

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Број 51/2017

Година XIV

ISSN: 1840-0272

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ



БАЊА ЛУКА, 2017.

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, нестраначка организација правника у Републици Српској.

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

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

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

САДРЖАЈ

ГРАЂАНСКОПРАВНА ОБЛАСТ

Проф. др Душко Медић СТИЦАЊЕ СВОЈИНЕ ОД НЕВЛАСНИКА	11
Проф. др Драган Боланча ОДГОВОРНОСТ ВЛАСНИКА БРОДА ЗА ЗАГАЂИВАЊЕ (ОНЕЧИШЋЕЊЕ) С БРОДА ИЗЛИВАЊЕМ (ИЗЛИЈЕВАЊЕМ) УЉА КОЈЕ СЕ ПРЕВОЗИ КАО ТЕРЕТ (УСПОРЕДБА БОСАНСКОХЕРЦЕГОВАЧКОГ И ХРВАТСКОГ ПЛОВИДБЕНОГ ЗАКОНОДАВСТВА)	27
Проф. др Илија Бабић ОДГОВОРНОСТ МАЛОЛЕТНИКА ЗА ПРОУЗРОКОВАНУ ШТЕТУ	39
Проф. др Гордана Станковић ПОСТУПАК ЗА ЗАШТИТУ ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ	59
Проф. др Ранка Рачић ДОПУНСКА ДРУГОСТЕПЕНА ПРЕСУДА	75
Проф. др Дарко Радић ИМОВИНСКОПРАВНИ ЕФЕКТИ АКТИВНОСТИ СУПРУЖНИКА КОЈЕ ИСТОВРЕМЕНО ИНВОЛВИРАЈУ ПОСЕБНУ И ЗАЈЕДНИЧКУ ИМОВИНУ	87
Доц. др Раденко Јогановић ГРАЂАНСКОПРАВНА ЗАШТИТА ПРАВА ЛИЧНОСТИ	101
Проф. др Слободан Станишић УРАЧУНАВАЊЕ ИСПУЊЕЊА	119

Проф. др Милан Благојевић ЗАМКЕ УСАГЛАШАВАЊА ДОМАЋИХ ПРОПИСА СА ПРАВНОМ ТЕКОВИНОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ (Кроз примјер неуставности једног домаћег правног института)	145
Доц. др Душко Челић ПРИРОДА (ПОСТ)КОНФЛИКТНЕ ЗАШТИТЕ ПРАВА НА НЕПОКРЕТНОСТИМА НА КОСОВУ И МЕТОХИЈИ У ПОСТУПЦИМА ПРЕД СПЕЦИЈАЛИЗОВАНИМ ТЕЛИМА УНМИК-а	161
Др Рајка Ђоковић ПОЈАМ „НЕОПРАВДАНОГ КОРИСТОВАЊА ТУЂИМ“ ОПШТЕГ ИМОВИНСКОГ ЗАКОНИКА ЗА КЊАЖЕВИНУ ЦРНУ ГОРУ	179
Мр Драгољуб Рељић СПРЕЧАВАЊЕ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ – МОДЕЛ ПРЕМА ЗАКОНОДАВСТВУ СРБИЈЕ	195
Др Меланија Јанчић САВРЕМЕНЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ У РЕГУЛИСАЊУ НАСЛЕДНОПРАВНИХ ОДНОСА У ЗЕМЉАМА БИВШЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ	211
Мр Драган Балтић ВЈЕРОДОСТОЈНА ИСПРАВА КАО ПОСЕБНА ВРСТА ИЗВРШНЕ ИСПРАВЕ ПРИ НАПЛАТИ РАЧУНА ЗА УСЛУГЕ ОД ОПШТЕГ ЕКОНОМСКОГ ИНТЕРЕСА	223
Ћемалудин Мутапчић ДЕЦЕНИЈА НОТАРИЈАТА У САВРЕМЕНОЈ БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ 2007–2017	237

ПРИВРЕДНОПРАВНА ОБЛАСТ

Проф. др Марко Рајчевић О ПРАВНОЈ ПРИРОДИ УГОВОРА О ОСНИВАЊУ И СТАТУТА ОТВОРЕНОГ АКЦИОНАРСКОГ ДРУШТВА	267
Проф. др Дијана Марковић Бајаловић БЛАНКО МЕНИЦА У СВЕТЛУ МЕНИЧНИХ НАЧЕЛА	283
Проф. др Един Ризвановић СТАТУСНЕ ПРОМЈЕНЕ И ХАРМОНИЗАЦИЈСКИ ПРОЦЕС	309
Проф. др Данче Манолева Митровска ПРИНУДНА ИСПЛАТА ПОТРАЖИВАЊА БАНКЕ ИЗ УГОВОРА О КРЕДИТУ НА ОСНОВУ МЕНИЦЕ И ИСПЛАТА ПОВЕРИЛАЦА У СТЕЧАЈУ ДУЖНИКА	329
Проф. др Мирослав Милосављевић ДЕЛАТНОСТ ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКТА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ И РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ	349
Доц. др Зоран Васиљевић НАДЗОРНИ ОДБОР ПРЕМА НОВОМ ЗАКОНУ О БАНКАМА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ	367
Катица Томић ДИРЕКТИВА О ДИСТРИБУЦИЈИ ОСИГУРАЊА И ОБЛИГАЦИОНЕ ОБАВЕЗЕ ПОСРЕДНИКА ОСИГУРАЊА ПРЕМА ПОТРОШАЧИМА УСЛУГА ОСИГУРАЊА У ПРОПИСИМА СР ЊЕМАЧКЕ И АУСТРИЈЕ	389
Александар Сајић Наташа Шкрбић ДОБРОВОЉНИ И ОБАВЕЗНИ ВИДОВИ ОСИГУРАЊА У СИСТЕМУ ЗДРАВСТВЕНОГ ОСИГУРАЊА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ	403
Ирена Радић ПРИВРЕДНА ДРУШТВА ПОВЕЗАНА КАПИТАЛОМ У КОМПАНИЈСКОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ	415

ГРАЂАНСКОПРАВНА ОБЛАСТ

STICANJE SVOJINE OD NEVLASNIKA

Prof. dr Duško Medić*

Apstrakt: Autor u radu analizira sticanje svojine od nevlasnika prema Zakonu o stvarnim pravima Republike Srpske. Ovaj zakon pod određenim uslovima predviđa mogućnost sticanja prava svojine na nekretninama s povjerenjem u javne knjige i sticanja prava svojine od nevlasnika na pokretnim stvarima. Ovakvo sticanje na nekretninama predstavlja značajnu novinu koja će sigurno doprinijeti stabilizaciji javnih registara, dok je sticanje na pokretnim stvarima sada znatno olakšano. U tim slučajevima sticalac vjeruje u pravi prava stvoren njegovim upisom u javnu evidenciju odnosno državinom otuđivaoca. On opravdano vjeruje da stiče stvar od samog vlasnika i zbog toga je ovakav pravni promet i dobio pravnu zaštitu. Bez savjesnosti sticaoca nema primjene ovog instituta. Autor podržava nova rješenja i nada se da će u praksi opravdati svoje postojanje.

Ključne riječi: vlasnik, sticalac, savjesnost, javna evidencija, državana.

Uvod

Sticanje svojine od nevlasnika prihvaćeno je u većini pravnih sistema u svijetu. Radi se o institutu koji zbog svoje složene strukture protivrječi mnogim temeljnim principima građanskog prava, pa zato u pravnoj teoriji konstantno traju polemike o smislu njegovog postojanja. Ovaj institut, koji je svojevrsni pravni fenomen, prije svega je u suprotnosti sa principom nepovredivosti privatne svojine, jer na taj način prestaje svojina ranijeg vlasnika, a izuzetak je i od pravila građanskog prava da niko ne može na drugog preni-

* Sudija Ustavnog suda Republike Srpske i redovni profesor Fakulteta pravnih nauka Panevropskog univerziteta „Apeiron“ Banja Luka

jeti više prava nego što ga sam ima,¹ čime se anulira princip pravne sigurnosti i zaštite stečenih prava. Takođe, ovaj institut je suprotan i načelu apsolutnog, *erga omnes* dejstvu prava svojine, pošto negira pravo vlasnika na sledovanje svojine i traženje vraćanja stvari (vindikaciona tužba). Time se gubi na sigurnosti i trajnosti stečenih prava.² Prema tome, priznavanje ovakvog sticanja znači odstupanje od ključnih načela čitavog građanskog prava. Odnos između savjesnog sticaoca, koji stiče svojinu od nevlasnika i vlasnika stvari je inspiracija za mnoge pravne pisce i nesumnjiv izazov za proučavanje. Nema sumnje da postojanje ovog instituta pogoduje pravnom prometu, njegovoj sigurnosti i brzini, kao i načelu savjesnosti i poštenja, ali s druge strane, kada se ima u vidu raniji vlasnik, protivno njegovoj volji dolazi se do nečega što nije prihvatljivo i što se teško može razumno opravdati. Dakle, savjesni sticalac i raniji vlasnik nalaze se na suprotnim polovima i postoji evidentan sukob njihovih interesa, a ovaj odnos otvara mnoga suptilna pitanja na koja nije uvijek lako dati adekvatne odgovore.

Centralno pitanje koje se ovdje stalno postavlja jeste – da li svojina lica koje otuđuje neku stvar uvijek mora da bude pretpostavka za punovažno sticanje pribavilaca?³ Pored toga, pitanje je da li je u savremenim uslovima nužno postojanje ovog instituta, zašto on uopšte egzistira, pod kakvim uslovima je djelotvoran, u kom obimu ga treba priznati itd. Principijelno, prodaja tuđe stvari treba da uzrokuje određene obligacionopravne posljedice između otuđivaoca i savjesnog sticaoca i ne treba da utiče na položaj vlasnika, a pravo na obeštećenje koje vlasnik ima prema otuđivaocu, ne pruža vlasniku dovoljno prihvatljivo objašnjenje zašto se u ovim situacijama prednost daje nekim drugim vrijednostima. Ovdje se ne radi o prenosu svojine, jer je otuđivalac stvari nema, već o sticanju svojine bez kontakta sa vlasnikom stvari, koji mora priznati efekte pravnog posla u kome nije učestvovao. Sticanje svojine od nevlasnika nije sticanje na osnovu pravnog posla (derivativno), jer subjekt koji vrši prenos nije vlasnik stvari niti njegov punomoćnik.⁴ Otuđivalac od strane vlasnika nije ovlašćen na raspolaganje, niti je vlasnik izvršeno otuđenje naknadno odobrio. Savjesni sticalac nije sukcesor vlasnika, svoje pravo ne izvodi od njega, jer pravne sukcesije nema. Raniji vlasnik prema savjesnom sticaocu ne može uspjeti ni sa stvarnopravnim ni sa obligacionopravnim zahtjevom, iz-

¹ Nemo plus iuris alium transferre potest quam ipse habet (Sec. Paulus – D. 50, 17, 120), navedeno prema: D. Stojčević i A. Romac, *Dicta et regulae iuris*, Beograd, 1989, str. 314.

² R. Lorenc, „Sticanja prava ručne zaloge od nevlasnika“, *Naša zakonitost*, br. 7-8/63, str. 309.

³ N. Planojević, *Sticanje svojine od nevlasnika*, Kragujevac, 2008, str. 3.

⁴ O pravnoj prirodi sticanja svojine od nevlasnika v. N. Planojević, „Pravna priroda sticanja svojine od nevlasnika“, *Pravni život*, br. 10/01, str. 45–63.

među njih nema nikakvih međusobnih potraživanja i dugovanja, jer oni nisu ni u kakvom pravnom odnosu. U ovim slučajevima dolazi do sticanja prava svojine na osnovu činjenica koje određuje zakon (originarno) i ovaj stav dominira u uporednom pravu. Privid prava svojine stvoren državinom ili nekim drugim okolnostima na strani otuđivaoca teško za tako nešto može biti osnov opravdanja. Zato se sticanje svojine savjesnog sticaoca, bez obzira na sve posebne razloge, vrlo teško može braniti dovoljno jakim argumentima i stalno se postavlja pitanje zašto je (savjestan) vlasnik stvari manje vrijedan zaštite od savjesnog sticaoca.⁵

Međutim, sigurno je da kod procjene nužnosti postojanja ovog instituta, osim individualnih interesa, moramo voditi računa i o kolektivnim interesima društvene zajednice koja želi razvoj sigurnog i nesmetanog pravnog prometa i trgovine, mada ni njoj ne može biti u interesu da se to vrši činjenjem nekog od krivičnih djela. Ako se posmatra s tačke gledišta prometa, ovdje je očit konflikt individualnog i kolektivnog interesa i u ovom sukobu prednost najčešće dobija kolektivni interes koji se smatra vrednijim. Kroz istoriju razni pravni sistemi su na sva ova komplikovana pitanja davali različite odgovore. Ipak, ovaj institut je postepeno uobličavan kroz vrijeme i danas ga većina država poznaje, a razlike između njih postoje samo u uslovima, kvalitetu i kvantitetu te zaštite.⁶ Svi ti pravni sistemi ga priznaju kao izuzetnu mogućnost za koju treba da budu ispunjeni tačno propisani uslovi. Oni, prije svega, zavise od faktičkih okolnosti i pravne tradicije, ali i od ekonomskih i političkih faktora koji značajno utiču na oblikovanje pravnog poretka. Zbog toga bi bilo vrlo teško izvršiti unifikaciju regulative ovog instituta na međunarodnom planu, mada bi ona sigurno bila od koristi, jer pravni promet već odavno ne poznaje granice.

Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske (ZSP)⁷ sticanje svojine od nevlasnika reguliše na način koji je skoro identičan hrvatskom pravu i pod određenim uslovima predviđa mogućnost sticanja prava svojine na nekretninama s povjerenjem u javne knjige i sticanja prava svojine od nevlasnika na pokretnoj stvari. Polazi se od pretpostavke da je vlasnik nekretnine ono lice koje je upisano u javnu evidenciju odnosno da je vlasnik pokretne stvari njen držalac. U oba slučaja pretpostavke za sticanje prava svojine su valjan pravni posao i savjesnost sticatelja, dok je sve ostalo različito.

⁵ D. Medić, *Novo stvarno pravo Republike Srpske*, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Banja Luka, 2016, str. 62.

⁶ Rimsko pravo nije poznavalo sticanje svojine od nevlasnika, a to je bilo u skladu sa značajem svojine kao najpotpunije pravne vlasti koja je podrazumijevala najpotpuniju pravnu zaštitu.

⁷ Službeni glasnik RS br. 124/08, 58/09, 95/11.

Sticanje svojine s povjerenjem u javnu evidenciju

Novo zemljišnoknjižno pravo u Republici Srpskoj⁸ donijelo je pojačano dejstvo načela povjerenja u zemljišne knjige.⁹ To načelo je jedno od temeljnih načela ovih knjiga i od stepena povjerenja u zemljišne knjige zavisi i njihov značaj za sigurnost pravnog prometa.¹⁰ Zbog dejstva ovog načela treća savjesna lica mogu se pouzdati da je ono što je upisano u zemljišnu knjigu tačno (pozitivni pravac načela povjerenja – istinitost), a da ono što nije upisano ne postoji (negativni pravac načela povjerenja – potpunost).¹¹ Zato se metaforički kaže da je zemljišna knjiga ogledalo prava na nekretninama.¹² Upisima u zemljišnu knjigu daje se vanjska slika pravnog stanja nekretnine.¹³ Javna evidencija u pogledu nekretnina ispunjava svoju funkciju u pravnom prometu samo ako stvara pretpostavku prava.¹⁴ Jedino relevantno je ono što je upisano. Narušavanje povjerenja u zemljišne knjige dovodi do pravne nesigurnosti, što je suprotno načelu vladavine prava kao jednoj od najviših vrijednosti ustavnopravnog poretka. Zemljišne knjige su javne, njihova sadržina je dostupna svakome,¹⁵ pa se niko ne može pozivati na to da mu je bilo nepoznato pravno stanje u pogledu određene nekretnine.¹⁶ Upisom u ove knjige u odnosu na stvarna prava na nekretninama ostvaruje se jedno od osnovnih načela stvarnopravnog uređenja – načelo publiciteta.¹⁷ U zemljišnim knjigama se pu-

⁸ Zakon o zemljišnim knjigama Republike Srpske (ZZK) – Službeni glasnik RS br. 67/03, 46/04, 109/05 i 119/08.

⁹ Vid. član 9 ZZK.

¹⁰ O načelu povjerenja u zemljišne knjige v. J. Weike i L. Tajić, *Komentar Zakona o zemljišnim knjigama u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2005, str. 43–45; M. Povlakić, *Reforma zemljišnoknjižnog prava kao dio ukupne reforme građanskog prava*, u: Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse,” Mostar, 2003, str. 239–241.

¹¹ O. Stanković i M. Orlić, *Stvarno pravo*, deveto izdanje, Beograd, str. 332.

¹² P. Simonetti, „Stjecanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige po Nacrtu Zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske“, *Pravna riječ*, br. 5/05, str. 95.

¹³ Načelo upisa je usko povezano sa načelom pouzdanja. Nekada se čak smatralo da se radi o jednom načelu. Ova načela se međusobno dopunjuju i uslovljavaju.

¹⁴ M. Povlakić, „Novo zemljišnoknjižno pravo u BiH“, *Pravni savjetnik*, br. 12/03, str. 48.

¹⁵ Svako može tražiti da pogleda bilo koji zemljišnoknjižni uložak i zahtijevati da mu se on izda bez dokazivanja pravnog interesa.

¹⁶ P. Simonetti, *Stjecanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige u Republici Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini*, u: Zbornik radova „Aktuelna pitanja građanskog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini,” Jahorina, 2010, str. 12.

¹⁷ Publiciranje stvarnih prava je pretpostavka za njihovo dokazivanje i zaštitu. Da bi djelovala apsolutno, prema svim trećim licima (erga omnes), stvarna prava moraju biti vanjski vidljiva. To ima posebno značenje za sigurnost pravnog prometa. Publicitet stvarnih prava na nekretninama ostvaruje se njihovim upisom u javne registre. Načelo javnosti proizilazi iz same definicije zemljišne knjige kao javnog registra (član 2 st. 1).

blikuje sve ono što je bitno za određene nekretnine. Upisom prava u zemljišne knjige nastaje (oboriva) pretpostavka da je lice koje je upisano kao njegov nosilac zaista i njegov stvarni nosilac sa onim sadržajem i obimom koji je u njima upisan. Smisao načela povjerenja u zemljišne knjige je u tome da se savjesni sticalac prava svojine i drugih stvarnih prava na nepokretnosti može pouzdati u njih i onda kada stanje u njima nije istinito i potpuno. Na ovaj način zemljišne knjige su dobile onaj značaj koji stvarno treba da imaju. Ipak, uklapanje sadržaja ovog načela u opšta načela građanskog prava donosi određene probleme i nedoumice.

I novi Zakon o premjeru i katastru Republike Srpske¹⁸ slijedi ta načela koja su od suštinskog značaja. Ovim zakonom je zemljišna knjiga zamijenjena katastrom nepokretnosti.¹⁹ Međutim, do uspostavljanju katastra nepokretnosti za odgovarajuću katastarsku opštinu nastavlja se korišćenje i održavanje evidencije u zemljišnim knjigama. Pošto je osnivanje katastra nepokretnosti u toku i on je, za sada, osnovan samo za neka područja u Republici Srpskoj, za ostali dio teritorije se još uvijek vode zemljišne knjige po pravilima zemljišno-knjižnog prava.²⁰ I ovaj zakon naglašava da su podaci o nekretninama istiniti i da potpuno odražavaju činjenično i pravno stanje nekretnine, te da sticalac koji je u dobroj vjeri postupao s povjerenjem u ove podatke uživa zaštitu ako nije znao niti je, s obzirom na okolnosti, imao dovoljno razloga posumnjati u ono što je upisano (načelo povjerenja).²¹ Ovo načelo daje smisao postojanja samog katastra nepokretnosti.²²

Nažalost, slika o nekretninama može biti i pogrešna. Poznato je da je kod nas ovo stanje nesređeno i da su javne knjige često nepotpune i neistinite, te da ne prikazuju uvijek stvarno stanje u pogledu relevantnih činjenica.

¹⁸ Službeni glasnik RS br. 6/12. Republika Srpska je za 16 godina tri puta promijenila svoju orijentaciju u pogledu evidencije nekretnina, što je svakako negativno uticalo na pravnu sigurnost. Prvo je 1996. godine donesen Zakon o premjeru i katastru nekretnina (Službeni glasnik RS br. 19/96), zatim je 2002. godine od strane visokog predstavnika za BiH nametnut Zakon o zemljišnim knjigama, koji je Republika Srpska u istovjetnom tekstu usvojila 2003. godine, da bi napokon 2012. godine bio donesen Zakon o premjeru i katastru Republike Srpske.

¹⁹ Stupanjem na snagu ovog zakona, Zakon o zemljišnim knjigama je prestao da važi, osim odredaba zakona koje se odnose na korišćenje i održavanje evidencije iz člana 189 ovog zakona. Poslije stupanja na snagu Zakona o premjeru i katastru Republike Srpske direktor Republičke uprave za geodetske i imovinsko-pravne poslove je donio Pravilnik o načinu osnivanja i održavanja katastra nepokretnosti Republike Srpske (Službeni glasnik RS br. 11/14) kojim se uređuje osnivanje i održavanje katastra nepokretnosti.

²⁰ Zbog ovoga je u članu 1 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o stvarnim pravima (Službeni glasnik RS br. 95/11) termin zemljišna knjiga zamijenjen sa terminom javna evidencija.

²¹ Član 56 Zakon o premjeru i katastru Republike Srpske.

²² R. Jotanović, „Načelo povjerenja u katastar nepokretnosti u pravu Republike Srpske“, *Pravna riječ*, br. 40/14, str. 559.

ca. Zato je usklađivanje vanknjižnog i knjižnog stanja od velike važnosti za pravnu sigurnost u ovoj oblasti i za zaštitu svih onih koji učestvuju u prometu nekretnina. Tačna i ažurna evidencija o pravima na nekretninama doprinijela bi i afirmaciji i garanciji prava svojine, koja je preduslov za provođenje svih bitnih reformi u društvu.

Reafirmaciju načela povjerenja u javne knjige i prekid sa dotadašnjom pravnom tradicijom predviđa i ZSP. Smatra se da javna evidencija istinito i potpuno odražava činjenično i pravno stanje nekretnine, pa ko je u dobroj vjeri postupao s povjerenjem u javnu evidenciju uživa u pogledu tog sticanja zaštitu prema odredbama ovog zakona.²³ Uvođenjem ovakve definicije načela povjerenja ponovo se potencira njegov značaj za sigurnost pravnog prometa nekretnina. Zato je ZSP predvidio sticanje prava svojine s povjerenjem u javnu evidenciju.²⁴ To pravo stiće ono lice koje u trenutku sklapanja pravnog posla²⁵ i u trenutku kada je zahtijevao upis nije znao niti je imao razloga da sumnja da stvar ne pripada onom licu koje je otuđuje i koje je upisano kao vlasnik, iako to nije bio.²⁶ Neoboriva je pretpostavka da je upis prednika sticaoca valjan. Smatra se da u korist njegovog prednika postoji knjižno pravo, kako je to i upisano u javnoj evidenciji. Pravni učinci zaštite povjerenja nastupaju samo kad je knjižno stanje u momentu kada savjesni sticalac zahtijeva upis nepotpuno ili neistinito odnosno različito od vanknjižnog stanja. U ovom slučaju privid mijenja postojeće pravo. Savjestan sticalac pravnim učincima zaštite povjerenja sanira nedostatak svojine knjižnog prethodnika. Istovremeno sa nastupanjem pravnih učinaka zaštite povjerenja koji se neće moći osporavati, stvarni nosilac čije je knjižno pravo bilo povrijeđeno neistinitom uknjižbom iz koje je savjesni sticalac izveo svoje sticanje prestaje biti nosilac tog prava. Saznanje da je vlasnik nekretnine drugo lice, a ne ono koje je upisano u javnoj knjizi, koje je uslijedilo nakon podnošenja zahtjeva za upis, a prije uknjižbe, nije prepreka za sticanje prava svojine po ovom osnovu,²⁷ niti je razlog

²³ Član 55 st. 1 ZSP-a.

²⁴ U vrijeme važenja ZOSPO nije postojala ova mogućnost. Sudska praksa je išla protiv načela zaštite povjerenja u javne knjige, što se pravdalo velikim raskorakom između knjižnog i vanknjižnog stanja. Tako je na savjetovanju građanskih i građansko-privrednih odjeljenja Saveznog suda, Vrhovnog vojnog suda i vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina održanom 28. i 29. 5. 1986. godine donesen Zaključak broj 2/86 – „Titular stvarne službenosti stečene održajem koja nije upisana u zemljišne knjige može svoje pravo sa uspjehom isticati i prema savjesnom sticaocu prava svojine na poslužnom dobru“, u: A. Radovanov, *Načelni stavovi i pravna shvatanja*, Novi Sad, 2000, str. 246.

²⁵ Najčešće se radi o ugovoru o prodaji, ali se može raditi i o nekom drugom ugovoru npr. darovnom.

²⁶ Članovi 55 st. 2 i 56 st. 1 ZSP-a. Vid. S. Mulabdić, *Savjesno sticanje prava vlasništva na nekretnini zaštitom povjerenja u istinitost i potpunost zemljišne knjige*, ZIPS, br. 1135/08, male stranice, str. 1–24.

²⁷ Mala fides superveniens non nocet. Sec. Paulus, D. 41, 3, 4, 18 (CJ. 7, 31, 4).

za odbijanje zahtjeva za uknjižbu.²⁸ Sprovedena uknjižba, inače, djeluje od trenutka kada je sudu podnesen zahtjev za uknjižbu.²⁹ Upis u javnu evidenciju dozvoljen je samo uz saglasnost lica koje je u vrijeme podnošenja zahtjeva upisano kao nosilac prava svojine. Sticanjem prava svojine s povjerenjem u javnu evidenciju to pravo gubi ono lice koje ga je vanknjižno steklo, ako nije podnijelo zahtjev za upis svog prava prije nego što je savjesni sticatelj podnio zahtjev za upis s povjerenjem u javnu evidenciju. Time se sankcioniše propust uknjižbe vanknjižno stečenih prava njihovih nosilaca. Vanknjižno stečeno pravo djeluje apsolutno prema svim trećim licima tek kad se upiše u javnu evidenciju. Upis je najsigurniji način zaštite prava na nekretninama.³⁰ U konfliktu vanknjižnog i knjižnog stanja, makar ono bilo i nepotpuno, prednost se daje stanju u javnoj evidenciji. Dejstvom načela pouzdanja knjižno stanje se više ne razlikuje od vanknjižnog. Nakon upisa savjesnog sticaoca vanknjižni nosioci neupisanih prava nemaju prema njemu pravo na stvarnopravni ni obligacionopravni zahtjev. Oni mogu samo da podnesu obligacionopravni zahtjev prema knjižnom prethodniku ako su ispunjene određene pretpostavke.

Dakle, sticalac koji se pouzdao u stanje u javnim evidencijama treba da je savjestan, a pri tome on nije dužan da istražuje vanknjižno stanje.³¹ Dovoljno je da je izvršio uvid u javnu evidenciju u cjelini i on nema obavezu da na neki drugi način ispituje pravno stanje nekretnine. Neobaveznost istraživanja vanknjižnog stanja će ubrzati pravni promet nekretnina i dodatno stabilizovati javne evidencije. Međutim, sticalac neće biti savjestan ako je uz običnu pažnju mogao znati za razliku između vanknjižnog i knjižnog stanja. Ukoliko je sticalac nesavjestan, ništav je i pravni posao jer je protivan načelu savjesnosti i poštenja, pa je samim tim ništava i uknjižba prava svojine na njegovo ime.³² Za opseg načela povjerenja od bitnog značaja je upravo definicija savjesnosti tog lica.³³ Da bi se sticalac smatrao savjesnim, on prilikom sticanja mora

²⁸ Tako i P. Simonetti, *Stjecanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige po Nacrtu Zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske...*, str. 97.

²⁹ Član 53 st. 4 ZSP.

³⁰ T. Josipović, „Izvanknjižno stjecanje i prestanak stvarnih prava na nekretninama – usklađivanje zemljišnoknjižnog stanja“, u: *Nekretnine kao objekti imovinskih prava* (Opća redakcija Olga Jelčić), Zagreb, 2005, str. 17.

³¹ Član 55 st. 3 ZSP-a. Saznanje da su knjižno i vanknjižno stanje u suprotnosti čini određeno lice nesavjesnim. Prije donošenja ZSP se zahtijevalo da sticalac istovremeno istražuje knjižno i vanknjižno stanje da bi se mogao smatrati savjesnim. To je bitno otežavalo pravni promet nekretnina i ugrožavalo pravnu sigurnost, a vanknjižni nosioci prava svojine i drugih stvarnih nisu bili motivisani da vrše upis u javnu knjigu.

³² Ako pravni posao nije pravno valjan, samom uknjižbom se ne može steći pravo svojine.

³³ O tome: R. Cvetić, *Savremena evidencija nepokretnosti*, Novi Sad, 2009, str. 126–130.

upotrebiti uobičajenu (običnu) dužnu pažnju koja se očekuje od svakog prosječnog razumnog čovjeka u tim okolnostima koja je potrebna za takav način sticanja u pravnom prometu. Savjesnost sticaoca se pretpostavlja. Ako neko tvrdi suprotno, na njemu leži teret dokazivanja. Postojanje savjesnosti cijeni se u svakom konkretnom slučaju zavisno od svih relevantnih okolnosti. Prema tome, iako sadržaj javne evidencije predstavlja samo oborivu pretpostavku u pogledu upisanih prava, on savjesnom sticaocu garantuje sticanje prava svojine, čak i ako se kasnije utvrdi da lice sa kojim je sklopio pravni posao nije stvarni vlasnik. Pri tome je samo bitno da se on kao savjesno lice opravdano pouzdao u taj sadržaj (njegov subjektivni odnos prema sadržaju) i da nije imao razloga posumnjati u njegovu istinitost i potpunost, a nije od značaja što se taj sadržaj ne slaže sa stvarnim, vanknjižnim stanjem. Kada bi sticalac znao da je neko treće lice steklo svojinu predmetne nekretnine, iako to nije uknjižilo u javnim knjigama, tada sticalac ne bi bio savjestan jer bi mu bilo poznato da stvarno stanje ne odgovara stanju u ovim knjigama. Ovakvo dejstvo načela povjerenja će dovesti do toga da će se titulari određenih (vanknjižnih) prava na nekretninama morati odgovornije i savjesnije odnositi prema javnoj evidenciji i truditi se da sve pravne promjene na vrijeme provode i ažuriraju da bi izbjegli sve negativne pravne posljedice koje za njih mogu da nastanu. Obaveznost upisa koja je propisana Zakonom o premjeru i katastru Republike Srpske³⁴ je strana principima građanskog prava, jer svaki titular prema načelu dispozicije odlučuje da li će preduzeti određene radnje radi zaštite svojih prava. Ona predstavlja ograničenje volje i odstupanje od načela dispozicije u vršenju i zaštiti građanskih prava, ali svakako ima društvenog opravdanja.³⁵ Pretpostavkom tačnosti i potpunosti javne evidencije zaštićena su samo treća savjesna lica koja su određena prava na nekretninama stekla putem pravnog posla, dok za slučaj da se radi o drugim osnovima sticanja, primjera radi na osnovu nasljeđivanja, ova pretpostavka ne važi.

Sticalac u ovom slučaju samo prividno stiče svojinu od knjižnog vlasnika (nevlasnika),³⁶ mada on, u stvari, stiče pravo svojine na nekretnini izvorno, po samom zakonu, na osnovu skupa određenih pravnih činjenica koje su predviđene kao dovoljne. On se oslanja na publicitet javne knjige koji stvara privid postojanja prava. Pravni posao čiji je cilj sticanje prava svojine na nekretnini mora biti kauzalan i ispunjavati sve tražene pretpostavke za njegovu valjanost, jer se uknjižba prava svojine može izvršiti samo na osnovu pu-

³⁴ Član 63.

³⁵ Vid. N. Planojević, „Načela katastra nepokretnosti u Srbiji i Republici Srpskoj“, *Pravna riječ*, br. 32/12, str. 173–174.

³⁶ Ni jedno pravo, pa ni pravo svojine, ne može se steći od onoga koji to pravo nema.

novažnog pravnog posla. Ovaj pravni posao mora biti sastavljen u formi notarski obrađene isprave.³⁷ Radi se o obaveznoj formi, formi *ad solemnitatem*. Tabularna isprava mora da ispunjava opšte i posebne pretpostavke za upis, jer u korist sticaoca mora biti proveden upis koji je valjan. Ukoliko pravni posao ispunjava sve uslove za punovažnost, onda je za sticanje svojine zaštitom povjerenja u javnu evidenciju nebitno da li se radi o teretnom ili dobročinom pravnom poslu. Da bi nastupili pravni učinci zaštite povjerenja, kao što smo istakli, knjižno stanje mora biti neistinito ili nepotpuno i to u trenutku kada je sticalac podnio zahtjev za upis svog prava svojine. U slučaju da je knjižno stanje istinito i potpuno, sticalac upisom na osnovu pravnog posla na derivativan način stiče pravo svojine od istinito upisanog prethodnika.

Odredbe o brisovnoj tužbi,³⁸ koje čine cjelinu sa odredbama o sticanju s povjerenjem u javnu evidenciju, zbog svojih kontradiktornosti stvoriće u primjeni dosta problema. Lice koje je upisom prava svojine prodavca povrijeđeno u svom knjižnom pravu svojine može podnijeti tužbu za brisanje tog upisa u roku od tri godine od kada je taj upis bio zatražen³⁹ odnosno u roku od 60 dana od proteka roka za žalbu protiv rješenja kojim je sud dozvolio neistinit upis.⁴⁰ Prema tome, rokovi prema licu koje je bilo uredno obaviješteno vežu se za rok za žalbu. U završnim odredbama ZSP propisuje da rokovi za podizanje brisovne tužbe teku od dana stupanja na snagu zakona.⁴¹ Ovim se, faktički, željelo odložiti dejstvo pozitivnog pravca načela povjerenja odnosno nastupanje pravnih posljedica zaštite povjerenja u istinitost.⁴² Tek istekom rokova sticalac može biti siguran da je konačno stekao određeno pravo, koje mu više ne može biti osporeno. Brisovna tužba je, inače, sredstvo za zaštitu povrijeđenog knjižnog prava svojine nevaljanim upisom u javne knjige i ona odstupa od klasičnih petitornih tužbi.⁴³ Aktivno legitimisan za njeno podnošenje je knjižni vlasnik čije je pravo povrijeđeno nevaljanim upisom (ili njegov pravni sljednik). Vanknjižni vlasnik nema pravo na podnošenje te tužbe, jer

³⁷ Član 68 Zakona o notarima

³⁸ Brisovna tužba bi trebala da bude uređena Zakonom o zemljišnim knjigama odnosno Zakonom o premjeru i katastru nekretnina, a ne odredbama materijalnog stvarnog prava.

³⁹ Ovo podrazumijeva da lice o njemu nije bilo obaviješteno.

⁴⁰ Član 56 st. 3 ZSP-a. ZZK ne poznaje ovu tužbu i zbog šturog regulisanja u ZSP-u u primjeni ovog pravnog sredstva će sigurno biti određenih problema. Član 60 ZZK-a govori o načinu ispravke zemljišnoknjižnog upisa. Zakon o zemljišnim knjigama iz 1930. godine je tu tužbu regulisao (§ 68–71).

⁴¹ Član 345 ZSP-a. Kada se imaju u vidu rokovi iz člana 56 st. 3 ZSP, ova odredba se čini suvišnom.

⁴² To je preuzeto iz austrijskog zemljišnoknjižnog prava (v. § 63 i 64 austrijskog Zakona o zemljišnim knjigama iz 1955. godine). Ovaj sistem zaštite povjerenja u istinitost u literaturi se naziva tzv. sistemom umjerene zaštite povjerenja. O tome: T. Josipović, *Stjecanje stvarnih prava na nekretninama na temelju povjerenja u zemljišne knjige*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, br. 2/98, str. 457.

⁴³ O brisovnoj tužbi šire: T. Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb, 2001, str. 269–276.

on nije povrijeđen u svom knjižnom pravu. U brisovnoj parnici se odlučuje o valjanosti uknjižbe prava svojine (ili drugog knjižnog prava).

Međutim, odredba da se brisovna tužba može podići u rokovima u kojima se može osporavati pravni osnov upisa⁴⁴ u suprotnosti je sa odredbom koja određuje navedene rokove brisovne tužbe. Propisivanje da se brisovna tužba ne može podići ukoliko je treće savjesno lice upisalo svoje pravo u javnu knjigu znači da učinci načela povjerenja prema ovom licu nisu odgođeni. Kod postojećeg stanja stvari, smatramo da su odredbe o brisovnoj tužbi unijele dosta konfuzije, da su teško primjenljive i da su bile nepotrebne.

Uvažavajući činjenicu da je stanje nekretnina često neusklađeno sa vanknjižnim stanjem, da su javne knjige u velikom broju slučajeva nepotpune i neistinite, ZSP u završnim odredbama propisuje obavezu uknjižbe stvarnih prava. Vanknjižni nosioci stvarnih prava mogu u roku od tri godine pokrenuti postupak za upis stvarnih prava na nekretninama i svih promjena na njima u javnu evidenciju, a nadležno pravobranilaštvo je dužno da u istom roku pokrene postupak za upis stvarnih prava na nekretninama kojih je nosilac Republika odnosno jedinica lokalne samouprave, kao i upis javnih i opštih dobara.⁴⁵ U periodu odgođene primjene pravila o zaštiti povjerenja u istinitost i potpunost javnih knjiga vanknjižni nosioci prava na nekretninama mogu zahtijevati upis protiv svakog sticaooca. Imajući u vidu da postoji obaveza upisa svih nekretnina, ni one u svojini Republike ili jedinice lokalne samouprave, kao ni javna i opšta dobra, ne mogu da budu izuzetak. Zaštita povjerenja u istinitost i potpunost javnih knjiga određena ovim zakonom neće se primjenjivati u korist sticanja do kojih dođe unutar roka od tri godine od stupanja na snagu ovog zakona, ako se njime stiče nekretnina na kojoj je bila upisana društvena svojina, a nije brisana prije stupanja na snagu ovog zakona.⁴⁶ Upisom vanknjižno stečenog prava njegov nosilac stiče mogućnost daljih raspolaganja tim pravom na osnovu pravnog posla sa svim trećim licima. Inače, odgoda zaštite povjerenja u javnu evidenciju negativno utiče na pravni promet nekretnina i razvoj tržišne privrede u cjelini.

Sticalac koji stiče svojину s povjerenjem u javne knjige stiče svojину nekretnine kao da na njoj ne postoje tuđa prava, tereti ni ograničenja koja nisu bila upisana u ovu knjigu, osim onih koja postoje na osnovu samog zakona, a ne upisuju se u javnu knjigu.⁴⁷ Ovo je i pod pretpostavkom da je sticalac na-

⁴⁴ Član 56 st. 4 ZSP.

⁴⁵ Član 346 st. 1 i 2 ZSP.

⁴⁶ Član 346 st. 3 ZSP.

⁴⁷ Član 56 st. 2 ZSP-a.

kon podnošenja zahtjeva za uknjižbu prava svojine saznao za vanknjižno postojanje tih prava, tereta i ograničenja.⁴⁸ Prava koja kreira sam zakon postoje iako nisu upisana u javnu knjigu i njihov upis bi imao samo deklaratorni karakter. Savjesni sticalac stiće ovo pravo opterećeno onim pravima, teretima i ograničenjima koja su u času podnošenja zahtjeva za upis već bili upisana u javnoj knjizi ili je iz ove knjige bilo uočljivo da je zatražen njihov upis. Neupisani nosioci stvarnih prava na nekretninama svoje pravo da zahtijevaju upis vanknjižno stečenih prava mogu ostvarivati samo dok u korist savjesnog sticaoca ne nastupe pravni učinci zaštite povjerenja u istinitost i potpunost. Kada dođe do toga, vanknjižni nosioci tih prava prestaju biti njihovi nosioci, pa ih više ne mogu ni upisati u javnu evidenciju.

Sticanje svojine od nevlasnika na pokretnim stvarima

Kao izuzetak od opšteg načela, ovaj originarni način sticanja prava svojine dolazi u obzir samo u zakonom određenim slučajevima i uz ispunjenje propisanih pretpostavki. Ovdje se na račun vlasnika stvari maksimalno štite ona lica koja su u pravnom prometu bila savjesna pouzdajući se u publicitetno djelovanje državine. To je pitanje koje ne zadire samo u odnose statike prava nego i njegove pravno valjane dinamike.⁴⁹ ZSP se u pogledu ove materije značajno razlikuje od ranijeg Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima (ZOSPO)⁵⁰ bivše SFRJ. Sada je ovakvo sticanje olakšano u cilju veće zaštite povjerenja u pravni promet.⁵¹ Uslovi su da se radi o pokretnoj stvari,⁵² da je pravni posao za sticanje prava svojine bio teretan, da je sticalac bio savjestan i da je prodana stvar preuzeta u državinu.⁵³ Svi ovi uslovi moraju da budu ispunjeni da bi došlo do sticanja svojine od nevlasnika. Dovoljno je da samo jedna činjenica nedostaje, pa da do sticanja ne dođe. Tada svojina ranijeg vlasnika ne prestaje i on može vindicirati svoju stvar od držaoca. Više se ne traži da je stvar pribavljena od nevlasnika koji u okviru svoje djelatnosti stavlja u promet takve stvari ili da ju je raniji vlasnik predao nevlasniku na osnovu

⁴⁸ P. Simonetti, *Stjecanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige i učinci pravnog posloa otuđenju tuđe nekretnine*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1/01, str. 299.

⁴⁹ N. Mojović, „O sticanju vlasništva od nevlasnika“, *Pravna riječ*, br. 8/06, str. 115.

⁵⁰ Službeni list SFRJ br. 6/80 i 37/90.

⁵¹ Član 111 ZSP-a.

⁵² Ona ne smije da bude izuzeta iz prometa.

⁵³ To je gotovo identično članu 118 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske koji je rađen po uzoru na odgovarajuća rješenja Njemačkog građanskog zakonika.

pravnog posla koji nije osnova za pribavljanje prava svojine odnosno da je stvar pribavljena na javnoj prodaji.⁵⁴

U slučajevima sticanja svojine od nevlasnika postoji privid valjanog prenosa svojine. Prividna derivacija mora imati sve osobine prave derivacije. Neophodan uslov za to je postojanje punovažnog *iustus titulusa*⁵⁵ (pravni posao koji zaključuju savjesni sticalac i otuđivalac) koji je usmjeren na sticanje svojine. On ne smije da ima nedostatke koji bi doveli do njegove ništavosti, bez obzira na to što ovdje nema derivacije. Pravni posao mora da bude dvostran, zaključen *inter vivos*, kauzalan i da ispunjava uslove za sticanje svojine, kao da se svojina pribavlja derivatnim putem od pravog vlasnika stvari. Obavezan uslov je da je teretan,⁵⁶ a prihvatljive su sve vrste teretnih poslova. Naravno, u praksi se najčešće zaključuje ugovor o prodaji. Ovo je sasvim razumljivo, jer teretni pravni poslovi moraju da budu bolje zaštićeni od dobroćinih, gdje savjesni pribavilac ne daje za stvar nikakvu naknadu. Postavlja se pitanje kako postupiti kod sticanja kod kojih postoji miješanje elemenata teretnosti i besplatnosti (mješoviti ugovor). Smatramo da u ovim slučajevima treba koristiti kriterijum prevladavajućeg elementa, pa ako preovladava onaj besplatni, ovakvo sticanje je isključeno. Ovdje bi bilo neprihvatljivo priznati sticanje u jednom dijelu, jer je namjera sticaoca bila usmjerena na cjelinu stvari.⁵⁷ Za ovaj pravni posao se, po pravilu, ne zahtijeva pismena forma, osim za pojedine vrste pokretnih stvari ili ako ugovorne strane predvide formu kao uslov punovažnosti.

Predaja državine sticaocu je *modus acquirendi* za sticanje svojine od nevlasnika. Tek predaja državine dovodi do sticanja svojine novog vlasnika. Do tada, ugovor sa nevlasnikom ima samo obligacionopravno dejstvo. Državina savjesnog sticaoca mora biti zakonito stečena. Za razliku od ZOSPO-a, sada su prihvatljivi samo oni načini predaje koji sticaocu donose neposrednu i samostalnu državinu. Neposredni držalac je lice koje svoju faktičku vlast vrši lično ili putem pomoćnika u državini, a samostalni držalac je lice koje drži stvar kao da je njen vlasnik.⁵⁸ Prema tome, nema sumnje da su kao načini predaje prihvatljivi *traditio vera* i *traditio symbolica*. Ako je sticaocu stvar pre-

⁵⁴ Vid. član 31 st. 1 ZOSPO.

⁵⁵ Ovo je prihvaćeno gotovo u svim zemljama, sa izuzetkom Francuske.

⁵⁶ To je predviđeno u pravnim sistemima Rusije, Austrije, Engleske, Sad, Hrvatske, Makedonije, Slovenije, Crne Gore itd. Neki zakonicu dopuštaju i dobroćini pravni posao kao osnov sticanja svojine od nevlasnika (v. čl. 2279 Code civil i § 932 BGB).

⁵⁷ Tako i H. Kačer, *Stjecanje (pokretnina) od nevlasnika*, u: Zbornik radova „Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse“, Zagreb, 1994, str. 331.

⁵⁸ Član 303 st. 2 i 304 st. 1 ZSP.

data u samostalnu državinu samom izjavom volje, on će pravo svojine steći tek kad mu stvar bude predata u neposrednu državinu.⁵⁹ Izuzetak postoji samo kod *traditio brevi manu*, gdje se stvar već nalazi kod sticaoca. Ovdje se odstupa od principa da forma prividne derivacije mora imati sve osobine prave derivacije od vlasnika i da neposredna i posredna državina uživaju istu pravnu zaštitu.

Savjesnost sticaoca predstavlja ključni element činjeničnog stanja sticanja svojine od nevlasnika.⁶⁰ Za sticanje svojine od nevlasnika bitna je savjesnost sticaoca, a ne savjesnost otuđivaoca.⁶¹ Postojanje savjesnosti sticaoca je faktičko pitanje o kome se zaključuje na osnovu svih bitnih okolnosti slučaja. Sticalac je savjestan ako nije znao niti je s obzirom na okolnosti mogao znati da stvar ne pripada otuđiocu. U gotovo svim pravnim sistemima savjesnost sticaoca od nevlasnika procjenjuje se po subjektivnom, psihološkom konceptu. Ona mora da se naslanja na privid svojine stvoren državinom otuđivaoca, sticalac mora opravdano da vjeruje u svojinu otuđivaoca. Njegovo subjektivno uvjerenje mora da bude da je stvar stekao u saglasnosti sa pravom. ZSP propisuje pretpostavku svojine u korist držaoca pokretne stvari. Svako lice može u pravnom prometu valjano postupati pouzdavajući se da je držalac pokretne stvari njen vlasnik, osim ako je znao ili je morao znati da nije.⁶² Savjesnost se pretpostavlja, a to znači da je sticalac ne dokazuje, nego da je teret dokaza na suprotnoj strani. Otudivalac je najčešće nesavjestan, ali izuzetno i on može da bude savjestan.⁶³ ZOSPO se nije izjašnjavao o trenutku prema kome se savjesnost sticaoca procjenjuje. ZSP ovo pitanje pozitivno određuje na taj način što propisuje da se savjesnost sticaoca zahtijeva kako u trenutku zaključenja pravnog posla, tako i u trenutku pribavljanja neposredne državine predmetne stvari.⁶⁴ Ako je sticalac savjestan u ovim momentima, opravdano se može pretpostaviti da je to bio i u međuvremenu. Smatramo da je to adekvatno i korisno rješenje, jer između toga može da prođe i duži vremenski period, zavisno od volje ugovarača. Time se otklanja mogućnost različitih tumačenja i znatno olakšava rad sudovima u ovakvim slučajevima. Naknadna nesavjesnost ne može naškoditi sticaocu, jer je on već postao vlasnik.

⁵⁹ Dakle, isključeni su *constitutum possessorium* i *cessio vindicationis*.

⁶⁰ N. Planojević, *Predmet savesnosti sticaoca svojine od nevlasnika u uporednom i komunitarnom pravu*, u: Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, Mostar, 2010, str. 328.

⁶¹ Vid. Vrhovni sud Srbije, Rev- 4216/98, u: S. Međedović, *Stvarno pravo*, Novi Pazar, 2011, str. 103.

⁶² Član 305 ZSP.

⁶³ O pravnom položaju neovlašćenog otuđivaoca v. N. Planojević, „Pravni položaj neovlašćenog otuđivaoca kod sticanja svojine od nevlasnika“, *Pravna riječ*, br. 11/07, str. 265–281.

⁶⁴ O tome: N. Planojević, „Vremenski trenutak prema kome se procjenjuje savesnost u kontekstu člana 111 Nacrta Zakona o stvarnim pravima RS“, *Pravna riječ*, br. 5/05, str. 253–266.

Sticanje svojine od nevlasnika dopušteno je samo na povjerenim stvarima. ZSP propisuje pravilo da ovakvo sticanje ne dolazi u obzir na stvarima koje su vlasniku bile ukradene ili ih je on izgubio odnosno zagubio,⁶⁵ osim ako se ne radi o sticanju gotovog novca, hartija od vrijednosti na donosioca ili sticanju na javnoj licitaciji.⁶⁶ Pojam krađe u kontekstu sticanja od nevlasnika treba poistovjetiti sa pojmom krivičnog djela krađe, bez obzira na to da li je počinitelj zbog toga i kažnjen. Društvo se nesumnjivo mora zaštititi od protivpravnih radnji. Izgubljene i zagubljene stvari su takođe nestale vlasniku protiv njegove volje, pa je i na njima sticanje na ovaj način moguće samo izuzetno. Ovo može da bude podvrgnuto kritici, jer sticalac najčešće ne može znati na koji način je vlasnik ostao bez državine.

Pošto se radi o sticanju svojine na osnovu zakona, propisano je da prava trećih lica na stvari stečenoj od nevlasnika prestaju,⁶⁷ osim ako je sticalac u času pribavljanja svojine za njih znao ili mogao znati (ZOSPO se o tome nije izjašnjavao).⁶⁸ To ne znači da je ovaj način sticanja svojine prestao da bude originaran. Problem između savjesnog sticaoca i titulara stvarnih prava je sasvim razumljivo riješen u korist savjesnog sticaoca, jer titulari stvarnih prava ne mogu da budu u povoljnijem položaju od ranijeg vlasnika. Međutim, i ovo ne važi bezuslovno. Sticalac koji zna ili je mogao znati za postojanje tih prava ne može steći svojinu bez njih. Predviđena je i pretpostavka da se smatra da je sticalac znao da postoji založno ili neko drugo pravo ako je o postojanju tog prava mogao saznati uvidom u odgovarajući javni registar. Ta presumpcija se ne primjenjuje ako je stvar u promet stavio prodavac u okviru svog redovnog poslovanja.

Za prava koja prestaju sticanjem svojine od nevlasnika sticalac ne duguje naknadu njihovim nosiocima. Raniji vlasnici imaju pravo da podnesu obligacionopravni zahtjev protiv lica koje je određenu stvar na taj način otuđilo. ZSP ne predviđa pravo ranijeg vlasnika za vraćanje ove stvari od savjesnog sticaoca (kao što je to predviđao ZOSPO) u slučaju da je ta stvar za njega imala tzv. afekcionu vrijednost. I ovo je na liniji zaštite pravne sigurnosti i sprečava mogućnosti za nove sudske sporove. Nova rješenja prilagođena su potrebama savremenog prometa i novih odnosa u društvu, a koliko su ona prihvatljiva najbolje će pokazati njihova primjena u praksi.⁶⁹

⁶⁵ Prema odredbi člana 120 st. 1 ZSP-a, stvar koju je vlasnik izgubio, zagubio ili mu je ukradena samim tim nije prestala biti njegova svojina.

⁶⁶ Ti izuzeci su predviđeni zbog sigurnosti pravnog prometa.

⁶⁷ Nema kontinuiteta između svojine sticatelja i ranije svojine.

⁶⁸ Ovo je u skladu sa članom 23 stav 3 ZSP-a koji normira sticanje svojine na osnovu zakona.

⁶⁹ Vid. kritiku ovog koncepta kod: S. Stepanović, „Da li treba mijenjati zakonsku regulativu instituta sticanje od nevlasnika“, *Pravna riječ*, br. 11/07, str. 232; S. Stjepanović, „Sticanje od nevlasnika“, u: *Aktuelna pitanja građanske kodifikacije*, Zbornik radova, Niš, 2008, str. 131.

Закључак

Sticanje svojine od nevlasnika jeste poseban originarni način sticanja prava svojine. Savjesni sticalac i raniji vlasnik u ovom slučaju nemaju nikakvih međusobnih dugovanja i potraživanja, dok raniji vlasnik protiv otuđivaoca stvari može podnijeti obligacionopravni zahtjev. Ukoliko novi vlasnik otuđi stvar koju je na taj način stekao, lica koja je budu pribavila od njega će steći svojину derivativno.

Mogućnost ovog sticanja na prvi pogled izgleda prilično začuđujuće i protivna je pravičnosti, pravnoj sigurnosti i apsolutnom dejstvu privatne svojine. Ovdje određeno lice postaje novi vlasnik stvari nezavisno od volje ranijeg vlasnika i to na osnovu pravnog posla sa licem koje nema ni svojину stvari ni ovlašćenje na njeno otuđenje. Time se napuštaju mnoga temeljna načela građanskog prava. Ako vršimo komparaciju individualnih interesa vlasnika stvari i savjesnog sticaoca, čini nam se da je interes vlasnika stvari ipak vredniji zaštite. Međutim, ako sve ovo posmatramo sa aspekta kolektivnog interesa jedne društvene zajednice i uvažavanja realnosti, može se izvući drugačiji zaključak. Naime, nesumnjivo je da dozvoljavanje ovakvog sticanja značajno ubrzava i olakšava pravni promet, te da doprinosi njegovoj sigurnosti, što je od velike važnosti u svakoj državi. Upravo značaj tog kolektivnog interesa donosi prevagu pred individualnim interesom vlasnika stvari i zato je ovaj institut i prihvaćen i kod nas i u uporednom pravu. Interes savjesnog sticaoca nije vredniji od vlasnikovog, ali se on, u ovim slučajevima, poklapa sa kolektivnim interesom i zato se preferira. Dakle, u savremenim uslovima evidentna je potreba postojanja ovog instituta. Drugo je pitanje obima ovakvog sticanja u raznovrsnim životnim situacijama i uslova pod kojima ga treba dopustiti, jer se radi o institutu koji je vrlo pogodan za razne vrste zloupotreba. Pri tome, trebalo bi imati u vidu da li se radi o trgovačkoj ili građanskoj sferi prometa, jer brzina prometa i masovnost kod trgovaca traže mnogo elastičnija rješenja, dok promet između pojedinaca koji nisu trgovci ne zahtijeva posebnu, dodatnu zaštitu.

Zakonodavac u Republici Srpskoj je postupio u duhu modernih tendencija u ovoj oblasti i znatno odstupio od ranijeg propisa (ZOSPO). Sada je dopušteno sticanje svojine od nevlasnika i na nepokretnim i na pokretnim stvarima pod propisanim uslovima. Ovakvo sticanje na nekretninama predstavlja značajnu novinu koja će sigurno doprinijeti stabilizaciji javnih registara, dok je sticanje na pokretnim stvarima sada znatno olakšano. U ovim slučajevima sticalac vjeruje u privid prava stvoren njegovim upisom u javnu eviden-

ciju odnosno državinom otuđivaoca. On opravdano vjeruje da stiče stvar od samog vlasnika i ovakav pravni promet je zbog toga i dobio pravnu zaštitu. Bez savjesnosti sticaoca nema primjene ovog instituta. Zaštita se, razumljivo, pruža samo onom ponašanju tog lica koje je u duhu načela savjesnosti i poštenja. Podržavamo nova rješenja i nadamo se da će u praksi opravdati svoje postojanje.

Prof. dr Duško Medić

Judge of the Constitutional Court of Republika Srpska

OBTAINING THE PROPERTY RIGHT FROM A NON-POSSESSOR

Summary

Obtaining the property right from a non-possessor is accepted in the most of the legal systems in the world. It is about the Institute that creates a controversial issue with regard to the basic principles of the civil law due to its complex structure, and that is why in the legal theory it generates a permanent debate about the essence of its existence. The relationship between a conscientious achiever, who acquires a property from a non-possessor and a real possessor is an inspirational subject for many legal writers and it also creates a challenge for detailed study. In those cases significance of the collective interest preponderates an individual interest of the possessor. The interest of a conscientious achiever is not more important than the interest of the possessor, but is identical with the collective interest and that is the reason why it is favored. The Proprietary Law of the Republika Srpska, under certain circumstances, envisages a possibility of obtaining the property right over the real estate, with assurance in public books as well as obtaining the property right from a non-possessor on the movable property. The real estate owner is believed to be a person registered in the public records, that is to say that the owner of the movable property is also its holder. Legal protection is given only to the activities of the achiever who is acting in the spirit of honesty and conscientiousness.

Keywords: owner, acquirer, conscientiousness, public records, state.

**ODGOVORNOST VLASNIKA BRODA ZA ZAGAĐIVANJE
(ONEČIŠĆENJE) S BRODA IZLIVANJEM (IZLIJEVANJEM)
ULJA KOJE SE PREVOZI KAO TERET (USPOREDBA
BOSANSKOHERCEGOVAČKOG I HRVATSKOG
PLOVIDBENOG ZAKONODAVSTVA)**

Dr. sc. Dragan Bolanča*

***Apstrakt:** U ovom se radu autor bavi pitanjem odgovornosti vlasnika broda za zagađivanje (onečišćenje) s broda izlivanjem (izlijevanjem) ulja koje se prevozi kao teret. S jedne strane, analiziraju se rješenja Zakona o unutrašnjoj plovidbi Republike Srpske iz 2001. god., Zakona o unutaršnjoj i pomorskoj plovidbi Federacije Bosne i Hercegovine iz 2005. god., Zakona o unutrašnjoj plovidbi u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine iz 2008. god. i Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi Bosne i Hercegovine iz 1992. god. S druge strane, opisuju se rješenja hrvatskog plovidbenog zakonodavstva (Pomorski zakonik iz 2005. i Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda iz 2007). U zaključnim razmatranjima, naglašavaju se mnoge sličnosti i neke bitne razlike.*

***Ključne riječi:** vlasnik broda, prijevoz ulja kao tereta, odgovornost za štetu, Republika Bosna i Hercegovina, Republika Srpska, Federacija Bosne i Hercegovine, Brčko distrikt Bosne i Hercegovine, Republika Hrvatska.*

I. Uvod

U Bosni i Hercegovini postoji više zakonskih propisa koji čine strukturu plovidbenog zakonodavstva, kako upravno-pravnog, tako i imovinsko-pravnog karaktera. S jedne strane je *Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovid-*

* Redoviti profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu.

bi Bosne i Hercegovine (dalje – ZPUPBiH iz 1992. god.) kao opći propis,¹ dok s druge strane *Zakon o unutarnjoj i pomorskoj plovidbi Federacije Bosne i Hercegovine* (dalje – ZUPPFBiH iz 2005. god.),² *Zakon o unutrašnjoj plovidbi Republike Srpske*³ (dalje – ZUPRS iz 2001. god.) i *Zakon o unutrašnjoj plovidbi u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine*⁴ (dalje – ZUPBDBiH iz 2008. god.) predstavljaju posebne propise. Dok ZPUPBiH i ZUPPFBiH reguliraju pomorsku i unutrašnju plovidbu,⁵ preostala dva zakonska akta (ZUPRS i ZUPBDBiH) odnose se samo na unutrašnju plovidbu.⁶

U Republici Hrvatskoj *Pomorski zakonik* (dalje – PZRH iz 2005)⁷ propisuje pomorsku plovidbu,⁸ dok *Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda* (dalje – ZPLUVRH iz 2007)⁹ uređuje unutarnju plovidbu.¹⁰

¹ Vidi “Službeni list Republike BiH”, br. 2/92, “Službeni list SFRJ”, br. 22/77, 13/82, 30/85, 80/89 i 29/90 – pobliže: Ivo Grabovac, *Pomorski zakonik Republike Hrvatske i Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi Bosne i Hercegovine – poredba i nužnost zakonodavne reforme*, Zbornik radova “Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, Mostar, br. 1, 2003, str. 7–13; Hilmija Šemić, *Saobraćajno pravo*, Pravni fakultet, Sarajevo, 1996, str. 138–139.

² Vidi “Službene novine Federacije BiH”, br. 73/05.

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

⁴ Vidi “Službeni glasnik BDBiH” br. 28/08.

⁵ **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). **Unutarnja plovidba** je plovidba koja se obavlja na unutarnjim 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). **Unutarnje vode Federacije BiH** su prirodne rijeke, vještačka akumulacijska i prirodna jezera, kanali i obalno Jadransko more (čl. 2, toč. 1 ZUPPFBiH) – vidi detaljnije: Dragan Bolanča, Mara Barun, *Osnovne značajke plovidbe u Zakonu o unutarnjoj i pomorskoj plovidbi Federacije BiH iz 2005. godine*, Zbornik radova “Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, Mostar, br. 5, 2007, str. 68–69.

⁶ **Unutrašnja plovidba** je plovidba koja se obavlja na unutrašnjim vodama Republike Srpske (čl. 5, st. 1, toč. 2 ZUPRS). **Unutrašnje vode Republike Srpske** su reke, kanali, jezera i ostali vodeni prostori na kojima se obavlja plovidba (čl. 5, st. 1, toč. 1 ZUPRS). **Unutrašnja plovidba** je plovidba koja se obavlja na unutrašnjim vodama Distrikta (čl. 2 b ZUPBDBiH). **Unutrašnje vode Distrikta** su rijeke, kanali, jezera i ostali vodeni prostori na kojima se obavlja plovidba (čl. 2 a ZUPBDBiH).

⁷ Vidi “Narodne novine Republike Hrvatske”, br. 181/04, 76/07, 146/08, 61/11, 56/13 i 26/15 (dalje – “NNRH”).

⁸ **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) – više o toj plovidbi vidi: Dragan Bolanča, *Hrvatsko plovidbeno upravno pravo*, Pravni fakultet, Split, 2015, str. 11. i dalje.

⁹ Vidi “NNRH” br. 109/07, 132/07, 51A/13 i 151/14.

¹⁰ **Unutarnja plovidba** je 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). – detaljnije: Dragan Bolanča, *Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda Republike Hrvatske iz 2007. godine – osnovne značajke*, Zbornik radova “Harmonizacija građanskog prava u regionu”, Istočno Sarajevo, 2013, str. 235–252.

ZUPRS (Dio jedanaesti – Plovidbe nezgode, Glava 4) i ZUPBDBiH (Dio dvanaesti – Plovidbene nezgode, Glava IV) sadrže identičan naslov, a to je “Vanugovorna odgovornost vlasnika broda i brodara”¹¹ koja obuhvaća tri slučaja izvanugovorne odgovornosti navedenih osoba, a to su: 1. odgovornost za smrt i tjelesne povrede (čl. 143 ZUPRS, čl. 132 ZUPBDBiH),¹² 2. odgovornost za oštećene (oštećenje) stvari i zagađivanje životne sredine (čl. 144 ZUPRS, čl. 133 ZUPBDBiH), i 3. odgovornost za zagađivanje s broda izlivanjem ulja koje se prevozi kao teret (čl. 145 ZUPRS, čl. 134 ZUPBDBiH). ZUPPFBiH kao *lex specialis* predstavlja propis upravnopravnog karaktera¹³ i u svojim normama ne sadrži navedene slučajeve izvanugovorne odgovornosti. Međutim, njih predviđa ZPUPBiH kao *lex generalis*, pa se njegove odredbe mogu supsidijarno primijeniti.¹⁴

U ovom radu, autor će se usmjeriti samo na poseban slučaj izvanugovorne odgovornosti,¹⁵ a to je odgovornost za zagađivanje (onečišćenje) s broda izlivanjem (izlijevanjem) ulja koje se prevozi kao teret.

II. ZUPRS iz 2001. god. i ZUPBDBiH iz 2008. god.

ZUPRS (čl. 145) i ZUPBDBiH (čl. 134) sadrže skoro identična rješenja. Za štetu koju prouzrokuje brod¹⁶ koji prevozi ulje¹⁷ kao rasuti teret izliva-

¹¹ Odredbe o vanugovornoj odgovornosti vlasnika broda i brodara ne primjenjuju se na štete prouzrokovane sudarom brodova i na nuklearne štete (čl. 142, st. 2 ZUPRS, čl. 131, st. 2 ZUPBDBiH).

¹² O ovom slučaju izvanugovorne odgovornosti detaljnije vidi: Dragan Bolanča, „Odgovornost za smrt i tjelesne povrede kupaca i drugih osoba u moru (vodi) koje prouzrokuje brod (usporedba bosanskohercegovačkog i hrvatskog plovidbenog zakonodavstva)“, *Pravna riječ*, Banja Luka, br. 47, 2016, str. 71–72.

¹³ Taj zakonodavni akt stupio je na snagu dana 5. siječnja 2006. god., kada je prestala primjena starog istoimenog *Zakona o unutarnjoj i pomorskoj plovidbi* iz 1978. god. (vidi “Službeni list SR BiH” br. 11/78, 37/83, 10/84 – prečišćeni tekst, 36/87, 33/89 i 22/90). Vidi također “Službeni list Republike BiH” br. 24/92 i 13/94. O derogiranom zakonu pobliže Rudolf Capar, *Pomorsko upravno pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1987, str. 1–240.

¹⁴ ZPUPBiH govori o odgovornosti za smrt i tjelesne povrede (čl. 835–836), odgovornosti za oštećenje stvari i zagađivanje okolice (čl. 837–839) i odgovornosti za zagađivanje od pomorskog broda izlijevanjem ulja koje se prevozi kao teret (čl. 840–849). O prvonavedenom slučaju izvanugovorne odgovornosti vidi Bolanča, *op. cit.*, str. 73–75.

¹⁵ Šteta iz izvanugovornog odnosa je ona koja je prouzrokovana izvan ugovornih obveza stranaka – detaljnije Branko Morait, *Obligaciono pravo*, Komesgrafika, Banja Luka, 2010, str. 521 i dalje, Slobodan Stanišić, *Objektivna odgovornost za štetu*, Panevropski univerzitet Aperion, Banja Luka, 2012, str. 321 i dalje.

¹⁶ **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).

¹⁷ **Ulje** je svako postojano ulje, sirova nafta, teško dizel ulje, mazivo ulje, životinjska i biljna ulja i

njem ili izbacivanjem¹⁸ tog ulja, odgovara vlasnik broda ako ne dokaže da je do štete došlo zbog: 1. rata, neprijateljstava, građanskog rata, pobune ili prirodne pojave vanredne, neizbježne ili neotklonjive prirode, 2. radnje trećeg lica koje je svjesno djelovalo ili propustilo djelovati u namjeri da nanese štetu (čl. 145, st. 1 ZUPRS, čl. 134, st. 1 ZUPBDBiH¹⁹). Dakle, za ovu vrstu štete odgovara se bez obzira na krivnju tj. na temelju **objektivne (kauzalne) odgovornosti**, a odgovornost je usmjerena isključivo na **vlasnika broda**²⁰ kao štetnika (čl. 145, st. 3 ZUPRS, čl. 134, st. 3 ZUPBDBiH). On se može osloboditi od odgovornosti samo ako dokaže jedan od dva uzroka navedenih u zakonskim odredbama, a to su viša sila²¹ ili činjenje (nečinjenje) treće osobe s namjerom prouzročenja štete. Međutim, vlasnik broda može biti oslobođen od odgovornosti i u trećem slučaju, ako dokaže da je oštećenik skrivio štetu. Naime, ako vlasnik broda dokaže da je šteta nastala u cjelini ili djelomično zato što je lice koje je pretrpjelo tu štetu djelovalo ili propustilo djelovati (u namjeri da prouzrokuje štetu ili iz krajnje nepažnje), onda vlasnik broda može biti u cjelini ili djelomično oslobođen svoje odgovornosti (čl. 145, st. 2 ZUPRS, čl. 134, st. 2 ZUPBDBiH). Zahtjev za naknadu ove štete ne može se podnijeti protiv: 1. lica u službi vlasnika, broдача²² ili njihovih punomoćnika ili članova posade;²³ 2. drugog lica, koje je bez svojstva člana posade, obav-

masti, bez obzira na to da li se prevozi brodom kao teret ili kao gorivo za pogon broda (čl. 5, toč. 17 ZUPRS, čl. 2, toč. cc) ZUPBDBiH).

¹⁸ **Izlivanje (izlijevanje)** je nehotimični ispušt štethnih materija, dok je **izbacivanje** njihov hotimični ispušt.

¹⁹ Napominjemo da ZUPBDBiH **ne spominje** rat, neprijateljstva, građanski rat i pobune.

²⁰ Tko je vlasnik broda vidi se iz lista B uloška glavne knjige upisnika brodova (gdje se upisuje vlasnik broda) i brodskog svjedočanstva (svjedodžbe) kao brodske (javne) isprave izdane na temelju upisnika – više o tome: Dragan Bolanča, „Upisnici (registri) plovila u bosanskohercegovačkom plovidbenom zakonodavstvu“, *Pravna riječ*, Banja Luka, br. 36, 2013, str. 92; Dragan Bolanča, „Brodske isprave i knjige u bosanskohercegovačkom plovidbenom zakonodavstvu“, *Pravna riječ*, Banja Luka, br. 40, 2014, str. 404.

²¹ Ako se vlasnik broda poziva na višu silu kao eksculpacijski razlog, onda mora dokazati samo objektivne činjenice koje odnosnom događaju daju taj karakter, odnosno mora dokazati da konkretni uzrok štete predstavlja vanjski događaj s elementima nepredvidivosti i neotklonjivosti. Međutim, kod pozivanja na rat, neprijateljstva, građanski rat i pobune (a to su poimenično navedeni slučajevi više sile), bit će dovoljan dokaz postojanja odnosnog događaja, bez potrebe dokazivanja okolnosti koje bi mu davale značajke više sile – opširnije: Dragan Bolanča, *Odgovornost broдача za izuzete slučajeve*, Pravni fakultet, Split, 1996, str. 55.

²² **Broдар** je fizičko ili pravno lice koje je kao držalac broda, nosilac plovidbenog poduhvata, s tim što se pretpostavlja, dok se protivno ne dokaže, da je broдар lice koje je u Upisnik brodova upisano kao vlasnik broda (čl. 5, st. 1, toč. 15, ZUPRS; čl. 2, st. 1 q ZUPBDBiH). I broдар se upisuje u list B uloška glavne knjige upisnika brodova – opširnije: Dragan Bolanča, „Brodske isprave i knjige u bosanskohercegovačkom plovidbenom zakonodavstvu“, *Pravna riječ*, Banja Luka, br. 40, 2014, str. 405.

²³ Detaljnije o članovima posade vidi: Dragan Bolanča, „Odgovornost broдача za štetu nanесenu članu posade broda (usporedba bosanskohercegovačkog i hrvatskog plovidbenog zakonodavstva“, *Pravna riječ*, Banja Luka, br. 43, 2015, str. 31–43.

ljalo usluge na brodu; 3. naručioca ugovora o prevozu, uključivši i zakuprimca, upravitelja ili brodaru; 4. lica koje spašava uz pristanak vlasnika ili prema nalogu lučke kapetanije, kapetanije pristaništa;²⁴ 5. lica koje preduzima zaštitne mjere i 6. svih lica u službi vlasnika ili njegovih punomoćnika navedenih u točkama 3, 4 i 5, izuzev ako se dokaže da je šteta nastala zbog radnje ili propusta koju su navedena lica učinila, bilo u namjeri da prouzrokuju štetu, bilo iz krajnje nepažnje znajući da bi šteta vjerojatno mogla nastati (čl. 145., st. 4. ZUPRS, čl. 134., st. 4. ZUPBDBiH). Ukoliko vlasnik broda ima pravo na povrat plaćene naknade štete prema drugim zakonskim propisima odnosno drugim propisima, onda ga može ostvariti, jer mu to dozvoljava zakonski propis (čl. 145, st. 5 ZUPRS).²⁵ Dakle, ova je odredba izuzetak od načela usmjerenja odgovornosti prema vlasniku broda, jer mu se dopušta regres prema osobi koja je štetu skrivila.

Napominjemo da šteta može biti prouzrokovana ne samo brodom,²⁶ već bilo kojim plovnom objektom bez obzira na njegovu veličinu i namjenu, kao i zrakoplovom (vazduhoplovom) i hidroavionom na vodi (čl. 142, st. 1, ZUPRS i čl. 131, st. 1 ZUPBDBiH). A u plovne objekte, osim brodova, spadaju čamci,²⁷ jahte,²⁸ skele,²⁹ splavovi,³⁰ tehnički plovni objekti,³¹ plovni bageri, plovne dizalice, plovne radionice, plovne platforme za istraživanja, eksploataciju, izvođenje radova na unutrašnjim vodama i slične ploveće napra-

²⁴ O lukama i pristaništima vidi: Dragan Bolanča, *Pravni pojam luka i pristaništa u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu*, Zbornik radova "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Mostar, br. 7, 2009, str. 27–31; Dragan Bolanča, *Pravni status i način korištenja morskih luka u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Mostaru, br. XVI, 2003, str. 177–186.

²⁵ Napominjemo da ZUPBDBiH **ne sadrži** ovakvu odredbu.

²⁶ Vidi *supra* bilj. br. 16.

²⁷ **Čamac unutrašnje plovidbe** je plovni objekat, osim tegljača i potiskivača bez obzira na njihovu dužinu, širinu i istisninu registrovan za plovidbu na unutrašnjim vodama ako mu je dužina trupa manja od 15 metara, širina trupa manja od tri metra ili najveća istisnina manja od 15 tona (čl. 56, st. 1 ZUPRS; čl. 2, st. 1 n ZUPBDBiH).

²⁸ **Jahta** je brod koji služi u neprivredne svrhe (za razonodu, sport, rekreaciju) ako je dužine trupa do 15 metara i više, širine trupa od tri metra i više ili čija je najveća istisnina 15 tona i više (čl. 63, st. 1 ZUPRS). **Jahta** je čamac koji služi u neprivredne svrhe (za razonodu, sport, rekreaciju) ako ne ispunjava uslove o dužini, širini i istisnini za brod (čl. 63, st. 2 ZUPRS). ZUPBDBiH sadrži skoro identične definicije (čl. 61, st. 1 i st. 2).

²⁹ **Skela** je plovni objekat namijenjen za prevoz lica i stvari sa jedne na drugu obalu unutrašnjih voda (čl. 64, st. 1 ZUPRS; čl. 2, st. 1 p ZUPBDBiH).

³⁰ **Splav** je plovni objekat sastavljen od uporedo vezanih greda i oblica drveta namenjenih za transport građe ili za turističke prevoze (čl. 65, st. 1 ZUPRS). ZUPBDBiH, osim kod nabiranja plovni objekata, više uopće ne spominje splav.

³¹ ZUPRS i ZUPBDBiH ne sadrže definiciju tehničkog plovni objekta, za razliku od ZUPPFBiH (vidi *infra* bilj. br. 40).

ve i ploveća postrojenja, kao i hidroavioni u plovidbi na unutrašnjim vodama (čl. 4, st. 3 ZUPRS, čl. 7, st. 3 ZUPBDBiH).³²

III. ZPUPBiH iz 1992. god. i ZUPPFBiH iz 2005. god.

Kao što je već navedeno, ZUPPFBiH kao *lex specialis* predstavlja propis upravno-pravnog karaktera i u svojim normama ne sadrži opisani slučaj izvanugovorne odgovornosti. Međutim, ZPUPBiH kao *lex generalis* predviđa slučaj izvanugovorne odgovornosti za загађивање od **pomorskog broda**³³ izlijevanjem (izbacivanjem) ulja³⁴ koje se prevozi kao teret (čl. 840, st. 1), pa se njegove odredbe mogu supsidijarno primijeniti.³⁵ Odgovorna osoba je **vlasnik broda** na temelju **objektivne odgovornosti**, a on se može osloboditi odgovornosti ako dokaže da je šteta uzrokovana: 1. ratom, neprijateljstvi-ma, građanskim ratom, ustankom ili prirodnom pojavom izvanrednog, neizbježnog i neodoljivog značenja; 2. isključivo radnjom ili propustom trećeg u namjeri da se uzrokuje šteta, i 3. isključivo radnjom ili propustom organa ili organizacije koji se brinu za sigurnost plovidbe u obavljanju te funkcije (čl. 840, st. 1). Ako vlasnik broda dokaže da je štetu u cijelosti ili djelomično skrivila oštećena osoba, sud će ga potpuno ili djelomično osloboditi odgovornosti

³² Detaljnije o spomenutim plovnim objektima vidi: Dragan Bolanča, „Upisnici (registri) plovila u bosanskohercegovačkom plovidbenom zakonodavstvu“, *Pravna riječ*, Banja Luka, br. 36, 2013, str. 87–100.

³³ Definicija pomorskog broda sadržana je u ZUPPFBiH kao posebnom propisu. **Brod pomorske plovidbe** je brod 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). Inače, po tom zakonu **brod** je plovilo namijenjeno za plovidbu na rijekama, jezerima, kanalima i na morima (čl. 2, toč. 8 ZUPPFBiH). **Brod unutarnje plovidbe** je plovni objekt, osposobljen za plovidbu, na unutarnjim 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) – pobliže o plovnim objektima u ZUPPFBiH vidi: Dragan Bolanča, *Upisnici (registri) plovila u Zakonu o unutarnjoj i pomorskoj plovidbi Federacije Bosne i Hercegovine iz 2005. god.*, Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, br. 6, 2008, str. 35–40.

³⁴ Ulje označava sva postojana ulja, a posebno sirovu naftu, teško dizelsko ulje, mazivo ulje i kitovo ulje, bez obzira na to prevoze li se na brodu kao teret ili kao gorivo za pogon ulja (čl. 6, toč. 39 ZPUPBiH).

³⁵ Iz zakonskog teksta je vidljivo da se ovaj slučaj izvanugovorne odgovornosti primjenjuje samo na pomorsku plovidbu (vidi *supra* bilj. br. 5). Nasuprot tome, ZPUPBiH izričito navodi da se njegove odredbe o odgovornosti za smrt i tjelesne ozljede kupača i drugih osoba u moru (čl. 835–836) odnosno odgovornosti za oštećenje stvari i загађивање okolice (čl. 837 i čl. 23) primjenjuju i na unutrašnju plovidbu. Kako ZUPPFBiH uopće ne spominje odgovornost za загађивање od broda izlijevanjem ulja koje se prevozi kao teret, proizlazi da zakonodavstvo **FBiH ne regulira ovaj slučaj odgovornosti u unutrašnjoj plovidbi**.

za naknadu štete koju je pretrpjela ta osoba (čl. 840, st. 2). Zahtjev za naknadu štete ne može se podnijeti protiv članova posade broda i drugih osoba koje rade u ime broдача (čl. 840, st. 3), ali se ovom odredbom ne dira u pravo regresа vlasnika broда protiv osobe koja je штету skrivila (čl. 840, st. 4).³⁶

I ovdje je zakonodavac odlučio да se zakonske одредбе примјенјују на чамце и сваки други пловни објект, без обзира на величину и намјену којој служи, те на гидроавион на води (чл. 834, st. 1). У пловне објекте спадају брод,³⁷ чamac,³⁸ jahta,³⁹ skela,⁴⁰ splav⁴¹ и технички пловни објект,⁴² а њихове дефиниције преузимамо из ZUPPFBiH као посебног прописа.⁴³

³⁶ Vidi: Vladislav Brajković, Ilja Čolović, Velimir Filipović, Branko Jakaša, Natko Katičić, Emilio Pallua, Veljko Tomašić, Siniša Triva, *Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi (s napomenama i komentarskim bilješkama)*, Narodne novine, Zagreb, 1981, str. 354; Branko Jakaša, *Sistem plovidbenog prava Jugoslavije*, Četvrta knjiga (Plovidbene nezgode), 2. svezak (Sudar brodova, spašavanje, vadenje potonulih stvari, ostali slučajevi vanugovorne odgovornosti), Narodne novine, Zagreb, 1990, str. 482–488.

³⁷ **Brod** je plovilo namijenjeno za plovidbu na rijekama, jezerima, kanalima i na morima (čl. 2, toč. 8 ZUPPFBiH). **Brod unutarnje plovidbe** je plovni objekt, osposobljen za plovidbu, na unutarnjim 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).

³⁸ **Čamac unutarnje plovidbe** je plovilo, osim tegljača i potiskivača, namijenjeno za plovidbu na rijekama, jezerima i kanalima, dužine do 15 m i širine do 3 m ili čija je istisnina manja od 15 tona (čl. 2, toč. 23 ZUPPFBiH). **Čamac pomorske plovidbe** je plovilo namijenjeno za plovidbu morem, čija baždarska dužina iznosi manje od 12 m, a registarski volumen manji od 15 BRT (čl. 2, toč. 24 ZUPPFBiH).

³⁹ **Jahta** je *brod ili čamac* koji služi za sport, rekreaciju ili razonodu i na kojoj je moguć duži boravak neovisno o kopnu (čl. 2, toč. 22 ZUPPFBiH).

⁴⁰ **Skela** je plovilo posebne konstrukcije namijenjeno za prijevoz osoba i stvari s jedne obale na drugu, odnosno, s jednog objekta na drugi (čl. 2, toč. 25 ZUPPFBiH).

⁴¹ **Splav** je skupina obrađenog ili neobrađenog drveta, gumoplastike ili drugog sličnog materijala, međusobno povezana u jednu cjelinu, koja se koristi za prijevoz drveta i za turizam, ukoliko se plovidba splavom obavlja u okviru organizirane turističke djelatnosti. (čl. 17, st. 2 ZUPPFBiH).

⁴² **Tehnički plovni objekt** je brod namijenjen za obavljanje radova na vodi i moru, s vlastitim pogonskim uređajem ili bez njega (npr. bager, elevator, dizalica, platforma za istraživanje i eksploataciju nafte i sl.) – čl. 2, toč. 13 ZUPPFBiH.

⁴³ Poblize o plovnim objektima u ZUPPFBiH vidi: Dragan Bolanča, *Upisnici (registri) plovila u Zakonu o unutarnjoj i pomorskoj plovidbi Federacije Bosne i Hercegovine iz 2005. god.*, Zbornik radova “Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, Mostar, br. 6, 2008, str. 35–40.

IV. PZRH iz 2004. god. i ZPLUVRH iz 2007. god.

Zakonske odredbe PZ-a (Dio osmi – Pomorske nesreće, Glava IV – Izvanugovorna odgovornost vlasnika broda i brodarar) odnose se na štetu koju iz izvanugovornog odnosa prouzroči brod osobama i stvarima **izvan** broda, te okolišu (808, st. 1),⁴⁴ a primjenjuju se na sve plovne objekte,⁴⁵ bez obzira na veličinu i namjenu kojoj služi, te na hidroavion na vodi⁴⁶ (čl. 809 PZRH). Tu spadaju odgovornost za smrt i tjelesne ozljede osoba u moru (čl. 810), odgovornost za oštećenje stvari i onečišćenje okoliša (čl. 811–812), odgovornost za onečišćenje mora uljem koje se prevozi kao teret (čl. 813–823) i odgovornost za onečišćenje mora pogonskim uljem (čl. 823a – čl. 823f). Dakle, *inter alia*, one se primjenjuju i na štetu zbog onečišćenja⁴⁷ nastalu u unutarnjim morskim vodama, teritorijalnom moru i zaštićenom ekološko-ribolovnom pojasu Republike Hrvatske, te na zaštitne mjere poduzete kako bi se spriječila ili umanjila šteta, bez obzira na to gdje su poduzete (čl. 813, st. 2). Za štetu koju prouzroči brod⁴⁸ koji prevozi ulje⁴⁹ kao rasuti teret izlivanjem ili izba-

⁴⁴ Ne primjenjuju se na sudar brodova i nuklearne štete (čl. 808, st. 2), jer su ova dva slučaja regulirana posebnim propisima na drugom mjestu u PZ-u.

⁴⁵ **Plovni objekt** jest pomorski objekt namijenjen za plovidbu morem, a može biti brod, ratni brod, podmornica, jahta ili brodica (čl. 5, toč. 3 PZRH). **Brod** (osim ratnog broda) 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 (čl. 5, toč. 4 PZRH). **Jahta** jest plovni objekt za sport i razonodu, neovisno koristi li se za osobne potrebe ili za gospodarsku djelatnost, a čija je duljina veća od 12 metara i koji je namijenjen za dulji boravak na moru, te koji je pored posade ovlašten prevoziti ne više od 12 putnika (čl. 5, toč. 20 PZRH). **Brodica** jest plovni objekt namijenjen za plovidbu morem koji nije brod ili jahta, čija je duljina veća od 2,5 metara, ili ukupne snage porivnih strojeva veća od 5 kW (čl. 5, toč. 15 PZRH) – o vrstama plovni objekata vidi: Dragan Bolanča, *Hrvatsko plovidbeno upravno pravo*, Pravni fakultet, Split, 2015, str. 81–82.

⁴⁶ PZ ne definira što je hidroavion na vodi. Njegovu definiciju nalazimo u *Pravilniku o aerodromima* („NNRH“, br. 35/11), po kojoj je to vrsta zrakoplova s ugrađenim aerodinamički oblikovanim plovcima umjesto podvozja s kotačima (čl. 2, st. 1, toč. 14).

⁴⁷ **Šteta zbog onečišćenja** označuje: a) svaki gubitak ili štetu nastalu usljed onečišćenja izvan broda zbog otjecanja ili izbacivanja ulja s broda ma gdje se to otjecanje ili izbacivanje dogodilo, ako je iznos naknade za onečišćenje okoliša, ne računajući gubitka dobiti usljed takvog onečišćenja ograničen na troškove razumnih mjera koje su stvarno poduzete ili se imaju poduzeti za ponovno uspostavljanje stanja prije nastale štete, b) troškove zaštitnih mjera i bilo kojeg gubitka ili štete prouzročene ovim mjerama (čl. 813, st. 1, toč. 3 PZRH).

⁴⁸ **Brod** označuje svaki brod ili plovilo bilo koje vrste konstruirano ili prilagođeno za prijevoz ulja u rasutom stanju kao teret, s tim da se brod sposoban za prijevoz ulja ili drugih tereta smatra brodom samo ako stvarno prevozi ulje u rasutom stanju kao teret i za vrijeme bilo kojeg putovanja koje slijedi nakon takvoga prijevoza, osim ako se dokaže da na njemu nema ostataka od toga prijevoza ulja kao rasutoga tereta (čl. 813, st. 1, toč. 1 PZRH).

⁴⁹ **Ulje** označuje sva postojana ugljikovodikova mineralna ulja kao što su sirova nafta, gorivo ulje, teško dizelsko ulje i ulje za podmazivanje, bez obzira da li se prevozi kao teret ili kao njegovo pogonsko gorivo (čl. 813, st. 1, toč. 2 PZRH).

civanjem tog ulja odgovara vlasnik broda⁵⁰ prema načelu objektivne odgovornosti, osim ako ne dokaže da je izlivanje, odnosno izbacivanje ulja: a) posljedica rata, neprijateljstva, građanskog rata, pobune ili prirodne pojave izvanrednoga, neizbježnog ili neotklonjivog karaktera, b) proistječe u potpunosti iz činjenice što je treća osoba svjesno djelovala ili propustila djelovati u namjeri da nanese štetu, ili c) u potpunosti proistječe iz radnje ili propusta bilo koje države ili drugog tijela odgovornog za održavanje svjetionika ili drugih sredstava za pomoć plovidbi u obavljanju te funkcije (čl. 814, st. 1).⁵¹ Ako vlasnik broda dokaže da je šteta nastala u potpunosti ili djelomično zato što je osoba koja je pretrpjela tu štetu djelovala ili propustila djelovati u namjeri da prouzroči štetu, ili iz krajnje nepažnje te osobe, on može biti u potpunosti ili djelomično oslobođen svoje odgovornosti prema spomenutoj osobi (čl. 814, st. 2). Zahtjev za naknadu štete ne može se podnijeti protiv: a) osoba u službi vlasnika ili njegovih punomoćnika ili članova posade; b) pe-ljara ili bilo koje druge osobe, koja je, bez svojstva člana posade, obavljala usluge za brod; c) naručitelja ugovora o prijevozu (bilo kako opisanog, uključivši i zakupoprimca), poslovođe ili brodaru; d) osobe koja spašava uz pristanak vlasnika ili po uputama nadležne javne vlasti; e) osobe koja poduzima zaštitne mjere; f) svih osoba u službi osoba spomenutih u točkama c), d) i e) ili njihovih punomoćnika osim ako dokaže da je šteta nastala kao rezultat njihovoga osobnog djelovanja ili propusta koji su navedene osobe učinile, bilo u namjeri da prouzroče štetu, bilo bezobzirno znajući da će šteta vjerojatno nastupiti (čl. 814, st. 4). Vlasnik broda ima pravo na regres (čl. 814, st. 5). Ako šteta zbog onečišćenja nastane iz nesreće⁵² u kojoj su sudjelovala dva broda ili više njih, vlasnici svih brodova solidarno odgovaraju za cjelokupnu štetu koja se razumno ne može podijeliti (čl. 815). Kod ove vrste izvanugovorne odgovornosti, PZ je slijedio rješenja *Međunarodne konvencije o građanskoj odgovornosti za štetu zbog onečišćenja uljem* (engl. *International Convention*

⁵⁰ Zahtev za naknadu štete zbog onečišćenja ne može se podnijeti protiv vlasnika broda osim na temelju PZ-a (čl. 814, st. 3). Vlasnik broda je ovlaštenik prava vlasništva na brodu i ima, među ostalim, pravo *posjedovanja* (lat. *possidere*), *uporabe* (lat. *uti*), *korištenja* (lat. *frui*) i *raspolaganja* (lat. *abuti*). Njegova su prava pune privatne pravne vlasti ograničena samo zakonom ili pravima neke druge osobe na tom brodu. Vlasnik broda upisuje se u upisnik brodova u list B (čl. 200, st. 1 PZ-a) – opširnije: Dragan Bolanča, *Prometno pravo Republike Hrvatske*, Pravni fakultet, Split, 2016, str. 145.

⁵¹ Za uređivanje i održavanje plovinih putova, te postavljanje i održavanje objekata sigurnosti plovidbe (npr. svjetionika) zaduženo je trgovačko društvo Plovput d.o.o. Split, koje te poslove obavlja kao javnu ovlast (čl. 50, st. 3 PZRH) – opširnije *ibid*, str. 8–21.

⁵² **Nesreća** označuje svaki događaj ili skup događaja istoga porijekla koji prouzroči štetu usljed onečišćenja ili stvori tešku i neposrednu prijetnju nastanku takve štete (čl. 813, st. 1, toč. 4 PZRH).

on Civil Liability for Oil Pollution Damage) iz 1992. god. (tzv. CLC '92),⁵³ U skladu s odredbama CLC '92, PZ (čl. 820–821) propisuje da domaći ili strani brod koji prevozi više od 2.000 tona ulja kao teret mora imati **svjedodžbu o osiguranju** ili drugom financijskom jamstvu radi pokrivanja odgovornosti za štetu zbog onečišćenja uljem. Svjedodžbu izdaje lučka kapetanija u kojoj se vodi upisnik brodova u koji je brod upisan, svjedodžba mora biti na brodu, a preslika se čuva u upisniku broda.⁵⁴

ZPLUVRH kao centralni propis za unutarnju plovidbu ne sadrži slučaj izvanugovorne odgovornosti vlasnika plovila za onečišćenje unutarnjih voda uljem koje se prevozi kao teret. Međutim, on propisuje da se na pitanja koja nisu uređena ZPLUVRH, *na odgovarajući način primjenjuje PZ* (čl. 1, st. 2 ZPLUVRH). Dakle, ZPLUVRH za pitanja koja nisu uređena tim zakonom, jednom općenitom odredbom upućuje na odgovarajuću primjenu PZRH. To znači da se za ona pitanja koja nisu riješena ZPLUVRH, upućuje na analognu primjenu PZRH, koji onda horizontalno nadovezuje pomorske norme (*na odgovarajući način*) u unutarnju plovidbu.⁵⁵ Stoga, sve ono što je rečeno za temelje odgovornosti u pomorskoj plovidbi (vidi *supra* IV), važi i za unutarnju plovidbu. *Differentia specifica* je u tome što štetu može prouzročiti plovilo,⁵⁶

⁵³ Konvencija je na snazi u Republici Hrvatskoj od dana 12. siječnja 1999. god. ("Narodne novine RH – Međunarodni ugovori", br. 2/97 i 3/99), izmijenjena je *Protokolom iz 2003. god.* koji je za Republiku Hrvatsku stupio na snagu dana 17. svibnja 2006. god. ("Narodne novine RH – Međunarodni ugovori", br. 3/06) – vidi: Vinko Hlača, Gordan Stanković, *Pravo zaštite morskog okoliša (priručnik odabranih propisa)*, Pravni fakultet, Rijeka, 1997, str. 10–21; Dorotea Ćorić, *Međunarodni sustav odgovornosti i naknade štete zbog onečišćenja mora uljem*, Hrvatska akademija znanosti u umjetnosti, Zagreb, 2002, str. 9–118. i 177–182; Maja Seršić, *Međunarodnopravna zaštita morskog okoliša*, Pravni fakultet, Zagreb, str. 172–173; Drago Pavić, *Pomorske havarije i osiguranje*, Pomorski fakultet, Split, 2003, str. 95–114; Ivo Grabovac, *Suvremeno hrvatsko pomorsko pravo i Pomorski zakonik*, Književni krug, Split, 2005, str. 237–243; Ivo Grabovac, *Ujednačavanje pomorskog prava i interesi Hrvatske*, „Poredbeno pomorsko pravo“, Zagreb, br. 158, 2005, str. 5; Dorotea Ćorić, *Međunarodni sustav odgovornosti za onečišćenje mora uljem*, "Pomorski glasnik", Zagreb, 2006., str. 11. – 21., Drago Pavić, *Pomorsko imovinsko pravo*, Književni krug, Split, 2006, str. 396–399; Branka Milošević Pujo, *Pomorsko pravo (odabrane teme po STCW konvenciji)*, Sveučilište u Dubrovniku, 2006, str. 75–82; **Vujasinović**, *op. cit.*, str. 135; Ćorić – Debeljak Rukavina, *op. cit.*, str. 17–18; Dorotea Ćorić, *Onečišćenje mora s brodova (međunarodna i nacionalna pravna regulativa)*, Pravni fakultet, Rijeka, 2009, str. 129–150.

⁵⁴ Poblizje: Drago Pavić, *Pomorsko osiguranje (pravo i praksa)*, Književni krug, Split, 2012, str. 426; Adriana Vincenca Padovan, *Uloga pomorskog osiguranja u zaštiti morskog okoliša od onečišćenja s brodova*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2012, str. 378–379.

⁵⁵ Tako **Ivo Grabovac**, *Prijevoz stvari u unutarnjoj plovidbi u Hrvatskoj – de lege lata i de lege ferenda*, Književni krug, Split, 2007, str. 12; **Bolanča**, *op. cit.*, str. 339.

⁵⁶ **Plovilo** je svaki objekt unutarnje plovidbe namijenjen za plovidbu (čl. 4, toč. 5 ZPLUV-a). Detaljnije o vrstama plovila vidi: Dragan Bolanča, *Hrvatsko plovidbeno upravno pravo*, Pravni fakultet, Split, 2015, str. 125–126.

a to je brod,⁵⁷ čamac,⁵⁸ skela⁵⁹ i plutajuće postrojenje.⁶⁰ Nije važna veličina i namjena plovila, a taj pojam supsumira i hidroavion na vodi.

V. Zaključak

Usporedbom bosanskohercegovačkog i hrvatskog plovidbenog zakonodavstva, u slučaju izvanugovorne odgovornosti za zagađivanje (onečišćenje) s broda izlijevanjem (izbacivanjem) ulja koje se prevozi kao teret, dolazimo da sljedećih zaključaka:

1. svi analizirani zakonski akti (osim ZUPPFBiH) odnose se na štetu nastalu zbog zagađivanja (onečišćenja) izlijevanjem ili izbacivanjem ulja s broda;
2. u pitanju je ulje koje se prevozi kao teret, dakle nije obuhvaćena šteta nastala zbog pogonskog goriva;
3. predmet zaštite je okoliš oko broda tj. unutrašnje vode ili more;
4. štetu može prouzročiti prvenstveno brod, ali i bilo koji drugi plovni objekt odnosno plovilo bez obzira na njegovu veličinu i namjenu (čamac, brodica, jahta.) s kojim je izjednačen i hidroavion, ali samo dok klizi po površini vode (mora);
5. kao štetnik (odgovorna osoba) smatra se isključivo vlasnik broda;
6. temelj odgovornosti odgovorne osobe je objektivna (kauzalna) odgovornost;
7. kao eksculpacijski razlozi predviđeni su prvenstveno viša sila ili činjenje (nečinjenje) treće osobe s namjerom prouzročenja štete;
8. nadalje, kao razloge oslobođenja od odgovornosti, svi zakoni (osim ZUPBDBiH) spominju rat, neprijateljstva, građanski rat i pobune;

⁵⁷ **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 ZPLUVRH).

⁵⁸ **Čamac** je plovilo namijenjeno za plovidbu unutarnjim vodama, koje nije brod, plutajuće postrojenje ili skela, a čija je duljina veća od 2,5 metara ili ukupne snage porivnih strojeva veće od 5 kW (čl. 4, toč. 17 ZPLUVRH).

⁵⁹ **Skela** je plovilo namijenjeno prijevozu osoba i stvari s jedne na drugu obalu unutarnjih voda i koja je kao takva klasificirana od strane nadležnog tijela. Plovila koja obavljaju takav prijevoz i koja ne plove slobodno moraju se u svakom slučaju klasificirati kao skele (4, toč. 19 ZPLUVRH).

⁶⁰ **Plutajuće postrojenje** je plutajuća konstrukcija koja nosi radni uređaj za obavljanje radova na unutarnjim vodama kao što su dizalica, elevator, oprema za jaružanje, stroj za zabijanje stupova (pilona, talpi i sl.) – čl. 4, toč. 7 ZPLUVRH.

9. ZPUPBiH, PZRH i ZPLUVRH sadrže još jednu dodatnu mogućnost za oslobođenje od odgovornosti, a to je slučaj kada je šteta nastala zbog radnje ili propusta bilo koje države ili drugog tijela odgovornog za sigurnost plovidbe odnosno održavanje svjetionika ili drugih sredstava za pomoć plovidbi u obavljanju te funkcije;
10. ako vlasnik broda dokaže da je štetu u cijelosti ili djelomično skrivila oštećena osoba, sud će ga potpuno ili djelomično osloboditi odgovornosti za naknadu štete koju je pretrpjela ta osoba;
11. sva zakonodavstva (osim ZUPBDBiH) dopuštaju pravo regresa vlasnika broda protiv osobe koja je štetu skrivila.

Dragan Bolanča, PhD
Full professor of the Faculty of Law
University in Split

**THE CIVIL LIABILITY OF SHIPOWNER FOR OIL POLLUTION
DAMAGE CAUSED BY SHIP (THE COMPARASION AMONG THE
NAVIGATIONAL LEGISLATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA
AND CROATIA)**

Summary

The author of this article deals with the civil liability of shipowner for oil pollution damage caused by ship. Firstly he describes the legal solutions in four law acts in Bosnia and Herzegovina: The Maritime and Inland Navigation Act of Bosnia and Herzegovina (1992) as lex generalis and 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) as leges specialis. Secondly those acts are compared with Croatian Maritime Code (2004) and Croatian Inland Waterway Ports Act (2007) In conclusion the specific differences of mentioned law solutions are enacted.

