu *Strunjak protiv Hrvatske*, u kojoj se navodi: „Kada bi nosioci stanarskog prava imali pravo kupiti stanove u privatnom vlasništvu u kojima stanuju, vlasnici bi bili izloženi prinudnoj obavezi prodati svoje stanove. Suprotno tome, osobe koje stanuju u stanovima u društvenom vlasništvu koje imaju pravo kupiti te stanove ne ugrožavaju vlasničko pravo drugih osoba, jer vlasništvo tih stanova nije privatno. Razlika između ove dvije skupine nije diskriminirajuća, jer postoji objektivno i razumno opravdanje da se zaniječe to pravo nosiocima stanarskog prava kako bi se zaštitilo pravo vlasnika tih stanova. Stoga ova razlika u postupanju ne predstavlja diskriminaciju u smislu člana 14 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda“.

Isto tako, u ZZS nije oduzeto stanarsko pravo nosiocima stanarskog prava na stanovima u svojini građana, već je isto prestalo sa danom 6.12.2000. godine prema odredbi člana 46 stav 1 Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo. Prema tome, u ZZS nije povrijeđeno pravo na mirno uživanje imovine nosilaca stanarskog prava na stanovima u svojini građana zaštićeno članom 1 Protokola 1 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, s obzirom na to da istovremeno postoji legitimni interes vlasnika tih stanova da im se zaštiti njihovo vlasništvo.

Osim toga, u ZZS nije konstituisano pravo na dodjelu zamjenskog stana već je to pravo konstituisano u federalnom Zakonu o vraćanju, dodjeli i prodaji stanova¹⁹ tako da Kanton nije nadležan i ovlašten da utvrđuje ko ima pravo na dodjelu zamjenskog stana i koliko je potrebno takvih stanova. Pravo nosilaca stanarskog prava na dodjelu zamjenskog stana, te ko je dužan dodi-

¹⁸ Presudom Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj U-5/08 od 24.6.2008. godine prestala je da važi odredba člana 8 Zakona o vraćanju, dodjeli i prodaji stanova kojom je bio propisan rok od šest mjeseci u kome su općine bile dužne da dodijele zamjenski stan.

¹⁹ O pravu na dodjelu zamjenskog stana vidjeti član 8 Zakona o vraćanju, dodjeli i prodaji stanova (Službene novine Federacije BiH, br. 28/05 i 2/08).

jeliti zamjenski stan nije propisano u ZZS kao kantonalnom zakonu, nego je to pravo regulirano u navedenom federalnom zakonu.

Prema tome, u ZZS nije povrijeđeno pravo na mirno uživanje imovine nosilaca stanarskog prava na stanovima u svojini građana zaštićeno članom 1 Protokola 1 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, s obzirom na to da istovremeno postoji legitimni interes vlasnika tih stanova da im se zaštiti njihovo vlasništvo.

Odnos ZZS i Zakona o obligacionim odnosima

Prema načelu autonomije volje, strane u obligacionim odnosima su slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja, da svoje odnose uredе po svojoj volji²⁰.

ZZS spada u prinudne pravne propise (*ius cogens*, ovako i nikako drugačije), koji se moraju primijeniti bez obzira na volju stranaka odnosno koje se, za razliku od dispozitivnih normi, ne mogu mijenjati voljom stranaka.

Analizirajući odredbe ZZS može se utvrditi da je ZZS povezan i sa Zakonom o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO)²¹.

Ovo se posebno odnosi na prava i obaveze zakupodavca i zakupca i prestanak ugovora o zakupu.

Tako je u ZZS propisano da troškovi sitnih opravki izazvanih redovnom upotrebom stvari, kao i troškovi same upotrebe, padaju na teret zakupca²².

U ZZS je propisana i mogućnost prestanka ugovora o zakupu po osnovu raskida²³.

Sadržaj ugovora o zakupu stana

Ugovor o zakupu stana obavezno sadrži: ugovorne strane, predmet zakupa, opis stana, odnosno dijela stana koji se daje u zakup, visinu zakupnine i

²⁰ O tome detaljnije u knjizi Branka Morait, *Obligaciono pravo*, Comesgrafika, Banja Luka, 2010, str. 45.