Key words: *ship, shipowner, civil liability for oil pollution damage, Republic of Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska, Federation of Bosnia and Herzegovina, District of Brčko of Bosnia and Herzegovina, Republic of Croatia*

ОДГОВОРНОСТ МАЛОЛЕТНИКА ЗА ПРОУЗРОКОВАНУ ШТЕТУ

Др Илија Бабић*

***Апстракт:** Институт одговорности малолетника за штету коју проузрокује јесте врста одговорности за другог.*

Родитељи одговарају за штету коју проузрокује њихово дете до навршене седме године живота према правилима о објективној одговорности за штету (без обзира на кривицу). У складу са овим правилима искључена је и одговорност родитеља за штету или ако је њихово дете било поверено другом лицу које је одговорно за штету.

Претпоставља се да је дете од седме до навршене 14. године живота деликтно неспособно. За штету одговарају родитељи по принципу кривице, осим ако докажу да је приликом проузроковања штете дете било способно за расуђивање.

Родитељи солидарно одговарају за штету коју другоме проузрокује њихово малолетно дете, ако заједно врше родитељско право. У случају да родитељско право врши један родитељ, он одговара за штету коју проузрокује његово дете.

Ако је дете поверено другом лицу, оштећени има право да захтева накнаду од родитеља, кад је штета настала услед лошег васпитања малолетника, које су му родитељи дали, или се, уопште, штета може уписати у кривицу родитељима.

Уколико је штету проузроковао малолетник способан за расуђивање (од седме до навршене 18. године живота) који није у стању да је накнади, суд може, из разлога правичности, а узимајући у обзир материјално стање родитеља и оштећеног, обавезати родитеље да накнаде штету, потпуно или делимично, иако за њу нису криви.

* Редовни професор Факултета правних наука, Паневропски универзитет АПЕИРОН.

Кључне речи: деликтна способност, одговорност родитеља, одговорност другог лица за малолетнике, солидарна одговорност родитеља, одговорност по основу правичности.

1. Историјат

Римско право је, и у време кад је тек настајало писано право, одговорност за штету заснивало на правилима објективне одговорности за штету. За штету су одговарала физичка лица – неспособна за расуђивање, малолетна, робови али и животиње.¹ У случају да је малолетно лице, лице неспособно за расуђивање или роб проузроковао штету, оштећени се непосредно могао осветити учиниоцу. Ово старо правило, засновано на принципу освете, обележава доцније уведenu ноксалну одговорност и ноксалне акције, које већ познаје Закон 12 таблица.² У случају да слободан човек или роб начини штету против патер фамилијаса (*noxaliter*, ималац власти) могла је бити поднесена тужба *actio noxalis*³. Уколико је штету учинио члан породице који је неспособан за расуђивање или малолетан, за њих је одговарао патер фамилијас. Он је могао бити тужен са *actio noxalis* и обавезан да плати новчану казну. Новчане казне се могао ослободити ако штетника преда оштећеном (*in noxam dedere, noxae deditio*). Ово овлашћење патер фамилијаса јесте *facultas alternativa* – оштећени захтева накнаду штете од патер фамилијаса, а уместо тога он може предати штетника оштећеном. Тако је могао поступити и у случају да је штетник малолетно лице, оно које је неспособно за расуђивање, роб или чак животиња.⁴

Оштећени је у *actio noxalis* као туженог означавао оног патер фамилијаса под чијом влашћу је било лице у време подношења тужбе. Ако је, од тренутка учињене штете и подношења тужбе, штетник прешао у другу породицу, по овој тужби одговара нови патер фамилијас (*noxam caput sequitur*).⁵ Лице које је у време подношења тужбе било *alieni iuris*, али је доцније еманциповано, само одговара за проузроковану ште-

¹ Гамс, А., *Одговорност за радње трећих лица у приватном праву*, Универзитет у Београду, Правни факултет у Београду, Београд 1940, стр. 73.

² Исто, стр. 74.

³ Станојевић, О., *Римско право*, Службени лист СЦГ, Београд 2004, стр. 169; Horvat, M., *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb 1974, стр. 300.

⁴ Станојевић, О., *н. д.*, стр. 320.

⁵ Horvat, M., *исто*.

ту.⁶ Ако отер фамилијас, уместо да оштећеном плати новчану казну за причињену штету, одлучи да штетника преда оштећеном (*noxae deditio*) предају је обављао манципацијом. На основу манципације малолетник, лице неспособно за расуђивање, друго лице *alieni iuris*, а најчешће син отер фамилијаса, потпадао је под власт оштећеног и однос сличан ропству (*in causa mancipii*), док је на робу оштећени стицао право својине. Син је, доцније, могао захтевати да буде пуштен из манципијума кад својим радом одужи новчану казну. Ноксалну одговорност за синове породице укинуо је Јустинијан.⁷

2. Решења поједних правних система

Општи аустријски грађански законик (ОАГЗ) регулише различите правне ситуације које настају кад малолетно лице проузрокује штету. Параграф 1308 ОАГЗ одређује: „Ако луди или слабоумни, или недорасли оштете кога, који је томе сам дао повода по својој кривњи, не може тражити никакве накнаде“. Према томе, било који облик кривице оштећеног (не само намера или груба непажња, него и обична и најлакша непажња) искључује одговорност за штету малолетног лица или лица неспособног за расуђивање. Изузев ове ситуације, оштећени има право на накнаду штете од „оне особе, које су занемариле старање њима повјерено над поменутиим особама, и којима се због тога занемарења штета приписати може“ (параграф 1309 ОАГЗ).

Параграф 1310 ОАГЗ овлашћује судију да у осталим случајевима одлучује по слободној оцени: „Ако оштећеник не узмогне тим начином задобити накнаде; судија расудивши, да ли оштетилац, сасвим тим што он није обичајно при својој памети, може бити окривљен у том посебном случају; или да ли је оштећеник, хтијући поштедјети оштетиоца занемарио обрану; или најпослије имајући обзир на имовину оштетиоца и оштећеника, има пресудити цијелу накнаду или пристојан њезин дио.“

За разлику од свог изворника, параграф 807 Српског грађанског законика (СГЗ) одређује: „Ако човек, штету учинивши, није при свести био, неће одговарати за штету. Но ако је сам себе вољно у то стање постадио, хоће одговарати, кад је учинио. Овим се уподобљавају и мала деца до седам година, луди, згранути, бесомучни. Но за све свагда одговарају

⁶ Станојевић, О., *н. д.*, стр. 165.

⁷ Horvat, М., *исто.*

они којима су ови поверени да их чувају.“ Према одредбама СГЗ не може се захтевати накнада штете ни од лица коме је чување деце и душевно поремећених било поверено – („родитеља, старатеља, других лица и завода који бригу о деци и душевно болесним по уговору или законском пропису воде) ако има кривице до оштећеног што су му дотична лица штету нанела.“⁸

За штету коју проузрокују деца до седам година и „неурачунљива лица“ одговарају надзорници неурачунљивих лица „без своје кривице у погледу надзора проузроковану“.⁹ Правило, прописано параграфом 808 СГЗ, одређује да „за случај није нико дужан одговарати“. Ипак, одговара за штету оно лице које је криво што се случај догодио „или није набљудавао закон који је за отклањање случајног оштећења прописан; или се без нужде у туђ посао мешао“. Под случајем старији правни писци сматрају и природне догађаје који представљају вишу силу (поплава, град, олуја итд.).¹⁰ У изузетак да се одговара за случај (у смислу параграфа 808 СГЗ) увршћена је и одговорност за штету коју причине деца до седам година и душевно болесна лица. Накнада штете била је могућа само из имовине детета до седам година или имовине неурачунљивог лица, што је оправдано изложено критици.¹¹

Члан 575 Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору установљава претпостављену одговорност малолетника и лица неспособних за расуђивање: „За штету коју учине чељад незрела или нездрава ума, одговарају они којима је дужност да их пазе, ако не докажу да се штета није догодила због њихове непажње. Ако, према томе, они који су обавезни да таку чељад пазе, нијесу дужни намирити штету, или ако су и дужни, нијесу у стању да је плате, тада суд, у случајевима кад то правичност изискује, може осудити и самога штетника такве врсте да, према степену разборитости његове, према имању штетника и оштећеника, намири потпуно или дијелом штету коју је учинио.“

Немачки грађански законик (НГЗ) прописује да лице које није навршило седму годину живота није одговорно за штету, коју је другоме проузроковао. Ако је навршило седму годину живота, али не осамнаесту, није одговорно за штету, коју је другоме нанео, ако приликом предузимања штетне радње није имао потребну свест за спознају одговорности. Ово правило важи и за глувонемо лице (параграф 828 НГЗ).

⁸ Аранђеловић, Д., *О одговорности за накнаду штете*, Напредак, Београд 1924, стр. 30.

⁹ Исто, стр. 31.

¹⁰ Исто, стр. 29.

¹¹ Исто, стр. 32.

Према томе, за лице старије од седам а млађе од осамнаест година мора се доказати да је одговорно за штету и да је у време чињења штете имао свест о радњи и њеним последицама. Онај ко је по закону или на основу уговора обавезан да надзире лице коме је због малолетства или његовог духовног или телесног стања надзор потребан, дужан је да надокнади штету коју је то лице проузроковало трећем. Ове обавезе може се ослободити ако докаже да је правилно вршио обавезу надзора или да би штета настала и уз потребан надзор (параграф 832 НГЗ).

Француски грађански законик (ФГЗ) прописује да свака радња човека која другом проузрокује штету, обавезује онога чијом је кривицом је настала, да је надокнади (члан 1382). Свако је одговоран за штету коју је проузроковао не само својом радњом, него и својом немарношћу и својом непажњом (члан 1383).

Одговара се не само за штету за која је проузрокована сопственим радњама, него и за штету проузроковану радњама лица за која се одговара, и за ствари које су у власти имаоца. Отац и мајка, док обављају чување, солидарно су одговорни за штету коју проузрокују малолетна деца која с њима станују. Ова одговорност постоји, осим ако отац или мајка докажу да нису могли спречити радњу која има за последицу одговорност (члан 1384 ФГЗ).

У судској пракси је, тако, заузет став да првостепени суд може ослободити одговорности дете које је проузроковало штету, без доказивања да ли је малолетник у могућности да разликује последице својих поступака (одлука ЈСР 84, II, 20256 од 9. маја 1984; за осмогодишњег дечака који је водио пријатеља и носио посуду кључале воде – ЈСР 97, IV, 69 од 20. 11. 1996; кад је четрнаестогодишњи дечак предао пушку на компримирани ваздух детету од седам година – ЈСР 97, 833 од 19. 2. 1997).¹²

3. Одговорност за малолетнике као вид одговорности за другог

Закон о облигационим односима¹³ (ЗОО) је одговорност за штету коју причине душевно болесни, заостали у умном развоју и малолетници уврстио у Одсек 3 под називом Одговорност за другог (чл. 164–

¹² Lucas, A., Catala, P., *Code civil 2001*, Litec, Paris, str. 755.

¹³ „Службени лист СФРЈ”, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – УСЈ, 57/1989, „Службени лист СРЈ”, број 31/1993.

169 ЗОО). Већина старијих правних писаца (пре доношења и ступања на снагу ЗОО) сматрала је одговорност наведених лица видом одговорности за другог.¹⁴

У правној науци је истакнуто и мишљење да одговорност родитеља (и старатеља) није одговорност за другог „већ њихова властита одговорност“.¹⁵ Родитељ (и старатељ) одговара ако је занемарио (*intermissio*) дужност старања. Они одговарају по принципу доказане кривице. Оштећени је дужан доказивати занемаривање старања. Само у случају да је родитељ или старатељ (лица која су и примарно обавезна на старање) поверио старање трећем лицу одговоран је по правилима одговорности за трећег (другог).¹⁶

Став да је институт одговорности малолетника и лица неспособних за расуђивање врста одговорности за другог, само је учвршћен ступањем на снагу Закона о облигационим односима.¹⁷ Такође, права која су у основи преузела текст ЗОО у своје законе на исти начин су регулисали одговорност малолетника и душевно болесних лица. Тако је Закон о обвезним односима Хрватске¹⁸ ову одговорност регулисао у Одсеку 3 Одговорност за другог и чл. 1055–1062, а Закон о облигационим односима Црне Горе,¹⁹ такође у Одсеку 3 и под насловом Одговорност за другог (чл. 158–163). Овај облик одговорности за штету коју причини малолетник усваја и правна наука и судска пракса.²⁰

Одговорност за другог обухвата случајеве за које не одговара штетник него друго лице које је с њим у правно релевантном односу. Ова врста одговорности представља изузетак од правила у грађанском праву да свако сноси последице својих радњи. У случајевима одговорно-

¹⁴ Гамс, А., н. д., стр. 126; Јакшић, С., *Облигационо право*, Веселин Маслеша, Сарајево 1960, стр. 329; Борђевић, Ж., „Одговорност за штету коју причини лице неспособно за расуђивање“, *Анали Правног факултета у Београду* бр. 3-4/1959, стр. 426, 427; Милошевић, Љ., „Одговорност малолетника за штету – грађанскоправна (деликтна) одговорност малолетника“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3-4/1964, стр. 258; Милошевић, Љ., *Облигационо право*, Научно дело, Београд 1977, стр. 182.

¹⁵ Vuković, M., *Obligaciono pravo knjiga I*, Školska knjiga, Zagreb 1956, стр. 196.

¹⁶ Исто.

¹⁷ Цигој, С., „Грађанска одговорност“, одредница у *Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада*, том I, стр. 445; Радишић, Ј., *Облигационо право – општи део*, Номос, Београд 2000, стр. 237; Салма, Ј., *Облигационо право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2009, стр. 570; Караникић Мирић, М., *Објективна одговорност за штету*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, стр. 218–228.

¹⁸ „Narodne novine RH“, бр. 35/05, 41/08, 125/11 и 78/15.

¹⁹ „Службени лист Црне Горе“, бр. 47/2008.

²⁰ Klarić, P., Vedriš, M., *Грађанско право*, Narodne novine, Zagreb 2009, стр. 622; Crnić, I., *Odštetno pravo 1. dio*, Zgumbić i partneri, Zagreb 2008, стр. 58.

сти за другог, једно лице предузима радње али за њихове штетне последице одговара друго лице. Правна доктрина ову одговорност назива и одговорношћу за радње трећих лица²¹

Одговорност за другог нужно обухвата три лица: оштећеног, штетника (учиниоца штете) и одговорно лице. Оштећени је лице које трпи штету, штетник је лице које је непосредно проузроковало штету, а одговорно лице за ту штету одговара.²² Одговорност за штету одговорног лица, а не учиниоца, изводи се из односа који постоји између штетника и одговорног лица. Оно одговара за штету због тога што је штетник лице које је од њега зависно или му је подређено. Из такве везе проистиче и одговорност за штету одговорног лица. Он одговара због тога што је штетнику омогућио да учини штету или што је непажљиво изабрао лице које је причинило штету (*culpa in eligendo*), или није вршио потребан надзор над радом штетника (*culpa in inspiciendo*) или није показао потребну пажњу у чувању тог лица (*culpa in vigilando vel custodiando*) или што му није давао потребна упутства за рад (*culpa in instruendo*).²³

Одговорно лице, по правилу, одговара по принципу проузроковања штете (објективна одговорност) или се кривица одговорног лица претпоставља. Одговорност за другог је, наиме, установљена у корист оштећеног. Штетник често не би могао добити накнаду од штетника ако је штетник у лошем материјалном стању или је штетник деликтно неспособан.

Одговорно лице не може за другог одговарати за намеру (*dolus*) него само за непажњу (*culpa*). Лице које одговара за намеру јесте и учинилац штете.²⁴ У том случају оштећени је овлашћен да непосредно и од штетника захтева накнаду штете. Одговорност за другог је различито уређена за поједине облике штете. Тако може бити предвиђено да, поред одговорног лица, с њим солидарно одговара и штетник, да штетник одговара из разлога правичности ако се накнада не може добити од одговорног лица, или да штетник одговара само одговорном лицу у поступку регреса.

²¹ Гамс, А., *Одговорност за радње трећих лица у приватном праву*, Правни факултет у Београду, Београд 1940, стр. 62.

²² Исто.

²³ Исто, стр. 67; Цигој, С., н. д., стр. 437; Радишић, Ј., *Облигационо право*, Номос, Београд 2000, стр. 236.

²⁴ Гамс, А., н. д., стр. 67.

4. Природа и претпоставке одговорности. Ослобађање од одговорности

Ако штету причини малолетник до навршене седме године, његови родитељи одговарају за штету, без обзира на његову кривицу (члан 165 став 1 ЗОО). Пре доношења ЗОО такав став је усвојен у судској праски.²⁵

Претпоставка о одговорности родитеља је необорива (*praesumptio iuris et de iure*), па је без утицаја евентуално доказивање родитеља да су вршили брижљив надзор над својом децом. Ова одговорност је, у основи, изједначена са објективном одговорношћу за опасну ствар и опасну делатност. Родитељи одговарају по принципу проузроковања. Тужилац мора само доказати узрочно-последичну везу између радње малолетника млађег од седам година и штету која је том радњом проузрокована.²⁶ Оправдано се у правној науци истиче да је одговорност родитеља за децу до седме године у случају да причине штету другоме регулисана строже од одговорности за опасну ствар.²⁷ Наиме, ако над дететом надзор врши друго лице које није одговорно за штету, супсидијарно су за штету одговорни и родитељи. Блажа одговорност је предвиђена за опасну ствар. Према одредбама члана 176 став 1 ЗОО, уместо имаоца ствари, и исто као он, одговара лице коме је ималац поверио ствар да се њом служи, или лице које је иначе дужно да је надгледа, а није код њега на раду. Осим лица коме је поверио ствар, ималац ствари ће одговарати само ако је штета произашла из неке скривене мане или скривеног својства ствари на коју му није скренуо пажњу (члан 176 ст. 2 ЗОО). Штету коју родитељима (а не другом лицу) проузрокује њихово дете до седме године родитељи сnose сами. Дете док не напуни седам година нема правно релевантну вољу тако да штетне радње детета погађају родитеље и у случају да дете има имовине из које би се родитељи могли намирити.

²⁵ На Проширеној општој седници Врховног суда Југославије од 19. и 20. октобра 1970. усвојено је Начелно мишљење бр. 2/70: „I. Родитељи одговарају за штету коју својим поступцима нанесе другом њихово дете до навршене седме године живота, без обзира на своју кривицу. II. До ослобађања од те одговорности може доћи само ако је штета проузрокована за време док је дете било поверено другом лицу и ако у том случају постоји одговорност тог лица. III. Родитељи одговарају за штету коју својим поступцима нанесе другом њихово малолетно дете изнад 7 година, осим ако докажу да је штета настала без њихове кривице“, ЗСО, 1970, књига XIV, свеска IV, стр. 17–20, Станишић, С., н. д., стр. 323 и 324.

²⁶ Станишић, С., *Објективна одговорност за штету*, Паневропски универзитет „Апеирон“, Бања Лука, Бања Лука 2012, стр. 323; Субић, М., „Одговорност за штету коју проузрокују малолетници“, *Правни живот*, бр. 9-10/1992, стр. 1275.

²⁷ Караникић Мирић, М., н. д., стр. 225.

Родитељи се ослобађају одговорности ако постоје разлози за искључење одговорности према правилима о одговорности без обзира на кривицу (члан 165 став 2 ЗОО). Они се могу ослободити одговорности за штету ако постоји околност предвиђена за искључење објективне одговорности за штету (члан 177 ЗОО) – уколико докажу да је штета настала: деловањем више силе, искључиво радњом оштећеника или трећег лица коју родитељи нису могли предвидети и чије последице нису могли избећи или отклонити, односно да је настанку штете, поред њиховог детета, допринео и оштећени или неко треће лице (в. члан 177 ЗОО).

У члану 165 ЗОО користи множину после поднаслова „Одговорност родитеља“ прописује: „Родитељи одговарају за штету коју проузрокује другом њихово дете до навршене седме године, без обзира на своју кривицу“. Сходно одредбама члана 75 Породичног закона²⁸ (ПЗ) да родитељи родитељско право „врше заједнички и споразумно када воде заједнички живот“, али и „када не воде заједнички живот ако закључе споразум о заједничком вршењу родитељског права и ако суд процени да је тај споразум у најбољем интересу детета“ (члан 76 ПЗ).

Може се поставити се питање – да ли је одговорност родитеља за штету коју причини њихово дете солидарна или заједничка? Родитељско право родитељи врше заједнички и споразумно (члан 75 ПЗ). Оправдано се запажа да се солидарност не претпоставља већ да мора бити прописана законом или уговорена (у том смислу види члан 435 став 2 ЗОО) и да би одговорност родитеља за штету била заједничка (подељена).²⁹ Ипак предлаже се *de lege ferenda* увођење солидарне одговорности родитеља у тадашњи правни систем јер је заједничка одговорност одговорних лица неповољнија за оштећеног.³⁰ Супротно томе, истиче се солидарна одговорност родитеља за штету коју причини њихово малолетно дете.³¹ Ова природа одговорности се подразумевала и није се образлагала. Полазећи од дужности оба родитеља да васпитавају малолетника и да се старају о њему, истиче се да оба родитеља солидарно одговарају за штету.³² Сматра се да родитељи одговарају солидарно за штету коју причини њихово малолетно дете до седме године живота, ако живе заједно. У случају да

²⁸ „Службени гласник РС“, 18/05, 72/11 и 6/2015.

²⁹ Ђорђевић, Ж., „Одговорност за штету коју причини малолетно лице“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1-2/1962, стр. 134.

³⁰ *Исто*, стр. 134. и 135.

³¹ Vulićević, V., „О одговорности родитеља“, *Naša zakonitost*, бр. 8-9/1972, стр. 574.

³² Милошевић, Љ., *Облигационо право*, Научна књига, Београд 1977, стр. 184; Радишић, Ј., *н. д.*, стр. 238; Субић М., *н. д.* стр. 1276.

родитељско право врши један родитељ, тај родитељ је одговоран за штету. Да би оба родитеља одговарала за штету коју причини дете до седам година живота, није увек нужно да дете живи са оба родитеља, ако су и један и други родитељ занемарили васпитање детета. Родитељ коме дете није поверено на чување и васпитање, а није лишен родитељског права, има право да одржава односе са дететом у складу са приликама које намеће одвојени живот тог родитеља и детета.³³

Правило је да за штету коју другом проузрокује малолетник док је под надзором стараоца (нпр. родитељима је одузето родитељско право или пословна способност или нису живи те је малолетном лицу постављен старалац), школе или друге установе (нпр. малолетник иде у дечји вртић, школу или се лечи у здравственој установи) одговара старалац, школа односно друга установа по принципу претпостављене кривице. Одговорност за штету искључује се ако старалац, школа односно друга установа докажу да су надзор вршили на начин на који су обавезни или да би штета настала и при брижљивом вршењу надзора. Ако за штету одговара и малолетник, њихова одговорност је солидарна (члан 167 ЗОО).

Кад је штета настала услед лошег васпитања малолетника, рђавих примера или порочних навика које су му дали родитељи, или се штета може уписати у кривицу родитељима (*culpa in vigilando* – кривица у чувању малолетника) не настаје одговорност стараоца, школе или друге установе. Родитељи нису ослобођени одговорности за штету ако је дете послато у васпитно-поправни дом и за то време причини другоме штету, ако су радње детета „последича лошег одгоја од стране родитеља“.³⁴ У том случају оштећеник има право да непосредно захтева накнаду од родитеља, али мора доказати да је штета проузрокована наведеним актима чињења или нечињења родитеља, односно њиховом кривицом. Кривица родитеља се претпоставља, а могу се ослободити ове одговорности само ако докажу да је штета настала без њихове кривице.

Ако је лице које је било дужно да врши надзор над малолетником исплатило накнаду штете оштећенику, има право захтевати од родитеља да му накнаде одређени износ (регресна – посредна одговорност родитеља) – члан 168 став 2 ЗОО.

³³ Vulićević, V., *n. d.*, str. 547.

³⁴ Одлука Врховног суда Србије, Гзз 107/71 од 16. 10. 1971, Збирка судских одлука, 1971, 339, Цигој, С., у *Коментару Закон о облигационим односима*, том I (редакција: Благојевић Б. и Круљ В.) Савремена администрација, Београд 1980, стр. 465.

Такође, родитељи не одговарају за штету ако је штета настала док је њихово дете, које није навршило седам година, било поверено другом лицу на чување ако је то лице одговорно за штету.

За штету коју малолетно дете које је навршило седам година, а није навршило 14 година живота, проузрокује другом, одговарају његови родитељи по принципу кривице, осим ако докажу да је штета настала без њихове кривице. Родитељи могу оборити претпоставку кривице и доказати да за проузроковану штету нису одговорни или да за њу само делимично одговарају. Према ставу судске праксе, родитељи солидарно одговарају за штету коју причини њихово дете старије од седам година.³⁵

Поједини правни писци се не изјашњавају о томе да ли је одговорност родитеља детета старијег од седам а млађег од 14 година солидарна или заједничка.³⁶ Као и у случају одговорности родитеља за штету коју причини њихово дете до седме године живота, и за дете од седме до навршене 14 године живота поставља се питање – да ли родитељи одговарају за штету коју проузрокује њихово дете заједнички или солидарно?

У Одсеку 3 ЗОО који регулише одговорност за другог (те и одговорност родитеља) солидарна одговорност изричито је прописана у члану 166 ЗОО: „Ако поред родитеља одговара за штету и дете, њихова је одговорност солидарна“. У судској пракси срећу се и одлуке у којима је заузет став о подељеној одговорности родитеља за штету коју причини њихово дете.³⁷

Закон о облигационим односима регулише одговорност за штету коју је „више лица проузроковало заједно“ (члан 206 став 1). Став 4 истог члана одређује солидарну одговорност за штету коју је „проузроковало неко од два или више одређених лица која су на неки начин међусобно

³⁵ „Родитељи малолетног лица, које је навршило 7 година живота, одговарају за штету коју малолетно лице проузрокује другима. Кривица родитеља се претпоставља и они су солидарно одговорни за накнаду штете, ако малолетник са њима живи, а били би ослобођени одговорности само ако би доказали да је штета настала без њихове кривице“ (Одлука Врховног суда Србије, Рв. 442/82 Збирка судских одлука из области грађанског права 1973-1986 Врховног суда Србије, наведена код Субић, М., *н. д.*, стр. 1276). Овај став је потврђен доцнијим одлукама истог суда: „Родитељи су одговорни за штету коју проузрокује њихово малолетно дете које је навршило седам година. Њихова кривица се претпоставља а могу се ослободити одговорности само ако докажу да је штета настала без њихове кривице“ (Одлука Врховног суда Србије Рев. 1653/01 од 13. 2. 2002).

³⁶ Караникић Мирић, М., *н. д.*, стр. 228; Радишић, *н. д.*, стр. 238; Салмас, Ј., *н. д.*, стр. 571.

³⁷ Види одлуку Окружног суда у Марибору П. 1371 од 14. 4. 1961 и мишљење Врховног суда Југославије, ЗСО, 1969, св. III, стр. 109, Цигој, С., у *Коментару Закон о облигационим односима, том I* (редакција Благојевић Б., Круљ В.), Савремена администрација, Београд 1980, стр. 467.

повезана, а не може се утврдити које је од њих штету проузроковало“. Закон о облигационим односима није изричито прописао да родитељи одговарају солидарно за штету коју причини њихово дете млађе од 14 година живота, осим ако се за дете старије од седам а млађе од 14 година живота утврди да је било способно за расуђивање у време проузроковања штете, и у случају прописаном чланом 166 ЗОО („Ако поред родитеља одговара за штету и дете, њихова је одговорност солидарна“).

Солидарна одговорност која је тежа за одговорна лица, а повољнија за оштећеног, не претпоставља се. Она мора бити прописана законом или уговорена.

Обавеза накнаде штете је по природи дељива обавеза. Одговорно лице дужно је успоставити стање које је било пре него што је штета настала. Уколико то није могуће у целини или делимично „или кад суд сматра да није нужно да то учини одговорно лице“ или кад то оштећени захтева, суд ће обавезати одговорно лице да „исплати оштећенику одговарајућу своту новца на име накнаде штете“ (члан 185 ЗОО). Накнада штете је најчешће дељива јер се може поделити и испунити у деловима који имају исто својство као и цео предмет и оно том поделом не губи ништа од своје вредности (члан 412 став 1 ЗОО).

Кад дете живи са оба родитеља, они су и у имовинској заједници. Имовина коју су родитељи као брачни другови стекли радом таким трајања заједнице живота у браку представља њихову заједничку имовину (члан 171 ПЗ). Овом имовином брачни другови управљају и располажу заједнички и споразумно, на начин како врше родитељско право према детету (члан 75 ПЗ). То би био аргумент за одбрану заједничке (дељиве) природе одговорности родитеља за штету коју причини њихово дете.

Солидарна одговорност родитеља за штету коју проузрокује њихово дете, међутим, изричито је прописана чланом 187 став 1 Породичног закона: „За обавезе преузете ради подмирења потреба заједничког живота у браку, као и за обавезе које по закону терете оба супружника, одговарају супружници солидарно својом заједничком и посебном имовином“ (подвукао И. Б.). С обзиром на то да родитељи који заједно и споразумно врше родитељско право према одредбама ЗОО одговарају за штету коју причини њихово дете млађе од 14 година, њихова одговорност је солидарна. Сваки од родитеља, према томе, одговара оштећеном за целу обавезу и поверилац може захтевати њено испуњење од кога хоће све док не буде потпуно испуњена, али кад један родитељ испуни обавезу, она престаје и оба родитеља се ослобађају обавезе накнаде штете (члан

414 ст. 1 ЗОО). Онај родитељ који је сам у целини накнадио штету има право захтевати од другог родитеља да му накнади део штете која пада на њега (члан 423 ЗОО).

Породични закон омогућава брачним друговима да „брачним уговором другачије уреде своје имовинске односе“ (члан 171 ПЗ). Брачни другови овим уговором могу унапред предвидети да само један од њих одговара својим уделом у заједничкој имовини и својом посебном имовином за накнаду штете коју проузрокује њихово дете млађе од 14 година живота.

5. Одговорност лица која су обавезна да врше надзор над малолетником

Члан 165 ст. 1–3 ЗОО регулишу одговорност родитеља за штету коју проузрокује њихово дете до навршене седме године живота и ослобађање од њихове одговорности. Један од разлога ослобођења родитеља од одговорности за штету јесте и поверавање детета другом лицу и ако је то лице одговорно за штету. За разлику од родитеља који одговарају за штету коју проузрокује њихово дете до навршене седме године живота „без обзира на своју кривицу, лице коме је дете било поверено дужно је накнадити штету ако је то лице одговорно за штету“ – по принципу кривице (било који облик кривице). Кривица постоји када је штетник проузроковао штету намерно или непажњом (члан 158 ЗОО). У случају да је дете до седме године живота проузроковало штету док је било под надзором оног коме је било поверено на чување, примењују се опште одредбе члана 168 ЗОО – да оштећени може да захтева накнаду од родитеља „кад је штета настала услед лошег васпитања малолетника, рђавих примера или порочних навика које су му родитељи дали, или се и иначе штета може уписати у кривицу родитељима“.

Родитељи могу бити делимично или у целини одговорни за штету. У случају да је оштећени поднео тужбу за накнаду штете коју му је проузроковало дете, против лица које је дужно вршити дужност његовог надзора, а суд га обавезе да ту штету накнади, оно има право регреса од родитеља. Ако родитељи вансудским путем не регресирају лице коме је дете било поверено на чување, оно има право да против родитеља поднесе регресну тужбу. У поступку по тужби оно мора доказати да је штета у целини или делимично настала „услед лошег васпитања малолетника,

рђавих примера или порочних навика које су му родитељи дали, или се и иначе штета може уписати у кривицу родитељима⁴. Ова општа одредба важи и за децу до седме године живота, с обзиром на то да васпитање малолетника почиње много раније пре него што дете напуни седму годину живота.

Члан 167 ЗОО регулише одговорност другог лица – која су дужна да врше надзор – „за штету коју другом проузрокује малолетник⁴. Обавеза надзора може произлазити из уговора лица која врше надзор закљученог са родитељима или старатељем или закона.³⁸ Лице које врши надзор може бити физичко (старатељ) или правно (школа или друга установа). Ове одредбе би требало тумачити екстензивно. Закон о облигационим односима користи израз „малолетник“ – исти онај који користи у члану 160 ЗОО (Одговорност малолетника) којим је начелно прописана одговорност родитеља, других лица и малолетника за штету – до навршене седме године, од навршене седме године живота до навршене 14 године и од навршене 14 године живота до пунолетства. Израз малолетник је општег карактера и одредбе члан 167 ЗОО имају у виду одговорност лица која врше надзор над малолетницима све док она не постану пунолетна. Одредбе члана 167 ЗОО примењују се и на случајеве кад су родитељи, старатељ, орган старатељства, суд поверили дете предшколској установи, школи, другој установи за васпитање деце, здравственој установи, хранитељу (члан 110 ПЗ), али и васпитно-поправном дому.

Физичка или правна лица којима је поверен малолетник одговарају према правилима о субјективној одговорности за проузроковану штету (чл. 158–163 ЗОО). Њихова кривица за штету коју проузрокује малолетник претпоставља се. Лица која су дужна да обављају надзор могу се ослободити претпоставке од одговорности само ако докажу да су 1) „надзор вршили на начин на који су обавезни“ или 2) „да би штета настала и при брижљивом вршењу надзора“. У првом случају лице које врши надзор одговорно је за штету ако није поступало у складу са уговором односно општим условима (предшколске установе, школе, здравствене установе, планинарског или неког другог спортског удружења итд.) или према одредбама решења о постављању старатеља и Породичног закона. У другом случају, лице које је дужно да врши надзор може се ослободити ове одговорности ако докаже да би штета настала и поред брижљивог

³⁸ Решење о стављању под старатељство и постављању старатеља доноси орган старатељства (види члан 125 ПЗ).

надзора, најчешће због лошег васпитања малолетника члан 168 став 1 ЗОО). Лоше васпитање родитеља, старатеља, хранјеника, првенствено обухвата радње (радња има у виду и нечињење) због којих родитељ може бити потпуно или делимично лишен родитељског права (чл. 81 и 82 ПЗ).

Занемаривање старања о малолетнику постоји и кад не траје дуже време. У том смислу су пресудом Апелационог суда у Новом Саду Гж 1364/2016 од 13. 9. 2016. (којом је преиначена пресуда Основног суда у Новом Саду П. 384/2016 од 15. 12. 2015) обавезани родитељи малолетника да солидарно накнаде штету оштећеном. Оштећеном је штетник – малолетник стар 17 година, на платоу испред кафеа у граду нанео пивском флашом тешку телесну повреду у пределу главе. У разлозима пресуде је, поред осталог, истакнуто да: „у овој ствари није од значаја да ли су родитељи занемаривали старање у дужем периоду, или само у датом моменту“.

Надзор над малолетником мора бити прилагођен околностима случаја. Тако је одлуком Врховног суда Хрватске Рев. 2089/01 од 26. 11. 2003. обавезан Завод за малолетнике да накнади штету оштећеном јер „над својим штићеником у тијеку повратка с љетног допушта у Завод није обављао надзор, па је он побјегао и починио казнено дјело крађе“.³⁹

Установа у којој је малолетник као штићеник смештен одговара за штету коју он причини не само лицима изван те установе, него и другим штићеницима у тој установи. Такав став је пре више деценија оправдано заузет у судској пракси.⁴⁰

Околност што је малолетнику изречена васпитна мера појачане бриге и назора самим тим родитељи нису ослобођени обавезе васпитавања малолетника. На тај начин се родитељима, по оправданом ставу судске праксе, пружа стручна помоћ у васпитању малолетника. Стога за штету одговарају његови родитељи и установа којој је малолетник поверен, која обавља појачану бригу и надзор.⁴¹

За малолетника који је под надзором старатеља, школе или друге установе, а навршио је седам али не и 14 година, претпоставља се да

³⁹ Цитирана према: Срнић, I., *Odštetno pravo*, 1. dio, Zgumbić i partneri, Zagreb 2008, стр. 65.

⁴⁰ „Установа у којој су смјештене особе с изреченим одгојним мјерама одговара за штету коју почини штићеник другом штићенику према начелу претпостављене одговорности, а одговорности би се могла ослободити кад би доказала да је надзор рада и понашања штићеника обављала на начин на који је била обавезна“ (Одлука Врховног суда Хрватске, Рев. 1558/83 од 21. 7. 1984, цитирана према: Срнић, I., *н. д.*, стр. 66).

⁴¹ Одлука Опћинског суда у Бјеловару, Гж 98/81 од 28. 1. 1981, цитирана према: Срнић, I., *н. д.*, стр. 67.

није одговоран за штету. Оштећени или одговорно лице могу доказивати да је такав малолетник приликом проузроковања штете био способан за расуђивање (члан 160 став 2 ЗОО). Малолетник који је навршио 14 година живота стиче потпуну деликтну способност и одговоран је за штету коју проузрокује по општим правилима о одговорности за штету (члан 160 став 3 ЗОО).

Ако је друго лице дужно да врши надзор над малолетником (а не родитељи) оштећени ипак може захтевати накнаду штете од родитеља „кад је штета настала услед лошег васпитања малолетника, рђавих примера или порочних навика које су му родитељи дали, или се и иначе штета може уписати у кривицу родитељима“ (члан 168 став 1 ЗОО).

За штету одговара и малолетник од навршене седме до навршене 14 године живота ако се докаже да је при проузроковању штете био способан за расуђивање. (члан 160 став 2 ЗОО).

6. Одговорност по основу правичности

Штету може проузроковати малолетник неспособан за расуђивање – дете млађе од седам година или дете млађе од четрнаест година за које није доказано да је при проузроковању штете било способно за расуђивање. Ако се, у овом случају, накнада не може добити од лица које је било дужно да води надзор над њим, „суд може, кад то правичност захтева, а нарочито с обзиром на материјално стање штетника и оштећеника, осудити штетника да накнади штету, потпуно или делимично“ (члан 169 став 1 ЗОО). Суд ће супсидијарно обавезати на накнаду штете лице које је проузроковало штету иако за њу није одговорно „кад то правичност захтева“ узимајући првенствено у обзир материјално стање штетника и оштећеног. Суд ће приликом одлучивања у обзир узети и друге околности јер то произлази из речи „нарочито“. Штетник може имати своју имовину (стечену наслеђивањем, добијањем легата, поклона и сл.) која је много већа него имовина стараоца или другог лица које је било дужно да води надзор над њим. Суд може осудити штетника да накнади штету оштећеном и кад није постојала дужност неког лица да води над њим надзор.⁴²

⁴² Такав став усвојен је у одлуци Врховног суда Хрватске Ре-740/1993 од 25. 1. 1995: „Штетника који није одговоран за штету због неспособности за расуђивање суд може осудити на накнаду штете кад правичност то захтијева и у ситуацији кад не постоји особа која је била дужна водити надзор над штетником“, види: Срnić, I., *н. д.*, стр. 69.

Према одредбама члана 169 став 2 ЗОО, ако је штету проузроковао малолетник способан за расуђивање који није у могућности да је накнади, суд може, кад то правичност захтева, а нарочито с обзиром на материјално стање родитеља и оштећеника, обавезати родитеље да потпуно или делимично накнаде штету иако за њу нису криви.

Питање је да ли члан 169 став 1 ЗОО има у виду и ситуацију када је надзор над дететом водио родитељ с обзиром на то да став 1 говори о лицу „које је било дужно да води надзор“, а став 2 истог члана регулише обавезу родитеља да надокнаде штету. Члан 169 став 1 ЗОО требало би тумачити екстензивно. Ова два става члана 169 ЗОО регулишу различите ситуације. У првом ставу регулисан је случај кад штету проузрокује лице које је неспособно за расуђивање, те за њу није одговорно, а у другом ставу кад је штету проузроковало лице способно за расуђивање – то би обухватало дете старије од седам година, а млађе од четрнаест година за које се докаже да је при проузроковању штете било способно за расуђивање, али и деликтно способна лица (са навршених четрнаест година).

Члан 169 став 1 има у виду и случај кад родитељи врше надзор над лицем које није одговорно за штету. Ако се накнада штете не може добити од родитеља детета млађег од седам година или од детета млађег од четрнаест година за које није доказано да је приликом проузроковања штете било способно за расуђивање, тада би суд могао обавезати штетника да накнади штету.

Члан 169 став 2 ЗОО овлашћује суд да, такође из разлога правичности, првенствено узимајући у обзир материјално стање родитеља и оштећеног који је проузроковао штету, а способан је за расуђивање, обавезе родитеље да супсидијарно надокнаде штету. У овој правној ситуацији штету је проузроковао малолетник млађи од четрнаест година за кога је доказано да је при проузроковању штете био способан за расуђивање (члан 160 став 2 ЗОО), или деликтно способни малолетник старији од четрнаест, а млађи од осамнаест година (члан 160 став 3 ЗОО). Родитељско право престаје кад дете наврши осамнаесту годину живота (члан 84 став 1 тачка 1. ПЗ) и суд не може обавезати родитеље да накнаде штету уместо пунолетног штетника. Родитељско право престаје и када дете стекне потпуну пословну способност пре пунолетства (члан 84 став 1 тачка 2, а у вези са чланом 11 став 2 и 23 став 2 ПЗ). Лице које је стекло пословну способност пре него што је навршило осамнаест година живота је, међутим, и даље малолетно (члан 169 став 2 ЗОО користи израз „малолетник способан за расуђивање“), с обзиром на то да се

пунолетство стиче са навршеном осамнаестом годином живота (члан 11 став 1 ПЗ). Према томе, суд може из разлога правичности супсидијарно обавезати родитеље да накнаде штету коју је проузроковало малолетно дете (које није постало пунолетно) способно за расуђивање које није у стању да штету накнади, иако је еманципацијом стекло потпуну пословну способност.

7. Решења Нацрта Грађанског законика из 2015.

Институт одговорност малолетника за штету Нацрт Грађанског законика (Нацрт) у целини је преузео је из одредаба чл. 160, те 164–169 ЗОО. Члан 311 став 1 Нацрта није дословно преузео неспретно решење из члана 169 став 1 ЗОО.

Члан 169 став 1 ЗОО је регулисао накнаду штете „коју је проузроковало лице које за њу није одговорно“, док је став 2 истог члана регулисао накнаду штете коју је проузроковао „малолетник способан за расуђивање“. Став 1 члана 169 ЗОО имао је у виду лице неспособно за расуђивање јер она не одговарају за проузроковану штету (члан 164 став 1 ЗОО и члан 306 став 1 Нацрта). Ова неспретна формулација из члана 169 став 1 ЗОО је у члану 306 Нацрта је исправљена.

ЛИТЕРАТУРА

- Аранђеловић, Д., *О одговорности за накнаду штете*, Напредак, Београд 1924.
- Vuković, M., *Obligaciono pravo knjiga I, Školska knjiga*, Zagreb 1956.
- Vulićević, V., „О одговорности родитеља“, *Naša zakonitost*, br. 8-9/1972.
- Гамс, А., *Одговорност за радње трећих лица у приватном праву*, Универзитет у Београду, Правни факултет у Београду, Београд 1940.
- Ђорђевић, Ж., „Одговорност за штету коју причини лице неспособно за расуђивање“, *Анали Правног факултета у Београду* бр. 3-4/1959.
- Ђорђевић, Ж., „Одговорност за штету коју причини малолетно лице“,

- Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1-2/1962.
- Јакшић, С., *Облигационо право*, Веселин Маслеша, Сарајево 1960.
- Коментар Закона о облигационим односима*, том I (редакција: Благојевић Б. и Круљ В) Савремена администрација, Београд 1980.
- Караникић Мирић, М., *Објективна одговорност за штету*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013.
- Klarić, P., Vedriš M., *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb 2009.
- Lucas, A., Catala P., *Code civil 2001*, Litec, Paris.
- Милошевић, Ј., „Одговорност малолетника за штету – грађанскоправна (деликтна) одговорност малолетника“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3-4/1964.
- Милошевић, Ј., *Облигационо право*, Научно дело, Београд 1977.
- Радишић, Ј., *Облигационо право – општи део*, Номос, Београд 2000.
- Салма, Ј., *Облигационо право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2009.
- Станишић, С., *Објективна одговорност за штету*, Паневропски универзитет „Апеирон“, Бања Лука, Бања Лука 2012.
- Станојевић, О., *Римско право*, Службени лист СЦГ, Београд 2004.
- Субић, М., „Одговорност за штету коју проузрокују малолетници“, *Правни живот*, бр. 9-10/1992.
- Norvat, M., *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb 1974.
- Цигој, С., „Грађанска одговорност“, одредница у *Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада*, том I.
- Crnić, I., *Odštetno pravo I. dio*, Zgumbić i partneri, Zagreb 2008.

Ilija Babic, LL.D.
Senior Professor at the Faculty of Law
Pan-European University Apeiron,
Banja Luka

LIABILITY OF A MINOR FOR THE CAUSED DAMAGE

Summary

The juvenile liability for the caused damage is the type of responsibility for the other.

Parents are liable for the damage caused by their child until the age of seven, according to the rules on objective liability for damage (regardless of guilt). In accordance with these rules, the responsibility of the parents for damage is excluded if their child was entrusted to another person who is responsible for the damage.

It is assumed that a child from the age of seven to the age of fourteen is incompetent of committing a tort. Parents are liable for the damage, unless they prove that the child was able to think clearly when causing damage.

Parents are solidly liable for the harm that their minor child caused to another, if they jointly exercise parental rights. In the event that a parent's right is exercised by one parent only, he/she is responsible for the damage caused by his/her child.

The injured party has the right to claim compensation from the parents if the child is entrusted to another person, in case the damage was caused due to the poor education of minors, given by his parents, or, in general, when the parents are to be blamed for the damage.

If the damage is caused by a juvenile capable of reasoning (from the age of seven to the age of eighteen) who is not able to compensate it, the court may, for reasons of fairness and taking into account the financial situation of the parents and of the injured party, oblige the parents to compensate the damage partially or completely, although they are not liable for it.

Key words: *delinquency; parental liability; liability of another person for juveniles; solidly united responsibility of parents; responsibility based on justice*

ПОСТУПАК ЗА ЗАШТИТУ ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ

Проф. др Гордана Станковић*

***Апстракт:** Аутор у овом раду анализира посебан ванпарнични поступак који је предвиђен одредбама Закона о заштити права на суђење у разумном року (2015) да би се омогућило да се кроз национални судски систем оствари заштита овог функционалног људског права и убрза поступак правне заштите у коме је ово право било повређено. Поступак је регулисан тако што су предвиђена специфична правила поступања карактеристична за ову ванпарничну процедуру и што је предвиђена сходна примена општих правила ванпарничног поступка.*

У овом једностраначком поступку утврђује се да ли је дошло до повреде права на суђење у разумном року у поступку правне заштите који је у току и изричу мере у циљу убрзања поступка које правосудни органи (суд и јавни тужилац) треба да спроведу без обзира на то у ком је судском поступку правне заштите (грађанском судском поступку или кривичном поступку) ово право повређено и у ком степену суђења. Доношењем одлуке којом се утврђује повреда права на суђење у разумном року, странка стиче право на правично задовољење које може да оствари у судском и вансудском поступку, те јој се на тај начин пружа комплексна правна заштита овог права.

***Кључне речи:** право на суђење у разумном року, поступак за заштиту права на суђење у разумном року, посебан ванпарнични поступак.*

* Универзитет у Нишу.

1. Право на суђење у разумном року, као фундаментално људско процесно право, предвиђено је Уставом Србије, ратификованом Конвенцијом о заштити људских права и основних слобода и, кад је у питању грађански судски поступак, Законом о парничном поступку (2011)¹ и Законом о извршењу и обезбеђењу (2015).² У одредбама новелираног Закона о ванпарничном поступку (1982), иако оно није изричито предвиђено, оно важи с обзиром на сходну примену правила парничног поступка.

2. Право на суђење у разумном року, као што је познато, спада у функционална људска права и треба да омогући да се оствари право на правну заштиту и право на правично суђење. Оно представља право странке да јој се правна заштита пружи ефикасно тако што ће се спровести поступак и донети судска одлука којом ће јој бити пружена правна заштита без претераног одлагања и одуговлачења. Странке су дужне да савесно користе своја процесна овлашћења призната процесним законом и да и саме настоје да се поступак не одуговлачи и оконча у разумном року. Праву странке на суђење у разумном року одговара дужност суда да искористи сва своја процесна овлашћења и мере управљања поступком да би се поступак спровео ефикасно и без одуговлачења.

Спровођење поступка без претераног одлагања и решавање правне ствари у разумном року је у интересу и странака и суда. Истовремено, то је и у интересу државе, њеног правног поретка и правне сигурности.

3. Рок у коме треба решити правну ствар у једном грађанском судском поступку практично почиње да тече од покретања поступка и престаје да тече кад је правна ствар коначно решена, а кад су у питању кондемпнаторне одлуке, и кад буде спроведено извршење.³

Законодавац не може да орочи трајање сваког конкретног поступка правне заштите јер су они међусобно различити по низу елемената иако приликом операционализације принципа ефикасности и хитности користи различите процесне инструменте којима поступак може да се убрза а да то не буде на уштрб законитости, правилности и правичности одлуке којом се пружа правна заштита. Разумни рок, као време у коме треба решити правну ствар који је била предмет поступка, јесте време чије конкретно трајање зависи од низа конкретних околности. Са-

¹ Закон о парничном поступку, „Службени гласник РС“, бр. 72/2011.

² Закон о извршењу и обезбеђењу, „Службени гласник РС“, бр. 106/15 и 106/16.

³ Европски суд за људска права је у познатој одлуци *Хорнсби против Грчке* из 1997. стао на становиште да поступак извршења правноснажне судске одлуке представља саставни део права на правично суђење и да одуговлачење у спровођењу извршења представља повреду права на правично суђење и права на суђење у разумном року.

држина овог правног стандарда зависи од врсте поступка, врсте правне заштите, природе предмета поступка, садржине правозащитног захтева, сложености поступка с обзиром на чињенична и правна питања која се у њему постављају, понашања странака, броја сведока и њиховог понашања, времена потребног за обављање вештачења, квалитета налаза и мишљења и понашања вештака, поступања и понашања суда, броја адхезионих поступака и сл. Међутим, очекује се од суда и странака да допринесу да се поступак оконча у разумном року – без претераног, непотребног или злонамерног одуговлачења. То може да се постигне тако што ће странке бити ревносне у предузимању процесних радњи, што ће се уздржати од тактике развлачења поступка и одлагања, као и од евентуалне злоупотребе процесних овлашћења, и што ће настојати да предузимају оне процесне радње којима се може постићи убрзање и скраћење трајања поступка. Кад је у питању суд, као главни орган у поступку, он ће своју дужност да пружи правну заштиту у разумном року остварити ваљаним управљањем поступком, планирањем рада и настојањем да сви учесници у поступку благовремено и без кашњења предузимају процесне радње.

4. Пошто су све државе, које су чланице Савета Европе, дужне да омогуће да се кроз судски систем остварује заштита људских права која су предвиђена Европском конвенцијом за заштиту људских права⁴ и да своју цивилну процедуру уреде тако да судови пружају ефикасну и делотворну правну заштиту, право на суђење у разумном року у парничном поступку регулисано је као основни процесни принцип и као правни стандард најпре у Закону о парничном поступку из 2004. године,⁵ а касније и у Закону о парничном поступку из 2011. године. Да би се остварило право на суђење у разумном року, законодавац је, приликом процесне реформе, операционализацијом овог принципа различитим процесним инструментима настојао да на нормативном плану омогући ефикасно одвијање поступка.⁶ Иако је ЗПП (2011) прокламовао и кон-

⁴ Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са протоколом бр. 11, „Службени лист Србије и Црне Горе – Међународни уговори“ бр. 9/03, 5/05 и 7/05 и „Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 12/10.

⁵ Закон о парничном поступку, „Службени гласник РС“, бр. 125/2004 и 111/2009.

⁶ Тако је законодавац, примера ради, у појединим грађанским судским поступцима, из превентивних разлога, искључио могућност да се судски рокови продуже или је прибегао одређивању низа законских рокова у којима треба да буду предузимане судске или страначке процесне радње или је одређивао законски рок у коме треба да се оконча поступак пред првостепеним судом или пред другостепеним судом. Законодавац је оваквим нормативним решењима настојао да дисциплинује и странке и суд и судије, без обзира на неке негативне последице тих решења по самог судију и поступак. Таква законска решења нису убрзавала

кретизовао право на суђење у разумном року, он није предвидео посебна правна средства због повреде овог функционалног људског права у току самог поступка.

5. Повреда права на суђење у разумном року представља разлог за изјављивање уставне жалбе по окончању судског поступка. Странка има право да, по окончању поступка за пружање правне заштите, пошто буду искоришћена сва редовна и ванредна правна средства пред државним судовима, заштиту права на суђење у разумном року оствари у поступку пред Уставним судом,⁷ изјављивањем уставне жалбе, и, касније, покретањем поступка пред наднационалним судом – Европским судом за људска права.

6. Европски суд за људска права, почев од 2000. године, кад је донео одлуку у познатом случају *Кудла против Пољске*, отпочео је да у својим одлукама константно изражава (и понавља) став да одуговлачење и предуго трајање судског поступка, које је резултат понашања суда, представља повреду два конвенцијска права: права на суђење у разумном року (по одредби члана 6 ЕКЉП) и права на ефикасан правни лек због повреде тог права (по одредби члана 13 ЕКЉП). Европски суд је сматрао да у државама у којима постоји проблем суђења у разумном року и у којима долази масовно до повреде права на суђење у разумном року и одуговлачења поступка најбоље решење на нормативном плану представља нормирање правног средства за спречавање и заустављање повреде овог права, а ако до повреде ипак дође, пожељно је да се предвиди право на накнаду као сатисфакцију због повреде до које је дошло.⁸ Национални правни системи треба да омогуће, с једне стране, да се странке и у току поступка, док он још траје, пред својим националним судовима позивају на повреду права на суђење у разумном року, као и да,

поступак у очекиваној мери, због стања у правосуђу, а имала су и одређене негативне импликације не само за судије већ и за државу

⁷ Сама уставноправна заштита због повреде овог функционалног људског права није потпуна и делотворна јер је Уставни суд, по уставној жалби, могао само да утврди да се ради о повреди права на суђење у разумном року али не и да спречи или заустави повреду овог функционалног права. Он није могао да наложи суду да убрза поступак јер је поступак већ био окончан или да у току поступка који траје утврди да се поступак одуговлачи. Исти је био случај и са наднационалном заштитом која се пружа пред Европским судом за заштиту људских права тек кад буду искоришћени сви правни лекови и правна средства пред националним судовима. С друге стране, околност да се заштита због повреде овог функционалног права пружа по окончању поступка правне заштите у пракси је изазивала повећање броја уставних жалби и броја обраћања Европском суду, тако да је то изазивало латентну опасност да и ови судови, због превеликог броја предмета, дођу у ситуацију да и сами не могу да одлучују у разумном року.

⁸ Видети нпр. одлуку *Скордино против Италије* из 2006.

с друге стране, буду предвиђени делотворни правни лекови, у складу са стандардима из одредбе члана 13 ЕКЈП, који ће омогућити националним судским органима да у току трајања поступка испитају постојање повреде права на суђење у разумном року, отклоне евентуалну повреду овог права и да, на тражење странке, уколико је поступак већ окончан, изрекну одговарајуће правично обештећење због настале повреде овог права као што би га захтевале од Европског суда.

7. Ставови Европског суда утицали су на то да поједине државе, суочене са повредама права на суђење у разумном року, попут Аустрије, Шпаније, Пољске или Словачке, предвиде посебне правне лекове којима се штити право на суђење у разумном року.

У складу са обавезама које проистичу из чланства у Савету Европе и Европске конвенције и праксе Европског суда, и балканске државе у окружењу⁹ отпочеле су да у националном правном систему предвиђају

⁹ У Републици Словенији 2006. године донет Закон о заштити права на суђење без непотребног одлагања (Zakon o varstvu pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja, Uradni list, br. 49/06) којим су регулисани материјалноправни критерији за процену да ли постоји повреда права на суђење у разумном року, право на накнаду у случају да је судски поступак предуго трајао и систем правних лекова које странка може користити у току судског поступка у коме је дошло до повреде права на суђење у разумном року. Република Црна Гора донела је 2007. године Закон о заштити права на суђење у разумном року (Закон о заштити права на суђење у разумном року, Службени лист Црне Горе, бр. 11/07) да би се обезбедили правни лекови којима би се убрзали судски поступци и омогућило обештећење због предугог трајања поступка. Законом је прописано да се право на судску заштиту и повреда права на суђење у разумном року утврђује у складу са праксом Европског суда за људска права. Законом су предвиђена два правна средства: захтев за убрзање поступка – контролни захтев, о коме одлучује председник суда, и тужба којом се тражи правична накнада (правично задовољење) о којој одлучује Врховни суд Црне Горе. Интересантно је да је у анализама које су вршене примећено да се предвиђена правна средства за заштиту овог права мало користе у односу на број судских предмета у којима се поступак одуговлачи, да председници судова контролне захтеве и жалбе одбијају без правилног и потпуног образложења иако се ради о поступцима који предуго трају, да сама тужба којом се тражи правично задовољење није делотворан правни лек и да чак и кад је захтев усвојен, не долази до убрзања поступка. У Републици Македонији је од 2006. одредбама Закона о судовима (Закон за судовите, Службен весник, бр. 58/2006) које су мењане 2008. (Службен весник, бр. 35/2008) кад је предвиђена заштита права на суђење у разумном року коју пружа Врховни суд. У Републици Босни и Херцеговини Уставни суд Босне и Херцеговине у складу са Европском конвенцијом, утврђује повреду права на суђење у разумном року, досуђује накнаду због повреде овог права и одређује рок у коме је суд код кога је дошло до повреде овог права дужан да одлучи у конкретној правној ствари. У Хрватској је 2005. године први пут регулисан правни механизам за заштиту права на суђење у разумном року Законом о судовима, који је престао да важи пошто је 2013. године донет нови Закон о судовима. Према одредбама новог закона, странка у судском поступку, која сматра да надлежни суд није одлучио у разумном року о њеном праву или обавези или о сумњи или оптужби за кажњиво дело, има право на судску заштиту. Правна средства за заштиту права на суђење у разумном року су: захтев за заштиту права на суђење у разумном року и захтев за исплату примерене накнаде због повреде права на суђење у разумном року. О повреди права на суђење у разумном року одлучује се у ванпарничном поступку, по правилу без

и регулишу правна средства која треба да омогуће надлежним домаћим судовима да примене стандарде одредбе члана 13 ЕКЈП.

8. Законом о изменама и допунама Закона о уређењу судова Републике Србије (2013) први пут је био предвиђен посебан ванпарнични поступак у коме се може остварити заштита права на суђење у разумном року и право на накнаду због повреде овог права.¹⁰ Увођењем овог поступка странке из судског поступка који предуго траје добиле су могућност да пред националним судовима исходе и ефикасно убрзање поступка и евентуалну накнаду као сатисфакцију због повреде овог функционалног права. Одредбе овог закона које се тичу заштите права на суђење у разумном року престале су да важе ступањем на снагу Закона о заштити права на суђење у разумном року.¹¹ Уставни суд је и даље надлежан за одлучивање о праву на суђење у разумном року када су у питању правноснажно окончани поступци.

Законом о заштити права на суђење у разумном року уређени су судски¹² и вансудски поступци¹³ у којима се пружа комплексна заштита овог права.

9. Поступак за заштиту права на суђење у разумном року који је нормативно регулисан одредбама Закона о заштити права на суђење у разумном року, представља посебан ванпарнични поступак у коме се штити право на суђење у разумном року и изричу мере у циљу убрзања поступка који је у току без обзира на то у ком судском поступку правне заштите је ово право повређено. Поступак је регулисан тако што су предвиђена специфична правила поступања карактеристична за ову ванпарничну процедуру и што је предвиђена сходна примена општих правила ванпарничног поступка.

одржавања рочишта. Одредбама Закона о судовима предвиђени су критерији за процену да ли постоји повреда права на суђење у разумном року у судском поступку, надлежност и састав суда, ток поступка, одлуке, правни лекови, као максимална висина накнаде која се може досудити странкама због повреде овог права.

¹⁰ О томе: Станковић, Г., „Поступак за заштиту права на суђење у разумном року“, *Правни информатор*, 10/13.

¹¹ Закон о заштити права на суђење у разумном року, „Службени гласник РС“, бр. 40/2015. Примена Закона отпочела је 1. јануара 2016. године.

¹² Судски поступци су: ванпарнични поступак у којем се утврђује повреда права на суђење у разумном року и предузимају мере да се повреда овог функционалног људског права отклони и парнични поступак у којем се пружа правично задовољење због повреде овог права.

¹³ Вансудски поступак је поступак за покушај вансудског поравнања који странка покреће пред Правобранилаштом, као заступником државе по закону, ради остваривања права на правично задовољење с обзиром на то да држава материјално одговара за рад својих органа.

10. Поступак за заштиту права на суђење у разумном року је једностраначки и неофицијелан ванпарнични поступак.

Поступак покреће предлагач. Предлагач је странка која сматра да јој је повређено право на суђење у разумном року у конкретном поступку правне заштите и која покретањем овог поступка настоји да се текући поступак у поступку правне заштите убрза.

Повреду права странке на суђење у разумном року учинио је својим поступањем правосудни орган државе Србија (суд или јавни тужилац који је спроводио истражни поступак) или је допустио да противна странка у поступку правне заштите, уколико је поступак био двостраначки, својим процесним понашањем доведе до повреде права на суђење у разумном року, а правосудни орган који је спроводио конкретни поступак правне заштите није спречио или санкционисао абузивно процесно понашање. Странка не плаћа судску таксу у поступцима у којима се штити право на суђење у разумном року.

Судску заштиту права на суђење у разумном року у посебном ванпарничном поступку могу да траже све странке из поступка правне заштите у коме је дошло до стварне или хипотетичке повреде права на суђење у разумном року под условом да конкретни поступак правне заштите није окончан.

Право на суђење у разумном року има свака странка која је физичко или правно лице из судског поступка у коме јој се пружа правна заштита. Странка има право на правну заштиту ако је до повреде права дошло у парничном, ванпарничном или у поступку извршења или обезбеђења, у кривичном истражном поступку који спроводи јавни тужилац, у кривичном поступку у коме је странка приватни тужилац и оштећени као тужилац само ако су истакли имовинскоправни захтев. Јавни тужилац као странка у кривичном поступку нема право на суђење у разумном року јер је државни орган.

11. Поступак је заснован на принципима хитности, писмености, посредности и комбинацији расправног и истражног принципа. Принцип хитности операционализован је кроз правила о кратким и преклузивним законским роковима, кроз правило о првенству у одлучивању и прекоредном узимању предмета у рад и кроз правила о максималном временском трајању поступка.

У поступку се извиђа и одлучује на основу процесног материјала који се налази у списима и искључено је заказивање и одржавање усме-

не расправе. Поред процесног материјала који странка износи, у поступку се прикупљају и неопходни подаци на тражење органа који спроводи поступак и одлучује.

12. Иницијалну процесну радњу којом се покреће овај ванпарнични поступак законодавац је означио техничким термином „приговор ради убрзања поступка“. На тај начин законодавац је настојао да нагласи да је ова иницијална процесна радња правно средство у рукама странке којим она настоји да утиче на ефикасно одвијање поступка и да она има и функцију правног лека којим она изражава своје незадовољство због непоштовања и повреде њеног права на суђење у разумном року коју она не може да отклони без садејства суда коме се обраћа са захтевом за пружање правне заштите.

13. Стварна и месна надлежност за одлучивање о приговору странке одређује се према атракционом критеријуму јер се иницијална радња којом се покреће ванпарнични поступак предузима пред судом пред којим је дошло до повреде права на суђење у разумном року и пред којим треба убрзати поступак пружања правне заштите. Странка покреће поступак пред судом пред којим је у току конкретни поступак правне заштите у коме је дошло до повреде права на суђење у разумном року, без обзира на то да ли је до повреде дошло у првостепеном или инстанционом поступку, или пред судом пред којим се води кривични поступак ако сматра да је јавни тужилац повредио њено право.

До повреде права на суђење у разумном року може да дође и пред Врховним касационим судом не само кад он одлучује у поступку по ванредном правном леку, ако је у том поступку дошло до повреде права на суђење у разумном року, већ и кад је он поступао у поступку о сукобу о надлежности. Уколико је до повреде права на суђење у разумном року дошло пред Врховним касационим судом, онда је искључено вођење инстанционог поступка.

14. О приговору којим је покренут поступак првостепени поступак одлучује судија појединац. То је, по правилу, председник суда јер је у његовој надлежности старање о ефикасности и експедитивности пружања правне заштите. Међутим, председник суда може годишњим распоредом послова у суду одредити једног судију или више судија да поред њега воде поступак и одлучују о приговорима.

Председник непосредно вишег суда одлучује у поступку по правном леку. Председник непосредно вишег суда може годишњим распоре-

дом послова одредити једног судију или више судија да поред њега воде поступак и одлучују о жалбама. Ако се поступак у коме странка сматра да је повређено њено право на суђење у разумном року води пред Врховним касационим судом, у поступку одлучује трочлано веће.

15. У закону је предвиђена обавезна садржина приговора којим се покреће поступак за заштиту права на суђење у разумном року. Приговор има форму поднеска који мора да садржи следеће обавезне елементе: 1) лично или пословно име странке и њено пребивалиште, боравиште или седиште, 2) лично или пословно име заступника или пуномоћника странке и његово пребивалиште, боравиште или седиште, назив суда који води поступак или пред којим се води поступак, као и назив јавног тужилаштва које спроводи истрагу, 4) пословни број судског предмета или предмета јавног тужилаштва, 5) време трајања поступка, укључујући и време трајања истраге коју спроводи јавни тужилац, 6) податке о предмету суђења који указују на то да суд непотребно касни с одлучивањем, 7) податке о предмету истраге који указују на то да јавни тужилац одуговлачи спровођење истраге, 8) својеручни потпис странке или заступника или пуномоћника странке.

16. У овом ванпарничном поступку не заказује се рочиште и не одржава усмена расправа јер председник суда, односно судија који је одређен годишњим распоредом одлучује на основу процесног материјала који се налази у списима. Извиђање се врши без испитног поступка или се води испитни поступак. Председник суда дужан је да одлучи о приговору у року од два месеца од дана пријема приговора.

Председник суда, односно одређени судија најпре испитује постојање процесних претпоставки. Проверава се формална уредност приговора. Уколико приговор не садржи неки од обавезних елемената обавезне садржине то представља процесну сметњу која онемогућава да се по њему поступа и такав приговор се одбацује.

Уколико нема процесних сметњи који се тичу формалне уредности приговора, испитује се постојање активне процесне легитимације јер није допуштено да приговор поднесе неовлашћено лице, као што је нпр. лице које није странка у поступку правне заштите у коме је дошло до повреде права на суђење у разумном року или лице које нема уредно овлашћење за заступање у овом поступку. Процесна сметња за мериторно одлучивање постоји и ако је приговор поднет преурањено. Нпр. ако је у току дилаторног рока за одговор на тужбу странка поднела приговор. Уколико приговор, као иницијална ванпарнична радња, има формалне

недостатке или постоје друге процесне сметње, председник суда, односно одређени судија ће га одбацити. Против решења о одбацивању приговора није дозвољена жалба.

Уколико не постоје процесне сметње, испитују се наводи из приговора. Извиђање и испитивање приговора врши се на основу списка без испитног поступка или у испитном поступку. Провера навода у приговору о неразумном трајању поступка врши се на основу мерила за оцену трајања поступка која су предвиђена законом и која представљају европске правне стандарде. Разумно време за окончање поступка који је у току процењује се у сваком конкретном случају на основу околности које се тичу: сложености чињеничних и правних питања у судском поступку, понашања и значаја правне ствари за подносиоца захтева, врсте поступка за пружање правне заштите и поступања суда приликом управљања поступком. Приликом одлучивања да ли постоји повреда права узима се у обзир и време које је потребно суду да правилно утврди и размотри сложеност чињеничних питања у конкретној правној ствари и узима у обзир целокупни период трајања поступка.¹⁴ Неактивност суда у току поступка, по правилу, доводи до повреде овог права. Међутим, привремено обустављање поступка, као што су прекид поступка, застајање са поступком или одлагање извршења, не сматрају се неактивношћу суда у току поступка и не узимају се као пропуст суда приликом оцене о разумној дужини трајања поступка.¹⁵ Као једно од мерила у погледу дужине трајања поступка процењује се и процесно понашање странке с обзиром на њену процесну способност.

17. Приговор се одбија без спровођења испитног поступка ако је, с обзиром на трајање поступка које је наведено у приговору и наводе странке, он очигледно неоснован.

Уколико приговор не буде одбачен или одбијен, спроводи се испитни поступак тако што председник суда захтева од судије или председника већа или од јавног тужиоца да му достави извештај у року од 15 дана или у краћем року, ако је реч о поступку у коме је посебним законом одређено хитно поступање. Извештај треба да садржи изјашњење о развоју поступка у времену и предлог рока у коме поступак може да се оконча. Председник суда може захтевати да му се доставе списи предмета ако, с обзиром на садржину приговора, сматра да их треба проучити.

¹⁴ Кад је у питању поступак извршења, узима се у обзир не само трајање поступка пред судом, већ и трајање поступка пред јавним извршитељем који спроводи извршење.

¹⁵ Овакав став, који је заузео Врховни касациони суд у решењу Рж гп 17/2014 од 20. 11. 2014. године, утврђен је и на седници Одељења за заштиту права на суђење у разумном року 19. 3. 2015. године.

Председник суда проучава извештај и списе предмета и примењује мерила за оцену трајања суђења у разумном року. После тога, зависно од резултата испитивања, решењем приговор одбија или га усваја и утврђује повреду права на суђење у разумном року.

18. Решење којим се усваја приговор и утврђује повреда права на суђење у разумном року има специфичну садржину. По својој правној природи оно има декларативни и наредбодавни карактер.

Решењем којим се усваја захтев за убрзање поступка утврђује се, пре свега, у чему се састоји повреда права на суђење у разумном року и указује на разлоге због којих је повређено право странке. Осим тога, у решењу којим се усваја захтев за убрзање поступка налаже се предузимање процесних радњи којима се у конкретном поступку правне заштите може да делотворно убрзава поступак. У том погледу садржина решења, која има наредбодавни карактер, зависи од тога да ли је повреда настала у поступку пред судом или у јавнотужилачкој истрази јер се у решењу судији односно председнику већа или јавном тужиоцу налаже предузимање процесних радњи којима треба да се убрза поступак и он оконча у разумном року.

Уколико је повреда настала у судском поступку, председник суда налаже судији појединцу или председнику већа предузимање конкретних процесних радњи које делотворно убрзавају поступак. Истим решењем председник суда одређује и рок у коме је судија дужан да предузме наложене процесне радње, а који не може бити краћи од 15 дана, нити дужи од четири месеца, и примерен рок у коме судија треба да извештава председника суда о предузетим радњама. У зависности од околности, а посебно ако је поступак хитан, председник суда може одредити првенство у одлучивању, а затим одузети предмет судији и доделити га другом, ако је право странке повређено због преоптерећености или дужег одсуства судије. Одузимање предмета од судећег судије не представља санкцију према судији који је повредио право странке на суђење у разумном року. Разлог су објективне околности које су довеле до повреде права на суђење у разумном року – преоптерећеност судије или његово дуже одсуство. Одузимање предмета представља фактички меру за убрзање поступка јер судећи судија или није могао или неће моћи ефикасно да поступа.

Уколико је до повреде права на суђење у разумном року настало у јавнотужилачкој истрази, председник суда, с обзиром на принцип самосталности и независности у погледу функционисања појединих право-

судних органа, решење којим је приговор усвојен и којим је утврђено да је јавни тужилац повредио право на суђење у разумном року доставља и непосредно вишем јавном тужиоцу уз извештај јавног тужиоца. Непосредно виши јавни тужилац дужан је да у року од осам дана од дана пријема решења донесе обавезно упутство којим јавном тужиоцу налаже процесне радње које делотворно убрзавају поступак. У обавезном упутству он одређује и рок у коме је јавни тужилац дужан да предузме наложене процесне радње, а који не може бити краћи од 15 дана, нити дужи од четири месеца, и примерен рок у коме јавни тужилац треба да га извештава о предузетим радњама. Обавезно упутство доставља се и председнику суда и странци којој је, поред решења, био достављен и извештај јавног тужиоца.

Против решења председника суда којим се приговор усваја, судија односно председник већа и јавни тужилац немају право на жалбу.

19. Против решења председника суда којим је одбијен приговор, допуштена је жалба као редовни правни лек. Странка има право на жалбу ако је њен приговор одбијен или ако председник суда о њему није одлучио у року од два месеца од дана пријема приговора. Жалба може да се изјави и ако је приговор усвојен, али непосредно виши јавни тужилац није донео обавезно упутство у року од осам дана од дана пријема решења председника суда, ако председник суда или непосредно виши јавни тужилац није наложио судији или јавном тужиоцу процесне радње које делотворно убрзавају поступак, или ако судија или јавни тужилац није предузео наложене процесне радње у року који му је одређен.

Жалба мора да садржи исте обавезне елементе формалне садржине као и приговор да би по њој могло да се поступа. Жалба се изјављује у законском, преклузивном року. Рок за жалбу износи осам дана. Законом су предвиђена посебна правила о почетку тока рока за жалбу.

Ако председник суда није одлучио о приговору, жалба се подноси у року од осам дана од дана када је истекао рок од два месеца од дана пријема приговора. Ако је приговор одбијен, жалба се подноси у року од осам дана од дана када је странка примила решење о одбијању приговора. Ако је приговор усвојен, а странка има право на жалбу из законом предвиђених разлога, жалба се подноси у року од осам дана: 1) од дана истека рока у коме је непосредно виши јавни тужилац био дужан да донесе обавезно упутство – ако се жалба подноси зато што непосредно виши јавни тужилац није донео обавезно упутство, 2) од дана када

је странка примила решење – ако се жалба подноси зато што председник суда није судији наложио процесне радње које делотворно убрзавају поступак, 3) од дана када је странка примила обавезно упутство – ако се жалба подноси зато што непосредно виши јавни тужилац није наложио јавном тужиоцу процесне радње које делотворно убрзавају поступак, 4) од дана истека рока у коме је судија или јавни тужилац био дужан да предузме наложене процесне радње – ако се жалба подноси зато што судија или јавни тужилац није предузео наложене процесне радње у року који му је одређен.

Жалба се подноси председнику суда који је одлучивао о приговору. Председник суда нема овлашћење да испитује изјављену жалбу тако да она представља деволутиван правни лек. Председник суда је дужан да одмах достави председнику непосредно вишег суда жалбу и списе предмета. Жалба се не доставља на одговор, а усмена расправа се не одржава. Председник непосредно вишег суда дужан је да одлучи о жалби у року од 30 дана од дана пријема жалбе.

20. Председник непосредно вишег суда одлучује у поступку по жалби без испитног поступка или води испитни поступак. Он може да решењем одбаци, да одбија или да усвоји жалбу.

Жалба се одбацује ако је непотпуна, ако ју је поднело неовлашћено лице, ако је преурањена, неблаговремена, ако се лице одрекло права на жалбу или ако је повукло жалбу, или нема правни интерес за њу. Жалба је непотпуна ако није потписана или ако из њене садржине не може да се утврди које решење се побија.

Против решења о одбацивању жалбе није дозвољена жалба.

Жалба се одбија без испитног поступка ако је, с обзиром на трајање поступка које је наведено у жалби, очигледно неоснована.

Председник непосредно вишег суда разматра списе предмета и приликом одлучивања примењује мерила за оцену трајања суђења у разумном року. Зависно од резултата испитивања, он доноси одлуку тако што решењем одбија жалбу и потврђује првостепено решење, усваја жалбу и преиначавља првостепено решење, усваја жалбу и одлучује о приговору, или усваја жалбу и доставља је надлежном јавном тужиоцу. У решењу којим усваја жалбу и одлучује о приговору он може, у зависности од околности, а посебно ако је поступак хитан, одредити првенство у одлучивању, затим наложити председнику суда коме је поднесен приговор да одузме предмет судији и додели га другом, ако је право стран-

ке повређено због преоптерећености или дужег одсуства судије. Ако је жалба поднета зато што председник суда није одлучио о приговору, приликом доношења решења којим одлучује о приговору председник непосредно вишег суда има иста права и дужности као и председник суда коме је поднет приговор.

Ако је председник непосредно вишег суда који је преиначио првостепено решење о одбијању приговора поднетог зато што странка сматра да је њено право повредио јавни тужилац, и утврдио повреду, он доставља своје решење непосредно вишем јавном тужиоцу од оног јавног тужиоца коме се доставља решење председника суда о усвајању приговора. Истом јавном тужиоцу председник непосредно вишег суда доставља жалбу и решење о усвајању жалбе зато што председник суда није о приговору одлучио у року од два месеца од пријема приговора, или зато што јавни тужилац није донео обавезно упутство, или зато што непосредно виши јавни тужилац није јавном тужиоцу наложио процесне радње које делотворно убрзавају поступак, или зато што јавни тужилац није предузео наложене процесне радње у року који му је одређен. Јавни тужилац коме је председник непосредно вишег суда доставио своје решење има иста права и дужности као јавни тужилац коме је председник суда доставио решење о усвајању приговора. Надлежни јавни тужилац дужан је да донесе обавезно упутство у року од осам дана од дана када му је председник непосредно вишег суда доставио решење о преиначењу или решење којим се жалба усваја.

Против решења председника непосредно вишег суда о жалби није дозвољена жалба.

21. У овом ванпарничном поступку искључени су ванредни правни лекови као што су ревизија или понављање поступка.

22. Законодавац је предвидео могућност да странка поднесе нови приговор на решење о којим је председник суда одбио њен приговор, као и кад је на то решење поднела жалбу и она је одбијена. Право на подношење новог приговора има и странка чији је приговор усвојен и која није изјавила жалбу, јер није за то имала правни интерес, и то уколико судија, односно председник већа или јавни тужилац нису поступили по налогу председника суда и нису предузели делотворне процесне радње у циљу убрзања поступка.

Нове приговоре на решење којим је одлучено о њеном приговору и на решење којим је одбијена њена жалба странка може да подне-

се у преклузивном року који износи четири месеца од дана пријема решења о којим је био одбијен њен приговор, односно жалба на решење о одбијању приговора. Право на подношење новог приговора странка чији је приговор усвојен или чији је приговор усвојен, а жалба одбијена, има када истекне пет месеци од дана пријема решења о усвајању приговора јер судија, односно председник већа или јавни тужилац нису поступили по налогу председника суда и нису предузели делотворне процесне радње у циљу убрзања поступка. Преклузивни рок почиње да тече одмах после истека рока у коме су правосудни органи били дужни да предузму делотворне процесне радње ради убрзања поступка.

Странка чији су приговор или жалба одбачени може одмах поднети нови приговор.

22. Странка чији је приговор усвојен, а која није поднела жалбу, странка чија је жалба одбијена уз потврђивање првостепеног решења о усвајању приговора и странка чија је жалба усвојена има право на правично задовољење. Она стиче право на правично задовољење када истекне рок у коме је судија, односно председник већа или јавни тужилац био дужан да предузме наложене процесне радње, а странка чија је жалба усвојена – када прими решење о усвајању жалбе.

Право на правично задовољење странка може да оствари вансудским и судским путем – у поступку за закључење вансудског поравнања са Државним правобранилаштвом или у парничном поступку. На овај начин елиминисана је потреба да о правичном задовољењу одлучује Европски суд за људска права.

Gordana Stanković, Ph.D., Full Professor
University of Niš

THE PROCEDURE FOR PROTECTION OF THE RIGHT TO A TRIAL IN DUE TIME

Summary

The author in the paper analyzes special non-contentious proceedings regulated by the Law on Protection of the Right to a Trial in Due Time (2015) in order to enable protection of this functional human right through the national judicial system and quicken the procedure of legal protection which had regulated this right. The procedure has been regulated in the way that specific rules of conduct have been regulated characteristic for this non-contentious procedure and the appropriate application of general rules of non-contentious proceedings has been regulated.

In this one-party procedure it is determined whether a violation of the right to a trial in due time has occurred in the procedure of legal protection that is in progress and measures are imposed with the aim of quickening the procedure that judicial authorities (the court and public attorney) should undertake regardless the fact in which judicial procedure of legal protection this right has been violated and in which degree of trial. By bringing the decision which determines a violation of the right to a trial in due time the party gets the right to a just realization that they can realize in both judicial and non-judicial proceedings, receiving this way a complex legal protection of this right.

Key words: *the right to a trial in due time, the procedure for protection of the right to a trial in due time, special non-contentious proceedings.*

ДОПУНСКА ДРУГОСТЕПЕНА ПРЕСУДА

Др Ранка Рачић*

***Апстракт:** Новелом Закона о парничном поступку из 2013. године одређен је законски оквир за доношење допунске другостепенe пресуде. Анализирајући правила у којим су садржана рјешења о допуни другостепенe пресуде, на први поглед могло би се закључити да је законодавац разријешо све дилеме око примјене овог института. Без обзира на то што су Новелом предвиђене претпоставке и поступак за допуну другостепенe пресуде, у судској пракси примјена овог института може да изазове одређене дилеме и нејасноће. Постојећа правна празнина, када је у питању допуна другостепенe пресуде, новим законским рјешењем је попуњена, али све нејасноће у вези са примјеном овог института нису отклоњене. Стога је аутор у раду покушао да да одговоре на поједина питања која се односе на примјену овог института.*

***Кључне ријечи:** судске одлуке, допунска другостепенa пресуда, претпоставке за доношење другостепенe пресуде, поступак за допуну пресуде.*

Увод

Новелом Закона о парничном поступку Републике Српске¹ из 2013. године законодавац је проширио спектар пресуда² које суд може донијети

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци.

¹ Закон о парничном поступку Републике Српске – ЗПП РС, Службени гласник РС бр. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09 и 61/13.

² Приликом доношења ЗПП РС 2003. године законодавац није предвидио правила о међупресуди и допунској пресуди. Неке земље, које су настале распадом бивше СФРЈ, повећале су број процесних пресуда. Поред тога, у овим земљама, у општем парничном поступку, постоји

у парничном поступку. У правилу које је садржано у одредби чл. 232а ЗПП-а РС предвиђене су претпоставке и поступак за доношење допунске другостепене пресуде. На тај начин отклоњена је законска празнина у погледу претпоставки и поступка у коме суд, на приједлог странке, може донијети допунску другостепену пресуду³.

Прописујући правила о допунској другостепеној пресуди, парнична странка у складу са начелом диспозиције може захтијевати да суд свој пропуст и ненамјерну грешку отклони доношењем ове пресуде.

Ratio постојања овог института је одређен како правнополитичким разлозима тако и захтјевима који су постављени у начелу правне сигурности и процесне економије. Поред тога, оправданост и нужност овог института директно произлази из чл. 2 ст. 2 ЗПП-а РС по коме суд не може одбити да одлучи о захтјеву за који је надлежан.

Могућност доношења допунске другостепене пресуде посљедица је и правнополитичке потребе да се у оквиру постојећег поступка исправе грешке суда које директно погађају парничну странку односно жалиоца. Само када суд у потпуности одлучи о тужбеном захтјеву, односно о свему ономе о чему је требало да одлучи, остварио је правозаштитну задаћу у конкретном случају⁴. Без обзира на то што је суд приликом доношења другостепене пресуде пропустио да одлучи у потпуности о захтјевима који су изнесени, разлози правне сигурности захтијевају да се те грешке могу отклонити у одређеном временском периоду и само на приједлог странке. Ако странка пропусти рок за допуну пресуде, биће преклудирана у коришћењу овог процесног института, јер је у питању преклузивни рок који је релативно кратак. Кад жалбени суд донесе непотпуну другостепену пресуду, та грешка, по природи ствари, најлакше се може отклонити у поступку у коме је већ прикупљен процесни материјал и у коме су странке расправиле спорне чињенице. Доношењем непотпуне пресуде у другостепеном поступку, странци на чију је штету суд поступао, онемогућено је право на пружање потпуне правне заштите, што се директно коси са правилом које је садржано у одредби чл. 6 Европске

могућност да суд донесе пресуду без контрадикторног расправљања. Тако је законодавац поступио у Р. Србији и Р. Хрватској. За Р. Србију, вид. В. Ракић, Водинелић, „Закон о парничном поступку Србије 2011“, *Правни записи*, 2/ 2011, 542–545. За Р. Хрватску вид. М. Дика, *Грађанско парнично право, Судске одлуке и судска нагодба*, IX књига, Народне новине, Загреб 2013.

³ О допунској другостепеној одлуци вид. М. Дика, *op. cit.* 182, Н. Опатић, „Допунска другоступањска одлука“, www.pravnadatoteka.hr/.../Dopunska_drugostupanjaska_odluk..., 15.8. 2017., Г. Станковић, Р. Рачић, *Парнично процесно право*, Правни факултет Бања Лука, Бања Лука 2017, 469, 470.

⁴ М. Дика, *op. cit.*, 158.

конвенције за заштиту људских права и основних слобода, па је и то био један од разлога за интервенцију законодавца. Поред тога, суд је дужан да одлучи о свим захтјевима који су истакнути у жалби. Правило по коме суд не може одбити да одлучи о захтјевима за које је надлежан значи да је суд дужан да донесе одлуке о постављеним захтјевима. Какве ће одлуке бити у конкретном случају зависи, прије свега, од испуњености како процесноправних тако и материјалноправних претпоставки, па ова дужност за суд не подразумијева доношење повољне одлуке за странку која је поставила захтјев.

Када суд у првостепеном поступку пропусти да одлучи о дијелу тужбеног захтјева сматра се, ако странка не предложи доношење допунске пресуде, да је тужба у том дијелу повучена.⁵ Међутим, када је у питању пропуст суда у поступку по жалби да одлучи о свим захтјевима, дио првостепене пресуде о којој није одлучено стећи ће својство правноснажности јер се сматра да је жалилац повукао изјављену жалбу. Ово је врло неповољно за жалиоца.

У правилу које је садржано у одредби чл. 232а ЗПП РС одређени су законски оквири за доношење допунске другостепене пресуде. На поступак по приједлогу за доношење допунске другостепене пресуде, по изричитом наређењу законодавца, на одговарајући начин ће се примјењивати одредбе о допунској пресуди. Управо правило по коме се на поступак по приједлогу за доношење допунске другостепене пресуде, на одговарајући начин примјењују одредбе о допуни првостепене одлуке, може изазвати највише недоумица у пракси. Такође, скромна судска пракса у примјени овог института у овом моменту не може бити од велике помоћи правним практичарима у примјени правила који се тичу допуне другостепене одлуке. То су били и разлози за писање рада на ову тему.

Важеће одредбе ЗПП РС о допунској другостепеној пресуди

Ради лакше анализе института допунске другостепене пресуде неопходно је цитирати важеће одредбе чл. 232а Закона. Према важећем ЗПП РС, „ако је другостепени суд пропустио да одлучи у погледу свих дијелова пресуде који се побијају жалбом или ако је пропустио да донесе све одлуке које је одбацујући, односно одбијајући или уважавајући жалбу требало да донесе или ако је пропустио да одлучи у погледу једне или

⁵ Чл. 192 ст. 3 ЗПП РС.

више жалби, жалилац може у року од 30 дана од доставе другостепене одлуке предложити другостепеном суду да своју одлуку допуни.

Приједлог за доношење допунске другостепене одлуке не може се поднијети због тога што другостепени суд није одлучио о свим разлозима због којих је жалба изјављена или на које је био дужан да пази по службеној дужности.

Приједлог из става 1 овог члана подноси се првостепеном суду који је дужан да га без одгађања, заједно са списом, прослиједи другостепеном суду.

На поступак по приједлогу из става 1 овог члана, на одговарајући начин се примјењују одредбе чл. 192 до 194 овог закона“.

Анализирајући систематику и садржај ЗПП РС, може се закључити да се правила о допунској другостепеној пресуди могу на одговарајући начин примјењивати и на допуну другостепеног рјешења као и на допуну пресуде по ревизији.

Правила о допунској другостепеној пресуди смјештена су у дијелу ЗПП РС који уређују институт жалбе против пресуде. Без обзира на мјесто гдје су смјештене одредбе о допунској другостепеној пресуди, жалилац може тражити и доношење допунског другостепеног рјешења, у складу са чл. 236 ЗПП, будући да се у жалбеном поступку против рјешења примјењују одредбе ЗПП које вриједе за жалбу против пресуде.⁶ Законодавац, истина, посљедњим измјенама и допунама ЗПП РС није изричито предвидио да ће се ово правило примјењивати и на допуну трећестепене пресуде, како је то урадио нпр. законодавац у Р. Хрватској⁷. Без обзира на то, у одредби чл. 253 ЗПП РС је предвиђено да, уколико у чл. 237 до 252 није што друго одређено, у поступку по ревизији, сходно ће се примјењивати одредбе закона о жалби против пресуде, осим одредаба о одржавању расправе пред другостепеним судом. Довођењем ове одредбе у везу са чл. 232а ЗПП-а РС може се закључити да постоји могућност да жалилац тражи допуну трећестепене пресуде.

Законодавац је посљедњим измјенама и допунама ЗПП-а РС предвидио допуну другостепене и трећестепене одлуке и на тај начин омогућио накнадну допуну пресуде од првог до трећег степена. Без об-

⁶ У поступку по жалби против рјешења сходно се примјењују одредбе о жалби против пресуде, осим одредаба о одржавању расправе пред другостепеним судом, тако да правила о допунској другостепеној пресуди сходно ће се примјењивати и на допунско другостепено рјешење.

⁷ Закон о парничном поступку Републике Хрватске (пречишћен текст) – ЗПП РХ, *Народне новине*, бр. 48/11.

зира на ову чињеницу, у овом раду ће се само анализирати постојећа правила о допунској другостепеној пресуди, пошто разматраће законских правила која се односе на другостепено рјешење и допуну трећестепене пресуде превазилази оквиру овог рада.

Претпоставке за доношење допунске другостепене пресуде

Да би другостепени суд могао донијети допунску другостепену пресуду, морају бити испуњене претпоставке за њено доношење.

Поред општих процесних претпоставки које морају бити испуњене, да би био допуштен приједлог за доношење допунске другостепене пресуде морају бити испуњене сљедеће претпоставке: жалилац мора предложити допуну другостепене пресуде, приједлог за допуну другостепене пресуде мора бити формално и садржајно уредан и поднесен у прекузивном року од 30 дана од дана достављања другостепене пресуде.

Жалилац мора поднијети приједлог за доношење допунске другостепене пресуде. Овај приједлог мора бити формалноправно уредан и садржавати све елементе за доношење допунске другостепене пресуде. Жалилац је активно легитимисан за подношење приједлога за допуну другостепене пресуде. По природи ствари, за допуштеност приједлога за доношење допунске другостепене пресуде релевантан је правни интерес. Противник жалиоца нема правни интерес за допуну другостепене пресуде. Непотпуна пресуда је у његовом интересу и суд би такав приједлог требало да одбаци као недопуштен. У теорији парничног процесног права с правом се истиче да право на допуну другостепене пресуде има и лице које је са жалиоцем у односу јединственог супарничара.⁸ Спорно је да ли приједлог за доношење допунске другостепене пресуде може предложити умјешач. У процесној теорији се могу срести два различита схватања о активној легитимацији умјешача за подношење приједлога за допуну другостепене пресуде⁹. Тако, Дика сматра да умјешач на страни жалиоца има право на предлози доношење допунске другостепене пресуде.¹⁰ По другом схватању, у погледу „легитимације умјешача за [...] до-

⁸ Тако, М. Дика, *op. cit.* 182.

⁹ Ова схватања се могу наћи у теорији парничног процесног права Р. Хрватске. Она се у овом раду износи из разлога што је законодавац преузео у потпуности законско рјешење о допуни другостепене пресуде које је садржано у Закону о парничном поступку Р. Хрватске. Вид. чл. 377а. ЗПП РХ.

¹⁰ Тако Дика, М., *op. cit.* 182.

пуну другоступањске одлуке, чини се да би му то право требало признати само ако је и сам жалитељ поднио приједлог – јер се парничне радње умјешача процјењују кроз радње странке којој се умјешач придружио. Наиме, одредбом чланка 208 ставак 4 ЗПП-а, прописано је да парничне радње умјешача за странку којој се придружује, имају правни учинак ако нису у супротности с њезиним радњама. Умјешач (обични) није самосталан субјект у поступку већ трећа особа која се придружује једној од странака у поступку, па његова процесна судбина искључиво овиси о странци којој се придружио¹¹. Није спорно да умјешач има правни интерес да предложи доношење допунске другостепене пресуде. Међутим, законодавац је изричито предвидио да жалилац може предложити суду да допуни другостепену пресуду. Језичким тумачењем правила које је садржано у одредби чл. 332а ЗПП-а РС могло би се закључити да то право припада само жалиоцу. По мом мишљењу, правилним тумачењем законске одредбе, законодавац није „дао“ умјешачу на страни жалиоца право да тражи допуну пресуде, без обзира на то што он има правни интерес да предложи допуну другостепене пресуде. Схватање по коме умјешачу на страни жалиоца треба признати право на допуну пресуде под условом да је жалилац поднио приједлог није спорно. Релевантна је радња жалиоца за допуну пресуде. Међутим, спорно је да ли је умјешач активно легитимисан за допуну пресуде ако жалилац не изјави приједлог. У судској пракси РС било је спорно да ли је правни лијек умјешача дозвољен ако странка исти не изјави. То је био повод да законодавац интервенише па је Измјенама и допунама ЗПП-а РС из 2013. године предвиђено да је правни лијек умјешача дозвољен уколико му се странка изричито не успротиви¹². Ово питање може бити само спорно за теорију парничног процесног права. Мишљења сам да је за правне практичаре одредба сасвим јасна и да ће евентуални приједлог умјешача за допуну пресуде, уколико исти није поднио и жалилац, одбацити као недопуштен.

Само по начелу диспозиције суд поступа приликом доношења допунске другостепене пресуде. Исти је случај и када суд одлучује о допунској првостепеној пресуди. Уколико жалилац не поднесе уредан приједлог суд ће исти вратити на допуну и исправку. Ако у накнадном року жалилац не поднесе исправљен приједлог суд ће одбацити такав приједлог.¹³

¹¹ Н. Опатић, *op. cit.* 5.

¹² Чл. 371 ст. 4 ЗПП РС.

¹³ Чл. 336 ст. 3 ЗПП РС.

Приједлог за доношење допунске другостепене пресуде жалилац је дужан да поднесе у року од 30 дана од дана достављања непотпуне другостепене пресуде. Ако жалилац по протеку рока од 30 дана од достављања непотпуне пресуде предложи суду допуну другостепене пресуде, суд ће такав приједлог одбацити као неблаговремен.

Уколико су испуњене напријед наведене претпоставке, другостепени суд може донијети допунску пресуду: ако је против првостепене пресуде изјављена једна или више жалби; ако је другостепени суд донио одлуку поводом изјављених правних лијекова; ако је приликом доношења другостепене одлуке жалбени суд донио непотпуну пресуду пошто је пропустио да одлучи у погледу свих дијелова пресуде који се побијају жалбом или је пропустио да донесе све одлуке којим је требало да одбаци, односно одбије или усвоји жалбу или је пропустио да одлучи у погледу једне или више жалби¹⁴.

Да би суд донио допунску другостепену пресуду морају кумулативно бити испуњени сљедећи услови: да је жалилац изјавио једну или више жалби и да је другостепени суд донио одлуку поводом изјављених правних лијекова. У погледу трећег разлога који се односи на пропуст суда да донесе све одлуке или да одлучи о свим жалбама или о дијелу жалбе довољно је да буде испуњена било која од ових претпоставки. Кад законодавац „говори“ да је суд пропустио да одлучи о дијелу жалбе или о свим жалбама мисли се прије свега на захтјев који је странка истакла у жалби.

Приједлог за доношење допунске другостепене пресуде не може се поднијети због тога што суд није одлучио о свим разлозима због којих је жалба изјављена или на које је суд дужан да пази по службеној дужности. Ови разлози могу бити само повод за изјављивање ванредних правних лијекова.

Кад жалбени суд, као суд који контролише законитости и правилности првостепене пресуде, у поступку по жалби пропусти да одлучи о свим жалбама или о дијелу жалбе, тај дио пресуде, усљед пропуста суда, стиче својство правноснажности. У теорији процесног права се може прочитати да „пропуст жалбеног суда да одлучи о некој од изјављених жалби, или пак о дијелу жалбе конкретно доводи до тога да постоји побијани дио првоступањске одлуке, који стога – услијед пропуста суда, не може постати правомаћан. Тиме је након уложеног свеколиког правозаштитног напора, наступило стање стварне ускрате

¹⁴ М. Дика, *op. cit.* 182.

правосуђа, а таква околност проузрочена искључивим и ненамјерним пропустом суда је неодржива. Законодавац је препознао наступ такве реалне опасности, па је уважавајући темељно начело диспозиције странака, прописао начин санације такве процесне назовимо то ‘пат’ позиције, која услијед пропуста суда у одлучивању поводом изјављеног правног лијека у бити онемогућава правоћност¹⁵. Изнесени став заслужује озбиљну критику. Никако пропуст суда да одлучи о свим жалбама или о дијелу жалбе нема за посљедицу да побијани дио првостепене пресуде не може постати правноснажан. Управо у овом случају се сматра да је странка одустала од неке од изјављених жалби или дијела жалбе. Пошто другостепена пресуда стиче правноснажност даном доношења тако ће и непотпуна другостепена пресуда стећи својство правноснажности даном доношења. Истина и сам аутор, у истом раду, касније закључује да се „та ‘пат’ позиција рјешава или страначком активношћу (приједлогом за доношењем допунске пресуде, односно одлуке), или у случају изостанка одговарајућег страначког приједлога законском пресумпцијом о повлачењу дијела тужбе, односно жалбе“¹⁶. Очигледно је да се ради о недосљедности у излагању.

Приједлог за доношење допунске другостепене пресуде

У правилима којим је регулисан институт допунске другостепене пресуде ништа није предвиђено о садржини и форми приједлога за допуну пресуде. Пошто је приједлог поднесак, он мора бити сачињен у писменој форми. Приједлог као поднесак мора садржавати све елементе који треба да садрже и други поднесци. Приједлог за допуну другостепене пресуде садржи захтјев жалиоца за допуну другостепене пресуде. Стога жалилац у приједлогу мора навести чињенице и предложити доказе на којима темељи свој захтјев. Жалилац у приједлогу може захтијевати да суд одлучи о захтјевима из жалбе о којим суд није одлучио приликом доношења непотпуне пресуде. Жалилац, такође, може предложити да суд допуни другостепену пресуду тако што ће донијети све одлуке које је пропустио да донесе одлучујући у жалбеном поступку или да одлучи о некој од изјављених жалби о којој није одлучио приликом доношења другостепене пресуде.

¹⁵ Н. Опатић, *op. cit.* 4.

¹⁶ *Ibidem.*

Приједлог за допуне другостепене пресуде не може се поднијети због тога што другостепени суд није одлучио о разлозима због којих је жалба изјављена или због којих је био дужан да испитује побијану одлуку по службеној дужности. Овај разлог није претпоставка за допуну пресуде већ, евентуално, разлог за изјављивање ванредног правног лијека.

Жалилац је овлашћен да у приједлогу за допуну другостепене пресуде предложи одлуку коју би суд требало да донесе.

Приједлог за допуну другостепене пресуде је ремонстративно правно средство о коме суд одлучује само ако жалилац поднесе приједлог.

Поступак поводом приједлога за допуну другостепене пресуде

Иако је у уводном дијелу овог рада речено да је законодавац предвидио поступак поводом приједлога за допуну другостепену пресуду, на овоме мјесту треба указати на одређене проблеме који се могу јавити након подношења приједлога за допуну другостепену пресуду. Истина да је законодавац предвидио да се на поступак по приједлогу за допуну пресуде, на одговарајући начин примјењују одредбе чл. 192 до 194 ЗПП-а РС, али овом одредбом нису разријешене све дилеме о поступку поводом приједлога за допуну другостепену пресуду. Управо синтагма „на одговарајући начин“ у поступку по приједлогу за допуну другостепену пресуду у судској пракси може да изазове највише потешкоћа. Стога је нужно анализирати постојећа правила и указати на одређене нејасноће. У редовима који слиједе нужно је одредити каква дужност за суд проистиче из синтагме „на одговарајући начин“. Примјена правила о допунској првостепеној пресуди, у поступку поводом приједлога за допуну пресуде, значи да ће првостепени суд неблаговремен приједлог за допуну другостепену пресуду одбацити као недопуштен. Ако то пропусти да учини првостепени, онда ће другостепени суд такав приједлог одбацити. Уколико је приједлог за допуну другостепену пресуду неоснован, исти ће бити одбијен. Ако жалилац пропусти да предложи доношење допунске другостепену пресуде, у року од 30 дана од дана достављања непотпуне пресуде, сматраће се да је жалба у том дијелу повучена. Непотпуна другостепена пресуда стећи ће својство правноснажности даном доношења. Ако је жалилац изјавио ревизију само из разлога што је суд донио непотпуну другостепену пресуду и приједлог за допуну пресуде ревизија би требало да се сматра као

приједлог за допуну другостепене пресуде. У пракси ће бити ријетки случајеви да жалилац изјављује ревизију само из разлога због којих се може поднијети приједлог за допуну другостепене пресуде. Међутим, ако је против непотпуне другостепене пресуде изјављена ревизија а и приједлог за допуну другостепене пресуде, нужно је спровести два одвојена поступка. Кад другостепени суд нађе да је приједлог за допуну пресуде основан, дужан је да донесе допунску пресуду у року од осам дана.

Приједлог за допуну другостепене пресуде подноси се првостепеном суду. Првостепени суд је дужан, по изричитом слову закона, „да без одгађања“, заједно са списом, исти прослиједи другостепеном суду. Правило да је првостепени суд дужан да без одгађања приједлог прослиједи другостепеном суду не значи да он то мора учинити одмах. Првостепени суд је дужан да утврди да ли је приједлог допуштен. Ако овај суд утврди да је нпр. приједлог за допуну другостепене пресуде неуредан или да не садржи све што је потребно да би се могло по њему поступити, првостепени суд ће жалиоцу поднесак вратити ради исправке и допуне, уз наводе шта треба исправити или допунити и одредити рок за исправку и допуну који не може бити дужи од осам дана¹⁷. Тек ако жалилац у предвиђеном року достави уредан приједлог за допуну другостепене пресуде суд ће такав приједлог без одгађања, заједно са списом, доставити другостепеном суду.

Рок у коме жалилац може поднијети приједлог за допуну пресуде је 30 дана од дана достављања непотпуне другостепене пресуде. Рок од 30 дана је преклузиван рок. Ради се о процесном року. Ако жалилац из оправданог разлога, који се није могао избјећи нити предвидјети, пропусти рок за допуну другостепене пресуде може тражити враћање у пређашње стање. Жалилац би у овом случају у приједлогу за допуну другостепене пресуде истовремено поставио и приједлог за враћање у пређашње стање. Уколико би суд усвојио приједлог за враћање у пређашње стање, не би, по природи ствари, одлучивао о приједлогу за допуну другостепене одлуке.

¹⁷ Чл. 336 ст. 1 ЗПП РС.

Умјесто закључка

Последњим измјенама и допунама ЗПП-а РС из 2013. године законодавац је предвидио доношење допунске другостепене пресуде, којом суд санира своје ненамјерне пропусте, које је учинио приликом доношење пресуде у поступку по жалби. Кад жалбени суд донесе непотпуну пресуду, та грешка се најлакше може отклонити у већ постојећем поступку. Доношењем непотпуне пресуде у другостепеном поступку странки, на чију је штету суд поступао, ускраћено је право на пружање потпуне правне заштите. Како би се овај проблем ријешило законодавац је у ЗПП-у РС интерполирао одредбе о допуни другостепене пресуде. Правила која су садржана у одредби чл. 332а ЗПП-а РС нису потпуна и постоје одређене дилеме када је у питању поступак за допуну другостепене пресуде, на које је у раду указано а на поједина питања су дати и одговори. На правним практичарима је да провјере исправност датих одговора као и да разријеше дилеме и дају одговоре на низ питања која ће се појавити приликом примјене правила о допунској другостепеној пресуди.

**Ranka Račić, PhD, full professor,
Faculty of Law of the University in Eastern Sarajevo,
Faculty of Law of the University in Banja Luka**

SUPPLEMENTARY SECOND INSTANCE JUDGEMENTS

Abstract

The Amendments to the Civil Procedure Act 2013 set a legislative framework for making supplementary second instance judgements. Having analysed the rules that comprise the solutions for supplementary second instance judgements, at first glance, it could be concluded that the legislator resolved all the dilemmas related to the application of this institute. Irrespective of the fact that the Amendments envisage assumptions and a procedure for supplementing the second instance judgements, the application of this institute

in the case law may cause certain dilemmas and ambiguities. The previous legal gap, related to supplementary second instance judgements, has been filled by the new legal solution, however not all ambiguities related to the application of this institute have been resolved. Therefore, in his/her paper the author has tried to respond to specific issues related to the application of this institute.

Key words: *court judgements, supplementary second instance judgements, assumptions for making second instance judgements, procedure for supplementing the second instance judgments.*

ИМОВИНСКОПРАВНИ ЕФЕКТИ АКТИВНОСТИ СУПРУЖНИКА КОЈЕ ИСТОВРЕМЕНО ИНВОЛВИРАЈУ ПОСЕБНУ И ЗАЈЕДНИЧКУ ИМОВИНУ

Проф. др Дарко Радић*

Апстракт: Имовинска заједница брачних супружника рађа врло комплексне ситуације и захтијева софистицирана рјешења за њихово правно уређење. Упркос настојањима законодавца да омогући једноставну, ефикасну и прецизну квалификацију имовине коју брачни супружници стичу током брака, активности супружника некада генеришу ситуације за које није увијек једноставно пронаћи одговарајуће рјешење. То се нарочито односи на разне облике „мијешања“ посебне и заједничке имовине: употребе посебне имовине у сврху увећавања или очувања вриједности заједничке имовине; односно коришћење заједничке имовине које за посљедицу има одржавање или повећање вриједности посебне имовине. Аутор у овом раду као предмет истраживања поставља управо наведене ситуације, односно разматра адекватност посебних правила диобе заједничке имовине, која предвиђа породично законодавство и могућности примјене општих правила имовинског права, које садржи стварноправно законодавство.

Кључне ријечи: заједничка имовина, посебна имовина, увећање вриједности.

1. Увод

Реформисањем свог породичног законодавства, Република Српска је значајно измијенила брачноимовинску регулативу. То се, прије свега, огледа у додатном прецизирању критеријума на основу којих се врши

* Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци.

правна квалификација имовине коју супружници стичу током брака. Законодавац је показао интенцију да се допринесе јасном дефинисању односа између супружника, како током брака, тако и у случају престанка брачне заједнице, када, по правилу, долази до диобе заједничке имовине. У смислу диобе заједничке имовине, умјесто процјене рада и доприноса супружника, прихваћен је мјешовити систем једнаких удјела. Ријеч је о моделу диобе заједничке (брачне) имовине, који је широко прихваћен у европским законодавствима, наравно уз одређене специфичности и/или модификације у сваком од законодавстава која га прихватају, што је у ствари резултат примјене и уважавања домаће правне традиције и посебности националне брачноимовинске регулативе. Коначно, супружницима је дата могућност да у форми (пред)брачног уговора своје имовинске односе у браку уреде другачије него што је то предвиђено правилима законског брачног имовинског режима.

Ипак, и поред предвиђања посебних правила за имовинске ефекте брака и упркос настојањима законодавца да омогући једноставну, ефикасну и прецизну квалификацију имовине коју брачни супружници стичу током брака, активности супружника некада генеришу ситуације за које није увијек једноставно пронаћи одговарајуће рјешење. У том смислу, посебно издвајамо правне ситуације које настају као посљедица активности супружника, које инволвирају посебну имовину једног и/или посебну имовину другог супружника и њихову заједничку имовину. Ријеч је, дакле, о различитим облицима „мијешања“ посебне и заједничке имовине: употребе посебне имовине у сврху увећавања или очувања вриједности заједничке имовине; односно коришћење заједничке имовине које за посљедицу има одржавање или повећање вриједности посебне имовине. Сматрамо да су наведене ситуације од посебног значаја за супружнике, нарочито у случају када се прекида заједница живота или врши диоба заједничке имовине. У том смислу, од посебне су важности посебна правна правила, којима се доприноси прецизности одговарајуће породичноправне регулативе и јаснијем стању односа између супружника, док са друге стране, а у циљу цјеловитог сагледавања проблема, није могуће заобићи нити општа правила имовинског права, на чију примјену упућују управо релевантни породичноправни прописи.

2. Увећање вриједности посебне имовине

Готово сваки облик имовинског заједништва потенцијални је извор комплексних ситуација, које захтијевају софистицирана рјешења. Када су учесници имовинске заједнице још и животни партнери, са бројним и разноврсним међусобним односима правног и метаправног карактера, онда ситуација постаје додатно сложенија. Управо из ових разлога, један од циљева који се жели постићи дефинисањем брачноимовинског правног оквира јесте једноставна, ефикасна и прецизна квалификација имовине коју супружници стичу током брака. Међутим, активности супружника неријетко стварају ситуације за које није увијек једноставно пронаћи одговарајуће рјешење. То се нарочито односи на разне облике „мијешања“ посебне или посебних имовина супружника и њихове заједничке имовине.

Другим ријечима, увећање вриједности имовине једног супружника може се појавити као резултат улагања средстава из заједничке имовине (нпр. продаја заједничке земљишне парцеле и улагање остварених средстава у реновирање куће), као резултат рада другог супружника (нпр. улагање рада у изградњи куће, учествовање у привођењу земљишта другој култури, итд.); или као резултат улагања његове посебне имовине (нпр. инвестирање наслијеђене уштеђевине у засад воћњака и систем наводњавања).

2.1. Промјена правног режима усљед значајног увећања вриједности посебне имовине?

У смислу утврђивања рјешења постављеног проблема неопходно је утврдити права супружника који је својим уложеним радом или на други начин учествовао у побољшању ствари и/или увећању вриједности посебне имовине другог супружника.

У односу на овај проблем биљежимо различита размишљања у домаћој правној теорији. Неки аутори сматрају да се у наведеној ситуацији ради о ствари која истовремено може бити предмет посебне и предмет заједничке имовине.¹ Овакав став образлаже се аргументом да се у так-

¹ У неким законодавствима (Аризона, Невада) наилазимо на слична рјешења. Од пресудне је важности основ повећања вриједности посебне имовине. Тако, ако је ријеч о уложеном капиталу, дакле новцу или стварима као основу повећања вриједности посебне имовине, онда имовина чија је вриједност увећана не мијења правни режим – ствар и даље остаје у искључивој својини супружника власника. Међутим, уколико је увећање вриједности посебне имовине резултат

вим приликама заснива посебна врста сусвојине између посебне имовине једног супружника (чија се вриједност увећала) и заједничке имовине, те да у погледу послова управљања и располагања овдје има мјеста за примјену правих правила о сувласништву.² Међутим, уколико бисмо прихватили тезу о сусвојини посебне и заједничке имовине, апстрахујући проблеме у вези са детерминисањем титулара, онда долазимо у позицију да хипотетички једна ствар истовремено бива под примјеном двају различитих имовинских режима; односно једним дијелом ствар би била у режиму сусвојине, а другим дијелом у режиму заједничке својине. То је апсолутно у колизији са правном природом заједничке имовине, јер супружници су заједничари са неодређеним, неопредијељеним удјелима, за разлику од сувласника којим имају својину у одређеном, идеалном дијелу.

Са друге стране, став појединих теоретичара је да остваривањем значајног увећања вриједности, ствар може из режима посебне имовине прећи у режим заједничке имовине.³ Уколико прихватимо као претпоставку да се у наведеној ситуацији мијења правни режим ствари, онда нам се чини да је важно размотрити двије различите ситуације: када се повећање вриједности посебне имовине једног супружника остварује из посебне имовине другог супружника, и када се повећање вриједности посебне имовине једног супружника остварује средствима из заједничке имовине. Уколико се из посебне имовине једног супружника врше улагања у посебну имовину другог супружника, па дође до значајног увећања вриједности потоње, ситуација је врло јасна: имовина у коју су вршена улагања не постаје ни у ком случају заједничка својина; а могуће је успостављање сусвојине или признавање облигационог права другом супружнику. Успостављањем заједничке својине првобитни искључиви власник (са 1/1 дијела) постао би заједничар, чиме се доводи у питање извјесност његове правне позиције, што заправо елиминише могућност описане трансформације. Када је ријеч о улагањима у посебну имовину једног супружника која се чине из заједничке имовине, у виду рада су-

рада супружника (једног или оба), онда „нова вриједност“, тј. износ за колико је ствар постала вриједнија, припада супружницима заједно као њихова заједничка имовина, док „основна вриједност“, тј. вриједност коју је ствар имала прије рада супружника који је резултирао увећањем вриједности, остаје посебна имовина. Опширније Wist, Michael, „Trust Income, Separate or Community Property“, *51 Baylor Law Review* 1149, стр 592.

² Бакић, В., Поповић, М., „Брачни имовински режим“, у *Енциклопедија имовинског права удруженог рада*, Београд, 19–8, стр. 120.

³ Вид. Суцум, Р., *Имовински односи брачних другова*, Институт за социјалну политику, Београд, 1982, стр. 150 и 152.

пружника или инвестирања заједничких средстава, што је чешћи случај, ситуација је доста сложенија. Према представљеном мишљењу, оваква улагања, односно значајно увећање вриједности ствари из посебне имовине доводи до преласка ствари из посебне у заједничку имовину.

Ипак, мишљења смо да улагање рада или инвестирање средстава из заједничке имовине, није довољан разлог да се због значајног увећања вриједности ствари из посебне имовине једног супружника, или њеног значајног побољшања, установи заједничка својина на истој ствари. Супружник који је искључиви власник постао би заједничар, тј. власник ствари са непознатим удјелом. Посматрано са аспекта другог супружника, супружника невластника, који врши улагања, то би практично значило да потоњи, вршећи значајна инвестирања (у раду и/или средствима), такође долази на позицију заједничара, односно власника, додуше, у непознатом дијелу. Међутим, у поступку диобе који подразумијева примјену претпоставке једнаких удјела, осим када се супружници другачије споразумију и када супротна страна у парници докаже другачије, испоставиће се да супружник–улагач постаје сувласник са дијелом једнаким ономе који има и други супружник – првобитни искључиви власник ствари. Доказивање већег доприноса првобитног власника у стицању цијеле заједничке имовине није нимало лаган посао, нити гарантује тражени исход. Чак и овако утврђивани удио у заједничкој имовини, без обзира на удио другог супружника, може бити мањи него што је то стварни допринос супружника – првобитног власника у стицању спорне ствари.

Дакле, супружник – власник ствари, у нашем хипотетичком случају, због интервенција на истој, а које се састоје од улагања рада другог супружника или средстава из заједничке имовине, мимо своје воље долази у позицију да у случају развргавања имовинске заједнице најчешће не би могао остварити сувласнички удио већи од $\frac{1}{2}$; без обзира на то какав је стваран однос између вриједности извршених улагања и вриједности ствари (који може бити нпр. 1 : 1,5). Сматрамо да би овакво правно финале предложеног рјешења било неприхватљиво, јер се један супружник (који је прије било каквих уплитања другог супружника у његову имовину био искључиви власник одређене ствари) доводи у инфериорну позицију. Овакво рјешење омогућује лицу да, користећи чињеницу брака, значајним улагањима из заједничке имовине у имовину свог супружника постане заједнички власник, а у поступку диобе заједничке имовине готово сигурно и сувласник са врло вјероватним – једнаким удјелом.

Према томе, у односу на посматрани случај, тешко се може одбрани-ти становиште о оправданости преласка ствари из својине у заједничку својину, односно из режима посебне у режим заједничке имовине.

2.2. Признавање стварноправног или облигационоправног захтјева усљед (значајног) увећања вриједности посебне имовине?

У односу на постављено питање, старија судска пракса је заузела другачије становиште. Према том становишту, усљед увећања вриједности ствари из посебне имовине супружника неће доћи до промјене правног режима у којем се та ствар налази, већ се једном супружнику за допринос у увећању посебне имовине другог супружника, који није знатан, признаје облигационоправни захтјев, а када је допринос знатан (знатно увећање вриједности посебне имовине) стварноправни захтјев.⁴

Дакле, ствар из режима својине може прећи у режим сусвојине, али никако у режим заједничке својине. Из предњег произлази да је заправо обим, тј. величина доприноса одлучујући критеријум за правну природу права које се утврђује у корист супружника–невласника.⁵ Уважавајући

⁴ „Ако је заједничким радом брачних другова подигнут нов виноград на земљишту које је у власништву једног од њих, тада другом брачном другу не припада право на удео у својини тог винограда. Првостепени суд је правилно утврдио да је спорна парцела у својини тужене по основу наслеђа иза њеног покојног оца, да је на истој постојао стари виноград и да су странке, као брачни другови, заједничким радом на тој парцели подигли нови виноград. Међутим, првостепени суд је погрешно применио материјално право кад је на основу наведених чињеница закључио да је спорни виноград заједничка својина странака по основу стицања заједничким радом у току брака, те да тужиоцу припада право на стварноправни удео. Став 1 члана 8 Основног закона о браку прописује да је имовина коју су супрузи стекли заједничким радом током брака њихова заједничка имовина. Тако стечена имовина је заједничка својина брачних другова у неопређеним уделима. По мишљењу овог суда, подизање новог винограда заједничким радом брачних другова на земљишту које је у искључивој својини једног од њих, не може се сматрати као заједничко стицање у смислу поменуте одредбе. Стога, и након ове инвестиције, виноград остаје у искључивој својини оног брачног друга који је сопственик земљишта. Други брачни друг може да остварује само тражбеноправни захтев за накнаду у сразмери његовог удела у инвестицијама.“ – Врховни суд Војводине, Гж. 906/69 од 23. 10. 1969; наведено према Младеновић, М., Јањић Комар, М., *Практикум за породично право*, Савремена администрација, Београд, 1974, стр. 92.

⁵ Поред правног стандарда „знатно увећање вриједности“, у судској пракси наилазимо на став да је релевантна „вриједност уложених средстава усљед које је дошло до битне економске промјене у стању и вриједности посебне имовине“. У том смислу наводимо следећи примјер

општа обиљежја правног стандарда, поставља се питање: како дефинисати висину доприноса, тако да се на основу тога може поуздано одредити правна природа права које припада супружнику–невласнику, ако се већ прихвата концепт да потоњи може, осим облигационог права, стећи и стварно право?⁶

У породичном законодавству Србије управо се полази од чињенице да ли је дошло до незнатног или до знатног увећања вриједности посебне имовине једног супружника. У првом случају супружнику који је допринио увећању вриједности посебне имовине припада облигационоправни, а у другом случају стварноправни захтјев.⁷ Међутим, из тумачења цитираног прописа произлази да је поријекло средстава којима је увећана посебна имовина једног супружника ирелевантна чињеница. Иако од исте не зависи да ли ће се другом супружнику признати облигационоправни или стварноправни захтјев, сасвим је јасно да ово питање има значај преваходно за супружника који је дао допринос, јер ће од тога зависити висина његовог захтјева.⁸

У породичном законодавству Републике Српске ова ситуација законски је уређена на сљедећи начин: супружник који својим радом током брачне заједнице допринесе не само увећању, већ и одржавању посебне имовине другог супружника, има право на одговарајућу накнаду у новцу.⁹ Премда се у законском тексту помиње само рад супружника, не и његова средства (његова посебна имовина), сматрамо да нема препрека да се цитирани пропис једнако примијени и на ситуацију у којој један су-

из судске праксе: „Брачни друг својим улагањима у посебну имовину другог брачног друга, у правилу, не стјече право на стварноправни, већ на обвезноправни захтјев док би супротно захтјев могао истицати само у случају кад су вриједности уложених средстава настале битне економске промјене у стању и вриједности посебне имовине.“ – Врховни суд Хрватске, Рев. 463/87, од 18. 6. 1987; наведено према Жувела, М., *Збирка судских одлука из породичног права*, Народне новине, Загреб, 1988, стр. 117 и 118, одлука бр. 151.

⁶ Херинг (*Herring, J.*) сматра да би за наступање оваквог правног резултата увећање имовине морало да има одређене квалификативе, односно да је увећање вриједности: евидентно (могућност његове идентификације), новчаним еквивалентом мјерљиво (могућност његове финансијске процјене), супстанцијалне природе (у односу на спорни предмет) и значајно (у односу на првобитну вриједност ствари). Опширније Herring, J., *Family Law*, Pearson Longman, 2004, стр. 141 и 142.

⁷ Чл. 170 Породичног закона Србије – даље: ПЗС (Службени гласник Републике Србије, бр. 18/05, 72/11 и 6/15). Исто рјешење садржи и чл. 287 Породичног закона Ц. Горе – даље: ПЗ ЦГ (Службени лист Црне Горе, бр. 1/07 и 53/06).

⁸ Панов, С., *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник, 2008, стр. 602 и 603.

⁹ Чл. 273 ст. 4 Породичног закона Републике Српске – даље: ПЗ РС (Службени гласник Републике Српске, бр. 54/02, 41/08 и 63/14). У цитираном члану као *exempli causa* наводи се „унапређење пољопривредног имања“.

пружник ангажује средства из сопствене имовине улажући их у посебну имовину другог супружника.¹⁰

Дакле, наш законодавац определијелио се да супружнику–невласнику призна облигационоправни захтјев, не и стварно право. Не доводи се у питање искључива својина супружника који је власник ствари – не конституише се су својина. Наравно, нема говора нити о трансформацији посебне имовине у заједничку имовину. Истовремено, другом се супружнику признаје новчано потраживање као противнакнада за уложени рад и дати допринос. Дакле, уложени рад и напори супружника–невласника су, у ствари, критеријуми у односу на које се одређује висина накнаде која се потоњем признаје. Тиме се нити један од супружника не доводи у инфериорну позицију. Заправо, ако бисмо проблем посматрали *in linea extremis*, са аспекта досљедне примјене режима заједничке имовине, сваки рад за вријеме заједнице живота, па онда и рад супружника–невласника, односно резултати тога рада улазе у заједничку имовину. Међутим, ако бисмо хипотетички прихватили овакво рјешење, онда бисмо имали ситуацију да супружник власник остварује корист кроз увећање вриједности своје посебне имовине, те поред такве има још једну корист, а то је да учествује у резултатима рада другог супружника које је овај остварио улажући свој рад у посебну имовину првопоменутог (јер резултати рада супружника невластника, тј. њихов правни еквивалент – облигационоправни захтјев улази у заједничку имовину).¹¹ Према томе, у овом случају оправдано је одступање од примјене општег правила којим се дефинише заједничка имовина.

Разматрано рјешење из породичног законодавства у хармонији је са општим правилима имовинског права. Наиме, уколико се ради о доградњи, надоградњи, преуређењу или адаптацији непокретности (зграда, кућа), односно просторија, као и преградњи, уградњи или улагању у исте, не може се стећи својина, осим када је власник непокретности другачије одредио (када су се сувласници или заједничари другачије договорили).¹² Сваку сумњу у рјешавање претходне ситуације

¹⁰ Ако је законодавац показао јасан став у односу на рад супружника који, како ћемо касније видјети, може имати и другачије правне интерпретације, још је мање разлога да спорним сматрамо однос према средствима из посебне имовине супружника – улагача.

¹¹ На примјер, ако је посебна имовина једног супружника увећана за 10.000 КМ, а накнаду у истом износу за то, на име уложеног рада, добије други супружник, па та накнада уђе у заједничку имовину, онда би супружник–власник диобом заједничке имовине, поред увећања вриједности његове посебне имовине (која износи 10.000 КМ), добио и ½ накнаде за уложени рад, тј. 5.000 КМ. О другачијем мишљењу вид. Суџум, Р., *Имовински односи брачних другова*, стр. 150.

¹² Чл. 61 ст. 1 Закона о стварним правима – даље: ЗСП (Службени гласник Републике Српске, бр. 124/08, 58/09, 95/11 и 60/15).

отклањају одредбе из чл. 61 ст. 2 ЗСП, којима се лицу (у нашем случају супружнику–невласнику) које је доградило, надоградило, преуредило, уградило или улагало нешто у предметну непокретност, потврђује право на накнаду по правилима облигационог права.

Исти приступ проблему заузет је и када се ради о покретним стварима. Ако су у туђу ствар уложени труд или средства, што је довело до тога да није настала нова ствар, већ је исто прирасло постојећој ствари као главној, а *restitutio in integrum* није могућ без несразмјерно великих трошкова, онда је све што је уложено обухваћено својином на главној ствари (у коју је улагано) и извршена улагања сматрају се њеним припатком.¹³ Дакле, допринос једног супружника у увећању вриједности одређене ствари из посебне имовине другог супружника, без обзира на то да ли је ријеч о раду или средствима из посебне имовине првопomenутог, не може резултирати конституисањем сусвојине или заједничке својине на тој ствари.

Међутим, иако се увећање вриједности ствари, по правилу, јавља и као резултат њеног унапређења (нпр. побољшавање функционалних и техничких својстава, отклањање кварова, заштита битних својстава ствари, итд.), могућа је ситуација да један супружник уложи рад у ствар из посебне имовине другог супружника који није узроковао увећање њене вриједности или се то на тржишту не верификује на такав начин. Ако је у претходно описаној ситуацији дошло до спречавања пада вриједности, пропасти или оштећења ствари, онда сматрамо да супружнику–невласнику, у складу са претходним правилима, припада накнада за уложени рад, односно допринос у очувању ствари и њене вриједности. Дакле, законодавац је правилно поступио када је у разматраном пропису као основ за облигационоправни захтјев супружника–невласника, поред доприноса увећању вриједности ствари, предвидио и допринос у одржавању ствари.¹⁴

Уколико је, пак, увећање вриједности посебне имовине резултат инвестирања које се чини средствима из заједничке имовине супружника (нпр. супружници продају заједнички аутомобил и остварени износ купопродајне цијене утроше на преуређење ресторана који је у посебној имовини само једног од њих), онда имамо ситуацију гдје односи између

¹³ Чл. 117 ЗСП.

¹⁴ Свако улагање рада и средстава мора бити на одговарајући начин правно третирано и, сходно томе, дефинисана права и обавезе између супружника тим поводом. Тако и Суцум, Р., *Имовински односи брачних другова*, стр. 152.

супружника нису до краја разјашњени.¹⁵ Међутим, ако се ослоњемо на рјешење из чл. 273 ст. 4 ПЗ РС које говори о улагању рада једног супружника у посебну имовину другог супружника, а имајући у виду да су резултати рада заједничка имовина, сматрамо да би и ова ситуација могла бити уређена на исти начин. Једина модификација разматраног рјешења односила би се на то да други супружник има право на облигационо-правни захтјев сразмјерно свом удјелу у уложеним средствима (удјелу у заједничкој имовини).

3. Увећање вриједности заједничке имовине

Другачија од претходне јесте ситуација у којој долази до увећавања вриједности заједничке имовине средствима из посебне имовине једног супружника. Улажући рад (непосредан и посредан) у стицање, одржавање и увећавање заједничке имовине, супружник заправо учествује у имовинској заједници као заједничар чији удио није предидијељен. Резултати рада улазе у састав заједничке имовине, а удио заједничара утврђује се споразумно или у поступку диобе. Међутим, поставља се питање: на који начин уредити односе између супружника када један од њих улаже своју посебну имовину и тиме омогућује стицање, одржавање и увећавање заједничке имовине?

На примјер, један од супружника који је искључиви власник пољопривредног газдинства пристаје да се његова земља, механизација и пратећа инфраструктура користе од стране оба супружника у обављању пословне дјелатности из које остварују приходе. Према слову закона, имовина (укључујући све приходе) коју супружници остваре њиховим радом за вријеме заједнице живота представља њихову заједничку имовину.¹⁶ Ипак, било би неправично не признати једном супружнику ангажовање његове посебне имовине. У том смислу, приликом обрачуна вриједности диобне масе, у њеној пасиви треба се исказати дуговање које заједничари имају према титулару имовине која је употријебљена у стицању или увећању заједничке имовине. Претпоставимо да су супружници у горе наведеном примјеру користили земљу, механизацију

¹⁵ У неким законодавствима, ово питање је посебно уређено (чл. 37 Породичног законика Руске Федерације, *Семейный кодекс Российской Федерации*, N 223 - ФЗ од 29.12.1995. године, са аманданима 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).

¹⁶ Чл. 270 ст. 5 ПЗ РС.

и пратећу инфраструктуру, који су у својини трећег лица. Осим ако код потоњег постоји *animus donandi*, за ангажовање и коришћење свих наведених ресурса, морала би се издвојити одређена средства. Дакле, износ остварених прихода био би мањи, односно заједничка имовина не би достигла једнаку вриједност као у претходном случају. Према томе, коректно рјешење било би да се, приликом утврђивања обима заједничке имовине, вриједност исте умањи за износ који је еквивалент улагањима из посебних имовина која су чинили њихови титулари и да им се сразмјерно томе додијели одговарајућа накнада.

Дакле, супружник – власник посебне имовине која се користи у стицању, одржавању или увећавању заједничке имовине, може да захтијева накнаду за улагања која су извршена из имовине чији је искључиви власник. Уколико му се ова накнада не исплати прије диобе заједничке имовине, онда потоњи по утврђивању удјела има облигационоправни захтјев према другом супружнику сразмјерно његовом удјелу у заједничкој имовини. Евентуално, умјесто накнаде, потоњи би у случају значајних и великих улагања у заједничку имовину, а која су извршена из његове посебне имовине, могао захтијевати утврђивање већег доприноса у стицању заједничке имовине. Но, терет доказивања који би морао преузети, верификација овог и процјене осталих доприноса оба супружника, читаву ствар не чине тако једноставном и привлачном за рјешавање у поступку пред судом. Од претходне ситуације треба разликовати ону у којој је до увећања вриједности заједничке имовине дошло усљед доприноса трећих лица, која при томе нису имала намјеру да учине поклон супружницима или једном од њих.¹⁷

У законодавству Србије заузет је другачији приступ, али са ограниченим домаћајем. Наиме, супружник који је у стицању појединог права из заједничке имовине учествовао и својом посебном имовином (приходима од посебне имовине), може да тражи да му се утврди већи удио у стицању тог права, али само ако је то право економски самостално у односу на друга права из заједничке имовине.¹⁸

¹⁷ Трећа лица у наведеној ситуацији имају право на облигационоправни захтјев, не и на стварноправни захтјев. Другачији правни исход могао се прихватити једино у ситуацији да између супружника и трећег лица постоји одговарајући споразум. У прилог томе износимо став из судске праксе: „Правилан је наиме, правни став нижестепених судова да допринос трећих лица ван породичног домаћинства у изградњи стамбеног објекта без споразума о заједничком стицању може бити основа спора за облигационоправни, али не и стварноправни захтјев, као и да доприносом у стицању имовине постају њеним сувласницима само брачни другови, а за друга лица то правило важи само ако је изричито уговорено.“ – Врховни суд Републике Српске, Рев. 294/01, од 25. 10. 2002.

¹⁸ Чл. 180 ст. 5 ПЗС.

4. Закључак

Законодавац у Републици Српској определијелио се да за разматране случајеве установи једноставна и ефикасна рјешења. Другим ријечима, примјеном разматраних правила не дозвољава се мијењање власничке структуре кроз улагања рада и средстава из посебне имовине у заједничку имовину, и обрнуто. Овакав приступ може се квалификовати као легитиман, нарочито ако се има у виду постојеће стање у области евиденције и промета непокретности. Наиме, у Републици Српској, из различитих разлога, још увијек није постигнута задовољавајућа ажурност у земљишно-књижним евиденцијама, а неусклађеност правног и стварног стања прелази оквире прихватљивог.

Ипак, разматрани облици улагања код лица која су везана браком нису увијек иницирани интересима да се оствари новчана противнакнада или власнички удио, већ жељом да се створе бољи и квалитетнији услови за заједнички живот и виши степен квалитета животног стандарда за све чланове породице. То нарочито вриједи када се улаже у непокретност у искључивој својини једног супружника, а коју супружници користе за заједничко становање. Везаност супружника личним релацијама и породични амбијент као оквир њиховог дјелања мотивишу их и охрабрујуће на њих дјелују када се упуштају у интервенције на имовини животног партнера. Сљедствено томе, сматрамо да има основа да супружници имају другачији правни третман по овом питању, па и предложимо *de lege ferenda* могућност признавања стварноправног захтјева супружнику који је својим радом или из своје посебне имовине увећао вриједност непокретности која је у искључивој својини другог супружника, а коју супружници користе за заједничко становање. Ово би било оправдано, нарочито ако се има у виду чињеница да у позитивном породичном законодавству нема посебних правила којима би се штитили интереси супружника и осталих чланова породице у смислу института породичног дома, што је дио правне традиције великог броја европских земаља. Наравно, учешће у својини на ствари (признавање стварноправног захтјева) у односу на коју су извршена улагања не би требало бити резултат било каквог доприноса, већ правно финале само када се ради о знатном увећавању вриједности исте.

Darko Radić, PhD
Associate professor
Faculty of Law
University of Banja Luka

SPECIAL RULES OF MARITAL PROPERTY DIVIDING

Summary

Community of property in marriage causes very complex situations which requires sophisticated solutions. Despite legislator's intention to ensure simply and efficient qualification of property which spouses acquire during marriage, activities of spouses generate situations which are not easy to regulate, particularly in case of mixing of marital property and separate property: using separate property in increasing value of marital property and using marital property in increasing value of separate property. Author in this paper considers these situations, and both adequacy of special rules in family law and possibility of applying of general rules in property law as well.

Key words: *marital property, separate property, value increasing.*

ГРАЂАНСКОПРАВНА ЗАШТИТА ПРАВА ЛИЧНОСТИ

Проф. др Раденко Јотановић*

Апстракт: Предмет истраживања у овом раду јесте грађанскоправни аспект заштите права личности. Наиме, поред јавноправне заштите која је јача, правима личности се нарочито пружа приватноправна заштита која је шира, потпуна и свеобухватна, првенствено због разноврсности средстава правне заштите. Тако су, поред Закона о облигационим односима као општег прописа, донесени и бројни други материјалноправни закони као *lex specialis* прописи за заштиту појединих права личности, као што су Закон о заштити од клевете, Закон о заштити од насиља у породици, Закон о заштити потрошача и многи други. Овај материјалноправни аспект, заштите права личности се операционализује у грађанском судском поступку који се проводи на основу одредаба Закона о парничном поступку. Међутим, Закон о парничном поступку је, у принципу, прилагођен имовинском дијелу материјалног грађанског права па је неопходно извршити његове измјене и допуне како би се употпунио одредбама које ће одговарати и неимовинским правима, односно правима личности. Тако би се успоставио јединствен систем грађанскоправне заштите имовинских и неимовинских субјективних грађанских права.

Кључне ријечи: права личности, парнични судски поступак, грађанскоправни спор (ствар), тужбе за заштиту права личности.

* Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци.

Права личности у грађанском (материјалном) праву

Права личности као „катоорију“ грађанског права треба посматрати у контексту предмета грађанског права, тј. односа које оно уређује.¹ У јуриспруденцији постоје различита становишта у погледу мјеста грађанског права у систему права. Тако професор Водинелић сматра да грађанско право није грана права већ породица права (породица правних грана) која је по обиму шира од гране права, а ужа од правне области.² Породица права је скуп сродних грана права које међусобно повезује одређена комбинација предмета регулисања и метода регулисања. Професор Кошутић сматра да је грађанско право грана права, а да су насљедно, стварно, облигационо, ауторско и слична права, у ствари, подгране права.³ Према професору Финжгару, посебан проблем у нашем правном систему представља грађанско право јер не постоји више као цјелина.⁴ Из грађанског права су се издвојиле бројне нове материје, посебне гране права, које поред општих (доминантних) карактеристика грађанског права имају и неке појединачне (специфичне) особине.⁵

Један од значајних дијелова грађанског права јесу и права личности, а за концепт права личности као „катоорије“ грађанског права посебно се залаже професор Радоловић који изводи закључак да „...право личности има бити засебна правна грана, заправо један дио засебне правне гране која се још увијек треба звати „грађанско право“, јер управо ту има мјеста за све оно заједничко и исходишно свим осталим правним гранама“.⁶ Професор Гавела, такође, оставља могућност да права личности могу бити засебна грана грађанског права уколико то не би доводило у питање његова основна начела и примјену његових општих правила. Међутим, сматра да би ипак било исправније на права личности гледати као на интегрални дио грађанског права и то не само због

¹ Јотановић, Р., *Право на физички интегритет као основа других права личности*, Службени гласник, Бања Лука, 2016. година, стр. 43 и даље.

² Водинелић, В., „Грађанско право“, *Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Службени гласник, Београд, 2012. година, стр. 46.

³ Кошутић, Б., *Увод у велике правне системе данашњице*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008. година, стр. 77.

⁴ Финжгар, А., „О правном систему Социјалистичке Федеративне Републике Југославије“, *Наша законитост*, бр. 10/1981, стр. 9.

⁵ Ведриш, М. и Кларић, П., *Грађанско право – опћи дио, стварно право, обвезно и насљедно право*, седмо измијењено и допуњено издање, Народне новине, Загреб, 2003. година, стр. 11.

⁶ Радоловић, А., *Право личности као категорија грађанског права*, докторска дисертација, Загреб, 1985. година, стр. 36.

њих самих већ и због тога што се други грађанскоправни институти не могу разумјети независно од права личности.⁷

И неки други наши правни теоретичари сматрају да у систему грађанског права треба дати мјеста и правима личности као личним неимовинским правима,⁸ односно мјеста у материји под називом „Нове гране са елементима грађанског права“⁹. Насупрот њима, професор Водинелић сматра да права личности нису или бар нису у пуном смислу ријечи дио грађанског права већ су испреплитана са другим (грађанским) правима, тако да се могу одредити као посебна грана права¹⁰.

Како год, права личности се у савременом систему грађанског права изучавају у оквиру материје о објектима грађанског права, али и у погледу садржине тих објеката постоје разлике у схватању њихове имовинске и неимовинске компоненте. Имовинска добра су квантитативно обимнија па је и имовинско право дуго времена било синоним за грађанско право. Развојем хуманистичких идеја у новом добу све више простора се посвећује и неимовинским добрима која, иако квантитативно мањег обима, представљају други (саставни) дио грађанског права гдје се изучавају у оквиру апсолутних субјективних грађанских права.¹¹

У нашем праву су права личности регулисана у оквиру одредаба Закона о облигационим односима (ЗОО) које се односе на деликтну одговорност.¹² Да ли ће права личности код нас постати (под)грана права у оквиру грађанскоправне породице тако да се о њима излаже као и о облигационом, стварном, наследном и другом праву, тј. у оквиру посебне наставно-научне дисциплине,¹³ зависи од исхода реформи у области грађанског законодавства и наставно-научних планова и програма у високом образовању, јер „...процес издвајања и осамостаљивања појединих грана права још увек траје“¹⁴.

⁷ Gavella, Nikola, *Особна права*, Први дио, Правни факултет Свеучилишта Загреб, Загреб, 2000. година, стр. 28.

⁸ Крнета, С., „Питање мјеста личних права у систему грађанског права“, у *Одабране теме приватног права*, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево, 2007. година, стр. 251–269.

⁹ Николић, Д., *Увод у систем грађанског права*, четврто издање, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2002. година, стр. 39–43.

¹⁰ Водинелић, В., „Лично право као субјективно право и као грана права“, *Архив*, бр. 3/1976, стр. 385, 398 и 399.

¹¹ Дујмов, Л., „Диоба субјективних грађанских права“, *Правни живот*, бр. 6/66, стр. 36–54.

¹² Чл. 154–209 Закона о облигационим односима који се у Републици Српској примјењује на основу чл. 12 Уставног закона за спровођење Устава Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 21/92.

¹³ Водинелић, В., „Лично право као наставно-научна дисциплина“, *Анали*, бр. 4/1989, стр. 321–336.

¹⁴ Николић, Д., *op. cit.*, стр. 82.

Предмет грађанског судског поступка

Још је у нашој старијој јуриспруденцији истицана синтеза између грађанског и грађанског процесног права јер заједнички регулишу одређени друштвени однос, свака од ових области права са свог аспекта. У том смислу, „...грађанскоправна и процесноправна овлаштења представљају лице и наличје једног истог друштвеног феномена...“.¹⁵ Грађанско право регулише настанак, промјену и престанак субјективних грађанских права, а грађанско процесно право садржи претпоставке за њихову заштиту, односно представља (инструмент) заштите материјалног грађанског права¹⁶. Само постојање грађанскоправних односа је основа настанка, трајања и окончања парнице и обрнуто: парница коначно уређује грађанскоправни однос из којег је настала. На крају крајева, суд у поступку примјењује материјално право и судску одлуку (пресуду или рјешење), као суштину парнице (сублимат цјелокупне процесне активности),¹⁷ доноси на основу норми грађанског права.

У парничном поступку се расправља о грађанскоправном спору или грађанскоправној ствари. Оно што се може поставити као питање јесте – шта је то грађанскоправни спор или грађанскоправна ствар по чему се грађански судски поступак, између осталог, разликује од других грана процесног права?¹⁸ Са теоријског становишта нема јединственог става по том питању, односно не постоји поуздан теоријски критеријум за утврђивање садржаја појма „грађанскоправни спор“, односно „грађанскоправна ствар“.¹⁹ Као неспорно може се прихватити само стајалиште према којем то нису искључиво имовинскоправни односи иако по обиму обухватају највећи број парница. Квантитативно мањи број парница обухватају друге врсте друштвених односа регулисане, било законима о парничном поступку, било другим *lex specialis* законима, а који се могу квалификовати као грађанскоправни спор. Тако се у грађанском судском поступку (уз одређене специјализације поступака) штите права из статусних, личних, породичних, радних, трговач-

¹⁵ Трива, С., *Грађанско процесно право* I, Народне новине, Загреб, 1972. година, стр. 12.

¹⁶ Станковић, Г., *Грађанско процесно право*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1989. година, стр. 30; Кеча, Р. и Старовић, Б., *Грађанско процесно право*, Нови Сад, 2004. године, стр. 17–18.

¹⁷ Кеча, Р. и Старовић, Б., *op. cit.*, стр. 19.

¹⁸ Овдје као непотребно изостављамо појам грађанскоправне ствари у смислу парничне, ванпарничне, извршне и стечајне грађанскоправне ствари.

¹⁹ Трива, С., *op. cit.*, стр. 13–14.

ких и других односа. Међутим, нас овдје првенствено занима какво је стајалиште по питању неимовинских односа као грађанскоправног спора, тј. могу ли се спорови из неимовинских односа или шире, спорови који проистичу из односа који обухватају права личности, третирати као грађанскоправни.

Грађанскоправна заштита права личности

Права личности као и друга субјективна грађанска (имовинска) права су утужива, а туживост субјективног права се може дефинисати као „...особина таквог права по којој оно ужива судску заштиту, што значи да ће, на тражење свог носиоца, у случају повреде или угрожења бити правноснажно утврђено и принудно реализовано“.²⁰ Непосредни циљ грађанског судског поступка је, дакле, заштита субјективних права, а његов посредни циљ огледа се у одржавању објективног права, односно општег, друштвеног интереса.²¹ У међувремену, дошло је до проширења циљева парничног поступка тако да је његов непосредни циљ постало нешто што није субјективно право, а различито је и од општих, друштвених интереса. У питању је заштита скупних, колективних интереса²² као што је то случај са популарним тужбама (*actio popularis*) код заштите животне средине, а право на (здраву) животну средину је један од елемената права личности.²³ Дошло је и до проширења посредног циља парничног поступка у смислу да је његов задатак не само одржавање (потврђивање), већ и стварање правног поретка од стране суда.²⁴ Све се то дешава у склопу хуманизације и морализације грађанскоправних односа.²⁵

Судска заштита права личности обезбјеђује се јавноправним (уставно, управно, кривично право) и приватноправним (грађанско пра-

²⁰ Познић, Б., „Туживост субјективног права“, *Анали*, бр. 2/1969, стр. 157.

²¹ Познић, Б., *О објективним границама правноснажности грађанске пресуде*, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, 1952. година, стр. 2 и даље.

²² Тако је и у Закону о измјенама и допунама закона о парничном поступку („Службени гласник Републике Српске“, бр. 61/13) додата нова глава XXXа која гласи: „Тужба за заштиту колективних права и интереса“.

²³ Јотановић, Р., *op. cit.*, стр. 167–172.

²⁴ Водинелић, В., „Циљ и предмет парничног поступка – две рефлексije о односу субјективних права и парничног поступка“, *Анали*, бр. 2-3/1996, стр. 16–18.

²⁵ Николић, Д., „Климатске промјене и грађанско право: елементи за стратегију прилагођавања“, *Зборник Правног факултета Универзитета у Новом Саду*, бр. 4/2013, стр. 73.

во) средствима правне заштите која се међусобно не искључују, већ интегрално доприносе заштити ових добара (специфичан спој јавног и приватног права)²⁶. Међутим, грађанскоправна заштита права личности је шири у односу на јавноправна средства њихове заштите јер садржи шири спектар средстава правне заштите и тиме потпуније штити ова добра. При томе, „...грађанскоправна нарав заштите особних добара правних субјеката увијек има своју изворну предност – у рукама је самога оштећенога субјекта и само о њему овиси хоће ли покренути механизам заштите од повреда, што их је он једини у стању идентифицирати и осјетити“.²⁷

У погледу односа између јавноправног и приватноправног аспекта судске заштите права личности потребно је ставити још једну напомену. Ради се, наиме, о релацији између права личности и људских права и слобода.²⁸ Критеријум разликовања ова два појма је управо аспект правне заштите: код јавноправног аспекта говоримо о људским правима и слободама, а код приватноправног аспекта говоримо о правима личности.

Грађанскоправна заштита права личности има свој материјалноправни и процесноправни аспект. ЗОО који представља *lex generalis* за заштиту права личности садржи не само материјалноправне одредбе, већ и одредбе које задиру у подручје грађанског процесног права па самим тим имају процесни карактер. С друге стране, и процесни закони, у мањој или већој мјери, садрже материјалноправне одредбе и као такви представљају изворе облигационог права, који као *lex specialis* регулишу поједине облигационоправне односе.²⁹ ЗОО садржи више одредаба у којима користи „акцијскоправни“ модул уређења својих норми, тј. материјалноправни приступ замјењује се правозаштитним.³⁰ На крају крајева, норме материјалног права се потврђују тек кад се ефикасно примјењују у поступку, чиме се врши њихова операционализација.³¹

²⁶ Медић, Д., „Прилог расправи о концепту нематеријалне штете у Републици Српској *de lege ferenda*“, Зборник радова за XII редовно саветовање са међународним учешћем Удружења за одштетно право, Златибор, 2009. године, стр. 72.

²⁷ Радоловић, А., „Право личности у грађанском праву Хрватске“, *Владавина права*, бр. 1/1998, стр. 90.

²⁸ Јотановић, Р., *op. cit.*, стр. 83–89.

²⁹ Станковић, Г., „Закон о облигационим односима и процесни закони“, *Правни живот*, бр. 4-5/1989, стр. 828.

³⁰ Дика, М., „Неки проблеми процесне операционализације Закона о облигационим односима“, *Правни живот*, бр. 4-5/1989, стр. 858–859.

³¹ *Ibidem*, стр. 853.

Процесноправни аспекти права личности

Парнични процесноправни пропис (Закон о парничном поступку – ЗПП)³² прилагођен је (искључиво) имовинском дијелу материјалног грађанског права. Једини изузетак је што је Законом о измјенама и допунама закона о парничном поступку из 2013. године регулисана и једна одредба која се односи на његов неимовински дио, тј. права личности. Ради се о одредби којом је правни интерес код тужбе за утврђење проширен и на неимовински интерес,³³ тако да се тужба за утврђење повреде права личности може поднијети без обзира на то да ли је постављен захтјев за накнаду штете или други захтјев, у складу са посебним законом³⁴. На тај начин је уважена критика јуриспруденције о потреби установљавања „јединственог појма грађанскоправног интереса“³⁵ чиме и „...неимовински интерес представља релевантан правни интерес за покретање деклараторне судске заштите“³⁶.

У осталом дијелу ЗПП није усклађен са неимовинским дијелом грађанског права. Тако у погледу мјесне надлежности суда нема одредаба у случају спорова о правима личности³⁷ иако је нпр. регулисана једна нова надлежност у споровима ради заштите права потрошача³⁸. Исто тако, обавезна садржина тужбе која се односи на вриједност спора³⁹ би код парница поводом заштите права личности требало да буде изостављена због њихове неимовинске природе. Такође, и остале одредбе ЗПП-а које су везане за вриједност спора (парнични трошкови, састав и надлежност суда, могућност улагања правних лијекова и др.)⁴⁰ би се морале прилагодити.

За парнични судски поступак важи (уз неке изузетке) диспозициона максима према којој подношење тужбе зависи искључиво од

³² „Службени гласник Републике Српске“, бр. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09 и 61/13.

³³ Чл. 10/1 Закона о измјенама и допунама закона о парничном поступку, којим је допуњен чл. 54/1 Закона о парничном поступку.

³⁴ Чл. 10/2 Закона о измјенама и допунама закона о парничном поступку, којим је додат ст. 3 и 4 у чл. 54 Закона о парничном поступку, а досадашњи ст. 3 и 4 постали ст. 5 и 6 овог члана.

³⁵ Радоловић, А., *Права личности као категорија грађанског права*, стр. 317–318.

³⁶ Радоловић, А., *Право личности у грађанском праву Хрватске*, стр. 92.

³⁷ В. чл. 28 и 32 ЗПП-а.

³⁸ В. чл. 8 Закона о измјенама и допунама закона о парничном поступку.

³⁹ Чл. 53/2/5 ЗПП-а, односно чл. 53/2/4 Закона о измјенама и допунама закона о парничном поступку.

⁴⁰ Чл. 383–405; чл. 13; чл. 237 и др.

диспозиције тужиоца.⁴¹ Ово правило долази још више до изражаја у парницама за заштиту права личности, јер је грађанскоправна заштита у предности у односу на друга средства правне заштите права личности, зато што је она у рукама оштећеног јер је управо оштећени (евентуално и његови блиски сродници) онај којег ова повреда највише и погађа. Због тога грађанскоправна заштита права личности треба да иде „најдубље“ и покрије све могуће ситуације повреде личних добара.⁴²

Систем(и) заштите права личности

У јуриспруденцији постоје три различита приступа о томе како организовати систем правне заштите права личности у зависности од схватања да ли се ради о једном јединственом (општем) праву личности или постоји више појединачних (самосталних) права личности. Наиме, постоје различита становишта о томе да ли постоји једно „право“ личности или постоје „права“ личности.⁴³ Издвојили бисмо мишљење професора Финжгара који каже да ово питање није од посебног значаја већ је битнији начин како је организован систем грађанскоправне заштите права личности у одређеном правном систему.⁴⁴

У појединим правним системима као што је нпр. у њемачком БГБ-у и швајцарском Грађанском законнику (германска правна подручја) законодавац се определијелио за нормирање општег права личности, док нпр. француски *Code civil*, италијански *Codice civile* и аустријски Грађански законик (углавном романска правна подручја) обезбјеђују појединачну заштиту за свако право личности. Међутим, под утицајем јуриспруденције и јудикатуре многи правни системи напуштају изворни приступ регулисања права личности.⁴⁵

У нашем праву, права личности и њихова правна заштита регулисана су Законом о облигационим односима (ЗОО) и то у оквиру његових одредаба о деликтној одговорности (чл. 154–209).⁴⁶ ЗОО нормира пра-

⁴¹ Дауповић, А. и др., *Коментар Закона о парничном поступку у Федерацији Босне и Херцеговине и Републици Српској*, Сарајево, 2005. година, стр. 84.

⁴² Радоловић, А., *Право личности у грађанском праву Хрватске*, стр. 90.

⁴³ В. Јотановић, Р., *op. cit.*, стр. 56–62 и тамо наведена стајалишта домаћих и страних теоретичара о овом питању.

⁴⁴ Финжгар, А., *Права личности*, Службени лист СФРЈ, Београд, 1988. година, стр. 26–27.

⁴⁵ Јотановић, Р., *op. cit.*, стр. 58.

⁴⁶ Овдје не укључујемо уставне одредбе о правима личности, нити Европску конвенцију за

ва личности у плуралу (чл. 157/1, 199, 200/1) на начин да експлицитно регулише поједина права личности (физички и психички интегритет, лични и породични живот, углед, част, слободу) тако да изгледа да је прихваћена плуралистичка концепција. Међутим, за сва остала права личности која нису експлицитно наведена користи се општа клаузула „друга права личности“ тако да се може закључити да има мјеста и за монистичку концепцију.⁴⁷

Из наведеног произлази да (још увијек) не постоји јасно опредјељење у погледу монизма или плурализма права личности, што се рефлектује и на систем њихове правне заштите. Предност монистичког приступа огледа се у чињеници да се *numerus clausus* не исцрпљује списак права личности тако да је појавом нових права личности могуће пружити правну заштиту и на том новом, до тада незаштићеном подручју човјекове личности. Насупрот томе, правна заштита личности путем општег права је тешко одредива и може се претјерано и неоправдано проширивати, као и довести до правне импровизације. Због тога „...једно право требала би слиједити једна тужба...“⁴⁸.

Међутим, ЗОО регулише иста средства правне заштите (тужбе) за сва права личности, али су поједина права личности регулисана и неким посебним законима. Тако имамо Закон о забрани дискриминације,⁴⁹ Закон о равноправности полова у Босни и Херцеговини,⁵⁰ Закон о заштити од насиља у породици,⁵¹ Закон о здравственој заштити,⁵² Закон о заштити од клевете,⁵³ Закон о ауторском и сродним правима,⁵⁴ Закон о заштити потрошача у Републици Српској,⁵⁵ Закон о заштити лица која пријављују корупцију⁵⁶ и друге законе којима се пружа правна заштита појединачним правима личности (родни идентитет, полни интегритет, тјелесни интегритет, психички интегритет, људско достојанство, за-

заштиту људских права и основних слобода и неке друге наднационалне правне изворе као примарне у области људских права и слобода, односно права личности.

⁴⁷ Попов, Д., *Грађанско право (општи део)*, пето измењено и допуњено издање, Нови Сад, 2007. година, стр. 154; Јотановић, Р., *op. cit.*, стр. 60.

⁴⁸ Радоловић, А., „Специфични поступковноправни проблеми у заштити права особности“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, вол. 63, бр. 3-4/2013, стр. 701.

⁴⁹ „Службени гласник БиХ“, бр. 59/09 и 66/16.

⁵⁰ „Службени гласник БиХ“, бр. 32/10 – пречишћени текст.

⁵¹ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 102/12, 108/13 и 82/15.

⁵² „Службени гласник Републике Српске“, бр. 106/09 и 44/15.

⁵³ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 37/01.

⁵⁴ „Службени гласник БиХ“, бр. 63/10.

⁵⁵ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 6/12, 63/14 и 18/17.

⁵⁶ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 62/17.

штиту здравља, слободу изражавања, слободу медија и др.). У неким од ових закона регулисан је и посебан поступак за заштиту права личности, као што је то нпр. случај са Законом о заштити од клевете, Законом о заштити потрошача у Републици Српској, Законом о заштити лица која пријављују корупцију и другим законима.

Тужбе за заштиту права личности

У нашем праву систем (грађанско)правне заштите је, дакле, организован на начин да постоји јединствена заштита свих права личности регулисана одредбама ЗОО о деликтној одговорности, а да поједина права личности, због своје специфичности, имају правну заштиту регулисану посебним законима. У том контексту постоји и неколико тужби за заштиту права личности: тужба за утврђење, тужба за пропуштање, тужба за уклањање, тужба за накнаду штете (материјалне и нематеријалне) и тужба за стицање без основа.

Тужба за утврђење

Деклараторна тужба је превентивног карактера јер се подноси прије учињене повреде, тј. због пријетеће повреде права личности.⁵⁷ Одредбом чл. 54/1 ЗПП-а регулисана је тужба за утврђење која је одредбом чл. 10/1 Законом о измјенама и допунама закона о парничном поступку проширена и на права личности: „Тужилац може у тужби тражити да суд само утврди постојање, односно непостојање неког права или правног односа, *повреду права личности* (подвукао Р.Ј.) или истинитост, односно неистинитост неке исправе“.

Оваквим регулисањем је формалноправно отклоњен недостатак у погледу правног интереса тужиоца који је обавезан процесноправни елемент код подношења тужбе за утврђење.⁵⁸ До тада се под правним интересом углавном сматрао економски (материјални, имовински) интерес, а не и интерес у области личних (нематеријалних, неимовинских)

⁵⁷ Радоловић, А., *Специфични поступковноправни проблеми у заштити права личности*, стр. 702; Јотановић, Р., *Право на физички интегритет личности у грађанском праву*, докторска дисертација, Бања Лука, 2012. година, стр. 292.

⁵⁸ Познић, Б. и Ракић-Водинелић, В., *Грађанско процесно право*, Београд, 1999. година, стр. 188; Јотановић, Р., *Право на физички интегритет личности у грађанском праву*, стр. 293.

добра. Сада се може говорити о „јединственом појму грађанскоправног интереса“⁵⁹, тј. „да и неимовински интерес представља релевантан правни интерес за покретање деклараторне судске заштите...“⁶⁰.

Деклараторна тужба за повреду права личности има одређене специфичности. Право на овај облик правне заштите права личности гдје се утврђује неимовински интерес треба посматрати шире него у случају ове тужбе у имовинскоправним односима. Услови за њено подношење морају бити флексибилнији јер и судија овдје има шири дјелокруг овлашћења у смислу веће креативности код утврђивања повреда права личности па пресуда о утврђењу и нема карактер утврђења⁶¹. Због тога је битна сама функција (сврха) која се постиже, а не сам формалноправни назив тужбе, јер се пресудом којом се утврђује повреда права личности може постићи исти циљ као и пресудом донесеном на основу неких других тужби за заштиту права личности, нпр. тужбом за пропуштање или уклањање, тужбом за накнаду неимовинске штете и др.

Чини се да је посебно интересантан однос са тужбом за накнаду неимовинске штете због њене субјективно-објективне концепције и сврхе која се њоме постиже. Накнада имовинске штете досуђује се кад се утврди противправност, тј. пређена граница између дозвољене и недозвољене повреде права личности, али код неимовинске штете се тражи и додатни услов – да је таква повреда проузроковала неку од посљедица (физички или психички бол или страх). Неимовинска штета јесте најчешћи али не и једини облик сатисфакције за повреду права личности, тако да и тужба за утврђење може бити потпуна (не само превентивна) заштита ових добара. Тако нпр. Закон о кривичном поступку (ЗКП)⁶² регулише право на накнаду штете оштећеног по основу радног односа због неоправдане осуде или неоснованог лишења слободе гдје оштећено лице може тужбом захтијевати да се утврди признање времена које је изгубио због неоправдане осуде или неоснованог лишења слободе у радни стаж, односно стаж осигурања.⁶³ На овај начин оштећено лице, поред накнаде имовинске и неимовинске штете, има право и на *ex lege* признање радног стажа, односно стажа осигурања путем деклараторне пресуде.

⁵⁹ Радоловић, А., *Право личности као категорија грађанског права*, стр. 317–318.

⁶⁰ Радоловић, А., *Право личности у грађанском праву Хрватске*, стр. 92.

⁶¹ Финжгар, А., *Права личности*, стр. 50.

⁶² „Службени гласник Републике Српске“, бр. 53/12.

⁶³ Чл. 416/3 ЗКП-а.

Тужба за пропуштање

Тужба за пропуштање или квазинегаторни захтјев је типична превентивна заштита која се подноси и прије него што је уопште и дошло до конкретне повреде права личности па се тражи забрана вршења радње (уздржавање) која има за циљ повреду права личности без обзира на то да ли се ради о радњи која се припрема (пријети) или још траје или се понавља већ раније завршена радња.⁶⁴ Ова тужба регулисана је у чл. 157 ЗОО-а под називом „Захтјев да се престане са повредом права личности“⁶⁵. Иако ова одредба регулише само „престанак радње“ којом се повређују права личности, тј. радњу која је у току, *ratio legis* одговара и осталим двјема правним ситуацијама (радњи која ће услиједити и радњи која ће бити поновљена).⁶⁶ Као таква, тужба за пропуштање регулисана је као општа тужба за заштиту свих права личности.⁶⁷

Основни предуслов за подношење тужбе за пропуштање је вјероватноћа наступања повреде, односно радње којом се повређују права личности, а ова вјероватноћа постоји чим је радња повреде већ започела па постоји и бојазан да ће се и даље наставити или да ће се већ извршена радња поновити. Иако је чл. 157 ЗОО регулисан у оквиру одредаба о деликтној одговорности за проузроковану штету, наступање (не) материјалне штете није услов за подношење тужбе за пропуштање.⁶⁸ Исто тако, код тужбе за пропуштање се не траже претпоставке деликтне одговорности (штета, узрочна веза, противправност, основ одговорности) јер се не тражи ни накнада штете у новцу или натуралној реституцији, већ превентивно дјеловање како до штете не би ни дошло.

Управо због начина регулисања тужбе за пропуштање у оквиру одредаба ЗОО-а о деликтној одговорности стављају се приговори законо-

⁶⁴ Финжгар, А., *Права личности*, стр. 51–52.

⁶⁵ Према овом члану: „Свако има право захтијевати од суда или другог надлежног органа да нареди престанак радње којом се повређује интегритет људске личности, личног и породичног живота и других права његове личности“.

⁶⁶ Водинелић, В., „Облигационоправна заштита личности – деценија ЗОО: мало, али добро?“, *Закон о облигационим односима 1978 – 1988: Књига о десетогодишњици*, Београд, 1988. година, стр. 574.

⁶⁷ Насупрот томе, у швајцарском праву ова тужба се може користити само за заштиту права на име (чл. 29 Швајцарског грађанског законика).

⁶⁸ Супротно становиште заступа професор Визнер, који сматра да се овдје ради о штети али чије се поправљање не врши путем накнаде, већ натуралне реституције, в. Визнер, Б., *Коментар закона о обвезним (облигационим) односима*, Књига I, чл. 1-157, Загреб, 1978. година, стр. 666.

давцу јер може довести до забуне у погледу њене практичне примјене.⁶⁹ Истовремено није довољно тужбом само захтијевати престанак радње којом се повређује право личности или радње која још траје или да се не понови већ завршена радња, већ је потребно отклонити и већ настале посљедице ових радњи.⁷⁰

Тужба за уклањање

Тужба за уклањање или негаторски захтјев подноси се када је повреда права личности већ извршена и довршена, а стање узнемиравања још траје⁷¹. Тужилац од суда захтијева да нареди туженом уклањање (одстрањивање) стања повреде његовог права личности, тј. предузимање неке нове радње којом ће се уклонити стање (посљедице) настало претходном противправном радњом којом је повријеђено право личности или чак успостављање пређашњег стања.

За разлику од тужбе за пропуштање код које се захтијева престанак радње којом се узнемирава право личности, код тужбе за уклањање се захтијева предузимање нове радње која ће уклонити посљедице узнемиравања. Битна претпоставка за подношење обје врсте тужби јесте да стање узнемиравања и даље траје или да постоји опасност да дође до повреде права личности. У том смислу у оба случаја се ради о превентивној правној заштити, код тужбе за уклањање у погледу посљедице, а код тужбе за уклањање у погледу забране радње. Ни за тужбу за уклањање се не траже претпоставке деликтне одговорности.

С обзиром на наведене сличности, као и на чињеницу да нема експлицитне законске одредбе која регулише тужбу за уклањање, сматра се да би се у оквиру тужбе за пропуштање могла обухватити и тужба за уклањање, односно да је тужба за пропуштање само варијанта тужбе за уклањање.⁷² Исто тако, у чл. 156 ЗОО-а регулисана је тужба под називом

⁶⁹ Морант, Б., „Закон о облигационим односима и заштита права личности“, *Правна ријеч*, бр. 16/2008, стр. 149.

⁷⁰ Тако према чл. 134/1 Облигацијског законика, „Урадни лист Републике Словеније“, бр. 83/01: „Свако има право захтијевати од суд или другог надлежног органа, да нареди престанак радње којом се повређује интегритет људске личности, личног и породичног живота и других права његове личности, да забрани такву радњу или да одстрани њене посљедице (подвукао Р. Ј.)“.

⁷¹ Финжгар, А., *Права личности*, стр. 52.

⁷² Радоловић, А., *Право личности као категорија грађанског права*, стр. 320; Финжгар, А., *Права личности*, стр. 52.

„Захтјев да се уклони опасност штете“, а ради се о тзв. *actio popularis* или еколошкој тужби која би се уз „штету“ и „узнемиравање“ могла проширити и на „повреду права личности“, јер је заштита права личности једнако толико значајна, колико и заштита од штета и узнемиравања⁷³.

Тужба за накнаду (не)материјалне штете

Када је повредом права личности дошло до проузроковања штете оштећено лице може поднијети тужбу за накнаду (поправљање) материјалне или нематеријалне штете. У том случају потребно је испунити све претпоставке које се траже за деликтну одговорност штетника. Општи правни основ за подношење тужбе је регулисан у чл. 154/1 ЗОО-а,⁷⁴ а посебни правни основ за накнаду материјалне штете у чл. 193–198 ЗОО-а, односно нематеријалне штете у чл. 199–205 ЗОО-а.

Једна од основних карактеристика права личности је њихов неимовински карактер,⁷⁵ па се поставља питање легитимитета накнаде (не)материјалне штете у случају њихове повреде. Иако су права личности везана за личност титулара и као таква не могу имати еквивалент у новчаној протувриједности, у јуриспруденцији се заступа становиште да се у случају повреде ових добара ради о тзв. индиректној имовинској штети⁷⁶. У питању је специфична имовинска штета која не представља саму повреду права личности, већ је то умањење имовине или спречавање њеног повећања до којег је дошло због повреде права личности.⁷⁷

Према одредбама чл. 193–197 ЗОО-а накнада материјалне штете се досуђује у случају смрти, тјелесне повреде и оштећења здравља. У зависности од тога, разликује се неколико облика накнаде ове штете и то трошкова сахране, трошкова лијечења, изгубљене зараде и изгубљеног издржавања и помагања. Неки од ових облика накнаде материјалне штете се, по природи ствари, досуђују оштећеном лицу (трошкови

⁷³ Водинелић, В., *Облигационоправна заштита права личности – деценија ЗОО: мало, али добро?*, стр. 575.

⁷⁴ Према чл. 154/1 ЗОО-а: „Ко другоме проузрокује штету дужан је накнадити је, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице“.

⁷⁵ Јотановић, Р., *Право на физички интегритет као основа других права личности*, стр. 62–66.

⁷⁶ Радоловић, А., *Право личности као категорија грађанског права*, стр. 323.

⁷⁷ Тако нпр. имовинска штета није умањење радне или животне способности, већ је то последица те неспособности, а то је изгубљена зарада усљед неспособности за рад, в. чл. 195/1 ЗОО-а.

лијечења и трошкови изгубљене зараде), а неки члановима породице, насљедницима, издржаваним и лицима које је умрли помагао (трошкови сахране, трошкови лијечења, накнада изгубљене зараде, накнаде за изгубљено издржавање и помагање). Такође, у зависности од облика накнаде, материјална штета се може досудити једнократно уколико је познат укупан износ штете или у облику новчане ренте ако се ради о тзв. будућој штети.⁷⁸

Права личности посебно су везана за неимовинску штету или, прецизније, неимовинска штета је нужно везана за права личности и налази смисао свог постојања само у оквиру права личности. Ово из разлога што је тужба за накнаду неимовинске штете најчешћи, али не и једини начин правне заштите права личности, док не важи обрнуто, тј. неимовинска штета може се досудити само због повреде права личности. ЗОО је у чл. 155 регулисао неимовинску штету као „наношење другог физичког или психичког бола или страха (нематеријална штета)“, не везујући је за права личности, али је то учињено у неким другим члановима овог закона. Тако је у чл. 200/1 ЗОО-а регулисан новчани облик неимовинске штете који се може досудити уколико је усљед повреде права личности проузрокована нека од посљедица проистекла из те повреде, а то су физички или психички бол или страх (тзв. субјективно-објективна концепција неимовинске штете),⁷⁹ док је у чл. 199 ЗОО-а регулисан неновчани облик неимовинске штете који се досуђује у случају саме повреде права личности.

Из субјективно-објективне концепције новчане накнаде неимовинске штете усвојене у нашем праву проистиче и њена правна природа. Сврха ове накнаде, за разлику од накнаде имовинске штете, није новчана еквиваленција проузроковане штете, већ одређена репарација у смислу сатисфакције (правичне новчане накнаде, задовољења, задовољштине, болнине) оштећеном за претрпљени физички или психички бол или

⁷⁸ Јотановић, Р., *Право на физички интегритет личности у грађанском праву*, стр. 301–311.

⁷⁹ Субјективно-објективна концепција неимовинске штете усвојена у ЗОО-у је у јуриспруденцији критикована па се заговара усвајање чисто објективне концепције по којој је неимовинска штета сама повреда права личности, а физички или психички бол или страх, односно њихова јачина и трајање би представљали само један од критеријума приликом утврђивања висине новчане накнаде неимовинске штете, в. Петровић, З., „Новчана накнада нематеријалне штете и права личности“, *Правни живот*, вол. 39, бр. 1/1989, стр. 63; Мораит, Б., „Повреде личних права као услов одговорности на накнаду нематеријалне штете“, *Форум за грађанско право за југоисточну Европу – избор радова и анализа*, Књига I, Цавтат – Београд, 2010. година, стр. 316; Медић, Д., *Прилог расправи о концепту нематеријалне штете у Републици Српској de lege ferenda*, Зборник радова, Златибор, 2009, стр. 73.

страх⁸⁰. Сатисфакција има за циљ да оштећеном умјесто повријеђеног права личности за које се више не може извршити реституција, омогући одређено „задовољство“ којим ће се успоставити нарушена психичка равнотежа, чиме би се бар донекле ублажиле негативне посљедице које су проузроковане на страни оштећеног. Међутим, насупрот овако позитивноправно одређене функције новчане накнаде неимовинске штете преовлађује становиште према којем је њена примарна функција компензацијска и превентивна.⁸¹ У том смислу накнада ове штете се досуђује за непосредно проузроковану повреду права личности, али савремене тенденције иду све више ка комерцијализацији личних добара.⁸²

Закључак

Грађанско материјално право је у претежном дијелу имовинског карактера, али његов саставни дио су и неимовинска права, односно права личности, иако су квантитативно мањег обима. Сва субјективна грађанска права, како имовинска, тако и неимовинска, имају и свој процесноправни аспект, тако да можемо говорити о међусобној условљености и испреплитаности материјалноправних и процесноправних овлашћења субјеката грађанског права. У том смислу предмет грађанског судског поступка нису само имовински односи, већ и неимовински односи персонификовани у правима личности. Ово проширење појма грађанскоправног спора, односно грађанскоправне ствари, резултат је хуманизације и морализације грађанскоправних односа.

Грађанскоправна заштита права личности регулисана је одредбама и материјалних и процесних закона. Материјалноправни прописи обезбјеђују задовољавајући правни оквир за заштиту права личности. Поред ЗОО-а⁸³ као општег прописа у овој области, донесени су и бројни *lex specialis* прописи којима су поједина права личности, због своје специфичности, посебно заштићена. Међутим, ЗПП као процесни закон није у потпуности усклађен са материјалноправним прописима у погледу не-

⁸⁰ Карамарковић, Љ., „Правна природа накнаде нематеријалне штете“, у: *Накнада нематеријалне штете*, Будва, 2001. године, стр. 151 и даље.

⁸¹ Баретић, М., „Појам и функције неимовинске штете према Новом закону о обвезним односима“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, посебни бр. 56/2006, стр. 488 и даље.

⁸² Јотановић, Р., *Право на физички интегритет као основа других права личности*, стр. 66.

⁸³ Мада се и одредбама ЗОО које регулишу права личности могу ставити одређене примједбе, прије свега у погледу постојеће објективно-субјективне концепције права личности.

имовинских односа, тј. права личности. Последњим измјенама и допунама овог закона из 2013. године регулисана је и једна одредба којом је имовински интерес код деклараторне тужбе проширен и на неимовински интерес тако да сада овдје можемо говорити о јединственом појму грађанскоправног интереса. Међутим, потребно је и друге одредбе ЗПП-а прилагодити правима личности уважавајући све специфичности које ова права имају у односу на имовинска права.

У нашем праву, у складу са монистичком и плуралистичком концепцијом права личности, не постоји јединствен систем њихове грађанскоправне заштите. ЗОО регулише јединствен систем правне заштите за сва права личности. У складу са тим, тужба за утврђење, тужба за уклањање, тужба за пропуштање или тужба за накнаду (не) материјалне штете могу се поднијети за повреду свих права личности. Насупрот томе, поједини *lex specialis* прописи као нпр. Закон о заштити од клевете, Закон о заштити од насиља у породици, Закон о заштити потрошача и други, регулишу појединачне тужбе у складу са специфичностима права личности које штите.

**Radenko Jotanović, PhD, Associate Professor
at the Faculty of Law of the University in Banja Luka**

CIVIL LAW PROTECTION OF THE RIGHT TO PERSONALITY

Summary

*The main focus of this paper is a civil law aspect of the protection of the right to personality. Namely, along with public law protection which is more dominant, personality rights are also subject to private law protection which is broader, more complete and comprehensible, primarily due to the heterogeneity of mechanisms of legal protection. Hence, next to the Torts and Contracts Act as a general law, there is a number of other substantive laws acting as *lex specialis* for the protection of certain personality rights, such as Defamation Act, Domestic Violence Act, Consumer Protection Act, etc. Such substan-*

tive law aspect of the protection of personality rights is put in force through civil court proceedings based on the Civil Proceedings Act. However, the Civil Proceedings Act is, in principle, adjusted to property part of substantive civil law, hence it is necessary to make its changes and amendments in order to supplement it with provisions that would encompass nonproperty rights, i.e. personality rights. Thus, a unique system of civil law protection of property and nonproperty subjective civil rights would be established.

Key words: *rights of personality, civil proceedings, civil lawsuit, personality rights protection actions.*

URAČUNAVANJE ISPUNJENJA

Prof. dr Slobodan Stanišić*

Apstrakt: U fokusu referata su pravna dejstva i primjena dispozitivnih zakonskih pravila uračunavanja djelimičnog ispunjenja kada između subjekata obligacije postoji više istorodnih obaveza i kada dužnik uz glavnu obavezu, duguje kamate i troškove.

Ključne riječi: djelimično ispunjenje, uračunavanje, istorodne obligacije, glavna obaveza, kamate, troškovi.

1. Pojam i značaj

Uračunavanje ispunjenja je skup zakonskih pravila kojima se propisuje kada se koja od više istorodnih i samostalnih obaveza, te glavnih i sporednih obaveza koje između subjekata obligacije postoje, usljed djelimičnog ispunjenja, smatra namirenom. Navedena zakonska pravila ustanovljavaju dva različita režima uračunavanja djelimičnog ispunjenja, i to: prvi za slučaj kada između istih lica postoji više istorodnih obaveza¹, ali nema sporazuma o tome kada se koja namiruje, niti taj redoslijed odredi dužnik,² a drugi, za slučaj kada dužnik pored glavne obaveze (glavnice) duguje i sporedne obaveze kao što su kamate i troškovi.³

* Advokat iz Banje Luke i vanredni profesor Fakulteta pravnih nauka Panevropskog univerziteta "Apeiron" Banja Luka

¹ Lat. *genus* – rod, vrsta; istorodne (generične) obaveze, u smislu pravila o uračunavanju ispunjenja, jesu one obaveze čiji se predmet iscrpljuje u davanju tzv. generičkih, istorodnih ili istovrsnih i zamjenljivih stvari. Radi se o stvarima koje se određuju po rodu, vrsti, broju ili jedinici neke mjere (pšenica roda 2007. godine, šećer, ulje, bukova drva za ogrev, serijski proizvedene mašine, novac itd.) koje su rimski pravници definisali kao stvari koje se određuju vaganjem, brojanjem ili mjerenjem. (*Res que ponderare, numero, mensura consistunt*). Po pravilu, istorodne obaveze imaju za predmet novac, ali i druge zamjenljive stvari.

² Vidi čl. 312 ZOO.

³ Vidi čl. 313 ZOO.

Pravila o uračunavanju djelimičnog ispunjenja kada konkuriše više samostalnih istorodnih obaveza značajna su sa aspekta zastarjelosti⁴, dok su pravila o uračunavanju kamata i troškova značajna za utvrđivanja početka donje dužnika u ispunjenju obaveze.

Navedena pravila ne određuju samo red uračunavanja u slučaju konkurencije glavnih i sporednih potraživanja, već i redosljed uračunavanja sporednih potraživanja. Naime, u odnosu na glavno potraživanje (glavnicu), daje se prednost sporednim potraživanjima (troškovi, kamate), a u međusobnoj konkurenciji sporednih potraživanja (troškovi, kamate), zakonom se daje prioritet troškovima, tako da se oni prioritetno uračunavaju u iznos koji je dužnik dao povjeriocu kao djelimično ispunjenje.

2. Porijeklo i istorijski razvoj

Pravila o uračunavanju ispunjenja (*imputatio*⁵) poznavalo je i **rimsko pravo**. Primjenjivala su se u slučaju djelimičnog ispunjenja, ako se radilo o istorodnim i to najčešće novčanim obavezama. Po pravilu, povjerilac je bio dužan da primi djelimičnu isplatu duga, s tim da ako ono što je dužnik dao nije bilo dovoljno da podmiri sve obaveze, obaveze su se podmirivale redom koji je odredio dužnik, ali uz uslov da se povjerilac takvom redoslijedu nije usprotivio.⁶

Ako dužnik nije odredio koju obavezu isplatom zatvara, tada povjerilac stiče pravo da on odredi koju obavezu smatra ispunjenom, vodeći pri tome računa o interesima dužnika.⁷ Tek ako niko od subjekata obligacije nije ništa odredio u pogledu redoslijeda ispunjenja, plaćeni iznos se uračunava tako što se prvo otplaćuju kamate, a tek nakon uračunavanja kamata, eventualni ostatak se uračunava u glavnicu.

Kada je u pitanju uračunavanje plaćenog u glavnicu, prvo se u plaćeni dio uračunavaju obaveze koje su najprije dospjele, zatim obaveze koje su po uslovima plaćanja teže (nepovoljnije za dužnika), poslije njih obaveze koje dužnik duguje u svoje ime, te na kraju one obaveze koje su starije po datumu nastanka.⁸

⁴ B. Vizner, *Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Knjiga 2, Zagreb, 1978, str. 1192.

⁵ Lat. *imputo* – uračunati.

⁶ L. Marković, *Obligaciono pravo*, NIU Službeni list SRJ, 1997, str. 374; D. Stojčević, *Rimsko obligaciono pravo*, Zavod za izdavanje udžbenika NR Srbije, Beograd, 1960, str. 134, bilješka br. 11.

⁷ L. Marković, op. cit., str. 375.

⁸ Ibidem.

Red uračunavanja slično je uređen i u **njemačkom pravu**⁹. Razlika je uglavnom u tome što povjerilac, ni pod kojim uslovima, nema pravo da određuje red računavanja, jer je to ekskluzivno pravo dužnika. Prema tome, red uračunavanja određuje dužnik prilikom isplate. Ako dužnik nije ništa odredio u pogledu toga koja će se od više obaveza prva smatrati namirenom, prvenstveno se zatvaraju obaveze koje su dospjele. Ako se pored glavnice duguju troškovi i kamate, prvo se namiruju troškovi, zatim kamate i najzad glavnica.

U **austrijskom pravu** je usvojeno slično rješenje tako da se uračunavanje prvenstveno vrši onim redom koji je odredio dužnik prilikom ispunjenja uz mogućnost povjerioca da se tako određenom redosljedom usprotivi.¹⁰ Ako bi se povjerilac usprotivio redosljedom koji je odredio dužnik, primijenio se zakonski red uračunavanja.¹¹ Zakonski red uračunavanja po AGZ podrazumijeva da, u konkurenciji kamata i glavnice, kamate imaju prioritet nad glavnicom. Tada važi zakonska pretpostavka da je dužnik djelimičnom isplatom najprije platio kamate.¹²

Ako međusobno konkuriše više glavnica (više glavnih obaveza) ima se uračunati u plaćeno „ona koja je već bila zaiskana ili kojoj je barem dospio rok isplate, a potom ona koja bi dužniku bila najteža, kad bi on nadalje dugovao.“¹³ Slično rješenje je sadržavao i SGZ.¹⁴

Švajcarsko obligaciono pravo, slično kao i naše, jasno razdvaja pravila o uračunavanju ispunjenja u slučaju kada konkurišu glavne i sporedne obaveze, od slučaja kada međusobno konkurišu glavne obaveze (glavnice).

Naime, prema rješenju koje je usvojeno u švajcarskom pravu, dužnik može uračunati djelimičnu isplatu – u isplatu glavnice, samo ako nije u zakašnjenju sa isplatom kamate ili troškova.¹⁵ Ako je dužnik u docnji sa isplatom kamate ili troškova, neće moći uračunati djelimičnu isplatu u isplatu glavnice, već je mora uračunati u isplatu kamata ili troškova.

U slučaju postojanja više dugova, dužnik ima pravo da prilikom isplate izjavi koji dug želi da izmiri, a ako takve izjave nema, isplata se uračunava za onaj dug koji je povjerilac označio u priznanici, ako se dužnik odmah tome ne usprotivi.¹⁶

⁹ Vidi §366 i 367 NGZ (zaključno sa izmjenama iz 2013. godine).

¹⁰ Vidi §1415 AGZ.

¹¹ Vidi §1416 AGZ.

¹² A. Rušnov, *Tumač općemu austrijskom građanskom zakoniku*, Knjiga druga §§531–1502, Knjižara L. Hartmana (Stjepan Kugli), II prerađeno i popunjeno izdanje, Zagreb, str. 743.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Vidi § 886 SGZ.

¹⁵ Vidi čl. 85 st. 1 Švajcarskog saveznog zakonika o obligacijama (Codes des obligations).

¹⁶ Vidi čl. 86 st. 1 i 2 Švajcarskog saveznog zakonika o obligacijama (Codes des obligations).

Kada nema punovažne izjave ili kada priznanica ne sadrži naznačenje o tome, djelimična isplata se uračunava prema zakonom utvrđenom redosljedu.¹⁷

Nakon Drugog svjetskog rata i to do stupanja na snagu ZOO, na teritoriji Federativne Narodne Republike Jugoslavije primjenjivala su se **pravna pravila AGZ i SGZ** pod uslovima propisanim Zakonom o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. 4. 1941. godine i za vrijeme neprijateljske okupacije, a nakon 7. 4. 1954. godine i **pravila o uračunavanju ispunjenja sadržana u Opštim uzansama za promet robom**¹⁸, pod uslovom da se radilo o pravnim odnosima nastalim iz kupovine i prodaje robe i ostalih poslova prometa robom kao što su zamjena robe, poslovi posredništva, zastupništva, komisiona, prevoza, otpremništva (špedicije), uskladištenja i osiguranja.¹⁹

Do donošenja Zakona o obligacionim odnosima, važila je pretpostavka da su stranke ugovorile primjenu uzansi, osim ako njihovu primjenu nisu izričito isključile.

Pravila o uračunavanju ispunjenja sadržana u *Opštim uzansama za promet robom* su, slično današnjem zakonskom rješenju, u osnovi razlikovala dve pravne situacije.

U prvoj pravnoj situaciji, dakle, kada dužnik pored glavnice duguje kamate i troškove, „...u slučaju delimičnog ispunjenja duga, plaćena svota ide prvo na troškove spora, ako ih ima, onda na dospelu kamatu, a zatim na glavni dug.²⁰

U drugoj pravnoj situaciji, kada ima više dugova, dužnik se prilikom plaćanja *može izjasniti* koji dug plaćanjem podmiruje²¹, a ako nema takve izjave dužnika, povjerilac stiče pravo da on odredi koji se dug plaćenom svotom podmiruje, ali pod uslovom da se dužnik, odmah po saznanju, tom rasporedu ne usprotivi.²²

U slučaju da ni dužnik niti povjerilac ne označe koji se dug isplatom podmiruje, primijenije se dispozitivna pravila o uračunavanju glavnih obaveza.²³

¹⁷ Vidi čl. 87 st. 2–4 Švajcarskog saveznog zakonika o obligacijama (Codes des obligations).

¹⁸ Opšte uzanse za promet robom objavljene su u Službenom listu FNRJ br. 15/54 od 7. 4. 1954 godine.

¹⁹ Vidi Uzansu br. 1 st. 1–4 Opštih uzansi za promet robom.

²⁰ Vidi Uzansu br. 198 i presudu Vrhovnog privrednog suda SI-509/55 od 2. 9. 1955 godine.

²¹ Vidi Uzansu br. 199 st. 1.

²² Vidi Uzansu br. 199 st. 2 Opštih uzansi za promet robom.

²³ Vidi Uzansu br. 199 st. 3 Opštih uzansi za promet robom.

3. Uračunavanje ispunjenja prema Zakonu o obligacionim odnosima

Prema ZOO, subjekti obligacije mogu *sporazumno* utvrditi redosljed uračunavanja djelimičnog ispunjenja obaveze.

Međutim, samo u slučaju uračunavanja djelimično plaćenog kada između istih lica postoji više istorodnih potraživanja i kada nema sporazuma o redosljedu uračunavanja djelimično plaćenog, i dužnik može, svojom voljom, jednostrano i to najkasnije prilikom ispunjenja, odrediti redosljed uračunavanja.

Nasuprot, tome, u slučaju, kada dužnik pored glavnice, duguje kamate i troškove, a između njega i povjerioca nema sporazuma o redosljedu uračunavanja glavne i sporednih obaveza, dužnik ne može jednostrano odrediti redosljed uračunavanja, već se uračunavanje djelimično plaćenog vrši isključivo po redosljedu koji je zakon propisao za uračunavanje kada međusobno konkurišu glavne i sporedne obaveze.

3.1. Uračunavanje ispunjenja kada između povjerioca i dužnika postoji više istorodnih obaveza

3.1.1. Uvodna razmatranja i pravna priroda obligacije sa više istorodnih glavnih obaveza

U pravnim odnosima koji nastaju povodom prometa robe i usluga nisu rijetki slučajevi kada između subjekata obligacije postoji više istorodnih samostalnih potraživanja koja mogu poticati iz ugovornih ili vanugovornih izvora ili i iz jednih i drugih.

U slučaju kada dužnik duguje povjeriocu više istorodnih glavnih obaveza, riječ je o kumulativnoj obligaciji sa dva ili više različitih predmeta (davanja, činjenja ili nečinjenja) tako da se obligacija smatra ispunjenom tek kada se sve stvari predaju, odnosno sve radnje izvrše, dakle kada se sadržaj svih istorodnih obaveza ispuni.

Ako u cilju ispunjenja svoje obaveze dužnik isplati povjeriocu samo jedan njen dio koji očigledno nije dovoljan da podmiri sva njegova dugovanja, postavlja se pitanje koje je od obaveza dužnik ispunio i u kojem obimu, odnosno koje su se od navedenih obligacija ugasile, a koje nisu.

3.1.2. Voljno određivanje reda ispunjenja

Na postavljeno pitanje važeća legislativa²⁴ i pravna nauka²⁵ odgovaraju da u situaciji u kojoj između povjerioca i dužnika postoji više istorodnih obaveza, a ono što je dužnik dao na ime njihovog ispunjenja nije dovoljno da bi se namirile sve obaveze, prvo treba ispitati i utvrditi da li su se povjerilac i dužnik prethodno *sporazumjeli o redu uračunavanja plaćenog*, dakle o tome na koju će se od više postojećih istorodnih obaveza dužnikovo djelimično ispunjenje odnositi, odnosno koja bi se od postojećih obaveza dužnikovom djelimičnom isplatom smatrala namirenom.

Tek ako ovakav, prethodni sporazum povjerioca i dužnika o redu uračunavanje ne postoji, *dužnik stiče pravo da sam odredi red uračunavanja*.²⁶ On tada može odrediti na koje se postojeće i određene istorodne obaveze konkretno ispunjenje odnosi, kao i da se eventualni ostatak uračuna u izmirenje neke druge od preostalih neizmirenih istorodnih obaveza.²⁷

Kojim redom će se uračunavanje plaćenog vršiti određuje dužnik izjavom i to najkasnije prilikom ispunjenja, što znači da to može učiniti i prije ispunjenja. U svojoj izjavi kojom određuje na koju se od istorodnih obaveza odnosi njegovo djelimično ispunjenje dužnik se ne mora držati reda nastanka istorodnih obaveza, pa tako može odrediti da se ispunjenje odnosi na dugove koji su nastali kasnije, a ne na one koji su nastali ranije.²⁸ On će to učiniti ako su mu kasnije nastali dugovi više na teretu i teži za ispunjenje, jer su opterećeni kamatama. Sasvim je razumljivo da će dužnik težiti da se što prije riješi takvih potraživanja, pogotovo što njihovim namirenjem prekida tok ugovorenih kamata. On je takođe slobodan da odluči da se njegovo djelimično ispunjenje odnosi na nedospjeli dug, a ne na onaj koji je već dospio, jer za takav red uračunavanja ima neki opravdan pravni interes. Opravdani pravni interes za konkretni red uračunavanja ispunjenja dužnik ne mora da dokazuje i obražlaže povjeriocu.

Povjerilac nije ovlašćen da postupi drugačije od onoga kako je to dužnik odredio u pogledu uračunavanja ispunjenja, čak i ako bi, kao povjerilac, imao opravdan pravni interes da se plaćenim smatraju neki drugi dugovi, a ne oni koje je odredio dužnik²⁹.

²⁴ Vidi čl. 312 st. 1 ZOO.

²⁵ B. Vizner, op. cit., str. 1192; V. Gorenc, *Zakon o obveznim odnosima*, RRiF Plus, Zagreb, 1998, str. 429.

²⁶ Vidi čl. 312 st. 1 ZOO.

²⁷ B. Vizner, op. cit., str. 1192.

²⁸ V. Gorenc, op. cit., str. 429

²⁹ Ibidem; Isto tako i B. Loza u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, I Knjiga I, Savremena

Tako, na primjer, dužnik može odrediti da se njegovo ispunjenje odnosi na onaj ugovor kojim se predviđa veća kamatna stopa, a ne na onaj kojim se predviđa manja kamatna stopa.

3.1.3. Zakonska pravila o redosljedu uračunavanja ispunjenja kada između subjekata obligacije postoji više istorodnih obaveza

3.1.3.1. Redosljed uračunavanja ispunjenja prema vremenu dospelosti obaveza

Kada između povjerioca i dužnika nema sporazuma o tome koja će se od više istorodnih obaveza uračunati i ako dužnik sa svoje strane nije odredio na koju se od istorodnih obaveza njegovo djelimično ispunjenje odnosi, zakonodavac propisuje da se u tom slučaju, saglasno rimskom pravnom principu, „raniji u vremenu jači u pravu“³⁰, uračunavanje vrši onim redom kako je koja dospjela za ispunjenje.³¹ Dospjelost, kao trenutak u vremenu od kojeg povjerilac stiče pravo da traži ispunjenje od dužnika, odnosno kada dužnik treba da ispuni svoju obavezu, određuje koja će od istorodnih obaveza biti plaćenim iznosom ugašena.

Ovakvo rješenje je razumljivo, jer bi za slučaj da nije šta drugo ugovoreno u pogledu vremena ispunjenja, obavezu trebalo ispuniti odmah po njenoj dospelosti. Osim toga, dospelost kao kriterijum za određivanje reda uračunavanja ispunjenja je za dužnika najpovoljniji, pogotovo što se na taj način smatraju namirenim i ugašenim one obaveze u pogledu kojih bi se ugovorene ili zakonske kamate najduže plaćale.

Ako uračunavanje ne bi bilo vezano za dospelost obaveze, već za neki drugi trenutak u vremenu, ugovorene ili zakonske kamate na ranije dospjele obaveze bi se plaćale duže.

administracija, Beograd, 1995, str. 709.

³⁰ lat. *Prior tempore potior iure* (C. J. 8,17,3) – „Prvi po vremenu preči po pravu“. „Tko prethodi vremenski ima i veće pravo“ – citirano prema A. Romac, Minerva, *Florilegij latinskih izreka*, Biblioteka Latina et Graeca, Zagreb, 1988, str. 583, odrednica „prior“.

³¹ Vidi čl. 312 st. 2 ZOO; „Kad dužnik prilikom plaćanja nije odredio koju obvezu ispunjava, a postoji više obaveza, obaveze se namiruju redom kako je koja dospjela za ispunjenje“ (Privredni sud Hrvatske Pž-1409/93, od 2. 12. 1993), vidi i odluku Visokog trgovačkog suda R. Hrvatske, broj: Pž-2259/93, od 8. 3. 1994 godine, obje obavljene u H. Hajdarević, H. Tajčić, V. Simović, *ZOO – tri decenije sudske prakse*, Knjiga I, Privredna štampa, Sarajevo, 2011, str. 312, sent. 15 i 16.

3.1.3.2. Redoslijed uračunavanje ispunjenja prema stepenu obezbjeđenosti obaveza

Ako je više obaveza istovremeno dospjelo, plaćenim iznosom se prvo namiruju one obaveze koje su najmanje obezbijeđene, uključujući tu i one koje uopšte nisu obezbijeđene.³²

Da li je neka obaveza manje ili više obezbijeđena utvrđuje se prema vrsti i karakteru obezbjeđenja, a unutar pojedinih grupa sredstava obezbjeđenja (stvarnih ili ličnih) i u zavisnosti od toga koje je sredstvo obezbjeđenja efikasnije.³³

Kada se ocjenjuje karakter i dejstvo pojedinih sredstava obezbjeđenja prvo se postavlja pitanje da li je riječ o stvarnom (založno pravo, kapara, kaucija, avans) ili ličnom sredstvu obezbjeđenja (ugovorna kazna, penali, jemstvo). Stvarna sredstva obezbjeđenja daju povjeriocu veću sigurnost za realizaciju njegovog potraživanja jer prenose na povjerioca neko stvarno pravo, nego lična sredstva obezbjeđenja, koja samo stvaraju obavezu za dužnika ili treće lice, pa se sa tog aspekta slobodno može reći da su obaveze obezbijeđene ličnim sredstvima obezbjeđenja manje obezbijeđene i da stoga imaju prioritet u uračunavanju u odnosu na obaveze koje su obezbijeđene stvarnim sredstvima obezbjeđenja. U okviru grupe stvarnih sredstava obezbjeđenja smatraju se efikasnijim ona koja su veće vrijednosti i iz kojih će se povjerilac moći lakše namiriti, a unutar ličnih sredstava obezbjeđenja, efikasnije je ono koje uspostavlja odgovornost trećeg lica za ispunjenje obaveze dužnika (na primjer, jemstvo) od onoga koje uspostavlja samo zavisnu obavezu dužnika (na primjer, ugovorna kazna).

3.1.3.3. Redoslijed uračunavanje ispunjenja prema stepenu opterećenja dužnika

Ako su sve obaveze podjednako obezbijeđene, plaćenim iznosom se prvo namiruju one koje su dužniku na najvećem teretu.³⁴ Obaveze su podjednako obezbijeđene kada se ne može utvrditi koja je od njih manje, a koja više obezbijeđena.

U tom slučaju, prvo će se uračunati obaveza koja je dužniku na najvećem teretu kao što je, na primjer, obaveza sa većom kamatnom stopom, a potom ona koja mu je na manjem teretu, kao što je, na primjer, obaveza sa manjom kamatnom stopom.³⁵

³² Vidi čl. 312 st. 3 alineja I ZOO.

³³ B. Loza u: *Komentar ZOO...*, str. 709.

³⁴ Vidi čl. 312 st. 3 alineja II ZOO.

³⁵ Tako i B. Loza u: *Komentar ZOO...*, str. 710; V. Gorenc, op. cit., str. 430.

3.1.3.4. Redosljed uračunavanja ispunjenja prema vremenu nastanka obaveze

U slučaju kada su sve obaveze istovremeno dospjele i podjednako obezbijeđene i kada dužnika sve jednako opterećuju, kao kriterijum za redosljed uračunavanja se uzima trenutak *nastanka obaveze*, tako da se u svemu naprijed navedenom jednake obaveze uračunavaju redom kako su nastale.³⁶

3.1.3.5. Redosljed uračunavanje ispunjenja ako su sve obaveze istovremeno nastale

Ako se pak dogodi i to da su sve obaveze istovremeno nastale, ono što je dato na ime ispunjenja raspoređuje se na sve obaveze srazmjerno njihovim iznosima.³⁷ To se čini tako što se sabere vrijednost svih obaveza (na primjer, 10.000,00 KM + 20.000,00 KM = 30.000 KM) i utvrđuje procentualni udio uplaćene sume prema zbiru svih obaveza (na primjer, uplaćenih 9.000,00 KM predstavlja 30% u odnosu na zbir svih obaveza koji iznosi od 30.000 KM), pa se nakon toga prema istom procentu svaka od obaveza i namiruje. Tako, na primjer, na ime obaveze koja iznosi 10.000,00 KM uračunaće se 30% njene vrijednosti ili iznos od 3.000,00 KM, a na ime obaveze u iznosu 20.000,00 KM uračunaće se takođe 30% njene vrijednosti ili iznos od 6.000,00 KM. Na ovakav način sve obaveze se djelimično namiruju i u tom dijelu prestaju, a u preostalom dijelu i dalje terete dužnika.

Ukupan ostatak obaveze iz gornjeg primjera koji tereti dužnika iznosi 21.000,00 KM i to po osnovu jedne 7.000,00 KM, a po osnovu druge 14.000,00 KM. Povjerilac je dužan da obavijesti dužnika „...kako je izvršio raspored uplaćenog iznosa u odnosu na dospele obaveze dužnika, odnosno koje je obaveze iz tog iznosa namirio i koliko, a koje nije...“, navodeći razloge za takvo postupanje.³⁸

³⁶ Vidi čl. 312 st. 4 alineja I.

³⁷ Vidi čl. 312 st. 4 alineja II.

³⁸ B. Loza u: *Komentar ZOO...*, str. 710.

3.2. Uračunavanje ispunjenja kada se pored glavnice duguju kamate i troškovi

3.2.1. Opšta razmatranja

Iz dosadašnjih izlaganja smo vidjeli da svi razmatrani pravni sistemi, uključujući i naše pozitivno obligaciono pravo, ustanovljavaju poseban režim uračunavanja ispunjenja kada dužnik pored glavnice duguje kamate i troškove.

U tom slučaju, prilikom uračunavanja djelimično plaćenog, prednost se uvijek daje sporednim potraživanjima i to kamatama i troškovima u odnosu na glavno potraživanje. U djelimično plaćeni iznos prvo se uračunavaju troškovi koje je povjerilac imao do trenutka djelimične isplate, zatim kamate (ugovorene ili zakonske) koje su do trenutka isplate dospjele na ukupan iznos glavnog potraživanja i tek na kraju se ono što je preostalo od djelimično plaćenog iznosa uračunava u namirenje glavnice.³⁹

3.2.2. Pravna priroda obligacije u kojoj dužnik pored glavnice duguje kamate i troškove

U slučaju kada dužnik pored glavne obaveze (glavnice) duguje i sporedne i zavisne (akcesorne) obaveze, riječ je o posebnoj vrsti obligacije sa više obaveza različitog ranga u kojoj je njihov unutrašnji odnos takve prirode ...“da je jedna po svom značaju i cilju samostalna i pretežna i stoga glavna“⁴⁰ (na primjer, obaveza isplate cijene), dok druge (na primjer, obaveza plaćanja troškova i kamata) predstavljaju sporedne, nesamostalne i od glavne zavisne obaveze koje ...“služe njezinom uvećanju, upotpunjenju ili obezbjeđenju...“⁴¹ Ovakve obligacije sa više obaveza različitog ranga tako da su neke od njih glavne, a druge sporedne, predstavljaju jednu jedinstvenu obligaciju koja se smatra ispunjenom tek kada se ispune sve obaveze različitog ranga koje u njoj participiraju tj. kada se plate i glavnica i kamate i troškovi.