²¹ O tome vidjeti odredbe o zakupu iz čl. 567 do 599 Zakona o obligacionim odnosima (Zakon o obligacionim odnosima objavljen u Službenom listu SFRJ br. 29/78, 39/85 i 57/89, te Službeni list RBiH br. 2/92 i 13/93 i Službene novine Federacije BiH br. 29/03 i 42/11, koji se primjenjuje kao federalni zakon temeljem člana IX.5. (1) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine).

²² Član 570 ZOO i član 15 ZZS.

²³ Član 571 ZOO i član 21 ZZS.

način plaćanja, vrstu troškova koji se plaćaju u vezi sa korištenjem stana i način na koji se plaćaju (električna energija, voda, troškovi grijanja i druge komunalne usluge), odredbe o redovnom održavanju stana, odredbe o korištenju stana, zajedničkih dijelova i zemljišta koje služi zgradi, odredbe koje se odnose na investiciono održavanje stana i zajedničkih dijelova zgrade, odredbe o primopredaji stana, odredbe o otkazu i otkaznim rokovima, mjesto i datum zaključivanja ugovora i potpis ugovornih strana.

U vezi sa sadržajem ugovora o zakupu stana treba istaći da je zakonodavac taksativno propisao njegove elemente, tako da ih zakupodavac i zakupac moraju razraditi u tom ugovoru u svakom konkretnom slučaju.

Uvođenje instituta zaštićena zakupnina

ZZS uvodi institut zaštićene zakupnine²⁴. Pri tome, zakonodavac razlikuje zaštićenu od slobodno ugovorene zakupnine.

Za razliku od instituta slobodno ugovorene zakupnine, zaštićena zakupnina je novčana naknada koju zakupac plaća zakupodavcu na ime korištenja stana i utvrđuje se u iznosu koji je za 62% uvećan u odnosu na iznos naknade za redovno održavanje zajedničkih dijelova zgrada i upravljanje zgradama propisan u posebnom kantonalnom zakonu²⁵. Zakupac stana iz člana 3 tač. a) i b) ZZS plaća zakupodavcu zaštićenu zakupninu.

Zaštićena zakupnina utvrđena je za lica koja su stekla stanarsko pravo na stanovima u svojini građana i koja su prema odredbama člana 2 Zakona o stambenim odnosima imala sva prava i obaveze kao i nosioci stanarskog prava na stanovima u društvenoj svojini, a prema Zakonu o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo izuzeti su od prava na otkup stana, dok je odredbom člana 8 Zakona o vraćanju, dodjeli i prodaji stanova propisano da imaju pravo na dodjelu zamjenskog stana²⁶. Dakle, svrha zaštićene zakupnine je pružanje pravne i socijalne sigurnosti kategorijama zakupaca na koje se primjenjuje zaštićena zakupnina, u prijelaznom periodu do dodjele zamjenskog stana, a što u konkretnom slučaju znači da su i vlasnici tih stanova dužni i nadalje trpjeti određena ograničenja u приходима u situaciji kada se jedan pravni sistem mijenja. U ZZS nije uskraćeno pravo vlasnika na nesmetano i slobodno korištenje prava svojine, s obzirom na to da je to zatečeno stanje i da

²⁴ Vidjeti član 12 ZZS.

²⁵ Vidjeti član 19 stav 1 Zakona o održavanju zajedničkih dijelova zgrada i upravljanju zgradama.

²⁶ O tome detaljnije u knjizi Mehmedalije Huremović, *Zakon o vraćanju, dodjeli i prodaji stanova sa objašnjenjem*, JP NIO Službeni list BiH, Sarajevo, 2005.

se radi o stanovima na kojima je na zakonit način stečeno stanarsko pravo od strane nosilaca stanarskog prava, te je zaštićena zakupnina propisana u prijelaznom periodu do dodjele zamjenskih stanova nosiocima stanarskog prava. Kad su u pitanju stanovi u svojini građana na kojima je stečeno stanarsko pravo, treba ukazati da se u ZZS vodilo računa kako o zaštiti prava na dom nosilaca stanarskog prava tako i o zaštiti prava na imovinu vlasnika tih stanova.

Koliki je pravni značaj i pravna priroda instituta zaštićene zakupnine vidi se i po tome što je ZZS propisao kaznenu odredbu za prekršaj i prekršajnu kaznu za zakupodavca stana kao pravnog lica i odgovorno lice kod zakupodavca pravnog lica ako visinu zaštićene zakupnine odredi suprotno ZZS²⁷.