³⁹ Vidi čl. 313 ZOO; Uzansu br. 198 Opštih uzansi za promet robom; § 1416 AGZ (ABGB); § 367 NGZ (BGB); čl. 1254 Francuskog Code Civil; čl. 1194 Italijanskog Codice Civile; čl. 85 st. 1 Švajcarskog saveznog zakonika o obligacijama.

⁴⁰ S. Jakšić, *Obligaciono pravo*, IP Veselin Masleša, Sarajevo, 1960, str. 50.

⁴¹ Ibidem.

3.2.3. Pravila o uračunavanju ispunjenja u slučaju konkurencije glavnice, kamata i troškova prema Zakonu o obligacionim odnosima

Prema rješenju koje je prihvatilo naše obligaciono pravo, uračunavanje djelimično plaćenog u slučaju kada dužnik, pored glavnog duga, duguje i kamate i troškove, vrši se tako što se „prvo otplaćuju troškovi, zatim kamate i najzad glavnica.“⁴²

Ova zakonska pravila uračunavanja ispunjenja glavnog i sporednih potraživanja nisu prinudnog karaktera iz razloga što povjerilac i dužnik mogu sporazumno izmijeniti ovako propisan red uračunavanja.

Međutim, zakonski red uračunavanja u slučaju kada konkurišu glavno i sporedna potraživanja ne može se jednostrano mijenjati čak i slučaju kada bi dužnik, prilikom uplate, odredio koju obavezu zatvara, jer se sa takvim optranjem mora saglasiti povjerilac.⁴³

Djelimičnim plaćanjem dužnik zatvara samo dio, a ne i cijelu obavezu s obzirom na to da se, u slučaju kada dužnik duguje, pored glavnice, i kamate i troškove, ne radi o više obaveza, niti o više istorodnih obaveza, već samo o jednoj obavezi u kojoj glavni dug predstavlja samo jedan dio ukupne obaveze, dok su kamate i troškovi koje ona proizvodi drugi dio iste obaveze. Tek zajedno glavnica, kamate i troškovi čine samostalnu obavezu, pa stoga i u slučaju, kada bi povjerilac prihvatio uplatu dužnika kao otplatu glavnice, obligacija time nije prestala, sve dok se ne plate troškovi koje je povjerilac opravdano imao da bi realizovao svoje potraživanje i kamata koju je glavnica kao svoj plod proizvela u periodu od dospelosti glavne obaveze do trenutka djelimičnog ispunjenja.

Dakle, prema važećem zakonskom rješenju, djelimično plaćeni iznos se računa kao otplata glavnice, tek ako su prethodno iz plaćenog iznosa potpuno namirena sporedna potraživanja, i to: *troškovi* povjerioca koje je isti imao u cilju utvrđenja i namirenja glavnog potraživanja i *kamate* (ugovorne ili zakonske) obračunate od trenutka dospjeća glavne obaveze do trenutka plaćanja.

⁴² Vidi čl. 313 ZOO.

⁴³ “Odredbom člana 313 Zakona o obligacionim odnosima štite se prava poverioca, pa dužnik ne može jednostranom izjavom menjati redosled namirenja duga...” (Savezni sud, broj: Gzs-117/89, od 23. 11. 1989 godine – Bilten Saveznog suda br. 31/1990, str. 58).

“Ako se povjerilac i dužnik drukčije ne sporazumiju, uračunavanje nedovoljno plaćenog iznosa duga se vrši na način određen članom 313 Zakona o obligacionim odnosima, a dužnik nije ovlašten da jednostrano odredi red uračunavanja” (Vrhovni sud BiH, broj: PŽ-146/89, od 27. 11. 1989. godine – Bilten Vrhovnog suda BiH, broj 1990/1-43); Vidi i novije odluke Vrhovnog suda Republike Srpske br. Rev-57 0 Ps 014157 12 Rev od 12. 2. 2015; 57 0 Ps 0774429 14 Rev od 23. 4. 2015. i 057 0 Ps 06378 14 Rev od 30. 7. 2015 godine.

Zbog čega se naš zakonodavac opredijelio za rješenje da namirenje troškova ima prioritet u odnosu na kamate, a da namirenje kamata ima prioritet u odnosu na namirenje glavnice?

Prioritet u redosljedu uračunavanja zakon daje **troškovima** iz razloga što troškovi utvrđenja i realizacije potraživanja predstavljaju stvaran, neposredan i vremenski prioritetan izdatak povjerioca koji je nužan za ostvarenje i realizaciju njegovog potraživanja. Ovi troškovi koje povjerilac plaća već unaprijed i prije realizacije potraživanja, kao i radi prinudnog ostvarenja već postojećeg potraživanja, predstavljaju manjak u njegovoj imovini za koji on nije odgovoran, već se njihov nastanak, po pravilu, upisuje u krivicu dužniku, koji svojim držanjem (osporavanjem potraživanja, kašnjenjem u ispunjenju i neurednim ispunjenjem, izbjegavanjem da postupi po pravosnažnoj i izvršnoj sudskoj odluci) inicira nastanak izdataka (troškova), zbog čega je sasvim razumljivo da se oni prioriteto i namiruju kroz pravila o redosljedu uračunavanja djelimično plaćenog.

Da bi određene troškove koje je imao radi utvrđenja postojanja potraživanja i njegove realizacije imao pravo uračunati, povjerilac mora dokazati da je zahtjev za svaki učinjeni trošak u konkretno traženom iznosu osnovan, dakle, da po pravilima materijalnog i procesnog prava ima pravo da potražuje troškove od dužnika.

Osim toga, povjerilac će, po pravilu, imati i obavezu da dokaže da je povodom utvrđenja i realizacije potraživanja već učinio troškove, kao što su, na primjer, dokazi o plaćenim troškovima za pribavljanje zapisnika o uviđaju i fotografija lica mjesta; dokazi o plaćenim troškovima vještačenja u vansudskom postupku; troškovi dnevnica i prevoza i slično.

Povodom pokretanja i vođenja određenih kognicionih postupaka koji imaju za cilj za utvrđenje postojanja i namirenje potraživanja (na primjer, parnični, izvršni i dr.), zakonodavac propisuje obavezu snošenja određenih troškova i utvrđuje njihov iznos. Takav slučaj je sa *obavezom plaćanja sudske takse* koja je ustanovljena zakonom, a njen iznos za svaku pojedinu procesnu radnju, propisan *Taksenom tarifom* koja se nalazi u prilogu Zakona o sudskim taksama i čini njegov sastavni dio.⁴⁴ U slučaju da povjerilac, kao takseni obveznik, ne izvrši obavezu plaćanja sudske takse ili obavezu dostavljanja dokaza o plaćenju taksi,⁴⁵ dugovani iznos sudske takse će se naplatiti pri-

⁴⁴ Vidi čl. 1 st. 2 Zakona o sudskim taksama (Službeni glasnik Republike Srpske br. 73/2008, 49/09, 67/13 i 63/14).

⁴⁵ Vidi čl. 4 Zakona o sudskim taksama (Službeni glasnik Republike Srpske br. 73/2008, 49/09, 67/13 i 63/14).

nudnim putem.⁴⁶ Dakle, postojanje obaveze na snošenje navedenih troškova u zakonom propisanoj visini povjerilac nije dužan da dokazuje. Samo pravo na naknadu navedenih troškova takođe je utvrđeno posebnim procesnim zakonima.⁴⁷

Visinu nekih troškova u novcu koji su kao nužni izdatak u određenom iznosu propisani *Tarifom o nagradama i naknadi troškova za rad advokata*⁴⁸ i imaju karakter troškova postupka (parničnog, izvršnog i sl.) koji povjerilac vodi radi naplate svoga potraživanja, kao što su, na primjer, *troškovi nagrade advokatske usluge* i drugi troškovi za koje je propisana tarifa, po našem mišljenju, povjerilac ne bi morao da dokazuje, jer je pravo na naknadu navedenih troškova, kao troškova određenog postupka, utvrđeno posebnim procesnim zakonima (na primjer, Zakon o parničnom postupku⁴⁹ i dr.), a pojedini iznosi nagrade i naknade propisani i tarifama, tako da ih sud treba (mora) odmjeriti po navedenim propisima, odnosno tarifama.⁵⁰ Tako, na primjer, obaveza suda da troškove mora odmjeriti po propisanoj tarifi (tarifama), proističe iz smisla i upotrebljenih riječi i izraza sadržanih u zakonskim odredbama nekih naših procesnih zakona.⁵¹ Prema našem mišljenju, i prilikom odlučivanja o troškovima povjerioca koje je isti imao u visini propisanoj nekim drugim tarifama, a u cilju realizacije svoga potraživanja, (na primjer, Tarifa za notarske usluge i dr.), sud bi troškove morao odmjeriti upravo u visini koja je propisana navedenim tarifama.

Svi navedeni troškovi, u njihovom ukupnom iznosu, prioritarno se uračunavaju kroz pravila o redoslijedu uračunavanja djelimično plaćenog.

Kamata je naknada koju dužnik plaća za ovlašćeno ili neovlašćeno korišćenje tuđeg novca ili drugih zamjenljivih stvari čiji se iznos određuje prema visini glavnice i trajanju njenog korišćenja.⁵² To je sporedna obaveza čiji je nastanak i postojanje u neposrednoj vezi sa glavnom obavezom. Sporedna

⁴⁶ Vidi čl. 32 Zakona o sudskim taksama (Službeni glasnik Republike Srpske br. 73/2008, 49/09, 67/13 i 63/14).

⁴⁷ Na primjer, vidi čl. 383–405 Zakona o parničnom postupku (Službeni glasnik Republike Srpske br. 58/2003, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09, 61/13).

⁴⁸ Vidi čl. 1 i 2 Tarife o nagradama i naknadi troškova za rad advokata (Službeni glasnik Republike Srpske br. 68/05).

⁴⁹ Vidi čl. 383 st. 2 Zakona o parničnom postupku (Službeni glasnik Republike Srpske br. 58/2003, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09, 61/13).

⁵⁰ Tako, na primjer, vidi čl. 383 u vezi sa čl. 387 st. 2 Zakona o parničnom postupku (Službeni glasnik Republike Srpske br. 58/2003, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09, 61/13).

⁵¹ „Ako je propisana *tarifa za nagrade advokata* ili za druge troškove, ovi troškovi **odmjeriće se po toj tarifi**“ (čl. 387 st. 2 ZPP).

⁵² S. Jakšić, op. cit., str. 51, Vidi i § 993 AGZ (ABGB), čl. 277 – 279 ZOO i čl. 399, čl. 400 i čl. 402 ZOO.

obaveza plaćanja kamate ne nastaje sama za sebe, već samo ako za to postoji nekakav pravni osnov u sporazumu strana u obligaciji (ugovorna kamata) ili zakonu (zakonska kamata).

Vrijeme trajanje obaveze plaćanja kamata se, po pravilu, vezuje za vrijeme trajanja glavne obaveze. Glavnica rađa kamate, pa se iz toga razloga kaže da kamate, u stvari, predstavljaju plod⁵³ glavnice i da prate njenu pravnu sudbinu. Glavnica i kamate koje ona plodonosi, u svom zbiru odnosno ukupnosti, čine jednu jedinstvenu cjelinu, tj. jedan jedinstveni i cjeloviti dug, pa zbog toga povjerilac nije dužan da primi isplatu glavnice, ako mu povjerilac istovremeno ne plati i kamate kao njene plodove. Ovo važi i u slučaju djelimičnog ispunjenja novčanih obaveza, s obzirom na to da je zakonodavac propisao da povjerilac u tom slučaju ima pravo da prije glavnice u djelimično plaćeni iznos uračuna kamatu koja je dospjela na iznos glavnog duga (glavnice).⁵⁴

Čim prestane glavni dug prestaju i kamate shvaćene u smislu akcesorne obaveze. Tada se kamate koje su dospjele, kao obaveze, osamostaljuju, pa izgubivši svoju akcesornu prirodu, postaju glavno potraživanje.

Nakon što povjerilac iz isplaćenog iznosa namiri troškove, on stiče pravo da iz ostatka namiri dospjele ugovorne ili zakonske kamate.

Uračunavanje dospjelih ugovornih ili zatezних kamata vrši se prije uračunavanja glavnice iz razloga što na dospjelu i neisplaćenu ugovornu ili zakonsku kamatu ne teče zatezna kamata zbog zabrane *anatocizma*⁵⁵ (tj. plaćanja kamate na kamatu), osim kada je to zakonom određeno.⁵⁶

Pravilom da se dospjele ugovorne ili zakonske kamate namiruju prije glavnice štiti se povjerilac u odnosu na dužnika koji je u docnji i koji zbog toga mora da snosi štetne posljedice zakašnjenja u koje je zapao. Ako bi se plaćenim iznosom glavnica namirila prije dospjelih kamata, povjerilac bi bio oštećen, jer bi u tom slučaju, zbog namirenja (uračunavanja) glavnice, prestale da teku kamate na glavicu, dok na one dospjele, a neisplaćene kamate, kamate ne bi mogle da teku zbog zakonske zabrane anatocizma. Takvim re-

⁵³ Za razliku od tzv. prirodnih plodova koje rađaju živa bića, kamate predstavljaju tzv. civilne ili građanske plodove, jer pripadaju na osnovu nekog građanskopravnog odnosa – cit. prema S. Jakšić, op. cit., str. 51.

⁵⁴ Vidi čl. 313 ZOO.

⁵⁵ Lat. *anatocismus*; *usurae usurarum* – pretvaranje dospjelih i nenaplaćenih kamata u glavicu koja se dalje ukamaćuje tj. na koju od tada teče i dalje teče nova kamata. Riječ anatocizam vodi porijeklo od grčkih riječi: *ana* – na, gore i *tokimos* – dat na kamate, biti dat na kamate. Justinijan je zabranio kako uračunavanje dospjelih kamata u postojeću glavicu (*anatocismus coniunctus*), tako i njihovo pretvaranje u novu glavicu (*anatocismus separatus*)- citirano prema A. Romac, *Rječnik rimskog prava*, Informator, Zagreb, 1983, str. 30, odrednica “*anatocismus*”.

⁵⁶ Vidi čl. 279 st. 1 ZOO i čl. 400 st. 1 ZOO.

dosljedom uračunavanja bio bi favorizovan dužnik na štetu povjerioca, što je suprotno principu da štetne posljedice docnje treba da snosi strana koja je dospjela u zakašnjenje.⁵⁷

3.2.4. Sporne situacije u primjeni pravila o uračunavanju ispunjenja kada konkurišu glavne i sporedne obaveze

Primjena pravila o uračunavanju ispunjenja za slučaj kada dužnik pored glavnice duguje i kamate i troškove, predstavlja primjenu materijalnog prava na čiju pravilnost sud pazi tokom cijelog postupka. Da bismo bolje objasnili sporne situacije koje mogu nastati prilikom primjene pravila o uračunavanju ispunjenja u slučaju kada konkurišu glavnica, kamate i troškovi, u daljem izlaganju ćemo navesti dvije različite situacije koje se tiču primjene pomenutih pravila.

A) Prva situacija se odnosi na slučaj uračunavanja ispunjenja kada je o potraživanju naknade već odlučeno sudskom odlukom, nakon čega je izvršeno djelimično plaćanje obaveze koja je utvrđena presudom.

Tako, na primjer, ako dužnik koji je sudskom odlukom obavezan da (plati povjeriocu ukupan iznos od 33.000,00 KM i to na ime naknade nematerijalne štete iznos od 20.000,00 KM sa zakonskom zateznom kamatom počev od 1. 1. 2015. godine, na ime materijalne štete iznos od 10.000,00 KM sa zakonskom zateznom kamatom počev od 1. 1. 2014. godine do isplate, te iznos od 3.000,00 KM na ime troškova parničnog postupka u roku od 30 dana pod prijetnjom izvršenja), u cilju ispunjenja svoje ukupne novčane obaveze, dana 1. 1. 2016. godine, isplati povjeriocu 20.000,00 KM, što očigledno nije dovoljno da podmiri sva njegova dugovanja po osnovu pomenute sudske odluke, postavlja se pitanje, koje je od navedenih novčanih obaveza dužnik ispunio i u kojem obimu (u potpunosti ili djelimično), odnosno koje su se od navedenih obligacija ugasile, a koje nisu.

Ako se slijedi pravilo o redosljedu uračunavanja ispunjenja koje je usvojeno u našem pravu u plaćeni iznos od 20.000,00 KM se prvo uračunavaju troškovi parničnog postupka u iznosu od 3.000,00 KM, pa će se smatrati da su dosuđeni troškovi u navedenom iznosu i namireni. Time je obaveza plaćanja troškova utvrđena gore pomenutom sudskom odlukom prestala, odnosno ugašena. Od uplaćenog iznosa od 20.000,00 KM, nakon uračunavanja

⁵⁷ Više o tome vidi kod A. Eraković, *Prislina naplata potraživanja*, Pravna biblioteka RRIF Plus Zagreb, 1998, str. 14; Vidi i odluku Saveznog suda br. Gzs-117/89 od 23.11.1989 godine – navedeno prema A. Eraković, op. cit., str. 14.

dosuđenih troškova parničnog postupka u iznosu od 3.000,00 KM (20.000,00 KM – 3.000,00 KM = 17.000,00 KM), preostalo je još 17.000,00 KM.

U ovaj preostali iznos se, po pravilima o redosljedu uračunavanja ispunjenja glavnih i sporednih potraživanja, imaju uračunati sve zakonske zatezne kamate koje su dospjele na dosuđeni iznos naknade nematerijalne štete od 20.000,00 KM u periodu *od dana dospelja navedene naknade, tj. od 1. 1. 2015. godine* (dan utvrđenja visine naknade nematerijalne štete od strane suda), pa do 1. 1. 2016. godine, kao dana kada je dužnik platio povjeriocu iznos od 20.000,00 KM, kao i zakonske zatezne kamate koje su dospjele na dosuđeni iznos naknade materijalne štete od 10.000,00 KM u periodu od 1. 1. 2014. godine kao dana nastanka štete, pa do dana kada je dužnik isplatio povjeriocu iznos od 20.000,00 KM na ime izmirenja svojih obaveza po navedenoj presudi. Prosječna stopa zakonske zatezne kamate na godišnjem nivou u Republici Srpskoj iznosi 18%, a u Federaciji BiH je fiksirana na 12%. Na osnovu izloženoga, uz primjenu godišnje stope zakonske zatezne kamate u procentu od 18% na dosuđeni iznos nematerijalne štete od 20.000,00 KM, dužnik ima obavezu da za period 1. 1. 2015. – 1. 1. 2016. godine, na ime zakonske zatezne kamate, plati 3.600,00 KM ($20.000 \times 18\% = 3.600,00$ KM), a na dosuđeni iznos materijalne štete od 10.000,00 KM primjenom iste stope, dužnik ima obavezu, da za period 1. 1. 2014. – 1. 1. 2016. godine plati takođe 3.600,00 KM ($10.000,00 \text{ KM} \times 18\% \times 2 = 3.600,00$ KM). Iz izloženog slijedi da dužnik, u gornjem primjeru, po osnovu dospjelih kamata duguje ukupan iznos od 7.200,00 KM, pa se navedeni iznos, saglasno pravilu o uračunavanju ispunjenja kada konkurišu glavno i sporedna potraživanja, ima uračunati u iznos od 17.000,00 KM ($17.000,00 \text{ KM} - 7.200,00 \text{ KM} = 9.800,00 \text{ KM}$) koji je preostao nakon prioritetnog uračunavanja dosuđenih troškova parničnog postupka.

Nakon uračunavanja troškova i dospjelih kamata ($3.000,00 \text{ KM} + 7.200,00 \text{ KM} = 10.200,00 \text{ KM}$) u ukupan iznos koji je dužnik platio (20.000,00 KM), preostalo je još 9.800,00 KM koji se iznos sada raspoređuje za namirenje glavnog duga i to po redosljedu koji je propisan za slučaj uračunavanja ispunjenja istorodnih obaveza.

Prema navedenim pravilima, povjerilac i dužnik mogu ugovoriti redoslijed ispunjenja, a ako takvog dogovora nema, uračunavanje preostalog iznosa od 9.800,00 KM će se vršiti na način koji je odredio dužnik najkasnije prilikom ispunjenja obaveze, pa tek ako takvo ordiniranje od strane dužnika izostane, uračunavanje će se izvršiti po dospozitivnim zakonskim pravilima o uračunavanju ispunjenja istorodnih obaveza. U konkretnom primjeru, to bi

značilo da bi se u isplaćeni iznos prvo imala uračunati ona obaveza koja je prva dospjela. U našem primjeru, dosuđena obaveza naknade materijalne štete u iznosu od 10.000,00 KM dospjela je 1. 1. 2014. godine, dakle prije obaveze naknade nematerijalne štete u iznosu od 20.000,00 KM koja je dospjela 1. 1. 2015. godine, pa će se stoga dio koji je preostao nakon uračunavanja troškova i kamata u iznosu od 9.800,00 KM uračunati u otplatu duga na ime dosuđene naknade materijalne štete. Nakon izvršenog uračunavanja, prestala je obaveza dužnika za isplatu materijalne štete u iznosu od 9.800,00 KM, dok za iznos od 200,00 KM, presudom utvrđena obaveza materijalne štete i dalje postoji. Zbog toga je dužnik ostao u obavezi da povjeriocu iz osnova glavnog duga isplati ukupno 20.200,00 KM, od čega na ime naknade materijalne štete iznos od 200,00 KM, a na ime nematerijalne štete iznos od 20.000,00 KM. Na navedene iznose, povjerilac ima pravo da potražuje zakonske zatezne kamate počev od 1. 1. 2016. godine kao dana djelimičnog plaćanja pa do konačne isplate, s obzirom na to da su, uračunavanjem troškova i kamata u iznos koji je dužnik platio na dan 1. 1. 2016. godine, obaveze po osnovu troškova i kamata dospjelih na dosuđene iznose materijalne i nematerijalne štete, kao i dio obaveze glavnog duga na ime naknade materijalne štete u iznosu od 9.800,00 KM, prestale na dan plaćanja.

B) Druga situacija se odnosi na slučaj uračunavanja ispunjenja kada do plaćanja na ime izmirenja obaveze dođe u *vansudskom postupku ili u toku sudskog postupka* (parničnom, izvršnom, vanparničnom), a **prije donošenja sudske odluke**.⁵⁸

Razne obaveze dužnika koje su opterećene troškovima i kamatama mogu poticati iz jednog istog materijalnog izvora obligacija (ugovor, prouzrokovanje štete, sticanje bez osnova, poslovodstvo bez naloga, jednostrana izjava volje i dr.), ali i iz različitih materijalnih izvora, tako da, na primjer, jedna obaveza proističe iz ugovora, a druga iz prouzrokovanja štete. Kada je postojanje i obim obaveze opterećene troškovima i kamatama vidljivo iz odgovarajućih isprava koje stranka izvela kao dokaz (na primjer, ugovor o

⁵⁸ "Kad postoji više istorodnih obveza, o čijem se podmirenju dužnik i vjerovnik nisu sporazumjeli, namiruju se redosljedom propisanim odredbama čl. 312 i čl. 313 Zakona o obveznim odnosima. Te odredbe se primjenjuju: izvan spora, u sporu, tj. u parničnom postupku, ali, također i u izvršnom postupku – po čl. 14 Zakona o izvršnom postupku, naročito kad je sporno da li je plaćanje izvršeno po čl. 318 Zakona o obveznim odnosima (čl. 14 ZIP-a u vezi s čl. 312, čl. 313 i čl. 318 ZOO)". (Viši privredni sud Hrvatske, broj: Pž-2299/84, od 27. 11. 1984. godine) NAPOMENA: Sudska odluka potiče iz vremena važenja ZIP SFRJ, ali je aktuelna i danas s obzirom na čl. 21 Zakona o izvršnom postupku koji se primjenjuje od 2003. godine u Republici Srpskoj i Federaciji BiH). Odredbe čl. 318 ZOO uređuju način ispunjenja novčanih obaveza – prim. autora.

prodaji, narudžbenica, otpremnica, račun, potpisan i ovjeren izvod otvorenih stavki, troškovi prevoza i slično), a suprotna strana takvim ispravama i u njima iskazanim iznosima ne prigovara, nema razloga da sud ne prihvati dokazanim postojanje i visinu takve obaveze i pristupi uračunavanju prema zakonom utvrđenom redoslijedu, s obzirom na to da je dužnik već samim činom djelimičnog plaćanja obaveze priznao postojanje svoje obaveze, a potraživa- ne iznose glavnice, kamata i troškova ne osporava.

Za primjenu pravila o uračunavanju ispunjenja kada dužnik, pored glavnice, duguje kamate i troškove, odlučne činjenice predstavljaju dugovani iznosi glavnice, kamata i troškova, jer od iznosa glavnog duga (glavnice) koji sud priznaje povjeriocu zavisi iznos kamata koje su na iznos glavnice dospjele u periodu od nastanka obaveze do djelimičnog ispunjenja, dok od iznosa obračunatih kamata i utvrđenih troškova zavisi konačan iznos eventualnog ostatka glavnog duga nakon izvršenog uračunavanja.

Kada je u pitanju primjena pravila o uračunavanju ispunjenja, posebnu pažnju privlače slučajevi kada povjerilac potražuje od dužnika naknadu štete (materijalne i nematerijalne), kamate dospjele do trenutka djelimičnog plaćanja i troškove koji su bili nužni za ostvarenje tog potraživanja, a njegova osnovanost kao i osnovanost sporednih potraživanja tek treba da bude utvrđena u sudskom ili nekom drugom kognicionom postupku. U navedenim odštetnim građanskim parnicama, odluku o osnovanosti, a time i o obimu glavnih i sporednih potraživanja odnosno dugovanja, sud donosi tek nakon zaključenja glavne rasprave, u kojoj fazi postupka stranke više nemaju nikakvih mogućnosti u pogledu izvođenja dokaza. Primjena pravila o redoslijedu uračunavanju ispunjenja glavnog duga, kamata i troškova je znatno kompleksnija, s obzirom na to da se do zaključenja raspravljanja i donošenja sudske odluke ne zna da li je uopšte osnovano potraživanje naknade štete, koliki je obim tog potraživanja, tj. koliko iznosi glavni dug, od kada teku i koliko iznose zakonske zatezne kamate, te koliko iznose troškovi koje je povjerilac imao za ostvarenje svoga potraživanja.

O svim navedenim pravnim i činjeničnim pitanjima, uključujući tu i pitanje redoslijeda i konačnog rezultata uračunavanja u slučaju konkurencije glavnog i sporednih potraživanja, sud, dakle, odlučuje u fazi donošenja sudske odluke, odnosno, kada konačno, na pravno obavezujući način, utvrđuje koliko iznosi ostatak glavnog duga koji dužnik i dalje duguje povjeriocu.

3.2.5. Kritički osvrt na određene stavove sudske prakse u pogledu primjene pravila o redosljedu uračunavanja ispunjenja u slučaju konkurencije glavnog i sporednih potraživanja

Teškoće koje nastaju za sud prilikom primjene pravila o uračunavanju ispunjenja kada je glavni dug opterećen troškovima i kamatama, dale su poviđa da se u dijelu novije sudske prakse na nekritičan način zauzme stav da je, u cilju utvrđivanja obima troškova i dospjelih kamata koji se imaju uračunati, nužno odrediti izvođenje dokaza finansijskim vještačenjem, s obzirom na to da je za obavljanje navedenih matematičkih operacija (izračunavanje ukupnog iznosa nužnih troškova i obračun kamata, te njihovo oduzimanje od djelimično plaćenog iznosa) navodno potrebno stručno znanje kojim sud ne raspolaže, pa je zbog pravilnosti i tačnosti rezultata navedenih računskih operacija sudu nužna pomoć stručnih lica – vještaka.

Zagovornici ovakvog rezonovanja, međutim, potpuno zanemaruju da se visina potraživanja po osnovu glavnog duga, kamata i troškova i njihovo uračunavanje u djelimičnu isplatu dužnika može izvršiti uz pomoć običnih računskih operacija koje se svode na sabiranje, oduzimanje, dijeljenje i množenje i uz pomoć tehničkih pomagala koja služe za izvršavanje takvih operacija (kalkulatori, programi za obračun kamata i sl.) i da slijedom prednjeg, za obavljanje navedenih operacija sudu nije potrebna stručna pomoć drugih lica.

Osim toga, s obzirom na to da o svim pravnim i činjeničnim pitanjima, uključujući tu i pitanje redosljeda i konačnog rezultata uračunavanja u slučaju konkurencije glavnog i sporednih potraživanja, sud odlučuje u fazi donošenja sudske odluke, odnosno, u trenutku kada sud konačno, na pravno obavezujući način, utvrđuje koliko iznosi ostatak glavnog duga koji dužnik i dalje duguje povjeriocu, u nekim odlukama naših sudova⁵⁹ se počelo izražavati mišljenje da do primjene pravila o uračunavanju ispunjenja kada konkurišu glavnica, kamate i troškovi može doći tek u sudskom izvršnom postupku, a ne prije njega, jer se sve do „pravosnažnosti sudske odluke“, navodno, ne može znati, koje novčane iznose treba uračunati po osnovu troškova, kamata i glavnice u isplatu koju je dužnik izvršio.

Pozivajući se na „sudsku praksu“, bez navođenja konkretnih sudskih odluka u kojima su takvi stavovi zauzeti, ovakvo shvatanje nekih naših prvostepenih sudova počeo je podržavati i Viši privredni sud Banja Luka, izra-

⁵⁹ Vidi presude Okružnog privrednog suda u B. Luci br. 57 0 Mals 089105 10 Mals od 27. 3. 2015 godine, Osnovnog suda Brčko distrikta BiH br. 96 0 Ps 000862 09 Ps od 3. 11. 2010 godine, Okružnog privrednog suda u Doboju br. 60 0 Mals 008668 09 Mals od 29. 11. 2010 godine, Osnovnog suda u Prnjavoru br. 78 0 P 014983 12 P od 2. 10. 2014 godine.

žavajući stav da je primjena pravila o redu uračunavanja kada međusobno konkurišu glavnica, kamate i troškovi moguća „...jedino u slučaju da je na računu bila obračunata kamata, da je bila poznata i neosporena, ili da se radi o postupku izvršenja gdje bi dužnik bio obavezan na isplatu glavnog duga, kamata i troškova...“, te navodeći da je „...pretpostavka za primjenu člana 313 ZOO, tj. za uračunavanje kamata i troškova, njihova dospelost, a ovo pravo na kamate i njihova visina se može utvrditi samo pravosnažnom presudom (ili pak neosporenim računom u kojem su iskazana sva ta potraživanja).“⁶⁰

Moramo primijetiti da je izneseno rezonovanje posljedica pogrešnog razumijevanja smisla i dosega zakonskih i podzakonskih propisa o pravu na potraživanje kamata i troškova i pravu na uračunavanje ispunjenja prema zakonom propisanom redosljedju. Pravo na troškove postupka i način odmjerenja tih troškova propisani su procesnim zakonima koje smo gore pomenuli. Prema pravilima materijalnog prava, troškovi kao oblik umanjjenja imovine, dospijevaju u trenutku kada je povjerilac imao konkretne izdatke za ostvarenje svoga potraživanja, a ne u trenutku kada sud konačno, svojom odlukom, utvrdi koliko oni iznose. Visina troškova (na primjer, advokatskih) propisana je tarifom, pa je obaveza suda da ih odmjeri po toj tarifi i to, po pravilu, u trenutku kada donosi i odluku o glavnoj stvari, ako ocijeni da su potraživani troškovi bili nužni za ostvarenje potraživanja, o čemu sud odlučuju u fazi donošenja sudske odluke. To znači da visinu troškova povjerioca sud odmjerava po propisanoj tarifi već u fazi donošenja sudske odluke i da upravo iz navedenog razloga mora sam pristupiti njihovom uračunavanju u djelimičnu isplatu, jer takvo postupanje predstavlja izvršenje njegove obaveze pravilne primjene materijalnog prava.

I pravo na zakonske zatezne kamate priznato je povjeriocu pod uslovom da je dužnik u docnji sa ispunjenjem svoje novčane obaveze. Pravo na potraživanje zakonske zatezne kamate je, dakle, vezano za dospelost glavne novčane obaveze i trenutak zakašnjenja dužnika sa ispunjenjem takve obaveze⁶¹, a ne za trenutak u kojem sud utvrđuje novčani iznos kamata koje su nastale kao plod glavnog potraživanja od trenutka njegove dospelosti do trenutka djelimičnog plaćanja već ranije dospelog duga. Kao što smo već naglasili, parametri za određivanje ukupnog iznosa kamata koji se imaju uračunati u djelimičnu isplatu takođe su propisani posebnim zakonom⁶², što znači da o obimu kamata kao sporednom potraživanju, kao i o uračunavanju iznosa do-

⁶⁰ Vidi presudu Višeg privrednog suda Banja Luka r. 57 0 Ps 053379 12 Pž od 11. 10. 2013 godine.

⁶¹ Vidi čl. 277 st. 1 ZOO.

⁶² Vidi čl. 1-4b Zakona o visini stope zatezne kamate (Službeni glasnik Republike Srpske br. 19/01, 52/06 i 103/08).

spjelih kamata u djelimičnu isplatu dužnika, sud takođe odlučuje u fazi presuđenja. Odlučivanje o postojanju i obimu kamata u trenutku donošenja sudske odluke – fazi presuđenja, takođe predstavlja primjenu materijalnog prava.

Zbog toga neprihvatanje suda da u fazi donošenja sudske odluke odluči o pravu povjerioca da djelimičnu uplatu dužnika prioritarno uračuna u podmirenje troškova, zatim kamata i najzad glavnice, predstavlja pogrešnu primjenu materijalnog prava i vodi pravnoj nesigurnosti sa nesagledivim posljedicama.

S obzirom na to da se odluka prvostepenog suda može zasnovati samo na činjeničnom stanju koje je postojalo u trenutku zaključenja glavne rasprave, ni odlučivanje o nekim činjenicama koje su pravno relevantne za primjenu zakonskih pravila o redoslijedu uračunavanja ispunjenja u slučaju kada konkurišu glavne i sporedne obaveze ne se može odlagati za neki drugi trenutak koji, po pravilu, nastupa nakon toga.

Zbog toga je nepravilan, nekritičan i nezakonit gore pomenuti stav sudske prakse da je primjena pravila o redu uračunavanja kada međusobno konkurišu glavnica, kamate i troškovi moguća samo u izvršnom postupku, odnosno samo ako je odluka o postojanju troškova i kamata pravosnažna.

Ovakvo postupanje posljedica je pogrešnog stava sudova i u pogledu primjene zakonskih odredaba o izvođenju dokaza vještačenjem, te njihove odbojnosti prema obavljanju običnih računskih operacija kao što je slučaj sa izračunavanjem glavnog duga, kamata i troškova i njihovim uračunavanjem u isplaćeni dio duga.

Naime, prilikom odlučivanja o osnovanosti i obimu potraživanja naknade štete kao glavnog potraživanja, kao i prilikom odlučivanja o osnovanosti i obimu sporednih potraživanja (troškovi, kamate) sa aspekta opštih pravila materijalnog (obligacionog) prava i posebnih pravila o uračunavanju ispunjenja, sud mora utvrditi i određene pravno relevantne činjenice, kao što je, na primjer, iznos dospjelih zakonskih zatezних kamata obračunatih na iznos glavnog duga za period od dospelosti pa do dana kada je dužnik izvršio djelimičnu isplatu, te ukupan iznos troškova koje je povjerilac imao do trenutka djelimične isplate, a sve to radi njihovog uračunavanja u djelimičnu i nespecificiranu uplatu dužnika.

U takvim situacijama, kao što je, na primjer, utvrđivanje iznosa troškova, dospjelih zakonskih zatezних kamata, uračunavanje utvrđenih iznosa troškova, kamata i ostatka glavnice u iznos koji je dužnik uplatio kao djelimično izmirenje svojih obaveza, te konačno izračunavanja ostatka glavnice u skladu

sa pravilima o uračunavanju ispunjenja, postavlja se pitanje da li je sudu radi utvrđenja ili razjašnjenja navedenih činjenica koje se mogu ustanoviti običnim i osnovnim matematičkim operacijama kao što je, na primjer, sabiranje, oduzimanje, dijeljenje i množenje, potrebno stručno znanje i pomoć drugih lica, odnosno da li je potrebno da sud na prijedlog stranke odredi izvođenje dokaza vještačenjem?

Iako je finansijsko vještačenje uobičajeno dokazno sredstvo kada je u pitanju utvrđivanje činjenica koje se utvrđuju matematičkim operacijama, ipak smatramo da za utvrđenje činjenica koje su relevantne za primjenu pravila o uračunavanju ispunjenja glavnog duga, kamata i troškova sudu nije potrebna pomoć vještaka, kao stručnih lica, već da je sud dužan i da može sam da utvrdi navedene činjenice.⁶³ Pokušaćemo da za ovakvo rezonovanje ponudimo i odgovarajuće prihvatljive razloge.

Prije svega, problem uračunavanja uglavnom će se nametnuti u onim parnicama za naknadu štete kada se potražuje materijalna šteta, s obzirom na to da obaveza ove vrste naknade štete dopijeva već u trenutku nastanka ili pak popravljivanja štete, koji, po pravilu, prethodi sudskom odlučivanju. U tom slučaju, sud može, uz pomoć vještaka, utvrditi ostatak glavnog duga i odlučiti o tužbenom zahtjevu ili pak sam izvršiti sve matematičke operacije koje imaju u vidu pravila o uračunavanju ispunjenja i bez određivanja vještačenja, jer se radi, kao što smo već gore naglasili, o osnovnim matematičkim operacijama koje sudija, s obzirom na stepen obrazovanja koje ima, može sam izvršiti. Dakle, kada na osnovu izvedenih dokaza ocijeni da tužilac kao povjerilac ima pravo na naknadu štete, te kada ocijeni da li je i kada je dužnik zapao u docnju, te u kojem obimu su osnovani njegovi zahtjevi za naknadu štete i naknadu eventualnih troškova spora, sud će, s obzirom na to da mu za izvršavanje osnovnih matematičkih operacija nije potrebna stručna pomoć drugih lica, moći sam izračunati novčani iznos kamata i troškova koji povjeriocu kao tužiocu u konkretnom slučaju pripada, pa potom izvršiti uračunavanje navedenih iznosa u djelimično isplaćeni iznos po pravilima koja su zakonom propisana za slučaj kada se, pored glavnice, duguju kamate i troškovi i na taj način utvrditi kao konačan preostali iznos glavnog duga koji je dužnik u konkretnom slučaju dužan platiti povjeriocu. Ako bi tako utvrđeni ostatak glavnog duga bio manji od onoga iznosa koji je povjerilac (tužilac) zahtijevao u tužbi, sud će višak tužbenog zahtjeva odbiti kao neosnovan.

⁶³ Više o tome vidi kod S. Stanišić, „Vještačenje kao dokazno sredstvo u kognicionim postupcima“, *Pravna riječ* br. 43/2015, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2015, str. 161–169; Š. Salaj, „Uloga vještaka u parničnom postupku“, *Pravo i porezi*, XLIX, Zagreb 2000, br. 10, str. 52.

Kada je riječ o uračunavanju ispunjenja povodom potraživanja naknade nematerijalne štete, radi se o obavezama o čijoj osnovanosti i obimu sud odlučuje u vrijeme donošenja sudske odluke, tako da sve do toga trenutka nije poznat novčani iznos glavnog duga koji će sud svojom odlukom odmjeriti. Međutim, ako se ima u vidu da, prema pravilima materijalnog prava, obaveza naknade nematerijalne štete izražene u određenom broju novčanih jedinica nastaje tek u trenutku donošenja sudske odluke, problem utvrđivanja iznosa i uračunavanja kamata se neće ni pojaviti, jer do donošenja sudske odluke kamate nisu ni počele teći.

U takvoj situaciji, nakon što utvrdi iznos glavnog duga, sud će od isplaćenog iznosa odbiti samo troškove koje priznao, a potom će dobijeni ostatak djelimično plaćenog uračunati u iznos glavnog duga i tako dobiti ostatak glavnice koji dužnik povjeriocu duguje.

U slučaju da sud ipak utvrdi neki drugi trenutak dospijeca obaveze naknade nematerijalne štete koji u vremenu prethodi danu donošenja sudske odluke (na primjer, da je obaveza naknade nematerijalne štete nastupila u trenutku nastanka štete ili trenutku podnošenja tužbe), sud će morati sam izračunati iznos kamata i potom izvršiti njihovo uračunavanje u djelimičnu dužnikovu isplatu, s obzirom na to da mu za takav obračun nije potrebna pomoć stručnih lica.

Obaveza suda da prilikom odlučivanja o glavnom i sporednim potraživanjima vrši više jednostavnih matematičkih operacija za koje nije potrebna pomoć vještaka oduvijek je postojala i bila sastavni dio donošenja sudske odluke, što potvrđuju brojni slučajevi kada sud, utvrđuje stepen učešća radnje oštećenog u nastanku ukupne štete, pa potom, na osnovu zakonskog ovlašćenja, srazmjerno umanjuje ukupnu naknadu za utvrđeni procenat učešća oštećenog u ukupnoj šteti⁶⁴, kao i kada je, u slučaju djelimičnog uspjeha stranaka u parnici, ovlašćen da odredi ili da svaka stranka snosi svoje troškove, ili da jedna stranka drugoj naknadi srazmjeran dio troškova.⁶⁵ U obje situacije koje smo naveli kao primjer, sud utvrđuje visinu glavnog ili sporednog potraživanja putem jednostavnih matematičkih operacija (sabiranje, oduzimanje, množenje, dijeljenje) koje sam izvršava bez pomoći vještaka. Zbog svega gore navedenog, smatramo da sud ipak može sam i bez pomoći vještaka utvrditi ukupan iznos glavne obaveze, a isto tako i ukupan iznos troškova povjerioca, te dospjelih kamata na iznos glavnice koji je povjeriocu priznao jer se radi o jednostavnim računskim operacijama za koje sudu nije potrebna stručna pomoć

⁶⁴ Vidi čl. 192 st. 1 ZOO.

⁶⁵ Vidi čl. 386 st. 2 ZPP.

drugih lica.⁶⁶ Isto tako, s obzirom na to da se radi o osnovnim matematičkim operacijama, sud može sam, a na osnovu tako izračunatih parametara, prilikom donošenja odluke o glavnoj stvari i bez stručne pomoći vještaka izvršiti sve operacije koje se odnose na uračunavanje prethodno utvrđenih troškova, kamata i glavnice i na taj način utvrditi eventualni ostatak duga.

Zaključak

U vremenu ekonomskih i političkih kriza čiji smo savremenici, sasvim je opravdano očekivati da će i ispunjenje postojećih obaveza biti opterećeno ograničenim materijalnim mogućnostima dužnika, zbog čega i nije rijedak slučaj da lica čiju imovinu opterećuju jedna ili više obaveza i pored svoje volje ne mogu da ispune sve obaveze koje ih terete. To je i osnovni razlog što ovakvi dužnici svoju obavezu ispunjavaju samo djelimično, tako da ono što su na ime ispunjenja dali ne može da pokrije sva njihova dugovanja. U takvim situacijama djelimičnog ispunjenja obaveze, kao što smo vidjeli, povjerilac i dužnik se mogu već u trenutku zasnivanja obligacije ili pak za vrijeme njenog trajanja sporazumjeti koja će od postojećih glavnih ili sporednih obaveza navedenom djelimičnom isplatom biti namirena.

Ako do sporazuma ne dođe ili dužnik ne odredi red uračunavanja, zakonodavac je propisao pravila o redosljedju kojim će se namirivati postojeće glavne ili sporedne obaveze iz djelimične isplate koju je samoinicijativno izvršio dužnik.

Zakonska pravila o redosljedju uračunavanja odnosno namirivanja istородnih glavnih obaveza, kao i posebna pravila o ispunjavanju jedne glavne obaveze koja je opterećena troškovima i kamatama nisu kogentne prirode. Ipak, u slučaju uračunavanja glavnice, kamata i troškova, dužnik ne može jednostrano mijenjati postojeći zakonski redosljed namirenja.

Sa aspekte primjene zakonskih pravila o redosljedju uračunavanja ispunjenja kada dužnik pored glavnice duguje i kamate i troškove, kao i sa aspekta primjene posebnih pravila o dokazivanju sadržanih u pojedinim procesnim zakonima, pažnju privlače slučajevi kada povjerilac, pored glavnice, potražuje od dužnika i kamate i troškove, a osnovanost glavnog i sporednih potraživanja tek treba da bude utvrđena u sudskom postupku.

Smatramo da u takvim slučajevima naši sudovi ne mogu primjenu za-

⁶⁶ Vidi čl. 147 ZPP.

konskih pravila o uračunavanju ispunjenja uslovljavati prethodnim donošenjem sudske odluke o osnovanosti postojanja pojedinih obaveza, niti od stranaka očekivati da činjenice koje je moguće utvrditi običnim računskim operacijama, dokazuju vještačenjem. Uvjereni smo da za utvrđenje činjenica koje su relevantne za primjenu pravila o uračunavanju ispunjenja sudu nije potrebna pomoć vještaka, već da je sud dužan da utvrdi navedene činjenice jer se radi, kao što smo već gore naglasili, o osnovnim matematičkim operacijama koje sudija, s obzirom na stepen obrazovanja koje ima, može sam da izvrši.

**Slobodan Stanišić PhD, Associate Professor
Attorney from Banja Luka and Associate Professor at the Faculty of Law
of the Pan-European University “Apeiron” in Banja Luka**

SEQUENCE OF COLLECTION OF DEBT PAYMENT OBLIGATIONS

Summary

The focus of the paper are legal effects and application of the dispositive legal rules of imputation partial fulfillment of the obligation, when, between the creditor and the debtor, there are more generic obligations and when the debtor with main obligation, owes interest and costs.

Keywords: *partial fulfillment, imputation, generic obligations, main obligation, interest, costs*

**ZAMKE USAGLAŠAVANJA DOMAĆIH PROPISA SA PRAVNOM
TEKOVINOM EVROPSKE UNIJE
(Kroz primjer neustavnosti jednog domaćeg pravnog instituta)**

Prof. dr Milan Blagojević*

***Apstrakt:** Autor u radu piše o jednoj temi o kojoj kod nas do sada nije pisano. Radi se o pojavi da se prilikom usaglašavanja domaćih propisa sa pravom Evropske unije to pravo dosta često nekritički preuzima, što dovodi do toga da se time ne samo onemogućava ostvarivanje određenih ljudskih prava, već se radi i o njihovom kršenju. Ovu tezu autor je u uvodnom dijelu potkrijepio i primjerom iz Republike Hrvatske. Nakon toga, u centralnom dijelu rada ustavnopravnoj kritici podvrgnut je institut presude zbog propuštanja, s čim u vezi je ukazano na njegovu neustavnost i neracionalnost. Završni dio rada sadrži prijedloge autora o tome kako otkloniti ove nepravilnosti, čime se omogućava harmonija u domaćem pravnom poretku koja nije suprotna pravnoj tekovini Evropske unije.*

***Ključne riječi:** ustavnost, vladavina prava, neustavnost, transponovanje prava, harmonizacija prava, presuda zbog propuštanja.*

1. Uvodni dio

Prostor na kojem živimo već duže vrijeme se nalazi u procesu za koji se odomaćio izraz “pristupanje Evropskoj uniji”. Za ostvarenje tako postavljenog cilja Evropska unija je još 1993. godine uspostavila tzv. kriterijume iz Kopenhagena, koje moraju ispuniti države centralne i istočne Evrope kako bi postale članice ove asocijacije. Podsjećanja radi, treba reći da se radi o sljedećim kriterijumima:

* Sudija Okružnog suda u Banjoj Luci i vanredni profesor ustavnog prava.

- stabilnost institucija koja garantuje demokratiju, vladavinu prava, ljudska prava te poštivanje i zaštitu prava manjina;
- postojanje funkcionalne tržišne ekonomije sposobne da se suoči sa kompetitivnim pritiskom i silama tržišta unutar Evropske unije;
- sposobnost da se preuzmu obaveze članstva, uključujući privrženost ciljevima političke, ekonomske i monetarne unije;
- postojanje uslova za integraciju država kroz prilagođavanje njihovih administrativnih struktura koje omogućuju da legislativa Evropske zajednice, koja je prethodno transponovana u nacionalno zakonodavstvo, bude efektivno primjenjivana kroz odgovarajuće administrativne i pravosudne strukture.

Među navedenim kriterijumima dva su od posebne važnosti za temu ovog rada. Jedan od njih je vladavina prava, a drugi je transponovanje prava Evropske unije u domaći pravni sistem. Termin *transponovanje* upotrebljavam u smislu preuzimanja propisa, mada se on može objasniti i kao dio šireg pojma *harmonizacije* domaćeg prava sa pravom Evropske unije. S tim u vezi mogu se razlikovati tri metoda harmonizacije. Jedan je *transpozicija*, kojom se od riječi do riječi prenosi tekst propisa Evropske unije u domaće pravo. Drugi je *preformulacija*, a njome se preuzima suština obaveza koje proizlaze iz direktive. Treći metod je *upućivanje (referiranje)*, kojom se odredbe direktive mogu navesti u aneksu domaćeg propisa. No, ono što je zajedničko tim metodama jeste to što se u slučaju svake od njih radi o preuzimanju propisa Evropske unije. Dakle, ti propisi uzimaju se kao datost oko koje nema pogađanja, usljed čega se, u žurbi da tom sistemu što prije i što više izađemo u susret, iz njega sve nekritički prihvata. Iako se ne odnosi na naš prostor, primjer koji ću iznijeti u ovom uvodnom dijelu to najbolje potvrđuje, a kao posljedicu takvog nekritičkog pristupa imamo i problem kojem je posvećeno centralno mjesto u ovom radu.

Međutim, prije nego što pređem na sve to, smatram potrebnim istaći kako se ovdje često zaboravlja način na koji je u ustavnopravnom pogledu stvoren pravni poredak Evropske unije, za koji se upotrebljava i sintagma *Acquis Communautaire*. Kako ćemo vidjeti, do toga je došlo na način koji ne odgovara slovu osnivačkih ugovora ove asocijacije, a u pozadini su dvije odluke Evropskog suda pravde. Jedna od njih je odluka u predmetu *Van Gend en Loos*, u predmetu broj 26/62 iz 1963. godine. Ona je od kritične važnosti za razvoj evropskog ustavnog prava, jer su njome uspostavljeni *načelo suprema-tije i načelo direktnog dejstva* prava Evropske unije, koja predstavljaju samu

srž ustavnog prava Evropske unije¹. Druga odluka je ona donesena u predmetu *Costa v ENEL* (predmet broj 6/64 iz 1964. godine). Za tu odluku se u literaturi ističe da predstavlja jednu od tri situacije u kojima Evropski sud pravde vrši politički izbor. Naime, u navedenom predmetu takođe se postavilo pitanje da li tadašnje komunitarno pravo ima primat nad pravom država članica, o čemu nema odredaba u osnivačkim ugovorima tadašnje evropske asocijacije. Stoga je Sud i u tom predmetu na sebe preuzeo ulogu kreatora svojevrstnog ustavnog pravila koje je od tada ostalo sve do danas, prema kojem pravo Evropske unije ima primat nad nacionalnim pravom. Evropski sud pravde je taj svoj stav obrazložio tako što je u navedenoj odluci rekao da su države članice ograničile svoja suverena prava time što su formirale ovu asocijaciju i prenijele zakonodavnu nadležnost na njene institucije².

Suprematija prava Evropske unije znači, dakle, da je to pravo iznad pravnih propisa država članica, dok načelo direktnog dejstva znači da se pravo Evropske unije može neposredno primjenjivati, to jest da se na njega mogu pozivati stranke u postupcima pred nacionalnim sudovima. Prema tome, do ovih načela došlo se kroz odluke pomenutog suda, a ne na osnovu osnivačkih ugovora³.

To su, dakle, temelji iz kojih niču situacije da države koje žele pristupiti ovoj asocijaciji svoje propise bespogovorno prilagođavaju njenom pravnom poretku. Do čega to sve može dovesti, svjedoči primjer iz procesa pristupanja Republike Hrvatske Evropskoj uniji koji ću kratko iznijeti u uvodnom dijelu, nakon čega ću preći na razmatranje centralne teme ovog rada. Dakle, u procesu svog pridruživanja Evropskoj uniji Hrvatska je, između ostalog, svoje zakonodavstvo o zaštiti kolektivnih interesa potrošača morala uskladiti sa Direktivom Vijeća EEZ broj 93/13 od 5. aprila 1993. Ta direktiva sadrži propise o ugovornim odredbama koje se protive načelu savjesnosti i poštenja, a koje su ugrađene u hrvatski pravni poredak Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti potrošača ("Narodne novine", broj 78/12). Prema članu 4 stav 2 Direktive, ugovorne odredbe ne podliježu ocjeni njihove saglasnosti sa načelom poštenja (kao jednim od osnovnih načela obligacionog prava) *ako su jasno i razumljivo sastavljene*. I upravo pozivanjem na takvo "rješenje" koje je preneseno i u domaće zakonodavstvo, sudovi u Republici Hrvatskoj u sporovima povodom (ne)zakonitosti ugovora o kreditu sa valutnom klauzulom

¹ Damian Chalmers, Adam Tomkins, *European Union Public Law - Text and materials*, Cambridge University Press, 2007, p. 46.

² Stephen Weatherill and Paul Beaumont: *EU LAW*, Penguin Books, third edition, London, 1999, p. 193-194. O navedenim odlukama Evropskog suda pravde vidjeti i u Nevenko Misita, *Osnovi prava Evropske Unije*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo, 2007, str. 371.

³ Damian Chalmers, Adam Tomkins, *Ibidem*, p. 46-47.

u švajcarskom franku, odbijaju tužbene zahtjeve kojima se traži da se te ugovorne odredbe oglašavaju ništavim jer su suprotne načelima savjesnosti i poštenja kao kogentnim pravnim pravilima. Za stav da se takvi zahtjevi imaju odbiti navodi se (uz pozivanje na pomenutu Direktivu i domaći zakon usklađen sa Direktivom): “...*da su ugovorne odredbe o valutnoj klauzuli u švicarskim francima u ugovorima o kreditu sklapanim od tuženih banaka u spornom razdoblju bile razumljive, zbog čega nema ni pretpostavki za ispitivanje njihove poštenosti, a time ni razloga za njihovom ništetnosti...*”⁴.

Kako vidimo, problem koji postoji, kada je riječ o (ne)mogućnosti primjene načela poštenja u obligacionim odnosima u Republici Hrvatskoj, nije posljedica navedenih sudskih odluka, već ustavno neodrživih, bolje reći potpuno neracionalnih odredaba pomenutih domaćih zakona i jedne direktive Evropske unije. Ustavna neodrživost i neracionalnost takvih odredaba je gotovo očigledna po sebi, imajući u vidu da to što su neke odredbe u ugovoru stipulirane na jasan i razumljiv način ne znači nužno da su i u skladu sa načelima savjesnosti i poštenja, kao kogentnim pravnim propisima.

U tom smislu treba posmatrati i ono što slijedi u nastavku, a što predstavlja centralni dio ovog rada.

2. Neustavnost instituta presude zbog propuštanja

Za potpuniju sliku o ovom problemu potrebno je najprije reći kako je institut presude zbog propuštanja u naše zakonodavstvo uveden dobrim dijelom i u želji za oponašanjem nečega što postoji u nekim zemljama Evropske unije. Kad su to zemlje poput SR Njemačke ili Republike Austrije, onda ta želja postaje samo još veća, bez obzira na to što tamošnja rješenja o ovom institutu nisu pravno ispravna. O njihovoj neispravnosti biće riječi kasnije, kroz argumentaciju kojom ukazujem na sve neustavnosti i neracionalnosti instituta presude zbog propuštanja u domaćem pravu, koja argumentacija *mutatis mutandis* važi i za te inostrane institute. No, prije nego što izložim moju argumentaciju, kratko ću iznijeti ono što se u relevantnoj literaturi iznosi o presudi zbog propuštanja u Njemačkoj i Austriji.

Kada je riječ o Njemačkoj, ističe se da se presuda zbog propuštanja (u pisanom pretpostupku) može donijeti “ukoliko se tuženik drži pasivno, iako je bio upozoren na moguće posljedice pasivnosti i pozvan da se u određenom

⁴ Citirano prema presudi Vrhovnog suda Republike Hrvatske, broj Revt 249/14-2 od 9. aprila 2015. godine.

roku izjasni o svojoj spremnosti za odbranu, odnosno osporavanje tužbe”, s čim u vezi se ukazuje na to da se presuda zbog propuštanja u pisanom pretpostupku “...ne donosi zbog propuštanja dostave odgovora na tužbu kao odbrambene radnje tuženika, nego zbog propuštanja tuženika da dostavi sudu prethodnu pisanu izjavu o svojoj namjeri da se brani od tužbe.”⁵

U slučaju Austrije kaže se (kurziv u citatu je moj): “Zakonski rok za dostavu odgovora na tužbu je 4 sedmice. Dostavu odgovora *sud nalaže tuženiku odlukom protiv koje nije dopušten pravni lijek*. Ako tuženik u ostavljenom roku ne dostavi odgovor na tužbu, sud će na prijedlog tužitelja donijeti presudu zbog propuštanja...”⁶. Upravo ovakve odredbe su, u bitnom, sadržane i u našim zakonima kojima je uređen građanski sudski postupak, o čijoj neustavnosti i neracionalnosti je riječ u nastavku.

Vrijeme od potpisivanja Dejtonskog mirovnog sporazuma do danas na polju zakonodavstva o sudskim postupcima u Bosni i Hercegovini ostaće upamćeno po brojnim novim “rješenjima” i institutima, kojih do tada nije bilo na ovim prostorima. Kada je riječ o tzv. “rješenjima” iz građanskog sudskog postupka, koja to nisu u stvarnosti i zbog čega tu riječ stavljam pod navodnike, ovdje ću navesti nekoliko njih. Tako je u grani građanskog procesnog prava uvedeno pravilo da žalbeni sud u postupku po žalbi ne pazi po službenoj dužnosti na sve povrede odredaba parničnog postupka koje su od uticaja na donošenje zakonite i pravilne presude, već samo na one koje su taksativno nabrojane u odgovarajućoj odredbi domaćih zakona o parničnom postupku. Time je izbačeno staro pravilo parničnog postupka, prema kojem drugostepeni sud po službenoj dužnosti pazi u žalbenom postupku na bitne povrede odredaba parničnog postupka, a to su sve one odredbe čija povreda utiče na zakonitost i pravilnost presude. Kao posljedicu navedene novotarije imamo sljedeće slučajeve. Članom 209 stav 2 tačka 1) Zakona o parničnom postupku Republike Srpske je propisano da je *povreda odredaba parničnog postupka uvijek od uticaja na donošenje zakonite i pravilne presude* ako je, između ostalog, u njenom donošenju učestvovao *sudija koji je po zakonu morao biti isključen ili izuzet*. Prema članu 209 stav 2 tačka 4) istog zakona *povreda odredaba parničnog postupka uvijek je od uticaja na donošenje zakonite i pravilne presude* ako je, *protivno odredbama tog zakona, sud zasnovao svoju odluku na nedopuštenim raspolaganjima stranaka*. Ova odredba mora se posmatrati i tumačiti u vezi sa članom 3 stav 2 Zakona o parničnom postup-

⁵ Mr Muhamed Cimirotić, *Presuda zbog propuštanja* (doktorska disertacija), Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar, 2014, str. 77 i 78.

⁶ Mr Muhamed Cimirotić, *Ibidem*, стр. 85 и 86.

ku, koji na imperativan naćin zabranjuje sudu (dakle, ne samo prvostepenom nego i žalbenom sudu) da uvaŹi raspolaganja stranaka koja su u suprotnosti sa prinudnim propisima. Međutim, ništa od prethodno navedenog neće biti ispoštovano od strane žalbenog suda ukoliko stranka u svojoj žalbi ne pobija u tom pravcu presudu niŹestepenog suda. Naime, prema ćlanu 221 Zakona o parničnom postupku Republike Srpske žalbeni sud po službenoj duŹnosti ne pazi na povredu kako odredbe iz ćlana 209 stav 2 taćka 1), tako ni odredbe iz ćlana 209 stav 2 taćka 4) u vezi sa ćlanom 3 stav 2 tog zakona. Iz ovoga se moŹe pouzdano zakljućiti o unutrašnjim protivrjećnostima koje sadrŹi ovaj zakon, budući da se u jednom njegovom dijelu najprije pravilno propiše da se određene njegove odredbe moraju uvijek primijeniti (*jer su im dispozicije imperativnog karaktera*), nakon ćega se sve to u istom zakonu derogira time što se kaŹe da žalbeni sud na povredu tih odredaba ne pazi po službenoj duŹnosti, već samo ako stranka na to ukazuje Źalbom. Nije teško zamisliti kako zbog ove protivrjećnosti moŹemo imati (i imamo) slućajeve u kojima u postupku po žalbi bude potvrđena presuda zasnovana na nedopuštenim raspolaganjima stranaka (ili presuda donesena od strane sudije koji je morao biti izuzet ili iskljućen iz njenog donošenja), i to sve zbog toga što na takvu povredu žalbeni sud ne pazi po službenoj duŹnosti, a nijedna od stranaka u njihovim Źalbama nije pobijala niŹestepenu presudu zbog toga (a i zašto bi, kad im takva raspolaganja odgovaraju), već je presuda Źalbama stranaka pobijana iz nekih drugih drugih razloga.

Još jedan primjer protivrjećnosti koji iznosim u nastavku je od posebne vaŹnosti, s obzirom na predmet ovog rada. Rijeć je o odnosu između odredaba ćlana 70 i ćlana 167 Zakona o parničnom postupku. Potonjom zakonskom odredbom je propisano da se stranka u parnici (tuŹilac i tuŹeni) ne mogu prinuditi na davanje iskaza. To zakonsko rješenje je pravilno i u skladu je sa ustavnim pravom pojedinca na slobodu izraŹavanja. Da bi se razumio sadrŹaj ovog ustavnog prava, podsjetiću na sadrŹaj jednog drugog ustavnog prava. Radi se o pravu na slobodu vjeroispovijesti, ćiji sadrŹaj obuhvata i pravo svakog pojedinca da se ne izrazi (npr. prilikom popisa stanovništva) kojoj religiji pripada (pod uslovom da se ne radi o ateisti ili agnostiku). Ako je tako sa pravom na slobodu vjeroispovijesti, a jeste, onda drugaćije ne moŹe biti ni sa ustavnim pravom na slobodu izraŹavanja. Naime, sadrŹaj tog prava ne obuhvata samo pravo na slobodu mišljenja i javnog *izraŹavanja sopstvenih misli, već i pravo pojedinca da ne izrazi svoje misli*, u kom slućaju ne smije samo zbog toga snositi pravne posljedice (sankcije). Pri tome treba imati u vidu da ova sloboda, po prirodi stvari, ne moŹe biti garantovana licima kao što su su-

dije ili službena lica u organima uprave kada odlučuju u sudskim postupcima, odnosno u upravnim stvarima. U suprotnom, došlo bi se u situaciju u kojoj bi, priznavanjem i ovim licima prava da ne izraze svoje misli, bio onemogućen rad ovih organa javne vlasti. No, ostavljajući po strani ove izuzetke, ostalim pojedincima je ustavom garantovano pravo na slobodu izražavanja misli u smislu na koji je prethodno ukazano.

Međutim, suprotno ovom ustavnom pravu, koje je propisano i Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, Zakon o parničnom postupku u članu 70 propisuje *dužnost tuženog u parnici da, najdodnije u roku od 30 dana po prijemu tužbe, dostavi sudu pisani odgovor na tužbu*. To ne samo što je suprotno ustavnom pravu na slobodu izražavanja sopstvenih misli, koja podrazumijeva i pravo da se te misli ne izraze (pa ni odgovorom na tužbu), već član 70 protivrječi i članu 167 Zakona o parničnom postupku. Sve kulminira time što je za slučaj izostanka odgovora na tužbu propisana pravna sankcija u vidu presude zbog propuštanja, čija neustavnost je predmet ovog rada. Da bi se što bolje prikazala neustavnost ovog instituta (mada se ta neustavnost zapaža i iz već rečenog), kao i posljedice do kojih taj institut dovodi u sudskoj praksi, nastavak rada je podijeljen u tri dijela. U prvom od njih ću dijahronim komparativnim metodom ukazati na sadržaj ovog instituta i razlike u odnosu na nekadašnji institut presude zbog izostanka. Zatim ću iznijeti nekoliko primjera iz moje sud(ij)ske prakse, jer oni ilustrativno pokazuju neustavnosti instituta presude zbog propuštanja kojima se ozbiljno krše ljudsko pravo na slobodu (ne)izražavanja misli i pravo na pravično suđenje. Završni dio rada sadrži moje viđenje u kom pravcu bi trebalo poraditi na uklanjanju ove neustavnosti.

3. Presuda zbog izostanka i presuda zbog propuštanja

Raniji Zakon o parničnom postupku ("Službeni list SFRJ", broj 4/77) u članu 332 sadržavao je odredbe o institutu *presude zbog izostanka*. Međutim, prije nego što izložim suštinu tog instituta, podsjetiću na to da je prema navedenom zakonu odgovor na tužbu bio radnja na koju je tuženi imao pravo (dakle, ne obavezu), što je u skladu sa navedenim ustavnim pravom na slobodu izražavanja misli. Ovaj zaključak se izvodi sistematskim tumačenjem čl. 284 i 285 ranijeg Zakona o parničnom postupku. Naime, članom 284 tog zakona bilo je propisano da *ako predsjednik vijeća smatra da se na osnovu tužbe može dalje postupati, zakazaće, po pravilu, pripremno ročište i narediće da*

se primjerak tužbe dostavi tuženom, a ako smatra da, s obzirom na navode u tužbi i na prirodu spora, nije potrebno održavanje pripremnog ročišta, predsjednik vijeća je mogao odmah zakazati glavnu raspravu. Iz ovih odredaba proizlazi da odgovor na tužbu nije bio obavezna pravna radnja u postupku, ali kada se te odredbe dovedu u vezu sa članom 285 Zakona o parničnom postupku, prosto se nameće zaključak da zbog izostanka odgovora na tužbu tuženi nije mogao trpjeti ni bilo kakve pravne posljedice (sankcije). Naime, članom 285 ranijeg zakona bilo je propisano da prije zakazivanja pripremnog ročišta predsjednik vijeća može zatražiti od tuženog da podnese odgovor na tužbu, ako bi zbog složenosti spora ili zbog većeg broja zahtjeva stavljenih u tužbi bilo cjelishodno da se tuženi u pisanom obliku izjasni o navodima iz tužbe. U tom slučaju je tuženi imao pravo da izjavi odgovor na tužbu, a ako to ne učini predsjednik vijeća je bio dužan da zakaže pripreмно ročište ili ročište za glavnu raspravu (član 285 stav 4 ranijeg zakona). Imajući u vidu ova ustavno valjana rješenja, ne čudi što je članom 332 tog zakona bilo propisano da se presuda zbog izostanka može donijeti u sljedećim slučajevima: ako tuženi ne dođe na pripreмно ročište do njegovog zaključenja, ili na prvo ročište za glavnu raspravu ako pripreмно ročište nije održano, ili ako dođe na ova ročišta ali neće da se upusti u raspravljanje ili se udalji sa ročišta a ne ospori tužbeni zahtjev. Međutim, u svakom od tih slučajeva sud je mogao donijeti presudu zbog izostanka ako su kumulativno bili ispunjeni sljedeći uslovi:

- 1) ako je tuženi bio uredno pozvan;
- 2) ako tužilac predloži donošenje presude zbog izostanka;
- 3) ako tuženi nije podneskom osporio tužbeni zahtjev;
- 4) ako osnovanost tužbenog zahtjeva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi;
- 5) ako činjenice na kojima se zasniva tužbeni zahtjev nisu u suprotnosti sa dokazima koje je sam tužilac podnio ili sa činjenicama koje su opštepoznate;
- 6) ako ne postoje opštepoznate okolnosti iz kojih proizlazi da su tuženog spriječili opravdani razlozi da dođe na ročište.

Dakle, to su slučajevi i uslovi pod kojima je prema ranijem zakonu sud mogao donijeti presudu zbog izostanka, što ukazuje na to da *nije postojala mogućnost donošenja takve presude kao sankcije zato što tuženi nije izjavio odgovor na tužbu*. Među navedenim uslovima posebnu pažnju treba obratiti na uslov prema kojem nije bilo mjesta donošenju ove presude *ako su činjenice na kojima se zasniva tužbeni zahtjev u suprotnosti sa dokazima* koje je sam

tužilac podnio. Na ovo skrećem pažnju zbog toga što sadašnji institut presude zbog propuštanja u tom pogledu sadrži sasvim drugačiji uslov, koji i porađa probleme u sudskoj praksi. Da bi se to uočilo, neophodno je izložiti suštinu “rješenja” sadržanih u članu 182 sadašnjeg Zakona o parničnom postupku. Prema tom članu, kad tuženi kome je uredno dostavljena tužba u kojoj je tužilac predložio donošenje presude zbog propuštanja, ne dostavi pisani odgovor na tužbu u zakonskom roku, sud će donijeti presudu kojom se usvaja tužbeni zahtjev, *osim ako je tužbeni zahtjev očigledno neosnovan*. Prema istom članu, tužbeni zahtjev je očigledno neosnovan ako je protivan činjenicama navedenim u tužbi ili ako su činjenice na kojima se zasniva tužbeni zahtjev u *očiglednoj protivrječnosti* sa dokazima koje je predložio tužilac ili sa činjenicama koje su opštepoznate. Kako vidimo, zakonodavac kod ovog instituta insistira na *očiglednoj protivrječnosti* između činjeničnih navoda i dokaza iz tužbe, što omogućava da se ova presuda donese s pozivanjem da navedena protivrječnost u konkretnom slučaju *nije bila očigledna*. Ovaj problem, bolje reći neustavnost ovakvog zakonskog “rješenja”, primjećuje se tek u neustavnoj sudskoj praksi, koja će biti izložena u narednom dijelu rada.

Međutim, prije toga je neophodno istaći dvije činjenice. Prva od njih se zapaža upoređivanjem rješenja sadržanog u ranijem zakonu u vezi sa presudom zbog izostanka sa “rješenjem” iz sadašnjeg Zakona o parničnom postupku. Imajući u vidu sve što je s tim u vezi izloženo u prethodnim redovima, nije teško zaključiti da prema ranijem zakonu sam izostanak odgovora na tužbu nije povlačio pravne posljedice za tuženog, a posebno se samo zbog toga nije mogla donijeti presuda zbog izostanka. Takvo rješenje je ne samo bilo u skladu sa ustavnim pravom na slobodu (ne)izražavanja misli, koje je podrazumijevalo da se zbog samog neizražavanja misli (a to je i neizjavljivanje odgovora na tužbu) ne mogu snositi pravne posljedice (sankcije), već je takvo rješenje bilo u skladu i sa Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i sloboda. S tim u vezi od važnosti je odredba člana 6 stav 1 Konvencije, koja u relevantnom dijelu u verziji na engleskom jeziku glasi: “In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public **hearing** within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.”

U citiranom tekstu s razlogom sam apostrofirao riječ “**hearing**”, jer ona u engleskom jeziku nema samo značenje “rasprave”, kako se kod nas uglavnom prevodi ta odredba, već i značenje “*saslušanja*”, a ono *opet podrazumijeva neposredni kontakt između suda i stranaka*, naročito pred sudovima prvog stepena.

S obzirom na takvo značenje ove riječi, ne čudi što se u odgovarajućoj stručnoj literaturi s tim u vezi ukazuje da u *nekrivičnim predmetima* pravo stranke u postupku da prisustvuje usmenom saslušanju (*oral hearing*) važi za slučajeve u kojima je lični karakter ili način života stranke od važnosti za odluku suda, a da će u drugim slučajevima biti dovoljno da je na usmenom saslušanju stranka zastupana od pravника kao njenog punomoćnika⁷. Drugim riječima, bilo da se radi o slučajevima u kojima je lični karakter ili način života stranke od važnosti za odluku suda ili se radi o drugim slučajevima, potrebno je zbog adverzarnosti sudskog postupka (u koji spada i parnični postupak) omogućiti prisustvo stranke usmenom saslušanju i raspravi, s tim što će u prvom slučaju biti neophodno lično prisustvo stranke, dok će u drugom slučaju standard pravičnog suđenja biti zadovoljen i ako je na raspravi stranka zastupana od pravника kao njenog punomoćnika. U literaturi se s tim u vezi navodi da se u građanskim predmetima može odustati od prava na prisustvovanje vlastitom suđenju, ali *pod uslovom da je taj odustanak eksplicitan*, a kao potvrdu tog shvatanja poziva se na presudu Evropskog suda za ljudska prava od 21. 9. 1993. u predmetu *Zumtobel v Austria*⁸.

Ovo pravo stoga ne može biti predmet ograničenja ni u smislu člana 10 stav 2 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i sloboda, jer je poštovanje ustavnog prava na slobodu izražavanja misli standard demokratskog društva kojim se ne povređuje (niti se objektivno može povrijediti) ijedna od vrijednosti iz člana 10 stav 2 Konvencije (nacionalna i javna bezbjednost, teritorijalni integritet, zdravlje ili moral, sprečavanje nereda ili zločina, ugled ili prava drugih, povjerljive informacije, a ni autoritet i nepristrasnost sudstva).

Dakle, i ovi razlozi ukazuju na neustavnost instituta presude zbog propuštanja, jer se njime na neustavan način povređuje pravo tuženog na pravično suđenje. Do kakvih sve povreda ovog prava dolazi u praksi, pokazuju dva primjera koje ću iznijeti u narednom dijelu rada. Iz razumljivih razloga izostaviću službene brojeve sudskih predmeta i nazive stranaka.

⁷ O ovome vidjeti više u D J Harris, M O'Boyle, C Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Dublin, Edinburgh, 1995, p. 204 and 218.

⁸ Christopher Harland, Ralph Roche, Ekkehard Strauss, *A Commentary to the European Convention on Human Rights, as applied in Bosnia and Herzegovina and at Strasbourg*, Sarajevo, 2003, p. 141.

4. Primjeri iz sud(ij)ske prakse

Ono što je zajedničko primjerima koji slijede jeste to da u svakom od njih tuženi nisu izjavili odgovore na tužbe, pa je prvostepeni sud u svakom od tih slučajeva donio presude zbog propuštanja kojima je usvojio tužbene zahtjeve.

U prvom slučaju usvojen je tužbeni zahtjev pa je tuženi obavezan da tužiocu plati iznos od 764 KM (koji čine više pojedinačnih iznosa za telekomunikacione usluge), sa zakonskom zateznom kamatom. U postupku po žalbi tuženi je osnovano ukazivao na to da jedan od više iznosa po osnovu telekomunikacionih usluga (iznos od 165 KM) tuženi nije dokazao dokazima priloženim uz tužbu, jer za taj iznos uz tužbu nije dostavljen račun telekomunikacionih usluga, već izvod otvorenih stavki u kojem stoji iznos od 165 KM, ali se iz tog izvoda ne može utvrditi po kom osnovu tužilac potražuje taj iznos. Kada se postavi ovakvo pitanje pred žalbenim sudom, argumentacija sudijske koje donesu većinsku odluku (preglasavanjem) da se žalba tuženog odbije svodi se na to da, bez obzira što nema odgovarajućeg računa za pomenuti iznos, takav tužbeni zahtjev u dijelu koji se odnosi na potraživanih 165 KM nije očigledno neosnovan. Pri tome se pozivaju na odredbu člana 182 Zakona o parničnom postupku, u kojoj zaista stoji da se presuda zbog propuštanja ne može donijeti *ako je tužbeni zahtjev očigledno neosnovan*. Međutim, argumentacija koja slijedi u nastavku ukazuje ne samo na neodrživost takvih odluka žalbenih sudova već, što je važnije, na neodrživost takve zakonske odredbe koja omogućava ozbiljno kršenje ljudskih prava (u konkretnom slučaju prava na pravično suđenje i prava na imovinu). Dakle, argumentacija koju iznosim za ovaj slučaj glasi:

“Predmetnom tužbom tužilac je, između ostalog, navodio da mu tuženi *po osnovu korištenja telekomunikacionih usluga* duguje ‘za mjesec decembar 2013. iznos od 165,00 KM sa datumom dospelosti na dan 9. 1. 2014. godine...’ te za korištenje istih usluga ‘... za mjesec decembar 2013. iznos od 49,34 KM sa datumom dospelosti na dan 20. 1. 2014. godine...’. U dijelu koji se odnosi na iznos od 165 KM tužilac, za razliku od svih ostalih potraživanih iznosa, nije odgovarajućim računom za korištenje telekomunikacionih usluga dokazao to svoje potraživanje. Naime, za sve ostale pojedinačne iznose iz tužbe tužilac je dostavio dokaze u vidu odgovarajućih računa za telekomunikacione usluge po odgovarajućim mjesecima. Međutim, za potraživani iznos od 165 KM, za koji se u tužbi takođe navodi da se odnosi na korištenje telekomunikacionih usluga za mjesec decembar 2013. godine, tužilac nije dostavio

uz tužbu odgovarajući račun za telekomunikacione usluge. Umjesto toga, uz tužbu je priložen izvod otvorenih stavki na iznos od 165 KM, ali to nije račun za telekomunikacione usluge u smislu na koji je prethodno ukazano *niti se iz tog izvoda može utvrditi na koji period se odnosi i za šta se (po kom osnovu) potražuje taj iznos*. Drugim riječima, iz ovog dokaza se ne vidi da li tužilac iznos od 165 KM potražuje za izvršene telekomunikacione usluge tuženom ili pak taj iznos potražuje po nekom drugom osnovu. U slučaju da i taj iznos potražuje za izvršene telekomunikacione usluge (a to se iz pomenutog izvoda ne može utvrditi), onda je taj dokaz (izvod otvorenih stavki) u protivrječnosti sa navodima iz tužbe da za isti mjesec (decembar 2013. godine) tužilac potražuje od tuženog po istom osnovu (za izvršene telekomunikacione usluge) dva različita iznosa, od kojih jedan glasi na 165 KM, a drugi na iznos od 49,34 KM, s tim što samo za ovaj drugi iznos postoji odgovarajući račun tužioca za telekomunikacione usluge u iznosu od 49,34 KM, kojem računu kao dokazu protivrjeći navedeni izvod otvorenih stavki koji glasi na iznos od 165 KM. Stoga se osnovano žalbom tuženog ukazuje na to da u navedenom dijelu, koji se odnosi na potraživani iznos od 165 KM, tužilac u tužbi nije učinio osnovanim taj dio njegovog zahtjeva. Sve to ukazuje da se nije mogla donijeti presuda zbog propuštanja.”

U narednom primjeru tuženi je još drastičnije oštećen sudskom odlukom, jer je obavezan da tužiocu plati iznos od 2.047 KM. I u ovom slučaju većina sudija članova žalbenog vijeća je smatrala da dokazi tužioca koji su međusobno protivrječni ne ukazuju na očiglednu neosnovanost tužbenog zahtjeva. Naime, većini sudija članova žalbenog vijeća bilo je dovoljno što se iznos od 2.047 KM pojavljuje u jednom od dokaza dostavljenih uz tužbu, pa zbog toga drugi dokaz tužioca, *koji je sadržavao manji iznos*, nije ukazivao da je tužbeni zahtjev očigledno neosnovan. Međutim, koliko je neosnovana ova argumentacija, a time posredno i zakonska odredba prema kojoj se presuda zbog propuštanja ne može donijeti *ako je tužbeni zahtjev očigledno neosnovan*, ukazuju sljedeći razlozi iz izdvojenog neslažućeg mišljenja koje iznosim u nastavku:

“Žalbom tuženog između ostalog se ističe da nisu tačni podaci iz kartice potrošača na kojoj tužilac temelji svoj tužbeni zahtjev. S tim u vezi ukazujem na to da je tužilac uz tužbu podnio i kao dokaze izveo isprave koje su međusobno protivrječne u pogledu visine njegovog potraživanja.

Tužilac tužbeni zahtjev opredjeljuje na glavni iznos od 2.047,41 KM, što odgovara njegovoj kartici potrošača štampanoj 9. 3. 2015. godine (posljednja 10. strana te kartice). Međutim, tužilac je uz tužbu dostavio i kao

dokaz izveo i karticu potrošača po reprogramu, iz koje proizlazi da mu tuženi ima obavezu uplatiti 968,75 KM za isporučenu električnu energiju, a ne 2.047,41 KM.

Očigledno je, dakle, da su pomenuti dokazi koje je tužilac priložio uz tužbu međusobno protivrječni u pogledu iznosa tužiočevog potraživanja prema tuženom, a koja protivrječnost je morala biti otklonjena samo na glavnoj raspravi.”

5. Završni dio

Vjerujem da su prethodna dva primjera bila dovoljno ilustrativna da ukažu ne samo na pravnu i moralnu neodrživost dominirajuće sudske prakse koja se razvila kod nas, već i na ustavnu i moralnu neodrživost instituta presude zbog propuštanja, s čim u vezi treba imati u vidu ne samo te primjere nego i sve ostale razloge iznijete u radu. Stvar postaje još složenija u onim slučajevima u kojima se tužba tuženom dostavlja na odgovor putem oglasne table suda i u dnevnim novinama, nakon čega se i tada donose presude zbog propuštanja. U takvim slučajevima, dakle, ove presude i ne stignu do žalbenog suda, jer ih prvostepeni sudovi tuženom dostavljaju takođe putem svoje oglasne table, a potom utvrđuju njihovu pravnosnažnost po proteku roka za žalbu, koji za tuženog teče od dana stavljanja takve presude na oglasnu tablu suda. Jednostavnije kazano, u takvim slučajevima ovakve presude postaju pravnosnažne, pa tužioci na osnovu njih podnose prijedloge za izvršenje u sudskom izvršnom postupku, nakon čega sudovi u tom postupku prinudno izvršavaju presude, bez obzira na to što su očigledno neustavne zbog neustavnosti instituta presude zbog propuštanja. Stoga sam ovim radom nastojao da ukažem na svu pravnu i moralnu neodrživost ne samo sudske prakse, već prije svega na istu takvu neodrživost presude zbog propuštanja kao instituta koji omogućuje takvo neustavno postupanje domaćih sudova.

Svakako da se sada, barem od onih koji će se složiti sa mojom argumentacijom, sasvim opravdano postavlja pitanje kako sve ovo odstraniti iz zakonodavstva i prakse, na jednoj, te kako omogućiti efikasno odvijanje sudskih postupaka u ovakvim predmetima na drugoj strani. Jedan od načina je svakako taj da odgovarajući ustavni sudovi kod nas oglase neustavnim kako zakonske odredbe o presudi zbog propuštanja, tako i one odredbe važećih zakona o parničnom postupku koji propisuju dužnost tuženog da izjavi odgovor na tužbu. Međutim, s obzirom na činjenicu da te odredbe neustavno perzistiraju

već mnogo godina, bez odgovarajuće reakcije ustavnih sudova, očekivati je da ih ti sudovi ni u budućnosti neće kasirati. Stoga ostaje na domaćim zakonodavcima da odgovarajućim izmjenama i dopunama u ovdašnjim zakonima o parničnom postupku brišu te odredbe i tako onemogućuće njihovo važenje u budućnosti, a da se umjesto njih u zakone vrati institut presude zbog izostanka, kako je bio riješen u ranijem Zakonu o parničnom postupku bivše SFRJ. Time se omogućava harmonija u domaćem pravnom poretku, koja nije suprotna pravnoj tekovini Evropske unije.

Literatura

Christopher Harland, Ralph Roche, Ekkehard Strauss, *A Commentary to the European Convention on Human Rights, as applied in Bosnia and Herzegovina and at Strasbourg*, Sarajevo, 2003.

Damian Chalmers, Adam Tomkins, *European Union Public Law - Text and materials*, Cambridge University Press, 2007.

D J Harris, M O'Boyle, C Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Dublin, Edinburgh, 1995.

Muhamed Cimirotić, *Presuda zbog propuštanja* (doktorska disertacija), Pravni fakultet Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru, Mostar, 2014.

Nevenko Misita, *Osnovi prava Evropske Unije*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo, 2007.

Stephen Weatherill, Paul Beaumont, *EU LAW*, Penguin Books, third edition, London, 1999

**Milan Blagojević, PhD, Professor
Judge of the District Court in Banja Luka
and Associate Professor of Constitutional Law**

**NOOSES OF HARMONIZATION OF DOMESTIC REGULATIONS
WITH LEGAL HERITAGE OF EUROPEAN UNION
(Through example of unconstitutionality of one domestic legal institute)**

Summary

In this paper the author writes on one topic which is not written about so far at us. It is word on appearance that during harmonization of domestic regulations with the law of European Union, law of the EU is very often uncritically transposed into domestic legal order. As a consequence, i.e. due to that it is not possible to realise some human rihgts, and in practice it leads to the violating of these rights as well. This thesis is corroborated by example from Republic of Croatia. In central part of the paper domestic legal institute of default judgement is subjected to the constitutional-legal critique in a way which points out unconstitutionality and irrationality of that institute. In the final part the author has given proposals how to remove such irregularities in a way which enables harmony in domestic legal order and it is not contrary to the legal heritage of European Union.

Key words: *constitutionality, rule of law, unconstitutionality, transposition of law, harmonization of law, default judgement.*

ПРИРОДА (ПОСТ)КОНФЛИКТНЕ ЗАШТИТЕ ПРАВА НА НЕПОКРЕТНОСТИМА НА КОСОВУ И МЕТОХИЈИ У ПОСТУПЦИМА ПРЕД СПЕЦИЈАЛИЗОВАНИМ ТЕЛИМА УНМИК-а

Доц. др Душко Челић*

***Апстракт:** У раду је анализирана квазинормативна и квази-судска пракса специјализованих тела Привремене управе уједињених нација на Косову и Метохији (УНМИК-а), у области (пост)конфликтне реституције стварних права на стамбеним непокретностима. Аутор је мишљења да специјални представник генералног секретара ОУН за Косово и Метохију није био овлашћен да мења затечени правни поредак, како општи, тако и онај везан за регулисање правних односа поводом непокретности. Легалитет нормативне делатности специјалног представника је, са становишта правног поретка Републике Србије, упитан. Имајући у виду наведене чињенице, о правном оквиру и општим правним актима УНМИК-а, као и о њиховом правном карактеру, можемо говорити само условно.*

Анализом “правног” положаја “Дирекције” и “Комисије” и правне природе заштите које су пружале у сегменту реституције стварних права на непокретности намењених становању (захтеви “Ц категорије”), може се констатовати да постоје озбиљни недостаци “правног оквира” у којима су деловале. Они се односе, пре свега, на ограниченост “правне заштите” у погледу рокова као и у погледу њене садржине, која је искључивала право на накнаду штете.

***Кључне речи:** Привремена управа уједињених нација на Косову и Метохији (УНМИК), “Дирекција за стамбена и својинска питања” (“НРД”), “Комисија за решавање стамбених и имовинских захтева” (“НРСС”), захтеви “Ц категорије”.*

* Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици.

I Увод

Након противправне агресије Северноатлантског војног савеза на Савезну Републику Југославију, на Косову и Метохији успостављена је Привремена управа Уједињених нација (УНМИК), чији је мандат одређен Резолуцијом Савета безбедности ОУН бр. 1244 од 10. јуна 1999. године. Овом резолуцијом установљено је и “међународно безбедносно присуство” (КФОР). Надлежности КФОР-а укључивале су, између осталог: одржавање прекида ватре, демилитаризацију “ОВК”, успостављање безбедносног окружења, осигурање јавне безбедности и реда, уклањање мина и обезбеђење државне границе. У вршењу наведених дужности КФОР не само да није успео, већ је досадашњи период његовог мандата обележен систематским кршењем појединих људских права становника Косова и Метохије, нарочито српског и другог неалбанског становништва. У периоду од 10. јуна 1999. до краја новембра 2001. године, на Косову и Метохији је убијено 709 лица српске националности и 71 лице других неалбанских националности, принудно нестало (отето) 1.002 лица српске националности и 152 припадника других националности.¹ Поменути процес безвлашћа и албанског насиља над лицима српске и других неалбанских националности, пратила је масовна узурпација стварних права на непокретностима прогнаника. Поред око 27.000 узурпираних стамбених јединица, у периоду од јуна до децембра 1999. године уништено је око 18.000 кућа. Према подацима УНМИК-а, из јуна 2007. године, још увек је било евидентирано 10.405 уништених стамбених објеката прогнаних лица.² О размерама насиља и безвлашћа говори и податак да је од укупно 2.575.448. катастарских парцела, колико, према подацима Републичког геодетског завода – Службе за катастар непокретности на Косову и Метохији, обухвата катастар непокретности на Косову и Метохији, више од 1.000.000 катастарских јединица (обрадиво земљиште, ливаде и шуме) у својини Срба, узурпирано, што износи 38,83% свих катастарских парцела на Косову и Метохији! Вредност ових непокретности процењује се на око 50 милијарди долара.³ Из на-

¹ И. Симић, *Жртве албанског тероризма на Косову и Метохији, убијена или отета лица од стране шиптарских терориста и нестала лица (јануар 1998 – новембар 2001)*, Београд, 2011, стр. 139–362.

² Стратегија одрживог опстанка и повратка на Косово и Метохију – радни текст, Република Србија, Министарство за Косово и Метохију, Београд, 2009, стр. 8, <http://www.kim.gov.rs/cms/view.php?id=102&start=50#archive>, 10. 6. 2012. год.

³ International Centre for Migration Policu Development&Regional consulting international, Преглед идентификованих практичних препрека повратку са посебним освртом на имовинска права и

ведених разлога, о постконфликтности друштвеног стања на Косову и Метохији може се говорити само условно, искључиво са аспекта формалног престанка ратних дејстава.

Садржина мандата УН на Косову и Метохији, према тексту Резолуције, требало је да буде ограничена поштовањем суверенитета и територијалног интегритета СР Југославије. Ово ограничење поменуто је више пута, како у основном тексту, тако и у анексима Резолуције.⁴ Игноришући одредбе Резолуције СБ ОУН бр. 1244, којима је потврђен територијални интегритет и суверенитет Савезне Републике Југославије, Привремена управа Уједињених нација на Косову и Метохији аброгирала је затечени правни поредак у Аутономној покрајини Косово и Метохија и на том делу Републике Србије успоставила “правни систем” независан у односу на остатак Србије, негирајући сваку државноправну везу са њом. Специјални представник генералног секретара ОУН за Косово и Метохију (у даљем тексту: СПГС) је 25. јула 1999. године, донео “Уредбу бр. 1999/1”, у којој је сам себи прописао овлашћења која су, очигледно, много шира од оних датих Резолуцијом. Сву законодавну, извршну и судску власт на територији Косова и Метохије, СПГС је доделио сам себи.⁵ СПГС је општим актима – “уредбама”, установио не само читав низ општеобавезујућих правила понашања, већ и нове институције и механизме за решавање спорова.

Из наведених разлога, легалитет нормативне делатности УНМИК-а (СПГС-а) је, са становишта правног поретка Републике Србије, најблаже речено, упитан. Реч је о поретку који наликује правном поретку, *sub colore iuris*⁶. Имајући у виду наведене чињенице, о правном оквиру и општим правним актима УНМИК-а, као и о њиховом правном карактеру, можемо говорити само условно и с резервом која из ових чињеница извире. Из наведеног разлога ћемо уз називе “институција” и “општих аката” СПГС, користити одговарајуће знакове интерпукције.

индиректну дискриминацију у Хрватској и на Косову и Метохији, Београд, 2006. год. стр. 25 (непубликовано).

⁴ В. ст. 9 преамбуле, т. 10 основног текста, т. 5 Анекса I, т. 5 и 8 Анекса II Резолуције СБ ОУН бр. 1244.

⁵ Вид. чл. 1 “УНМИК/УРЕД/1999/1, О овлашћењима привремене управе на Косову”.

⁶ *Sub colore iuris* – „Under color of right“. Done with the appearance of a legal right, regardless of whether the actor in fact possessed the legal right. Aron X. Fellmeth, Maurice Horwitz, Guide to Latin in international Law, Oxford University Press, 2009, 269.

II Надлежност “Дирекције за стамбена и имовинска питања” и “Комисије за решавање стамбених имовинских захтева”

Суочивши се са систематским угрожавањем имовинских а посебно права својине на непокретностима на Косову и Метохији⁷, као и са општим одсуством владавине права⁸ и немоћи новоустановљеног локалног „правосудног система” да та права заштити⁹, СПГС је једном од “уредби”¹⁰ установио “Дирекцију за стамбена и својинска питања” и “Комисију за решавање стамбених и имовинских захтева.”¹¹ Готово годину дана касније, специјални представник „нормирао” је и правила у поступцима пред “Дирекцијом” и “Комисијом”.¹² Овај “правни оквир” за решавање спорова поводом стварних права на непокретности-ма намењених становању био је актуелан нешто више од пет година, све до доношења “Уредбе о решавању жалби које се односе на приватну непокретну имовину, укључујући пољопривредну и комерцијалну имовину”¹³, којом је основана “Косовска агенција за имовину”, као правни следбеник “Дирекције” и “Комисије”.¹⁴ У надлежности “Агенције”, било је и извршење преосталих (неизвршених) одлука “Дирекције” и “Комисије” као и управљање становима који су, на захтев имаоца права, стављени под управу “Дирекције”.

⁷ UNMIK – OSCE Mission In Kosovo, Property rights in Kosovo, 2002-2003, Pristina, 2003, 12.

⁸ Вид. т. II А. 5 Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, S/1999/779 од 12. 7. 1999, т. D. IV 36, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/1999/779, 11. 6. 2017.

⁹ О дoметима “правосуђа” које је УНМИК успоставио током 1999 и 2000. године, Вид. Д. Челић, *Прилози о стању правосуђа на Косову и Метохији након увођења међународних цивилних и безбедносних снага под управом Уједињених нација*, Криза и реформа правосуђа, Београд, 2001. год, стр. 88-105.

¹⁰ “УНМИК/УРЕД/1999/23 О оснивању Дирекције за стамбена имовинска питања и Комисије за стамбене имовинске захтеве” од 15. новембра 1999. год. Назив овог “прописа” на енглеском језику гласи: “On the establishment of the Housing and property directorate and the Housing and property claims commission”.

¹¹ У даљем тексту: “Дирекција” (у даљем тексту: “HPD”) и “Комисија” (у даљем тексту: “HPCC”).

¹² “УНМИК/УРЕД/2000/60 О стамбеним имовинским захтевима и правилима процедуре и доказа Дирекције за стамбена и имовинска питања и Комисије за стамбене и имовинске захтеве”, од 31. октобра 2000. год. Назив овог “прописа” на енглеском језику гласи: “On residential property claims and the rules procedure and evidence of the Housing and property directorate and the Housing and property claims commission”.

¹³ “УНМИК/УРЕД/2006/10, О решавању захтева који се односе на приватну непокретну имовину, укључујући пољопривредну и комерцијалну имовину”, од 4. марта 2006. год.

¹⁴ В. чл. 1 и чл. 16 “УНМИК/УРЕД/2006/10”.

1. Надлежност “Дирекције за стамбена и имовинска питања”

“Дирекција” је била помоћни управни орган “Комисије”, у чијој надлежности је било прикупљање и процесуирање имовинских захтева, спровођење одлука “Комисије” и административна, техничка и правна подршка њеном раду.¹⁵

Анализом садржине релевантних “уредби” СПГС-а (“УНМИК/УРЕД/1999/23” и “УНМИК/УРЕД/2000/60”), као и других квазиправних аката општег карактера које је донео, можемо закључити да је “Дирекција” независно тело (орган) које делује изван система тзв. привремених институција самоуправе на Косову и Метохији.¹⁶ Природу овог тела није једноставно одредити; мишљења смо да се анализом поменутих “прописа” може сматрати да је реч о специфичном квазиправном телу са одређеним елементима надлежности чији је карактер управне природе.

Надлежност “Дирекције” обухватала је управне послове везане за стварна права на непокретностима намењених становању, и то: 1) пописивање привремено напуштеног приватног, државног и друштвеног стамбеног фонда;¹⁷ 2) надзирање коришћења и давање у закуп привремено напуштених непокретности¹⁸ и 3) пријем и евиденција захтева који се односе на стварна права на непокретностима намењених становању у следећим случајевима: а) “захтеви физичких лица чија су имовинска права укинута¹⁹ после 23. марта 1989. године на основу дискриминаторског закона у својој примени или намери”; б) “захтеви физичких лица која су закључила неоверене уговоре о купопродаји непокретности намењене становању²⁰ а на основу слободне воље уговорних страна по-

¹⁵ В. чл. 17.13 “УНМИК/УРЕД/2000/60”.

¹⁶ В. чл. 11 ст. 1(г) “УНМИК/УРЕД/2001/9 О уставном оквиру за привремену самоуправу на Косову”, од 15. маја 2001. год.

¹⁷ В. чл. 1. ст. 1 (а) (а) “УНМИК/УРЕД/1999/23”.

¹⁸ В. чл. 1. ст. 1 (б) (б) “УНМИК/УРЕД/1999/23”.

¹⁹ Израз “укинута”, како дословце пише у чл. 1 ст. 2 (а) “УНМИК/УРЕД/1999/23”, није адекватан. Прецизније би било да уместо речи “укинута” пише “престала”, но, као што ће се показати у наредној напомени, то није једина језичка непрецизност и нетачност у овој “уредби”. Иначе, садржина читавог овог става је правно спорна, о чему ћемо детаљније у тексту који следи.

²⁰ У чл. 1 ст. 2(б) “УНМИК/УРЕД/1999/23” дословце пише: “...лица која су обавила неоверене трансакције стамбене имовине...” И овде је реч о нетачном преводу са енглеског језика. Интересантно је да је у чл. 5 ст. 2 “УНМИК/УРЕД/1999/1 О овлашћењима привремене управе на Косову”, одређено да ће: “у случајевима разлика у текстовима превода, текст на енглеском (језику) имати предност”. Интересантно већ и због тога што је УНМИК пред грађане Косова и Метохије, с обзиром на општепознате образовне (не)прилике, поставио висок стандард познавања енглеског (стручног, правничког) језика!?!

сле 23. марта 1989. године” и в) “захтеви физичких лица која су била власници непокретности намењених становању, држаоци или имаоци стамбеног права пре 24. марта 1999. године, а која су у моменту подношења захтева изгубила државину над тим непокретностима²¹, као и у случајевима када није извршен пренос стварних права на тим непокретностима слободном вољом (уговорних страна)”.

“Дирекција” није имала надлежност да доноси мериторне одлуке поводом тужби тужилаца, већ је сходно члану 1.2 “УНМИК/УРЕД/1999/23” и чл. 10.4 “УНМИК/УРЕД/2000/60”, могла да одбаци тужбени захтев, због ненадлежности “Комисије”,²² а уколико то није био случај, била је у обавези да све захтеве, које није било могуће решити путем посредовања,²³ као и уколико је страна “оспорила” одлуку “Дирекције” о одбацивању тужбе, проследи “Комисији” ради решавања.²⁴

Од правила да “Дирекција” није могла мериторно да одлучује о тужбеним захтевима, постојао је један изузетак. Према одредбама “уредбе”, свако лице које је стекло право својине на непокретностима намењеним становању, закључивањем уговора о промету непокретности, који не испуњава услове пуноважности у погледу форме, има право

²¹ О томе да је реч о суштински различитим текстовима на српском и енглеском језику довољно указују званичне верзије текста чл. 1 ст. 2(в) “УНМИК/УРЕД/1999/23”, српска: “захтеви физичких лица која су била власници стамбене својине или уживаоци станарског права после 24. марта 1999. године, а која су сада остала без ње, као и у случајевима када није извршен пренос слободном вољом”, енглеска: “Claims by natural persons who were the owners, possessors or occupancy right holders of residential real property prior to 24 March 1999 and who do not now enjoy possession of the property, and where the property has not voluntarily been transferred.” Ваља имати на уму да је, према одредбама чл. 5.2, “УНМИК/УРЕД/1999/1, О овлашћењима Привремене управе на Косову”, од 25. јула 1999. године, “Уредбе које доноси УНМИК објављиваће се на албанском, српском и енглеском језику. У случајевима разлика у текстовима превода, текст на енглеском ће имати предност”. Дакле, изворни текст свих УНМИК-ових “уредби” је енглески, а како су оне објављиване само путем интернета, често само на енглеском и албанском језику, готово нестварно али истинито звучи чињеница да су адресати “УНМИК-ових правних норми”, како би могли остваривати и штитити своја права у новоствореном “УНМИК-овом правном поретку”, морали бити информатички писмени и познавати енглески језик и то на нивоу знања стручног, правничког енглеског језика!! Према јуриспруденцији Европског суда за људска права, доступност, јасност и предвидљивост су три квалитативна захтева који закон мора испунити (вид. пресуде ЕСЉП: Silver и остали против Уједињеног Краљевства, А 61, 1983. год., и Sunday Times против Уједињеног Краљевства, А 30, 1975. год.). Лако се да закључити да ни један од ових критеријума “УНМИК-ово законодавство” није задовољило.

²² В. чл. 10. 3. “УНМИК/УРЕД/2000/60”. У верзији на српском језику погрешно је преведен израз “reject”, као: “одбије”, мада је очигледно реч о одбацивању тужбе.

²³ В. чл. 10. 3. “УНМИК/УРЕД/2000/60”.

²⁴ В. чл. 1.2. “УНМИК/УРЕД/1999/23” и чл. 10. 3. “УНМИК/УРЕД/200/60”.

на: “налог од стране Дирекције или Комисије о регистрацији власништва у одговарајућим јавним књигама”^{25, 26}

2. Надлежност “Комисије за решавање стамбених имовинских захтева”

Чланом 2 “УНМИК/УРЕД/1999/23”, основана је “НРСС”, као независно квазисудско тело коме је поверена искључива надлежност да “решава спорове у вези са приватном некомерцијалном имовином, док СПГС не донесе одлуку о томе да су локални судови способни да спроводе мандат који им је поверила Комисија.”²⁷

“НРСС” је основана као самостални орган изван система локалног правосуђа и поступала је на основу “посебних правила”, како материјалноправне, тако и процесноправне природе у погледу решавања имовинских захтева који су садржани у два УНМИК уредбама. “Уредба 2000/60” је у чл. 26 овластила “НРД” и “НРСС” да “усвоје додатна правила поступка за спровођење мандата под условом да су она у складу са Уредбом”²⁸, што је, неутврђеног датума, и учињено.²⁹

Одлуке “НРСС” по имовинским захтевима биле су обавезујуће и извршне и нису биле предмет преиспитивања било ког другог судског или административног тела на Косову и Метохији.³⁰ Ипак, овако утврђена стварна надлежност “Комисије” и “Дирекције”, у пракси није поштована. Забележено је више случајева мешања судова опште надлежности у рад ових посебно устројених органа за решавање масовних захтева поводом права на непокретностима.³¹

У складу са искључивом надлежношћу да решава захтеве из члана 1.2 “УНМИК/УРЕД/1999/23”, “НРСС” је могла да упути део захтева локалним судовима или административним телима, ако су исти покре-

²⁵ В. чл. 2.4. “УНМИК/УРЕД/2000/60”.

²⁶ Више о томе, в. Д. Челић, *Конвалидација уговора о промету непокретности у пракси специјализованих квазисудских тела које је основала Мисија Уједињених нација на Косову и Метохији*, Национално и међународно право – актуелна питања и теме, Косовска Митровица, 2017, стр. 179–206.

²⁷ В. чл. 2.5 “УНМИК/УРЕД/1999/23”.

²⁸ Према чл. 25. “УНМИК/УРЕД/2000/60”, “Комисија може да усвоји додатна правила у вези са обављањем својих активности с тим да су у складу са овом уредбом.”

²⁹ Additional rules of the housing and property claims commission, у: The housing and property Directorate & The Kosovo property agency Joint annual report 2006, Pristina, 2006, 104-109.

³⁰ В. чл. 2.7 “УНМИК/УРЕД/1999/23”.

³¹ UNMIK – OSCE Mission In Kosovo and Metohija, Property rights in Kosovo and Metohija, 2002-2003, Pristina, 2003, 33.

нули питање које се није односило на оне врсте захтева који су били у надлежности “НРД” и “НРСС” и нису била у њиховој искључивој надлежности.³²

“НРСС” није имала општу надлежност, када је реч о решавању тужби³³ поводом права својине и станарског права на становима, односно, није имала надлежност да одлучује о свим захтевима тим поводом. Њена квазисудска надлежност била је ограничена на одлучивање о три категорије “захтева” везаних за право својине и станарско право поводом станова, упућених од стране “НРД”³⁴. Ови захтеви су, такође, били временски ограничени у смислу периода у коме је захтев настао (*ratione temporis*); могућности подносиоца имовинског захтева да поднесе захтев (*ratione personae*); врсте права чија се заштита могла тражити (*ratione materiae*), и услов да се предметна непокретност мора да се налази на Косову (*ratione loci*).

III Јудикатура “НРД” и “НРСС”

Према “правном оквиру” за реституцију стварних права на непокретностима намењеним становању, крајњи (преклузивни) рок за подношење тужби, истицао је 1. децембра 2001. године.³⁵ Како “НРД” и “НРСС” нису почели са радом пре друге половине 2000. године,³⁶ СПГС је у више наврата продужавао рок за подношење тужби, тако да је крајњи рок за подношење тужби овим квазисудским телима са специјалном надлежношћу био 1. јул 2003. године.³⁷ До протеча овог рока, “НРД”-у је поднето укупно 29.161 тужби. Највећи број тужби (93,2%), поднето је у складу са чланом 1.2(ц) “УНМИК/УРЕД/1999/” (тужбе “Ц категорије”), 4,2% је било у складу са чланом 1.2(а) (тужбе “А категорије”), док је 2,6% било у складу са чланом 1.2(б), (тужбе “Б категорије”).³⁸

³² Вид. чл. 22.1. “УНМИК/УРЕД/2000/60”.

³³ У чл. 1.2. “УНМИК/УРЕД/1999/23”, погрешно се користи израз “захтеви” (“claims”), за означавање тужбе. Тужба и захтев нису синоними. Тужба у материјалноправном смислу је иницијална парнична радња тужиоца, која садржи одређени захтев за пресуду. Гордана Станковић, *Грађанско процесно право*, Прва свеска, Парнично процесно право, Правни факултет Ниш, Ниш, 2010, 332.

³⁴ Ове три врсте тужби набројане су у члану 1.2(а), (б) и (ц), “УНМИК/УРЕД/1999/23”.

³⁵ В. чл. 3. 2. “УНМИК/УРЕД/2006/10”.

³⁶ Final report of the Housing and property claims commission, Pristina, 2007, стр. 40.

³⁷ Исто.

³⁸ Final report of the Housing and property claims commission, Pristina, 2007, стр. 41.

Убедљиво највећи број тужби, 27.183 или 93,2% од укупног броја поднетих тужби, односило се на тужбе које су садржале захтев “типа Ц”, проистеклих из насиља. Велики број захтева, односно 93,2%, последица је насиља насталог након 10. јуна 1999. године, када је прогнан највећи део становника српске националности и припадника неалбанских мањина, што је за последицу имало масовну узурпацију њихових непокретности намењених становању. Више од 90% свих тужби везаних за непокретности намењених становању, упућено је од стране Срба и неалбанских заједница на Косову и Метохији.³⁹

“НРД” је уручила 23.146 одлука подносиоцима тужби.⁴⁰ У 1.545 предмета, одлуке нису могле бити уручене пошто се са подносиоцима захтева није могао успоставити контакт или нису пронађени. У 2.546 случајева, “НРД” је обавестио подносиоце тужби о одлуци, али они нису преузели одлуку, највероватније због чињенице да су или отуђили предметну непокретност те нису имали више интереса за исход самог поступка, или зато што је предметна непокретност уништена, те им “декларативна одлука” у том смислу није била од значај за заштиту права и интереса.⁴¹ У једном другом извору, наводи се да су “одлуке у свих 29.160 случајева донете и уручене подносиоцима тужби”,⁴² то указује да понекад извори, који потичу и од самог УНМИК-а, нису најпоузданији. Предмети које, за свога мандата, “НРСС” није решила, пренети су на поступање “Косовској агенцији за имовину” – институцији коју је УНМИК основао поводом својинске заштите земљишта и непокретности које нису биле намењене становању.⁴³

Укупно 28.828 захтева за враћање непокретности намењених становању је “успешно” процесуирано (98,9%).⁴⁴ Међутим, тај успех је само формалне природе. Израз “извршење”, према признању УНМИК-а, не значи да су подносиоци захтева васпоставили државину на непокретностима чију су државину насилно изгубили након 24. марта 1999. го-

³⁹ E. Tawil, *Property rights in Kosovo - a haunting legacy of a society in transition*, New York, 2009, стр. 27.

⁴⁰ B. Final report of the Housing and property claims commission, Pristina, 2007, стр. 66.

⁴¹ Исто.

⁴² “Decisions in all 29,160 cases have been issued and delivered to the parties to the claim.” (The housing and property directorate & The Kosovo property agency, Joint annual report 2006, Pristina, 2006, стр. 9-10, <http://www.kpaonline.org/PDFs/AR2006.pdf>, 11. 3. 2017.).

⁴³ B. “УНМИК/УРЕД/2006/10”.

⁴⁴ OSCE Mission in Kosovo, Department of Human Rights, Decentralization and Communities Eight years after Minority returns and housing and property restitution in Kosovo, Pristina, June 2007, стр. 25.

дине, а у највећем броју случајева након 10. јуна 1999. године.^{45, 46} Када се размотри епилог предмета, односно, одлука, јасно је да је реч о краху пројекта реституције непокретности намењене становању. Тако, у 5.257 решених случајева, тужиоци чији су тужбени захтеви усвојени, изабрали су да, услед немогућности повратка због одсуства елементарне владавине права, предметну непокретност ставе под управу “НРД”-а. У 1.159 случајева подносилац захтева није могао да се пронађе. Само у 5.199 случајева (17,8%) имаоци права на непокретностима намењених становању, оптирала су за васпостављање државине по основу права на државину, што је често значило продају стамбене јединице незаконито усељеном лицу или неком новом купцу. Од ових случајева, у 3.771 случајева било је неопходно присилно исељавање (86,6%), а у 588 (13,4%) случајева незаконито усељени станар је добровољно напустио непокретност намењену становању⁴⁷.

Ипак, стваран број оних који су васпоставили право на државину је много мањи, јер је у највећем броју, услед систематских препрека за повратак прогнаних лица, који тај повратак чине немогућим⁴⁸, највећи број ових “оптаната” присилно продало предметне непокретности⁴⁹, најчешће лицима незаконито усељеним у предметне непокретности, често само “виртуелно” успоставивши државину.⁵⁰ Томе је допринела и реузурпација једном већ од нелегалних држаоца ослобођена непокретност. Упркос чињеници да члан 13.6 УНМИК-ове Уредбе 2000/60 прописује да полиција има право да поступа *ex officio* и да уклони нелегалне станаре,⁵¹ она је често одбијала да делује без налога локалног тужиоца.

⁴⁵ Исто.

⁴⁶ “However, this did not mean that people repossessed their properties and/or returned to Kosovo. “Implementation” is an administrative term that covers a number of the following scenarios...” (E. Tawil, нав. дело, стр. 28).

⁴⁷ OSCE Mission in Kosovo, Department of Human Rights, Decentralization and Communities Eight years after Minority returns and housing and property restitution in Kosovo, Pristina, June 2007, стр. 27.

⁴⁸ О томе је констатована и “забринутост” УНМИК-а (“НРСС”-а): “...the НРСС is concerned that in many areas claimants perceive that they are not yet able to return and resume occupation of properties restored to them by the НРСС.” (Final report of the Housing and property claims commission, Pristina, 2007, стр. 72).

⁴⁹ “In all, only in 5,199 cases (17.8 per cent) implementation has resulted in a request for repossession by the property right holder, which often signifies the sale of the residence to either the current occupant or otherwise a new buyer.” (OSCE Mission in Kosovo, Department of Human Rights, Decentralization and Communities Eight years after Minority returns and housing and property restitution in Kosovo, Pristina, June 2007, стр. 27).

⁵⁰ E. Tawil, нав. дело, стр. 28.

⁵¹ В. члан 13.6 УНМИК-ове Уредбе 2000/60

IV Захтеви “Ц категорије” – садржина и природа правне заштите

Према члану 1.2(ц) УНМИК/УРЕД/1999/23, трећа врста захтева у тужбама за коју су НРД и НРСС имале стварну надлежност, био је захтев “Ц категорије”, који је одређен на следећи начин: “захтеви физичких лица који су били власници, држаоци или носиоци станарског права пре 24. марта 1999. године, а који сада немају право државине над предметом својине, и где право својине није добровољно отуђена.”⁵²

Подносилац захтева који је поднео тужбу у којој је садржан “захтев Ц категорије”, да би успео са тужбеним захтевом, требало је да докаже:

1. да је ималац имовинског права (тј. права својине, станарског права или каквог другог права), из кога произлази право на државину непокретности намењене становању пре 24. марта 1999. године;
2. да се није добровољно одрекао тог права⁵³.

Према члану 2.6. “УНМИК/УРЕД/2000/60”, “свако лице са правом својине на дан 24. марта 1999. године, која је изгубило посед над имовином и није исту добровољно отуђила, има право на налог Комисије за поврат имовине у посед”⁵⁴. Ова одредба је била у функцији остварења права, које је на декларативан начин одређено у члану 2.5 “УНМИК/УРЕД/2000/60”, којом је прокламовано право свих избеглица и расељених лица на реституцију (стварних) права и слободно располагање њима.⁵⁵

У даљем тексту размотрићемо природу правне заштите поводом тужби које садрже захтев “категорије Ц” а које су чиниле убедљиво највећи део “правне праксе” поменутих тела.

⁵² Појмовно одређење “захтева Ц”, изворно, на енглеском језику је следеће: “Claims by natural persons who were the owners, possessors or occupancy right holders of residential real property prior to 24. March 1999. and who do not now enjoy possession of the property, and where the property has not voluntarily been transferred.”

⁵³ В. члан 1.2(ц) “УНМИК/УРЕД/1999/23” и чл. 2.6 “УНМИК/УРЕД/2000/60”.

⁵⁴ Текст чл. 2.6. “УНМИК/УРЕД/2000/60”, на српском језику је конфузан због тога што представља буквалан, нестручан превод аутентичног текста на енглеском језику: “Any person with a property right on 24 March 1999, who has lost possession of that property and has not voluntarily disposed of the property right, is entitled to an order from the Commission for repossession of the property.” Чини се да би коректан превод требало да се односи на “престанак својинске државине”, односно, у случајевима када је у питању неки други правни основ за држање непокретности намењене становању (станарско право, право закупа, право становања као лична службеност – habitation и сл.), “губитак права на државину”.

⁵⁵ “Any person with a property right on 24 March 1999, who has lost possession of that property and has not voluntarily disposed of the property right, is entitled to an order from the Commission for repossession of the property” (чл. 2.5 “УНМИК/УРЕД/2000/60”).

У чл. 2.6. “УНМИК/УРЕД/2000/60”, садржана је “нормативна” основа за реституцију права свих избеглица и прогнаних лица а тиме и њиховог права на повратак домовима, без обзира на природу имовинског права. Према УНМИК-у, циљ ове одредбе је био повратак стања ствари, када је реч о стварним правима на непокретностима намењеним становању, на status quo онако какво је било пре агресије НАТО на Савезну Републику Југославију, тако да лица која су имала закониту државину на непокретностима намењеним становању, могу да остваре реституцију права на државину. У званичним актима “НРД”-а и “НРСС”-а се погрешно наводи “да се касније евентуални спорови у вези са правом или правним основом држања могу решавати од стране домаћих институција (судова).⁵⁶ Међутим, ова констатација противречи изричитим одредбама “УНМИК/УРЕД/1999/23” и “УНМИК/УРЕД/2000/60”, којима се одређује ексклузивна надлежност ових органа, која не подлеже јурисдикцији локалног правосуђа. Уосталом, то је био и ratio оснивања ових тела, са специјалном квазиправном и квазисудском надлежношћу.

Уколико би се прихватило становиште да се “спорови” (ово је опет, правно-догматски непрецизно, “изражавање УНМИК-а”, јер, је реч о покретању **поступака** а не о покретању “спорова” јер спор и поступак за заштиту права нису синоними⁵⁷), поводом стварних права на непокретностима намењених становању, у вези са правним основом држања (тих) непокретности, могу, након коначних одлука “НРСС”-а, покретати пред локалним органима, то би значило да је правна природа правне заштите пред “НРСС”-ом привремена, односно да је само државинска а да се коначна заштита, по основу права на државину, може остваривати пред локалним органима (локалним судовима), применом начела *petitorium absorbet possessorium*.⁵⁸ И одредбама позитивног материјалног права у Републици Србији, одређено је да су посесорни и петиторни зах-

⁵⁶ Final report of the Housing and property claims commission, Pristina, 2007, стр. 21–22.

⁵⁷ Спор је неслагање између два субјекта у једном животном односу од којих један нешто тврди, а други настоји да његово тврђење оповргне, док је парница један од начина за решавање грађанскоправног спора. (Г. Станковић, *Грађанско процесно право*, Прва свеска, Парнично процесно право, Ниш, 2010, стр. 35–27).

⁵⁸ У неким страним законима (тако §864 ст. 2 Немачког грађанског законика и чл. 991 Грчког грађанског законика), изричито је усвојено правило *petitorium absorbet possessorium*, односно, ако је између истих странака и поводом исте ствари истовремено вођен тзв. петиторни поступак и окончан у корист туженог, он се у поступку у парницама због сметања државине, која још траје, може позвати на ову пресуду. Ово правило треба прихватити јер је у складу са смислом државинске заштите и њеним провизорним карактером; ако је петиторни поступак већ окончан, настављање државинског је беспредметно (О. Станковић, „Државина према начрту закона о праву својине и другим стварним правима на непокретностима СР Србије“, *Правни живот*, бр. 5/1978, стр. 34).

теви међусобно независни, и да се, сходно томе, судска заштита државине може остваривати по основу права на државину, “независно од спора због сметања државине”.⁵⁹ И овде је реч о недопуштено рђавој језичкој редакцији текста чл. 81 Закона о основним својинскоправним односима – не води се спор већ парница, парница и спор нису синоними, но, поента је у томе да применом општег правила *petitorium absorbet possessorium*, петиторна пресуда у посесорној парници може да произведе дејство и значајна је за исход те парнице.⁶⁰

Редакција чл. 2.6 “УНМИК/УРЕД/2000/60” на српском језику, која може навести на закључак да је реч о посесорној а не о петиторној правној природи правне заштите, јесте непрецизна, да будемо још изричитиији, нетачна. Додатан разлог за ову тврдњу је и документ под називом: “Разјашњење специјалног представника генералног секретара, Уредбе УНМИК-а број 2000/60, издате дана 31. октобра 2000. О стамбеним имовинским захтевима и правилима поступка и доказивања Дирекције за стамбена и имовинска питања и Комисије за стамбене и имовинске захтеве”, од 12. априла 2001. године.⁶¹ Овај документ донет је са циљем да разјасни надлежност “Комисије” и “Дирекције”.⁶² У одељку 11 “разјашњења”, који носи назив: “Како суд може да утврди да ли захтев поводом права на непокретним стварима спада под њихову надлежност или је то у надлежности НРД или НРСС,”⁶³ у тачки б), наводи се да ће суд бити надлежан: “уколико захтев не укључује спор над правом својине, држањем или коришћењем.”⁶⁴ Када је реч о тужбама које садрже захтев “типа Ц”, ово “разјашњење” садржи одредбу према којој “суд неће бити надлежан (већ “НРСС” – прим, Д. Ч.)... уколико захтев укључује... бесправно заузимање које је настало након 23. марта 1999. год., када је подносилац захтева био власник, ималац станарског права или законити држалац бесправно заузете непокретности.”⁶⁵ Дакле,

⁵⁹ В. чл. 81 Закона о основама својинскоправних односа, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 6/80 и 36/90, „Сл. лист СРЈ“, бр. 29/96 и „Сл. гласник РС“, бр. 115/2005.

⁶⁰ Више о томе, са даљим упућивањима, в. Г. Станковић, *Посесорни поступак*, Актуелна питања југословенског процесног законодавства, Београд, 1996, стр. 133–134.

⁶¹ Документ носи званичну ознаку: “УНМИК/УРЕД/2000/60-Clarification” и званични назив: “Clarification by the Special representative of the Secretary-general of UNMIK Regulation No. 2000/60 of 31. October 2000 On Residential Property Claims and the Rules of Procedure and Evidence of the Housing and Property Directorate and the Housing and Property Claims Commission.”

⁶² В. т. 1 “УНМИК/УРЕД/2000/60-Clarification”.

⁶³ У аутентичном тексту: “How a court may determine whether a real property claim is within its competence or that of the НРД and НРСС.”

⁶⁴ В. т. 11. б), “УНМИК/УРЕД/2000/60-Clarification”.

⁶⁵ В. т. 11. ц) иии, “УНМИК/УРЕД/2000/60-Clarification”. Превод је прецизиран и прилагођен

надлежност “НРД” и “НРСС” је одређена негативном дефиницијом (у смислу да за конкретне правне ствари нису надлежни “редовни судови” на Косову и Метохији).

Имајући у виду рђаву језичку редакцију, нарочито верзије на српском језику, чл. 2. 6. “УНМИК/УРЕД/2000/60”, као и, додуше *post festum*, погрешна тумачења ове одредбе од стране самог УНМИК-а,⁶⁶ чини се да су то могли бити мотиви за неутемељену праксу локалних судова да, упркос ненадлежности, воде поступке покренуте својинским тужбама поводом непокретности намењених становању.⁶⁷

Иако поступак пред “НРД”-ом и “НРСС”-ом има неке сличности са државинским поступком, онако како је конципиран у нашем праву⁶⁸, што се пре свега огледа у следећим карактеристикама: а) хитност пружања правне заштите; б) ограничење предмета расправљања и доказивања; в) придружени поступак обезбеђења; г) посебна врста и правна природа мериторне одлуке; д) редуковани правни лекови и е) специфичност принудног извршења, мишљења смо да је природа правне заштите која је пружана у поступцима пред “Комисијом”, стварноправна, односно, петиторна, разуме се, уз специфичности које су ову “правну заштиту” разликовале од правне заштите пред редовним судовима.

Петиторност “тужби” пред овим специјализованим телима УНМИК-а огледа се у томе што су засноване на праву на непокретности намењеној становању (најчешће на праву својине, потом на станарском праву или пак на праву становања или праву закупа), која штите (декларативно), усклађивањем фактичке ситуације са правном, стварајући онакво стање какво је постојало пре повреде права одузимањем државине непокретности.⁶⁹ Њихов циљ је успостављање онаквог стања, какво је постојало пре повреде права одузимањем ствари, односно, успостављање пређашњег стања, промењеног противправним депоседовањем власни-

духу српског језика. У аутентичном тексту гласи: “... does claim involve...illegal occupation that occurred after 24. March 1999. where the claimant was the owner, occupancy right holder or lawful possessor of the illegally occupied property ?... If the claim involves one of the foregoing situations, then the court does not have jurisdiction.”

⁶⁶ Final report of the Housing and property claims commission, Pristina, 2007, стр. 21–22.

⁶⁷ UNMIK OSCE... Property rights in Kosovo, 2002-2003, стр. 33–34.

⁶⁸ О заштити државине у праву Републике Српске, уз упоредноправни преглед правних система у земљама насталих престанком СФРЈ, са детаљним упућивањем на литературу, в. Д. Медић, *Ново стварно право Републике Српске*, Бања Лука, 2016, стр. 469–492.

⁶⁹ Више о реститутивном потенцијалу петиторних тужби, в. И. Симоновић, *Реституција у грађанском праву – домаћај примене*, Докторска дисертација, Ниш, 2012. год, стр. 233–235, http://www.prafak.ni.ac.rs/files/disertacije/Ivana_Simonovic_restitucija.pdf, 11. 3. 2017.

ка или имаоца каквог другог права из кога извире право на држање те ствари. Реститутивни потенцијал “правног средства” пред “Дирекцијом” и “Комисијом” био је ограниченог карактера, с обзиром на то да, поред реституције противправно поседнуте непокретности намењене становању, није обухватио и друге обавезе, попут обавезе враћања плодова или накнаде њихове вредности, користи од неовлашћене употребе ствари и накнаде штете причињене предметној непокретности, у чему се, опет, огледа сличност са државинском заштитом.⁷⁰ Такође, како се право на заштиту остварује васпостављањем државине, односно пређашњег државинског стања, то право остаје неостварено а право незаштићено у случају да постоји објективна, природна сметња да се то учини. Тако, када је узурпатор уништио ствар (стан, кућу), на начин да се не може обновити право на заштиту права на непокретности, у овим “поступцима” се не може остварити. И у овом погледу је очигледна сличност са државинском заштитом⁷¹. Коначно, право на реституцију права на непокретностима у овим “поступцима”, било је и временски ограничено, јер је рок за подношење захтева “Комисији” и “Дирекцији”, као што смо навели, истекао 1. јула 2003. године. Истеком овог рока, који је по својој правној природи био објективан и материјалноправан, престало је право на заштиту права на предметним непокретностима, чиме је такође природа правне заштите приближена државинској. Тиме су унети значајни елементи амбивалентности, у погледу правне природе заштите која је пружана у овим поступцима. Истина, у новијој литератури, истичу се и елементи амбивалентности саме државинске заштите, чиме се њена “чистота”, у погледу расправљања само о фактичким питањима, значајно, и чини се оправдано, доводи у питање.⁷²

⁷⁰ В. чл. 450 ст. 1 Закона о парничном поступку Републике Србије (“Сл. гласник РС”, бр. 72/2011, 42/2013, 74/2013 и 55/2014), чл. 425 Закона о парничном поступку Републике Српске (“Сл. гласник Републике Српске”, бр. 58/2003, 85/2003, 74/2005, 63/2007, 49/2009 и 61/2013), чл. 425 Закона о парничном поступку Федерације БиХ (“Службене новине Федерације БиХ”, бр. 53/2003, 73/2005, 19/2006 и 98/2015), чл. 441 Закона о парничном поступку (“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 и 89/14), чл. 426 Закона о правдном поступку (“Урадни лист РС”, 26/99, 96/2002, 2/2004, 52/2007 и 45/2008), чл. 441 Закона о парничном поступку Републике Црне Горе (“Сл. лист РЦГ”, бр. 22/2004, 76/2006 и 48/2015), и чл. 412 Закон за парничната постапка (“Службен весник на СРМ”, бр. 79/2005, 110/2008, 83/2009 и 116/2010).

⁷¹ Тако, Према решењу Окружног суда у Шапцу Гж. 1824/96 од 11. 11. 1996, “пуштање козе туженог у тужиочеву парцелу је таква радња која нема карактер сметања државине, нити има места вођењу парнице због сметања државине, већ би се евентуално радило о захтеву за накнаду штете која је причињена на стаблима воћа тужиоца” (Избор судске праксе, бр. 2/2000).

⁷² Више о томе, В. В. Водинелић, *Државина, Појам, природа, заштита и разлог заштите*, Београд, 2015, стр. 43–99 и 135–141.

V Закључак

Чињеница је да и осамнаест година након увођења Привремене управе Уједињених нација на Косову и Метохији, проблем реституције и заштите стварних права на непокретностима прогнаних лица не само да није решен, већ да постоје реални изгледи да се својински односи на непокретностима додатно компликују, уношењем елемената квазиправног насиља активностима самопроглашених органа власти (*de facto* власти) на Косову и Метохији⁷³. Званична оцена УНМИК-а да је овај процес успешно окончан указује на недостатак објективне анализе материјалноправних и процесноправних елемената “правног оквира” као и “јудикатуре органа” које је у поменутом циљу установила Привремена управа Уједињених нација за Косово и Метохију, као и на одсуство објективног сагледавања историјског и друштвеног контекста у којима се одвијају стварноправни односи на непокретностима лица прогнаних са Косова и Метохије, и уопште, стварноправни односи на непокретностима на Косову и Метохији.

Анализом “правног” оквира у којима су деловале “Дирекција” и “Комисија”, правне природе поступка и одлука које су доносиле, може се констатовати да постоје разлози који указују на то да су ове “институције” дале сопствени допринос општој додатној правној несигурности у области стварних права на Косову и Метохији у време управе УНМИК-а. Томе су допринели озбиљни недостаци “правног оквира” у којима су деловале. Они се односе, пре свега, на ограниченост “правне заштите” у погледу рокова као и у погледу њене садржине, која је искључивала право на накнаду штете.

⁷³ Више о проблемима системског квазиправног захватања у стварноправне односе од стране *de facto* власти на Косову и Метохији: Д. Челић, *Експропријација на Косову и Метохији као средство кришења права на мирно уживање имовине*, Људска права између идеала и изазова садашњости, Косовска Митровица, 2016, стр. 125–147, Д. Челић, “*Постконфликтно уређење*” одржаја на Косову и Метохији – ка поразу права прогнаних лица и “*легализацији*” противправних аката узурпатора?, *Однос права у региону и права Европске уније*, Источно Сарајево 2015, Том II, стр. 184–205, Д. Челић, *Регистар непокретности на Косову и Метохији након 1999. године – квазиправно креирање стварности*, Право и друштвена стварност, Косовска Митровица, 2014, стр. 147–165.

Када, једног часа, буде воспостављена сувереност Републике Србије на Косову и Метохији, питања важности прописа донетих након 10. јуна 1999. године и након 17. фебруара 2008. године, као и појединачних одлука донетих на основу тих (свих или појединих) прописа, како генерално, тако и у вези са стварним правима на непокретностима лица прогнаних са Косова и Метохије, морала би да буду предмет разматрања и преиспитивања, уз пажљиво и савесно одмеравање јавног и појединачних интереса.

Assistant Professor Duško Čelić, LL. D.
Faculty of Law,
University of Prishtina with temporary seat in Kosovska Mitrovica

NATURE OF (POST)CONFLICT LEGAL PROTECTION OF RIGHTS ON REAL ESTATE IN KOSOVO AND METOHİJA IN PROCEEDINGS BEFORE SPECIALIZED UNMIK BODIES

Summary

The discussion aimed at shedding a light on some of the numerous questions of “post-conflict” restitution of property rights on real estates, in particular those intended for housing (apartments and houses) in Kosovo and Metohija, following the termination of the unlawful NATO aggression and establishment of the United Nations Administration (UNMIK).

An analysis of results on restitution of property rights on real estates of forcibly displaced persons from Kosovo and Metohija, achieved by the quasi-judicial mechanisms of UNMIK, i.e. the “Housing and Property Directorate” (“HPD”) and the “Housing and property claims commission” (“HPCC”).

This paper analyzes quasi-normative and quasi-judicial practice of the specialized bodies of the UNMIK in the area of “C category” claims. By analyzing the “legal” position of the “Directorate” and the “Commission, it can be concluded that there are serious reasons indicating that these “institutions” have not contributed to the rule Rights in Kosovo and Metohija at the time of UNMIK administration.

Key words: *United Nations Interim Administration in Kosovo and Metohija (UNMIK); “Housing and Property Directorate” (“HPD”); “Housing and Property Claims Commission” (“HPCC”); Immovable property; “C category” claims.*

ПОЈАМ „НЕОПРАВДАНОГ КОРИСТОВАЊА ТУЋИМ“ ОПШТЕГ ИМОВИНСКОГ ЗАКОНИКА ЗА КЊАЖЕВИНУ ЦРНУ ГОРУ

Др Рајка Ђоковић*

Апстракт: Неоправдано користовање туђим представља извор облигација по Општем имовинском закону. Ближе смјештање ове установе у историјске оквире захтијева претходно појашњавање установе неоснованог обogaћења са којом се некада поистовјећује неоправдано користовање туђим из Имовинског законика. Стога је потребно утврдити да ли је Имовински законик, попут модерних законика – швајцарског Законика о облигацијама и њемачког Грађанског законика, кодификовао јединствену установу неоснованог обogaћења или је остао у оквирима старијих грађанских законика – аустријског и српског, који су сходно римској традицији двојили случајеве заштићене кондикцијама и оне заштићене путем тужбе *de in rem verso*.

Како се чини, ова материја је у Општем имовинском закону конципирана по угледу на старије грађанско законодавство и то у смислу што није санкционисано неоправдано обogaћење као јединствена установа већ је обрађен један њен дио – стицање без основа које је било заштићено како појединачним тужбама из неоправданог користовања туђим, тако и општом тужбом из неоправданог користовања туђим.

Кључне ријечи: неоправдано користовање туђим, неоправдано обogaћење, Општи имовински закони.

* Сарадник у настави Правног факултета Универзитета Медитеран.

1. Увод

Римске кондикције су биле процесуално средство које је поставило основу за развој посебног института материјалног права који се назива *condictiones sine causa* и који се означава као безразложно обogaћење¹ или правно неоправдано обogaћење² и сврстава се у квазиконтракте.³ Без обзира на терминолошке разлике, суштина овог римског квазиконтракта састојала се у томе што је дио имовине једног лица прелазио без основа у имовину другог лица па је онај који је ту имовину стекао био дужан да је врати у натури или у противвриједности (*condictiones sine causa*).⁴

Неосновано обogaћење је установа модерног права која је настала спајањем кондикционог захтјева са захтјевом из верзионе тужбе римског права којом се од туженог захтијевала неосновано остварена корист на рачун туђе имовине.⁵ Установа неоснованог обogaћења уведена је први пут у Швајцарском законнику о облигацијама и Њемачком грађанском законнику,⁶ и код ње је акценат стављен на враћање користи која је прибављена без основа на рачун туђе имовине. Стога је потребно јасно одвојити кондикциону одговорност од одговорности поводом неоснованог обogaћења. Како наглашава В. Цветковић-Ђорђевић:

¹ В. Eisner, М. Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb 1948, 446.

² Д. Стојчевић, *Римско приватно право*, Београд 1976, 302; О. Станојевић, *Римско право*, Београд 2007, 388; Ж. Вујклић, *Forum Romanum: rimska država, pravo, religija imitovi*, четврто изменjeno и допуњено издање, Београд 2009, 242.

³ R. Zimmermann, *The Law of Obligations - Roman Foundation of the Civilian Tradition*, New York 1996, 839: „...and when Justinian revived it in his usual classicist spirit, its meaning had shifted: „condictio“ had come to be a term of substantive law, and it was used to designate all those non-contractual and non-delictual claims, which the classical lawyers had been prepared to enforce by means of a condictio.“

⁴ Када је у питању обим захтјева, неки старији аутори наглашавају да се овај захтјев у посткласичном периоду могао односити само на користи које су се у моменту покретања поступка налазиле код туженог (Ј. Даниловић, „Неосновано обogaћење“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1-4/2001, 497, В. Eisner, М. Horvat, 447), с тим што се у новије вријеме појавило схватање да се и у Јустинијановом периоду захтјев односио на повраћај ствари или њеног сурогата без обзира да ли се она у моменту постављања захтјева налазила код њега, В. Цветковић-Ђорђевић, „Кондикциона одговорност у римском праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, Година LXII, 2/2014, 230. Друго схватање олакшава постављање линије између кондикционог и захтјева из неоснованог обogaћења без обзира на то што су се практично приближавали када је дужник био несавјестан.

⁵ Ј. Даниловић, 2001, 492–510; В. Цветковић-Ђорђевић, „Развој кондикције од римског до савременог права“, *Страни правни живот*, 1/2013, 198–216.

⁶ Швајцарски законик о облигацијама, превод М. Тороман, С. Аранђеловић, Београд 1976, члан 62; Њемачки грађански законик, Опћи дио и обвезно право, превод А. Верона, Београд 1970, § 812.

„Код кондикције санкционише се неосновано стицање а не неосновано остварена имовинска корист. Наиме, неосновано стечено по правилу представља имовинску добит. Међутим, битан елемент кондикције није остварена корист, те њена примјена не претпоставља одмеравање и упоређивање имовине тужиоца и туженог пре и после наступања кондикционог случаја као што је правило код неоснованог обогаћења.“⁷

Сем тога, треба рећи да се кондикција користила када је извршена неоснована престација туженом и то ради повраћаја оног што је стекао или његовог сурогата, док је верзија служила за повраћај користи које су постојале у моменту постављања верзионог захтјева, а које нијесу настале извршењем одређене чинидбе већ на неки други начин (радњом обогаћеног лица која се није сматрала престацијом, радњом трећег лица или услед случаја).⁸

2. „Неоправдано користовање туђим“

Како би се одговорило на питање да ли је Општи имовински законик регулисао установу неоправданог обогаћења или се задржао на стицању без основа, односно на кондикционом захтјеву, потребно је утврдити да ли се у оквиру односних норми Законика (чл. 595–602) налазе правила о кондикцијама и верзионом захтјеву јер је, као што је напоменуто, неосновано обогаћење настало њиховим спајањем. Ова анализа је подстакнута чињеницом да се у члану 812 Њемачког грађанског законика може примијетити подвајање двају начина настанка обогаћења (извршењем чинидбе – кондикција, или на неки други начин – верзија),⁹ а сем тога, иста потреба постоји због композиције члана 601 Имовинског законика, којим се дефинише општи појам установе неоправданог користовања туђим.

Члан 601 гласи: „И уопште, што год ко без оправдана узрока, на који драго начин, из туђег иметка прими (945, 946), треба да поврати или иначе надомјести и намири.“

⁷ В. Цветковић-Ђорђевић, 2014, 235.

⁸ Ј. Радишић, *Облигационо право*, Београд 2008, 295; С. Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд 1995, 485.

⁹ Њемачки грађански законик, § 812: „Тко чинидбом другог или на други начин без правне основе на његов трошак нешто стиче, обвезан је на изручење“. С друге стране, Швајцарски законик о облигацијама садржи хомогену дефиницију, чл. 62: „Ко се без основа обогатио на рачун другог дужан је да врати оно чиме се обогатио.“

Дакле, до неоправданог користовања туђим долазило је када је нека вриједност из имовине једног лица без правног основа прешла у имовину другог лица. Чињеница да је дошло до помјерања вриједности из имовине једног лица у имовину другог лица стварала је обавезу на повраћај примљеног у натури или у противвриједности.

Како се чини, ова дефиниција одређује стицање без основа заштићено кондикцијама. На исти начин установу неоправданог користовања туђим посматра и П. Миладин.¹⁰ Ипак, постоје и они који неоправдано користовање туђим посматрају као модерну установу неоправданог обогаћења,¹¹ а чини се да им повод за доношење таквог закључка дају ријечи члана 601 ОИЗ-а по којима је обавезу на повраћај имао онај ко без основа нешто „на који драго начин, из туђег иметка прими“. Наиме, ријечи „на који драго начин“ се вјероватно издвајају из садржине члана и везују се за прибављање користи на било који начин, као што тај верзиони сегмент истим ријечима изражава њемачки Грађански законик (§812). Ипак, ријечи „на који драго начин“ се вјероватније односе на начин примања јер се након њих упућује на чланове 945 и 946 Имовинског законика који требај да појасне шта се још сматра као неосновано примање вриједности из туђе имовине које може бити санкционисано примјеном члана 601 Општег имовинског законика.

Наиме, треба имати у виду да је поље примјене кондикције у класичном римском праву било везано за неоснован пренос својине на ствари (*dare*) па се у посткласичном праву проширило и кондикциони захтјев се могао користити због неоснованог извршења престације која је гласила на *facere*. Стога је кондикција могла послужити и за постизање надокнаде за неосновано извршени рад или за поништење обавезе преузете без основа.¹² У том смјеру је ишао и Имовински законик приказујући да се члан 601 односио и на оно што је примљено, односно задржано, услед тога што је неко извршио неосновано ослобођење од дуга или терета, као што стоји у члану 945 на који се упућује. Свакако, аналогно оном

¹⁰ P. Miladin, „Обићаји, кондикције, орташтво и уговорна казна према Bogišićevу Опћем имовинском законiku за Crnu Goru и hrvatskom Zakonu o obveznim odnosima (ZOO)“, *Bogišić i kultura sjećanja*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, LZ „Miroslav Krleža“, Zagreb 2011, 83: „Naziv odsjeka jasno daje do znanja kako je glavna Bogišićeva nakana propisati tipične kondikcijske zahtjeve, odnosno obveze po toj posebnoj obveznoj pravnoj osnovi. Bogišić nije imao namjeru općenito odrediti institute ne opravdana koristenja tuđim”.

¹¹ М. Драгашевић, „О дуговима од неоправданог користовања туђим“ Општег имовинског законика са освртом на правно неосновано обогаћење у упоредном праву“, *Правни зборник*, год. XXIV, број 2-3, Титоград 1975, 69; Ј. Даниловић, (2001), 505.

¹² D. 12,7.1 pr Ulpianus libro quadragensimo tertio ad Sabinum.

који се неосновано обавезао и који је могао да тражи поништење обавезе кондикцијом, тако је и онај који је неосновано извршио ослобођење од дуга или терета могао да тражи „да се дуг, дужност или терет васпостави, тј. да се поврати у пређашње стање, осим ако би било узрока узети да је ослобођење било у име дара.“¹³

Још један разлог казује да је Имовински законик у овом подраздјелу регулисао стицање без основа. Наиме, члан 506 Имовинског законика је једино мјесто гдје се тражи повраћај обогаћења („само онолико колико се тиме његово имање умножило“) од лица које је без основа примило неке вриједности. У овом члану се расправљају последице поништења уговора који је био закључен са малољетником старијим од седам година, а који није био потврђен од његовог заступника.

Члан 506 Имовинског законика: „Кад уговор није потврђен, а малољетник је примио нешто у име уговора, он ће повратити од тога само онолико колико се тиме његово имање умножило.“

Наиме, овај члан се може посматрати као изузетак од правила из члана 601 којим је било предвиђено да се примљено без основа врати у натури или у противвриједности јер да је повраћај обогаћења било опште правило не би имало потребе уводити посебно правило које је важило само за малољетнике (чл. 506). Дакле, изузетак је био уведен због посебног статуса обогаћеног. Одређена сличност може се уочити са развојем верзионог захтјева у римском праву. Наиме, једна од првих ситуација гдје се верзиони захтјев користио ван свога оквира везаног за тростране односе (адјекцијске тужбе – патер фамилијас, лице алијени јурис, повјерилац) била је она када се, по рескрипту Антонија Пија, захтјев истицао против малољетника који је посао склопио без сагласности татора и који је служио „за повраћај онога што чини *in quantum locupetior factus est*.“¹⁴

Сем тога, треба правило члана 601 довести у везу са општим правилима из шестог дијела Законика (Објашњења, одређења и допуне). С тим у вези треба указати да је при историјској обради установе неоснованог обогаћења редовно навођен принцип који је формулисан од римског правника Помпонија: „*Natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupetorem*.“¹⁵ Овај принцип је нашао и своје мјесто у

¹³ Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору, Цетиње 1888, чл. 945.

¹⁴ *Corpus iuris civilis, editio stereotypa, Volumen Prius, Iustiniani Digesta, Berolini 1872 - D. 26,8, 1 пр.*

¹⁵ D. 12,6,14. По природи, правично је да се нико не обогати на штету другога.

педесетој књизи Јустинијанових Дигеста (D. 50, 17, 206) која ја садржала различита правна правила и која је инспирисала Богишића да у Законик унесе нека општа правна правила.¹⁶

Одиста, у дијелу Законика који је садржао закоњаче налази се опште правило које би се у најширем смислу могло везивати за оно које је дефинисано од стране правника Помпонија. Оно гласи: „Ко прими што му не припада, треба да му поврати“.¹⁷ Ипак, у правилу се не помиње обогаћење већ се јасно предвиђа кондикциона одговорност онога који је примио нешто што му не припада.

Верзиони захтјеви су по правилу служили за повраћај користи која је стечена употребом туђе ствари у своју корист или употребом своје (туђе) ствари у корист трећег лица. Овај захтјев је био нормиран у аустријском Грађанском законнику, параграф 1041,¹⁸ док га Српски грађански законик и Општи имовински законик нијесу нормирали као посебну установу.

Употреба туђе ствари у своју корист постојала је, на примјер, када је неко од туђег материјала неовлашћено направио нову ствар. Тада се говори о преради и онај који је прерадио ствар постао је власник нове ствари оригинарним путем (продуктивно начело). У том смислу и одговор из Анкете: „Кад ко без зле намјере из туђе прости ствари учини нешто ново, на примјер из туђе вуне изаче штогод, или из туђе земље направи какав суд, или тиглу, или из туђег дрвета направи какво буре и томе подобно... нова ствар остаје оному који је израдио.“¹⁹ Облигационе

¹⁶ В. В. Богишић, *Метод и систем кодификације имовинског права у Црној Гори*, приредио Томица Никчевић, Београд–Подгорица 1999, 208.

¹⁷ Општи имовински законик, чл. 1029. Н. Богојевић-Глушчевић повезује овај члан са неоснованим обогаћењем и са правилом формулисаним од стране класичног правника Улпијана, (D. Ulpianus 50, 17, 53: Per errorem dati, repetitio est, consulto dati donation est. У заблуди дато може се натраг тражити, намјерно дато, поклон је), Н. Богојевић-Глушчевић, „Римска правна правила у закоњачама Општег имовинског законика за књажевину Црну Гору“, *Историјски записи*, LXXVIII, 1-4/2005, 30–31. Како се чини, ово правило казује када се могла примијенити кондикција *indebiti*. М. Петрак у чланку гдје разматра актуелно значење имовинскоправних закоњача не бави се чланом 1029, М. Петрак, *Bogišić i kultura sjećanja*, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, LZ „Miroslav Krleža“, Zagreb 2011, 98–118.

¹⁸ Аустријски грађански законик, § 1041: „Ако је без дјеловодства каква ствар на туђу корист употребљена, онда је власник може у природи натраг захтијевати, или ако се ово не може више учинити, тражити вриједност, коју је она имала у вријеме кад је била употребљена, ма да је корист од те употребе доцније осујећена.“

¹⁹ В. Богишић, *Изабрана дјела*, Том II – Правни обичаји у Црној Гори, Подгорица–Београд, 2004, 168, Одсјек Ствари, питање 27: „Кад би когођ без зле намјере штогод саградио, посио или посадио на туђој земљи, или из туђега материјала саставио какву ствар, то кому припада зграда, посијед, сад, или учињена ствар?“

последнице неовлашћене прераде туђе ствари биле су следеће: „... чије је ствар из које је израђена, оному се плати колико је грађа ваљала, или кому је штета била. Штета се плаћа, ако (је) нехотећи, оно што је ваљала - *damnum emergens*, а кад је зла ради, тада плати осим штете и глобу као да је украо, више него вриједи *lucrum cessans*. Исто тако и кад неће да каже да је он то учинио, него се обазна на други начин.“

Као што се види, онај који је прерадио туђу ствар без овлашћења био је одговоран за грађански и кривични деликт. Његов дуг није потицао ни из неоправдана користовања туђим већ је јасно одређен као дуг из грађанскоправног деликата, ако је приређивач био савјестан, док је, с друге стране, несавјесни прерађивач одговарао и кривично.

3. Поједини случајеви неоправданог користовања туђим

Имовински законик је нормирање неоправданог користовања туђим отпочео кондикцијом *indebiti* (чл. 595–598), затим је једним чланом обухватио кондикцију *causa data causa non secuta* и кондикцију *ob causam finitam* (599), да би након тога услиједила кондикција за повраћај онога што је примљено *ob turpis vel iniustam causam*. Финално је дефинисан општи појам неоправданог користовања туђим (чл. 601), као и правило о реституцији примљеног без основа (602). Дакле, Законик је радио поједине случајеве неоправданог користовања туђим па је одредио његов општи појам, што је манир излагања кондикција својствен римском праву.²⁰

3.1. Исплата недугованог

Исплата недугованог је најстарија кондикција и има врло широку примјену. Како истиче Љ. Милошевић, она се користи „кад неко изврши што није требало да изврши“.²¹ Она се могла користити када је једно

²⁰ Тако је након излагања појединих случајева кондикција услиједило нормирање кондикције *sine causa* која је коришћена за оне случајеве остицања без разлога који се нијесу могли подвести под предвиђење кондикције, а за коју је дуго преовладало схватање да је представљала општу кондикцију, Ј. Даниловић, 2001, 498. Законници који дефинишу неосновано обогаћење као јединствену установу полазе од општег појма те установе, Швајцарски грађански законик, чл. 62, Њемачки грађански законик, § 812, *Закон о облигационим односима*, „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89, „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Службени лист СЦГ“, бр. 1/2003, чл. 210-300; *Закон о облигационим односима*, „Службени лист Црне Горе“, бр. 47/2008, чл. 217-300ЦГ.

²¹ Љ. Милошевић, *Облигационо право*, Београд 1974, 208.

лице у заблуди платило нешто другом лицу, а то није било дужно платити. Како стоји у члану 595 Имовинског законика: „Ко што плати или кому даде, мислећи да је дужан, а дужан не буде, властан је тражити да му се поврати што је год у тој мисли дао или платио.“

Платац, лице које је неком нешто дало, односно платило, могао је тражити повраћај онога што је дао само ако је био у заблуди у погледу постојања самог дуга на основу којег је извршена исплата. Дакле, он је сматрао да плаћа дуг који дугује док у стварности такав дуг није ни постојао.

Након што је у члану 595 нормирао када се кондикција *indebiti* могла користити, у следећа три члана (чл. 596–598) је навео када се није могла користити. Суштински разлог због којег се није могао тражити повраћај био је тај што је дуг постојао и то као орочени, морални или као туђи дуг.

Чланом 596 одређено је да платац није могао да захтијева повраћај ако је орочени дуг намирио прије рока. Наиме, иако је дуг био модификован роком, он је производио правно дејство од момента настанка иако је вријеме испуњења било помјерено до одређеног рока. Сем тога, по истом члану повраћај није могао тражити дужник који је исплатио дуг који је био застарио јер је испунило своју обавезу без обзира на то што повјерилац од њега није могао судским путем да захтијева испуњење.

Следећи члан (чл. 597) се бавио лицем које је исплатило туђи дуг мислећи да је то било дужно да уради умјесто правог дужника и које није могло да захтијева повраћај од повјериоца.²² Наиме, повјерилац није неоправдано примио исплату већ је његов пријем имао оправдање у уговору који је постојао између њега и правог дужника. Имовина правог дужника се није умањила иако је до тога требало да дође исплатом уговораног па се он јавља као лице које се неоправдано користило туђим и платац је захтјев за повраћај датог могао да користи против њега.

По члану 598, повраћај исплаћеног се није могао тражити ни у случају када је дуг био моралне, а не правне природе.²³ Свакако, онај који је извршио неку чинидбу вођен моралним побудама није поступао

²² Општи имовински законик, чл. 597: „Ко би платио туђи дуг, преваривши се и мислећи да треба да плати мјесто правога дужника, платац не може искати повраћаја од намиреног дужитеља, него само од дужника, осим ако је дужитељ опазио да се платац вара, па ипак примио.“ О одредби из овог члана в. П. Миладин, 83.

²³ Општи имовински законик, чл. 598: „Ко изврши какву дужност коју само савјест, част или благонравље изискује, погрешно мислећи да је дужан то учинити, као да је дуг који се судом наплатити може, није властан тражити да му се то што је дао поврати.“

у складу са тим истим побудама ако је тражио повраћај датог. Исто правило било је нормирано је у римском праву, у њемачком Грађанском законнику (§ 814) и у швајцарском Законнику о облигацијама (чл. 63), као и у нашем модерном законодавству.²⁴

Имовински законик је половину чланова (четири од укупно осам) о неоправданом користовању туђим посветио кондикцији *indebiti*, што је сасвим оправдано имајући у виду ширину њене примјене. У Законнику је јасно дефинисано када се она могла користити, а када није. Овакав начин нормирања био је погодан за праксу у којој је ова установа требало да живи. Имајући у виду да грађанска одговорност није била јасно одвојена од кривичне, онај који је задржао нешто што му не припада посматран је као лопов и санкције због тога нијесу биле чисто грађанскоправне природе.²⁵ Чини се да је савјесност одлучивала да ли ће се одредити накнада штете или казна.²⁶ Законик је спровео јасну диференцијацију ових двију одговорности, с тим што дуг из неоправдана користовања туђим пније роизлазио ни из уговора ни из деликта већ из самог Законика који је нормирао када су се могле користити кондикције.

3.2. Исплата по основу који се није остварио и по основу који је отпао

У члану 599²⁷ обрађене су двије кондикције које су потекле из римског права, а које су нашле своје мјесто и у законцима који су нормирали неосновано обогаћење као јединствену установу.²⁸

Кондикција, позната као *condictio causa data causa non secuta* или као *condictio pro futuro*, користила се када је нешто дато, односно

²⁴ По мишљењу правника Модестина, брат није могао да захтијева повраћај онога што је утрошио ради издржавања своје сестричне, D. 3,5, 26, 1; ЗОО, чл. 213; ЗООЦГ, 220.

²⁵ Чак се и у народној поезији јасно уочава негативан став према било каквом посезању за туђим добрима. Отуда и пословице: „Ако желиш бити спасен, немој туђе пожељети“; „С туђим треба добар бити“; особито „Треба стицати на поштен начин радом и трудом...“, Ф. Чулиновић, *Народно право, Зборник правних мисли из наших народних умотворина*, Загреб 1936, 296. Дакле, и оно што је примљено без ваљаног разлога није се могло задржати јер је било туђе, говорећи у најширем смислу.

²⁶ Упор. В. Богишић, 2004, 168.

²⁷ Општи имовински законик, чл. 599: „Што ко да ради нечега што ће се тек извршити или бити, па се то не изврши или не буде, он може тражити да му се поврати што је год у то име дао. Подобно правило вриједи и за оно што ко даде за нешто што већ опстоји, па последије престане, ако је то што је дао, управ дао у мисли да ће тако и у напредак опстајати.“

²⁸ Тако Швајцарски законик о облигацијама, чл. 62, став 2; Њемачки грађански законик, § 812; ЗОО, чл. 210, ст. 2; ЗООЦГ, чл. 217.

учињено у очекивању контрачинидбе која је ипак изостала. Циљ давања се није остварио па је онај ко је давање извршио имао право да захтијева повраћај. Обично се ова кондикција помиње у вези са давањима поводом склапања будућег брака до којег међутим није дошло. Тако и Српски грађански законик, који уопштено регулише кондикцију *indebiti* (§902) и кондикцију *ob turpem vel iniustam causam* (§722), регулише овај појединачан примјер кондикције која се примјењивала ради повраћаја поклона који је учињен вјеренику или вјереници када до склапања брака није дошло (§ 778).²⁹ Осим овог, најчешће истицаног примјера, у црногорској пракси је забиљежен случај за који се могла користити кондикција *causa data causa non secuta*, наиме, тужена Златана Кривокапић примала је аконтацију нерегулисане пензије у укупном износу од 16.830 прије него је питање њеног права на пензију ријешено. Рјешењем Министарства финансија бр. 49905 од 13. 12. 1934. г., које је касније потврђено пресудом Државног савјета бр. 4604 од 23. 2. 1935. г., одбијен је њен захтјев за пензију. „На тај начин коначно је утврђено да тужена није имала право на пензију, па је према томе без оправдана узрока из иметка тужитељке примала аконтације нерегулисане пензије, стога их је на основу чл. 601 О. И. З. дужна вратити.“³⁰

Иако је суд могао пресуду да базира на члану 599, јер се радило о случају када је неко дао нешто другоме „ради нечега што ће се тек извршити или бити, па се то не изврши“, туженој је пресудом наложен повраћај с позивом на члан 601 Општег имовинског законика, који садржи опште одређење неоправданог користовања туђим.

Кондикција позната као *condictio ob causam finitam* користила се када је правни основ давања постојао, па је накнадно престао да постоји тако да прималац није имао право да задржи примљено већ је био дужан да га врати (у натури или противриједности). Овај тип кондикције обично се користио када је услед поништења дејство неког правног акта (уговора, рјешења и сл.) престало, па је онај који је нешто држао по основу тог акта био дужан да га врати. Тако се често сретају предмети који се баве повраћајем новца који је уплаћен на основу пензија које су касније укинуте.³¹ Ипак, као и у претходно цитираном случају, умјесто посебне кондикције из члана 599, став 2, користила се општа кондикција па су у свим случајевима пресуде донесене по основу члана 601.

²⁹ В. Цветковић-Ђорђевић, 2013, 210.

³⁰ Државни Архив Црне Горе, Фонд Окружни суд Цетиње –О СЦ, IV-1936-30, број 1435, 18. маја 1936. г., Цетиње.

³¹ ОСЦ, IV-1935-48, број 1303, 18. јуна 1935. г., Цетиње; ОСЦ, IV-1935-39, број 746, 20. маја 1935. г., Цетиње; ОСЦ, IV-1936-224, број 757, 19. фебруара 1938. г., Цетиње.

3.3. Повраћај онога што је дато по неморалном (*ob turpis causa*) или противправном основу (*iniusta causa*)

Члан 600 Општег имовинског законика нормира питање повраћаја онога што је једно лице дало другом како би извршило неко противправно или неморално дјело. Давалац је имао право на повраћај ако је он био савјестан, а прималац несавјестан – „Ипак то бива само кад је таки примац непоштено радио што је примио, а с даваоачеве стране није никако било такога непоштења.“

Рјешење Општег имовинског законика у случају када су и давалац и примац били несавјесни било је следеће: „Кад су пак обојица непоштено радили, тада давалац не може више тражити повраћаја, него ће примац у црквну касу дати то што је примио.“

Дакле, давалац није могао захтијевати повраћај јер је био несавјестан, али ни прималац није могао стечено задржати из истог разлога већ га је био дужан уплатити у црквену касу. Ово је специфично рјешење Имовинског законика. Аустријски грађански законик (§ 1174), Српски грађански законик (§ 722), као и модерни законици, редовно забрањују повраћај онога што је дато ради извршења недозвољених дјела али не предвиђају одузимање те вриједности од примаоца који је требало да изврши то дјело.³² Њихова рјешења, када су и давалац и прималац несавјесни, базирају се на римском правилу: *In pari turpitudine melior est causa possidentis*.³³ Овако неправично рјешење није наило мјеста у Имовинском законуку јер је у случају несавјесности обје стране (*pari turpitudine*) престација одузимања у корист црквене касе.

Поријекло овог рјешења назире се из записника који су вођени приликом читања текста Законика: „...само чланови мисле да би требао за случај да кад би онај што је дао непоштено радио ипак да треба узети од онога што је примио и дати у фонд сиромасима или у какву другу добру цјељ. То треба да одлучимо. Овај је чланак важан особито за суд-

³² Швајцарски законик о облигацијама, чл. 66: „Не може се тражити повраћај онога што је дато ради постизања неког недозвољеног или неморалног циља“; Њемачки грађански законик, § 817: „Ако је сврха чинидбе тако одређена, да прималац примањем повређује законску забрану или добре обичаје, прималац је обвезан на изручење. Захтјев за поврат је искључен, ако и вршиоцу чинидбе пада на терет таква повреда, изузевши случај да се чинидба састојала у преузимању неке обвезе; што је за испуњење такве обвезе дано, не може се натраг захтијевати.“ Овај параграф Законика доживио је озбиљне критике у Њемачкој, в. R. Zimmermann, 865: „...the German Federal Supreme Court, in a startling pronouncement, has even contended that it intentionally disregards the precepts of justice.“

³³ Правило које је формулисано на основу правила: *Si et dantis et accipientis turpis causa est, possessorem potiorum esse*, Paulus, D.12, 5,8, В. R. Zimmermann, 846–847.

це и ако то сад не треба. Строгост књаза Данила знатно искоријенила, јер до њега мито је увелико овладао било, тако да су сенати мито међу собом дијелили, то је било из тога узрока што нијесу имали другога издржавања.³⁴

Дакле, чланови одбора су сматрали да је било потребно одузети оно што је дато ради извршења недопуштеног дјела, а потреба за оваквим рјешењем доводила се у везу са давањем мита судијама. Наиме, тај мито је имао поријекло у глобама које су судије узимале за себе у периоду прије настанка државе па је ту праксу требало искоријенити касније када су судије добијале плату за вршење јавне (државне) функције.³⁵ Овдје је посебно битно нагласити да је Петров законик (члан 25), поред кривичних санкција за примање и давање мита, предвидио да се одузети мито преда у „опшчу мирију“.

Дакле, чини се да је разјашњено поријекло рјешења Имовинског законика из члана 600, став 2. Ово рјешење је било прихваћено и у Скици Михаила Константиновића у члану 175 (Неморалан и незаконит основ).

4. Обим враћања

Лице које је нешто примило из имовине другог лица без правног основа није могло то задржати у својој имовини. Наиме, Законик је прописао да је то лице било дужно примљено да „поврати или иначе надомјести и намири“.³⁶ Дакле, циљ ове норме је био повраћај у пређашње стање, стање које је постојало прије него што је одређена вриједност без основа изашла из туђе имовине. Прималац је био дужник из неоправданог користовања туђим и садржина његове обавезе састојала се првенствено у повраћају ствари, тек ако није било могуће извршити реституцију у натури, његова обавеза је била да преда новчани еквивалент примљеног.

Дакле, чланом 601 одређена је обавеза дужника да врати примљено у натури или у противриједности. Нема помена о томе да се водило рачуна о постојању користи на страни дужника, нити о томе да ли је он располагао примљеним добротиним или теретним пословима. Једноставно, његова обавеза је била реституција примљеног. За кондикциону одговорност је карактеристично да је кондикциони дужник који је продао

³⁴ Записници, Сједница XXIV, 3 октобра 1881, Цетиње.

³⁵ П. Стојановић, *Законик општи црногорски и брдски, Законик Данила Првог*, Цетиње 1982, 75.

³⁶ Општи имовински законик, чл. 601.

ствар био дужан да преда њен сурогат, цијену. Чини се да је овдје непотребно правити такву разлику јер је и сурогат представљао објективно одређени економски еквивалент ствари.³⁷

У следећем члану, 602, одређује се обим дужникове обавезе у зависности од његове савјесности и то по правилима која су важила за савјесног (незломисленог) и несавјесног (зломисленог) држаоца (чл. 22–25). И ова чињеница говори о природи неоправданог користовања туђим, наиме, једно правило којим се врши упућивање на правила о зломисленом и незломисленом држаоцу (држитељу) указују на то да се овом установом није тежило утврђивању користи која је била без основа у рукама туженог, већ се просто хтјело успоставити стање које је постојало прије него што је туђе добро прешло у руке другог лица без правног основа. Законици који нормирају неоправдано обogaћење морали су поставити посебна правила по основу којих се пратило како је обogaћени располагао стеченим користима,³⁸ како би се у крајњем утврдило постојање обogaћења и обим његове обавезе.

Правила на која је упутио Имовински законик у члану 602 ближе се баве плодовима и трошковима које су држаоци, у зависности од савјесности, требали да врате, односно наплате.

Незломислени држитељ против кога је био поднесен захтјев за повраћај примљеног био је дужан да врати ствар и плодове који још нијесу били одвојени од ње, а потрошене и пропуштене није био дужан да надокнади.³⁹ При томе, неопходно је нагласити да незломислени држитељ није одговарао за погоршања до којих је дошло коришћењем ствари („квар“) као ни за случајну пропаст ствари.⁴⁰ Када су у питању трошкови, он је имао право да наплати нужне (потребне) трошкове у потпуности, а корисне до нивоа корисности за власника у вријеме повраћаја. У погледу луксузних трошкова (самохотни) имао је *ius tollendi*, што зна-

³⁷ В. Цветковић-Ђорђевић, 2014, фн. 33.

³⁸ Њемачки грађански законик, § 816 (располагање неовлашћеног): „(1) Тко неовлашћено располаже неким предметом тако, да расположба има учинак према овлашћенику, обвезан је овлашћенику изручити, што је расположбом стекао. Ако је расположба услиједила без наплате, иста се обвеза односи на онога, који је на основи расположбе непосредно стекао правну корист. (2) Ако је чинида испуњена неовлаштеном, а она има учинак према овлаштенику, неовлаштени је обвезан овлаштенику изручити што је примио“; Швајцарски законик о облигацијама, чл. 65: „Не може се тражити повраћај ако оно лице које је примило недоговано докаже да у тренутку постављања захтјева за повраћај није више обogaћено, осим ако се није злонамјерно лишило онога што је примило или ако је морало знати када се лишавало тога да ће бити обвезано на повраћај.“

³⁹ Општи имовински законик, чл. 22.

⁴⁰ Општи имовински законик, чл. 823, ст. 2.

чи да је могао да узме оно што је уложио уколико је то било могуће без оштећења саме ствари.⁴¹

Положај зломисленог држатеља је био гори, наиме, он је био дужан да врати или надокнади све плодове, чак и оне које би ствар дала да је била у рукама онога ко је био овлашћен да је држи.⁴² Истовремено, он је могао да надокнади само потребне трошкове док је у погледу корисних и луксузних имао *ius tollendi*.

Расположиви материјал је претежно везан за случајеве враћања онога што је стечено по основу који је постојао па је касније престао да постоји и тиче се неоснованог задржавања примљених пензија. Пошто су у питању била новчана давања, тужени су обавезани да врате примљене суме с тим што су се савјесним и несавјесним примаоцима камате обрачунавале на различит начин. Наиме, несавјесни су дуговали камате од момента пријема новца, а савјесни од момента када су сазнали за одлуку којом се поништава рјешење о одређивању пензије.⁴³

Видљиво је да се свака одлука у поменутих споровима базирала на члану 601 Општег имовинског законика који је дао општи појам неоснованог користовања туђим иако су нормиране четири врсте посебних кондикција. То је свакако посљедица система заштите права који се базирао на појму опште тужбе, док је римски систем заштите права – си-

⁴¹ Општи имовински законик, чл. 24.

⁴² Општи имовински законик, чл. 23.

⁴³ ОСЦ, IV-1935-48, број 1303, 18. јуна 1935. г., Цетиње; ОСЦ, IV-1935-39, број 746, 20. маја 1935. г., Цетиње; ОСЦ, IV-1936-224, број 757, 19. фебруара 1938. г., Цетиње. Иначе, као изузетак треба напоменути пресуду Округног суда у Цетињу број 757, IV-1936-224, од 19. 2. 1938. године, са захтјевом тужиоца (Државе Краљевине Југославије заступане од државног правобраниоца из Подгорице) у којем је тражио повраћај исплаћених пензија због тога што је рјешење о одређивању пензије стављено ван снаге. Наиме, тужилац је своје тражење базирао на принципу из члана 1029 Општег имовинског законика, о повраћају онога што је примљено без основа док се тужени бранио наводећи да се питање повраћаја треба расправити по члановима 22–25 Имовинског законика и да тужена као незломислени држатељ није дужна да врати плодове примљене за сво вријеме њене незломислене држине. Тужбени захтјев је одбијен: „Према чл. 22 ОИЗ. Опште је правило да незломислени држатељ, кад треба да поврати или другоме преда оно што држи, нити враћа нити надокнађује плодове и дохотке које је примио са ствари, за сво вријеме своје незломислене држине. Тужена је примила утужени износ као аконтацију на име пензије вјерујући да јој пензија припада... на тај начин била је у држини бестјелесне ствари као савјестан и правичан држатељ права на пензију... пошто јој је извршеном одлуком Државног савјета одузето право на пензију, враћа само то право а не и износ-аконтацију коју је примила на име пенс. Принадљности“, ОСЦ, IV-1936-224, број 757, 19. фебруара 1938, Цетиње. Велики суд је преиначио ову пресуду и усвојио је тужбени захтјев тужиоца. Из образложења: „Тужена је дужна на основу чл. 601 О.И.З. вратити држави примљену аконтацију, јер је рјешење о пензионисању на основу којег је примила аконтацију стављено ван снаге“, Велики суд, број 97-IV-1938-39, Подгорица, 24. јуна 1938. године.

стем тужби, захтијевао именовање тужбе. Како су се црногорске судије први пут среле са овом установом одређивање посебних кондикција је било прикладно због потреба праксе јер је за онога ко примјењује право корисније конкретније одређење од опште дефиниције. Свакако, када је захтјев правно квалификован није од значаја да ли се пресуда базирала на члану 599 или члану 601. Чак и данас, када је наше право прихватило концепт хомогено регулисаног неоснованог обогаћења,⁴⁴ нормиране су посебне кондикције иако теорија сматра да то нема никакав правни значај.⁴⁵

5. Закључак

Општи имовински законик је установу неоправданог користовања туђим регулисао по угледу на римске кондикције. Верзиони захтјев који се могао поднијети за повраћај користи која је стечена без основа био је тек у повоју па се у виду изузетка примјењивао за повраћај обогаћења које је старији малољетник прибавио на основу посла који није био одобрен од законског заступника. Иако је Општи имовински законик важио за законик који је био модернији од Српског грађанског законика, у овом сегменту њихове норме су суштински на истој равни. Предност на страни Имовинског законика састојала се у томе што је потпуније регулисао четири традиционалне кондикције и што је дао опште одређење када се могла користити.

Правила Имовинског законика о појединим кондикцијама не одступају од опште прихваћених рјешења. Позитиван искорак у односу на постојећа рјешења представљало је правило по којем несавјесни прималац није могао да задржи примљено ако је и давалац био несавјестан већ је био обавезан да те вриједности преда у црквену касу.

Поље примјене правила о неоправданом користовању туђим није било широко. Она су се примјењивала када није било могуће користити захтјев из уговорне или деликтне облигације. Иако је ова установа у описаном облику била први пут уведена у Законнику, пракса се без већих тешкоћа руководила његовим рјешењима.

⁴⁴ ЗООЦГ, чл. 217 (1): „Кад је неки дио имовине једног лица прешао на било који начин у имовину другог лица, а тај прелаз нема свој основ у неком правном послу или у закону, стицалац је дужан да га врати, а кад то није могуће – да накнади вриједност постигнутих користи. (2) Ко се неосновано користи туђим, дужан је да накнади вриједност постигнутих користи.“

⁴⁵ С. Перовић, 1995, 497.

**Rajka Djokovic, LL.M, assistant
Faculty of Law, University Mediteran Podgorica**

WRONGFUL USAGE OF ANOTHER'S PROPERTY IN GENERAL PROPERTY CODE FOR PRINCIPALITY OF MONTENEGRO (1888)

Summary

The wrongful usage of another's property is source of the obligations in General Property Code. The history of this institute couldn't be understood without comparison with the unjustified enrichment. Hence, it should be found out did General Property Code, as the other modern civil codes, legislated unjust enrichment like unique institution. At the same time it should be found out did General Property Code deals with some particular types of conditions and actio de in rem verso.

In conclusion, General Property code prescribed some particular types of conditions and general condition.

Key words: *unjustified use of other person's property, unjustified enrichment, General property legislation.*

СПРЕЧАВАЊЕ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ – МОДЕЛ ПРЕМА ЗАКОНОДАВСТВУ СРБИЈЕ

Мр Драгољуб Рељић*

***Апстракт:** Аутор у свом раду анализира Закон о спречавању насиља у породици Републике Србије и са научне тачке критички посматра његова нова одређења. Одређивање специјализоване обуке за припаднике надлежних органа, формулисање процјене ризика и примјене хитних мера од стране специјализованог полицајца те продужење трајања хитних мјера без одржавања рочишта, формирање група за координацију и сарадњу, израду индивидуалног плана заштите и вођење јединствене евиденције података су рјешења која превазилазе досадашња законска рјешења у земљама окружења и код нас.*

***Кључне ријечи:** спречавање насиља у породици процјена ризика, група за координацију и сарадњу, индивидуални план заштите и подршке жртви.*

І Увод

О насиљу у породици у посљедњих петнаестак година у земљама региона писано је на десетине радова. Веома мало има радова који говоре о породици као мјесту сигурности, среће, љубави и сигурном уточишту за њене чланове. Напротив, стално се истиче насиље, неправноправност брачних другова и осталих чланова породице те се захтијева већа интервенција државе у породичноправне односе. Ако бисмо пратили само оваква истраживања и занемарили љубав која је основ сва-

* Генерални секретар Вијећа народа Републике Српске.

ке породице, дошли бисмо до схватања које је истакла и проф. Станка Стјепановић да се „породица претвара у модел по коме је она сачињена од насилника, жртве и државе која арбитражу између њих“.¹

У доступној литератури запажен је и став проф. Јањић Комар, а у којем се истиче: „Породица је темељ личног интегритета и односа према другим лицима. Либералистички концепт занемарује антрополошку димензију породице и ослања се на индивидуалистичку филозофију различитих стилова живота као право родитеља што одговара модерном схватању друштва као збира индивидуа без ослоњања на темељне људске вриједности које, у својој основи, мора да има свака људска заједница“.²

Значај породице као основне ћелије сваког друштва никако не треба занемаривати нити умањивати. За развој и формирање човјека као личности од суштинске су важности здрави односи између чланова породице. Здрави не подразумевају радње насиља нити злостављања најближих сродника а поготово не родитеља и дјеце. Противправне радње насиља између чланова породице морају се спречити а у случају предузимања од стране насилника и правно процесуирати.

II Компаративни прописи Републике Србије и осталих држава бивше Југославије

Законодавци у земљама насталим распадом бивше Југославије обавезани ратификованим међународним конвенцијама донијели су велики број посебних правних аката којим се спречава насиље те обезбјеђује посебна правна заштита од насиља у породици. Нарочито истичемо ово посебна правна заштита јер су сва лица без обзира на лична својства као што су пол, године, сродство или припадност одређеној заједници заштићена путем универзалне или опште правне заштите. Првенствено се кренуло у прописивање новог кривичног дјела „насиље у породици или породичној заједници“ али и прописивање посебних поступака правне заштите кроз прекршајни или у неким државама посебан парнични поступак. У Босни и Херцеговини за ова питања надлежни су ентитети. Тако је у Републици Српској и Федерацији Босне и Херцегови-

¹ М. Ђурковић, „Насиље дјеце над родитељима: Последица реформе породичног законодавства“, *Насиље у Породици*, Зборник радова са научног скупа (ур. С. Панов, М. Јањић Комар, М. Шкулић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 50.

² М. Јањић Комар, „Породична права као људска права“, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд 2001, 527–528.

не већ донесено неколико закона али и измјена закона који су регулисали ову област.³ Хрватска, Словенија и Црна Гора определијиле су се за доношење посебних закона који регулишу питање насиља у породици.⁴ За разлику од већине држава, законодавци у Републици Македонији и Републици Србији регулишу посебну правну заштиту од насиља у породици у оквиру постојећих породичних закона.⁵

Крајем 2016. године Република Србија одлази један корак даље и поред Породичног закона који регулише ово питање доноси још један нови закон – Закон о спречавању насиља у породици. Закон прописује нова рјешења која су до сада била непозната у земљама региона те представља веома значај правни акт који ће својим дејством сигурно изазвати значајну пажњу како невладиног сектора тако и стручне јавности.⁶

Иако је закон ступио на снагу осмог дана од дана објављивања у „Службеном гласнику Републике Србије“, његова примјена је одређена од 1. јуна 2017. године. У правном поретку у коме је прије више од десет година прописано кривично дјело насиља у породици,⁷ затим обезбијеђена правна заштита од насиља у породици путем Породичног закона и посебног парничног поступка различита су мишљења да ли је било потребно доношење овог закона.⁸

³ Закон о заштити од насиља у породици, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 102/12, 108/13, 82/15, Закон о заштити од насиља у породици Федерације Босне и Херцеговине, „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 20/13.

⁴ Закон о заштити од насиља у обитељи Републике Хрватске, „Народне новине“, бр. 137/2009, 14/2010, 60/2010, Закон о заштити од насиља у породици Црне Горе, „Службени лист Црне Горе“, бр. 26/2010, Закон о спречавању насиља у породици Републике Словеније, „Урадни лист Републике Словеније“, бр. 16/08.

⁵ Закон за семејство, „Службени весник на Република Македонија“, бр. 80/1992, 38/2004, 33/2006 и 84/2008, Породични закон Републике Србије – ПЗ РС, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 18/05, 72/11 – др. закон и 6/15.

⁶ Народна скупштина Републике Србије усвојила је 23. новембра 2016. године Закон о спречавању насиља у породици. „Министарство правде је у циљу подизања свести о породичном насиљу и представљању нових законских мера покренуло кампању ‘Искључи насиље’, у оквиру које је урађена и посебна интернет презентација iskljucinasilje.rs. Намера је да се организовањем низа активности, преко друштвених мрежа и уз подршку медија, подигне свест свих актера у друштву о насиљу у породици, да се информишу и едукују различите циљне групе, као и да се нове законске мере приближе како онима који могу да буду или јесу жртве породичног насиља, тако и оствареним или потенцијалним учиниоцима“.

⁷ Вид. Усвојен закон о спречавању насиља у породици, доступно на адреси <http://civilnodrustvo.gov.rs/усвојен-закон-о-спречавању-насиља-у-породици.74.html?newsId=776>, 10. мај 2017.

⁸ Кривични законик Републике Србије, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 85/05, 88/05 – исправка, 107/05 – исправка, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 и 108/14, чл. 194.

⁸ Тако Ђурковић истиче: „Логика би тражила да преиспитамо да ли можда сам институт и систем који је увео сигурне куће, уз максимално подстицање увлачења државе и државних институција у породичне односе, нису погрешни. Да ли се можда узроци све раширенијег појединачног и

III Циљеви доношења Закона о спречавању насиља у породици

Законом се уређује спречавање насиља у породици и поступање државних органа и установа у спречавању ове врсте насиља. Циљ Закона је да на општи и јединствен начин уреди организацију и поступање државних органа и установа и тиме омогући дјелотворно спречавање насиља у породици и хитну, благовремену заштиту, као и подршку жртвама насиља у породици.⁹ Овај закон примењује се и на сарадњу у спречавању насиља у породици, као и у кривичним поступцима за велики број кривичних дјела.¹⁰

У разлозима за доношење Закона наводи се успостављање стандарда: „Насилник не смије да остане код куће, не само када је кривично дело учињено, већ и када постоји непосредна опасност од настанка кривичног дела односно било ког облика насиља, а у складу са остваривањем принципа нулте толеранције на насиље“.¹¹ Анализирајући институт „нулте толеранције на насиље“ долазимо да закључака које срећемо у литератури, које истиче уважени професор Панов, а то је „оригиналност језичких израза није довољна, без нужног савеза са истином, логиком, смислом, врлином. Чим је нешто дефинисано као породичноправни деликт или

колективног насиља не налазе у ‘Паровима’, економској пропасти породица, поремећеном систему вредности које управо овакви законски оквири нуде итд. Ово је још један опасан, циљано антипородични и идеолошки закон са јасно противустваним одредбама и са елементима грубог тоталитаризма“. Вид. М. Ђурковић, *Насилнички закон*, доступно на адреси <http://www.politika.rs/scc/clanak/368008/Pogledi/Nasilnicki-zakon>, 27. новембар 2016.

⁹ Закон о спречавању насиља у породици – ЗСНП, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 94/2016

¹⁰ Законодавац наводи да су то дјела: 1) прогањање (члан 138а Кривичног законика); 2) силовање (члан 178 Кривичног законика); 3) обљуба над немоћним лицем (члан 179 Кривичног законика); 4) обљуба над дететом (члан 180 Кривичног законика); 5) обљуба злоупотребом положаја (члан 181 Кривичног законика); 6) недозвољене полне радње (члан 182 Кривичног законика); 7) полно узнемиравање (члан 182а Кривичног законика); 8) подвођење и омогућавање вршења полног односа (члан 183 Кривичног законика); 9) посредовање у вршењу проституције (члан 184 Кривичног законика); 10) приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетних лица за порнографију (члан 185 Кривичног законика); 11) навођење детета на присуствовање полним радњама (члан 185а Кривичног законика); 12) запуштање и злостављање малолетног лица (члан 193 Кривичног законика); 13) насиље у породици (члан 194 Кривичног законика); 14) недавање издржавања (члан 195 Кривичног законика); 15) кршење породичних обавеза (члан 196 Кривичног законика); 16) родоскврнуће (члан 197 Кривичног законика); 17) трговина људима (члан 388 Кривичног законика); 18) друга кривична дела, ако је кривично дело последица насиља у породици. Овај закон се примењује и на пружање заштите и подршке жртвама кривичних дела из става 1 овог члана ЗСНП, чл. 4.

¹¹ Разлози за доношење закона и циљеви који се њиме остварују, доступно на адреси <http://www.rspp.gov.rs/misljenja/1263/obr/Obrazlozenje.pdf>, 28. април 2017.

кривично дело, немогуће је, и за лице делимичне пословне способности, да се говори о толеранцији, несанкционисању. По тој логици, онда би постојала могућност једнопроцентне толеранције за лаку телесну, 5% толеранције за тешку телесну повреду, 15% за силовање, 100% за издају, 102% за крвно сродство као брачну сметњу и инцест¹². Бесмисао термина „нулта толеранција“ је очигледан.

Законом се остварују и главни стратешки циљеви одређени у Националној стратегији за спречавање и сузбијање насиља над женама и насиља у породици.¹³

С обзиром на вријеме доношења новог закона, као и упоредно-правна искуства, мишљења изражена у научним радовима и ставове судске праксе на које се законодавац морао осврнути приликом писања и доношења новог закона, очекивало се да се насиље у породици дефинише прецизније те да правну заштиту од насиља добију управо само чланови породице а не и лица која то објективно нису. Насиље у породици, у смислу овог закона, јесте акт физичког, сексуалног, психичког или економског насиља учиниоца према лицу са којим се учинилац налази у садашњем или ранијем брачном или ванбрачном или партнерском односу или према лицу са којим је крвни сродник у правој линији, а у побочној линији до другог степена или са којим је сродник по тазбини до другог степена или коме је усвојитељ, усвојеник, храњеник или хранитељ или према другом лицу са којим живи или је живио у заједничком домаћинству.¹⁴

У одређивању круга лица која имају право на заштиту од противправних радњи насиља у породици и које се сматрају породицом, законодавац је одступио од општепознатог појма породице који је прихваћен у постојећој правној теорији.¹⁵ Наводећи да се члановима породице сматрају лица у „партнерском односу“ или „према другом лицу са којим живи или је живио у заједничком домаћинству“ упућује на то да законодавац не исправља непрецизност Породичног закона.¹⁶ У члана породи-

¹² С. Панов, У писаној комуникацији поводом израде докторске тезе Д. Рељић, *Насиље над старијим лицима у Босни и Херцеговини*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2017.

¹³ Национална стратегија за спречавање и сузбијање насиља над женама и насиља у породици, „Службени гласник Републике Србије“, број 27/11, тачка 6.

¹⁴ ЗСНП, чл. 3, ст. 3.

¹⁵ Вид. М. Младеновић, М. Живановић, С. Стјепановић, *Породично право*, Правни факултет, Српско Сарајево – Пале 2003, 32. М. Младеновић, С. Панов, *Породично право*, Досије, Београд 2003, 44–45. Љ. Ђуровић, *Породично право*, Научна књига, Београд 1988, 34.

¹⁶ Члановима породице сматрају се: 1. супружници или бивши супружници; 2. дјеца, родитељи и

це на овај начин убраја се и подстанар који је некада живио у тој породици или кућна помоћница, баштован, тјелохранитељ итд. На овакве непрецизности већ смо указивали. Законодавац даље поступа различито у односу на радње прописане Породичним законом¹⁷ наводећи „насиље у породици, у смислу овог закона, јесте акт физичког, сексуалног, психичког или економског насиља“. Овако се у два закона који имају у коначници исти циљ уносе различите дефиниције како радњи насиља тако и чланова породице. Како ће то утицати на рад надлежних државних органа и установа врло брзо ће показати пракса.

IV Надлежни органи и установе у спречавању насиља у породици

За спречавање насиља у породици и пружање заштите и подршке жртвама насиља надлежни су полиција, јавна тужилаштва, судови опште надлежности и прекршајни судови, као надлежни државни органи те центри за социјални рад, као установе. Поред надлежних државних органа и центара за социјални рад, у спречавању насиља у породици, преко давања помоћи и обавјештавања о насиљу, као и пружању подршке жртвама насиља учествују и друге установе у области дјечје, социјалне заштите, образовања, васпитања и здравства као и тијела за родну равноправност на нивоу локалних самоуправа. Подршку жртвама насиља у породици могу да пруже и друга правна и физичка лица и удружења.¹⁸ Свјестан значаја интегрисане правне заштите свих субјеката, законодавац прописује веома велику групу надлежних државних органа, установа, невладиних организација и све до физичких лица, који ће да пружају заштиту лицима која су одређена као чланови породице. Спречавање насиља у породици састоји се од скупа мјера којима се открива да ли

остали крвни сродници, те лица у тазбинском или адоптивном сродству, односно лица која везује хранитељство; 3. лица која живе или су живјела у истом породичном домаћинству; 4. ванбрачни партнери или бивши ванбрачни партнери; 5. лица која су међусобно била или су још увијек у емотивној или сексуалној вези, односно која имају заједничко дијете или је дијете на путу да буде рођено, иако никада нису живјела у истом породичном домаћинству. ПЗ РС, чл. 197, ст. 3.

¹⁷ Насиљем у породици, сматра се: 1. наношење или покушај наношења тјелесне повреде; 2. изазивање страха пријетњом убиства или наношења тјелесне повреде члану породице или њему блиском лицу; 3. присиљавање на сексуални однос; 4. навођење на сексуални однос или сексуални однос са лицем које није навршило 14. годину живота или немоћним лицем; 5. ограничавање слободе кретања или комуницирања са трећим лицима; 6. вријеђање, као и свако друго дрско, безобзирно и злонамјерно понашање. ПЗ РС, чл. 197, ст. 2.

¹⁸ ЗСНП, чл. 7.

пријети непосредна опасност од насиља у породици и скупа мјера које се примјењују када је непосредна опасност откривена.¹⁹

Новина у односу на сва законска рјешења која смо помињали а која регулишу ову материју на подручју бивше Југославије јесте увођење „специјализоване обуке“ за припаднике надлежних државних органа. То значи да се предметима насиља у породици неће моћи бавити припадници полиције, јавног тужилаштва, судова и центара за социјални рад који нису завршили специјализовану обуку. Руководиоци ових органа дужни су да одреде лица која по завршеној специјализованој обуци пружају заштиту жртвама насиља у породици.²⁰ Ова врста едукације надлежних органа по мишљењу законодавца је неопходна. Ранија искуства указивала су на то да припадници надлежних органа нису довољно познавали радње извршења насиља у породици и специфичности ове врсте насиља.

Главни разлог зашто се почиње са примјеном закона шест мјесеци од ступања на снагу су специјалистичке обуке припадника надлежних државних органа. Очекује се да ће до почетка примјењивања закона више од 400 судија и тужилаца проћи ову обуку.²¹ Специјализовану обуку спроводи Правосудна академија за јавне тужиоце, замјенике јавних тужилаца и судије, у сарадњи са другим стручним установама и организацијама, а за полицијске службенике специјализовану обуку спроводи Криминалистичко-полицијска академија.²² По завршеној специјализованој обуци, Правосудна академија и Криминалистичко-полицијска академија издају полазницима обуке сертификате о завршеној обуци.²³

Овдје се препознаје велики утицај невладиног сектора. Познато је мишљење истицано у многим извјештајима о „несензибилним“ полицајцима. Први корак у отклањању овог проблема било је и увођење жена полицајки које су се бавиле најчешће питањима насиља у породици. Очигледно да те активности нису дале очекиване резултате те се сада прописује посебна специјализована обука. Законодавац истиче интегрисану правну заштиту и намеће обавезу да лица

¹⁹ ЗСНП, чл. 3, ст. 1.

²⁰ ЗСНП, чл. 8–11.

²¹ Обука за примену закона о спречавању насиља у породици, <http://www.pravniportal.com/obuka-za-primenu-zakona-o-sprecanju-nasilja-u-porodici/>,

²² Специјализована обука полицијских службеника у складу са Законом о спречавању насиља у породици, <http://www.kpa.edu.rs/cms/akademija/vesti/2513-specijalizovana-obuka-policijskih-sluzbenika.html>

²³ ЗСНП, чл. 28.

одређена за везу свакодневно размјењују обавјештења и податке битне за спречавање насиља у породици.²⁴

Значајну новину предвиђа прописивање да се на подручју сваког основног јавног тужилаштва образује група за координацију и сарадњу. Она разматра сваки случај насиља у породици који није окончан правоснажном судском одлуком у грађанском или кривичном поступку, случајеве када треба да се пружи заштита и подршка жртвама насиља у породици и жртвама кривичних дела из овог закона, израђује индивидуални план заштите и подршке жртви и предлаже надлежном јавном тужилаштву мјере за окончање судских поступака. Групу за координацију и сарадњу чине представници основних јавних тужилаштва, полицијских управа и центара за социјални рад са подручја за које се група образује, наравно сви који су прошли специјалистичку обуку.²⁵ Ова мјера законодавца није најјасније нити најпрецизније прописана. Одређивање да ће група предлагати „надлежном јавном тужилаштву мјере за окончање судских поступака“ није прецизирано и поприлично је нејасно. Нејасно је које су то мјере, у ком смислу, те како јавно тужилаштво може окончати поступак ако је суд тај који доноси правоснажну и коначну судску пресуду.

Наводи се и „сваки случај насиља у породици који није окончан правоснажном судском одлуком у грађанском или кривичном поступку“. Одређивањем и „грађанског поступка“ закон доводи и до нових дилема и питања. Познато је да се у Републици Србији правна заштита од насиља у породици остварује путем посебног парничног поступка. Међутим, у грађанске поступке, осим овог који смо навели, спадају и други. У случају насиља у породици посебно је значајан и поступак накнаде штете жртви насиља. Одредбом овог закона даје се овлашћење групи за координацију и сарадњу да прати и поступке за накнаду штете жртвама насиља у породици. На сва ова питања законодавац није дао одговор те се очекује да се кроз подзаконске прописе дају одговори и на ова питања.

²⁴ Министар надлежан за унутрашње послове, министар надлежан за послове правосуђа и министар надлежан за послове породичне заштите споразумно прописују начин размјењивања обавјештења и података између лица одређених за везу. ЗСНП, чл. 24

²⁵ ЗСНП, чл. 25–26.

У Поступање надлежних државних органа и установа у спречавању насиља у породици

Надлежни државни органи и установе дужни су да брзо, дјелотворно и координисано спречавају насиље у породици те да пруже жртви заштиту, правну помоћ и психосоцијалну и другу подршку ради њеног опоравка, оснаживања и осамостаљивања. Закон прописује обавезу пријављивања и препознавања ових противправних дјела.²⁶ Свако мора да, без одлагања, полицији или јавном тужилаштву пријави насиље у породици или непосредну опасност од њега.²⁷ Ова одредба може изазвати многе недоумице а велике су и могућности злоупотребе. Различити критеријуми могу се узети као мјерила „непосредне опасности од насиља“.²⁸ Озбиљност законодавца у предметима насиља у породици и обавези пријављивања очигледна је и у када се изврши анализа казних одредаба.²⁹

Законодавац посебну пажњу посвећује питању ризика и процјене ризика непосредне опасности од насиља у породици. Процјена ризика заснива се на доступним обавјештењима и одвија се у што краћем року.³⁰ Надлежни полицијски службеник одмах доставља сва доступна обавјештења о насиљу у породици или непосредној опасности од њега и процјену ризика – ако она указује на непосредну опасност од насиља – основном јавном тужиоцу на чијем подручју се налази преби-

²⁶ Препознавање може да произађе из проучавања пријаве коју је било коме поднијела жртва насиља, уочавањем трагова физичког или другог насиља на жртви и других околности које указују на постојање насиља у породици или непосредне опасности од њега. ЗСНП, чл. 13.

²⁷ ЗСНП, чл. 13, ст. 1.

²⁸ Тако се може десити да комшије које чују расправу у једној породици и намјерно пријављују јер по њиховом мишљењу постоји „непосредна опасност“ а и том својом радњом поштују закон. Ипак, с обзиром на број жртава насиља у породици, законодавац је прихватио и овај ризик да може доћи до злоупотребе.

²⁹ Новчаном казном од 50.000 динара до 150.000 динара казниће се за прекршај одговорно лице у државном и другом органу, организацији и установи које полицији или јавном тужиоцу неодложно не пријави или не реагује на пријаву или опструира пријављивање или реаговање на свако сазнање о насиљу у породици или непосредној опасности од њега. ЗСНП, чл. 36, ст. 2.

³⁰ При процјени ризика нарочито се води рачуна о томе да ли је могући учинилац раније или непосредно прије процјене ризика учинио насиље у породици и да ли је спреман да га понови, да ли је пријетио убиством или самоубиством, посједује ли оружје, да ли је ментално болестан или злоупотребљава психоактивне супстанце, да ли постоји сукоб око старатељства над дјететом или око начина одржавања личних односа дјетета и родитеља који је могући учинилац, да ли је могућем учиниоци изречена хитна мјера или одређена мјера заштите од насиља у породици, да ли жртва доживљава страх и како она процјењује ризик од насиља. ЗСНП, чл. 16. Вид. Конвенција о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, чл. 51. http://www.womenngo.org.rs/images/pdf/Convention_Serbian.pdf.pdf, 11. мај 2017.

валиште, односно боравиште жртве, центру за социјални рад и групи за координацију и сарадњу.³¹

Очигледно је да је законодавац у Републици Србији велику пажњу посветио превентивном утицају на спречавање насиља. С тим у вези се могу посматрати и наведене одредбе о полицијским службеницима који последије проласка специјализоване обуке добијају и посебна овлашћења па дјелују чак и онда кад се насиље није још ни десило. Овакав став познат је и потврђен и у неким пресудама Европског суда за људска права.³²

По пријему процјене ризика којом је установљена непосредна опасност од насиља у породици, група за координацију и сарадњу израђује индивидуални план заштите и подршке жртви, који садржи цијеловите и дјелотворне мјере заштите и подршке жртви, али и другим члановима породице којима је подршка потребна. У изради индивидуалног плана заштите и подршке жртви учествује и жртва, ако то жели и ако то дозвољава њено емотивно и физичко стање. Мјере заштите морају да пруже безбједност жртви, да зауставе насиље, спријече да се оно понови и заштите права жртве, а мјере подршке да омогуће да се жртви пружи психосоцијална и друга подршка ради њеног опоравка, оснаживања и осамостаљивања. Индивидуалним планом заштите и подршке жртви одређују се извршиоци конкретних мјера и рокови за њихово предузимање, као и план праћења и процјене делотворности планираних и предузетих мјера.³³

Ова новина у систему правне заштите жртава насиља у породици је нешто што најчешће представља акцију последије извршене противправне радње насиља у породици. С обзиром на то да је циљ Закона првенствено спречавање вршења насиља, ова одредба је могла бити прописана и у дјелу Породичног закона којим се прописује заштита жртава насиља у породици. Ипак, значај се не може оспорити у смислу да се покушава прописати обавеза за лица која чине групу за координацију и сарадњу да се жртва насиља мора подржавати до потпуног опоравка и „осамостаљивања“. Прописивањем термина „осамостаљивање“ законодавац можда и прејудуцира како ће се ријешити предмет насиља у породици.

³¹ Ако надлежни полицијски службеник установи постојање опасности која није непосредна, сва доступна обавјештења о насиљу у породици или опасности од њега и своју процјену ризика доставља основном јавном тужиоцу и центру за социјални рад. ЗСНП, чл. 16.

³² Вид. Европски суд за људска права, Хајдукова против Словачке, доступно на адреси <http://www.unhcr.org/refworld/pdf/d/4d5bca992.Pdf>,

³³ ЗСНП, чл. 31.

VI Хитне мјере заштите

Једна од најважнијих новина у Закону о спречавању насиља у породици јесу хитне мјере. Њихова суштина је заштита жртве насиља и прије него што је радња насиља учињена али и спречавање да се ове радње понове. Ове мјере би требало да буду једна од основних стубова превенције коју овај закон истиче у већини својих одредаба. Хитне мјере су институти који су у право Републике Србије али и свих сусједних држава ушле ратификовањем Конвенције о спречавању насиља над женама и насиља у породици.³⁴

Ако послѣје процјене ризика установи непосредну опасност од насиља у породици, надлежни полицијски службеник доноси наређење којим изриче хитну мјеру учиниоцу који је доведен у надлежну организациону јединицу полиције. Хитне мјере су: мјера привременог удаљења учиниоца из стана и мјера привремене забране учиниоцу да контактира жртву насиља и прилази јој.³⁵

Законодавац прецизно прописује начин изрицања хитних мјера. Наређењем могу да се изрекну обје хитне мјере.³⁶ Наређење се уручује лицу коме је хитна мјера изречена. Ако оно одбије пријем наређења, надлежни полицијски службеник саставља о томе биљешку, чиме се сматра да је наређење уручено. Надлежни полицијски службеник доставља наређење, одмах послѣје његовог уручења, основном јавном тужиоцу на чијем подручју се налази пребивалиште, односно боравиште жртве, центру за социјални рад и групи за координацију и сарадњу, а жртва насиља писмено се обавјештава о врсти хитне мјере која је изречена.

Хитне мјере не треба мијешати са заштитним мјерама које су прописане Породичним законом.³⁷ Код хитних мјера нема рочишта, жалба не одлаже извршење. Примјећујемо да законодавац детаљно регулише поступање специјализованог полицајца код изрицања хитних мјера. С обзиром на то да је у питању нов институт са којим се до сада Република Србија није сретала, законодавац поступа исправно јер се није могло практи препустити ово понашање.

³⁴ Вид. Конвенција о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, чл. 52, доступно на адреси http://www.womenngo.org.rs/images/pdf/Convention_Serbian.pdf, 16. мај 2017.

³⁵ ЗСНП, чл. 17.

³⁶ Наређење садржи: назив органа који га доноси, податке о лицу коме се изриче хитна мјера, врсту хитне мјере која се изриче и њено трајање, дан и час изрицања хитне мјере и обавезу лица коме је изречена хитна мјера да се по њеном истеку јави полицијском службенику који је изрекао.

³⁷ ПЗ РС, чл. 198.

Послије пријема обавјештења, процјене ризика и наређења, основни јавни тужилац проучава обавјештења и вреднује процјену ризика надлежног полицијског службеника. Ако последице тога установи непосредну опасност од насиља у породици, дужан је да суду поднесе приједлог да се хитна мјера продужи, у року од 24 часа од часа уручења наређења лицу коме је изречена хитна мјера. Уз приједлог, основни јавни тужилац доставља суду и процјену ризика надлежног полицијског службеника, своје вредновање његове процјене ризика и друге доказе који указују на непосредну опасност од насиља у породици.

Приједлог да се хитна мјера продужи подноси се основном суду на чијем подручју се налази пребивалиште, односно боравиште жртве, а о приједлогу одлучује судија појединац. Суд продужава хитну мјеру ако последице вредновања процјене ризика надлежног полицијског службеника, вредновања процјене ризика које је учинио основни јавни тужилац, оцјене приложених доказа и тврдњи из приједлога основног јавног тужиоца и оцјене изјашњења лица коме је хитна мјера изречена, установи непосредну опасност од насиља у породици, иначе одбија приједлог као неоснован. Рјешење о приједлогу доноси се без одржавања рочишта, у року од 24 часа од пријема приједлога да се хитна мјера продужи.³⁸

Закон детаљно регулише питање жалбе против рјешења основног суда.³⁹ Хитна мјера коју изриче надлежни полицијски службеник траје 48 часова од уручења наређења. Суд може хитну мјеру продужити за још 30 дана. Ако буде продужена хитна мјера привременог удаљења учиниоца из стана, лице коме је изречена може да у пратњи полицијских службеника узме из стана неопходне личне ствари.⁴⁰

У закону се не наводи гдје ће се учинилац насиља или чак потенцијални учинилац насиља налазити док трају хитне мјере. Уколико није учинио кривично дело, већ је само постојала опасност да то учи-

³⁸ ЗСНП, чл. 17–19.

³⁹ Основни јавни тужилац и лице коме је изречена хитна мјера могу против рјешења основног суда поднети жалбу вишем суду, у року од три дана од дана пријема рјешења, а преко основног суда који је донио рјешење. Основни суд дужан је да жалбу и све списе предмета проследи вишем суду у року од 12 часова од пријема жалбе. О жалби одлучује вијеће вишег суда од троје судија, у року од три дана од дана када је примило жалбу од основног суда. Виши суд може одбити жалбу и потврдити рјешење основног суда или усвојити жалбу и преиначити рјешење основног суда. Он не може укинути рјешење основног суда и предмет вратити основном суду на поновно поступање. Жалба не одлаже извршење рјешења основног суда. На поступак одлучивања о продужавању хитне мјере сходно се примјењује закон којим се уређује парнични поступак, ако овим законом није другачије одређено.

⁴⁰ ЗСНП, чл. 21.