Pravne posljedice protoka tromjesečnog roka za zaključenje ugovora o zakupu stana

U pogledu roka za zaključenje ugovora o zakupu stana, zakonodavac je izričito propisao da su zakupodavac (definiran u členu 4 ZZS) i zakupac (definiran u členu 5 ZZS) dužni zaključiti ugovor o zakupu stana u roku od tri mjeseca od dana stupanja na snagu ZZS. Prema tome, taj tromjesečni rok ističe dana 3.10.2015.godine i protekom tog zakonskog roka nastupaju pravne posljedice ako se ne zaključi ugovor o zakupu stana na osnovu i u okviru ZZS. Zbog propuštanja ovog roka, zakupac se smatra nezakonitim korisnikom stana. Ako zakupodavac propusti navedeni rok, zakupac ima pravo da nastavi koristiti stan, a obavezu plaćanja zakupnine vrši putem sudskog depozita u iznosu zaštićene zakupnine i to najdalje do desetog u mjesecu za tekući mjesec za koji plaća zakupninu.

Tromjesečni rok je prekluzivne prirode, s obzirom na to da je u ZZS izričito propisano da, ako se ne zaključi ugovor o zakupu stana prema ZZS, u tom slučaju se nosilac stanarskog prava smatra nezakonitim korisnikom stana.

Ako se neko smatra nezakonitim korisnikom stana²⁸, u tom slučaju može se pokrenuti postupak da stambeni organ naredi iseljenje stanara odgovarajućim rješenjem. Pravne posljedice donošenja tog rješenja veoma su teške i trajne za stanara i članove njegovog porodičnog domaćinstva, s obzirom na to da u ovom slučaju prestaje stanarsko pravo a stanar više nema nikakvih stambenopravnih ovlaštenja na takvom stanu.

²⁷ Vidjeti član 31 u vezi sa članom 12 stav 2 ZZS.

²⁸ Vidjeti član 10 stav 2 ZZS.

Pravni značaj i pravne posljedice roka za zaključenje ugovora o zakupu stana ogleda se i u tome što je ZZS propisao kaznenu odredbu za prekršaj zakupodavca stana i odgovornog lica kod zakupodavca pravnog lica ako ne zaključi ugovor o zakupu stana u zakonskom roku²⁹.

Forma ugovora o zakupu stana

Ugovor o zakupu stana zaključuje se u pismenoj formi, a u protivnom ne proizvodi pravno dejstvo.

Sa pravne tačke gledišta, u praksi se postavilo pitanje da li je obavezna notarska ovjera ugovora o zakupu stana. Ovo pitanje se posebno postavilo u vezi sa upisom zabilježbe prava zakupa stana u zemljišnim knjigama. Osim toga, ovo pitanje je veoma aktuelno i sa aspekta ispunjavanja poreskih obaveza u vezi sa zakupom. Ovo pitanje se ne postavlja ako stranke zahtijevaju notarsku obradu isprava u vezi sa zakupom stana.

Prema zakonskoj definiciji, ugovorom o zakupu obavezuje se zakupodavac da preda određenu stvar zakupcu na upotrebu, a ovaj se obavezuje da mu za to plaća određenu zakupninu³⁰.

Prilikom davanja odgovora na postavljeno pitanje u ovom radu, treba napomenuti da je zemljišna knjiga javna knjiga i javni registar stvarnih prava na nekretninama i drugih prava, koja su zakonom predviđena za upis, kao i ostalih zakonom predviđenih činjenica od značaja za pravni promet. Među pravima koja se upisuju u zemljišnu knjigu jeste pravo dugoročnog zakupa. Upis u zemljišnu knjigu dozvoljen je samo uz saglasnost osobe koja je u vrijeme podnošenja zahtjeva upisana u zemljišnu knjigu kao nosilac prava vlasništva ili nekog drugog stvarnog prava koje se prenosi, mijenja, ograničava ili briše, s tim da ta saglasnost mora biti notarski ovjerena, osim ako se za ugovor na osnovu kojeg se vrši promjena prava zahtijeva njegova notarska obrada. Nekretnine su zemljišta, zgrade, stanovi i poslovne prostorije kao posebni dijelovi zgrade i drugi građevinski objekti. Zabilježba je upis određenih okolnosti i činjenica koje su od uticaja na raspolaganje nekretninama³¹.

Dugoročni zakup predstavlja institut obligacionopravne prirode, te je kao takav pomalo stran za zemljišnoknjižno pravo³². Međutim, kao što je na-

²⁹ Vidjeti član 31 u vezi sa članom 10 ZZS.

³⁰ Vidjeti član 567 stav 1 ZOO.

³¹ Vidjeti čl. 2, 28 i 41 Zakona o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", br. 58/02 i 54/04).

³² Jörg Weike i Larisa Tajić, *Komentar Zakona o zemljišnim knjigama u Bosni i Hercegovini*, Privredna štampa d.d. Sarajevo, Sarajevo, 2005, str. 102.

prijed ukazano, zakonodavac je omogućio upis zabilježbe tog prava u zemljišnu knjigu. Za upis tog prava potrebna je saglasnost vlasnika nekretnine (clausula intabulandi). Ta saglasnost mora biti notarski ovjerena. Notarska ovjera može biti zamijenjena sudskom odlukom ili sudskim poravnanjem.

Ovdje treba ukazati da sa danom početka primjene Zakona o notarima³³ od 4.5.2007. godine nije prestala primjena Zakona o ovjeravanju potpisa, rukopisa i prijepisa³⁴ (u daljem tekstu: Zakon o ovjeravanju). U Zakonu o izmjenama Zakona o ovjeravanju predviđeno je da ovjeravanje potpisa u zemljišnoknjižnim stvarima vrši nadležni općinski organ uprave i općinski sud (iako je u osnovnom tekstu tog zakona iz 1971. godine bilo izričito propisano da ovjeravanje potpisa u zemljišnoknjižnim stvarima vrše općinski sudovi). Međutim, već od početka rada prvih notara u savremenoj Bosni i Hercegovini jasno je i nedvosmisleno da se od tada (od 4.5.2007.godine) ne mogu primjenjivati odredbe Zakona o ovjeravanju koje se odnose na ovjere u zemljišnoknjižnim stvarima i da u tom dijelu treba primijeniti princip *Lex posterior derogat priori* (Kasniji zakon ukida raniji). Ovo stoga što je u međuvremenu počela primjena ne samo Zakona o notarima nego i Zakona o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine³⁵ u Federaciji Bosne i Hercegovine.

Prema tome, ako u vezi sa zakupom nekretnina ne postoji notarski obrađena isprava ili notarska ovjera zakupa, u tom slučaju zemljišnoknjižni ured nadležnog suda u Federaciji Bosne i Hercegovine ima osnova i mjesta u važećem zakonodavstvu i praksi, na koje se ukazuje u ovom radu, donijeti rješenje o odbijanju upisa zabilježbe zakupa stana u zemljišnoj knjizi.

Transformacija stanarskog prava u zakup stana

ZZS donosi transformaciju³⁶ stanarskog prava u zakup stana za stanove koji su predmet ZZS. Iako stanarsko pravo nije stvarno pravo³⁷, može se go-

³³ "Službene novine Federacije BiH", broj 45/02.

³⁴ "Službeni list SR BiH", br. 37/71, 39/75 i 42/89, koji se primjenjuje kao federalni zakon na osnovu člana IX (5)1. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine.

³⁵ Ђемалудин Мутапчић, *Implementacija Zakona o notarima u vezi sa Zakonom o ovjeravanju potpisa, rukopisa i prepisa*, Zbornik radova Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 5, Mostar, 2007, str 742.

³⁶ Riječ transformacija potiče iz latinskog jezika (trans + forma) a znači preobražaj, pretvorba, preinaka, preoblikovanje, preokret, obrat, promjena, metamorfoza, promjena oblika

³⁷ Prema odredbi člana 1 stav 2 Zakona o stvarnim pravima (Službene novine Federacije BiH br. 66/13 i 100/13) stvarna prava su taksativno nabrojana i to: pravo vlasništva, pravo građenja, založno pravo, zemljišni dug, pravo stvarne i lične služnosti i pravo stvarnog tereta. Ovdje treba istaći da je

voriti i o transformaciji stanarskog prava u Bosni i Hercegovini. ZZS je jedan od zakona u Bosni i Hercegovini kojim se vrši transformacija stanarskog prava. Stanarsko pravo na stanovima obuhvaćenim u ZZS pretvara se u zakupni odnos ako se zaključi ugovor o zakupu stana.

Stanarsko pravo u načelu se steže već samim zaključenjem ugovora o korištenju stana, koji pismeno zaključuju davalac stana i osoba kojoj je njegovim rješenjem stan dat na korištenje. Što se tiče pitanja kako i kada prestaje stanarsko pravo, treba istaći da stanarsko pravo može prestati samo u slučajevima i na način koji zakon određuje.