ни, може бити задржан у полицијској станици највише осам сати.⁴¹ Законодавац прописује казну затвора за прекршај хитне мјере. Казном затвора до 60 дана казниће се за прекршај лице које прекрши хитну мјеру која му је изречена или продужена.⁴²

VII Евиденције података о случајевима насиља у породици

Евиденција и извјештавање су значајне активности неопходне за прикупљање релевантних података о некој појави. Евиденцијом се сматра прикупљање података о битним чињеницама до којих се дошло у поступку спровођења заштите, помоћи и подршке жртвама насиља. Извјештајем се сматра обједињавање података и њихово достављање на прописаном обрасцу.⁴³ И у овој области закон предвиђа нова рјешења. Пратећи дух цијелог закона и намјеру законодавца да обезбиједи стручну и професионалну интегрисану правну заштиту, прописана је и јединствена Централна евиденција о случајевима насиља у породици.

Евиденције полицијских управа, основних судова, основних јавних тужилаштва и центара за социјални рад воде се у електронском облику и чине Централну евиденцију о случајевима насиља у породици коју води Републичко јавно тужилаштво. Подаци могу да се унесу у Централну евиденцију само уз коришћење одговарајућих заштићених приступних шифри. Законодавац ограничава чување података на десет година и прописује да се послје тога подаци бришу из Централне евиденције.

О самом приступу Централној евиденцији још прије доношења закона вођене су озбиљне расправе.⁴⁴ Из тог разлога је и законодавац поступио да је прописао рестриктиван приступ подацима само у сврху

⁴¹ Непрецизан закон о спречавању насиља, хитне мјере само лијепа жеља, доступно на адреси <http://www.istinomer.rs/clanak/1783/Neprecizan-Zakon-o-sprecavanju-nasilja-hitne-mere-samo-lerapelja>, 14. мај 2017.

⁴² ЗСНП, чл. 36, ст. 1.

⁴³ Вид. Правилник о садржају евиденције и извјештаја о насиљу у породици, «Службени гласник Републике Српске», бр. 71/13, чл. 2.

⁴⁴ Вид. Т. Игњатовић, *Аутономни женски центар*, „Није довољно да тужилац може да види само хитну меру или меру заштите него треба да види и друге интервенције – на пример колико је пута полиција излазила у ту породицу, а није ништа применила сем упозорења. На пример, пет позива стигло на полицију, или пет позива стигло центру за социјални рад за пријаву насиља. Ви имате на пример Житиште, та породица није уопште била у полицији, али они су се разводили, били су у центру за социјални рад, али центру није пало на памет да треба да пријави полицији јер нису видели да је било насиља“.

остваривања надлежности и уз коришћење заштићених приступних шифри.⁴⁵ Државни органи и установе надлежне за примјену овог закона дужни су да штите податке о личности, према закону којим се уређује заштита података о личности. За прикупљање података садржаних у евиденцијама није потребан пристанак лица на које се подаци односе.

VIII Закључна разматрања

Доношењем овог закона прописују се нова рјешења које правни систем заштите насиља у породици Републике Србије није познавао. Основна сврха закона јесте превенција односно спречавање радњи насиља у породици. Одређивање специјализоване обуке за припаднике надлежних органа, формулисање процјене ризика и примјене хитних мјера од стране специјализованог полицајца и продужење трајања хитних мјера без одржавања рочишта, формирање група за координацију и сарадњу, израду индивидуалног плана заштите и вођење јединствене евиденције података су рјешења која су нешто што превазилази досадашња законска рјешења. Недостатак овог закона, као и Породичног закона који регулише заштиту од насиља у породици, јесте поновно непрецизно дефинисање породице и одређивање да су чланови породице и они који то објективно нису.

⁴⁵ Замјеник јавног тужиоца који остварује надлежности јавног тужилаштва у спречавању насиља у породици и гоњењу учинилаца кривичних дјела одређених овим законом има право на приступ свим подацима из Централне евиденције. Надлежни полицијски службеник има право на приступ Централној евиденцији само у дијелу који садржи податке из евиденција подручних полицијских управа и надлежних центара за социјални рад, надлежни судови само у дијелу који садржи податке из евиденција које воде основни судови, а надлежни центри за социјални рад – само у оном дијелу који садржи податке из евиденција које воде центри за социјални рад. ЗСНП, чл. 33.

MA Dragoljub Reljić

Secretary General of the Council of Peoples the Republic of Srpska

PREVENTION OF DOMESTIC VIOLENCE MODEL LEGISLATION TO SERBIAN

Summary

Application solutions in the Republic of Srpska and possible ways the application and adoption of new solutions. This legislation lays down a new decision that the legal system of protection of domestic violence the Republic of Serbia did not know. The main purpose of the law is prevention and prevention of acts of domestic violence. Determination of specialized training for members of the competent authority, the formulation of risk assessment and implementation of emergency measures by the specialized police officers and extending the emergency measures without holding a hearing, the formation of a group for coordination and cooperation, the development of individual protection plan and keep a record of data solutions that are somewhat beyond the current legal regulations. Lack and this Law and Family Law regulating protection from domestic violence is again inaccurate definition of the family and the determination that the family members and those who are not objective.

Key words: *prevention of domestic violence, the risk assessment, group for coordination and cooperation, individual plan of protection and support to victims.*

УДК: 347.65/.66(497.1)

doi 10.7251/PR5117211J

Stručni članak

SAVREMENE TENDENCIJE U REGULISANJU NASLEDNOPRAVNIH ODNOSA U ZEMLJAMA BIVŠE JUGOSLAVIJE

Dr Melanija Jančić*

***Apstrakt:** Naslednopravni položaj partnera u formalnoj ili de facto istopolnoj zajednici ili u braku nije predmet pravnog regulisanja u domaćem pozitivnom pravu, imajući u vidu da nijedan vid istopolne zajednice, bilo vanbračne ili bračne, nije legalizovan. U pravnom sistemu Srbije bi legalizovanje istopolnog braka bilo neustavno, te bi zahtevalo i promenu Ustava, pa stoga trenutno i nije predmet osporavanja ili kritike, međutim određeni vid zajednice bi bilo poželjno regulisati iz više razloga. Naime, normiranjem nekog oblika zajednice lica istog pola pravno stanje bi se uskladilo sa društvenom realnošću, regulišući njihov pravni položaj, što bi dovelo do veće pravne sigurnosti ovih lica, koja uprkos pravnoj praznini žive u faktičkim istopolnim zajednicama, koje ne proizvode pravna dejstva niti posledice. U ovom radu će biti analiziran naslednopravni položaj lica u istopolnoj zajednici u pravu zemalja bivše Jugoslavije, ukazujući na zakonska rešenja u Hrvatskoj i Sloveniji i na neophodnost zakonskog normiranja prava lica istopolne seksualne orijentacije u domaćem pravnom sistemu.*

***Ključne reči:** naslednopravni položaj, lica istog pola, istopolni partneri, istopolna zajednica, pravna praznina, nasleđivanje, zakonsko nasleđivanje.*

1. Uvod

Imajući u vidu da nijedan vid istopolne zajednice, bilo vanbračne ili bračne, u pravnom sistemu Republike Srbije nije zakonski regulisan,

* Asistentkinja, Univerzitet Edukons, Sremska Kamenica, Fakultet za evropske pravno-političke studije, Novi Sad, Katedra za privatno pravo.

očekivati je i da naslednopravni položaj partnera u istopolnoj zajednici ne bude pravno priznat. Međutim, kako standardi ljudskih prava tako i stanje faktičke društvene stvarnosti nalažu da zajednice lica istog pola ne budu pravno nevidljive i da zakonodavac treba da ima u vidu pozitivne tendencije, ne samo u okviru zemalja Evropske unije, nego i u okviru sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava, u pravcu priznavanja što većeg opsega prava licima koja žive u nekom od oblika istopolne zajednice. Jedno od veoma značajnih pravnih pitanja koje proizlazi iz ovakvog oblika zajednice života jeste i pitanje prava zakonskog nasleđivanja. U ovom radu će biti analiziran naslednopravni položaj lica u istopolnoj zajednici u pravu zemalja bivše Jugoslavije, ukazujući na zakonska rešenja u Hrvatskoj i Sloveniji i na neophodnost zakonskog normiranja prava lica istopolne seksualne orijentacije u domaćem pravnom sistemu.

2. Naslednopravni položaj partnera u istopolnoj zajednici u pravu Srbije

U domaćem pravnom sistemu nije niti neobična niti začuđujuća činjenica da pravni položaj istopolnih partnera u naslednom pravu Srbije nije zakonski ni priznat ni regulisan, pogotovo ako se ima u vidu da ni partnerima u vanbračnoj zajednici različitog pola nisu priznata nasledna prava odnosno položaj zakonskog naslednika. Stoga, kako istopolni partneri tako i vanbračni partneri različitog pola jedino mogu biti zaveštajni naslednici. Naime, u pravnom sistemu Srbije, nasleđivanje na osnovu zakona predstavlja slabiji osnov pozivanja na nasleđe od zaveštajnog, što znači da će se pravila zakonskog nasleđivanja primenjivati u slučaju da ostavilac nije uopšte sačinio zaveštanje, ako je sačinio zaveštanje ali u zaveštanju nije raspolagao celokupnom zaostavštinom, ako se utvrdi da je sačinjeno zaveštanje ništavo odnosno rušljivo, ako svi testamentarni naslednici ne mogu ili neće da naslede usled odricanja o nasleđa ili usled toga što su kažnjeni određenom naslednopravnom kaznom (nedostojnost i lišenje), ako nijedan testamentarni naslednik ne nadživi ostavioca ili ako iz bilo kog drugog razloga nije moguće primeniti pravila testamentarnog nasleđivanja¹.

¹ Babić, I, *Nasledno pravo – četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje*, 2011, Beograd – Novi Sad, str. 46; Antić, O, *Nasledno pravo, dvanaesto izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014, str. 81; Svorcan, S, *Nasledno pravo, peto izdanje*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2006, str. 97.

Važećim Zakonom o nasljeđivanju² (u daljem tekstu: ZON) iz 1995. godine u krug zakonskih nasljednika svrstavaju se ostaviočevi potomci, njegovi usvojenici i njihovi potomci, njegov bračni drug, njegovi roditelji, njegovi usvojioci, njegova braća i sestre i njihovi potomci, njegovi dedovi i babe i njihovi potomci i njegovi ostali preci³. Iz ovakve zakonske formulacije evidentno je da je samo bračnom drugu ostavioca priznat status nasljednika koji može da nasledi po osnovu zakona, ali ne i vanbračnom partneru⁴. Ova odredba ZON-a takođe predstavlja i diskriminaciju vanbračnih partnera na osnovu bračnog i porodičnog statusa u odnosu na bračne partnere, koja je zabranjena kako prema Ustavu Srbije iz 2006. godine, kojim se zabranjuje svaka diskriminacija po bilo kom osnovu⁵, tako i prema Zakonu o zabrani diskriminacije iz 2009. godine⁶. Pravna neuređenost naslednopravnih odnosa između lica istopolne seksualne orijentacije takođe predstavlja diskriminaciju na osnovu seksualne orijentacije, koja je izričito zabranjena Zakonom o zabrani diskriminacije (čl. 21). Stoga, neophodno je pravno regulisati istopolno partnerstvo odnosno istopolnu zajednicu koja bi proizvodila ista ili slična pravna dejstva kao i brak, a samim tim i naslednopravni položaj istopolnih partnera, kojima bi trebalo priznati položaj zakonskog nasljednika. Pojedini autori smatraju da bi bilo prikladnije pravo zakonskog nasljeđivanja istopolnih partnera urediti posebnim zakonom, pri čemu bi se shodno primenjivale odredbe zakona kojim se uređuje oblast nasljeđivanja⁷. Međutim, smatram da bi ovakvo rešenje bilo dobro, kao i da se u pogledu naslednog prava istopolni partner u potpunosti izjednači sa supružnikom, tako da se shodna primena odredaba koje se tiču nasljeđivanja između supružnika čini kao dobar predlog za uređenje ovo pravnog pitanja.

Prilika za normiranje naslednopravnog statusa, kako istopolnih partnera tako i vanbračnih partnera različitog pola, ukazala se tokom izrade Prednacrt Građanskog zakonika Srbije, međutim ona nije iskorišćena. S obzirom na to da je Prednacrt Zakonika još uvek u fazi javne rasprave, postoji šansa da se i ova vrlo važna pitanja pravno urede, bar u pogledu naslednih prava

² Zakon o nasljeđivanju R. Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 46/95, 101/2003 – odluka USRS i 6/2015.

³ Čl. 8 st. 1. ZON-a.

⁴ Više o položaju vanbračnog partnera kao zakonskog nasljednika videti u: Vidić-Trninić, J, Vanbračni partner kao zakonski nasljednik u savremenim pravima Evrope, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 68, 2014, str. 407-424.

⁵ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006, čl. 21. st. 3.

⁶ Zakon o zabrani diskriminacije R. Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 22/2009, čl. 2. st. 1. tač. 1.

⁷ Janić, Lj, Pravo zakonskog nasljeđivanja supružnika, vanbračnih partnera i partnera iz istopolnih zajednica u srpskom pravu *de lege lata* i *de lege ferenda*, u *Zbornik radova Dvadeset godina Zakona o nasljeđivanju Republike Srbije*, Niš, 2016, str. 121.

vanbračnih partnera različitog pola u smislu priznavanja naslednih prava koja su priznata supružnicima, pod uslovom da je u pitanju trajnija vanbračna zajednica predviđena odredbama Prednacrta Građanskog zakonika o porodičnopravnim odnosima⁸. Što se tiče naslednih prava istopolnih partnera, imajući u vidu veoma visok stepen netolerancije i diskriminacije prema licima istopolne seksualne orijentacije u srpskom društvu, razumljivo je zbog čega pitanje naslednopravnog statusa istopolnih partnera nije regulisano, a pogotovo imajući u vidu da u Srbiji još uvek nijedan vid istopolne zajednice, bilo faktičke ili formalne, nije zakonski regulisan.

3. Naslednopravni položaj partnera u istopolnoj zajednici u pravu zemalja bivše Jugoslavije

U uporednom pravu u većini zemalja bivše Jugoslavije, položaj vanbračnog partnera, u heteroseksualnoj vanbračnoj zajednici, kao zakonskog naslednika odavno nije upitan. Naime, ovim licima je priznato pravo nasleđivanja na osnovu zakona u Hrvatskoj⁹, Sloveniji¹⁰, Crnoj Gori¹¹, kao i u zakonodavstvu Federacije Bosne i Hercegovine¹². Jedino se u Srbiji, Republici Srpskoj¹³ i Makedoniji¹⁴ ovo pravo osporava, bez valjane argumentacije, imajući u vidu da ovakav tretman vanbračnih partnera predstavlja kršenje ustavnog i zakonskog načela jednakosti i zabrane diskriminacije. Međutim, zakonsko nasleđivanje istopolnih partnera u zakonodavstvu pomenutih država ili nije uopšte regulisano ili je u potpunosti izjednačeno sa naslednim pravima supružnika, a što proizlazi iz činjenice da u većini država bivše Jugoslavije nije ozakonjen nijedan od oblika istopolne zajednice, bilo bračne, vanbračne ili faktičke. Ovakvo pravno stanje je odraz još uvek dosta snažnih otpora poli-

⁸ Prednactrom Građanskog zakonika u čl. 2215. st. 1. predviđeno je da je vanbračna zajednica trajnija zajednica života žene i muškarca (vanbračni partneri) između kojih nema bračnih smetnji. Kao alternativa ovom stavu predviđeno je da je vanbračna zajednica trajnija zajednica života žene i muškarca (vanbračni partneri), između kojih ne postoji bračna smetnja krvnog srodstva u zabranjenim stepenima i bračnost. Tekst dostupan na: http://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/260615-nacrt_gradjanskog_zakonika.html, 25.04.2017.

⁹ Zakon o nasljeđivanju Republike Hrvatske, Narodne novine br. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15, čl. 8.

¹⁰ Zakon o dedovanju, Uradni list SRS, br. 15/76, 23/78, Uradni list RS, br. 13/94 – ZN, 40/94 – odl. US, 117/00 – odl. US, 67/01, 83/01 – OZ, 31/13 – odl. US in 63/16, čl. 4a i čl. 10. st. 1.

¹¹ Zakon o nasljeđivanju Republike Crne Gore, Službeni list Crne Gore, br. 74/2008, čl. 9.

¹² Zakon o nasljeđivanju Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije BiH, br. 80/14, čl. 9. st. 1.

¹³ Zakon o nasljeđivanju Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 1/09, čl. 8. st. 1.

¹⁴ Zakon za nasljeđivanje, Sl. Vesnik na RM, br. 47 od 12.09.1996, čl. 12. st. 1, čl. 13. i 14.

tičke, stručne i društvene javnosti prema licima istopolne seksualne orijentacije uprkos jasnim evropskim standardima ljudskih prava koje Evropski sud za ljudska prava u Strazburu nameće nacionalnim zakonodavstvima kroz svoje odluke.

Kada se radi o pravima lica istopolne seksualne orijentacije u državama bivše Jugoslavije, Hrvatska i Slovenija su jedine koje su zakonski regulisale neki od oblika zajednice lica istog pola, tako da će se dalje u radu analizirati zakonodavni okvir ove dve zemlje. Naime, u Hrvatskoj je još u julu 2003. godine usvojen Zakon o istospolnim zajednicama¹⁵, kojim je pravno uređena *de facto* zajednica lica istog pola¹⁶, ali njime nije bilo predviđeno da istopolni partner ima položaj zakonskog nasljednika¹⁷. Ovim zakonom je bio priznat veoma sužen set osnovnih prava istopolnim partnerima, tako da su pravna dejstva ovog vida zajednice bile pravo na izdržavanje, pravo na sticanje i uređivanje međusobnih imovinskih odnosa i pravo na uzajamno pomaganje (čl. 4). Ovakav pravni režim za istopolne partnere je važio sve do 2014. kada je usvojen novi zakon, Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola¹⁸, kojim je Zakon o istospolnim zajednicama stavljen van snage. Ovim zakonom je licima istog pola omogućeno da sklapaju životno partnerstvo u formalnom smislu, kao i da stupaju u neformalno životno partnerstvo. Životno partnerstvo se zakonski definiše kao zajednica porodičnog života dve osobe istog pola, a koja je sklopljena pred nadležnim telom odnosno pred matičarem (čl. 2), dok se neformalno životno partnerstvo definiše kao zajednica porodičnog života dve osobe istog pola, koje nisu sklopile životno partnerstvo pred nadležnim organom, ako zajednica traje najmanje tri godine ako je od početka ispunjavala pretpostavke za punovažnost životnog partnerstva (čl. 3 st. 1)¹⁹. Međutim, pravo na nasleđivanje je priznato istopolnim partnerima

¹⁵ Zakon o istospolnim zajednicama, Narodne novine, br. 116/2003.

¹⁶ Članom 2. Zakona o istospolnim zajednicama R. Hrvatske se istopolna zajednica definiše kao životna zajednica dve osobe istog pola, koje nisu u braku ili drugoj istopolnoj zajednici, a koja traje najmanje tri godine i koja se zasniva na načelima ravnopravnosti partnera, međusobnog poštovanja i pomaganja i emotivnoj vezanosti partnera. Uslovi koji moraju biti ispunjeni jesu da su osobe starije od 18 godina, da nisu lišene poslovne sposobnosti i da nisu krvni srodnici u pravnoj liniji, a u pobočnoj liniji zaključno do četvrtim stepenom (čl. 3).

¹⁷ Više o zakonskom nasleđivanju istopolnih partnera u Republici Hrvatskoj do 2014. godine videti u: Klasiček, D, Zakonsko nasleđivanje u Republici Hrvatskoj u postojećem zakonskom okviru, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 34, br. 2, 2013, str. 963-989.

¹⁸ Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, *Narodne novine*, br. 92/14.

¹⁹ Više o pravnoj regulativi i zajednicama života lica istog pola u Republici Hrvatskoj videti u: Jotanović, R, Zajednica života osoba istog pola u Republici Hrvatskoj, u *Pravna regulacija životnih zajednica istog spola u Hrvatskoj, Sloveniji, Srbiji i Bosni i Hercegovini* (ur. Boris Krešić), Sarajevo, 2015, str. 9-27.

bez obzira na razlike u pogledu načina sklapanja odnosno stupanja u životno partnerstvo. Stoga, istopolni partneri u neformalnom životnom partnerstvu u Hrvatskoj, u pogledu nasleđivanja, kao i u drugim zakonom navedenim oblastima prava, uživaju ista prava koja su priznata partnerima u vanbračnoj zajednici²⁰. Što se tiče naslednih prava partnera u registrovanom životnom partnerstvu, primenjuju se odredbe zakona kojima se uređuje pravo nasleđivanja, pri čemu je životni partner u pravu nasleđivanja izjednačen sa bračnim drugom, a deca nad kojima ima roditeljsko staranje izjednačena su sa njegovom decom (čl. 55). Dakle, imajući u vidu odredbe Zakona o životnom partnerstvu osoba istog pola, istopolnim životnim partnerima je priznat položaj zakonskog naslednika, što je u potpunosti usklađeno sa načelom jednakosti, kao i sa načelom zabrane diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije. Prema Zakonu o nasleđivanju Republike Hrvatske²¹, u krug zakonskih naslednika ostavioca spadaju svi ostaviočevi potomci, njegovi usvojenici i njihovi potomci, ostaviočev bračni drug, roditelji, usvojioci, ostaviočevi braća i sestre i njihovi potomci, ostaviočeve babe i dede i njihovi potomci i ostali ostaviočevi preci (čl. 8 st. 1). Treba imati u vidu i odredbe ovog zakona na osnovu kojih u krug zakonskih naslednika ostavioca spada i njegov vanbračni partner, koji je u pravu nasleđivanja izjednačen sa bračnim drugom (čl. 8 st. 2). S obzirom na to da Zakon o životnom partnerstvu osoba istog pola u pogledu prava nasleđivanja upućuje na primenu odredaba Zakona o nasleđivanju i da izjednačava naslednopravni položaj životnog partnera sa naslednopravnim položajem bračnog druga, onda to znači da istopolni partner u životnom partnerstvu spada u krug kako zakonskih, tako i nužnih naslednika i da je u prvom zakonskom naslednom redu nasleđuje podjednako sa naslednicima prvog zakonskog naslednog reda odnosno sa decom ostavioca, kao i ostaviočevim potomcima prema pravu predstavljanja²². U slučaju da iza ostavioca nije ostalo dece ili potomaka koji bi mogli i hteli da naslede u prvom zakonskom naslednom redu, onda će uz primenu prava isključivosti odnosno sledoreda preživeli životni partner nasleđivati u drugom zakonskom naslednom redu zajedno sa roditeljima ostavioca i njihovim potomcima.

²⁰ Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, čl. 4. st. 2. glasi: „Neformalno životno partnerstvo u području nasleđivanja, poreznog sustava, mirovinskog osiguranja, sustava socijalne skrbi, obveznog zdravstvenog osiguranja i zdravstvene zaštite, prava i obveza iz radnih odnosa, pristupa javnim i tržišnim uslugama te javnopravnog položaja stvara iste učinke, koji su posebnim propisima kojima se uređuju ta područja, priznati izvanbračnoj zajednici”.

²¹ Zakon o nasleđivanju R. Hrvatske, *Narodne novine*, br. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15. Zakon je stupio na snagu 1. aprila 2015. godine.

²² Više o pravu predstavljanja kao principu nasleđivanja videti u: Babić, I, *Građansko pravo, knjiga 3 – Nasledno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2015, str. 71-74 i Antić, O, *supra note 1*, str. 90-95.

U pravnom sistemu Slovenije, zajednice lica istog pola su zakonski regulisane još od 2005. godine, kada je donet Zakon o registraciji istopolne partnerske skupnosti²³. Međutim, 2016. godine slovenački parlament usvaja nov Zakon o partnerstvu (Zakon o partnerski zvezi)²⁴, koji se stupio na snagu 24. maja 2016, ali je počeo da se primenjuje tek 24. februara 2017. godine. Danom stupanja na snagu novog Zakona o partnerstvu, stari zakon od 2005. godine prestaje da važi, ali će prestati da se primenjuje tek 24. avgusta 2017. godine, dakle šest meseci nakon početka primene novog zakona²⁵. Prema odredbama Zakona o registraciji istopolne partnerske zajednice, registrovana istopolna partnerska zajednica je bila definisana kao zakonom regulisana zajednica dve žene odnosno dva muškarca koji svoju zajednicu registruju pred nadležnim organom u skladu sa odredbama ovog zakona (čl. 2). Odredbama tog zakona su partnerima u registrovanim istopolnim zajednicama bila garantovana brojna prava. Naime, pored prava i obaveza ličnoimovinske i čisto imovinske prirode, kao što je pravo na izdržavanje, pravo na sticanje zajedničke imovine, bila su priznata prava iz stambenih odnosa, pravo na informaciju o zdravstvenom stanju bolesnog partnera i pravo na posetu partnera u zdravstvenoj ustanovi, uz dužnost međusobnog poštovanja i pomaganja, a zatim su bila priznata i nasledna prava. Međutim, zakonom garantovana nasledna prava su bila ograničena. Naime, preživlom partneru u registrovanoj istopolnoj zajednici su bila priznata nasledna prava ali samo u pogledu zajedničke, a ne celokupne, imovine umrlog partnera (čl. 22 st. 1 Zakona o registraciji istopolne partnerske skupnosti). U ovom slučaju, ako je ostavilac imao decu onda je preživeli partner nasleđivao deo umrlog partnera u zajedničkoj imovini zajedno sa ostaviočevom decom u jednakim delovima, ali ako umrli partner iza sebe nije ostavio decu, onda preživeli partner nasleđuje celokupan udeo u zajedničkoj imovini, dok se posebna imovina umrlog partnera nasleđivala prema opštim pravilima nasleđivanja

²³ Zakon o registraciji istopolne partnerske skupnosti, *Uradni list RS*, br. 65/05, 55/09 – odl. US, 18/16 – odl. US, 33/16 – ZPZ i 68/16 – ZPND-A).

²⁴ Zakon o partnerski zvezi, *Uradni list RS*, br. 33/16.

²⁵ Od početka primene Zakona o partnerskoj zvezi nije moguće registrovati istopolnu zajednicu prema odredbama Zakona o registraciji istopolne partnerske skupnosti, ali se u roku od tih šest meseci istopolna partnerska zajednica može preoblikovati u partnerstvo u skladu sa odredbama novog zakona. Moguće je, dakle, da u tom roku istopolni partneri daju izjavu pred matičarem da žele da svoju zajednicu da preoblikuju u partnerstvo, tako da danom davanja izjave takva zajednica postaje partnerstvo. Međutim, u slučaju da oba ili jedan od partnera u istopolnoj zajednici izjavi pred matičarem da ne želi da se njihova zajednica preoblikuje u partnerstvo po novom zakonu, onda takva zajednica prestaje danom davanja izjave. Odredbe Zakona o registraciji istopolne partnerske skupnosti kojima se regulišu pravne posledice prestanka registrovane istopolne zajednice primenjuju se u pogledu prava i obaveza partnera registrovane istopolne zajednice po njenom prestanku odnosno nakon proteka roka od šest meseci odnosno 24. avgusta 2017. godine.

(čl. 22 st. 2, 3 i 4), bez prava istopolnog partnera na udeo u toj imovini. Međutim, preživeli partner nije imao pravo da nasledi deo u zajedničkoj imovini ako je partnerstvo poništeno ili je ono trajno prestalo usled krivice preživelog partnera, ako je prestalo sporazumno ili je umrli partner za života podneo zahtev za prestanak zajednice, a zajednica je prestala nakon njegove smrti (čl. 23).

Odredba slovenačkog zakonodavca o priznavanju naslednih prava i partnerima u registrovanoj istopolnoj zajednici značila je određen pomak u legalizaciji prava lica istopolne seksualne orijentacije i izjednačavanju njihovog položaja sa bračnim ili vanbračnim partnerima, no ne u potpunosti, već sa rezervom. Ovakvo zakonsko rešenje je dovelo do toga da je istopolni par Blažić i Kern inicirao postupak za ocenu ustavnosti člana 22 Zakona o registraciji istospolne partnerske skupnosti. Ustavni sud Slovenije je 2. jula 2009. godine doneo odluku da ovakvo rešenje predstavlja diskriminaciju i da član 22 nije u skladu sa Ustavom Slovenije, kao ni sa članom 14 koji garantuje jednakost pred zakonom i zabranu diskriminacije, ističući da u pogledu nasleđivanja za partnere u registrovanoj istopolnoj zajednici moraju da važe jednaka pravila kao i za supružnike²⁶. U svom obrazloženju, Ustavni sud je naveo da zakon kojim se uređuje oblast nasleđivanja ne pravi razliku između nasleđivanja posebne i nasleđivanja zajedničke imovine kada se radi o pravu nasleđivanja među supružnicima i da jednaka pravila treba da važe i za partnere vanbračne zajednice (paragraph 9 odluke US), a zatim da razlika u pogledu nasleđivanja u ZRIPS nije zasnovana na objektivnim okolnostima, nego na seksualnoj orijentaciji (paragraf 13). Ustavni sud Slovenije je u ovoj odluci sasvim opravdano izneo stav da je registrovano partnerstvo odnos koji je suštinski sličan braku ili vanbračnoj zajednici i da je stabilna veza između dvoje bliskih ljudi koji se međusobno pomažu i podržavaju slična odnosu između muškarca i žene (paragraf 12). Posmatrano iz ugla ljudskih prava i oblasti zabrane diskriminacije, u ovom slučaju prilikom nasleđivanja, ova odluka je veoma značajna, imajući u vidu da je u obrazloženju izričito naglašeno da ovakvo razlikovanje predstavlja diskriminaciju i to na osnovu seksualne orijentacije, kao i zbog toga što je nedvosmisleno rečeno da je odnos partnera u istopolnoj zajednici veoma sličan odnosu supružnika u braku, te da im stoga pripadaju jednaka prava i jednak tretman.

Prema novom slovenačkom Zakonu o partnerstvu, partnerstvo je na isti način definisano kao i u prethodnom zakonu, kao zajednica dve žene ili dva

²⁶ Odluka Ustavnog suda Slovenije, br. U-I-425/06-10 (originalan tekst odluke dostupan na: <https://www.uradni-list.si/glasilo-uradni-list-rs/vsebina?urlurid=20092715>, 24.04.2017).

muškarca čije je sklapanje, pravne posledice i prestanak uređeno zakonom i koja u svim oblastima prava proizvodi jednake pravne posledice kao i brak, osim što partneri ne mogu zajednički da usvoje dete niti da se podvrgnu biomedicinski potpomognutoj oplodnji (čl. 2). Odredbama ovog zakona se uređuju i neregistrovane istopolne zajednice, za koje važe ista pravila i iste pravne posledice kao i za registrovane zajednice. Na prava i obaveze partnera shodno se primenjuju odredbe o pravima i obavezama supružnika koje su predviđene zakonom kojim se uređuje brak (čl. 4 st. 8). S obzirom na to da za partnere važe ista prava i dužnosti koja važe za supružnike, onda se to odnosi i na pravo nasleđivanja, tako da je i u zakonu koji uređuje ovu oblast prava, a to je Zakon o dedovanju, izričito predviđena posebna odredba kojom je garantovana jednakost između supružnika i vanbračnog partnera, odnosno da odredbe ovog zakona kojima se uređuju prava, obaveze, ograničenja i položaj supružnika jednako važe i za muškarce i žene koje žive u dugotrajnoj zajednici života, koja nije brak²⁷. Stoga, na osnovu zakona kojim se uređuje oblast nasleđivanja, u krug zakonskih naslednika spadaju ostaviočevi potomci, usvojenici i njihovi potomci, ostaviočev bračni drug, roditelji, usvojilac i njegovi srodnici, ostaviočeva braća i sestre i njihovi potomci, kao i ostaviočeve dede i bake i njihovi potomci (čl. 10). U ovoj odredbi nije navedeno da i partner spada u krug zakonskih naslednika, ali je prethodno u odredbi čl. 4a izričito navedeno da za partnere važe jednaka prava kao i za supružnike, tako da ostavioca u prvom zakonskom naslednom redu pre svih nasleđuju deca i supružnik, odnosno partner, dok u drugom zakonskom naslednom redu supružnik odnosno partner nasleđuje zajedno sa roditeljima ostavioca. Dakle, i u naslednom pravu Slovenije partnerima je priznat položaj zakonskog naslednika, a uživaju i jednaka prava kao i supružnici, što znači da im je priznat i položaj nužnog naslednika.

4. Zaključne napomene

U pozitivnom pravu Republike Srbije naslednopravni položaj partnera u formalnoj ili *de facto* istopolnoj zajednici ili u braku nije predmet zakonskog regulisanja, imajući u vidu da nijedan vid istopolne zajednice, bilo vanbračne ili bračne, nije legalizovan. U pravnom sistemu Srbije bi legalizovanje istopolnog braka bilo neustavno, te bi zahtevalo i promenu Ustava, pa stoga

²⁷ Zakon o dedovanju, *Uradni list SRS*, št. 15/76, 23/78, *Uradni list RS*, br. 13/94 – ZN, 40/94 – odl. US, 117/00 – odl. US, 67/01, 83/01 – OZ, 73/04 – ZN-C, 31/13 – odl. US i 63/16, čl. 4a.

trenutno i nije predmet osporavanja ili kritike, međutim određeni vid zajednice bi bilo poželjno regulisati iz više razloga. Naime, normiranjem nekog oblika zajednice lica istog pola pravno stanje bi se uskladilo sa društvenom realnošću, regulišući njihov pravni položaj što bi dovelo do veće pravne sigurnosti ovih lica, koja uprkos pravnoj praznini žive u faktičkim istopolnim zajednicama, koje ne proizvode pravna dejstva niti posledice. Iako je Prednact Građanskog zakonika Srbije još uvek u fazi izrade, društveno-političke prilike, prema proceni stručne komisije koja učestvuje u izradi, nisu dostigle dovoljan nivo tolerancije i svesti prema pravima lica istopolne seksualne orijentacije, te se smatralo da bi normiranje njihovih prava u ovom trenutku samo dodatno uzburkalo društveno-političku javnost. Primer dobre zakonodavne prakse u pogledu pravnog uređenja naslednih prava kako vanbračnih partnera različitog pola tako i istopolnih partnera predstavljaju zakonodavna rešenja u Hrvatskoj i Sloveniji, a kojima se izjednačavaju nasledna prava ovih lica sa naslednim pravima supružnika.

Dr Melanija Jančić, teaching assistant
Edukons University in Sremska Kamenica
Faculty for European Legal and Political Studies in Novi Sad
Department for Private Law

MODERN TRENDS IN THE REGULATION OF INHERITANCE RIGHTS IN THE FORMER YUGOSLAV COUNTRIES

Summary

The hereditary status of partners in same-sex marriage, same-sex partnership or de facto same – sex civil union (cohabitation) is not legally regulated in the Serbian inheritance law, bearing in mind that neither form of same-sex unions has not been legalized. In the Serbian legal system, legalization of same-sex marriage would be unconstitutional and constitutional reform would be necessary. Therefore, non-regulation of same-sex marriage is currently not a topic that should be criticized or disputed in this paper, although it is desirable to legalize any form of same-sex unions for a number of reasons. Namely, that would legally harmonize the social reality and necessity

of same-sex persons to regulate their legal status which would lead to their greater legal certainty. In this paper, it will be analyzed the hereditary status of partners in either formal or de facto same-sex unions in the former Yugoslav countries, pointing out the legal regulation of inheritance rights in Croatian and Slovenian legal system.

Key words: *hereditary status, same-sex partners, same-sex partnership, legal vacuum, legal gap, inheritance rights*

ВЈЕРОДОСТОЈНА ИСПРАВА КАО ПОСЕБНА ВРСТА ИЗВРШНЕ ИСПРАВЕ ПРИ НАПЛАТИ РАЧУНА ЗА УСЛУГЕ ОД ОПШТЕГ ЕКОНОМСКОГ ИНТЕРЕСА

Мр Драган Балтић*

Апстракт: Вјеродостојна исправа представља посебну врсту исправе на основу које повјерилац на најефикаснији и најекономичнији начин може да покрене извршни поступак ради наплате својих новчаних потраживања од дужника. За покретање извршног поступка на основу вјеродостојне исправе потребан је минимум услова, и то да постоји законом прописана исправа на основу које се може тражити извршење и да иста има такву садржину да суд одреди извршење. Увођење овакве врсте исправе у извршно законодавство има за циљ да повјерилац на што бржи и једноставнији начин наплати своја потраживања од дужника, а без дуготрајног судског поступка. Међутим, законодавац је као вјеродостојне исправе одредио само неке поједине рачуне за пружене услуге од општег економског интереса, као што су рачуни или изводи из пословних књига за цијену комуналних услуга испоруке воде, топлотне енергије и одвоз смећа, док рачуни за низ других сродних услуга немају статус вјеродостојне исправе. Овакво тренутно стање ствари није прихватљиво, па је стога неопходна измјена извршног законодавства у смислу да сви рачуни уопште, а посебно рачуни за пружене услуге од општег економског интереса, имају статус вјеродостојне исправе.

Кључне ријечи: вјеродостојна исправа, извршни поступак, извршење, услуга, рачун, повјерилац, дужник.

* Руководилац Службе правно-кадровских и општих послова у предузећу ЗП „Електрокрајина“ а.д. Бања Лука, РЈ „Електродистрибуција“ Приједор.

1. Увод

Вјеродостојна исправа је у бити извршна исправа на основу које је могуће покренути извршни поступак ради наплате неког новчаног потраживања. Вјеродостојне исправе уживају специфичан степен повјерења у правном саобраћају, али важећи законски прописи којима се уређује област извршног поступка у Републици Српској и Босни и Херцеговини не дају дефиницију вјеродостојне исправе, већ се само таксативно набрајају исправе које се сматрају вјеродостојним исправама.

1.1. Појам и врсте извршне исправе

Извршна исправа је јавна исправа у којој је на несумњив и ауторитативан начин утврђено постојање извршног потраживања. Извршна исправа представља основ за покретање извршног поступка.¹

Законом² је прописано које исправе се имају сматрати извршном исправом, а то су:

- Извршна одлука суда и извршно судско поравнање;
- Извршна одлука донесена у управном поступку и закључено поравнање у управном поступку које гласи на испуњење новчане обавезе уколико законом није другачије одређено;
- Извршна нотарска исправа; и
- Друге исправе које су законом одређене као извршне исправе.

1.2. Вјеродостојна исправа

Вјеродостојна исправа је посебна врста исправе која представља посебан основ за извршење. Извршни суд на основу вјеродостојне исправе одређује извршење ради остварења новчаног потраживања.³ Вјеродостојна исправа је подобна за извршење уколико садржи означење тражиоца извршења и извршеника, те предмет, врсту, обим и вријеме испуњења потраживања. За извршење на основу вјеродостојне исправе неопходно је да су испуњени сљедећи услови:

1. Да постоји вјеродостојна исправа на основу које се по закону може тражити извршење;

¹ Др Ранка Рачић, *Извршно процесно право*, Бања Лука, 2009. год., стр. 36.

² Члан 23 Закона о извршном поступку („Службени гласник Републике Српске“ бр. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12, 67/13 и 98/14).

³ Др Ранка Рачић, *Извршно процесно право*, Бања Лука, 2009. год., стр. 40.

2. Да је вјеродостојна исправа приложена уз приједлог за извршење у оригиналу или у овјереном препису; и
3. Да вјеродостојна исправа има одређену садржину на основу које суд може да одреди извршење.

Са становишта аутора, а не улазећи у неефикасност садашњег извршног поступка, поставља се питање вјеродостојне исправе, односно које то исправе важећи закон третира као вјеродостојне исправе, па се стога даје поређење са нама блиским правним системима Србије, Хрватске и Црне Горе.

2. Вјеродостојна исправа у законодавству Републике Српске и Босне и Херцеговине

Чланом 29 Закона о извршном поступку Републике Српске⁴ прописано је да се извршење ради остваривања новчаног потраживања одређује и на основу вјеродостојне исправе, а под вјеродостојном исправом се сматрају:

- Мјеница и чек с протестом и повратним рачуном, ако су потребни за заснивање потраживања, и
- Рачуни или изводи из пословних књига за цијену комуналних услуга испоруке воде, топлотне енергије и одвоз смећа.

Исту законску дефиницију вјеродостојне исправе даје и Закон о извршном поступку Федерације Босне и Херцеговине⁵.

Такође, на скоро идентичан начин одређена је вјеродостојна исправа и у Закону о извршном поступку Брчко дистрикта Босне и Херцеговине⁶, с тим што се у Брчко дистрикту као вјеродостојна исправа сматра и рачун или извод из пословних књига радио-телевизијске таксе радио-телевизијских сервисера за посједовање радио или телевизијског пријемника.

За разлику од раније примјењиваног Закона о извршном поступку⁷, ступањем на снагу нових закона о извршном поступку у Републици

⁴ „Службени гласник Републике Српске“ бр. 59/03,85/03,64/05,118/07,29/10,57/12,67/13 и 98/14.

⁵ Члан 29 Закона о извршном поступку ФБиХ („Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“ бр. 32/03 и 33/06).

⁶ Члан 33 Закона о извршном поступку БД БиХ из 2013. године.

⁷ „Службени лист СФРЈ“ бр. 20/78,6/82,74/87,57/89,20/90,27/90 и 35/91 и „Службени гласник Републике Српске“ бр. 17/93 и 14/94.

Српској и Босни и Херцеговини, рачун или извод из пословних књига за цијену електричне енергије и телекомуникационе услуге су изгубили статус вјеродостојне исправе.

Са разлогом се поставља питање зашто је законодавац рачунима за овакве врсте услуга од општег економског интереса одузео својство вјеродостојне исправе. Као вјеродостојне исправе остали су само рачуни за цијену комуналних услуга испоруке воде и топлотне енергије, те одвоза смећа, а једно вријеме тај статус у Републици Српској је имала и радио-телевизијска такса. Испорука воде и топлотне енергије, те одвоз смећа, само су неке од услуга од општег економског интереса, а које су прописане и као комуналне дјелатности од посебног јавног интереса у складу са Законом о комуналним дјелатностима⁸.

3. Вјеродостојна исправа у законодавству Републике Србије

Законом о извршењу и обезбјеђењу у Републици Србији прописано је да се рјешење о извршењу на основу вјеродостојне исправе доноси ради намирења новчаног потраживања, а као вјеродостојне исправе сматрају се:

- Мјеница и чек домаћег или страног лица са протестом, ако је потребан за заснивање потраживања;
- Извод из Централног регистра хартија од вриједности о стању на рачуну законитог имаоца обвезница или инструмента тржишта новца (трезорски, благајнички и комерцијални записи) и одлука о њиховом издавању;
- Рачун домаћег или страног лица, са отпремницом или другим писменим доказом о томе да је извршни дужник обавијештен о његовој обавези;
- Извод из пословних књига о извршеним комуналним или сродним услугама;
- Обрачун или извод из пословних књига за потраживања таксе за јавни медијски сервис;
- Јавна исправа која ствара извршиву новчану обавезу;
- Банкарска гаранција;

⁸ „Службени гласник Републике Српске“ бр. 124/2011.

- Акредитив;
- Овјерена изјава извршног дужника којом овлашћује банку да са његовог рачуна пренесе новчана средства на рачун извршног повјериоца;
- Обрачун камате са доказом о основу доспјелости и висини потраживања;
- Привремена или окончана ситуација о извршеним грађевинским радовима; и
- Обрачун о награди и накнади трошкова адвоката.⁹

Вјеродостојна исправа је подобна да се на основу ње донесе рјешење о извршењу ако садржи податке о извршном повјериоцу и извршном дужнику, те предмет, врсту, обим и доспјелост обавеза извршног дужника. Уколико се доспјелост обавезе не може утврдити из вјеродостојне исправе, извршни повјерилац је дужан да уз вјеродостојну исправу приложи писмени доказ да је извршном дужнику оставио накнадни рок да испуни обавезу.¹⁰

4. Вјеродостојна исправа у законодавству Републике Хрватске

Према Овршном закону Републике Хрватске, под вјеродостојном исправом¹¹ сматра се:

- Рачун, а под рачуном се сматра и обрачун камата;
- Мјеница и чек са протестом и повратним рачуном када је то потребно за заснивање потраживања;
- Јавна исправа, извод из пословних књига;
- По закону овјерена приватна исправа; те
- Исправа која се по посебним прописима сматра јавном исправом.

Вјеродостојна исправа је подобна за извршење, ако су у њој назначени вјеровник и дужник, те предмет, врста, обим и вријеме испуњења новчане обавезе. Осим ових података, а када се ради о рачуну физич-

⁹ Члан 52 Закона о извршењу и обезбеђењу („Службени гласник Републике Србије“ бр. 106/2015 и 106/2016).

¹⁰ Члан 53 Закона о извршењу и обезбеђењу Републике Србије.

¹¹ Члан 31 Овршног закона („Народне новине Републике Хрватске“ бр. 112/12, 25/13,93/14 и 55/16).

ког лица које не обавља регистровану дјелатност, рачун мора да садржи и упозорење дужнику да у случају неиспуњења доспјеле новчане обавезе, повјерилац може затражити одређивање извршења на основу вјеродостојне исправе. Када се из вјеродостојне исправе не види да ли је и када је потраживање доспјело, извршење ће се одредити ако покретач поступка у приједлогу за извршење наведе датум доспјелости потраживања, те ако је означио дан доспјелости потраживања.¹²

5. Вјеродостојна исправа у законодавству Републике Црне Горе

Законом о извршном поступку Црне Горе¹³ прописано је да се извршење ради остварења новчаног потраживања правног лица и предузетника одређује и на основу вјеродостојне исправе, а под вјеродостојном исправом сматрају се сљедеће исправе:

- Фактура, а фактуром се сматра и обрачун камата;
- Мјеница и чек са протестом и повратним рачуном кад је то потребно за заснивање потраживања;
- Јавна исправа;
- Извод из овјерених пословних књига;
- Исправа сачињена у законом прописаној форми;
- По закону овјерена приватна исправа; и
- Исправа која по посебним прописима има значај јавне исправе.

Уколико се из вјеродостојне исправе не види доспјелост потраживања, извршење се одређује ако је извршни повјерилац поднио писану изјаву да је потраживање доспјело и означио дан доспјелости.

6. Услуге од општег економског интереса

За нормално функционисање једне друштвене заједнице неопходан је низ природних и економских чинилаца, али да би грађанима био омогућен пристојан живот у једној урбаној средини, неопходно је да постоји несметан приступ једном броју услуга, које се заједнички

¹² Члан 31 Овршног закона Републике Хрватске.

¹³ Члан 22 Закона о извршном поступку („Службени лист Републике Црне Горе“ бр. 23 од 5. априла 2004. године).

називају услуге од општег економског интереса. То су услуге од посебног друштвено-економског значаја, за које је држава изузетно заинтересована да се исте врше континуирано на јединствено уређен начин и оне су под сталном контролом носиоца јавних овлашћења, било државних органа или органа локалне самоуправе. Због свога великог значаја један број ових услуга регулисан је са посебним законским прописима (електрична енергија, гас, телекомуникације, поштанске услуге), док се већина ових услуга третирају као комуналне дјелатности од посебног јавног интереса (производња и испорука воде, пречишћавање и одвођење отпадних вода, производња и испорука топлотне енергије, одржавање чистоће, јавни превоз и сл.).

Посебна дефиниција услуга од општег економског интереса дата је законским прописима који регулишу област заштите потрошача. У Републици Српској то је Закон о заштити потрошача,¹⁴ а на нивоу Босне и Херцеговине законски пропис са истим називом¹⁵ којим су између осталог, утврђена и основна права потрошача при куповини робе и услуга од општег економског интереса. Услуге од општег економског интереса су економске услуге које испуњавају основне потребе потрошача на тржишту, од којих се одређене услуге пружају посредством дистрибутивне мреже, а чији квалитет, услове пружања и цијену уређују или контролишу органи управе или други носиоци јавног овлашћења, у циљу задовољења општег друштвеног интереса. Услуге, односно дјелатности које се сматрају као услуге од општег економског интереса су: снабдијевање електричном енергијом, гасом, топлотном енергијом, водом, услуге одвода отпадних вода, телекомуникационе услуге, поштанске услуге, услуге јавног превоза путника у градском, приградском и међуградском саобраћају, услуге аутобуских станица, услуге јавног превоза путника у жељезничком саобраћају, услуге одржавања чистоће и остале јавне услуге (погребне услуге, димњачарске услуге и сл.).

7. Компарација вјеродостојне исправе у законодавству Републике Српске, Босне и Херцеговине и сусједних правних система и могућности реформисања извршног законодавства

Из претходног поређења извршних закона у Босни и Херцеговини са извршним законима у најближим нам правним системима

¹⁴ „Службени гласник Републике Српске“ бр. 6/12 и 63/14.

¹⁵ „Службени гласник Босне и Херцеговине“ бр. 25/06.

Србије и Хрватске виде се велике разлике у погледу тога шта се сматра вјеродостојном исправом. У извршним законима Србије, Хрватске и Црне Горе, сви рачуни (Хрватска), односно сви рачуни и изводи из пословних књига о извршеним комуналним или сродним услугама (Србија), све фактуре и сви изводи из овјерених пословних књига ради остварења новчаног потраживања правног лица и предузетника (Црна Гора) имају статус вјеродостојне исправе, док је то у домаћем законодавству ограничено само на три врсте комуналних услуга.

Сматрамо да сваки рачун који изда продавац, односно пружалац услуге, треба да има статус вјеродостојне исправе, тако да повјерилац има могућност да на брз и ефикасан начин дође до наплате своје робе или услуге. Садашњи систем само погодује онима који не плаћају своје обавезе и на све могуће начине настоје то да избјегну, а важећа компликована законска процедура им то свестрано омогућава.

Што се тиче тренутно важећег Закона о извршном поступку у Републици Српској, треба истаћи да је овај законски пропис на снагу ступио 1. августа 2003. године, а да је до сада чак седам пута мијењан и допуњаван, па је тако од 2012. године сваке године била нека допуна и измјена. Ово јасно указује на то да овај законски пропис није испунио своја првобитна очекивања, те да је законодавац трагајући за бољим рјешењима пречесто вршио измјене и допуне. Треба остати забиљежено и да, поред свих ових измјена и допуна, није донесен пречишћени текст. Неопходно је приступити изради новог законског прописа, а без пуно експериментисања. У том смислу треба примијенити позитивна искуства Европске уније и нама блиских сусједних држава бивше Југославије, уз примјену модерних, јавних и ефикасних система извршења који изузетно добро функционишу. Познато је да ВСТС БиХ још од 2008. године покушава унапређење извршног поступка, а чији задатак је израда анализе алтернативних модела провођења поступка извршења на основу извршне исправе и предлагање мјера побољшања судског извршног поступка. У том смислу донесено је низ приједлога за унапређење извршног поступка у БиХ, а на основу директног увида и преузетих позитивних искустава извршног законодавства у Србији, Словенији, Хрватској и Македонији, те посебно на основу спознаја о извршном поступку у Краљевини Норвешкој и Краљевини Шведској. Међутим, и поред веома добрих и конструктивних приједлога, извршно законодавство је до данас остало непромијењено.

У марту 2016. године USAID је у оквиру пројекта правосуђа у Босни и Херцеговини донио студију под називом Дијагностичка процјена система извршења правоснажних потраживања у Босни и Херцеговини. Ова процјена рађена је у периоду јун–октобар 2015. године и анализира правни оквир и праксу кроз обраду најважнијих питања из области извршног поступка и других области које утичу на ефикасност извршења. У оквиру ове студије обрађена су питања међународних стандарда за извршење, дат преглед судске праксе Европског суда за људска права у односу на Босну и Херцеговину, те резимирано партнерство Босне и Херцеговине са Европском унијом.

Сматрамо да је данас неспорно да реформа извршне процедуре није дала очекиване резултате, те да и даље егзистира неефикасан систем извршења који не може да оствари ефикасну правду коју од извршног суда захтијевају повјериоци, па многе пресуде остају само мртво слово на папиру. Када повјерилац покреће судски поступак, његов примарни циљ је што бржа наплата потраживања, а на овакав начин није могуће доћи до коначнице судског поступка и наплате. Судска пресуда нема очекивану вриједност, уколико иста није спроведена, тако да сама по себи губи смисао. Тачно је да је законодавац у Републици Српској измјенама и допунама извршног закона из 2012. године покушао увести ефикаснији систем извршења, те растеретити рад судских извршилаца, и то увођењем тзв. приватних извршилаца. Међутим, дјеловање приватних извршилаца, односно извршилаца по уговору, ограничено је само на извршење новчаних потраживања по основу рачуна или извода из пословних књига за цијену комуналних услуга испоруке воде, топлотне енергије, одвоза смећа и РТВ претплате (РТВ претплата више није вјеродостојна исправа), а извршни поступак може се спровести само на покретним стварима извршеника. И овај покушај законодавца је остао неуспјешан, јер институт ангажовања извршиоца по уговору никада није заживио у пракси.

Сматрамо да питање ефикасности извршног поступка и брзе наплате треба да буде од општег значаја за једну правно уређену државу, па стога као примарно рјешење сматрамо формирање посебне државне агенције за наплату потраживања принудним путем, која би запошљавала стручна лица правне струке, а који би као услов за обављање тога посла полагали одговарајући стручни испит, затим неопходна средства за рад, информатичку опремљеност, приступ свим подацима у вези са предметом извршења (јавним евиденцијама о непокретностима, новчаним

примањима, подацима о возилима и сл.), те која би имала и свестрану подршку органа полиције.

Као једно од могућих рјешења је увођење јавних извршитеља, а по узору на Србију, Словенију и Македонију, у којима је у извршни поступак уведена институција јавних извршитеља. У Србији предузећа која пружају услуге од општег економског интереса, а посебно комунална предузећа путем јавних извршитеља врше наплату својих потраживања, а што је у досадашњој пракси показало изузетно добре резултате.

Као позитивни примјер из окружења треба навести Републику Хрватску у којој се, према Закону о provedби оврхе на новчаним средствима путем државне финансијске агенције ФИНА врши наплата новчаних потраживања на новчаним средствима пословних субјеката и грађана, а по свим рачунима и ороченим новчаним средствима у свим банкама, према личном идентификацијском броју извршеника и без његове сагласности. Ова агенција води јединствени регистар рачуна који садржи податке о рачунима свих пословних субјеката, као и податке о рачунима грађана отвореним у банкама, а ту су евидентирани и подаци о постојању орочених новчаних средстава, уговорима о стамбеној штедњи и депозитима у кредитним унијама. Ови подаци нису јавни, а на податке о грађанима примјењује се законски пропис који регулише заштиту личних података (Закон о заштити особних података).

Када ФИНА заприми основу за плаћање, даје налог банкама за извршавање основе за плаћање на новчаним средствима по свим рачунима и ороченим новчаним средствима дужника у свим банкама, а према његовом идентификацијском броју и без његове сагласности. Банке су дужне да поступају по налогу ФИНЕ, тако да врше пљенидбу новчаних средстава на рачуну и блокаду рачуна извршеника, а извршење се проводи на наведеним рачунима у основи за плаћање, те ако то није наведено, онда се иде редослиједом од банке и рачуна који је најраније отворен, па надаље док се намирење не изврши у цијелости. Ако се намирење не изврши на једном рачуну и у једној банци, даје се налог свим банкама да блокирају све извршеникове рачуне и забране располагање новчаним средствима, а у јединствени регистар рачуна ставља се ознака блокаде извршеникових рачуна и забрана располагања ороченим новчаним средствима. Ако у јединственом регистру рачуна неки пословни субјекат има ознаку блокаде рачуна, односно забране располагања ороченим новчаним средствима, тај пословни субјект не може плаћати своје обавезе преко финансијских институција за платни промет, не смије обављати

обрачунско плаћање (компензација, цесија, асигнација, преузимање дуга и друге облике намирења међусобних обавеза и потраживања), те плаћање својих обавеза не може вршити готовим новцем, а готов новац који прими обављајући своју дјелатност обавезан је да положи на рачун у банци.

У Републици Српској провођење извршења на новчаним средствима могла би да обавља Агенција за посредничке, информатичке и финансијске услуге (АПИФ). Законом о Агенцији за посредничке, информатичке и финансијске услуге утврђена је надлежност Агенције.¹⁶

Агенција за посредничке, информатичке и финансијске услуге Бања Лука основана је одлуком Владе Републике Српске.¹⁷ Агенција је током година свога рада акумулирала препознатљив људски потенцијал који је допринио високом степену задовољства корисника услуга и изразито позитивне оцјене од стране домаћих институција. Наравно, свему овоме иде у прилог и дугогодишња пословна традиција, с обзиром на то да је Агенција преузела и послове и раднике бивше Службе за платни промет (СПП), односно још раније Службе друштвеног књиговодства (СДК). Агенција је водећа на тржишту Републике Српске у пружању услуга финансијског посредовања. Агенција тренутно у својим надлежностима пружа услуге регистрације и контроле финансијских извјештаја свих привредних субјеката, жиро рачуна, регистрацију старе девизне

¹⁶ Чланом 4 Закона о Агенцији за посредничке, информатичке и финансијске услуге („Службени гласник Републике Српске“ бр. 96/05, 74/10 и 68/13) прописано је да Агенција обавља сљедеће послове: успоставља и води Регистар финансијских извјештаја, као централни извор информација о имовинском, приносном и финансијском положају правних лица и предузетника, обвезника предаје финансијских извјештаја; успоставља и води регистар обвезника подносиоца финансијских извјештаја; врши пријем, контролу и обраду финансијских извјештаја обвезника, архивира и управља базом података и израђује анализе и информације; успоставља и води регистар банкарских рачуна пословних субјеката и физичких лица; води регистар обавеза Републике Српске по основу старе девизне штедње, те коришћења старе девизне штедње у сврху откупа државног капитала, државних станова, пословних простора и гаража; врши упис у регистар и води регистар пољопривредних газдинстава у Републици Српској; издаје изводе из регистара и преписе других јавних података; чува, располаже и управља архивом Службе за платни промет Републике Српске; обавља послове за Акцијски фонд Републике Српске а. д. Бања Лука који захтијевају организационо-техничке капацитете којима располаже Агенција; у властитим трезорима чува и складишти мјенице и друге вриједносне папире, врши њихову дистрибуцију и о истом води евиденцију; пружа софтверске услуге и израђује софтвер; даје савјете о типу и конфигурацији рачунарске опреме и примјени припадајућег софтвера; учествује у припреми, изради и води остале јавне регистре Републике Српске, у складу са законом; обавља и остале послове за потребе републичких органа управе и институција Босне и Херцеговине и обавља и послове за потребе осталих корисника услуга, у складу са законом.

¹⁷ Одлука Владе РС број: 02/1-020-1292/00 од 28. 12. 2000. године („Службени гласник Републике Српске“, број: 1/01).

штедње, регистрацију пољопривредних газдинстава, регистрацију сеоских домаћинстава, пружалаца угоститељских услуга у апартманима, кућама за одмор и собама за изнајмљивање и друге услуге. У наредном периоду Агенција планира проширење и успостављање адекватног квалитета услуга према својим директним корисницима. Овоме највише иде у прилог географска заступљеност на територији цијеле Републике Српске, оспособљеност кадрова, професионална одговорност, информатичка повезаност са територијално најудаљенијим пословним јединицама. Стога, Агенција је у свакоме тренутку спремна одговорити на све захтјеве који произлазе из домена њеног дјеловања стварајући позитивну пословну климу кроз увођење принципа рационализације административних функција Републике Српске.¹⁸

Имајући у виду свеобухватност послова које обавља Агенција за посредничке, информатичке и финансијске услуге, сматрамо да иста у Републици Српској може имати улогу коју има државна финансијска агенција ФИНА у Хрватској, тако да би овој агенцији требало дати овлашћење да по захтјеву повјерилаца, а свакако уз одговарајућу накнаду, врши наплату новчаних потраживања на новчаним средствима пословних субјеката и грађана, и то по свим рачунима и ороченим новчаним средствима у свим банкама на територији Републике Српске. Такође, може се размотрити и идеја да ова агенција добије статус јавног државног извршитеља.

Закључак

У циљу бржег вођења судских поступака неопходна је хитна и неодложна реформа извршног законодавства, јер је овакво стање неодрживо. Било који рачун и извод из пословних књига уопште, а посебно за било коју врсту услуга од општег економског интереса, као што су снабдијевање електричном енергијом, гасом, топлотном енергијом, испорука воде, одржавање чистоће, услуге одвода отпадних вода, телекомуникационе услуге и слично, треба да има статус вјеродостојне исправе, а из разлога што се ради о специфичној врсти услуга које су најзаступљеније у области пружања услуга. Садашњим законским рјешењем статус вјеродостојне исправе дат је само за три врсте комуналних услуга, па се са основом поставља питање шта је са осталим ко-

¹⁸ <http://www.apif.net/index.php/o-nama.html>, преузето 28. 6. 2017. год.

муналним услугама, односно са услугама од општег економског интереса и зашто те услуге немају исти статус.

Тренутна економско-социјална ситуација у нашем друштву, дуготрајни судски поступци, те неизвјесност и крајња нефункционалност извршног поступка, више одговарају дужницима, као корисницима комуналних услуга, тако да пружаоци комуналних услуга имају огромне проблеме у наплати својих услуга, а што доводи у питање функционисање система комуналних услуга.

Извршни поступак у домаћем законодавству треба неодложно реформисати, а то је изузетно важан и свеобухватан пројекат који треба да промијени досадашњи извршни поступак. У реформи ове области треба преузети позитивне примјере из нама блиских правних система и ову област ускладити са прописима Европске уније, а неки од главних циљева реформе извршног поступка треба да буду: уређење јасних односа између повјериоца и дужника, заштита повјерилаца, повећање ефикасности и бржа наплата потраживања путем брзог и ефикасног система извршења, повећање правне сигурности, усклађивање домаћих прописа са правним тековинама Европске уније и уређених финансијских тржишта, растерећење судова и судских извршитеља путем формирања државне агенције за наплату потраживања или активирањем нотара и јавних извршитеља, формирање и омогућавање приступа јединственој бази података о непокретностима и покретностима, те формирање јединствених база података о отвореним рачунима и другим новчаним средствима које пословни субјекти и грађани имају у банкама и другим финансијским институцијама.

На крају, посебно треба истаћи да тренутно стање у извршном систему има негативан утицај и на потенцијалне инвеститоре, који не желе да улажу свој капитал у државе гдје је правно окружење такво да се не гарантује ефикасна и брза наплата потраживања.

Dragan Baltić,LL.M.

**The Head of the Department for Legal and Human Resources
and General Affairs at the “Elektrokrajina”,
stock company Banja Luka,
working unit of “Elektrodistribucija” in Prijedor**

**CREDIBLE DOCUMENT AS A SPECIAL TYPE OF AN
ENFORCEMENT DOCUMENT AT BILLING SERVICES OF
GENERAL ECONOMIC INTEREST**

Summary

A credible document is a special type of a document based on which the creditor may initiate the enforcement procedure in the most efficient and economic manner in order to collect its financial claims from the debtor. To initiate the enforcement procedure on the basis of a credible document a minimum of conditions is required and that there is a legally prescribed document based on which the enforcement may be requested and that it has such content the court may order the enforcement. The introduction of such form of a document in the executive legislation aims to collect that the creditor collects its financial claims from the debtor in a faster and simpler manner without long-term court procedure. However, the legislator determined as credible documents only some bills for provided services of general economic interest, such as bills or statements from business records for the price of utilities of water supply, thermal energy and rubbish disposal whilst the bills for a series of other related services do not have the status of a credible document. This current situation is not acceptable so, therefore, it is necessary to amend the executive legislation in the sense that all bills in general, in particular; the bills for provided services of general economic interest have the status of a credible document.

Key words: *Credible document, enforcement procedure, enforcement, service, bill, creditor, debtor.*

DECENIJA NOTARIJATA U SAVREMENOJ BOSNI I HERCEGOVINI 2007–2017.

Mr Đemaludin Mutapčić*

***Apstrakt:** U ovom radu je istraživana pravna priroda i funkcioniranje notarijata u Bosni i Hercegovini u deceniji njegovog postojanja. Sagledani su njegovo mjesto, uloga i primjenjivost u pravnom poretku u Bosni i Hercegovini.*

Prvi notari u savremenoj Bosni i Hercegovini obilježavaju značajan jubilej – deceniju notarijata u Bosni i Hercegovini. Bosna i Hercegovina je u svoj pravni sistem uvela notarsku službu. Kao i svuda u svijetu, notari su postali dio bosanskohercegovačke svakodnevice. Notar je jedna od najstarijih pravničkih profesija. Nju je uvijek odlikovala samostalnost i nezavisnost privatne profesije, ali i krasio „pečat javnog ovlaštenja“.

Kao što je poznato, notarska služba, kao javna služba, uvedena je u Federaciji Bosne i Hercegovine od 4. 5. 2007. godine. U Republici Srpskoj notari su počeli da rade 11. 3. 2008. godine. Od tada se razvija i novo notarsko pravo u našoj zemlji.

U vrijeme koje je prethodilo uvođenju notarijata u savremenoj Bosni i Hercegovini, ocijenjeno je da je provedba Zakona o notarima i početak rada prvih notara u pravnoj praksi u Federaciji Bosne i Hercegovine, odnosno izvršavanje notarske službe na načelima latinskog tipa notarijata u narednom razdoblju, višestruko značajno kako za Federaciju Bosne i Hercegovine, tako i za Bosnu i Hercegovinu u cjelini i krči put Bosni i Hercegovini za prijem u Evropsku uniju.

Kad je u pitanju Bosna i Hercegovina, notarska služba uvedena je i u njen pravni sistem u okviru drugih reformi koje se vrše uz pomoć međunarodne zajednice. Ova služba bazirana je na konceptu latinskog notarijata i to na

* Notar, Sarajevo.

osnovu Evropskog kodeksa prava notarske profesije, koji je donijela Konferencija notarijata Evropske unije 1995. godine u Nici, što podrazumijeva da je notarska služba javna služba, neovisna, samostalna i odvojena od advokatske djelatnosti.

Pripremu i početak rada prvih notara u pravnoj praksi u Federaciji Bosne i Hercegovine i Bosni i Hercegovini svesrdno je pomogla organizacija GTZ iz SR Njemačke.

Notarijat ima veoma dugu tradiciju u evropskim pravnim sistemima. Notari su imenovani od strane državne vlasti, koja im je dala karakter osoba javnog povjerenja.

Služba notara, kao fizičke osobe sa javnim ovlaštenjima, posebno se ogleda u stvarnom pravu, obligacionom pravu, nasljednom pravu, porodičnom pravu i privrednom pravu.

Ključne riječi: *notar, notarijat, načela notarske službe, decenija notarijata, notarska komora, Međunarodna unija notara, Evropski kodeks prava notarske profesije, pravna sigurnost, javna isprava, javna služba, sudski povjerenik za ostavinske postupke, registar testamenata.*

Uvod

Cilj ovog rada jeste u tome da ukaže na značaj uvođenja notarijata u savremenoj Bosni i Hercegovini, kao i na djelovanje prvih notara i rezultate izvršavanja notarske službe u protekloj deceniji, posebno u Federaciji Bosne i Hercegovine.

U ovom radu se izdvajaju pojedina važna pitanja korijena notarijata, njegove pravne prirode i funkcioniranja notarske službe, kao nezavisne, samostalne i posebne javne službe¹, a među njima su:

1. Značaj Zakona o javnim beležnicima Kraljevine Jugoslavije,
2. Datum početka rada prvih notara u savremenoj Bosni i Hercegovini,
3. Notari iz Bosne i Hercegovine u Međunarodnoj uniji notara,
4. Osnovna načela notarske službe,
5. Pravna sigurnost i izbjegavanje sporova,

¹ Većina ovog rada, a posebno statistički podaci o izvršavanju notarske službe u deceniji njenog postojanja u savremenoj Bosni i Hercegovini, odnosi se na notarijat u Federaciji Bosne i Hercegovine, gdje su prvi notari počeli da rade prije početka rada prvih notara u Republici Srpskoj

6. Rasterećenje pravosuđa i javne uprave,
7. Ubiranje javnih prihoda i poreske procedure,
8. Sprečavanje pranja novca i drugog kriminala,
9. Notari kao sudski povjerenici u ostavinskom postupku,
10. Uvođenje registra testamenata i drugih nasljednopravnih poslova u Federaciji Bosne i Hercegovine od 9. 4. 2016. godine,
11. Izvještaj o održanoj Međunarodnoj konferenciji o latinskom notarijatu „Pravna sigurnost – uslov i cilj EU integracija Bosne i Hercegovine“,
12. Prikaz monografije „Notarijat u Bosni i Hercegovini Federaciji BiH 10 godina“, i
13. Specifičnosti djelovanja prvih notara u savremenoj Bosni i Hercegovini.

Nadležne zakonodavne vlasti u Bosni i Hercegovini su za obavljanje službe notara donijele zakone, i to:

- Zakon o notarima, koji se primjenjuje u Federaciji Bosne i Hercegovine,²
- Zakon o notarima, koji se primjenjuje u Republici Srpskoj,³ i
- Zakon o notarima, koji se primjenjuje u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine.⁴

Značaj Zakona o javnim beležnicima Kraljevine Jugoslavije

Treba istaći da notarska služba nije potpuna novina na bosanskohercegovačkim prostorima, kao ni na teritoriji bivše SFRJ.

U literaturi se ističe da je dana 11. 9. 1930. godine donesen Zakon o javnim beležnicima Kraljevine Jugoslavije.⁵ Ovaj zakon je donesen po uzoru na austrijski Zakon o notarima iz 1871. godine, pa se zasnivao na principima latinskog notarijata. Može se konstatovati da je javno bilježništvo u Kraljevini Jugoslaviji imalo obilježja modernog notarijata latinskog tipa, ali je funkcioniralo samo jedan kratak period, s obzirom na to da je odlukom AVNOJ-a od

² Službene novine Federacije BiH, broj 45/02.

³ Službeni glasnik Republike Srpske, br. 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11 i 20/14.

⁴ Službeni glasnik Brčko distrikta, broj 9/03.

⁵ Šarkić, Nebojša, *O javnom beležniku – notaru*, Glosarijum, Beograd, 2004. str. 5. Vidjeti: Zakon o javnim beležnicima Kraljevine Jugoslavije iz 1930. godine (Službene novine Kraljevine Jugoslavije br. 20/30, 22/31, 72/31) u kome je predviđeno da su javni beležnici lica od javnog povjerenja i da ih postavlja državna vlast.

17. 11. 1944. godine ukinuto, bilježničke komore su raspuštene, a bilježnički poslovi su prešli na sudove, organe uprave i advokate.

Korijeni notarijata na prostorima bivše Jugoslavije, pa tako i na prostoru Bosne i Hercegovine, sežu u srednji vijek⁶, ali o notarijatu kakav pozna je savremena Bosna i Hercegovina možemo govoriti od 1930. godine, kada je Kraljevina Jugoslavija, po uzoru na Zakon o notarima Austrije, donijela Zakon o javnim beležnicima. Taj zakon je imao sve karakteristike savremenog latinskog notarijata, gdje posebno treba istaknuti da su za notare mogli biti imenovane isključivo osobe sa završenim pravnim fakultetom, položenim advokatskim ili pravosudnim ispitom i da je broj notara bio ograničen (*numerus clausus*) i da su notari morali prije početka rada bili u obavezi uplatiti osiguranje u dosta visokom iznosu radi naknade eventualne štete koju bi svojim radom pričinili strankama.

Datum početka rada prvih notara u savremenoj Bosni i Hercegovini

Kao što je poznato, notarska služba uvedena je u pravni sistem u savremenoj Bosni i Hercegovini prvo u Federaciji Bosne i Hercegovine, Zakonom o notarima („Službene novine Federacije BiH“, broj 45/02). Kasnije su doneseni posebni zakoni o notarima u Republici Srpskoj i Brčko distriktu Bosne i Hercegovine.

Navedenim federalnim zakonom nije propisan datum početka rada prvih notara u savremenoj Bosni i Hercegovini.⁷

U sudskoj praksi (na primjer, Kantonalnog suda u Zenici) postavilo se pitanje dokazivanja činjenice datuma početka njihovog rada.

Datum početka rada prvih notara u savremenoj Bosni i Hercegovini nije zakonska materija, ali je relevantna činjenica.

Kao dokaz činjenice datuma početka njihovog rada može poslužiti akt Federalnog ministarstva pravde Sarajevo broj: 01-49/07 od 8. 5. 2007. godine⁸ sa oznakom „žurno“, koji je potpisao ministar Feliks Vidović, upućen kantonima 1-10 n/r ministra pravde, sljedećeg sadržaja:

⁶ Vidjeti monografiju *Notarijat u Bosni i Hercegovini Federaciji BiH 10 godina*, izdavač Notarska komora Federacije Bosne i Hercegovine, štampanje/tisak GRAFOTISAK d.o.o. Grude, 2017, str. 26–27.

⁷ Mutapčić, Đ., „Datum početka rada prvih notara u savremenoj Bosni i Hercegovini“, *Pravna misao*, časopis za pravnu teoriju i praksu, broj 5-6, Sarajevo, 2011, str. 131.

⁸ Akt objavljen u monografiji *Notarijat u Bosni i Hercegovini Federaciji BiH 10 godina*, izdavač Notarska komora Federacije Bosne i Hercegovine, štampanje/tisak GRAFOTISAK d.o.o. Grude, 2017, str. 48.

„Izvrješćujem Vas da su prvi notari u Federaciji BiH otpočeli rad 4. 5. 2007. godine, te da započeti rad nastavljaju sukladno Zakonu o notarima (‘Službene novine Federacije BiH’ br. 45/02), a budući da je u međuvremenu utvrđena Privremena tarifa o nagradama i naknadama notara.

Imajući to u vidu, molimo da o tomu izvijestite područne sudove i druge organe i tijela u općinama i kantonu od značaja za provedbu Zakona o notarima.“

Prema tome, akt federalnog ministra pravde navedenog sadržaja, bez obzira na to što se radi o dopisu, u sudskoj praksi može poslužiti kao javna isprava kojom se dokazuje činjenica da su prvi notari u savremenoj Bosni i Hercegovini počeli da rade 4. 5. 2007. godine.

Treba ukazati na to da od utvrđenja navedene relevantne činjenice u sudskoj praksi zavisi pitanje forme odnosno ništavosti pravnih poslova koji za svoju pravnu valjanost zahtijevaju notarsku obradu isprava.

Prilika je da se u ovom trenutku podsjetimo da je dana 5. 3. 2007. godine u Sarajevu održana svečanost povodom uručenja povelja o imenovanju notara u Federaciji Bosne i Hercegovine, o čemu je Federalno ministarstvo pravde aktom broj: 03-02-311/07 od 8. 3. 2007. godine, koji je potpisala tadašnja federalna ministrica pravde gospođa Borjana Krišto, uputilo dopis kantonalnim ministrima pravde i GTZ – Projektu reforme privrednog prava, u kome se, pored ostalog, navodi: “Upućujemo Vam izraze iskrene zahvalnosti za sve što ste zajedno s Vašim saradnicima učinili u pripremi i održavanju svečanosti od 5. 3. 2007 godine, kojom prilikom su notarima uručene povelje na veoma dostojanstven i pamćenja vrijedan događaj u pravnoj historiji savremene Bosne i Hercegovine“.

Prije toga na prvom sastanku Inicijativnog odbora za notarske komore u Bosni i Hercegovini, održanom 8. 12. 2006. godine u hotelu „Internacional“ u Zenici, njegovi članovi su se založili da se ubrza procedura za uvođenje notarske službe u Bosni i Hercegovini, uključujući organiziranje i konstituiranje notarskih komora u oba entiteta. Prije prelaska na dnevni red, predstavnici Inicijativnog odbora i GTZ – Projekta reforme privrednog prava obavijestili su članove Inicijativnog odbora da su obišli Stari grad Vranduk, gdje je postojao notarski ured (kancelarija) u 15. stoljeću, za vrijeme samostalne bosanske države u srednjem vijeku. Stari grad Vranduk, sa naseljem, nalazi se oko 14 km nizvodno pored lijeve obale rijeke Bosne od središta Zeničko-dobojskog kantona, grada Zenice. Vranduk predstavlja samo jedan u nizu sred-njevjekovnih bosanskih gradova koji se nalaze u ovoj regiji, koja predstavlja

dio prostora gdje se razvijao vrlo intenzivan politički, ekonomski i kulturni život. Kroz Vranduk je prolazila trasa puta Sarajevo–Brod, kojim se odvijao glavni promet sa Austrijom. Uvažavajući značaj Vranduka u pravnoj historiji Bosne i Hercegovine uputno je razmotriti mogućnost izrade i implementacije projekta koji bi bio posvećen postojanju notarske službe u pravnoj historiji Bosne i Hercegovine.⁹

Notari iz Bosne i Hercegovine u Međunarodnoj uniji notara

Notari iz Bosne i Hercegovine primljeni su u Međunarodnu uniju notara (UINL).¹⁰

To je, bez sumnje, važan događaj u pravnoj historiji Bosne i Hercegovine.

Prijem u Međunarodnu uniju notara je višestruko značajan, kako za rad prvih notara u savremenoj Bosni i Hercegovini, tako i za Notarsku komoru Federacije Bosne i Hercegovine i Notarsku komoru Republike Srpske, putem kojih su oni primljeni u UINL.

To je višestruko značajno i za Bosnu i Hercegovinu u cjelini. Ovaj događaj krči put Bosni i Hercegovini i za prijem u Evropsku uniju.

Povodom prijema u Međunarodnu uniju notara, u Banjoj Luci je 9. 3. 2011. godine održana svečana akademija, kojoj je prisustvovao dr Jean-Paul Decorps, predsjednik Međunarodne unije notara,¹¹ koji je izjavio: „Prijem BiH u ovu organizaciju predstavlja bitan korak u približavanju EU, a rad notara povećat će pravnu bezbjednost. Pravna bezbjednost omogućiće brži ekonomski razvoj, jer upravo zahvaljujući njoj može da dođe do investicija. Me-

⁹ Mutapčić, Đ., *Implementacija Zakona o notarima u vezi s Zakonom o ovjeravanju potpisa, rukopisa i prepisa*, Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, br. 5, Mostar, 2007.

¹⁰ Mutapčić, Đ., „Notari iz Bosne i Hercegovine u Međunarodnoj uniji notara“, *Pravna misao*, časopis za pravnu teoriju i praksu, broj 3-4, Sarajevo, 2011, str. 131.

¹¹ Tim povodom BH nezavisni dnevnik Oslobođenje Sarajevo, godina LXVIII, Broj 23.064, četvrtak, 10. 3. 2011. godine, objavio je članak pod naslovom: „Notari već u EU“, u kome se, pored ostalog, navodi:

„Svečana akademija u Banjoj Luci

Notari već u EU

Osnovna uloga notarijata u svijetu su ekonomski razvoj s jedne strane i sprečavanje sudskih sporova sa druge strane.

U povodu prijema notarskih komora RS i Federacije BiH u Međunarodnu uniju latinskog notarijata, u Banjoj Luci je jučer održana svečana akademija na kojoj je prisustvovao i predsjednik Međunarodne unije latinskog notarijata Žan-Pol Dekorps.

đunarodna unija danas obuhvata 81 zemlju članicu ili dvije trećine svjetske populacije, a osnovne uloge notarijata u svijetu su ekonomski razvoj s jedne i sprečavanje sudskih sporova sa druge strane“.

Povodom obilježavanja jubileja – osam godina službe notara u Bosni i Hercegovini, karakterističan je izvještaj predsjednika UINL sa sastanka Generalnog savjeta, Bern, Švicarska, 2–4. maj 2014. godine, u kome se navodi i:

„Predsjednik Daniel Senghor izvijestio je o destinacijama koje je posjetio; Talin, Montreal, Senegal, Togo, Francuska, Italija; Rim – posjet sekretarijatu, Beč, Portugal, Banja Luka, Maroko.

Predsjednik se zahvalio svim notarijatima koji su bili domaćini u njegovim posjetama. Predsjednik se posebno zahvalio notarijatima u Bosni i Hercegovini, te je istakao izvanredno dobru organizaciju sastanka Komisije za evropska pitanja i Konferencije o notarijatu u BiH održanim od 11. do 12. aprila 2014. godine u Banjaluci, čiji su domaćin bile Notarska komora Republike Srpske i Notarska komora Federacije Bosne i Hercegovine“.

Predsjednik UINL je istakao i to da su na Konferenciji učestvovali i ministar pravde Srbije Nikola Selaković sa saradnicima, što je za UINL vrlo značajno, jer Srbija uskoro uvodi notarijat. Izjavio je da je impresioniran dobrom saradnjom dviju notarskih komora u Bosni i Hercegovini.¹²

Osnovna načela notarske službe

U proteklih deset godina od početka rada prvih notara u savremenoj Bosni i Hercegovini došla su do izražaja načela notarske službe u praksi.¹³

Osnovna načela (principi) na kojima se zasniva i funkcionira notarska služba odnose se na načela za notare, zatim načela za notarsku službu i načela za pravno djelovanje notarskih isprava.

¹² Mutapčić, Đ., „Osam godina službe notara u Bosni i Hercegovini“, *Pravna misao*, časopis za pravnu teoriju i praksu, Sarajevo, broj 5-6, 2015.

¹³ Treba ukazati, ovom prilikom, da se među objavljenim člancima, iz sadržaja prvog izdanja NPR, časopisa za domaće, njemačko i evropsko pravo *Nova pravna revija* broj 1-2/2010, str. 19–27, može posebno istaći članak njemačkog notara gospodina Christiana Seger, „O uvođenju latinskog notarijata u tranzicijskim zemljama Istočne i Jugoistočne Evrope“. U tom članku notar Christian Seger ističe latinsku izreku: *Lex est quod notamus*. Na bosanskom jeziku to znači: „Pravo je ono što zapišemo“. Ova latinska rečenica je moto UINL-a, Internacionalnog udruženja latinskog notarijata, i opisuje plastično ulogu notara koji aktivno učestvuje u oblikovanju ugovora u formi notarski obrađene isprave u okviru preventivne pravne zaštite.

Novi tržišni odnosi, sloboda privatnog vlasništva i težnja Bosne i Hercegovine evropskim integracijama zahtijevaju primjenu različitih načela u izvršavanju notarske službe. Položaj notara i notarske službe posebno je iskazan službenim dužnostima notara, kojih se oni moraju strogo pridržavati prilikom obavljanja poslova iz svoje nadležnosti. Te službene dužnosti odnose se naročito na sljedeća pitanja: obaveza nepristrasnosti, obaveza čuvanja nezavisnosti, obaveza preduzimanja službenih radnji, obaveza izuzeća notara, obaveza integriteta, obaveza čuvanja službene tajne, obaveza provjeravanja i poučavanja.

U ovom radu treba izdvojiti četiri načela koja se odnose na status službe notara u pravnim sistemima u Bosni i Hercegovini, i to: služba notara predstavlja javnu službu, poslove notarske službe vrše notari, služba notara predstavlja samostalnu javnu službu i notar je nezavisan nosilac službe notara.

Pravni položaj notarskih isprava¹⁴ baziran je na tri načela, a to su: da se sve vrste notarskih isprava smatraju javnim ispravama; drugo, da određene notarske isprave, a to su notarski obrađene isprave, imaju punu dokaznu snagu javne isprave, i treće, ograničen domet osporavanja valjanosti notarskih isprava.¹⁵

Pravna sigurnost i izbjegavanje sporova

Notarska služba je javna služba kojoj je jedan od temeljnih ciljeva pravna sigurnost, koja je sudjelovanjem notara kao treće nepristrane i stručne osobe zajamčena svim sudionicima u poslu.

Notarska obrada isprava, naročito u oblasti prometa nekretnina i registracije poslovnih subjekata, najznačajniji je segment rada notara kojim se osigurava veoma visok stepen pravne sigurnosti. Ovim putem se osigurava povjerenje i ažurnost javnih registara, pospješuje se ekonomski razvoj, izbjegavaju se dugi i skupi sporovi, kao i velike štete po građanke i građane, privredna društva i državu.

Notarski obrađene isprave imaju punu dokaznu snagu javnih isprava tako da postoji zakonska pretpostavka njihove tačnosti. Time se direktno doprinosi vladavini prava, pravnoj sigurnosti i izbjegavanju dugotrajnih i skupih sudskih sporova.

¹⁴ Vidjeti Zakon o važnosti javnih isprava u Bosni i Hercegovini (Službeni glasnik BiH, broj 23/04)

¹⁵ O načelima ili principima notarske službe detaljnije vidjeti u Lepušina Milenko, Senjak Kata, *Zbirka propisa o notarima sa stručnim objašnjenjima*, Magistrat, Sarajevo, 2003. str. 26–40 i 118–123.

Rasterećenje pravosuđa i javne uprave

Jedan od osnovnih ciljeva notarske službe u Bosni i Hercegovini je rasterećenje pravosuđa i organa javne uprave u onim poslovima koji su u skladu sa prirodom notarske službe.

Rasterećenje sudova se postiže indirektno putem izbjegavanja sporova na osnovu notarski obrađenih isprava (preventivno pravosuđe) i izravno putem prenošenja određenih nadležnosti na notare iz oblasti vanparničnog sudstva.

Prema dostupnim podacima, notarske isprave svojom dokaznom snagom i kvalitetom omogućuju brzo i sigurno provođenje u javnim registrima te povodom njih nema sudskih sporova, odnosno, sporovi su veoma malobrojni. Sudovi su na ovaj način rasterećeni sa znatnim brojem predmeta. Kao pokazatelj i dokaz tome je podatak da se u Bosni i Hercegovini godišnje sačini oko 120.000 notarski obrađenih isprava kao javnih isprava koje su podobne za upis prava u javnim registrima i koje su proizvele pravna djelovanja. Mogućnost izvršnosti notarske isprave koja ima snagu pravomoćne presude/odluke suda, a takvih je isprava (hipoteka i drugih izvršnih isprava) u Bosni i Hercegovini u dosadašnjem radu notarske službe sačinjeno oko 80.000, dovelo je do toga da su sudovi direktno rasterećeni za toliki broj predmeta.

Ovdje još treba napomenuti da je utvrđeno da je u Federaciji Bosne i Hercegovine u godini nakon početka rada notara broj zahtjeva za uknjižbu u zemljišne knjige porastao za 92% u odnosu na 2006. godinu.

Međutim, notarska služba pruža mogućnost još većeg rasterećenja pravosuđa u vanparničnoj oblasti, naročito u oblasti povjeravanja od strane suda, a na osnovu zakona. Tako je već postupljeno sa ostavinskim postupcima i cjelovitom reformom nasljednog prava u Federaciji Bosne i Hercegovine. U okviru Strukturalnog dijaloga o reformi pravosuđa u Bosni i Hercegovini, Evropska komisija preporučila je vlastima u Bosni i Hercegovini da ostavinske postupke povjere notarima. Time su se sudovi dodatno rasteretili sa značajnim brojem predmeta. Tako su notari u 2015. godini (prvoj godini nakon povjeravanja nadležnosti u ostavinskim postupcima) pravomoćno okončali 15.000 ostavinskih predmeta i sačinili oko 10.000 isprava o pravnim poslovima iz nasljednog prava, a koji su se ranije zaključivali kod općinskih sudova u vanparničnom postupku. Izmjenama Zakona o izvršnom postupku izvršnim ispravama bi se dao još veći značaj. Od strane građanki i građana, a naročito poslovnih subjekata, nisu dovoljno iskorištene mogućnosti da za određene

ne pravne poslove imaju izvršnu ispravu bez potrebe vođenja dugih i skupih parničnih sudskih postupaka (npr. zbog velikih dugovanja i sporih sudskih postupaka privredna društva trpe znatne štete). Nagomilani problemi u poslovanju privrednih društava treba da se rješavaju i pružanjem mogućnosti adekvatne zaštite poslovnih subjekata kao povjericilaca u pravno-ekonomskom prometu, a naročito omogućavanjem mehanizama da što brže naplate svoja potraživanja. Pri tome veoma značajnu ulogu imaju i mogu imati notarske izvršne isprave.

Notari mogu putem svoje djelatnosti sačinjavanja javnih isprava (notarske obrade isprava) vršiti rasterećenje sudova u višestrukom pogledu:

- oni preuzimaju određene funkcije, koje bi inače morale biti obavljene od strane sudova, na primjer izdavanje određenih izvršnih isprava;
- troškovi provjere prilikom vođenja sudskih registara se uz primjenu notarskih isprava bitno reduciraju;
- u svim postupcima u kojima se primjenjuju notarske isprave, redovno je nepotrebno skupo izvođenje dokaza;
- pravnom podrškom i savjetovanjem građanki i građana od strane notara i sačinjavanjem isprava u skladu sa propisima u najvećoj mjeri se već u „predvorju“ izbjegavaju sporovi koji bi inače opterećivali sudove;
- notarska isprava doprinosi borbi protiv pranja novca i finansiranja terorizma.

Da bi notari ove funkcije mogli ispuniti u skladu sa propisima, neizostavna su dva preduslova:

S jedne strane pravni sistem mora notaru dati odgovarajuće mogućnosti sudjelovanja i oblikovanja. To su propisi o formi iz zakona o notarima i regulativa o vršenju notarskog zanimanja.

Drugi preduslov je notarijat sposoban za vršenje svojih funkcija, dobro obrazovan i svjestan svojih odgovornosti.

Ubiranje javnih prihoda i poreske procedure

Notari o svim poslovima vode upisnike i trajno čuvaju arhivu, izdaju račune o izvršenim uslugama i prikupljaju odnosno uplaćuju državi odgovarajuće poreze i doprinose.

Zbog nedovoljno uređenog sistema u oblasti prometa nekretnina prije

uvođenja notarske službe država je gubila znatne budžetske prihode. Ubiranje poreza na promet nekretninama kao izvornog općinskog poreza povećano je i ažurirano, jer notari obavezno, shodno Pravilniku o radu notara, dostavljaju obavijest nadležnoj poreznoj ispostavi o izvršenom prometu, a također se izbjegava simuliranje vrijednosti nekretnina.

Od početka rada notara u notarskim uredima u Federaciji Bosne i Hercegovine tj. od 4. 5. 2007. godine do 31. 12. 2016. god. sačinjeno je 3.765.233 notarskih isprava, od toga 703.395 notarski obrađenih isprava, 7.927 notarskih potvrda i 3.054.547 notarskih ovjera potpisa i prijepisa.

U notarskim uredima u Federaciji Bosne i Hercegovine tokom 2016. godine radilo je ukupno 446 uposlenika, od čega 112 notara i 334 ostala uposlenika (notarski pomoćnici, stručni suradnici, drugi diplomirani pravници i administrativno osoblje) za koje se uredno uplaćuju plaće i sve vrste doprinosa. Notari i notarski uredi nisu budžetski korisnici, već se financiraju samostalno od pruženih usluga, poslujući kao i svi drugi poslovni subjekti. Prema službenim podacima nadležnih organa, notari u Bosni i Hercegovini na ime svih vrsta poreza i doprinosa tj. javnih prihoda državi su uplatili, odnosno prikupili cca 10 miliona KM godišnje što su značajni prihodi koje država u ovoj oblasti nije imala, ili ih je imala u neznatnom iznosu prije uvođenja notarske službe.

Treba napomenuti da je samo po osnovu PDV-a u 2016. godini u budžet uplaćen iznos od 4.460.000 KM.¹⁶

Sprečavanje pranja novca i drugog kriminala

Notari su obveznici po Zakonu o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorističkih aktivnosti¹⁷, sa obavezom da o svim sumnjivim transakcijama, pogotovo onim transakcijama od 30.000,00 KM i više, obavještavaju nadležni organ. Notari imaju dužnost da utvrđuju i kontroliraju identitet sudionika u svakom aktu, kao i da se staraju o zakonitosti, a koja obaveza nosi sa sobom veliku odgovornost.

¹⁶ Statistički podaci u ovom radu preuzeti su iz izlaganja notara Anice Nakić, ranije predsjednice Upravnog odbora Notarske komore Federacije Bosne i Hercegovine, „Deset godina notarijata u Bosni i Hercegovini“, na 15. međunarodnom savjetovanju „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“ od 16. 6. 2017. godine u Neumu.

¹⁷ Vidjeti Zakon o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorističkih aktivnosti („Službeni glasnik BiH“, broj 47/14) i Pravilnik o provođenju Zakona o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorističkih aktivnosti („Službeni glasnik BiH“, broj 41/15).

Poznato je da je do sada pranje novca bilo najprisutnije u oblasti prometa nekretnina, kao i mnoge druge prevare i kriminalne radnje na štetu države i njenih građanki i građana. U borbi protiv pranja novca i kriminala općenito, države sa pravnim sistemima koji pružaju veću transparentnost kroz primjenu notarskog prava, izbjegavaju mogućnost stavljanja na crnu listu međunarodnih organizacija.

Evropska komisija prati ovu oblast te surađuje sa Državnom agencijom za istrage i zaštitu i notarskim komorama u onim oblastima za koje su nadležni notari. Uspješna borba protiv pranja novca i financiranja terorizma jedan je od uslova za članstvo Bosne i Hercegovine u evroatlantskim integracijama. Notarske komore i notari daju značajan doprinos tome. Evropska komisija je veoma zainteresirana za ovu problematiku te je u svojim izvještajima istakla veoma značajan doprinos notara u Bosni i Hercegovini u sprečavanju pranja novca i financiranja terorizma.

Notari kao sudski povjerenici u ostavinskom postupku

Sredinom osme godine svoga postojanja, prvi notari u Federaciji Bosne i Hercegovine postali su dio pravosuđa i na osnovu posebnog zakona. Tako je Zakonom o nasljeđivanju u Federaciji Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, broj 80/14), koji se primjenjuje od 9. 1. 2015. godine, propisano da se ostavinski postupak u prvom stepenu provodi pred općinskim sudom u Federaciji Bosne i Hercegovine, odnosno pred notarom kao povjerenikom suda. Sud će povjeriti notarom provođenje ostavinskog postupka i dostaviti mu spise predmeta ostavinskog postupka bez odgađanja u skladu sa tim zakonom. Kada notar provodi radnje u ostavinskom postupku kao povjerenik suda ovlašten je, kao i sudija općinskog suda, poduzimati sve radnje u tom postupku i donositi sve odluke, osim odluka za koje je ovim zakonom drukčije propisano. Notar povjerene mu radnje u nasljednim stvarima provodi u skladu s odredbama ovog zakona po kojima sud provodi taj postupak. Ako ovim zakonom nije drukčije propisano, za rad notara kao sudskog povjerenika važe propisi kao za sudove.

Imajući u vidu zakonsko rješenje da notar provodi radnje u ostavinskom postupku kao povjerenik suda sa ovlaštenjima sudije općinskog suda, a posebno činjenicu da su notari postali dio pravosuđa, te da notari izvršavaju notarsku službu kao javnu službu, dana 31. 1. 2015. godine predata je pismena inicijativa za izmjenu zakona tako da notar bude član Visokog sudskog i

tužilačkog vijeća Bosne i Hercegovine. Realizacija takve inicijative zavisi od izmjene Zakona o visokom sudskom i tužilačkom vijeću Bosne i Hercegovine.

U stručnoj i široj javnosti u savremenoj Bosni i Hercegovini, a posebno u njenom entitetu Federaciji Bosne i Hercegovine sa deset kantona, pobuđuje veliki interes i veoma pozitivno je prihvaćena činjenica da je Parlament Federacije Bosne i Hercegovine donio Zakon o nasljeđivanju u Federaciji Bosne i Hercegovine.

Donošenje novog zakona višestruko je značajno u izgradnji modernog pravnog sistema u Bosni i Hercegovini i reformi pravosuđa. To je bez sumnje važan događaj u pravnoj historiji Bosne i Hercegovine.

Notarsko pravo regulirano Zakonom o notarima u pravilu je procesno pravo.¹⁸

Služba notara je javna služba koju obavljaju notari, koji su samostalni i nezavisni nosioci te javne službe.¹⁹

Notarska djelatnost je posebno značajna u nasljednom pravu.

Najvažnije je da će notari i u ostavinskom postupku sprečavati buduće sudske sporove, neutralno postupati, sastavljati javne isprave, osiguravati pravnu sigurnost građanima, savjetovati sve strane u postupku, tumačiti im izjavljenu volju i pravne posljedice, jačati povjerenje u državu, omogućiti da izvršne isprave notara imaju snagu sudske presude.

Cilj ostavinskog postupka jeste u tome da se utvrdi ko je umro (odnosno proglašen umrlim zbog nestalosti), šta je ostavio i kome to pripada.

Ostavinski postupak je vanparnični postupak. Ostavinski postupak se u prvom stepenu provodi pred općinskim sudom u Federaciji Bosne i Hercegovine, odnosno pred notarom kao povjerenikom suda. Kad na području suda, odnosno odjeljenja suda imaju svoja službena sjedišta više notara, ostavinski predmeti će im se dodjeljivati u rad ravnomjerno abecednim redom prezime-na notara.²⁰

Protiv rješenja notara u ostavinskom postupku dopušten je prigovor koji se dostavlja notar, a koji ga je dužan bez odgađanja zajedno sa spisom dostaviti nadležnom općinskom sudu.²¹

¹⁸ *Komentar Zakona o notarima u Bosni i Hercegovini*, Meliha Powlakić, Christoph Schallast, Vesna Softić, GTZ, Sarajevo, 2009. str. 92.

¹⁹ Zakon o notarima ("Službene novine Federacije BiH", broj 45/02).

²⁰ Član 261 stav 2 novog zakona

²¹ Član 210 stav 1 novog zakona

Odlučujući o prigovoru protiv rješenja notara,²² sudija pojedinac može u cijelosti ili djelimično rješenje notara održati na snazi ili ga ukinuti.²³

U većini zemalja latinskog oblika notarijata, notar u ostavinskom postupku ima položaj povjerenika suda.²⁴

Notari su počeli da rade u Federaciji Bosne i Hercegovine u maju 2007. godine, u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine u novembru 2007. godine, a u Republici Srpskoj u martu 2008. godine.

Uvođenje Registra testamenata i drugih nasljednopravnih poslova u Federaciji Bosne i Hercegovine od 9. 4. 2016. godine

Pažnju građanki i građana odnosno šire javnosti u Federaciji Bosne i Hercegovine izaziva vrlo pozitivno saopćenje za javnost Notarske komore Federacije Bosne i Hercegovine²⁵, a u kome navedena Komora obavještava javnost da od 9. 4. 2016. godine uspostavlja i vodi Registar testamenata i drugih nasljednopravnih poslova u Federaciji Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: Registar), kao jedinstveni javni upisnik, koji će se voditi ručno, dok se ne steknu tehnički uslovi za elektronsko vođenje Registra.

U vezi s tim, a radi pravničke i šire stručne javnosti, uputno je ukazati na pravni osnov uvođenja Registra. Riječ je o novom javnom registru u našoj zemlji.

²² Antić, Oliver 2005. „Javni beležnik (notar) i ostavinski postupak“, Javnobeležničko pravo, priredio Hiber, D. Pravni fakultet, Beograd, str. 366, navodi da javni beležnik ne može donijeti odluku u ostavinskom postupku kada se pojavi spor „bez obzira da li je questio facti ili questio iuris, on je dužan da spise vrati ostavinskom sudu“.

²³ Kontrec, D. 2008. „Javni bilježnik kao povjerenik suda u ostavinskom postupku“, Zbornik Pravnog fakulteta, Zagreb, broj 3; Okružni sud u Varaždinu u predmetu koji se vodio pod brojem Gž. 905/04 utvrdio je: „Po prigovoru stranke na rješenje notara da je nasljednička izjava data u zabludi općinski sud prvog stepena je nakon sprovedenog postupka odbio prigovor i rješenje od strane notara u cijelosti održao na snazi. Žalbu nasljednice na rješenje općinskog suda drugostupanjski sud je odbio i potvrdio rješenje prvostupanjskog suda. U stanovištu drugostupanjskog suda se navodi „da jednom data nasljednička izjava je neopoziva i da se ista, sukladno odredbama čl. 135. st. 2. ZON-a, može pobijati prema općim pravilima o pobijanju pravnih poslova zbog mana volje u posebnom parničnom postupku, a ne u ostavinskom postupku“.