Uređenje prava vlasništva na stanovima u bivšoj Jugoslaviji je zavisilo o tome da li je stan bio u privatnom ili društvenom vlasništvu; većina stanova bila je u društvenom vlasništvu jer je stambena gradnja u bivšoj Jugoslaviji u pravilu finansirana iz „društvenih“ sredstava na principima solidarnosti. Na stanovima izgrađenim društvenim sredstvima određeno je društveno pravno lice koje je uložilo (udružilo) sredstva imalo pravo upravljanja, korištenja ili raspolaganja, što je zavisilo od faze razvoja socijalističkog društva u bivšoj SFRJ, radni ljudi zaposleni u tom društveno-pravnom licu su stan koristili na osnovu stanarskog prava, koje se stjecalo na osnovu rješenja o dodjeli stana na korištenje (*iustus titulus*) i faktičkog useljenja u stan (*modus acquirendi*). Nosilac stanarskog prava imao je vrlo široka ovlaštenja na „svom“ stanu, ali postojala su i određena ograničenja, putem kojih se stanarsko pravo razlikovalo kako od prava vlasništva tako i od prava stanovanja koje predstavlja ličnu služnost (*habitatio*). Stan se nije mogao prodati, iznajmiti; mogao je biti naslijeđen samo od strane ograničenog kruga osoba. Nosioci stanarskog prava su bili obavezni da upotrebljavaju stan. Oni koji su napustili stan duže od šest mjeseci, time su gubili stanarsko pravo. Stanarsko pravo je moglo biti zasnovano ne samo na stanovima koji su izvorno nastali kao društveni, već i nacionaliziranim stanovima. Propisi o privatizaciji stanova na kojima je postojalo stanarsko pravo primjenjuju se u cijeloj Bosni i Hercegovini već skoro petnaest godina i ovaj postupak privatizacije je i najdalje odmakao.

Posebna ograničenja učinila su da se u okviru privatnog vlasništva posebno formira tzv. stambeno vlasništvo. Dok su fizička lica mogla imati sta-

ZZS povezan i sa Zakonom o stvarnim pravima. Tako se u članu 104 Zakona o stvarnim pravima govori o dužnostima upravitelja i zakupaca, te izričito propisuje da se obaveze koje zakupci ispune osobi koja više nije upravitelj, ili više nije ovlaštena primiti ispunjenje, smatraju valjano ispunjenim i oslobađaju dužnike obaveze, ako zakupci nisu obaviješteni o promjeni upravitelja ili o promjenama njegovih ovlaštenja ili nisu na drugi način saznali o promjenama. Odredbe čl. 92– 104 tog zakona reguliraju upravljanje zgradama i održavanje, sa obavezom da kantoni usklade svoje zakone. Međutim, navedeni kantonalni Zakon o održavanju zajedničkih dijelova zgrada i upravljanju zgradama nije usklađen sa Zakonom o stvarnim pravima, čija je primjena počela 6.3.2014.godine u Federaciji Bosne i Hercegovine.

nove koji služe zadovoljavanju ličnih i porodičnih potreba, građanskopravna lica su mogla imati pravo vlasništva na stanovima koji su služili za zadovoljavanje stambenih potreba lica zaposlenih u njima. Od donošenja Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i gradskog građevinskog zemljišta fizička osoba je mogla imati dva stana ili jednu porodičnu kuću sa dva odnosno tri manja stana, ili dvije porodične kuće sa dva ili najviše tri manja stana³⁸. Ograničenje prava vlasništva na stanovima (stambeni maksimum) bilo je ustavno utemeljeno odredbom da građani mogu imati pravo svojine na stambene zgrade i stanove za zadovoljavanje ličnih i porodičnih potreba, a da ih za stjecanje dohotka mogu upotrijebiti samo na način i pod uvjetima određenim zakonom.

Mnogi aktuelni problemi u praksi u Bosni i Hercegovini u pogledu stanova kao da potiču od kolektivne posttraumatske amnezije u pogledu instituta bivšeg socijalističkog prava. Pretvorba, međutim, nije razumljiva bez poznavanja ranijeg uređenja uspostavljenog Ustavom SFRJ iz 1974. godine i Zakonom o udruženom radu iz 1976. godine, pa i uređenja koje je važno prije ovih propisa³⁹.

Prestanak zakupnog odnosa u vezi sa prijelaznim i završnim odredbama ZZS

Na kraju ovog rada, treba istaći da predstoji proces primjene ZZS u praksi, kojom prilikom ne treba smetnuti s uma da je zaključenje ugovora o zakupu stana zakonska obaveza imperativnog karaktera. Zakonodavac izričito propisuje da li se u svakom konkretnom slučaju zaključuje ugovor o zakupu stana na određeno vrijeme (do dodjele zamjenskog stana) ili na neodređeno vrijeme. Forma i sadržaj ugovora o zakupu stana precizno su propisani. Isto tako, precizno su propisani načini i razlozi prestanka ugovora o zakupu stana. Ugovor o zakupu stana prestaje otkazom, istekom ugovorenog roka, po osnovu raskida i po osnovu sporazuma ugovornih strana. Zakonodavac je detaljno propisao razloge za otkaz ugovora o zakupu stana i ostale odredbe o prestanku ugovora o zakupu stana. ZZS regulira isključivo četiri kategorije zakupaca (zakupci koji su po ranijim propisima nosioci stanarskog prava na

³⁸ Član 2 Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta (Službeni list FNRJ 52/58, 3/59, 24/61, 1/63)

³⁹ O transformaciji stanarskog prava i privatizaciji stanova, te razlici stanarskog prava od prava vlasništva i od prava stanovanja kao lične služnosti, vidjeti detaljnije u knjizi Melihe Powlakić, *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2009, str. 23–24. i dr.

stanovima taksativno nabrojanim u ZZS), a ne i ostale zakupce stanova. ZZS mijenja dva termina: nosioca stanarskog prava u zakupca stana i stanarinu u zakupninu⁴⁰.

Sa pravne tačke gledišta, bitno je ukazati da prijelazne i završne odredbe ZZS sadrže samo dva člana, od čega se jedan član odnosi na ravnopravnost spolova a drugi član se odnosi na stupanje na snagu ZZS.

U prijelaznim odredbama ZZS trebalo je navesti odredbe zakona kojima se uređuje kako će se izvršiti prijelaz s postojećih pravnih normi na nove norme. Pri početku primjenjivanja svakog važnijeg zakona pojavljuje se niz pitanja koja nastaju usljed teškoća da se konkretni zakon počne odmah primjenjivati pri stupanju na snagu. Često je potrebno uspostaviti jedan prijelazni period, u kome će se, potpuno ili djelimično, primjenjivati stare norme koje se zamjenjuju novim. Ovo se uređuje prijelaznim odredbama na kraju zakona. Razumljivo je da je njihovo važenje ograničeno na prijelazni period.

Međutim, treba istaći da u prijelaznim odredbama ZZS nije propisano šta će biti sa postojećim ugovorima o korištenju stanova koji su predmet ZZS. Polazeći i od ove činjenice može se zaključiti da je referentni datum za primjenu ZZS datum 3.10.2015. godine, s obzirom na to da nakon tog datuma ističe zakonski tromjesečni rok za zaključenje ugovora o zakupu stana. Iz toga se može dalje zaključiti da su svi nosioci stanarskog prava na stanovima nabrojanim u ZZS dužni zaključiti ugovor o zakupu stana i to do 3.10.2015. godine.

⁴⁰ ZZS je preuzeo dosta odredaba iz Zakona o stambenim odnosima. Tako je član 22 ZZS, koji sadrži razloge za otkaz ugovora o zakupu stana, u stvari preuzeo odredbe iz člana 44 tač. 1, 2, 3 i 6 Zakona o stambenim odnosima; zatim je ZZS preuzeo čl. 13 i 47 Zakona o stambenim odnosima. Može se postaviti pitanje da li je bilo potrebno donositi ZZS ako regulira samo nosioce stanarskog prava, a ne i ostale zakupce. Za kategoriju nosilaca stanarskog prava nije trebalo donositi poseban zakon, posebno nosilaca stanarskog prava u privatnim stanovima, s obzirom na to da su ova pitanja regulirana u Zakonu o stambenim odnosima. Osim toga, a imajući u vidu činjenicu da pojedini nosioci stanarskog prava u privatnim zgradama – stanovima ne plaćaju ni stanarinu niti troškove održavanja upravitelju i s obzirom na to da ne znaju ko je vlasnik stana na kojem su stekli stanarsko pravo, trebalo je ili izvršiti izmjene i dopune preuzetog Zakona o stambenim odnosima u tom pravcu ili u posebnom zakonu o zakupu stana i to za sve zakupce regulirati obavezu nosilaca stanarskog prava za plaćanje zakupnine i toškova održavanja upravitelju. Ovo i stoga što u članu 9 ZZS (sadržaj ugovora o zakupu stana) nije nabrojana alineja o plaćanju naknade za održavanje upravitelju, nego su nabrojane komunalne usluge. To posebno i zbog toga što se u članu 12 ZZS utvrđuje način izračunavanja zaštićene zakupnine, a osnovica je naknada za redovno održavanje zajedničkih dijelova zgrada i upravljanje zgradama. U svakom slučaju, ove napomene ne dovode u pitanje praktičnu primjenu ZZS.