²⁴ O nadležnosti notara u ostavinskom postupku u uporednom pravu (Republika Hrvatska, Slovenija, Crna Gora, Makedonija, Mađarska, SR Njemačka, Srbija, Austrija, Ruska Federacija) vidjeti detaljnije u knjizi autorice dr sc. Kate Senjak, *Notarijat u uporednom pravu i pravu Bosne i Hercegovine*, JP NIO, Službeni list BiH, Sarajevo, 2014. str. 126–134.

²⁵ Objavljeno u dnevnom novinama Dnevni avaz, Sarajevo, dana 1. 4. 2016. godine.

Naime, od 9. 1. 2015. godine u Federaciji Bosne i Hercegovine primjenjuje se Zakon o nasljeđivanju u Federaciji Bosne i Hercegovine²⁶, koji propisuje Registar.

U Registru se evidentira činjenica da je sastavljen, pohranjen, opozvan, te proglašen neki testament.

Testament je strogo lični akt koji može sastaviti svaka osoba sposobna za rasuđivanje koja je navršila 15 godina života, a zakonski oblici testamenta su:

1. svojeručni testament,
2. pismeni testament pred svjedocima,
3. sudski testament,
4. sudski testament ako zavještatelj nije u stanju da ga pročita,
5. notarski testament,
6. testament sačinjen pred konzularnim ili diplomatskim predstavnikom u inozemstvu,
7. testament sačinjen na bosanskohercegovačkom brodu i u avionu,
8. testament sačinjen za vrijeme mobilizacije ili rata,
9. usmeni testament, i
10. međunarodni testament.

Vođenje Registra je u isključivoj nadležnosti Notarske komore Federacije Bosne i Hercegovine, koja ima javna ovlaštenja za vođenje Registra.

U Registar su podatke dužni dostaviti:

1. nadležni sudovi,
2. notari,
3. diplomatsko-konzularna predstavništva Bosne i Hercegovine.

Druge osobe koje su sačinile testament mogu dostaviti podatke u Registar.

Registar je javni upisnik iz kojeg se podaci prije smrti ostavitelja ne mogu nikome staviti na raspolaganje, osim ostavitelju ili osobi koju je on za to posebno ovlastio na osnovu notarski ovjerene punomoći.

Pored testamenta, u Registar se evidentira i činjenica da je sklopljen, pohranjen, te opozvan/raskinut ugovor o nasljeđivanju, koji mogu zaključiti bračni ili vanbračni partneri ili budući bračni partneri.

²⁶ Vidjeti Zakon o nasljeđivanju u Federaciji Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, broj 80/14).

Osim toga, u Registar se evidentiraju i navedene činjenice za ugovor o odricanju od nasljeđa koje nije otvoreno.

Prema tome, u Registar se evidentiraju samo navedene činjenice vezane za testamente i navedena dva imenovana ugovora iz nasljednog prava.

Iz toga dalje slijedi da se u Registar ne evidentiraju činjenice koje se odnose na ugovor o doživotnom izdržavanju i na ugovor o ustupanju i raspodjeli imovine za života.

Treba ukazati na to da je zakonodavac propisao da činjenica da testament, ugovor o nasljeđivanju i ugovor o odricanju od nasljeđa koje nije otvoreno, nisu evidentirani u Registru, niti bilo gdje posebno pohranjeni, ne šteti njihovoj valjanosti.

U članu 15 Pravilnika o načinu vođenja Registra testamenata i drugih nasljednopravnih poslova u Federaciji Bosne i Hercegovine²⁷, koji je donio federalni ministar pravde, propisano je da se sva pismena koja se odnose na evidenciju Registra upućuju Notarskoj komori Federacije Bosne i Hercegovine elektronskim putem od strane notara, sudova i Ministarstva vanjskih poslova Bosne i Hercegovine. Ostale osobe koje su zakonom ovlaštene da mogu podnositi zahtjeve za evidentiranje činjenica o testamentima koji nemaju status javne isprave podnose se neposredno na posebno propisanom obrascu u sjedištu navedene Komore (lično ili putem punomoćnika) ili dostavljaju putem preporučene pošiljke na kojoj je zahtjev sa činjenicama koje se unose u Registar propisno ovjeren.

Bitno je napomenuti da je federalni ministar pravde donio i Uputstvo o primjeni Pravilnika o načinu vođenja registra testamenata i drugih nasljednopravnih poslova u Federaciji Bosne i Hercegovine²⁸.

Na kraju ovog osvrta, treba posebno istaći da uspostava i vođenje Registra kao jedinstvenog javnog upisnika nesumnjivo doprinosi daljem razvoju i jačanju pravnog sistema u Bosni i Hercegovini.

²⁷ Vidjeti Pravilnik o načinu vođenja Registra testamenata i drugih nasljednopravnih poslova u Federaciji Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, broj 23/15).

²⁸ Vidjeti Uputstvo o primjeni Pravilnika o načinu vođenja registra testamenata i drugih nasljednopravnih poslova u Federaciji Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, broj 18/16).

Izvještaj o održanoj Međunarodnoj konferenciji o latinskom notarijatu „Pravna sigurnost – uslov i cilj EU integracija Bosne i Hercegovine“

U Sarajevu je 17. novembra/studenog 2016. godine održana Međunarodna konferencija o latinskom notarijatu pod nazivom: „Pravna sigurnost – uslov i cilj EU integracija Bosne i Hercegovine“.

Konferenciju su organizirale Notarska komora Federacije Bosne i Hercegovine i Notarska komora Republike Srpske putem Komisije entitetskih notarskih komora Bosne i Hercegovine uz partnersku ulogu Njemačkog društva za međunarodnu saradnju (GIZ).

U prvom dijelu, učesnicima ove međunarodne konferencije obratili su se, pored ostalih, predstavnici zakonodavne, izvršne i sudske vlasti u Bosni i Hercegovini. Tako su predsjedavajući Doma naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine Safet Softić, potpredsjednica Visokog sudskog i tužilačkog vijeća Bosne i Hercegovine Ružica Jukić, predsjednik Federacije Bosne i Hercegovine Marinko Čavara, zamjenik ministra u Ministarstvu pravde Bosne i Hercegovine Nezir Pirić, savjetnik ministra u Ministarstvu pravde Nikola Kovačević i sekretar Federalnog ministarstva pravde Ajša Softić u pozdravnim riječima dali podršku očuvanju i razvoju latinskog notarijata u Bosni i Hercegovini.

Na konferenciji je pročitao tekst pisanog obraćanja dopredsjedavajuće Zastupničkog doma Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine Borjane Krišto, koja je, u svojstvu ministrice pravde u Vladi Federacije Bosne i Hercegovine, dala zapažen doprinos u tome da od 4. 5. 2007. godine počnu raditi prvi notari u savremenoj Bosni i Hercegovini.

Tako je predsjednik Federacije Bosne i Hercegovine Marinko Čavara ukazao da će učesnici Međunarodne konferencije o latinskom notarijatu „Pravna sigurnost – uvjet i cilj EU integracija BiH“ razmjenom mišljenja doprinijeti daljem razvoju notarijata. „Značajan doprinos pravnoj sigurnosti ima notarska služba. Jasno uređen pravni sustav i nepristrasne institucije su san istinskih domoljuba naše države“, rekao je Čavara, navodeći da su notari svojim profesionalnim radom uticali na rasterećenje sudova i drugih radnji. Naglasio je da je „pravna sigurnost uvjet i cilj evropskih integracija“.

Skupu se obratio i zamjenik ambasadora SR Njemačke u Bosni i Hercegovini Christian Sedat, koji je istakao saradnju SR Njemačke i Bosne i Hercegovine u vezi sa uvođenjem i razvojem latinskog notarijata u Bosni i Hercegovini.

Organizatori i učesnici ove konferencije posebno ističu značaj učešća José Marqueño de Llano, izabranog predsjednika Međunarodne unije latinskog notarijata (UINL) u mandatu 2017–2019. godine i Paolo Pasqualis, predsjednika Vijeća Notarijata Evropske unije (CNUE) na ovoj međunarodnoj konferenciji.

Paolo Pasqualis je, pored prigodnog obraćanja, u prvom dijelu ove konferencije podnio i referat pod naslovom: *Koliki značaj EU daje notarskoj službi*.

U toku međunarodne konferencije izložene su veoma aktuelne i važne teme iz evropskog i notarskog prava, obrađene od stranih i domaćih pravnih eksperata, a održane su dvije sesije.

Tako su u prvoj sesiji izloženi referati, i to:

- *Notarska služba u Bosni i Hercegovini*; predsjednici entitetskih notarskih komora BiH, Adem Jakupović i Jela Đurić,
- *Ustavnopravni aspekt notarijata i ovlaštenja data notarima spram drugih pravničkih profesija*; prof. dr. Wolfgang Löwer, Univerzitet u Bonnu, sudac, Ustavni sud Savezne pokrajine Sjeverna Rajna – Vestfalija,
- *Ekonomski aspekti notarskih djelatnosti u zemljišnoknjižnom pravu*, dr. Jens Bormann, predsjednik Notarske komore SR Njemačke,
- *Notarijat i EU*; Rankica Benc, javni bilježnik iz Hrvatske.
- U drugoj sesiji izloženi su sljedeći referati:
- *Što je notarijat i kakva je uloga notara u sadašnjem trenutku i na putu Bosne i Hercegovine ka evropskim integracijama*, dr. Hanns-Jakob Pützer, dopredsjednik, Komisija za međunarodnu suradnju notara Međunarodne unije latinskog notarijata (CCNI – UINL),
- *Notarijat i sloboda vršenja usluga u praksi Suda Evropske unije*, prof. dr. Meliha Povlakić, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu,
- *Efekte djelovanja notarske službe na rasterećenje sudova*, Janja Jovanović, predsjednica, Općinski sud u Sarajevu,
- *Elektronske zemljišne knjige u odnosu na cyberDOC kompaniju – Siguran dugoročni arhiv za notare – Iskustva iz Austrije*, dr. Ludwig Bittner, predsjednik, Austrijska notarska komora.

Obrađene teme na ovoj međunarodnoj konferenciji od velikog su značaja za dalji razvoj latinskog notarijata u Bosni i Hercegovini i šire, kao i za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Za Bosnu i Hercegovinu posebno je značajno usklađivanje zakonodavstva, propisa i procedura sa pravnom stečevinom Evropske unije. To predstavlja najsloženiji i najdugotrajniji dio cjelokupnog procesa evropskih integracija. Iskustva država članica EU pokazuju da poseban izazov predstavlja zaključenje Poglavlja 23 za pristup Evropskoj uniji. Pregovaračko Poglavlje 23 tretira oblast pravosuđa i temeljnih prava te pravde, slobode i sigurnosti, s obzirom na to da buduće države članice moraju biti spremne da postanu dio zajedničkog sistema Evropske unije. To je prije svega neophodno radi ostvarivanja unutrašnje sigurnosti u EU, ali je značajno i za građanke i građane država koje pristupaju.

Održavanje ove međunarodne konferencije je, bez sumnje, važan događaj u pravnoj historiji Bosne i Hercegovine. Riječ je o velikom stručnom skupu o pravnoj sigurnosti u vezi sa razvojem latinskog notarijata. Njeno održavanje je i veliko priznanje za notarsku službu Bosne i Hercegovine, koja je postala dio evropske notarske mreže. Na ovaj način se krči put Bosni i Hercegovini za prijem u Evropsku uniju.²⁹

Prikaz monografije *Notarijat u Bosni i Hercegovini Federaciji BiH 10 godina*

Na svečanoj akademiji održanoj 12. 5. 2017. godine u sarajevskoj Vijećnici povodom decenije notarske službe u Federaciji Bosne i Hercegovine – Bosni i Hercegovini, promovirana je monografija pod naslovom *Notarijat u Bosni i Hercegovini Federaciji BiH 10 godina*.

Izdavač monografije je Notarska komora Federacije Bosne i Hercegovine. Monografija ima 238 stranica, a podijeljena je u četiri cjeline. Prvi dio je uvodni dio. Drugi dio nosi naslov „Historijski razvoj notarijata“. Treći dio je pod naslovom „Notarska služba u Federaciji BiH“. Četvrti dio se odnosi na hronološki pregled uspostave i razvoja notarske službe u Federaciji Bosne i Hercegovine – Bosni i Hercegovini.

U prvom dijelu sadržan je predgovor, koji su napisali predsjednik Notarske komore Federacije Bosne i Hercegovine Adem Jakupović i predsjednica Upravnog odbora Anica Nakić. Rad pod naslovom „Dekada notarijata u Bosni i Hercegovini 2007–2017“ napisala je zamjenica predsjedatelja Zas-

²⁹ Mutapčić, Đ., Izvještaj o održanoj Međunarodnoj konferenciji o latinskom notarijatu „Pravna sigurnost – uslov i cilj EU integracija Bosne i Hercegovine“, *Pravna misao*, časopis za pravnu teoriju i praksu, Sarajevo, broj 11-12, 2016.

tupničkog doma Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine Borjana Krišto, koja je obavljala dužnost ministrice pravde u Vladi Federacije Bosne i Hercegovine u vrijeme uvođenja notarske službe u Federaciji Bosne i Hercegovine. U ovom dijelu objavljeno je i pismo predsjednika Međunarodne unije notara, gospodina José Marqueño de Llano. Treba istaći da su tekstovi navedenih obraćanja u monografiji objavljeni i na engleskom jeziku.

Drugi dio monografije sadrži rad pod naslovom „Historijski razvoj notarijata“, koji su napisali Enes Bikić, dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici i notar Đemaludin Mutapčić.

U trećem dijelu monografije objavljen je rad pod naslovom „Notarska služba u Federaciji BiH“ autorice Melihe Powlakić, prodekanese za međunarodnu saradnju Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, a upravo je Meliha Powlakić dala i daje veliki doprinos uvođenju i razvoju notarske službe u savremenoj Bosni i Hercegovini i šire.

U četvrtom dijelu monografije objavljen je rad pod naslovom „Hronološki pregled uspostave i razvoja notarske službe u Federaciji Bosne i Hercegovine – Bosni i Hercegovini, koji su napisali notar Sefedin Suljević, notar Nerminka Hamidović i rukovoditeljica Stručne službe Notarske komore Federacije Bosne i Hercegovine Hejdi Petrović. Osim toga, u ovom dijelu objavljeni su: popis organa i tijela Notarske komore Federacije Bosne i Hercegovine po sazivima (Arhiv Notarske komore Federacije Bosne i Hercegovine); biografije/životopisi notara s fotografijama; bibliografija radova o notarskoj službi objavljenih u Bosni i Hercegovini i u inozemstvu od strane bosanskohercegovačkih autora; te fotografije iz arhiva Notarske komore Federacije Bosne i Hercegovine.

Štampanje ove monografije omogućila je Notarska komora Federacije Bosne i Hercegovine. To predstavlja još jedan primjer kontinuirane podrške razvoju prava, a posebno notarskog prava, u Bosni i Hercegovini i šire.

Izdavanjem monografije, povodom značajnog jubileja notarske službe, učinjen je veliki pomak na istinskoj promociji notarijata i notarske službe u Bosni i Hercegovini.

Specifičnosti djelovanja prvih notara u savremenoj Bosni i Hercegovini

Notari su od osnivanja notarijata prolazili kroz različita, nerijetko i vrlo teška iskušenja. Nosili su, pojedinačno i zajedno preko svojih notarskih ko-

mora, terete događanja, tragali i, nekad manje a nekad više uspješno, nalazili rješenja za realizaciju svoje zadaće – čuvanje pravne sigurnosti na bosansko-hercegovačkim prostorima. U okviru svoje nadležnosti, notari postaju snažan faktor na putu jačanja vladavine prava u Federaciji Bosne i Hercegovine odnosno u Bosni i Hercegovini.

Uvođenjem notarske službe u pravni sistem, postiže se rasterećenje sudova, pruža brža i efikasnija pravna zaštita, doprinosi se preventivnoj zaštiti, utiče na sprečavanje sporova i ostvarivanje pravne sigurnosti. Iz svega ovog proizlazi da je *ratio legis* notarske službe preuzimanje određenih poslova iz sudske nadležnosti i nadležnosti organa uprave, uz pravo izdavanja javnih isprava koje omogućuju veću pravnu sigurnost u pravnom prometu.

Polazeći od tako postavljenog koncepta notarske službe u Bosni i Hercegovini, notari obavljaju određene poslove koji su zakonom preneseni u njihovu nadležnost, a ti poslovi spadaju u kategoriju javne službe. Poslove iz svoje nadležnosti notari obavljaju profesionalno i isključivo kao zanimanje. Postupaju kao nepristrasni povjerenici stranaka, a to znači da moraju na jednak način štititi interese svih pravnih i fizičkih osoba koje učestvuju u svim notarskim postupcima.

Činjenica je da postoji opravdanost uvođenja notarske službe u Bosni i Hercegovini. Notara imenuje organ vlasti, ali on sam snosi odgovornost za svoj rad. U obavljanju poslova iz svoje nadležnosti, notar je obavezan da ispita interes, pravu volju svih stranaka koje učestvuju u postupku, odnosno u nekom pravnom poslu, pa tek onda da pristupi poduzimanju službenih radnji. Ravnopravno, nepristrasno i neutralno, on mora da zastupa interese svih stranaka, da ukaže strankama na pravne posljedice pravnog posla koje mogu proizaći iz tog posla, kako na pozitivne tako i na negativne. Takav odnos notara i stranaka mora onemogućiti da se neki pravni posao (npr. ugovor o prodaji ili ugovor o osnivanju društva kapitala) sastavi na štetu bilo koje stranke koja je manje upoznata sa pozitivnim pravnim propisima koji se u konkretnom slučaju primjenjuju. Notar, svojim radom i savjetovanjem, mora otvoreno, argumentirano i stručno da upozna stranke sa svim pitanjima koja su od njihovog interesa, i to kada na njihov zahtjev notarski obrađuje ili sastavi i određenu notarsku ispravu o nekom pravnom poslu, koja je predmet postupka.

Očito je da je jubilej deset godina službe notara u Bosni i Hercegovini bio poticaj mnogim autorima da napišu svoje radove o notarijatu, na čemu im se iskreno zahvaljujem. Obilježavajući ovaj jubilej, mogu se, primjera radi, izdvojiti knjige o notarijatu, koje su objavljene u 2014. godini, a među kojima su, i to:

1. Knjiga *Notarsko pravo*, autori Enes Bikić, Sefedin Suljević, Meliha Powlakić i Marinko Plavšić, izdavači Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenschafft (GIZ) GmbH, Otvoreni regionalni fond za jugoistočnu Evropu – Pravna reforma i TDP,
2. Knjiga *Notarijat u uporednom pravu i pravu Bosne i Hercegovine*, autorice dr Kate Senjak iz Sarajeva, u izdanju JP NIO Službeni list BiH Sarajevo,
3. Knjiga *Notar, nekretnine i privredna društva*, autora dr Predraga Baroša iz Banje Luke, u izdanju „Privredna štampa“ d.o.o. Sarajevo,
4. Knjiga *Odgovornost i osiguranje notara za štetu pričinjenu klijentu u obavljanju djelatnosti*, autora dr Muharema Selimovića iz Brčkog, u izdanju Vlade Brčko distrikta Bosne i Hercegovine.

Navedene i druge knjige i druga autorska djela koja su se pojavila za vrijeme decencije službe notara u Bosni i Hercegovini govore o značaju notarskog prava sada i u budućnosti.

Služba notara su riječi koje su, kao višestoljetno stablo, ukorijenjene duboko među građanke i građane, s visokim i širokim granama i uvijek iznova donosi plodove koje vrijedi ubirati.

Po svim procjenama, služba notara je osnovano i opravdano uvedena u Bosni i Hercegovini. U cjelini, notari su opravdali ukazano povjerenje. Imamo razloga da budemo zadovoljni, ali i razloga da idemo dalje, s obzirom na to da sve mogućnosti nisu iskorišćene. Pred nama je period daljeg razvoja i jačanja službe notara na principima latinskog tipa notarijata. Uvjereni smo da će notari u budućnosti izvršavati notarsku službu na zadovoljstvo građanki i građana, pravnih osoba i svih institucija u pravnim sistemima u savremenoj Bosni i Hercegovini.

Kao što trajanje života čovjeka ne određuje njegovu veličinu, već njegovo djelo, tako ni određeno vremensko razdoblje neke ustanove ne mora biti i mjerilo uspješnosti rada. Ipak, protekla decenija notarijata u Bosni i Hercegovini predstavlja vremensko razdoblje koje je sasvim dovoljno za meritornu ocjenu onoga što je do sada učinjeno i jesu li ispunjena očekivanja s kojima se takvom djelovanju pristupilo.

Sve razvijeniji i složeniji odnosi u Bosni i Hercegovini i njenom okruženju, kao i paralelne težnje za zaštitom ljudskih prava i osnovnih sloboda, nameću potrebu funkcioniranja i notarske službe, da bi sve građanke i građani i pravne osobe mogli s uspjehom ostvarivati svoja prava, slobode i dužnosti.

Iskustva u funkcioniranju latinskog notarijata od početka njegovog uvođenja i sada sa pogledom unaprijed pokazuju značajan doprinos službe notara

u reformi prava u Bosni i Hercegovini. Latinski notarijat u savremenoj Bosni i Hercegovini, može se slobodno reći, u proteklom razdoblju dao je doprinos izgradnji novog pravnog sistema na bosanskohercegovačkim prostorima.

Protekli period obavljanja notarske službe pokazao je i da bosanskohercegovački notari imaju značajnu ulogu, položaj i mjesto u pravosudnom sistemu Bosne i Hercegovine. To je u značajnoj mjeri prepoznalo i Visoko sudsko i tužiteljsko vijeće Bosne i Hercegovine, posebno na planu rasterećenja sudova. Suština notarijata je rad u izbjegavanju sporova. Akcenat je ipak na notarskoj službi kao javnoj službi. Osnovna uloga notarijata je ekonomski razvoj s jedne i sprečavanje sudskih sporova sa druge strane.

Rezultati službe notara u proteklih deset godina djelovanja prvih notara u suvremenoj Bosni i Hercegovini pokazali su da treba sačuvati i u budućnosti unaprijediti dostignuti stupanj razvitka notarske službe na načelima latinskog tipa notarijata. Notarska služba ne može biti svedena samo na ovjere potpisa i prijepisa („Notar ne može biti reduciran samo na onoga ko zamahuje pečatom“), već u isključivoj nadležnosti mora biti sačinjavanje određenih značajnih pravnih poslova, kao što su pravni poslovi koji imaju za predmet nekretnine ili pravni poslovi iz oblasti statusa gospodarskih društava. Služba notara spada u domen preventivnog pravosuđa. Notara je moguće označiti i kao preventivnog sudiju.

Deset godina služba notara u Bosni i Hercegovini živi u zaletu i poletno. Valovita je i bremenita njena staza nastajanja, rasta i izrastanja. S pravom se danas ipak može reći da je u svom hodu služba notara u Bosni i Hercegovini na načelima latinskog tipa notarijata dosegla nivo ozbiljne, respektabilne pravne institucije u Bosni i Hercegovini, ali i izvan njenih granica. Naravno, ponekad nam se činilo, pa i danas često čini, da je stanje i budućnost bez velikog izgleda. Društvene depresije, teškoće demokratsko-evropskih promjena i drugo imaju svog odraza i na stanje u notarskoj službi. Međutim, nije to sve ono što nas čini nemirnim. Svaka organizacija, pa i notarska služba unutar sebe, kao specifična društvena institucija sazidana na zajedničkom radu ljudi okrenutih prema izuzetno suptilnom poslu izgradnje temeljne pravne profesije stvaranja i primjene društvene regulacije, prolazi i prolazila je svoj trnoviti put. Notari u Bosni i Hercegovini su se spleli u jedno dajući svoj prilog službi notara na načelima latinskog tipa notarijata, njegovoj snazi, bujnosti, ali i čvrstini. Izdržljivost i vitalnost ovog našeg broda – službe notara u Bosni i Hercegovini, neka i dalje prati sreća na ponekad mirnom, ali češće valovitom moru naše stvarnosti.

Međutim, protekli period primjene notarskog prava i notarska praksa u Bosni i Hercegovini, kao i, manje-više, u državama nastalim iz bivše SFRJ, upućuje na činjenicu da se u praksi duboko uvriježilo jedno štetno i nekorisno pravilo, koje glasi: „Vidimo se na sudu“ (iako su stare sudije često govorile: „Bolje mršava nagodba, nego debela parnica!“). Uprkos pozitivnim rezultatima i efektima koje je pokazao latinski notarijat u našoj zemlji u dosadašnjem periodu, treba ukazati na to da se vansudske nagodbe u formi notarski obrađene isprave broje tek desetinama, a pravosudni sistem, osim u pojedinačnim slučajevima, još uvijek ne osjeti efekte u rješavanju problema opterećenosti sudova.

Izvršna notarska isprava ima pravnu snagu izvršne isprave podobne za izvršenje. Ona je ravnopravna sa ostalim izvršnim ispravama u sistemu izvršnih isprava (izvršna odluka sudova i izvršno sudsko poravnanje; izvršno rješenje i izvršno poravnanje u upravnom postupku, ako glasi na ispunjenje novčane obaveze; nagodba u postupku medijacije i druge isprave koje su zakonom određene kao izvršne isprave). U postupku pred notarom nema gubitka. Zakonit interes klijenata je na prvom mjestu. Ne bi se moglo reći da je advokatska profesija patila zbog uvođenja latinskog notarijata u pravosudni sistem Bosne i Hercegovine. Zadovoljstvo stranke predstavlja interes i advokata. Značaj službe notara prepoznali su i pravobranioци, privredna društva, općinske i gradske službe, organi uprave, porezne uprave, organi otkrivanja i prijavljivanja i sudovi.

Bosanskohercegovački notari duguju posebnu zahvalnost resornim ministarstvima – Federalnom ministarstvu pravde i Ministarstvu pravde Republike Srpske odnosno Pravosudnoj komisiji Brčko distrikta Bosne i Hercegovine radi stvaranja pravnog okvira u vidu zakona i podzakonskih propisa koji omogućavaju izvršavanje službe notara na osnovu i u okviru latinskog tipa notarijata u savremenoj Bosni i Hercegovini.

Notari iz Bosne i Hercegovine, preko svojih notarskih komora – Notarske federacije Bosne i Hercegovine i Notarske komore Republike Srpske, aktivno učestvuju u radu Međunarodne unije notara (UINL). O tome govori i činjenica održavanja Konferencije o notarijatu i sastanak Komisije za evropska pitanja (CAE) pri UINL, koja je održana u Banjoj Luci od 11. do 12. aprila 2014. godine uz suorganizaciju notarskih komora iz Bosne i Hercegovine. Tom prilikom su obrađene značajne teme, kao što su: „Razvoj latinskog tipa notarijata s posebnim osvrtom na notarijat u Bosni i Hercegovini“, „Prenos nadležnosti sa suda na notare u zemljama-članicama Međunarodne unije notara sa posebnim osvrtom na prenos ostavina“, „Prekogranična cirkulaci-

ja isprava koje predstavljaju dodatak originalnoj javnoj ispravi“, „Priprema, evidencija i arhiviranje elektronskih notarskih akata i isprava“, „Dužnost notara da djeluje savjetodavno“, „Sistem nadzora notarske prakse u Evropi“, „Evolucija porodice i njene posljedice na notarsko pravo“. Održavanje ovog skupa u Banjoj Luci je veliko priznanje notarijatima u Bosni i Hercegovini. Ovaj značajan događaj bio je prilika za kvalitetnu promociju i podršku razvoju notarijata, u interesu jačanja pravne sigurnosti posebno na područjima nasljednog prava kod povjeravanja notarima vođenja ostavinskih postupaka, te porodičnog prava, privrednog prava i prometovanja nekretnina u Bosni i Hercegovini.

Punih deset godina funkcioniра latinski notariјat odnosno notarska služba u pravosudnom sistemu savremene Bosne i Hercegovine. Služba notara je od koristi građankama i građanima, obrtnicima i pravnim licima, općinama, gradovima, kantonima, entitetima, Brčko distriktu Bosne i Hercegovine i Bosni i Hercegovini kao državi. Imamo razloga da budemo zadovoljni, ali i razloga da idemo dalje, jer sve mogućnosti nisu iskorištene. U izvršavanju službe notara u savremenoj Bosni i Hercegovini predstoje značajni zadaci u primjeni pozitivnog prava, a što uključuje zakonito i odgovorno djelovanje notara u svakom konkretnom slučaju i daljnje jačanje notarske prakse i notarskog prava u evropskoj Bosni i Hercegovini.

Pri svemu tome bitno je voditi računa o činjenici da je osnovna uloga notarijata u svijetu ekonomski razvoj s jedne strane i sprečavanje sudskih sporova sa druge strane, a što je i uloga latinskog notarijata u evropskoj Bosni i Hercegovini.

Desetogodišnji period primjene notarskog prava u savremenoj Bosni i Hercegovini i veliki broj notarskih isprava u praksi notara daju osnova za zaključak da je uloga latinskog notarijata sve značajnija i da ima široko polje djelovanja u pravosudnom sistemu u savremenoj Bosni i Hercegovini.³⁰

Uvjereni da demokratske institucije vlasti i pravični postupci najbolje uspostavljaju miroljubive odnose u pluralističkom društvu i u želji da unapređuju opće blagostanje i ekonomski razvoj kroz zaštitu vlasništva i unapređenje tržišne ekonomije i privrede, u budućnosti notari treba da nastave svoje pravno i faktičko postojanje i djelovanje na izvršavanju notarske službe na načelima stručnosti i profesionalnosti, a sve s ciljem daljeg razvoja i jačanja ove važne javne službe u pravnom sistemu u Bosni i Hercegovini.

³⁰ Mutapčić, Đ., Zbornik radova 15. međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, br. 15, Mostar, 2017. str. 483–484.

Dana 4. 5. 2017. godine navršilo se deset godina djelovanja notara u Bosni i Hercegovini. To je, nesumnjivo, važan jubilej. Imajući u vidu proteklih deset godina djelovanja notara u Bosni i Hercegovini, uputno je 4. 5. 2007. godine obilježavati kao Dan notara. Taj datum treba unijeti i u Statut Notarske komore Federacije Bosne i Hercegovine.

Zaključak

Može se konstatirati da su poslovi koji su dati u nadležnost notarske službe raznovrsni, složeni, značajni i odgovorni. Poslove iz svoje nadležnosti notar vrši po osnovu povjerenih javnih ovlaštenja. Notarske isprave koje notari izdaju za pravne poslove iz svoje nadležnosti doprinijele su pravnoj sigurnosti u tim pravnim oblastima. Pored toga, notari su u značajnoj mjeri rasteretili sudove i organe uprave, odnosno općinske i gradske službe za upravu, s obzirom na to da je dio poslova iz tih organa, službi i sudova prešao u nadležnost notara.

Treba ukazati da su u proteklih deset godina notari svojom djelatnošću doprinijeli jačanju pravne države i ostvarivanju pravne sigurnosti, a posebno jačanju preventivne pravne zaštite, što predstavlja osnovni temelj i cilj postojanja notarske službe.

Izvori i literatura

- Zakon o notarima (Službene novine Federacije BiH, broj 45/02),
- Zakon o notarima (Službeni glasnik Republike Srpske, br. 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11 i 20/14),
- Zakon o notarima (Službeni glasnik Brčko distrikta, broj 9/03),
- Evropski kodeks prava notarske profesije (preuzeto iz knjige Lepušina Milenko, Senjak Kata, *Zbirka propisa o notarima sa stručnim objašnjenjima*, Magistrat, Sarajevo, 2003),
- Zakon o važnosti javnih isprava u Bosni i Hercegovini (Službeni glasnik BiH, broj 23/04),
- Zakon o nasljeđivanju u Federaciji Bosne i Hercegovine (Službene novine Federacije BiH, broj 80/14),

- Zakon o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorističkih aktivnosti (Službeni glasnik BiH, broj 47/14),
- Pravilnik o provođenju Zakona o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorističkih aktivnosti (Službeni glasnik BiH, broj 41/15),
- Zakon o javnim beležnicima Kraljevine Jugoslavije (Službene novine Kraljevine Jugoslavije, br. 20/30, 22/31, 72/31),
- Šarkić Nebojša, *O javnom beležniku – notaru*, Glosarijum, Beograd, 2004,
- Lepušina Milenko, Senjak Kata, *Zbirka propisa o notarima sa stručnim objašnjenjima*, Magistrat, Sarajevo, 2003,
- Senjak Kata, *Notarijat u uporednom pravu i pravu Bosne i Hercegovine*, JP NIO, Službeni list BiH, Sarajevo, 2014,
- Monografija *Notarijat u Bosni i Hercegovini Federaciji BiH 10 godina*, izdavač Notarska komora Federacije Bosne i Hercegovine, 2017,
- Meliha Povlakić, Christoph Schalast, Vesna Softić, *Komentar Zakona o notarima u Bosni i Hercegovini*, GTZ, Sarajevo, 2009,
- Antić, Oliver 2005. „Javni beležnik (notar) i ostavinski postupak“, *Javnobeležničko pravo*, priredio Hiber, D., Pravni fakultet, Beograd (preuzeto iz knjige Lepušina Milenko, Senjak Kata, *Zbirka propisa o notarima sa stručnim objašnjenjima*, Magistrat, Sarajevo, 2003),
- Mutapčić, Đ., *Zbornik radova 15. međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“*, br. 15, Mostar, 2017. str. 483–484,
- Mutapčić, Đ., *Izveštaj o održanoj Međunarodnoj konferenciji o latinskom notarijatu „Pravna sigurnost – uslov i cilj EU integracija Bosne i Hercegovine“*, *Pravna misao*, časopis za pravnu teoriju i praksu, Sarajevo, broj 11-12, 2016,
- Mutapčić, Đ., „Osam godina službe notara u Bosni i Hercegovini“, *Pravna misao*, časopis za pravnu teoriju i praksu, Sarajevo, broj 5-6, 2015,
- Mutapčić, Đ., „Datum početka rada prvih notara u savremenoj Bosni i Hercegovini“, *Pravna misao*, časopis za pravnu teoriju i praksu, broj 5-6, Sarajevo, 2011,
- Mutapčić, Đ., „Notari iz Bosne i Hercegovine u Međunarodnoj uniji notara“, *Pravna misao*, časopis za pravnu teoriju i praksu, broj 3-4, Sarajevo, 2011,
- Mutapčić, Đ., *Implementacija Zakona o notarima u vezi s Zakonom o ovjeravanju potpisa, rukopisa i prepisa*, *Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“*, br. 5, Mostar, 2007,

Nova pravna revija broj 1-2/2010 „O uvođenju latinskog Notarijata u tranzicijskim zemljama Istočne i Jugoistočne Evrope“,

Bh. nezavisni dnevnik Oslobođenje Sarajevo, godina LXVIII, broj 23.064, četvrtak, 10. 3. 2011. godine i

Bh. dnevne novine “Dnevni avaz” Sarajevo, 1. 4. 2016. godine.

Đemaludin Mutapčić, LL.M.

Public notary, Sarajevo

A DECADE OF PUBLIC NOTARY SERVICE IN MODERN-DAY BOSNIA AND HERZEGOVINA 2007-2017

Summary

One can conclude that affaires put under a notary jurisdiction are diverse, complicated, important and full of responsibility. Notary performs jobs under his/her jurisdiction on the basis of public authorities bestowed upon him/her. Notary documents which notaries are authorised to issue for legal affaires, have contributed to the legal security in the legal fileds. Moreover, notaries have considerably unloaded the burden of the courts and administrative bodies, i.e. municipal and city administration authority, since a part of work from these autorities, services and courts has been put under notary jurisdiction.

One should point out that in the last ten years, notaries, with their activity, have contributed to the strenghtening of the rule of law and achievement of legal security, especially the strenghtening of the preventive legal protection which represents a basis and the purpose of the notary.

Key words: *notary, Notary office, Notary judiciary, authority, Notary chamber, International Union of Notaries, European Code of Notarial Professional Ethics, Legal security, Public document, Public service, a trustee for estate proceedings, Will Registry.*

ПРИВРЕДНОПРАВНА ОБЛАСТ

О ПРАВНОЈ ПРИРОДИ УГОВОРА О ОСНИВАЊУ И СТАТУТА ОТВОРЕНОГ АКЦИОНАРСКОГ ДРУШТВА

Проф. др Марко Рајчевић*

Апстракт: У раду се разматра правна природа уговора о оснивању и статута отвореног акционарског друштва полазећи од рјешења важећег Закона о привредним друштвима Републике Српске, по коме је, за оснивање друштва, оснивачки уговор једини акт који се од стране оснивача мора донијети како би друштво настало. Уговор о оснивању има дуалну правну природу конституционалног и организационог акта трајног дјеловања. По својим обиљежјима, те мјесту и улози датог Законом, има и карактеристике општег акта. Статут отвореног акционарског друштва није више обавезан организациони акт, мора бити у складу са оснивачким уговором, што доводи у питање ранији став правне теорије и праксе да се ради о општем правном акту.

Кључне ријечи: уговор о оснивању, статут акционарско друштво, правна природа

Уводне напомене

Отворено акционарско друштво је типично друштво капитала и оснива се у законом прописаној процедури на темељу аката који су законом одређени као неопходни да би друштво постало субјект права – правно лице. У упоредном праву разликују се три рјешења у погледу тога који се акти сматрају оснивачким актима друштва. По једном рјешењу, које је, може се рећи, типично за англосаксонски правни круг, потребна су два акта: посебан уговор о оснивању (*memorandum of association*) и акт

* Редовни професор Правног факултета у Бањој Луци и судија Уставног суда Републике Српске.

који има карактер статута (*articles of association*). По другом рјешењу, потребан је само уговор о оснивању који је трајног карактера и који се као такав региструје, док по трећем рјешењу оснивачки уговор није потребан, већ његову улогу има статут потписан од стране оснивача, који се региструје, чиме се добија признање правног поретка да је друштво настало, тј. основано. У Републици Српској је Закон о предузећима из 1998. године прихватио рјешење по коме је за оснивање акционарског друштва било неопходно закључивање оснивачког уговора али је уз то требало донијети и статут, из чега проистиче да су та два акта имала конститутиван карактер јер без њих друштво није могло бити уписано у судски регистар. Важећи Закон о привредним друштвима¹ (даље и: ЗПД) обавезује осниваче да морају потписати нотарски обрађен уговор о оснивању који се, након испуњења њиме преузетих обавеза, региструје. Статут је акт који више није обавезан, јер његову садржину и функцију у потпуности може преузети уговор о оснивању.² Тиме је Република Српска, умјесто два обавезна оснивачка и организациона акта, прешла на систем једног обавезног оснивачког акта – уговора о оснивању.

У овом раду бавићемо се питањем правне природе и односа уговора о оснивању и статута отвореног акционарског друштва, полазећи од важећих прописа Републике Српске који се овим питањем не баве, што је разумљиво, јер то није задатак законодавца већ правних теоретичара и оних који те прописе тумаче и примјењују у свакодневној пракси. У вези са правном природом ових аката постоје дилеме у погледу њихове улоге везане за оснивање и организациону структуру отвореног акционарског друштва. Дилеме се свде на питања: ко те акте доноси и у којој форми, каква је њихова садржина, како се и у односу на кога примјењују, како се мијењају и тумаче, да ли се ради о општим или појединачним актима, те да ли је могућа њихова контрола са аспекта заштите уставности и законитости?

1. Појам и однос уговора о оснивању и статута отвореног акционарског друштва

Уговор о оснивању и статут могу али и не морају имати исту улогу, што ће зависити од рјешења које се у конкретном националном законо-

¹ “Службени гласник Републике Српске”, бр. 127/08, 50/09, 100/11 и 67/13.

² Чл. 7 ст. 5 ЗПД.

давству прихвата. Тако, и један и други акт могу бити оснивачки (конституционални) акти. Уговор о оснивању увијек има такву улогу, а статут је конститутивни акт у њемачком и правима која су преузела таква рјешења (између осталих и хрватско и словеначко).

Уговор о оснивању појмовно се дефинише као оснивачки акт којим два или више лица оснивају привредно друштво и који представља једну врсту уговора о трговачком ортаклуку, а „настаје сагласношћу воља два или више лица који заједнички улажу своја средства ради обављања послова са циљем стицања добити.“³ Примарна функција уговора о оснивању је да је то у првом реду конститутивни, а затим и организациони акт. Њиме оснивачи оснивају друштво, али му истовремено уређују унутрашње устројство и то по правилу на трајан начин, без временског ограничења.⁴ Оснивачки уговор је акт којим се одређује циљ и организација друштва, те учешће и положај оснивача као и оних акционара који му накнадно приступе. Њиме се у суштини уређују три основне групе правних односа. У првом реду овим актом оснивачи уређују своје међусобне односе у вези са оснивањем, затим уређују организацију друштва, те, на крају, обим права и обавеза као садржај акционарског чланског односа.

Оснивачким уговором физичка и/или правна лица у својству оснивача изражавају вољу за оснивање друштва како би остварили заједнички циљ који се своди на остваривање добити обављањем регистрованих дјелатности,⁵ односно постизање било какве економске користи.⁶

У правима у којима статут није оснивачки акт, као што је право Републике Српске, његова улога своди се на прецизније регулисање оних питања који се уговором о оснивању начелно уређују, па отуда, на примјер, Закон о привредним друштвима каже да се статутом „ближе уређује пословање и управљање друштвом.“⁷ Ипак, у нашем праву, без обзира на то што је статут факултативан акт, акционари му могу својом вољом дати одређени значај и важност за укупне односе у друштву, посебно оне које се тичу организације друштва, рада његових органа или остваривања права и обавеза акционара у друштву. Ова могућност

³ И. Јанковец, *Привредно право*, Београд, 2001, стр. 44–45.

⁴ Друштво се може основати и на одређено вријеме, било зато што то желе оснивачи или зато што то одређује закон, као што је случај са концесионим друштвом које траје до истека рока концесије.

⁵ Чл. 2 ст. 1.

⁶ Д. Марковић Бајаловић, *Право привредних друштава*, Источно Сарајево 2011, стр. 31.

⁷ Чл. 181 ст. 1.

посљедица је чињенице да се у више чланова Законом о привредним друштвима одређује да се неко питање може уредити не само оснивачким актом већ и статутом друштва.⁸ Статуту је намијењена улога регулисања унутрашњих односа у друштву. Зато он није битан за односе са трећим лицима, те се стога и не депонује у регистар.⁹

Хијерархијски посматрано, оснивачки акт је изнад статута, јер „у случају неусклађености оснивачког акта и статута акционарског друштва, примјењује се оснивачки акт друштва“.¹⁰ Такав став законодавца правда се тиме што статут мора слиједити вољу оснивача изражену оснивачким уговором. Осим тога, то је посљедица одредбе о надлежности органа за доношење статута. Статут доноси управни одбор друштва, осим ако је оснивачким актом надлежност за доношење повјерена скупштини акционара.¹¹ С друге стране, само скупштина, и то квалификованом већином, може мијењати оснивачки акт.

2. Правна природа оснивачког уговора и статута отвореног акционарског друштва

Правна природа сваког правног акта одређена је у првом реду његовом садржином и формом, с тим да садржина односа који су предмет уређивања опредјељује форму акта којим се ти односи уређују.¹²

Из самог назива видљиво је да је уговор о оснивању отвореног акционарског друштва уговор као и сваки други уговор облигационог права, сагласна изјава воља саговорача – оснивача. Ипак, специфичан је по предмету свог регулисања и по форми у којој мора бити сачињен. Његова уговорна природа у правној теорији није спорна. То се види по томе што за његово закључење морају бити испуњени сви услови који се траже за било који уговор (способност уговорних страна, форма, предмет, сагласност воља, кауза). Међутим, предмет овог уговора, за разлику од уобичајених уговора облигационог права који су усмјерени на размјену

⁸ Тако је, на примјер, у члану 300 ст. 6 одређено да се оснивачким актом или статутом може одредити кумулативно гласање за избор чланова управног одбора, а у члану 320 да се оснивачким актом или статутом може регулисати постојање органа ревизије.

⁹ М. Васиљевић, *Водич кроз Закон о привредним друштвима*, Београд, 2004, стр. 39.

¹⁰ Чл. 182 ЗПД.

¹¹ Чл. 185 ст. 5 ЗПД.

¹² Б. Ненадић, *Објављивање и ступање на снагу општих аката привредних друштава и принцип правне сигурности*, Право и привреда, Београд, бр. 5-8/2006, стр. 82.

и узајамност чинидби (јер се ради о двостраним узајамно обавезујућим уговорима), јесте оснивање привредног друштва, што значи да је воља оснивача, саговорника, усмјерена у истом правцу. Воље оснивача стоје паралелно и у својој цјелокупности представљају заједнички акт.¹³ Дакле, код облигационих двострано обавезних уговора циљ њиховог закључења огледа се у противчинидби друге стране, а код уговора о оснивању уговорне стране ступају у уговорни однос да би оствариле заједнички циљ, сви заједно се обавезујући да испуне одређене чинидбе (унесу улог и изврше друге оснивачке обавезе) како би друштво било основано. Неизвршење уговорне обавезе од стране било ког оснивача нема, за разлику од двострано обавезних облигационих уговора, као посљедицу право других саоснивача да одбију извршење својих обавеза или да траже раскид уговора због неизвршења, већ примјену санкције предвиђене законом или уговором (између осталог, искључење акционара из друштва кад ово буде основано). Када би саоснивачи имали право да одбију извршење својих обавеза или право да раскину уговор, друштво не би ни настало.

У погледу форме, уговор о оснивању отвореног акционарског друштва је строго формалан акт јер се уз потпис оснивача захтијева и нотарска обрада као једна врста свечане форме. Та форма је услов пуноважности уговора (*forma ad solemnitatem*).

У вези са садржином оснивачког акта у правној теорији се указује да оснивачки акт акционарског друштва има различите врсте норми. Разликују се материјалне (корпоративне) од формалних (некорпоративних) норми.¹⁴ У групу материјалних спадају оне норме које се тичу односа друштва и његових оснивача, али и акционара који касније приступе друштву. Посебну групу материјалних норми представљају неопходне материјалне норме оснивачког акта утврђене законом (нпр. фирма, дјелатност, сједиште, основни капитал). У формалне норме спадају оне норме којима се, на примјер, регулишу посебне погодности оснивача и право на накнаду трошкова оснивања, којима се установљавају права која имају дејство према друштву само ако су дио оснивачког акта.

Из претходно наведеног се може закључити да уговор о оснивању отвореног акционарског друштва у погледу садржине није само приватноправни посао закључен од стране оснивача, већ да он као такав има конститутивно-организациона дејства. Наиме, оснивачи оснивају

¹³ Н. Würdinger, *Aktien und Konzern Recht*, Karlsruhe, 1973, стр. 90.

¹⁴ З. Арсић, *Оснивачки акт акционарског друштва*, Право и привреда, бр. 1-4/2009, стр. 92–93.

(стварају) друштво, а уједно уређују односе у друштву, прије свега његово устројство (организацију) и то по правилу на трајан начин, без временског ограничења, тако да се правила утврђена уговором, мада уговорног карактера, надаље примјењују као опште норме приватно-правног карактера.¹⁵

С обзиром на рјешење које прихвата Закон о привредним друштвима, а по којем је обавезан само уговор о оснивању, може се рећи да у фази оснивања превалентан значај има онај садржај уговора који има искључиво уговорни карактер, којим се утврђују међусобна права и обавезе оснивача поводом оснивања, а да након регистрације, и што више времена протекне од оснивања,¹⁶ то уговор све више дјелује, или искључиво дјелује, као нормативни акт организационог карактера, чиме се он осамостаљује у односу на осниваче, односно постаје извор права у објективном смислу за односе унутар друштва и према трећим лицима.¹⁷ Могло би се тврдити, када је ријеч о уговору о оснивању отвореног акционарског друштва у праву Републике Српске, да је овај акт у тренутку настанка уговор, а по структури и каснијем дејству и примјени трајни нормативни акт.¹⁸ С тим у вези треба напоменути да се као критеријум за разграничење правног посла од правног (нормативног) акта јавља и начин примјене. Наиме, правни посао се примјењује на одређена лица, па би то важило и за уговор о оснивању до момента регистрације (кад су у питању оснивачи акционари). Од момента регистрације уговор о оснивању дјелује не само према акционарима него и према трећим лицима, с тим што се оснивачки уговор у свом дејству објективног права разликује од објективног права утврђеног државним актом. Наиме, док објективно право утврђено државним актом има непосредну општу примјену, код оснивачког акта као корпоративног објективног права за примјену је потребан посебан акт подвргавања његовим општим правилима, који по себи представља правни посао усмјерен на стицање статуса акционара, било оригинарно, учешћем у поступку повећања капитала или деривативно, стицањем акција од другог акционара.¹⁹

¹⁵ С. Шогоров, *Природа уговора о привредном друштву*, Ново привредно законодавство, Крагујевац, 2005, стр. 60.

¹⁶ Уговором се може одредити да се дио улога уноси у одређеном времену након оснивања, а то је обавеза оног или оних оснивача на које се односи.

¹⁷ Тако С. Шогоров, н. д., стр. 59–60; М. Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2011, стр. 242; Ј. Барбић и др., *Водич за читање Закона о трговачким друштвима*, Загреб, 1997, стр. 127; В. Јовановић, *Однос уговор о оснивању статута друштва капитала*, Правни живот, Београд, бр. 9-10/1993, стр. 1227–1229.

¹⁸ У том смислу С. Шогоров, н. д., стр. 66.

¹⁹ Види, З. Арсић, н. д., стр. 94.

Двојна природа уговора о оснивању отвореног акционарског друштва утиче и на поступке измјене као и на тумачење тог акта.

Измјене оснивачког уговора у поступку оснивања могуће су уколико дође до вишка уписаних акција на основу јавног позива, проспекта. Тада ЗПД налаже измјену оснивачког уговора у дијелу који одређује висину основног капитала, а која се врши на оснивачкој скупштини на којој учествују са правом гласа сви уписници потпуно уплаћених акција. У теорији се сматра да оснивачи имају право да учествују на оснивачкој скупштини, независно од тога што нису уписали акције, него су их „преузели“. Њихова сагласност за измјену висине основног капитала је неопходна с обзиром на то да се њоме мијења оснивачки акт, примјеном општих правила за измјену правног посла уговорне природе.²⁰ Када се мијења оснивачки акт након регистрације онда се то чини вољом самог друштва, одлуком његових органа, било скупштине или управног одбора, прописаном квалификованом већином. Треба примети да и форма измјене оснивачког акта говори о разлици у погледу правне природе оснивачког уговора до и након регистрације друштва. Наиме, уговор о оснивању отвореног акционарског друштва мора се нотарски обрадити када се закључује, а када се мијења он се само потврђује од стране нотара. То је разумљиво с обзиром на то да се нотарском обрадом воља оснивача уобличава у свечану форму, што се не може чинити од момента када оснивачки акт буде измијењен вољом скупштине као органа друштва, јер се тада присуством нотара на скупштини потврђује оно што је била одлука већине везана за измјену оснивачког акта (потврђена је воља квалификоване већине тог органа).

И у погледу тумачења уговора о оснивању мора се правити разлика да ли се то чини до или након регистрације друштва. Кад се оснивачки акт тумачи прије регистрације он се у цјелини има тумачити по правилима за тумачење правних послова.²¹ Након регистрације, настанком друштва као правног лица, оснивачки акт се у дијелу који обухвата правне норме, тумачи на начин као и закон, јер садржи објективне, некаузалне норме. То значи да се не истражује воља оснивача, односно уписника на оснивачкој скупштини, већ се циљним, граматичким и систематским тумачењем долази до објективног значења правних норми оснивачког акта.²²

²⁰ Исто, стр. 96.

²¹ Регулисање тумачења уговора садржано је у чл. 99 Закона о облигационим односима, а на основу члана 25 ст. 3 тог закона, правила из чл. 99 сходно се примјењују и на друге правне послове.

²² З. Арсић, н. д., стр. 97–98.

Иако постоје различите теорије и схватања о правној природи уговора о оснивању привредног друштва,²³ па тако и отвореног акционарског друштва, неспорно је да се ради о акту дуалне правне природе која је нарочито изражена у систему једног оснивачког акта у нас прихваћеног Законом о привредним друштвима.

За разлику од уговора о оснивању чија правна природа може да буде различита у зависности од тога који су акти као оснивачки обавезни, правна природа статута у нашем важећем праву изазива одређене недоумице.

Наиме, видјели смо да је Закон о привредним друштвима напустио рјешење ранијег Закона о предузећима по коме је за оснивање акционарског друштва уз оснивачки акт био потребан и статут. Тада је било јасно да је оснивачки уговор акт превасходно облигационе природе којим је утврђен и међуортачки однос, с обзиром на то да су привредна друштва по својој природи ортаклуци. Моментом регистрације, статут, који је доносила оснивачка скупштина, постајао је акт који је садржавао норме објективног права и био највиши акт друштва са организационо правним дејством, док је оснивачки уговор губио значај (имао је природу конститутивно-историјског акта).

Бивши Закон о предузећима је експлицитно, чланом 90, одређивао да је статут основни општи акт предузећа, те да остали општи акти предузећа морају бити у сагласности са њим. Важећи Закон о јавним предузећима²⁴ статуту даје значај обавезног акта који доноси скупштина јавног предузећа, те тај акт има улогу организационог општег акта.²⁵ Насупрот томе, Закон о привредним друштвима статуту намјењује улогу и даје значај диспозитивног организационог акта, јер, како је наведено, уговор о оснивању отвореног акционарског друштва може трајно уређивати све односе у друштву. Зато је једно од важних питања везаних за статут и да ли је он данас, у вријеме важења ЗПД, општи правни акт кад у друштву постоји, тј. кад га донесу органи друштва, јер се Закон о привредним друштвима, за разлику од ранијег Закона о предузећима, о томе директно не изјашњава.

²³ То су уговорна теорија, нормативна и мјешовита теорија (теорија дуалне природе) оснивачког акта. О томе детаљно, С. Шогоров, н. д.

²⁴ „Службени гласник Републике Српске“ бр. 75/2004 и 78/2011.

²⁵ Јавна предузећа могу бити основана у форми акционарског или друштва са ограниченом одговорношћу (чл. 2). Статут јавног предузећа доноси скупштина јавног предузећа (чл. 5). У члану 52 одређено је да јавна предузећа морају ускладити свој статут и друга општа акта са одредбама Закона о јавним предузећима, а у ставу 2 тог члана прописано је да ће се модели статута и етичког кодекса објавити истовремено са објављивањем Закона о јавним предузећима

У нашем важећем уставноправном систему нема дефиниције појма општег правног акта, нити у правној теорији и струци постоји јединствен став у том погледу. Ипак, како је претходно наведено, природа сваког правног акта одређена је његовом садржином и формом. Када је ријеч о садржини, као битне карактеристике општег правног акта наводе се: а) безличност и општост његових норми, у том смислу да се тај акт не односи на једно одређено лице или одређену групу лица, већ да одређене односе уређује на општи начин; б) сталност, односно неодређено вријеме важења, у том смислу да се акт не исцрпљује једном примјеном на унапријед одређени случај, него остаје и након те примјене важећи акт, све док се не измјени или укине; в) општеобавезност, у смислу да га се правни субјекти на које се односи не могу, на генералан начин, унапријед одрећи.

Општи акти се морају донијети у писаној форми која је одређена надлежношћу субјекта за њихово доношење, поступком доношења и начином материјализације, те карактером промјена које ти акти треба да изврше у правном поретку.²⁶ Затим, с обзиром на то да општи правни акт садржи објективне, обавезујуће норме за адресате на које се односи, он мора бити објављен на одговарајући начин како би могао да производи правно дејство, јер је то дејство условљено његовим објављивањем.²⁷ Објављивање је неопходно пошто се на тај начин општи акт адресатима његових норми чини сазнајно доступним. У противном, они не би знали како да се понашају, односно како да своје понашање прилагоде захтјевима норми општег акта. По Уставу Републике Српске, закони, други прописи и општи акти ступају на снагу најраније осмог дана од дана објављивања, осим ако из нарочито оправданих разлога није предвиђено да раније ступе на снагу.²⁸ Овај период „чекања“ да општи акт ступи на снагу, тзв. *vacatio legis*, остављен је како би његовим протеком акт постао правно обавезујући. Од тада важи правна претпоставка да је свако са његовом садржином упознат, те отуда „незнање прописа не оправдава“.

Имајући у виду наведене критеријуме, тешко је бранити став по коме је статут отворених акционарских друштава општи правни акт с обзиром на мјесто, улогу и значај који му даје Закон о привредним друштвима.²⁹

²⁶ Б. Ненадић, н. д., стр. 81–82. Више о том и Р. Лукић, *Увод у право*, Београд, 1972, стр. 220–265.

²⁷ Б. Ненадић, н. д., стр. 82.

²⁸ Члан 109 став 1.

²⁹ Такав став заузима Б. Ненадић. Видјети, Б. Ненадић, *Објављивање и ступање на снагу општих правних аката привредних друштава и принцип правне сигурности*, *Право и привреда*, бр. 5-8/2006, стр. 84–86.

Ово у првом реду по томе што статут није обавезан акт отвореног акционарског друштва. Аутори који полазе од тезе да је уговор о оснивању акционарског друштва појединачни акт (што је преовладавајући став правне теорије) истичу да, иако статут по неким својим карактеристикама (органу који га доноси и по предмету регулисања) може бити општи акт, износе у том погледу отворена питања. Тако наводе да би се остало без одговора на питање како један општи акт (статут) по својој правној снази мора бити подређен оснивачком акту, који свакако као правни посао нема природу општег акта. Затим, нема одговора на питање како један општи акт који по дефиницији треба да буде „хијерархијски највиши општи акт“ може бити факултативан, те како другим прописима одређени општи акти могу бити у складу с вишим општим актом који не мора да се донесе и за који акционарско друштво изабере пут недоношења. На крају, нема одговора ни на питање како само акционарско друштво може имати акт неконститутивне снаге (није обавезан и не депонује се у регистар) који има правну природу општег акта, а да то није случај ни са једним другом правном формом привредног друштва. Зато је и оправдано рјешење Закона о привредним друштвима да статут ступа на снагу даном доношења, ако сам није одредио другачије.³⁰

Ове дилеме изражене у погледу правне природе статута отвореног акционарског друштва не постоје кад се ради о јавном предузећу. Статут тог пословног субјекта је обавезан акт који доноси његова скупштина, а с обзиром на дјелатност јавног предузећа (врши дјелатност од општег интереса) он се мора објавити и ступити на снагу на начин како је то Уставом предвиђено.

3. Уставносудска контрола уговора о оснивању и статута отвореног акционарског друштва

Питање правне природе уговора о оснивању и статута отвореног акционарског друштва непосредно је везано и за питање да ли ти акти подлијежу уставносудској контроли.

Уставом Републике Српске утврђено је да Уставни суд, између осталог, одлучује о сагласности закона, других прописа и општих аката са Уставом, те одлучује о сагласности прописа и општих аката са за-

³⁰ М. Васиљевић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, Београд, 2006, стр. 355.

коном.³¹ Улога Уставног суда у заштити уставности и законитости огледа се у оцјени сагласности општих правних аката с Уставом Републике Српске (контрола уставности), а затим и у оцјени сагласности општих правних прописа (контрола законитости). Ова надлежност Уставног суда обухвата и контролу аката привредних друштава уколико се они по својој правној природи могу сврстати у опште правне акте, јер контрола уставности и законитости обухвата и контролу свих нормативних аката у правном поретку Републике Српске с обзиром на то да је Уставни суд институционални гарант остваривања принципа уставности и законитости. То је начелно тако и у другим националним законодавствима гдје Уставни суд (или њему адекватан државни орган) врши контролу уставности и законитости. Имајући то у виду треба се осврнути на праксу уставних судова о овом питању, посебно оних који су по својој надлежности овлашћени да врше контролу уставности и законитости општих правних аката привредних друштава, што ће додатно расвијетлити и употпунити став о томе шта су по својој правној природи оснивачки уговор и статут отвореног акционарског друштва.³²

На први поглед одговор на питање да ли акт о оснивању и статут отвореног акционарског друштва подлијежу уставносудској контроли је једноставан, јер, ако су то општи правни акти, онда се они могу контролисати, а у супротном не. Међутим, ако се сагледа пракса уставних судова, запажа се да су они полазили од става да оснивачки акти привредних друштава, па тако и отвореног акционарског друштва, нису општи правни акти, што је за последицу имало неприхватање дате иницијативе односно оглашавање ненадлежним за оцјену њихове уставности и законитости. Овакав став био је базиран на изричитој одредби раније важећег Закона о предузећима да су општи акти предузећа статут, правилник и одлука којим се на општи начин уређују одређена питања,³³ а да је оснивачки акт у суштини изјава воље оснивача, односно својеврсни облигациони однос и као такав појединачни правни акт. Мада се Уставни суд Србије држао таквог става, од њега је одступио у ситуацијама кад су оснивачки акти садржавали одредбе, „које имају карактер општих правних норми“, па је у таквим случајевима вршио оцјену уставности, односно за-

³¹ Чл. 115 ст. 1 т. 1 и 2.

³² С обзиром на то да се раније важећи Устав Републике Србије, као и њен Закон о привредним друштвима, који је био на снази до 2011. године, по свом садржају у великој мјери подударају са важећим Уставом Републике Српске и Законом о привредним друштвима, биће корисно да у овом раду сагледамо праксу како Уставног суда Републике Српске, тако и праксу Уставног суда Србије.

³³ Чл. 90.

конитости оснивачких аката. Међутим, пракса тог суда није с тим у вези била конзистентна, јер је у појединим случајевима Суд заснивао надлежност у односу на норме за које је утврђивао да су по свом карактеру „опште правне норме“, док се у односу на преостали дио оснивачког акта оглашавао надлежним.³⁴ У другим случајевима, заснивајући надлежност за оцјену уставности, односно законитости општих правних норми садржаних у оснивачким актима, Уставни суд Србије је изреком своје одлуке обухватао оспорени оснивачки акт у цјелини. Наведена пракса била је у основи израз двају различитих становишта у вези са одређивањем карактера оснивачких аката. Једног, по коме је оснивачки акт који садржи „норме општег карактера“ мјешовити правни акт, па оцјена таквих општих правних норми спада у надлежност Суда, у дијелу који садржи те норме, и другог, по коме предмет оцјене пред Уставним судом нису правне норме, већ општи правни акти, па отуда, ако Суд прихвати да заснује своју надлежност за оцјену појединих општих норми садржаних у оснивачком акту, има се сматрати и да је такав акт у цијелости општи правни акт.³⁵ Да би се превазишла ситуација неуједначене судске праксе, Суд је на крају заузео став да оснивачки акти јавних предузећа и установа нису општи правни акти па ће се сходно томе и захтјеви за оцјењивање њихове уставности и законитости одбацити због ненадлежности.³⁶ Треба уз ово нагласити и чињеницу да се ради о ранијој судској пракси која је била базирана на ставу да оснивачки акт није општи акт зато што има једнократну примјену која се исцрпљивала уписом друштва у судски регистар, дакле, сматрало се да оснивачки акт нема трајни карактер. Овакав став имао је оправдање у условима важења Закона о предузећима, с обзиром на то да је он, како је наведено, био заснован на концепцији обавезног постојања два акта (оснивачког акта и статута) и сматрало се да након регистрације у примјени остаје само статут. С обзиром на то да важећи Закон о привредним друштвима статуту даје карактер факултативног акта, трајни карактер примјене оснивачког акта не доводи се у питање. Отуда, има мишљења да је ранија пракса Уставног суда Србије, по којем је било могуће заснивање надлежности Суда ако се водило ра-

³⁴ Види Билтен Уставног суда 1/94, стр. 175–179.

³⁵ Б. Ненадић, *Акти о оснивању привредних друштава и контрола њихове уставности и законитости*, Право и привреда, Београд, бр. 5-8/2004, стр. 139.

³⁶ Исто. Такав став прихватио је и бивши Савезни уставни суд, с образложењем да оснивачки акт представља појединачни акт којим се оснива одређено предузеће. Исти је став и Уставног суда Црне Горе (види Одлуку У-П бр. 22/11 од 21.IX 2012), а тако поступа и Уставни суд Републике Српске (види Одлуку бр. У-52/08 од 24. 3. 2010).

чуна о различитом карактеру норми оснивачког акта, више одговарала ставовима правне теорије и (инострани) судске праксе.³⁷

Ако би се овоме додала и чињеница да оснивачки акт након оснивања дјелује не само на односе између оснивача, већ постаје основним извором права у објективном смислу за односе унутар друштва и према трећима, те има примат над другим актима, онда би се слика о томе шта је по својој правној природи оснивачки уговор требало да мијења.

Статуту отвореног акционарског друштва Законом о привредним друштвима намијењена је другачија улога од оне коју је имао на основу Закона о предузећима. Без обзира на то, има мишљења да је задржао природу општег акта који као такав подлијеже контроли уставности и законитости.³⁸ Међутим, такво мишљење тешко је правдати с обзиром на однос статута и оснивачког уговора, те на чињеницу да статут није обавезан акт.

Насупрот томе, статут јавног предузећа, које може бити основано и као отворено акционарско друштво, обавезни је акт, доноси га скупштина друштва, има Законом о јавним предузећима утврђен садржај организационог акта, а по ставовима Уставног суда Републике Српске³⁹ неупитно је у категорији општих правних аката и као такав мора бити објављен.

Из свега напријед изложеног може се извести закључак да би уставни судови требало да воде рачуна о томе каква је улога и правна природа уговора о оснивању и статута отвореног акционарског друштва, полазећи од онога што је садржај норме важећих релевантних закона, али и шта је преовлађујуће становиште правне теорије. Да би један правни акт привредног друштва добио третман општег акта и тако био пододобан за уставносудску контролу, потребно је да га релевантни закон изричито тако означи или да се тумачењем његове правне природе, мјеста и улоге коју има у правном поретку, узимајући у обзир оне атрибуте које сваки општи акт мора да има, дође до закључка да он несумњиво спада у категорију општих правних аката. Чини се да би, кад се ради о подобности за уставносудску контролу уговора о оснивању и статута отвореног акционарског друштва, могло доћи до промјене уставносудске праксе.

³⁷ З. Арсић, н. д., стр. 99.

³⁸ Б. Ненадић, *Објављивање и ступање...*, н. д., стр. 84–86; *Подлежу ли општи акти привредних друштава законодавној контроли по новом Уставу Републике Србије*, Право и привреда, Београд, бр. 5-8/2007.

³⁹ Видјети Рјешење бр. У-73/12 од 19.3. 2014. године објављено у „Службеном гласнику Републике Српске“, бр. 25/14.

Закључак

Полазећи од рјешења усвојеног Законом о привредним друштвима Републике Српске, по којем је за оснивање отвореног акционарског друштва неопходан само уговор о оснивању а да статут није неопходан акт друштва, може се закључити да је оснивачки уговор основни акт друштва са дуалном правном природом. Он је, с једне стране, конституционални (оснивачки) акт, зато што садржи неопходне материјалне норме као елементе оснивачког акта утврђене законом, а, с друге стране, садржи норме организационог карактера којима се регулише унутрашња организација друштва. С обзиром на начин настанка, у питању је формалан правни посао са обавезном нотаријалном обрадом као врстом свечане форме. По начину и времену примјене ради се о правном акту који садржи норме које се посредно (стицањем својства акционара) примјењују на потенцијално неодређен круг лица за вријеме свог трајања. Након регистрације друштва мијења се одлуком скупштине друштва квалификованом већином, а тумачи се као и сваки правни акт који садржи објективне норме. Набројане карактеристике уговора о оснивању отвореног акционарског друштва дају му обиљежја општег акта, иако је до сада важило схватање да је у питању једнократно примјенљив индивидуални правни акт.

Статут акционарског друштва раније је имао третман општег акта с обзиром на своју садржину, форму и експлицитан став законодавца у том погледу. Важећим Законом о привредним друштвима статут је изгубио улогу и значај основног општег организационог акта акционарског друштва. Тај закључак произлази из чињенице да статут више није обавезан, јер сва организациона, као и питања рада и пословања друштва, може регулисати уговор о оснивању са којим статут, ако постоји у друштву, мора бити усклађен. С друге стране, статут јавног предузећа је, с обзиром на рјешења Закона о јавним предузећима, задржао своју улогу и значај, тако да је у јавним предузећима он обавезни организациони општи акт.

Уставносудска пракса везана за оцјену уставности и законитости општих аката привредних друштава даће нам одговор на питање да ли су (односно да ли је) уговор о оснивању и статут отвореног акционарског друштва, општи акт. Досадашња пракса, базирана на рјешењима ранијих прописа, уговору о оснивању није признавала карактер општег правног акта, за разлику од статута који је имао такав третман. Да ли ће се у том погледу ставови мијењати, остаје да се види.

Извори

- Арсид З., *Оснивачки акт акционарског друштва*, Право и привреда, Београд, бр. 1-4/2009.
- Барбић и др., *Водич за читање Закона о трговачким друштвима*, Загреб 1997.
- Васиљевић М., *Водич кроз Закон о привредним друштвима*, Београд, 2004.
- Васиљевић М., *Компанијско право*, Београд, 2011.
- Васиљевић М., *Коментар Закона о привредним друштвима*, Београд, 2006.
- Јанковец И., *Привредно право*, Београд бр. 2001.
- Јовановић В., *Однос уговора о оснивању и статута друштва капитала*, Правни живот, Београд бр. 6-10/1993.
- Лукић Р., *Увод у право*, Београд, 1972, стр. 220–265.
- Марковић-Бајаловић Д., *Право привредних друштава*, Источно Сарајево 2011.
- Ненадић Б., *Акти о оснивању привредних друштава и контрола њихове уставности и законитости*, Право и привреда, Београд, бр. 5-8/2004.
- Ненадић Б., *Објављивање и ступање на снагу општих правних аката привредних друштава и принцип правне сигурности*, Право и привреда, бр. 5-8/2006.
- Ненадић Б., *Подлежу ли општи акти привредних друштава законодавној контроли по новом Уставу Републике Србије*, Право и привреда, Београд, бр. 5-8/2007.
- Шогоров С., *Природа уговора о привредном друштву*, Ново привредно законодавство, Крагујевац, 2005.
- Würdinger H., *Aktien und Konzern Recht*, Karlsruhe, 1973.

Marko Rajčević, PhD.

Full Professor at the Faculty of Law in Banja Luka

and judge of the Constitutional Court of Republic of Srpska

ABOUT THE LEGAL NATURE OF OPEN JOINT COMPANY ESTABLISHMENT CONTRACT AND STATUTE

Summary

The paper discusses the legal nature of the establishment contract and statute of the open joint stock company starting from the provisions of Companies Law by whom, for the establishment of the company, the establishment contract is the only act that founders must be brought so that company can be formally established. Establishment contract has a dual legal nature as constitutional and organizational act with lasting effects. Per its characteristics, and the place and role given by the law, it has the characteristics of the general act. Statute of the open joint stock company is no longer obligatory organizational act, it must be in accordance with the establishment contract, which calls into question the earlier stance of legal theory and practice that it is a general legal act.

Keywords: *establishment contract, statute, joint stock company, legal nature*

БЛАНКО МЕНИЦА У СВЕТЛУ МЕНИЧНИХ НАЧЕЛА

Др Дијана Марковић Бајаловић*

Апстракт: Предајом бланко менице повериоцу дужник преузима ризик да ће поверилац попунити меницу елементима који не одговарају садржини њиховог материјалноправног односа. Дужник се може заштитити ослањајући се на начело непосредности и начело савесности, која су уграђена у одредбе Јединственог меничног закона и одговарајуће одредбе националних закона о меници. Примена ових начела не сме ићи дотле да угрози апстрактан карактер менице као хартије од вредности и начело самосталности меничних обавеза. У овом чланку се објашњава садржина основних меничних начела и правна природа бланко менице, да би се затим анализирала новија судска пракса, којом се, по мишљењу аутора, занемарује апстрактан и самосталан карактер меничне обавезе у мери да се доводи у питање функционисање менице као средства обезбеђења.

Кључне ријечи: меница, бланко меница, менична начела.

Бланко меница је менична исправа која садржи потпис меничног дужника, док су остали битни менични елементи изостављени у часу њене предаје повериоцу. Њих накнадно попуњава менични поверилац, најчешће у складу са меничним овлашћењем које му је дао дужник. Бланко меница, све док се не попуни, није меница и због тога се на њу не могу применити правила меничног права. Када је менични поверилац попуни, она постаје меница, трасирана или сопствена, и тада се на њу примењују одговарајућа правила за ту врсту менице. У пракси се

* Редовни професор Универзитета у Источном Сарајеву.

бланко меница веома много користи као средство обезбеђења плаћања, јер омогућује повериоцу да накнадно унесе меничне елементе који нису познати приликом закључења правног посла чијем обезбеђењу служи (нпр. износ меничне своте, рок доспелости потраживања и др.). Спорно је питање да ли је и у којој мери ограничена слобода повериоца да попуни бланко меницу, односно који приговори стоје на располагању меничном дужнику који је потписао бланко меницу и предао је повериоцу.

Меница је строга хартија од вредности, како за дужника, тако и за повериоца. Она је апстрактан правни посао, а обавезе потписника менице карактеришу се самосталношћу и непосредношћу. Све наведене карактеристике менице доприносе већем поверењу у њу и поспешују њену циркулацију у правном промету. Начело савесности штити меничног дужника од неоснованих покушаја наплате менице. У новијој судској пракси примећују се супротне тенденције – штите се несавесни менични дужници, занемаривањем основних начела меничног права. Циљ овог рада је да се укаже на те тенденције и пружи аргументи за став да оне нису у складу са правилима меничног права.

Начело апстрактности

Меница је апстрактна хартија од вредности због тога што се из текста менице не види разлог обавезивања меничног дужника,¹ нити је, у правилу, разлог обавезивања од значаја за пуноважност и садржину меничне обавезе. Сваки менични дужник дужан је да исплати меничну своту, јер се на то обавезао у самој меници. С друге стране, у пракси се редовно меница издаје, акцептира, индосира или авалира у вези са неким правним послом, који чини каузу обавезивања меничног дужника.² Примера ради, купац издаје меницу као гаранцију плаћања куповне цене за робу коју се продавац уговором о продаји обавезао да му испоручи. Купчева банка пристаје да акцептира меницу вучену на њу од стране купца, јер му је претходно одобрила кредит. Продавац индосира меницу на банку код које има отворен рачун и преузима меничну обавезу као индосант, јер је постигао договор да та банка есконтује меницу пре њене доспелости. Продавац тако долази до потребног новца не чекајући ис-

¹ И. Јанковец, *Значај апстрактног карактера менично-правног посла када се меница користи као средство обезбеђења потраживања*, Правни живот, бр. 5-6/1993, стр. 639–651, на стр. 640.

² М. Велимировић, *Привредно право*, Подгорица, 2009, стр. 687–688.

плату менице од банке акцептанта. Банка индосатар може даље индосирати меницу, измирујући или обезбеђујући новчану обавезу коју она има према неком свом повериоцу.

Уз помоћ начела апстрактности менична обавеза се одваја од правног посла у вези са којим је издата и почиње да живи самостални правни живот: „Обавеза из менице извире и парира основном односу из кога резултира обавеза плаћања – непосредна сврха обавезе предвиђене меницом – међутим, она постаје одвојена од иницијалног односа, задржавајући с њим само неколико додирних тачака, зависно од разлога – непосредне сврхе – због које је меница издата, али која није део инструмента.“³ Снага дејства начела апстрактности огледа се, између осталог, у чињеници да менична обавеза наставља да производи правно дејство чак и у ситуацији када је основни правни посао у вези са којим је меница издата престао да постоји.⁴

Начело апстрактности поспешује циркулацију менице. Ремитент, као први менични поверилац, и индосатари, као лица на која ремитент и даљи индосанти преносе право на меници, а са њим и потраживање меничне своте, радо прихватају меницу у функцији средства плаћања и средства обезбеђења плаћања. Један од важних разлога за то је да су сви менични дужници, потписници менице, солидарно одговорни за исплату меничне своте у року доспећа назначеном на меници, без права истицања приговора из основног правног посла у вези са којим су прихватили меничну обавезу.⁵

У правним системима земаља потписница Женеvsке конвенције о меници,⁶ начело апстрактности проистиче из одредбе чл. 17 Јединственог меничног законика: „Лица тужена по основу менице не могу истаћи против имаоца менице приговоре засноване на њиховим личним односима са издаваоцем или претходним имаоцима, изузев ако је ималац, приликом стицања менице, свесно поступао на штету дужника.“⁷

³ A. Miff, R.D. Apan, *CaseLaw and Theoretical Perspectives Regarding the ePayment and Credit Instruments: the Bill of Exchange, the Promissory Note and the Cheque*, *Curentul Juridic*, октобар 2016, стр. 28–52, на стр. 39.

⁴ *Ibid.*

⁵ F. Schnauder, *Einreden aus dem Grundverhältnis gegen den ersten Wechsel und Scheckgläubiger*, *Juristen Zeitung*, 1990, стр. 1046–1053, на 1047.

⁶ То су земље које су прихватиле Конвенцију о јединственом меничном закону, закључену у Женеви у оквиру Лиге народа 7. 6. 1930. године. Међу њима је већина европских земаља, а такође и државе настале на подручју бивше Југославије. Оригинални текст Конвенције доступан на веб адреси: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%20142/v143.pdf>

⁷ Истоветна одредба садржана је у чл. 18 ст. 1 Закона о мјеници Републике Српске („Сл. гласник

Редовно, приговори којим се може одбити исплата менице проистичу из садржине саме менице и због тога се у теорији називају објективни менични приговори. Објективни менични приговори су, на пример, да меници недостаје неки њен битан елемент,⁸ да је менична исправа физички неисправна (нпр. да је оштећена или јој недостаје део, да су менична свота или потпис дужника прецртани), да је главни дужник по меници исплатио меничну своту, да је меница прејудицирана,⁹ и др. Приговори да је потпис меничног дужника од кога се захтева исплата менице фалсификован, да је меницу потписало неовлашћено лице, или да менични дужник није био пословно способан у време преузимања меничне обавезе, убрајају се у објективне меничне приговоре, али их може истаћи само онај менични дужник чија обавеза је због тих недостатака ништава.¹⁰ Приговор застарелости меничног потраживања такође се убраја у приговоре које може истицати само поједини менични дужник, због различите дужине рокова застарелости за главне и споредне меничне дужнике, начина рачунања тих рокова и могућности прекида или обуставе застарелости у односу на поједине дужнике.¹¹ Коначно, приговор недостатка активне легитимације је објективни менични приговор који може истаћи сваки менични дужник оном меничном поверио-

РС“, бр. 32/2001, даље: ЗМРС), чл. 18 ст. 1 Закона о мјеници Федерације БиХ („Сл. лист ФБиХ“, бр. 32/00 и 28/03, даље: ЗМФБиХ), чл. 16 ст. 1 Закона о меници Републике Србије („Сл. лист ФНРЈ“, бр. 104/46, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 16/65, 54/70 и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 46/96 и „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003, даље: ЗМС) и чл. 16 став 1 Закона о мјеници Републике Хрватске („Народне новине“, бр. 74/94 и 92/2010, даље: ЗМХ).

⁸ Битни елементи трасиране менице су: означање да је то меница, које мора бити написано у самом слогу исправе, на језику на којем је састављена; безуслован налог да се плати одређена сума новца; име лица које треба да плати (трасата); означање доспелости (које може бити по виђењу, на одређено време по виђењу, на одређено време и на одређени дан); ознака места плаћања; ознака лица којем меницу треба платити или по чијој наредби меницу треба платити (ремитент); означање дана и места издавања менице; потпис издаваоца (трасанта). Код сопствене менице не уноси се ознака трасата, јер се трасант сам обавезује да ће исплатити меницу.

⁹ Меница која је платива на одређени дан или на одређено време после дана издавања или виђења, мора се поднети на исплату било на сам дан плаћања, било једног од два радна дана који долазе одмах за њим – чл. 39 ст. 1 ЗМРС и ЗМФБиХ. Уколико се пропусти овај рок меница постаје прејудицирана. Меница ће бити прејудицирана и ако је трасант или неки од индосаната одредио да се меница мора поднети на акцепт до одређеног рока, а ималац менице је то пропустио да уради, у складу са чл. 23 ст. 1 ЗМРС и ЗМФБиХ. Ако је меница платива по виђењу или на одређено време по виђењу, она се мора поднети на плаћање односно на акцепт најкасније у року од једне године од дана издања, у складу са чл. 34 ст. 1 и чл. 24 ст. 1 ЗМРС и ЗМФБиХ. Пропуштањем наведених рокова меница постаје прејудицирана. Меница је прејудицирана и ако није подигнут протест у роковима за његово подизање, у смислу чл. 54 ЗМРС.

¹⁰ Ове приговоре може истицати само онај дужник по меници од кога се захтева исплата менице. Вид. М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, *Менично и чековно право*, Београд, 1974. стр. 131.

¹¹ Чл. 80–86 ЗМРС и ЗМФБиХ, чл. 78–84 ЗМС и чл. 78-84 ЗМХ.

цу који захтева исплату менице.¹² Примера ради, ако је меница пренета правно мањкавим индосаментом на индосатара који меницу подноси на наплату, сваки менични дужник од којег захтева исплату менице моћи ће да одбије исплату истицањем овог приговора.¹³

Начело непосредности

Крупан изузетак од начела апстрактности састоји се у праву меничних дужника да меничном повериоцу истичу приговоре које проистичу из њихових међусобних личних односа – субјективне приговоре. Тако, ако индосатар који подноси меницу на наплату акцептанту има доспели новчани дуг према њему по основу неког другог правног посла, акцептант може према том индосатару са успехом истаћи приговор пребијања.¹⁴ Ово стога, јер је начело апстрактности допуњено начелом непосредности. У меничном праву постоји фикција непосредног правног односа између сваког од потписника менице (трасанта, акцептанта, индосаната и авалиста) и сваког имаоца менице – ремитента и индосатара,¹⁵ без обзира на то што је индосатар меницу стекао низом индосамената и између њега и меничног дужника не постоји непосредан материјалноправни однос који је разлог преузимања меничне обавезе. Начело непосредности делује у правилу против меничног дужника, а у корист меничног повериоца, будући да, како је већ претходно објашњено, менични дужник може према меничном повериоцу истичати само приговоре који проистичу из садржине менице.¹⁶ Изузетно, начело непосредности може деловати у корист меничног дужника, омогућујући му да према меничном повериоцу истакне приговоре који проистичу из неког другог њиховог међусобног материјалноправног односа, какав је приговор пребијања. Право истицања субјективних приговора такође произлази из одредбе члана 17 Јединственог меничног закона, односно одговарајућих одредаба националних закона о меници. Менични дужник не може истичати меничном повериоцу приговоре који проистичу из његовог личног односа са претходницима на меници – тра-

¹² Велимировић, *op. cit.*, стр. 727.

¹³ Чл. 16 ст. 1 Јединственог меничног закона, чл. 17 ст. 1 ЗМРС и ЗМФБиХ, чл. 15 ст. 1 ЗМС и чл. 15 ст. 1 ЗМХ.

¹⁴ Јанковец, *Значај апстрактног карактера...*, *op. cit.*, стр. 645.

¹⁵ Бартош, *et al.*, стр. 24.

¹⁶ И. Јанковец, *Привредно право*, Београд, 1999. стр. 677.

сантом или ранијим индосантима. *Argumentum a contrario*, могу се истицати приговори из личног односа имаоца менице и меничног дужника коме је меница поднета на наплату: „Кад се тужилац, који тужбени захтев заснива на меници, према туженом налази у положају непосредне уговорне странке а не у положају индосатара, онда, с обзиром на чл. 16 закона о меници и чеку, тужени може износити све приговоре.“¹⁷

Могућност истицања субјективних приговора се увећава ако меницу подноси на наплату поверилац из основног правног посла у вези са којим је меница издата, акцептирана или индосирана дужнику управо из тог посла. На пример, ако је издата трасирана меница по сопственој наредби, у којој се трасант истовремено појављује и као ремитент, па он поднесе меницу на наплату банци–акцептанту, банка ће моћи успешно да обије исплату менице истицањем приговора да трасант–ремитент није обезбедио менично покриће које је било кауза прихватања меничне обавезе од стране банке–акцептанта. У нашем случају менице коју је издао купац као гаранцију плаћања куповне цене, ако продавац у улози ремитента поднесе меницу на наплату купцу–трасанту (нпр. зато јер је банка трасат претходно одбила да акцептира меницу), купац ће моћи да истакне приговор неизвршења основног правног посла – примера ради, да роба коју је продавац испоручио купцу има недостатке који је чине неупотребљивом, због чега купац има право да раскине уговор.

У немачкој судској пракси овај изузетак од начела апстрактности објашњава се ставом да менични поверилац, који је у исто време и поверилац из основног правног посла, не може имати више права из менице него што то проистиче из основног правног посла.¹⁸ Тако, ако захтева исплату менице од свог дужника из основног правног посла који је у међувремену престао да постоји, дужник евентуално може против њега истаћи приговор неоснованог обогаћења.¹⁹ Наведени став потврђује и ревизијска пресуда Високог трговачког суда Републике Хрватске, у којој се истиче да поверилац у материјалноправном односу, након што је изгубио то својство цесијом свога потраживања, не може успети ни у меничном спору против свога дужника, јер нема активну легитимацију: „Субјективни приговори се заснивају на особном односу вјеровника и

¹⁷ Правно схватање усвојено на заједничкој седници врховних судова од 16. 5. 1961. У погледу врсте субјективних приговора који се могу истицати у меничном спору не постоји сагласност у теорији. Вид. Бартош, *et al.*, *op. cit.*, стр. 133–136; Schnauder, *op. cit.*

¹⁸ Одлука Савезног суда Немачке из 1976. године, наведено према Schnauder, *op. cit.*, стр. 1046.

¹⁹ S. Jasmer, M. Ramm, M. Stöterau, *Handels- und Gesellschaftsrecht*, Grasberg bei Bremen, 2004. стр. 315.

дужника те ако су иматељ мјенице и мјенични дужник истодобно и судионици из основног правног посла, онда се може и у мјеничном спору расправљати и о материјалноправним приговорима из основног посла. Наиме, свака мјенична обавеза има за темељ основни посао. Наведено произлази из одредбе чланка 16. ставак 1. Закона о мјеници према којој дужник може успјешно истакнути приговоре који се односе на основни правни посао кад је мјеницу поднио на исплату први имарељ мјенице.²⁰

Предност имаоца менице који тужбом захтева исплату менице од свог дужника из материјалноправног односа огледа се у оборивој правној претпоставци да он има потраживање према дужнику. На дужнику је терет доказа о супротном.²¹ Становиште је немачке судске праксе да је менични поверилац који је истовремено и поверилац из основног правног посла дужан да од дужника најпре захтева исплату менице.²² То је тачка у којој се судбине менично-правног потраживања и потраживања из основног правног посла поново спајају. Наша теорија²³ и судска пракса стоје на другачијем становишту. Тако је у пресуди из 1977. године Виши привредни суд у Сарајеву изнео став да је право, али не и дужност имаоца менице да своје потраживање намири подношењем менице на наплату, јер му је то брже и једноставније него да подноси тужбу из основног правног посла.²⁴ Сличног је мишљења био и Врховни суд Хрватске у пресуди из 1986. године, према којој околност да поверилац има могућност да наплати дуг по меници није препрека да он утужи дуг из основног правног посла.²⁵ Врховни касациони суд Републике Србије није прихватио приговор туженог да тужилац који има менице као средство обезбеђења кредита нема правни интерес да поднесе тужбу по основу уговора о залози, којим је уговорено обезбеђење за исти основни правни посао – уговор о кредиту: „Нису основани ревизијски наводи да је у ситуацији у којој поседује менице као средства обезбеђења давалац кредита дужан да реализује наведене менице, те да нема правни интерес за иницирање парнице, с обзиром да се наплатом наведених меница може намирити. Менице су дате као средство обезбеђења и омогућују повериоцу да се намири и на наведени начин, што не искључује и

²⁰ Пресуда Високог трговачког суда Хрватске, 73. Пж-239/98-7.

²¹ Јанковец, *Значај апстрактног карактера...*, *op.cit.*, стр. 642; Jasmer, *et. al.*, *op. cit.*, стр. 316.

²² Jasmer, *ibid.*

²³ Јанковец, *Значај апстрактног карактера...*, *op.cit.*, стр. 648.

²⁴ Пж 1319/6 од 14. 1. 1977. године.

²⁵ II Рев 38/86 од 17. 6. 1986. године.

његово право на судску заштиту као у овом спору.²⁶ Суд је сматрао да је, у конкуренцији више средстава обезбеђења потраживања из једног истог основног правног посла, право повериоца да одабере средство обезбеђења помоћу којег ће ефикасније намирити своје потраживање. Другачији је у том погледу став немачког права, где се сматра да менични поверилац мора примарно наплатити потраживање путем менице, изузев ако је са дужником договорио редослед активирања средстава обезбеђења.²⁷ Изузев описане, тешко су замисливе друге ситуације у пракси када ће менични поверилац имати правни интерес да води спор из основног правног посла уместо да покрене поступак принудне наплате менице. Пребацивање терета доказивања на дужника и већа ефикасност меничних спорова разлочи су које поверилац не може пренебрегнути када се одлучује да ли ће покренути менични спор или водити класичну парницу из основног правног посла. Изузетак су ситуације када поверилац нема алтернативе, па мора да поднесе тужбу из основног посла – нпр. зато што је менично потраживање застарело, зато што је меница ништава, зато што је пропустио вршење одређених меничних радњи па је меница прејудицирана, или зато што више није ималац менице.²⁸

Начело самосталности

Начело самосталности у садејству са осталим начелима додатно побољшава положај меничног повериоца, јер сваки менични дужник самостално одговара за преузету меничну обавезу. Уколико менична обавеза појединог меничног дужника није пуноважна из неког разлога, то неће утицати на пуноважност обавезе осталих потписника мени-

²⁶ Прев. 236/2015 од 29. 9. 2016. године, Врховни касациони суд Републике Србије.

²⁷ Baumabch, Hefermehl, *Wechselgesetz und Scheckgesetz*, München, 1988. стр. 66.

²⁸ Поверилац може, на пример, меницу есконтвати пре доспелости, њеним индосирањем на новог индосатара и наплатом меничне своте уз дисконт. Међутим, есконтом менице дужник се не ослобађа обавезе из основног правног посла, управо због начела апстрактности. Због тога је могуће да ималац менице захтева од дужника исплату менице о доспелости, а да поверилац из основног правног посла захтева од истог дужника извршење обавезе по том основу. Ако је ималац менице савестан, дужник неће моћи да одбије исплату менице, што значи да може доћи у ситуацију да исти дуг плати два пута. Другачије ће бити ако су се дужник и поверилац споразумели да ће дужник дати меницу уместо плаћања у новцу (*datio in solutum*, чл. 308 ст. 1 ЗОО) или ако се дужник и поверилац споразумеју да ће се у случају есконта менице сматрати да је поверилац своје потраживање из основног посла у целисти намирио. Вид. Јанковец, *Значај апстрактног карактера...*, стр. 649; Ш. Ивањко, *Плелоаје за потпуну умјесто бјанко мјенице*, Зборник 48. сусрета правника Опатија `10, Загреб 2010, стр. 243–253, на стр. 247.

це (*in favorem negotii*). Овим се додатно поспешује циркулација менице и повећава поверење у њу. Начело је утемељено у члану 7 Јединственог меничног законика и одговарајућим одредбама националних закона:²⁹ „Иако се на меници налазе потписи лица која су неспособна да се менично обвезу, или лажни потписи или потписи измишљених лица, или потписи који из ма којег другог разлога не обвезују лица која су потписала меницу, или у име којих је она потписана, ипак су обавезе осталих потписника пуноважне.“ Тако, ако је меницу издало пословно неспособно лице, али је меница касније акцептирана и индосирана, акцептант и индосанти ће одговорати за испуњење меничне обавезе.³⁰ Одговорност авалисте је такође самостална. Ако је из неког разлога обавеза хонората ништава, авалиста ће ипак одговорати,³¹ изузев ако је реч о неком формалном недостатку, нпр. ако је потпис хонората прецртан или је авалирао за акцептанта који је опозвао свој акцепт.³²

Начело самосталности има шире дејство од оног које је експлицитно прописано чланом 7 Јединственог меничног законика. Тако, обим меничне обавезе може бити различит за поједине потписнике, иако они одговарају по једној истој меници. На пример, ако је трасат акцептирао меницу само делимично, он ће одговорати до висине акцептираног износа, док ће трасант одговорати и за неакцептирани део, јер се трасант не може ослободити одговорности за исплату.³³ Авалиста такође може своју одговорност по меници ограничити на одређени део меничне своте.³⁴ У таквом случају он одговара у мањем обиму у односу на свог хонората и друге потписнике по меници. Авалиста ће одговорати за мањи износ и ако је јемчио за акцептанта који је делимично акцептирао меницу, јер авалиста одговара као онај за кога је јемчио.³⁵

Дужина рокова застарелости и моменат од кога ти рокови почињу да теку у односу на главног меничног дужника и регресне меничне дужнике (трасанта и индосанте), различито су регулисани у меничном праву.³⁶ Прекид и обустава застарелости делују само према ономе дужнику

²⁹ Чл. 9 ЗМРС, чл. 9 ЗМФБиХ, чл. 7 ЗМС и чл. 7 ЗМХ.

³⁰ Јанковец, *Привредно право, op. cit.*, стр. 677.

³¹ Чл. 33 ст. 2 ЗМРС и ЗМФБиХ, чл. 31 ст. 2 ЗМС и чл. 31 ст. 2 ЗМХ.

³² Јанковец, *Значај апстрактног карактера..., op. cit.*, стр. 647.

³³ Чл. 9 Јединственог меничног закона и чл. 11 ЗМРС и ЗМФБиХ, чл. 9 ЗМС и чл. 9 ЗМХ.

³⁴ Чл. 30 ст. 1 Јединственог меничног законика, чл. 31 ст. 1 ЗМРС и ЗМФБиХ, чл. 29 ст. 1 ЗМС и чл. 29 ст. 1 ЗМХ.

³⁵ Чл. 32 ст. 1 Јединственог меничног законика, чл. 33 ст. 1 ЗМРС и ЗМФБиХ, чл. 31 ст. 1 ЗМС и чл. 31 ст. 1 ЗМХ.

³⁶ Менично-правни захтеви против акцептанта застаревају у року од три године од доспелости

према коме је настао разлог за прекид, односно обуставу.³⁷ Због тога се у пракси може догодити да менично потраживање застари у односу на појединог меничног дужника, али још увек постоји у односу на остале.³⁸ То је још један израз начела самосталности меничне обавезе.

Не треба посебно наглашавати да су меничне обавезе које је презузело једно исто лице по различитим меницама, иако оне проистичу из истог основног правног посла, правно независне једне од друге. Овакав став заснива се како на начелу самосталности, тако и на начелу апстрактности меничне обавезе. Ревизијска пресуда Врховног касационог суда Републике Србије из 2016. године потврђује ово становиште.³⁹ Тужилац и тужени закључили су уговор о закупу. Тужени, као закуподавац, добио је од тужиоца више бланко меница као обезбеђење обавезе плаћања закупнине. Поједине од тих меница тужени је наплатио. У међувремену је тужилац раскинуо уговор о закупу и тужбом захтевао враћање преосталих меница од туженог. Нижестепени судови одбили су тужбени захтев у том делу, налазећи да тужени још увек има ненаплаћена потраживања према тужиоцу. Врховни касациони суд, међутим, нашао је да тужени нема више никаквих потраживања према тужиоцу, те да нема основа да бланко менице и даље задржи код себе: „Обзиром да су уговори о закупу између парничних странака раскинути, а да тужени–противтужилац нема више потраживања према тужиоцу–противтуженом на основу члана 17. уговора, отпао је основ по коме су туженом–противтужиоцу дате преосталих 5 меница, те стога тужилац има право да му се исте врате, сагласно члану 132 ЗОО...“ У једном другом случају, Врховни касациони суд РС је одбио захтев тужиоца за враћање меница датих као средство обезбеђења извршења обавезе плаћања накнаде за грађевинско земљиште, која доспева у ратама. Поједине од тих меница тужилац је поднео на наплату, а једну је чак повукао, како би се дебло-

менице. Захтеви имаоца менице против индосаната и трасанта застаревају у року од године дана од дана благовремено подигнутог протеста, а ако је имаоца менице ослобођен протеста, онда у року од године дана од доспелости. Најзад, менично-правни захтеви индосаната једних против других и против трасанта застаревају у року од шест месеци од дана искупљења менице од стране индосанта или дана када је против њега код суда поступљено. Чл. 70 Јединственог меничног закона, чл. 80 ЗМРС и ЗМФБиХ, чл. 78 ЗМС и чл. 78 ЗМХ.

³⁷ Чл. 71 Јединственог меничног законика, чл. 85 ЗМРС и ЗМФБиХ, чл. 83 ЗМС и чл. 83 ЗМХ. Јединствени менични законик не уређује разлоге за прекид и обуставу застарелости. Они су прописани националним законима о меници.

³⁸ М. Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 2009. стр. 474. Види и: М. Giunio, *Мјеница – Новине у платном промету, јавнобиљезничкој оврси и у пракси Врховног суда Републике Хрватске*, Зборник 48. сусрета правника Опатија `10, Загреб, 2010, стр. 187–241, на стр. 237.

³⁹ Прев. 229/2016 од 9. 11. 2016. године.

кирао рачун туженог. Врховни касациони суд је нашао да тужени још увек има ненамирена потраживања према тужиоцу, те да нема основа да захтева враћање издатих меница: „Менице које су предате повериоцу, Општини Врњачка Бања, а чије се враћање тужбом тражи, предате су као средство обезбеђења потраживања Општине Врњачка Бања, па како потраживање није намирено, не постоји основ за њихово враћање тужиоцу ГП АА...“⁴⁰ Право дужника да захтева повраћај меница датих као средство обезбеђења једног правног посла, у случају престанка тог правног посла, зависи пре свега од тога да ли поверилац још увек има потраживања према дужнику из правног посла чијем обезбеђењу менице служе. Из наведених пресуда јасно произлази да свака од меница које прате одређени правни посао има самосталну правну судбину, чак и када су издате једновремено.

Наведени став се аналогично изводи из правила меничног права о умножавању менице. Трасат који је акцептирао више примерака умножене менице, након исплате првог примерка менице остаје у обавези да плати по осталим примерцима, уколико му они нису враћени приликом исплате. Индосант који је пренео примерке на разна лица, као и сви потоњи индосанти, одговорни су по свим невраћеним примерцима који носе њихов потпис.⁴¹

Начело савесности

Иако се начело савесности не издваја у научној и стручној литератури као посебно менично начело,⁴² није спорно да његово важење у менично-правним односима проистиче како из општих начела облигационог права,⁴³ тако и из одредаба меничних закона.⁴⁴ Теорија истиче да начело савесности ублажава крутост строгих законских норми, дајући овлашћење суду да тумачи законску норму у светлу конкретних окол-

⁴⁰ Рев. 1800/2015 од 2.11.2016. године.

⁴¹ Чл. 65 Јединственог меничног закона, чл. 66 ЗМРС и ЗМФБиХ, чл. 64 ЗМС и чл. 64 ЗМХ. Трасат акцептира само први примерак умножене менице. Али, ако акцептира и друге примерке и они му не буду враћени приликом исплате првог примерка, умножени примерци менице важе као самосталне менице и могу му се поднети на исплату. Јанковец, *Привредно право, op. cit.*, стр. 696.

⁴² Вид. Јанковец, *Значај апстрактног карактера...*, *op. cit.*, стр. 642, где се указује на неопходност примене овог начела у менично-правним односима.

⁴³ Чл. 12 Закона о облигационим односима („Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – Одлука Уставног суда, 57/89, „Сл. лист РБиХ“, 2/92, 13/93 и 13/94 и „Сл. гласник РС“, бр. 17/93 и 3/96, даље: ЗОО).

⁴⁴ Б. Павићевић, М. Мићовић, *Хартије од вредности*, Београд, 1994. стр. 34.