Prema tome, tromjesečni rok za zaključenje ugovora o zakupu stana iz ZZS je zakonom određeni protek vremena poslije čijeg isteka određeno pravo prestaje da postoji ako ga njegov titular ne izvrši u tom roku. Ovaj prekluzivni rok je u ZZS strogo određen tako da ga ugovorne strane ne mogu mijenjati. Istekom navedenog zakonskog roka za zaključenje ugovora o zakupu stana nastupa gubitak prava u cjelini i definitivno se reguliraju određeni pravni odnosi u oblasti stambenih odnosa na osnovu i u okviru ZZS.

ZAKLJUČAK

Zakon o zakupu stana Kantona Sarajevo, odnosno ZZS, donosi brojne novine u oblasti stambenih odnosa. U vezi sa njegovom praktičnom primjenom pojavljuju se aktuelna pitanja, o kojima je riječ u ovom radu.

Pravne posljedice primjene ZZS su veoma značajne, s obzirom na to da se njime vrši transformacija stanarskog prava u zakupni odnos. Stanarsko pravo prestaje, a nosilac stanarskog prava postaje zakupac stana ako zaključi ugovor o zakupu stana na osnovu i u okviru ZZS. Ako se ne zaključi ugovor o zakupu stana prema ZZS, u tom slučaju se nosilac stanarskog prava smatra nezakonitim korisnikom stana. U skladu sa ZZS prestaje institut stanarskog prava, koji je dugo egzistirao u pravnom sistemu SFRJ i u savremenoj Bosni i Hercegovini.

Cilj ovog rada upravo je bio u tome da prikaže suštinska rješenja koja uvodi ovaj zakon u pravni sistem u Kantonu Sarajevo. U ovom radu je dat odgovor na pitanje zašto i kako se navedenim kantonalnim zakonom uvodi zakup stana umjesto stanarskog prava u pogledu stanova obuhvaćenih u ZZS.

Đemaludin Mutapčić, LL.M.
Notary, Sarajevo

CURRENT ISSUES RELATED TO APPLICATION OF THE LAW ON APARTMENT LEASE OF CANTON SARAJEVO

Summary

The Law of apartment lease of Canton Sarajevo brings many novelties in the area of housing relations. In relation to its practical application current issues, which will be elaborated in this paper, occur.

Legal consequences of the application of this Law are extremely significant, considering that with this Law the tenant right transforms into a lease relation. The Tenant Law ceases to exist, and the apartment lessee becomes the bearer of the Tenant law, if they should reach an agreement on the apartment lease based on Law of apartment lease. If the apartment lease agreement is made according to this Law of apartment lease, then in that case the bearer of the Tenants Law is considered to be an illegal apartment user. In accordance with the Law of apartment lease, the institution of the Tenant Law, which existed for a long time in the legal system of Socialist Federal Republic of Yugoslavia and modern Bosnia and Herzegovina, ceases to exist.

The aim of this paper is to show essential issues, which Law of apartment lease introduced into the legal system in Sarajevo Canton. This paper gave answers to the questions how and why the cited cantonal law introduces the apartment leasing instead of the Tenant Law in relation to apartments included in the Law of apartment lease.

Key words: *tenants law, apartment lease, apartment lease contract, protected rent, alternative apartment*

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 категорички 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:
Татјана Атлагић Остојић

Припрема за штампу:
Нада Вуга
Александар Спасојевић

Штампа:
ППГД „Комесграфика“ д.о.о. Бања Лука

За штампарију:
Звонко Савић, дипломирани правник

Тираж:
500 примјерака

Министарство просвјете и културе Републике Српске је 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.