ности спорног случаја и етичких принципа.⁴⁵ Ово начело је императивне природе, те је суд дужан да пази на његово поштовање по службеној дужности.⁴⁶ Начело савесности у пракси се посебно испољава у једном свом виду – забрани злоупотребе права.⁴⁷

У сфери менично-правних односа, начело савесности служи као коректив претходно наведених начела, ублажавајући њихово дејство и штитећи тиме положај меничног дужника, а у одређеним случајевима и положај меничног повериоца. Тако, законити стицалац менице, тј. онај који је меницу стекао непрекинутим низом индосамената, није дужан да меницу врати оном који је лишен менице због било каквог догађаја, осим ако је меницу стекао зломислено или крајњом непажњом.⁴⁸ Лица против којих је стављен захтев да испуне своје обавезе из менице не могу према њеном имаоцу истицати приговоре који имају основа у њиховом личном односу са трасантом или с којим ранијим имаоцем менице, изузев ако је садашњи ималац менице, приликом њеног стицања свесно поступио на штету дужника.⁴⁹ Ималац менице који је изгубио права из менице због застарелости или пропуштањем одређених меничних радњи, може ипак поднети тужбу због неоснованог обogaђења према трасанту, акцептанту и индосантима.⁵⁰

Одредбом меничног закона којом се меничном дужнику даје право да имаоцу менице истиче приговоре из свог личног односа са повериочевим претходницима по меници, уколико је поверилац приликом стицања менице свесно поступио на штету дужника, релативизује се дејство начела апстрактности. Приликом усвајања Јединственог меничног закона водила се расправа око формулације одредбе члана 17, јер се сматрало да је недовољно прецизна и да, стога, оставља простор различитим тумачењима.⁵¹ Уско тумачење реченице „ако је садашњи ималац менице, приликом њеног стицања, свесно поступио на штету дужника“, у складу са њеним језичким значењем, иде у корист меничног повериоца и повећава негоцијабилност менице. У складу са тим тумачењем, просто знање имаоца менице о томе да менични дужник има приговоре пре-

⁴⁵ Јанковец, *Привредно право, op. cit.*, стр. 241–242.

⁴⁶ Васиљевић, *op. cit.*, стр. 45, Јанковец, *Привредно право, op. cit.*, стр. 242.

⁴⁷ О. Антић, *Облигационо право*, Београд 2009. стр. 45.

⁴⁸ Чл. 16 ст. 2 Јединственог меничног законика, чл. 17 ст. 2 ЗМРС и ЗМФБиХ, чл. 15 ст. 2 ЗМС и чл. 15 ст. 2 ЗМХ.

⁴⁹ Чл. 17 Јединственог меничног закона, чл. 18 ст. 1 ЗМРС и ЗМФБиХ, чл. 16 ст. 1 ЗМС и чл. 16 ст. 1 ЗМХ.

⁵⁰ Чл. 87 ст. 1 ЗМРС и ЗМФБиХ, чл. 85 ст. 1 ЗМС и чл. 85 ст. 1 ЗМХ.

⁵¹ Вид. В.Н. Greene, *Personal Defenses Under the Geneva Uniform Law on Bills of Exchange and Promissory Notes: A Comparison*, Marquette Law Review, бр. 3/1962-3, стр. 281–312.

ма свом повериоцу из основног правног посла није довољно да омогући примену члана 17. Потребно је доказати да је ималац свесно делао на штету меничног дужника.⁵² Међутим, страна судска пракса и научна литература нагињу ширем тумачењу, полазећи од чињенице да је у пракси врло тешко доказати намеру имаоца менице приликом њеног стицања да меничног дужника лиши приговора које би могао истаћи свом повериоцу из основног правног посла. По преовлађујућем схватању, довољно је да је ималац менице у време њеног стицања знао за постојање приговора из основног правног посла. Знање о њима изједначаје се са свесним делањем на штету дужника, будући да менични поверилац зна или би морао знати да се преносом менице менични дужник лишава права на истицање приговора из основног правног посла, чиме му се наноси штета.⁵³ То становиште блиско је важећем схватању у англосаксонском меничном праву, према коме је обавештавање стицаоца менице о приговорима меничног дужника из основног правног посла сасвим довољно да сачува право меничног дужника да истакне те приговоре.⁵⁴ Наша теорија такође прихвата ово становиште.⁵⁵

Бланко меница

Бланко меница је писмена исправа која садржи поједине меничне елементе, али не и све битне елементе који се меничним правом захтевају да би меница била пуноважно издата. Она минимално мора да садржи потпис издаваоца или акцептанта,⁵⁶ треба да буде издата на меничном формулару,⁵⁷ односно треба да садржи означање да је то

⁵² Такво тумачење дато је од стране редактора резимеа конференције одржане у Женеви 1930. године. Greene, *op. cit.*, стр. 287.

⁵³ Greene, *op. cit.*, стр. 296. Исто становиште заступљено је и у нашој правној теорији. Вид. Јанковец, *Значај апстрактног карактера...*, *op. cit.* стр. 646.

⁵⁴ Greene, *op. cit.*, стр. 307.

⁵⁵ Бартош, *et al.*, *op. cit.*, стр. 129.

⁵⁶ Васиљевић, *op. cit.*, стр. 515, Велимировић, *op. cit.* стр. 684, Jasmer, *et al.*, *op. cit.*, стр. 313.

⁵⁷ Наша правна теорија и судска пракса јединствено стоје на становишту да је меница пуноважна и када није издата на службеном формулару. Васиљевић, *op. cit.*, стр. 470; Ивањко, *Бланко мјеница у пословима осигурања*, Токови осигурања, бр. 4/2013, стр. 5–33, на стр. 14; Јанковец, *Привредно право*, *op. cit.*, стр. 672. Такође и одлука Врховног суда Србије, Рев. 2080/91 од 10.10.1991. Ипак, у пракси је тешко замислити ситуацију да се бланко меница издаје као обична писана исправа, имајући у виду чињеницу да се менице редовно подносе на наплату посредством институција платног промета, а у неким земљама се и региструју приликом издавања. Регистрација је условљена захтевом да менице буду сачињене на службеном формулару. Тако се Одлуком о ближим условима, садржини и начину вођења регистра меница и овлашћења Републике Србије („Сл. гласник РС“, бр. 56/2011, 80/2015 и 76/2016) прописује у тачки 4 да се уз захтев

меница⁵⁸ и треба да буде предата ремитенту.⁵⁹ У бланко меницу се морају унети сви недостајући битни елементи пре него што се поднесе на наплату меничном дужнику.⁶⁰ Због тога, *stricto sensu*, бланко меница није меница,⁶¹ али је тај назив општеприхваћен како у домаћој, тако и у иностраној литератури и судској пракси. Издавање бланко менице омогућено је Јединственим меничним законом који је прихватио теорију омисије (пропуштања). У складу са овом теоријом, сви менични елементи не морају бити попуњени приликом издавања менице.⁶² Јединственим меничним законом у члану 10 уређује се ситуација када трасант преда непотпуну меницу ремитенту.⁶³ Уколико је таква непотпуна меница накнадно попуњена супротно споразуму, према имаоцу менице се не може истаћи приговор непоштовања споразума, осим уколико је он стекао меницу злонамерно или је приликом њеног стицања поступао с крајњом непажњом.

Бланко менице уобичајено се у пракси користе као средство обезбеђења потраживања. Погодност бланко менице, у односу на меницу у којој су приликом издавања попуњени све битни елементи, јесте у томе што се имаоцу менице – повериоцу из основног посла, оставља могућност да поједине елементе који нису познати у моменту издавања бланко менице накнадно сам попуни. Тако, на пример, банка која одобрава кредит свом клијенту, захтева од њега предају потписаних меничних бланкета, јер се у тренутку одобравања кредита уопште не зна колики ће бити износ дуга који ће она потраживати од свога клијента у случају неуредног плаћања и када ће клијент доспети у доцњу са отплатом кредита. Изостављањем меничне своте омогућава се меничном повериоцу да приликом њеног уношења у меницу обрачуна и доспелу камату и износ камате припише главници, чиме се превазилази за-

за регистрацију меничног бланкета који садржи само потпис издаваоца или акцептанта наводи и серијски број менице. Врховни суд Хрватске потврдио је да је пуноважна сопствена меница издата на образцу трасиране менице, јер је из (измењеног) текста менице јасно произлазило да се трасант обавезује да ће платити за меницу. Рев 474/2007-2 од. 1. 7. 2008. године.

⁵⁸ М. Жугић, *Бланко меница – Неки проблеми у пословању с меницом*, Избор судске праксе 2/2005, стр. 22–25, на 22.

⁵⁹ У нашем праву прихваћена је теорија емисије, према којој обавеза из хартије од вредности настаје предајом хартије њеном кориснику. Чл. 237 ЗОО.

⁶⁰ М. Васиљевић, *op. cit.*, стр. 515–516.

⁶¹ Ш. Ивањко, *Бланко мјеница...*, *op. cit.* У литератури се још срећу називи: непотпуна меница и будућа меница (меница *in statunascendi*), Giunio, *op. cit.*, стр. 225; меница у изгледу, Павићевић, Мићовић, *op. cit.*, стр. 24.

⁶² Бартош, *et al.*, *op. cit.*, стр. 18.

⁶³ Такође и чл. 18 ст. 2 ЗМРС и ЗМФБнХ, чл. 16 ст. 2 ЗМС и чл. 16 ст. 2 ЗМХ.

конска забрана уношења одредаба о камати у меницу.⁶⁴ Иако би се дало приговорити да се потписивањем бланко менице од стране дужника и препуштањем повериоцу да попуни недостајуће битне елементе непосредно пре подношења менице на наплату изигравају норме меничног права, неспорно је да исто то менично право изричито допушта да неки од меничних елемената буду и накнадно попуњени. Ублажавање захтева форме приликом издавања менице, што је постигнуто усвајањем Јединственог меничног закона, резултирало је раширеном употребом менице као средства обезбеђења плаћања.⁶⁵

Потписивањем и предајом бланко менице повериоцу менични дужник преузима велики ризик, будући да не може да спречи повериоца да у њу касније унесе елементе који нису у складу са њиховим правима и обавезама из њиховог међусобног материјалноправног односа. Тако, менични поверилац може меницу попунити на било који износ за који сматра да му потписник менице дугује, одредити рок доспелости који је знатно дужи од рока застаре основног правног посла, итд. Овај ризик је донекле амортизован правом меничног дужника да имаоцу менице истиче приговоре из основног правног посла, уколико је поверилац из основног правног посла истовремено и ималац менице. Уколико је бланко меница индосирана, а ималац менице подноси меницу на наплату једном од индосаната, њихове шансе да избегну плаћање менице су минималне, јер индосанти редовно не могу према имаоцу менице истицати приговоре из основног правног посла који стоје на располагању акцептанту трасиране менице,⁶⁶ односно издаваоцу сопствене менице. Једина могућност која им стоји на располагању је истицање приговора несавесности имаоца менице, под условима утврђеним чл. 10 Јединственог меничног законика, односно одговарајућим одредбама националних меничних закона. Иста је ситуација и ако је поверилац из основног правног посла сам даље индосирао меницу. Према новом повериоцу, индосатару, чак ни главни менични дужник неће моћи истаћи приговор да је, на при-

⁶⁴ Одредба о камати је пуноважна само ако је реч о меници која доспева по виђењу или одређено време по виђењу. У противном, сматра се да није ни написана. Чл. 5 ст. 1 Јединственог меничног закона и чл. 7 ст. 1 ЗМРС и ЗМФБиХ, чл. 5 ст. 1 ЗМС и чл. 5 ст. 1 ЗМХ.

⁶⁵ Медитеранска школа о меници условљавала је пуноважност менице попуњавањем свих њених битних елемената приликом издавања, једним рукописом и једним мастилом (теорија *unituactu*). Бартош, *et al.*, *op. cit.*, стр. 8–9. Ова школа је напуштена усвајањем Јединственог меничног закона.

⁶⁶ У пракси издавања менице као средства обезбеђења дужник из основног правног посла акцептира меницу, чиме преузима улогу главног дужника у трасираној меници. Његови јемци, уколико их има, потписују се као индосанти, а први индосант још и као трасант. Тиме се ствара привид да је меница издата као трасирана меница по сопственој наредби, где је први јемац издавалац менице и, истовремено, ремитент, који је даље индосирао меницу.

мер, бланко меница попуњена на већи износ него што је његов стварни дуг, изузев ако не може да докаже злу намеру или крајњу непажњу имаоца менице. Злонамерност би постојала ако би поверилац из основног правног посла у договору са стицаоцем пренео на њега меницу управо с циљем да се менични дужник лиши права да стави приговоре из основног правног посла. У пракси је врло тешко доказати несавесност потоњег стицаоца менице,⁶⁷ па могућност меничног дужника да се користи тим приговором остаје у оквирима теоријских разматрања. Како би се смањило ризик злоупотребе бланко менице, предлаже се да се у меницу унесе клаузула „не по наредби“, чиме се забрањује даљи пренос менице индосаментом.⁶⁸

Споразум меничног дужника и меничног повериоца о издавању бланко менице

Јединственим меничним законом и националним меничним законима допуштено је закључење споразума између дужника и повериоца којим се уређује садржина непотпуне менице.⁶⁹ У пракси, уместо споразума о издавању менице, дужник редовно повериоцу даје овлашћење за њену попуну у форми писмене исправе.

Споразум о издавању менице може претходити издавању како потпуне, тако и непотпуне (бланко) менице. Споразумом о издавању менице уређује се врста менице која ће се издати, лица која ће потписати меницу и у којој улози (трасант, индосант, авалист), максимални износ меничне суме, начин одређења доспелости, начин обрачуна камата и, евентуално, друга права и обавезе повериоца (ослобађање од подизања протеста, право повериоца да врати меницу и наплати потраживање на други начин, обавеза повериоца да поштује одређени редослед у наплати потраживања, односно активирању средстава обезбеђења и сл.).⁷⁰ Менично право не прописује посебну форму овог споразума нити његове

⁶⁷ Greene, *op. cit.* стр. 285.

⁶⁸ Ш. Ивањко, *Плелоаје за потпуну умјесто бјанко мјенице*, Зборник 48. сусрета правника Опатија `10, Загреб 2010, стр. 243–253.

Забраном преноса индосаментом повериоцу једино остаје да менично потраживање преноси цесацијом, у ком случају дужник задржава право да новом повериоцу истиче све приговоре које је могао истаћи и уступиоцу. Васиљевић, *op. cit.*, стр. 452.

⁶⁹ Чл. 16 ст. 2 Јединственог меничног закона, чл. 18 ст. 2 ЗМРС и ЗМФБиХ, чл. 16 ст. 2 ЗМС и чл. 16 ст. 2 ЗМХ.

⁷⁰ Ивањко, *Плелоаје...*, *op. cit.*, стр. 247.

битне елементе. Наша теорија и судска стоји на становишту да се таква споразум може закључити и прећутно, простом предајом потписане бланко менице повериоцу.⁷¹

Када је реч о овлашћењу за попуну бланко менице, спорна је његова правна природа. По једном мишљењу, реч је о пуномоћју, одакле произлази да дужник дато овлашћење може у свако доба опозвати.⁷² Преовлађује ипак мишљење да се предајом овлашћења од стране дужника повериоцу, или чак простом предајом потписане бланко менице, закључује споразум којим се овлашћује поверилац да сам попуни недостајуће елементе менице. То овлашћење се не може опозвати, јер би се тиме осујетила могућност каснијег циркулисања менице.⁷³ Право на попуну бланко менице је облигационо право које проистиче из споразума о издавању менице.⁷⁴ Тим правом се може располагати, било преносом саме менице, било преносом права из уговора о издавању менице.

Уколико нема посебног споразума о издавању менице, поставља се питање да ли је ималац менице потпуно слободан да попуни бланко меницу према свом нахођењу. У нашој правној теорији и судској пракси преовлађује став да је слобода имаоца бланко менице ограничена садржином споразума о издавању менице, односно овлашћења за попуну менице, а ако они не одређују све елементе менице, примењују се услови из основног правног посла.⁷⁵ У пракси се, међутим, може догодити да нити споразум о издавању менице, ни уговор из основног правног посла не одређују поједине елементе које поверилац мора попунити приликом подношења менице на наплату.

⁷¹ Јанковец, *Привредно право*, *op. cit.*, стр. 694; одлука Врховног суда Србије, Рев 105/80 од 26. 1. 1981 и одлука Врховног суда Србије, Рев 2080/91 од 10. 10. 1991.

⁷² Ивањко, *Плелоаје...*, *op. cit.*, стр. 246.

⁷³ Бартош, *et al.*, *op. cit.*, стр. 169; Јасмер, *et al.*, *op. cit.*, стр. 313.

⁷⁴ Јасмер, *et al.*, *op. cit.*, стр. 313. Супротно, Бартош, *et al.*, *op. cit.*, стр. 170, који преноси став Протића да је у питању стварно право располагања вредносним папиром. С обзиром на то да овлашћење на попуну бланко менице проистиче из споразума о издавању менице (који може бити закључен и прећутно, предајом бланко менице повериоцу, али је то ипак посебан правни посао, одвојен од права на меници као стварног права), сматрамо да је ипак реч о облигационом праву.

⁷⁵ Васиљевић, *op. cit.* стр. 516; Јанковец, *Привредно право*, *op. cit.*, стр. 695; Павићевић, Мићовић, *op. cit.*, стр. 34.

„Из наведене одредбе (чл. 16 ст. 2 ЗМХ) тумачењем *argumentum a contrario* произлази у овом спору да туженик као трасат може према тужитељу са којим је био у пословном односу, осим мјеничних приговора, истицати и приговор протууговорног испуњења бјанкомјенице, то јест приговор да је мјеница испуњена противно Уговору о купопродаји и Уговору о упућивању (асигнацији) од 8. листопада 1999. на темељу које је тужитељево потраживање дјеломично престало.“ Високи трговачки суд Хрватске, Пж 3016/2005-3 од 18. 3. 2008.

У нашој теорији износе се у вези са овим проблемом различити ставови. Има мишљења да је поверилац слободан да меницу са елементима који нису у складу са условима основног правног посла : „Не треба изгубити из вида да чињеница да је меница издата са друкчијим састојцима од састојака основног правног посла може да значи да су се уговорне стране приликом издавања менице споразумеле (изричито или прећутно, издавањем менице као конклюдентне радње) да измене састојке основног посла. Нема разлога зашто би се у том погледу ограничавала слобода уређивања облигационих односа (члан 10 ЗОО).“⁷⁶ На другој страни су мишљења да слобода повериоца ипак трпи извесна ограничења. По једном мишљењу, она је ограничена начелом савесности и поштења.⁷⁷ По другом мишљењу, менични поверилац слободан је да сам одреди битне меничне елементе, док му је за уношење небитних елемената потребно посебно овлашћење. Што се тиче меничне својте ограничен је плафоном меничног бланкета (висином таксе), а у погледу одређивања рокова доспелости не би смео уносити краће рокове од уобичајених.⁷⁸ Ми се приклањамо становишту да начело савесности и поштења одређује крајњи домет слободе имаоца бланко менице да попуни њене битне елементе, у недостатку споразума о издавању менице, односно одредба о томе у уговору о основном правном послу. При том суд мора узети у обзир конкретне околности случаја и ценити дејство овог начела у светлу тих околности.

Закључци Врховног суда Хрватске из 2007. године

У хрватској судској пракси појавила су се размимоилажења у погледу права имаоца бланко менице да самостално одређује рок доспелости менице. Повод је била пракса банака да у споразум о издавању менице уносе клаузулу којом се поверилац овлашћује да у меницу унесе рок доспелости по својој вољи. Ради уједначавања судске праксе Грађански одјел Врховног суда Хрватске заседао је априла 2007. и усвојио следеће закључке:

„Бјанко мјеница издана ради осигурања кредита попуњава се у складу са међусобним споразумом вјеровника и дужника. Ако нема по-

⁷⁶ Јанковец, *Значај апстрактног карактера...*, *op. cit.*, стр. 643.

⁷⁷ Павићевић, Мићовић, *op. cit.*, стр. 34. Guinio, *op. cit.*, стр. 234.

⁷⁸ Бартош, *et al.*, *op. cit.*, стр. 170.

себног споразума о попуњавању мјеничне исправе, ималац мјенице ју је дужан попунити у складу са увјетима и роковима отплате из основног посла. Приговори на означену доспјелост могу се успешно истицати према вјеровнику из основног посла, а према будућем имаоцу само ако ју је стекао злонамјерно или је при стјецању поступао с великом непажњом.⁷⁹

„Ништава је одредба споразума о попуњавању бјанко мјенице по којој је ималац бјанко мјенице овлаштен по својој вољи учинити бјанко мјеницу доспјелом. У том случају доспјелост мјенице се одређује у складу с основним правним послом.“⁸⁰

Наведени закључци су критиковани у хрватској правној литератури.⁸¹ Замера им се крутост, при чему та крутост произлази из садржане образложења које прати закључке. У образложењу уз први закључак даје се предност условима из основног правног посла у односу на садржину споразума о издавању менице: „Према томе, и одредбе мјеничног очитовања за бјанко акцептиране мјенице коју су потписали сви туженици да тужитељ као вјеровник може мјеницу у свако доба испунити за износ свог доспјелог потраживања, по својој вољи домицилирати и учинити доспјелим, те захтијевати наплату потраживања те да се корисник одриче било каквог приговора по основи наведене мјенице, не искључује примјену законске одредбе из чл. 16 ст. 2 Закона о мјеници која даје право мјеничним дужницима истицати приговор из основног правног посла да мјеница није попуњена у складу с основним послом. “Наведеним образложењем се без икаквог основа даје предност уговору из основног правног посла у односу на споразум о издавању менице. Одредба чл. 16 ст. 2 ЗМХ искључиво говори о попуњавању менице супротном споразуму, не помињући споразум из основног правног посла. Према томе, то може бити и посебан споразум о издавању менице. Ако су дужник и поверилац из основног правног посла закључили и посебан споразум о издавању менице, попуњена бланко меница мора се ценити најпре у светлу тог споразума.⁸² Услови основног правног посла могу се применити тек уколико споразум о издавању менице не уређује

⁷⁹ Закључак бр. 100 са седнице Грађанског одјела Врховног суда Хрватске од 16. 4. 2007.

⁸⁰ Закључак бр. 101 са седнице Грађанског одјела Врховног суда Хрватске од 16. 4. 2007.

⁸¹ Вид. Guinjo, *op. cit.*, стр. 229 и даље.

⁸² Поједини аутори иду толико далеко да овлашћење за употребу бланко менице чине зависним од постојања овлашћења за њену попуну. Ивањко, *Плехоје...*, *op. cit.*, стр. 246. Други истичу да бланко меница и менични споразум чине облигаторно јединство до тренутка попуњавања менице. Жугић, *op. cit.*, стр. 22.

неки њен елемент, у складу са ставом који преовлађује у нашој теорији и судској пракси.

У образложењу уз закључак бр. 101 наводи се „да је одредба мјеничног очитовања по којој је тужитељ овлаштен сам испунити бјанко мјеницу тако да одреди дан доспјелости по својој вољи ништава. Наиме, таква је одредба у супротности с одредбама Закона о мјеници које говоре о доспјелости мјенично правне обвезе и застари мјенично правних захтјева.“ И овај став Врховног суда Хрватске је неправилан, јер бланко меница, према раније изнетом општеприхваћеном становишту, још увек није меница. Отуда се на њу не могу примењивати правила меничног права о одређивању рока доспелости и роковима застарелости меничних потраживања. Како је већ истакнуто, сврха издавања бланко (непотпуне) менице је управо у томе да приликом закључења уговора из основног правног посла још увек нису познати сви елементи које је неопходно попунити како би меница била пуноважна, а пре свега износ своте новца коју дужник дугује и датум доспећа његове обавезе. Тек када се бланко меница попуни, на њу се могу применити правила меничног права о одређивању рокова доспелости у меници и застарелости менично-правних потраживања.

Можемо се сложити с тим да је споразум којим се овлашћује менични поверилац да одреди рок доспелости по својој слободној вољи супротан основним правилима облигационог права. У том случају заправо ни нема споразума уговорних страна о року доспелости, већ се једној страни даје пуна слобода да самостално одреди тај рок. Таква клаузула у меничном споразуму није у складу са одредбом члана 47 ЗОО, јер је обавеза повериоца неодређена и неодредива. Она се такође супротставља начелу свесности и поштења (члан 12 ЗОО), начелу поштовања добрих пословних обичаја (члан 21 ЗОО) и јавном поретку и добрим обичајима (члан 51 ЗОО). Таква је клаузула ништава због њене супротности општим правилима облигационог права, а не због тога што је супротна одредбама меничног закона.

Спорно је и становиште ВСХ да је ималац бланко менице дужан да у њој означи рок доспећа у складу са роком доспелости основног правног посла. Оно је прихватљиво ако се тумачи тако да ималац менице не може у њој означити доспелост пре доспелости обавезе из основног правног посла. С друге стране, нема разумних аргумената да се забрани имаоцу менице да у њој означи неки каснији рок доспелости, при чему има места за дискусију о потреби ограничавања крајњег рока до када

ималац бланко менице може меницу попунити и поднети на наплату.⁸³ Обавезивањем меничног повериоца да у бланко меници означи рок доспелости у складу са роковима доспећа потраживања из основног правног посла прекомерно се ограничава слобода уговорних страна да своје менично-правне односе уреде по слободној вољи и обесмишљава сврха постојања бланко менице. То правило, иако наизглед штити меничног дужника, у стварности му штети. Поверилац који је обавезан да у меницу унесе рок доспелости који је у складу са доспелошћу обавезе из основног правног посла, мораће пожурити са наплатом менице да меница не би била прејудицирана. У супротном, ако је слободан да упише и неки каснији рок, биће у прилици да одгоди поступак принудне наплате менице.

Треће, не сме се занемарити да се одредбом чл. 16 ст. 2 ЗМХ (чл. 18 ст. 2 ЗМРС и ЗМФБиХ) не прави разлика у правном положају имаоца менице који је и поверилац из основног правног посла и других имаоца менице. Свима њима дужник може ставити приговор попуњавања менице супротно споразуму само ако су приликом стицања менице поступали злонамерно или с крајњом непажњом. Ако је поверилац бланко меницу стекао у доброј вери, нема места стављању приговора да споразум није испоштован, било да је реч о споразуму о издавању менице или споразуму из основног правног посла. Само такав став се може извести језичким тумачењем наведене одредбе.⁸⁴

Новија судска пракса у Републици Српској

У светлу изнетих разматрања пажњу завређује недавна пресуда Вишег привредног суда у Бањој Луци.⁸⁵ Предмет спора била је туж-

⁸³ Бартош, *et al.*, *op. cit.* стр. 170, износи становиште да право на попуно бланко менице у начелу не застарева. Guinjo, *op. cit.*, стр. 237, истиче да везивање проблематике означавања застарелости са застарелешћу потраживања из основног посла, с једне стране, а са друге стране, са застарелешћу меничне обавезе, није прихватљиво нити правно конзистентно. Он с правом подсећа на чињеницу да се уговарањем стварноправних средстава обезбеђења анулирају рокови застарелости основног правног посла.

⁸⁴ Треба имати у виду да је одредба о непотпуној меници у Јединственом меничном закону сврстана у Главу прву – Издавање и форма меница. Приликом доношења Закона о меници ФНРЈ та је одредба премештена у Главу другу – Индосамент. Текст Закона о меници ФНРЈ је практично у неизмењеном облику преузет у правне системе држава насталих на подручју бивше Југославије. Системским тумачењем наша судска пракса изводи став да су само индосатари заштићени од приговора попуне менице супротно споразуму, док се то правило не односи на ремитента.

⁸⁵ 59 0 Пс 025986 16 Пж 6 од 30. 5. 2017.

ба за поништај меница издатих као средство обезбеђења уз уговор о заједничком улагању. Тим уговором тужилац и тужени су се споразумели да заједнички граде објекат, а пошто тужилац у улози извођача радова није имао довољно својих средстава, тужени је пристао да му да позајмицу у износу од један милион евра. Рок враћања позајмице није био одређен уговором, већ је требало да уговорне стране о томе накнадно постигну споразум. Као средство обезбеђења враћања позајмице, тужилац је туженом предао седам бланко меница. Уз менице, предао је туженом и меничну изјаву којим га је овластио да „у случају неизмирења обавеза преузетих по уговору, наведене мјенице може попунити до износа од 1 мил. евра“. Иако је тужени позивао тужиоца да закључе анекс уговора којим ће одредити рок враћања позајмице, тужилац на то није пристајао. Тужени је због тога раскинуо уговор и покушао да наплати дуг подносећи менице на наплату. Попунио је и сукцесивно подносио на наплату три од укупно седам предатих бланко меница, јер тужилац није имао довољно средстава на рачуну, па је тужени успео да наплати само мали део од свог потраживања. Сваки пут је уносио други износ меничне своте, али никада већи од један мил. евра, и други датум доспећа менице. У намери да осујети наплату дуга, тужилац је поднео тужбу којом је тражио поништај свих седам меница, попуњених и непопуњених.

Суд је одбио захтев за поништај четири непопуњене менице, с правом констатујући да бланко менице нису менице у смислу ЗМРС, али је усвојио тужиочев захтев да се огласе ништавим три попуњене менице. Разлог за поништај суд је нашао у чињеници да три менице имају означене различите рокове доспелости, супротно чл. 34 ст. 2 ЗМРС, који одређује да су ништаве менице са више рокова доспелости. У погледу прве менице суд је нашао још да датум који је означен као рок доспелости менице наступа пре истека рока доспелости основног правног посла. Суд се позвао на чињеницу да тужилац и тужени нису договорили рок враћања позајмице и да треба применити диспозитивну законску одредбу из члана 562 ст. 2 ЗОО. Том одредбом прописано је да ако уговарачи нису одредили рок враћања зајма, нити се он може одредити из околности зајма, зајмопримац је дужан да врати зајам у примереном року који не може бити краћи од два месеца рачунајући од дана када је зајмодавац тражио да му се зајам врати.

Пресуда је спорна са више аспеката. Најпре, изненађује чињеница да суд посматра све три попуњене менице као један правни посао, констатујући да су попуњене на различите износе и да имају означене

различите рокове доспелости. Начело апстрактности и начело самосталности меничне обавезе дозвољавају да више меница које су издате у вези са једним истим основним правним послом имају означене различите своте и различите рокове доспелости. Забрана означавања више рокова доспелости из чл. 34 ст. 2 ЗМРС односи се на ситуацију када се у **једну исту** меницу уноси више рокова – тзв. оброчне менице, код којих обавезе доспевају у ратама.⁸⁶

Друго, ако се и прихвати становиште суда да потраживање није било доспело на дан означен као рок доспећа прве менице, јер није било протекло два месеца откако је тужени позвао тужиоца да му врати дуг, то становиште није решило питање пуноважности друге две менице у које су унети каснији рокови доспећа. Суд се није изјаснио у погледу чињенице да ли су те менице имале правилно означене датуме доспећа, односно да ли је поверилац имао право да у бланко меницу унесе и неки каснији датум од датума доспећа потраживања из основног правног посла одређеног у складу са чл. 562 ст. 2 ЗОО. Забрана уписивања каснијег датума доспећа у преостале менице поништила би смисао постојања бланко менице и супротставила се начелу савесности и поштења и начелу ефикасности у судским поступцима. Уместо да брзо и једноставно наплати дуг подношењем менице на наплату, дужнику се омогућује да злоупотребљава своја права, тако што се приморава поверилац да подноси тужбу због неоснованог обогаћења.

Треће, суд је у потпуности пренебрегао чињеницу да је уговор на основу кога је дата позајмица раскинут пре подношења меница на наплату, те да су наступиле правне последице раскида двострано-обавезних уговора, прописане чл. 132 ЗОО. Спречавањем туженог да поднесе менице на наплату дозвољава се дужнику који се неосновано обогатио да задржи примљени износ. То је у супротности са начелом савесности и поштења и супротности са нашом досадашњем судском праксом, која дозвољава повериоцу да бланко менице искористи у циљу наплате преосталог дуга и након престанка основног правног посла.

Иако је суд добио да решава о захтеву за поништај преостале четири бланко менице, суштински је поверилац спречен да и њих користи, јер попуном рока доспећа у тим меницама на неки каснији датум и подношењем меница на наплату ризикује да дужник опет води спор против њега и захтева поништај преостале четири менице, позивајући са на правоснажну пресуду донету у његову корист.

⁸⁶ Бартош, *et al.*, *op. cit.*, стр. 64, Васиљевић, *op. cit.*, стр. 478, Јанковец, *Привредно право, op. cit.*, стр. 682.

Закључак

Правила меничног права развијана су у упоредном праву стотинама година и много пута су проверена и потврђена. Доказ за то је Закон о меници бивше Југославије, који важи на нашим просторима већ више од 70 година без битнијих измена. Упоредно и наше менично право допушта издавање бланко менице и нема никаквих назнака да ће се нешто у том погледу мењати. Уврежено је мишљење да предајом бланко меница повериоцу дужник преузима велики ризик, посебно ако нема закљученог споразума о издавању менице и ако је меница индосирана. Несавестан поверилац у таквом случају лако може наплатити непостојећи дуг. Међутим, не сме се изгубити из вида да је меница широко прихваћена као средство обезбеђења управо због сигурности који пружа повериоцу и брзине наплате потраживања. Те особине проистичу из меничних начела, чврсто утемељених у меничном праву – начелима апстрактности, самосталности, непосредности, савесности и др. У одсуству тих особина менице кредитори се не би лако одлучивали да дају позајмице и кредит, а то није у интересу нити дужника ни привреде у целини. Због тога новија пракса наших судова да се правила меничног права натегнуто тумаче у корист дужника и на штету повериоца, осим што није законита, нема никаквог економског нити моралног оправдања.

Dijana Marković-Bajalović, Ph. D.
Full professor, University in Istočno Sarajevo

THE INCOMPLETE BILL OF EXCHANGE IN THE LIGHT OF PRINCIPLES OF THE LAW ON BILLS OF EXCHANGE

Summary

The issuance of an incomplete (bianco) bill of exchange is allowed in accordance of Art. 10 of the Geneva Uniform Law on Bills of Exchange and Promissory Notes. The bianco bill of exchange is commonly used as a security in creditor-debtor relations in states existing in the territory of former

Yugoslavia, all of them being parties to the Geneva Convention. The debtor, by handing over an incomplete bill of exchange to his creditor, takes a great risk that the creditor will fill the missing elements of the bill contrary to their prior agreement. The debtor can rely on certain principles governing the law on bills of exchange to defend himself, such as the good faith principle and the right to set up personal defences in accordance with Art. 17 of the Geneva Convention. However, these principles serve as an exemption to the general rule that obligations arising from bills of exchange are abstract in their nature and, therefore, their effect is restricted. In the recent practice of Croatian and BH courts the abstract nature of bills of exchange has been neglected to protect unduly the debtor. The author criticises these practices, pointing out that the good faith principle protects creditors as well and appealing the courts to respect the specific principles of the bills of exchange law.

УДК: 336.227.8(4-672EU)

doi 10.7251/PR5117309R

Излагање са научног скупа

STATUSNE PROMJENE I HARMONIZACIJSKI PROCES

Dr. sc. Edin Rizvanović*

Apstrakt: Autor u radu analizira temeljne aspekte statusnih promjena u Federaciji BiH. Tržišni nastup privrednih subjekata implicira potrebu donošenja poslovnih odluka u smislu poboljšanja tržišnog udjela na mjerodavnom tržištu, odnosno u pogledu izbjegavanja neželjenog ishoda – napuštanja tržišta. Statusne promjene: spajanje, pripajanje i podjela predstavljaju jedan od modaliteta tržišnog reorganiziranja privrednih društava, koje su u biti praćene gašenjem pravnog subjektiviteta, svih ili pojedinih sudionika. To ujedno znači da se promjene odražavaju prije svega na društvo, koje, za razliku od preduzeća, ima svojstvo subjekta prava. Promjena oblika društva upućuje na jednostavniji proces koji je u osnovi internog karaktera. Zakon o privrednim društvima FBiH (2015) regulira statusne promjene prvenstveno kod društava kapitala, bez cjelovitog normiranja podjele kod istih, dok je promjena oblika kod društva sa ograničenom odgovornošću istaknuta na prvo mjesto. Značajan segment statusnih promjena predstavljaju plan reorganizacije i odvojeno upravljanje imovinom. Sadržina i primjena propisa iz ove oblasti ima implikacije na konkurenciju, oporezivanje, te ishod stečajnog postupka, uz naglašeniji interaktivni odnos prema harmonizacijskom procesu.

Ključne riječi: statusne promjene, plan reorganizacije, odvojeno upravljanje imovinom, pravni subjektivitet, tržišno natjecanje, fiskalni sistem, stečaj, harmonizacijski proces.

1. Uvod – opće napomene

Ekonomski razlozi statusnih promjena prvenstveno se odnose na koncentraciju kapitala i uvođenje novih tehnologija i znanja, što ima za cilj ja-

* Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru.

čanje konkurentске sposobnosti na tržištu učesnika tih procesa. Ovi postupci mogu imati za posljedicu stvaranje monopolskog položaja na tržištu, čime se ugrožava konkurencija na tržištu, i time producira niz negativnih posljedica: slabiji izbor i skuplji proizvodi, lošiji kvalitet, narušavanje tržišne ravnoteže, opadanje proizvodnje, rast nezaposlenosti. Propisima antimonopolskog prava svaka država nastoji osujetiti i sankcionirati ovakvo ponašanje. Pored toga, statusne promjene treba kontekstualizirati sa modalitetima prestanka društva i fiskalnim propisima.

Statusne promjene privrednih društava mogu biti izražene kao spajanje, pripajanje i podjela¹. Spajanje i pripajanje mogu se jednim imenom označiti kao fuzija. Osim ovih promjena, koje za posljedicu imaju gašenje svih ili nekih od učesnika u procesu, postoji i promjena oblika društva koja ne uključuje gubitak pravnog subjektiviteta učesnika. Iz navedenog razloga promjena oblika ne nosi sa sobom mogućnost sukcesije. Poslije promjene oblika ostaju isti članovi društva, s tim da se mijenja obim prava i obaveza članova društva, kao i njihov odnos prema društvu. Obaveze prema povjeriocima ostaju iste. Prema federalnim propisima, referirajući na član 64 st. 5 ZPD-a FBiH: „Svako društvo, isključujući društvo sa neograničenom solidarnom odgovornošću i otvoreno dioničko društvo može promijeniti oblik“ .

U slučajevima spajanja, pripajanja, ili podjele društva, dioničari ili vlasnici udjela spojenog ili pripojenog društva... dobijaju dionice (udjele) društva sljednika, uz mogućnost isplate u novcu do 10% ukupne nominalne vrijednosti dionica (udjela) koje društva sljednici emitiraju na tom temelju.² Odluku o spajanju i pripajanju društva, u društvima kapitala, donosi skupština društva, s tim da u postupku spajanja istovjetnu odluku moraju donijeti sva društva koja se spajaju, a u postupku pripajanja, istovjetnu odluku mora donijeti društvo koje se pripaja i društvo kojem se ono pripaja.³

¹ Prema članu 62 Zakona o privrednim društvima Federacije BiH (ZPD, Službene novine FBiH br. 81/15): „Društvo se može podijeliti prijenosom imovine i obaveza bez provođenja likvidacije na dva ili više društava, koja postaju njegovi pravni sljednici, solidarno odgovorni za njegove obaveze na jedan od sljedećih načina: pripajanjem, kada društvo koje se dijeli prenese na dva ili više postojećih društava ukupnu imovinu i obaveze, ili, osnivanjem novih društava, kada društvo koje se dijeli prenese na dva ili više novih društava ukupnu imovinu i obaveze“. Pravno je moguće podijeliti svaki oblik društva na dva ili više novih društava, u istom i drugom obliku. Za obaveze podijeljenog društva, prema trećim osobama, solidarno i neograničeno odgovaraju novonastala društva. U susjednoj Hrvatskoj podjela se ispoljava kao razdvajanje i odvajanje. Razdvajanje je prijenos sve imovine i obaveza na dva ili više novoosnovanih ili postojećih društava (društvo preuzimatelj). Pri odvajanju društvo prenosi jednu ili više djelatnosti na jedno ili više novoosnovanih ili postojećih društava (društvo preuzimatelj). Prijenosom djelatnosti se smatra prijenos cjelokupne imovine i obaveza koje se pripisuju dijelu društva koje organizacijski čini zasebno poslovanje.

² Član 64 st. 4 ZPD-a FBiH.

³ Odluka o spajanju, pripajanju ili promjeni oblika donosi se na temelju plana reorganizacije, koji

Spajanje kao statusna promjena, predstavlja postupak u kome se, prema članu 64 st. 1 ZPD-a, dva ili više društava mogu spojiti tako da prijenosom imovine i obaveza bez provođenja likvidacije osnuju novo društvo, koje je *ex lege* pravni sljednik (univerzalni sukcesor) spojenih društava. Odluku o odobrenju spajanja dioničkog društva donosi komisija za vrijednosne papire, shodno članovima 280 i 281 ZPD-a. Osim toga, uvažavajući potrebu zaštite interesa povjerilaca, utvrđuje se obaveza odvojenog upravljanja imovinom spojenih društava sve do namirenja povjerilaca, ili barem njihovog obezbjeđenja. Statusnom promjenom spajanja mogu se spojiti privredna društva istog tipa (npr. više dioničkih društava), ili različitih oblika (npr. dioničko društvo i društvo sa ograničenom odgovornošću). To znači da se ne mogu spajati društva kapitala sa personalnim društvima. Razlog za to je različit sistem odgovornosti članova društva za obaveze društva.

Kod pripajanja riječ je o statusnoj promjeni kojom se jedno ili više privrednih društava pripaja drugom društvu, pri čemu pripojeno društvo prestaje postojati kao samostalni poslovni subjekt, a društvo kome se pripojilo postaje njegov (njihov) pravni sljednik.⁴ Pripajanje se vrši prijenosom cjelokupne imovine društva koje se pripaja drugom društvu, koje u zamjenu za dionice pripojenog društva emitira svoje dionice ili udjele. Pripojeno društvo prestaje postojati bez provođenja postupka likvidacije. Sukcesor na ovaj način ne mijenja svoj pravni status, ali koncentracijom kapitala postaje jači.

Kod svih navedenih statusnih promjena obavezno se donosi plan reorganizacije, shodno članu 66 ZPD-a FBiH, kojim se, između ostalog, reguliraju pitanja zaštite članova društva (dioničara) i povjerilaca, i koji je, ujedno, temelj za donošenje odluke društva o statusnim promjenama. Prema članu 67 ZPD-a FBiH, plan reorganizacije obavezno sadrži:

- oblik, firmu i sjedište društava sudionika i društava sljednika,
- vlasnička prava dioničara ili članova društava prednika u društvu sljednika,
- opis, procjenu i raspodjelu imovine i obaveza društva prednika, koji se prenose na društvo sljednika, sa izvještajem revizora,
- datum od kojeg će vlasnici dionica ili udjela društva sljednika moći sudjelovati u dobiti i uvjete koji utječu na to pravo,

uprava ili nadzorni odbor, ili drugo tijelo svakog društva sudionika, ovlašteno osnivačkim aktom ili statutom, moraju pripremiti i o njemu obavijestiti dioničare, odnosno članove društva i povjerioce društva najmanje 30 dana prije datuma odlučivanja. Odluku o namjeravanoj reorganizaciji društvo je dužno objaviti u sredstvima javnog informiranja; član 66 ZPD-a FBiH.

⁴ Prema članu 64 st. 2 ZPD-a FBiH: „Društvo se može pripojiti prijenosom imovine i obaveza bez provođenja likvidacije drugom društvu, koje postaje njegov pravni sljednik.“

- datum od kojeg će se poslovi društva prednika računovodstveno iskazivati za društvo sljednika.

Uz to, plan reorganizacije, shodno članu 68 ZPD-a FBiH, obavezno sadrži pismeni izvještaj revizora o računovodstvenim iskazima društava sudionika, koji uključuje i:

- naznaku metoda korištenih u utvrđivanju omjera zamjene,
- mišljenje revizora je li primijenjena odgovarajuća metoda, naznaku vrijednosti do kojih bi se došlo korištenjem drugih metoda i mišljenje o relativnom značaju svake od metoda u utvrđivanju omjera zamjene,
- opis problema vrednovanja s kojim se revizor suočio.

Pri tome, članovi uprave društva i druge osobe koje su pripremile plan reorganizacije, i revizori koji su izvršili pregled i dali mišljenje za društva sudionike, odgovorni su za štetu neograničeno solidarno društvima sudionicima i njihovim dioničarima (članovima), ako u utvrđivanju omjera pri spajanju (pripajanju) društva nisu postupali po pravilima struke.⁵ Istovremeno, prije odlučivanja o planu reorganizacije, uprava društva sudionika dužna je svakom dioničaru, ili članu društva, na njegov zahtjev, dati na uvid ili predati kopiju plana reorganizacije, godišnjih finansijskih izvještaja društava sudionika za posljednje tri poslovne godine, vanredni finansijski izvještaj za tri mjeseca koja prethode izradi plana reorganizacije, ako su podaci u njemu stariji od šest mjeseci, s izvještajima i mišljenjem revizije.

Statusne promjene kod personalnih društava regulirane su u znatno manjoj mjeri u odnosu na društva kapitala. Tako, u članu 94 st. 3 ZPD-a stoji odredba prema kojoj „komanditno društvo može se transformirati u komanditno društvo na dionice“. Problem je dvojak – narušavanjem načela *numerus clausus*, zbog zakonskog izopćavanja komanditnog društva na dionice, omogućava se promjena oblika komanditnog društva, koji federalno tržište ne poznaje. Uz ovu odredbu ide i ona predviđena članom 64 st. 5 ZPD-a, koja referira na nemogućnost promjene oblika kod društva sa neograničenom odgovornošću.

2. Statusne promjene kod dioničkog društva

Dioničko društvo se, prema članu 279 st. 2 i 4 ZPD-a FBiH, spaja prijenosom imovine i obaveza (spojena društva) na novo dioničko društvo ili

⁵ Član 69 ZPD-a FBiH.

društvo sa ograničenom odgovornošću (društvo sljednik) koje u zamjenu za dionice spojenih društava emitira svoje dionice ili udjele. Otvoreno dioničko društvo može se spojiti s jednim ili više drugih društava samo na način da tim spajanjem osnuju novo otvoreno dioničko društvo. Istim članom, stavovima 1 i 3, regulirano je pitanje pripajanja, koje se u slučaju dioničkog društva vrši prijenosom imovine i obaveza (pripojeno društvo) drugom dioničkom društvu, ili društvu sa ograničenom odgovornošću (društvo sljednik), koje emitira svoje dionice ili udjele u zamjenu za dionice pripojenog društva. Pri tome, otvoreno dioničko društvo može se pripojiti samo drugom društvu koje će nakon pripajanja ispunjavati jedan od kriterija za otvoreno dioničko društvo.

U proceduru spajanja uključena je komisija za vrijednosne papire koja će odobriti spajanje dioničkog društva kada, uz radnje iz člana 280 ZPD-a, koji referira na odobrenje pripajanja dioničkog društva, dioničko društvo s drugim društvima s kojima se spaja: zaključi ugovor o spajanju, koji utvrđuje prestanak spojenih društava na dan konstituiranja društva sljednika, zatim pripremi statut društva sljednika, te većinom glasova svih dionica s pravom glasa izabere tijela društva sljednika.

Komisija će odobriti pripajanje dioničkog društva ako:

- a) skupština pripojenog društva i društva sljednika donesu istovjetne odluke o pripajanju,
- b) zahtjev za odobrenje pripajanja potpišu članovi nadzornog odbora, koji su glasali za prijedloge odluka o pripajanju i članovi uprave koji su predložili plan reorganizacije i odluke o pripajanju,
- c) komisija ocijeni da pripajanje ne ugrožava prava dioničara i povjerenilaca dioničkog društva.

Odluka o pripajanju, prema slovu zakona – član 280 ZPD-a, obavezno sadrži odredbe o: povećanju temeljnog kapitala društva sljednika⁶, broju i klasi dionica ili udjela koje društvo sljednik emitira u zamjenu za dionice ili udjele pripojenih i spojenih društava, datumu početka korištenja prava sadržanih u dionicama ili udjelima društva sljednika, vremenu i načinu emisije dionica ili udjela društva sljednika, doplati za dionice ili udjele društva sljednika ili isplata dioničarima ili članovima pripojenih i spojenih društava od društva sljednika, datumu pripreme bilansa stanja i bilansa uspjeha na temelju kojih se vrši spajanje ili pripajanje, te datumu podnošenja komisiji zahtjeva za odobrenje spajanja ili pripajanja.

⁶ Član 282 st. 2 i 3 ZPD-a FBiH: „Povećanje temeljnog kapitala društva sljednika može se vršiti samo emisijom novih dionica ili udjela. Doplate iz st. 1 tačka e) ovog člana ne mogu biti veće od 10% nominalne vrijednosti dionica potrebnih za realizaciju spajanja.“

Komisija je dužna donijeti odluku o zahtjevu za odobrenje ovih statusnih promjena najkasnije u roku od 60 dana, od dana prijema zahtjeva. Na temelju odluke komisije vrši se upis statusne promjene dioničkog društva u registar društava. Društvo sljednik dužno je registru podnijeti prijavu za upis opoziva dionica spojenog ili pripojenog društva i upis dionica društva sljednika, najkasnije osam dana od dana upisa u registar društava. Bitan moment u cjelokupnoj proceduri, na generalnoj ravni, posebno u kontekstu načela pravne sigurnosti, predstavlja uređenje pitanja upravljanja imovinom spojenih društava – član 284 ZPD-a FBiH, po kojem se imovinom spojenih društava upravlja odvojeno, na način da je, u odnosu spojenih društava, i odnosu prema povjeriocima, odvojeno predstavljena imovina svakog od spojenih dioničkih društava. Društvo sljednik je, pri tome, dužno da, prema vlastitoj procjeni, tri puta, u vremenskom intervalu od 15 do 30 dana, objavi da napušta odvojeno upravljanje imovinom spojenih društava, te pozove povjerioce da, najkasnije šest mjeseci od treće objave, društvu prijave potraživanja nastala prije upisa spajanja u registar društava. U svakom slučaju, odvojeno upravljanje imovinom spojenih društava ne smije se napustiti prije isteka navedenog roka i ispunjavanja obaveza prema povjeriocima, koji su od društva sljednika zahtijevali isplatu ili osiguranje potraživanja.

Jedna od značajnijih promjena u novom ZPD-u (2015) referira na podjelu dioničkog društva, što je učinjeno članovima 297-301 zakona. Ovim odredbama se uređuju modaliteti podjele društva: podjela društva razdvajanjem s osnivanjem, i podjela društva razdvajanjem sa preuzimanjem, te ovlasti komisije za vrijednosne papire u navedenom postupku. Član 297 kroz četiri stava propisuje sljedeće: „Dioničko društvo se može podijeliti prijenosom ukupne imovine i obaveza, na jedan od sljedećih načina: podjela društva razdvajanjem s osnivanjem i podjela društva razdvajanjem sa preuzimanjem. Podijeljeno društvo iz prethodnog stava prestaje postojati bez postupka likvidacije. Odluku o podjeli društva skupština donosi dvotrećinskom većinom zastupljenih dionica s pravom glasa. Dioničari društva koje se dijeli stječu dionice u novim društvima ili društvima preuzimateljima razmjerno udjelima koji su im pripadali u društvu koje se dijeli, sukladno planu reorganizacije“ .

Podjela društva razdvajanjem s osnivanjem uređena je članom 299 ZPD-a na način da ovom vrstom podjele društvo prenosi svoju ukupnu imovinu i obaveze na dva ili više osnovanih društava, a dioničari društva koje se dijeli dobijaju dionice novih društava. Pri tome, zbir nominalnih iznosa temeljnih kapitala novih društava nakon podjele mora biti najmanje istovjetan nominalnom iznosu temeljnog kapitala društva koje se dijeli kakav je bio

prije podjele. Istovremeno, skupština društva koje se dijeli donosi odluke o usvajanju statuta društva, imenovanju članova nadzornog odbora i odbora za reviziju društava koja nastaju podjelom. Navedene odluke skupštine smatraju se odlukama donesenim u postupku simultanog osnivanja dioničkog društva.

Podjelom društava preuzimanjem (član 300 ZPD-a) društvo prenosi svoju ukupnu imovinu i obaveze na više postojećih društava, a društva koja stječu tu imovinu izdaju dionice dioničarima društva koje se dijeli. Na podjelu društva preuzimanjem, prema članu 301 ZPD-a, shodno se primjenjuju odredbe ovog zakona koje reguliraju pripajanje društva i podjelu društva razdvajanjem s osnivanjem.

Obaveze komisije u navedenom kontekstu statuirane su članom 298 ZPD-a, na način da je komisija dužna donijeti odluku o zahtjevu za podjelu društva najkasnije u roku 60 dana od dana prijema zahtjeva. U proceduralno-statusnom smislu, ukoliko je riječ o slučaju podjele društva razdvajanjem s osnivanjem, komisija će rješenjem o podjeli istodobno odobriti i upis društva nastalog podjelom, dok u slučaju podjele društva razdvajanjem s preuzimanjem komisija, pored rješenja o podjeli, donosi i rješenje o odobrenju pripajanja shodno odredbama zakona o pripajanju dioničkog društva.

3. Društvo sa ograničenom odgovornošću i statusne promjene

U pogledu statusnih promjena kod društva sa ograničenom odgovornošću, kroz praćenje odredaba ZPD-a FBiH, potrebno je istaći nekoliko bitnih elemenata. Prvo, i pored činjenice da je društvo sa ograničenom odgovornošću najzastupljeniji oblik poslovnog organiziranja u Federaciji BiH, sa učešćem u ukupnoj strukturi privrednih društva od cca 98%, osnovni pravni izvor, u navedenom pogledu, nudi nam vrlo malo odredaba kojima se regulira pitanje statusnih promjena. U tom kontekstu, istovremeno, promjeni oblika društva, iako u praksi rijetko zastupljenoj, kroz zakonske odredbe posvećuje se više pažnje (članovi 353 i 354 ZPD-a) nego spajanju i pripajanju – članovi 355 i 356 ovog zakona. Uz to, u navedenom dijelu nema reguliranja podjele društva sa ograničenom odgovornošću, niti pozivanja na proceduru koja se tiče regulatornog organa – komisije za vrijednosne papire.

Statusne promjene spajanje i pripajanje, kroz član 355 ZPD-a, tretiraju se zajedno, na način da se društvo sa ograničenom odgovornošću može spojiti s drugim društvom, sa ograničenom odgovornošću ili dioničkim društvom, ili

pripojiti jednom od njih, ali ne prije isteka dvije godine od dana upisa društva u registar društava. Osim ovog „poistovjećivanja“ spajanja i pripajanja, ZPD, navedenom odredbom, uvodi vremensko ograničenje u pogledu mogućnosti samostalnog (interesnog) nastupa na tržištu, odnosno u pogledu prilagođavanja tržišnim promjenama, što, istovremeno, treba dovesti u kontekst tržišne zastupljenosti društva sa ograničenom odgovornošću.

Kada je u pitanju odnos prema imovini spojenih društava (član 356 ZPD-a), koje je bitno sa stanovišta interesa povjerilaca i načela pravne sigurnosti, važi, kao i u slučaju dioničkog društva, princip odvojenog upravljanja imovinom: „Imovinom spojenih društava upravljat će se odvojeno, tako da je u odnosu spojenih društava i odnosu prema povjeriocima odvojeno predstavljena imovina svakog od spojenih društava. Društvo sljednik je dužno, prema vlastitoj procjeni, tri puta, u razmacima ne kraćim od 15 ni dužim od 30 dana, objaviti da napušta odvojeno upravljanje imovinom spojenih društava i pozvati povjerioce da, najkasnije 6 mjeseci od treće objave, društvu sljednika prijave potraživanja nastala prije upisa spajanja u registar društava. Odvojeno upravljanje imovinom ne smije se napustiti prije isteka roka iz prethodnog stava i ispunjavanja obaveza prema povjeriocima, koji su od društva sljednika zahtijevali isplatu ili osiguranje potraživanja. Na kraju, Zakon o privrednim društvima Federacije BiH, članom 367, regulira pitanje kaznene odgovornosti, navodeći, između ostalog, da će za prekršaj biti kažnjeno društvo (500–200.000 KM) i odgovorna osoba u društvu (50–20.000 KM), i u slučaju statusnih promjena, i to ukoliko ne osigura odvojeno upravljanje imovinom spojenog ili pripojenog društva shodno odredbama člana 356 ZPD-a.

4. Ostali relevantni propisi

Pored najvažnijeg pravnog izvora – Zakona o privrednim društvima, za oblast statusnih promjena značajni su i fiskalni propisi, prije svega Zakon o porezu na dobit, zatim stečajni propisi, te propisi koji reguliraju oblast nedozvoljenog tržišnog djelovanja, među kojima je posebno bitan Zakon o konkurenciji. Polazeći od fiskalnih propisa, treba reći da je raniji Zakon o porezu na dobit FBiH, normirajući oporezivanje kod statusnih promjena – spajanje, pripajanje, podjela, činio konfuziju, poistovjećujući statusne promjene sa promjenom oblika. U svakom slučaju, ono što je tada za zakonodavca bila promjena oblika društva (spajanje, pripajanje, podjela), takva situacija – promjene oblika društva, nije utjecala na oporezivanje. Novi Zakon o porezu na

dobit FBiH (Službene novine Federacije BiH br. 15/16), članom 27 čini djelomičan otklon prema ranijim rješenjima: „Pravni sljednik sačinjava poreznu prijavu i utvrđuje poreznu osnovicu u skladu sa ovim zakonom usklađivanjem dobiti iskazane u finansijskom izvještaju za razdoblje od dana statusne promjene do kraja poreznog razdoblja. Ukoliko postoji kontinuitet u oporezivanju prilikom spajanja, pripajanja, podjele i promjene oblika pravne osobe, te obveznik nastavlja djelatnost, porezna obaveza se utvrđuje na način kao i da nije bilo statusne promjene. Kontinuitet u oporezivanju postoji ako pri prijenosu na pravnog sljednika isti nastavljaju voditi knjigovodstvene vrijednosti imovine i obaveza, odnosno da ne dolazi do promjena u vrijednosti kod sljednika. Ako se prilikom spajanja, pripajanja i podjele ne nastavljaju voditi iste knjigovodstvene vrijednosti preuzete imovine i obaveza, razlika kapitala koja iz promjene proizlazi uključuje se u poreznu osnovicu pravnog sljednika“. Da se radi samo o parcijalnoj promjeni ukazuje član 18 Zakona o porezu na dobit Republike Hrvatske⁷, koji, tretirajući promjenu oblika, kao specifičnu, supstancijalno drugačiju statusnu promjenu, određuje: „Ako porezni obveznik mijenja pravni oblik, pri čemu se nastavljaju knjigovodstvene vrijednosti imovine i obaveza, promjena ne utječe na oporezivanje. Ako se pak ne nastavljaju knjigovodstvene vrijednosti, razlika kapitala koja iz promjene proizlazi smatra se oporezivom dobiti“.

Zakon o privrednim društvima FBiH kroz nekoliko odredaba propisuje načine mogućeg prestanka društva. Tako, prema članu 73 ZPD-a, društvo prestaje, između ostalog, u slučaju spajanja, pripajanja i podjele. Skoro istovjetna odredba sadržana je u članovima 285 i 357 ZPD-a FBiH koji propisuju modalitete prestanka dioničkog društva, odnosno društva sa ograničenom odgovornošću. Pored navedenog, statusne promjene se javljaju u dijelu ZPD-a koji propisuje načine povećanja kapitala, u ovom slučaju uvjetnog povećanja kapitala kod dioničkog društva – član 147 ZPD-a, prema kojem odluku o uvjetnom povećanju temeljnog kapitala skupština dioničkog društva donosi (i) u slučaju spajanja i pripajanja više dioničkih društava.

Kada je u pitanju veza između statusnih promjena i stečajnih propisa, onda se prije svega misli na odredbe o stečajnom planu, odnosno o reorganizaciji stečajnog dužnika, koje su sadržane u Zakonu o stečajnom postupku Federacije BiH (ZSP, Službene novine FBiH br. 29/03, 32/04 i 42/06). Stečajni plan se prema slovu zakona sastoji iz dva dijela: pripremnih osnova i osnova za provođenje plana. U pripremnim osnovama naznačavaju se mjere koje su poduzete prije otvaranja stečajnog postupka, odnosno koje tek treba

⁷ Narodne novine br. 177/04, 90/05, 57/06, 146/08, 80/10, 22/12, 148/13, 143/14, 50/16.

poduzeti s ciljem stvaranja realnih mogućnosti za ostvarenje prava učesnika u stečajnom planu. S druge strane, osnove za provođenje plana sadrže temeljne odrednice o promjeni pravnog položaja stečajnog dužnika i drugih učesnika. Ukoliko stečajni plan prihvate stečajni dužnik i povjerioci, onda odluku o njemu donosi stečajni sud rješenjem o prihvatanju ili odbacivanju stečajnog plana. Potvrđeni stečajni plan ima snagu izvršne sudske isprave. Pravomoćnošću rješenja o potvrđivanju stečajnog plana stečajni povjerioci sa utvrđenim potraživanjima koja nisu osporena imaju pravo da pokrenu postupak prinudnog izvršenja protiv stečajnog dužnika. Stečajnim planom ovlaštteni podnositelac može predložiti, shodno članu 142 ZSP-a, da se umjesto stečaja nad imovinom stečajnog dužnika omogući, pored ostalog, vršenje statusne promjene spajanja ili pripajanja, odnosno da se prenese dio ili sva imovina stečajnog dužnika na jedan ili više postojećih poslovnih subjekata, ili subjekata koji će se tek osnovati.

Zakon o konkurenciji BiH, kojim se regulira vrlo važna društvena oblast – pitanje fer tržišnog nadmetanja, primjenjuje se na privredna društva, preduzeća i preduzetnike, bez obzira na oblik vlasništva, sjedište ili prebivalište.⁸ Prema temeljnom pravnom izvoru, tri su oblika zabranjenog konkurencijskog djelovanja: restriktivni sporazumi, zloupotreba dominantnog položaja i koncentracije. Ovaj treći oblik je najznačajniji u kontekstu tretirane teme, pa tako, članom 12 ZoK-a, koncentracijom se smatra: spajanje ili pripajanje privrednih subjekata, ili dijelova privrednih subjekata, zatim stjecanje kontrole ili prevladavajućeg utjecaja, te zajedničko ulaganje na dugoročnoj osnovi.

Privredni subjekti su dužni namjeravanu koncentraciju prijaviti konkurencijskom vijeću⁹, kada su ispunjeni sljedeći uvjeti:

- a) da ukupni godišnji prihod učesnika koncentracije ostvaren prodajom robe i/ili usluga na svjetskom tržištu iznosi 100 miliona KM po završnom računu u godini koja je prethodila koncentraciji, pri čemu je najmanje jedan privredni subjekt, učesnik koncentracije, registriran na teritoriji BiH;
- b) da ukupni godišnji prihod svakog od najmanje dva privredna subjekta, učesnika koncentracije, ostvaren prodajom robe i/ili usluga na tržištu BiH iznosi najmanje 5 miliona KM po završnom računu u godini koja je prethodila koncentraciji, ili ako je njihovo zajedničko učešće na relevantnom tržištu veće od 40%.

⁸ Član 2 Zakona o konkurenciji (ZoK), Službeni glasnik BiH br. 48/05.

⁹ Član 14 ZoK-a.

U ukupni godišnji prihod neće se računati prihod koji ti privredni subjekti ostvare međusobnom razmjenom. U slučaju kada se koncentracija odnosi na spajanje ili pripajanje dijela ili dijelova jednog ili više privrednih subjekata pri izračunavanju prihoda obračunavat će se samo prihod onih dijelova privrednog subjekta koji su predmet kontrole koncentracije. U navedenom smislu, dvije ili više koncentracija provedenih u vremenskom periodu kraćem od dvije godine smatrat će se jednom koncentracijom, izvršenom na dan posljednje od ovih koncentracija.

Privredni subjekti učesnici koncentracije su, prema članu 16 ZoK-a, obavezni podnijeti prijavu namjere koncentracije u roku od osam dana od zaključenja sporazuma, povodom čega konkurencijsko vijeće donosi rješenje kojim se koncentracija ocjenjuje dopuštenom, uvjetno dopuštenom ili nedopuštenom. Ukoliko koncentraciju ocijeni nedopuštenom, konkurencijsko vijeće može, shodno članu 19 ZoK-a, naložiti da se stečene dionice ili poslovni udjeli otuđe (prenesu), zabraniti ili ograničiti ostvarenja prava glasa vezanog uz dionice ili udjele u privrednim subjektima, učesnicima koncentracije, i prestanak kontrole zajedničkog ulaganja, odnosno drugih oblika koji su doveli do nedopuštene koncentracije.

U slučaju kršenja zakona, konkurencijsko vijeće može, shodno članu 48 ZoK-a, izreći novčanu kaznu u iznosu najviše do 10% vrijednosti ukupnog godišnjeg prihoda privrednog subjekta iz prethodne godine koja je prethodila godini u kojoj je nastupila povreda zakona. Na kraju, treba naglasiti da ovaj zakon, u pogledu dopuštenosti koncentracija, utvrđuje posebna pravila za finansijske institucije.

5. Statusne promjene i harmonizacija direktnih poreza

Posao na harmonizaciji direktnih poreza započinje Europska komisija u prvoj polovini 90-ih godina prošlog stoljeća. Najveći dio tadašnjih aktivnosti bio je usmjeren ka oporezivanju preduzeća, odnosno oporezivanju dobiti kompanija (privrednih subjekata). U prilog tome su i direktive, nastale u okviru Vijeća EU, kojima se uspostavlja sistem harmonizacije poreza na dobit: Direktiva o fuziji, Direktiva o oporezivanju matičnih i zavisnih društava, Direktiva o zajedničkom oporezivanju kamata i autorskih naknada među povezanim kompanijama, te Konvencija o primjeni arbitražnog postupka u slučaju dvostrukog oporezivanja.

Direktiva Vijeća 90/434/EEC iz 1990. godine tretira četiri oblika statusnih promjena među preduzećima: spajanje (engl. merger), podjelu (division), prijenos imovine (transfer of assets), te zamjenu dionica/udjela (exchange of shares). U pogledu poreznog tretmana preduzeća sudionika navedenih statusnih promjena ova direktiva predviđa odgađanje obaveze plaćanja poreza do momenta prodaje trećoj osobi. Odgađanje plaćanja poreza može biti privremenog ili trajnog karaktera, što zavisi od procjene svake države u kontekstu svrsishodnosti, odnosno moguće porezne evazije. Shodno tome, nakon izvršene statusne promjene (prijenosa imovine) država članica može oporezovati razliku između prodajne cijene i vrijednosti imovine. Nadopuna ove direktive je izvršena 2005. godine (Direktiva 2005/19/EC), a sadržinski referira na slučajeve spajanja, diobe i reorganizacije preduzeća, kao i Direktivom Vijeća 2009/133/EZ od 19. 10. 2009. godine o zajedničkom sistemu oporezivanja koji se primjenjuje na spajanja, podjele, djelomične podjele, prijenos imovine i zamjene dionica društava iz različitih država članica, te na prijenos sjedišta europskog društva (SE) ili europske zadruge (SCE) iz jedne države članice u drugu.

Proces harmonizacije direktnih poreza unutar EU, koji referiraju na statusne promjene privrednih društava, može se pratiti na primjeru rješenja iz Republike Hrvatske. Naime, harmonizacija direktnih poreza RH sa propisima EU u pogledu statusnih promjena: spajanja, podjele (djelomične podjele), pripajanja (prijenos imovine) i zamjene dionica privrednih društava iz različitih država članica prvotno je vršena direktivama 90/434/EEZ i 2005/19/EZ. Pri usklađivanju propisa pošlo se od činjenice da prekogranične mjere restrukturiranja (statusnih promjena) unutar Unije mogu imati za posljedicu različit porezni tretman između država članica, s obzirom na to da je, u ovim slučajevima, nacionalno zakonodavstvo u većini država neutralno za oporezivanje, te bi, slijedom toga, moglo doći do nejednakog postupanja prilikom prekograničnog restrukturiranja. Osnovni cilj Direktive 90/434/EEZ je ukiđanje nejednakosti putem porezne neutralnosti prekograničnih statusnih promjena, te pored toga, zaštita fiskalnih interesa država članica, ali i poticanje prekograničnih statusnih promjena, što se posmatra u kontekstu slobode poslovnog nastanjivanja. Primjena ove direktive vrši se uz određene uvjete, te važi samo za određene subjekte. Pri tome se, prije svega, misli na privredno društvo, rezidenta države članice, koje ispunjava sljedeće uvjete:

- ima jedan od oblika za koji se primjenjuje zajednički sistem oporezivanja koji važi za navedene oblike statusnih promjena, među kojima spajanje i pripajanje, iz različitih država članica EU,

- rezident je države članice EU u skladu s pravom te države,
- obveznik je jednog od poreza za koji se primjenjuje zajednički sistem oporezivanja koji vrijedi za spajanje i pripajanje.

Porezna neutralnost se u slučaju spajanja (i podjele) ostvaruje na sljedeći način – ako se u prenesenom društvu na dan spajanja ostvaruje dobit ili gubitak koji se odnosi na prenesenu imovinu i obaveze, dobit se ne oporezuje, a gubitak se ne priznaje i to na način da porezni obveznik u poreznom razdoblju koje prethodi statusnoj promjeni iskazuje skrivene rezerve, koje se ne oporezuju u trenutku spajanja. Na kraju spajanja društvo preuzimatelj skrivenih (tajnih) rezervi mora imati istu poreznu situaciju kao i prenositelj tajnih rezervi. Pri tome, eventualno kasnije oporezivanje skrivenih rezervi mora biti osigurano na način da se te rezerve pripisuju stalnoj poslovnoj jedinici društva preuzimatelja u državi članici društva koje prijenos obavlja i ima utjecaj na dobit ili gubitak pri obračunu poreza. Uz to, postoji obaveza da društvo preuzimatelj procjenjuje preuzetu imovinu i obaveze, zatim da amortizira preuzetu imovinu, te utvrđuje dobit ili gubitak u vezi s preuzetom imovinom i obavezama prema poreznoj vrijednosti na dan prijena kod prenesenog društva odnosno na način kao da prijenos nije izvršen, te se, pored toga, utvrđuje i obaveza preuzimanja neoporezivih rezerviranja i rezervi, kao i obaveza preuzimanja poreznog gubitka pod istim uvjetima koji bi vrijedili kod statusnih promjena u zemlji, i to pod uvjetima koji bi vrijedili u prenesenom društvu. Za članove društva, u navedenom kontekstu, vrijedi sljedeće:

- član društva iskazuje primljene vrijednosne papire društva preuzimatelja po fer vrijednosti koju su imali vrijednosni papiri prenesenog društva u trenutku spajanja (podjele ili djelomične podjele);
- član društva koji kod spajanja (podjele ili djelomične podjele) pri zamjeni vrijednosnih papira prenesenog društva za vrijednosne papire društva preuzimatelja ostvari dobit, odnosno gubitak, neće se oporezovati, odnosno priznati u svrhe oporezivanja, osim u slučaju ako je član društva rezident Republike Hrvatske i primi naknadu u novcu, ili ako nije rezident Republike Hrvatske, a imatelj je vrijednosnih papira u prenesenom društvu i društvu preuzimatelju preko poslovne jedinice koje ima u Republici Hrvatskoj. Ako spajanje ili prijenos imovine uključuje stalnu poslovnu jedinicu prenesenog društva koja se nalazi u drugoj državi članici, država članica u kojoj preneseno društvo ima sjedište neće oporezovati tu poslovnu jedinicu. Preneseno društvo može u dobitak uključiti

gubitke poslovne jedinice koji nisu nadoknađeni. U slučaju prijenosa imovine (pripajanja) porezni status prenesene imovine uređen je član 20.c–20.f Zakona o porezu na dobit (ZoPD RH), te član 41.b–41.e Pravilnika o porezu na dobit¹⁰. Preduvjet primjene ovih odredaba je da se prenose sve, više ili samo jedna gospodarska cjelina društva. Na razini društava sudionika vrijede ista pravila kao i kod spajanja (podjele...) što znači da ne smije doći do oporezivanja ostvarene dobiti (a gubitak se ne priznaje) koja je ostvarena kod prenesene imovine, ukoliko se ona pripisuje stalnoj poslovnoj jedinici društva preuzimatelja u državi članici društva koje prijenos obavlja. Društvo preuzimatelj u skladu sa Direktivom: procjenjuje preuzetu imovinu i obaveze, amortizira preuzetu imovinu, te utvrđuje dobit ili gubitak u vezi s preuzetom imovinom i obavezama prema poreznoj vrijednosti na dan prijenosa kod prenesenog društva, odnosno na način kao da prijenos nije izvršen, zatim ima obavezu preuzimanja neoporezivih rezervisanja i rezervi, kao i obavezu preuzimanja poreznog gubitka pod istim uvjetima koji bi vrijedili kod statusnih promjena u zemlji. Ovdje treba dodati da ZoPD RH predviđa samo mogućnost preuzimanja poreznog gubitka i to pod uvjetima koji bi vrijedili u prenesenom društvu.

Zakonom o porezu na dobit RH u pravni sistem ove zemlje se, između ostalog, unosi Direktiva Vijeća 2009/133/EZ o zajedničkom sistemu oporezivanja koji se primjenjuje na statusne promjene društava iz različitih država članica, te na prijenos sjedišta europskog društva ili europske zadruge iz jedne države članice u drugu. Prema članu 19 ZoPD-a RH, spajanje je transakcija kojom prestaju, bez postupka likvidacije, jedno ili više društava (preneseno društvo) prijenosom sve imovine i obaveza na novo društvo (društvo preuzimatelj). Spajanje, u suštinskom smislu, označava poslovnu aktivnost u kojoj jedno ili više društava prestaju s radom bez postupka likvidacije, prenose cjelokupnu imovinu i obaveze u drugo postojeće društvo u zamjenu za doznačivanje vrijednosnih papira njihovim dioničarima u odgovarajućem iznosu kapitala drugog društva, te ako se obavlja plaćanje u gotovini, da ne prelazi više od 10% nominalne vrijednosti, ili, u nedostatku nominalne vrijednosti, knjigovodstvene vrijednosti tih vrijednosnih papira. Potom, spajanje postoji i u slučaju kada se dva ili više društava gase bez postupka likvidacije, prenose svu imovinu i obaveze u društvo koje su osnovali u zamjenu za doznačivanje vrijednosnih papira njihovim dioničarima u odgovarajućem iznosu ka-

¹⁰ Narodne novine RH br. 95/05, 133/07, 156/08, 146/09, 123/10, 137/11, 61/12, 146/12, 160/13, 12/14, 157/14, 137/15 i 1/2017.

pitala novog društva, te ako se obavlja plaćanje u gotovini da ne prelazi više od 10% nominalne vrijednosti, ili u nedostatku nominalne vrijednosti, knjigovodstvene vrijednosti tih vrijednosnih papira. O spajanju je riječ i kada se društvo gasi bez postupka likvidacije, te prenosi cjelokupnu imovinu i obaveze u društvo koje drži sve vrijednosne papire koje predstavljaju njegov kapital. Kod spajanja (i podjele), prema članu 20.b ZoPD-a RH, porezni obveznik mora u poreznom razdoblju iskazati skrivene rezerve, koje se odnose na preostalu i prenesenu imovinu. Iznos koji predstavlja skrivene rezerve izračunava se kao razlika između fer vrijednosti i porezne vrijednosti prenesene imovine i obaveza prema stanju na dan sastavljanja porezne prijave. Pri tome, fer vrijednost se određuje kao iznos po kojem se može prodati ili na drugi način zamijeniti imovina, ili kojim je moguće podmiriti obaveze, ili za koji je moguće zamijeniti podijeljen kapital između dobro obaviještenih i voljnih stranaka u poslu, u kojem su stranke međusobno neovisne i ravnopravne. Istovremeno, članom 20.g ovog zakona predviđa se da, ukoliko se kod spajanja (podjele i djelomične podjele) u prenesenom društvu na dan spajanja (...) ostvaruje dobit ili gubitak koji se odnosi na prenesenu imovinu i obaveze, dobit se ne oporezuje, a gubitak se ne priznaje. Kod spajanja (...) porezni obveznik u poreznom razdoblju koje prethodi spajanju (...) iskazuje skrivene rezerve, koje se ne oporezuju u trenutku spajanja (...), ali se povećanoj amortizaciji sučeljavaju prihodi u istom iznosu. Pripajanje je, shodno članu 19 ZoPD-a RH, transakcija kojom nestaju, bez postupka likvidacije, jedno ili više društava (preneseno društvo) prijenosom sve imovine i obaveza na drugo postojeće društvo (društvo preuzimatelj). Prijenos imovine, prema istom propisu, označava poslovnu aktivnost u kojoj društvo, bez da se gasi, prenosi, sve ili jednu ili više gospodarskih cjelina, u drugo već osnovano društvo, ili u društvo koje osniva u zamjenu za izdavanje ili prijenos vrijednosnih papira koji predstavljaju udjele u kapitalu društva preuzimatelja članovima prenesenog društva. Statusne promjene utječu i na prava članova društva – dioničare.

Gledano u cjelini, sistem oporezivanja dohotka fizičkih osoba u znatno manjoj mjeri je obuhvaćen procesom harmonizacije. Ono što je do sada nastalo kao rezultat takvog procesa upućuje, prije svega, na dohodak od štednje, odnosno na oporezivanje kamata na štednju, uz nastojanja da se, u novije vrijeme, taj proces postepeno proširi na oporezivanje mirovina i dividendi. Cilj harmonizacijskih mjera u ovom segmentu jeste sprečavanje diskriminacije u oporezivanju fizičkih osoba, odnosno osiguranje jednakog poreznog tretmana. U tom smislu, i dividende, još uvijek, stoje na margini harmonizacijskog procesa. Ova konstatacija proizlazi iz izostanka obavezujućih sekundarnih

akata u pogledu oporezivanja dividendi unutar EU, pa tako kao glavni zvanični dokument kotira Obavijest o oporezivanju dividendi fizičkih osoba na zajedničkom tržištu, koju je, krajem 2003. godine, Europska komisija uputila Vijeću EU i Europskom parlamentu. Prema ovoj obavijesti, naplata i oporezivanje dividende se mora posmatrati u kontekstu slobode kretanja kapitala, te, u tom smislu, dividende koje ostvaruju rezidenti druge države članice ne mogu se oporezivati većim porezom nego što ih ti rezidenti ostvaruju u svojoj državi članici.

Pitanje oporezivanja preduzeća je značajno za svako društvo, pa se u vezi s tim svaka država, odnosno teritorijalno-politički entitet, poput Evropske unije, određuje, između ostalog, prema pitanju primjene osnovnih postavki prilikom oporezivanja preduzeća, što uključuje i njihovo ponašanje u odnosu na obavezu plaćanja poreza, koje se, zajedno sa drugim elementima, posmatra u kontekstu izbjegavanja štetne porezne konkurencije. Krajem 1997. godine Europska komisija je izdala dokument koji je sadržavao mjere protiv štetne porezne konkurencije. Značajan dio tog dokumenta odnosi se na Kodeks ponašanja pri oporezivanju preduzeća odnosno oporezivanju dobiti. Na ovaj način komisija je državama članicama prezentirala model po kojem bi trebalo da uredi svoje sisteme oporezivanja preduzeća, s ciljem otklanjanja štetne porezne konkurencije. Inače, kao podloga za izradu ovog EU modela, koji je kao takav internog karaktera, poslužio je model OECD-a, koji je sadržajno širi, i koji se primjenjuje izvan kruga zemalja članica Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj. Razlog za usvajanje kodeksa (modela) ponašanja pri oporezivanju preduzeća treba prvenstveno tražiti u značaju što ga oporezivanje kompanija ima za efikasno funkcioniranje unutrašnjeg tržišta EU. U tom smislu oporezivanje preduzeća na unutrašnjem tržištu mora zadovoljiti nekoliko principa: doprinijeti međunarodnoj konkurentnosti EU privrednih subjekata, izbjeći neopravdane porezne troškove koje negativno djeluju na intrakomunitarnu razmjenu, smanjiti utjecaj poreznih mjera na donošenje ekonomskih odluka, pri tome, unutar borbe protiv štetne porezne konkurencije, ne sprečavati mogućnost opće porezne konkurencije. Pored toga, na usvajanje Kodeksa utjecali su i eksterni faktori, koje valja posmatrati u kontekstu vremena usvajanja ovog akta. Najznačajnije promjene u ekonomskom okruženju, prema izvještaju komisije iz 2001. godine, ticale su se: povećanja broja statusnih promjena između kompanija, ubrzanijeg procesa EU ekonomskih integracija (transformacija zajedničkog u unutrašnje tržište, uspostavljanje monetarne unije), snažnijeg prodora multinacionalnih kompanija na EU tržište, što je dovelo do organizacijskih promjena unutar EU kompanija, po-

rasta elektronske trgovine i povećanja mobilnosti proizvodnih faktora, što je za rezultat imalo djelomično rastakanje porezne osnovice u državama članicama EU.

Kodeks ponašanja pri oporezivanju preduzeća¹¹, koji je stupio na snagu 1. 1. 1998. godine, pored isticanja tri područja na koja prilikom oporezivanja preduzeća treba obratiti posebnu pažnju – dvostruko oporezivanje preduzeća, oporezivanje kamata na štednju i problem poreza po odbitku pri oporezivanju kamata i naknada za autorska prava, u svom prvom paragrafu (A) definira porezne mjere koje se smatraju štetnim po konkurentnu privredu (EU). S tim u vezi, naznačena su područja koja bi trebalo uzeti u obzir prilikom uvođenja poreznih mjera:

- da li su porezne olakšice usmjerene nerezidentima, ili se te mjere odnose na transakcije proizašle iz poslovanja rezidenata sa inozemnim poslovnim subjektima,
- da li te porezne olakšice stvaraju zaštitni prsten oko domaćeg tržišta, štiteći na taj način domaću poreznu osnovicu i domaći fiskalni sistem,
- da li su porezne olakšice uvedene iako ne postoje ekonomske aktivnosti koje bi opravdavale njihovo uvođenje, i da li je bitna prisutnost ekonomske aktivnosti u slučaju uvođenja takvih mjera,
- da li porezni tretman profita (dobiti) unutar multinacionalnih kompanija odstupa od načela i pravila utvrđenih OECD-ovim modelom oporezivanja, kao i
- transparentnost uvođenja/provođenja poreznih olakšica na administrativnoj razini.

Države članice EU se obavezuju da će prilikom utvrđivanja budućih poreznih politika poštivati načela sadržana u Kodeksu, te da neće uvoditi nove porezne mjere koje su u Kodeksu okarakterizirane kao štetne. Dio Kodeksa odnosi se i na državne potpore, na koje ovaj akt, u jednom segmentu potpora, gleda kao na štetne porezne mjere. Ipak, određene vrste državne pomoći se, prema Kodeksu, smatraju pozitivnim, a to su: pomoć malim i srednjim preduzećima, pomoć za školovanje i usavršavanje radne snage, pomoć za zapošljavanje, i de minimis pomoć, odnosno pomoć male vrijednosti.

¹¹ O Kodeksu i štetnoj poreznoj konkurenciji više u: Edin Rizvanović, *Fiskalne finansije i fiskalni sistem Bosne i Hercegovine*, Ekonomski fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, str. 94–98.

6. Zaključak

Statusne promjene, općenito gledajući, predstavljaju sastavni dio tržišne utakmice, te s tim u vezi i jedan od načina opstanka, napredovanja (jačanja), ali i mogućeg prestanka društva. Ukoliko statusnom promjenom dođe do koncentracije kapitala, onda takva situacija implicira primjenu pravila tržišnog nadmetanja. Ove promjene su složenije kod društava kapitala, pri čemu se, prije svega, misli na dioničko društvo. Gubitak pravnog subjektiviteta kod nekih (ili svih) učesnika, uz prijenos imovine, tržišno repozicioniranje, utjecaj na prava članova društva, ali i na fiskalne propise, jesu elementi koji determiniraju odnos države u pogledu reguliranja statusnih promjena. Domaća normativna rješenja, pri čemu se posebno misli na Zakon o privrednim društvima i Zakon o porezu na dobit, nisu na nivou EU standarda, što ima negativan utjecaj na poslovni ambijent, ali i na fiskalni sistem zemlje. Ovome treba dodati neiskorištenost statusnih promjena prilikom reorganizacije stečajnog dužnika, kao i ne baš dobra rješenja u pogledu (nedopuštenih) koncentracija. Naredni period bit će obilježen intenziviranjem procesa harmonizacije domaćih propisa sa pravom EU, što će doprinijeti kvalitativnom iskoraku, ne samo u normativnom već i u faktičkom smislu.

Edin Rizvanović, Ph. D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University „Džemal Bijedić“, Mostar

STATUS CHANGES AND HARMONIZATION PROCESS

Abstract

The author in this paper analyzes the basic aspects of status changes in the Federation of BiH. Market performance of business entities implies the need to make business decisions in terms of improving the market share on the relevant market, that is, in regard to avoid unwanted outcome - leaving the market. Status changes: mergers, acquisitions and divisions repre-

sent one of the modes of market repositioning of companies, which are essentially followed by the closure of legal subjectivity, of all or some of the participants. This also means that changes are reflected above all on business entity, which, unlike the company, has the status of a law subject. The change of the form of business entity directs to a simpler process which is basically of internal character. The Law on business entities of FBiH (2015) regulates status changes primarily with the capital companies, without complete regulation of the division among them, while the change in the form of the limited liability company is highlighted in the first place. A significant segment of status changes represented by reorganization plan and the separated asset management. The content and application of regulations in this area have implications on competition, taxation, and the outcome of the bankruptcy procedure, with a more emphasised interactive attitude towards the harmonization process.

Keywords: *status changes, reorganization plan, separated asset management, legal subjectivity, market competition, fiscal system, bankruptcy, harmonization process.*

ПРИНУДНА ИСПЛАТА ПОТРАЖИВАЊА БАНКЕ ИЗ УГОВОРА О КРЕДИТУ НА ОСНОВУ МЕНИЦЕ И ИСПЛАТА ПОВЕРИЛАЦА У СТЕЧАЈУ ДУЖНИКА

Проф. др Данче Манолева Митровска*
Мр Владимир Митревски**

Апстракт: *Постојак о принудној исплати новчаног потраживања банке из уговора о кредиту на основу мениц не разликује се од других начина, односно поступака који следе након поседовања извршне исправе од стране банке као повериоца.*

Наиме, кредит као форма финансирања представља један од много коришћених средстава посматрано из пословног и егзистенцијалног аспекта једне државе.

Свој опстанак, функционисање и напредак ни физичка, ни правна лица не би могла ни замислити без постојања банака и других финансијских друштава, који би подржавали њихове подухвате кредитирањем.

Из овога произлази масовност за склапање уговора за кредит, али и потреба заштите банке, као даваоца кредита.

Меница је једно од вишебројних законских средстава за заштиту потраживања од уговора за кредит.

Меница у македонском позитивном праву је инструмент за обезбеђивање потраживања који учвршћује обавезу дужника и потраживање повериоца.

Меница као инструмент за обезбеђивање има много предности, што је чини посебном и која сваком повериоцу треба да донесе јачање потраживања и увећавање шансе за наплату.

* Редовни професор, Правни факултет „Јустинијан I“, „Гирил и Методије“ у Скопљу.

** Правни саветник у адвокатској канцеларији М. Радвановиќ, Скопље.

Супротно овоме може да дође до покретања поступка за принудну наплату новчаног потраживања банке из уговора о кредиту на основу менице.

Постоји могућност извршења по захтеву банке као повериоца у случају када је над инсолвентним дужником отворен стечајни поступак.

Кључне речи: меница, стечај, уговор за кредит, поверилац, дужник, потраживање, банка.

Увод

У кредитном односу на основу уговора за кредит јавља се потраживање дужника односно апликанта за кредит, а по његовом одобрењу и спровођење кредитног поступка који се у различитим случајевима разликује у зависности од вида кредита као и од вида средстава обезбеђења, следи исплата кредитног износа од стране банака за потребу захтевалаца. Досадашње искуство у нашој држави је показало да банке врше уплату кредитног износа након целог спровођења поступка, односно када буду имале увид у уредно уписано заложно право на заложеној ствари или када утврде да су се уредно обезбедиле на неки други начин. Након исплате кредитног износа од стране банке ка дужнику, ствара се обавеза дужника да се придржава договорених обавеза и исплаћује утврђени износ укључујући камате сагласно утврђеном року и динамици. Ипак, искуство је показало да банке не увек лако и једноставно наплаћују дуговани износ. Различити фактори, најчешће одређене животне, егзистенцијалне и пословне кризе лица, као и велики број других, понекад и непредвиђених фактора, утичу на то да банке не могу да наплате договорно утврђени износ ради наступања одређене неспособности дужника за враћање истог, односно, целокупно или делимично губљење кредитне платежне способности. Када се банке суоче са оваквом нежењеном ситуацијом, посебно долази до израза значење поступка који је претходио исплати кредитног износа, нарочито поступка током којег су се банке обезбеђивале. Посебно је значајно то што се у овом поступку стварају акти с извршном клаузулом који директно олакшавају подузимање дејстава пред надлежним извршиоцем.

І. Кредит и његово значење

Кредит као форма финансирања представља један од много коришћених средстава посматрано из пословног и егзистенцијалног аспекта једне државе.

Свој опстанак, функционисање и напредак ни физичка ни правна лица не би могла ни замислити без постојања банака¹ и других финансијских друштава, који би подржавала њихове подухвате кредитирањем.

Традиционално, основни задатак сваке банке је да се потруди да пронађе и да организује циркулацију свих слободних новчаних средстава у региону у којем она делује и преко кредита и других њених инвестиционих производа да пласира та средства у разне сфере економије².

Најстарији, најбројнији и најобимнији производи које банке нуде коминтентима су примања новчаних депозита и одобравање разних видова кредита. Истовремено банке нуде коминтентима и друге видове услуга без чије би реализације било тешко остварење депозитних и кредитних односа између обе стране.³

У току времена мењала се дефиниција о кредиту⁴, његова писмена форма, његове функције и елементи, али у основи дефинисања ставови су се поклапали.

Данас, кредит се упоређује са позајмицом и поред тога што су по одређеним карактеристикама доста слични, а и много различити.

¹ У праву Републике Македоније након 1990. године примењивала су се три закона о банкама. Први закон је Закон о банкама и штедионицама из 1993. године, други закон је Закон о банкама из 2000. године и од 2007. године примењује се трећи по реду Закон о банкама, који даје најкомплетнију дефиницију о банци, која гласи: „Банка је правно лице са одобрењем од гувернера Народне банке РМ основано у сагласности са одредбама овог закона чија основна делатност је скупљање депозита и других привремених извора средстава из јавности и одобравање кредита у своје име и за свој рачун“. Закон за банките, Службен весник на РМ бр.67/2007, бр. 90/2009, бр. 67/2010 член 2, став 1 точка 1.

² Томе Неновски, *Цени на банкарски производи и услуги*, Скопје, 2010, стр. 54.

³ Алекса Стаменковска, *Банкарски маркетинг*, Скопје, 2008, стр. 43.

⁴ У основи, сматра се да постоје две врсте кредита: комерцијалан (трговски) и банкарски кредит. Банкарски кредит у тржишном процесу се користи када трговински кредит постане недовољан. Тада се јавља потреба за другим инструментаријумом у виду банкарског кредита којим је могуће обезбедити континуитет репродукције појединих робних произвођача, а тиме и континуитет целокупне дрштвене репродукције. Банкарски кредити се појављују између банке као и између банке и њених коминтентата. Данило Алексић и Гордана Паовић Јекнић, *Финансије и финансијско право*, Подгорица, 2001, стр. 327–329.

Због тога неки аутори кредитирање дефинишу као један посебан вид финансирања, што представља однос између два или више партнера, где једна страна (кредитори) уступа део средстава (у натури или новцу) другом партнеру (кредитирана страна) под одређеним условима на одређено време.⁵

Другим речима, под појмом кредит, односно кредитни однос подразумевамо дужничко-поверилачки однос где поверилац даје другом лицу одређену вредност на одређено време за одређену надокнаду.⁶

Финансирање на бази кредита у македонском позитивном праву уређено је на основу уговора за кредит који је регулисан одредбама Закона за облигационим односима.

Овај закон даје основну дефиницију о кредиту, која гласи: са уговором о кредиту банка се обавезује да кориснику кредита одступи одређени износ новчаних средстава на одређено или неодређено време за неку сврху или без утврђене сврхе, а корисник се обавезује да банци отплаћује одређену камату, а да одобрени износ врати у времену и према условима утврђеним у уговору.⁷

И поред тога што постоје још многе друге дефиниције и теорије које објашњавају суштину уговора о кредиту, сматра се, колико и да је спектар о дефинисању кредита и уговора о кредиту различит, да је ипак основа овог уговора непроменљива.⁸ Ово је због тога што се у старијим дефиницијама о кредиту сматрало да један вид додељених средстава кредитору може да је у виду паричних средстава као и у виду одређених ствари.

Данас⁹ у нашем друштвеном уређењу у сагласности позитивног права у уговору за кредит предмет давања је искључиво преко новчаних средстава.¹⁰

⁵ Трајковски Бранко, *Деловни финанси со финансиски менаџмент*, Прилеп, 1997, стр. 184.

⁶ Perishin Ivo, *Finansijska politika*, Informator, Zagreb, 1987, str. 22–28.

⁷ Уговор о кредиту у нашем позитивном праву регулисан је Законом о облигационим односима од 2001. године, објављен у Службеном веснику РМ бр. 18/2001 године. До доношења и примене овог закона у сагласности са чланом 5 Уставног закона за спровођење Устава Републике Македоније од 1991. године као републички примењивао се савезни Закон о облигационим односима од марта 1978. године, објављен у Службеном листу СФРЈ бр. 29/1978 године.

⁸ <http://latindictionary.wikidot.com/verb:credere>; <http://www.wordsense.eu/credutum/>

⁹ У праву Републике Србије уговором о кредиту банка се обавезује да кориснику кредита стави на располагање одређени износ новчаних средстава на одређено или неодређено време за неку намену или без утврђене намене, а корисник се обавезује да банци плаћа уговорену камату и добијени износ новца врати у време и на начин како је утврђено у уговору. Видети члан 1065 Закона о облигационим односима Републике Србије.

¹⁰ Сама реч кредит вуче корен из латинске речи „credare”, у значењу некоме поклонити поверење,

Сама дефиниција односи се на ситуацију када се у својству повериоца јавља банка.¹¹

Наиме, потраживања из кредитних односа без изузетка су увек новчана потраживања. Кад се потпише уговор за кредит настаје обавеза да банка исплати одобрени кредитни износ кориснику кредита. После овога корисник кредита постаје дужник са обавезом за враћање кредитног износа, увећан у сагласности са уговором. Због тога кредитно потраживање банке за самог дужника може да садржи: кредитни износ, тачније износ утврђен у уговору за кредит, камате, банкарске провизије и трошкове.

Ово су трошкови који су без изузетка на терет дужника на основу уговора за кредит. Ипак, за одређену сигурност за њихову наплату у нашем праву су одређени инструменти као средства за обезбеђивање потраживања даваоца кредита.

II. Појам средстава за обезбеђивање потраживања из уговора за кредит

Као што је већ речено, средства за обезбеђивање код уговора о кредиту, а и уопште за сваки дужничко-поверилачки однос, представљају секундарни механизам за исплату обавезе. Наиме, банка преко средстава за обезбеђивање потраживања даје основну сигурност наплате када дужник касни. У том смислу, сагласно банкарској политици, свака појединачна банка, пре него одобри кредит одређеном лицу, врши анализе и утврђује ликвидност о потенцијалном дужнику и утврђује стање о његовој солвентности. Према износу кредита, року за исплату као и начину исплате, банка даје смернице о добровољном испуњавању обавезе од стране дужника и то преко средстава којима располаже и њихово обнављање на одређене интервале (плата, пензија, станарина и др.).

Теорија има подељено мишљење око средстава за обезбеђивање¹²,

као и од латинске речи „*creditum*“ која означава позајмицу. О постајању сличности између кредита и позајмице (зајма), битно је да се нагласи да позајмицу може да да свако физичко и правно лице које је способно да закључи уговор за зајам, а кредит по законским прописима може да да само банка.

¹¹ Ипак, и од овог правила постоји изузетак где на основу закона постоји могућност да финансирање врше и друга правна друштва. Та могућност је уређена у Закону за финансијска друштва, Службен весник на Р. Македонија бр. 158 од 2010.

¹² Средства за обезбеђивање не представљају неопходан елемент уговора за кредит као што

но чини се као да је усаглашено мишљење да средства за обезбеђивање имају две функције, и то:

а) превентивна функција; и

б) одштетна функција.

а) Преко превентивне функције средстава за обезбеђивање остварује се битан циљ у дужничко-поверилачким односима, а то је утицај на дужника од стране повериоца како не би пао у доцњу због чињенице што су дужници свесни да средства обезбеђења, и поред тога што нису у власништву банке, ипак су у њеним рукама.

б) Преко одштетне функције средстава за обезбеђивање поверилаца утврђује се њихова функција за обешчешћење поверилаца у односу на штету која је причињена доцњом при исплати дуга. Наиме, преко одштетне функције поверилац настоји: да наплати неисплаћени кредитни износ; да наплати камату; да наплати све доспеле провизије; да наплати све трошкове који произлазе из поступка по односу активирања средства обезбеђења, као и из свих поступака који ће да произлазе до потпуног исплаћивање повериоца¹³.

У македонском позитивном праву постоје и користе се више средстава за обезбеђивање потраживања. Она потраживања која настају на основу одобрених кредита за физичка и правна лица, банке скоро без изузетка обезбеђују преко следећих средстава за обезбеђивање: 1. Залог за непокретну имовину – хипотека; 2. Залог за покретну имовину – ручни залог; 3. Меница; 4. Гаранција; 5. Административна забрана на лична примања.

Различити фактори, најчешће одређене животне, егзистенцијалне и пословне кризе лица, као и велики број других, понекад и непредвиђених фактора, утичу на то да банке не могу да наплате договорно утврђени износ ради наступања одређене неспособности дужника за враћање истог, односно, целокупно или делимично губљење кредитне платежне способности. Када се банке суоче са оваквом нежењеном ситуацијом, по-

је обавеза да се врати главница позајмљеног износа са каматом. Али, ако се уговорне стране договоре да средства обезбеђивања буду неопходан елемент уговара за кредит, онда је по правилу то прва обавеза корисника кредита, а врло често и услов за одобравање кредита, а самим тим и реализација уговорног односа.

¹³ Више о томе: Данче Манолева Митревска, Владимир Манолевски, *Заштита потраживања из уговора за кредит са меницом у македонском праву*, Тринаесто међународно саветовање правника “Октобарски правнички дани”, Бања Лука, октобар 2016.

себно долази до израза значење поступка који је претходио исплати кредитног износа, посебно поступка током којег су се банке обезбеђивале. Посебно је значајно то што се у овом поступку стварају акти с извршном клаузулом који директно олакшавају подузимање дејстава пред надлежним извршиоцем.

За добијање извршне исправе у руци, односно исправе подобне за остваривање свог права, поверилац мора претходно да се обрати органу који је надлежан да потврди извршност исправе.

Поступак којем овај текст обраћа посебну пажњу јесте поступак који следи након обезбеђења извршне исправе у посед повериоца.

Овај поступак је у нашем праву познат под именом поступак за спровођење присилног извршења пред надлежним нотаром за добијање клаузуле о правоснажности и извршности и поступак пред надлежним извршиоцем.

1. Поступак пред надлежним нотаром за добијање клаузуле правоснажности и извршности

Нотар, као ауторитет који је саставио одређену исправу на основу воље странака или је пак исту потврдио на њихов захтев (нотарски акт или солемнизиран уговор са извршном клаузулом), а у сагласности са законом, јесте и једини субјекат јавног овлашћења који је надлежан исту да верификује потврдом извршности. Нотар ће ставити потврду извршности исправе на писмени захтев странке, којој је приложена заверена изјава да је потраживање или његов дио, доспело¹⁴. Из изнесеног, несумњиво се долази до закључка да се потврда извршности добија на захтев повериоца, односно оног ко треба да оствари своје право потраживања или користи, предавањем конкретне извршне исправе извршиоцу.

2. Поступак пред надлежним извршиоцем

Крајњи циљ банака у својству повериоца је да намире своје потраживање од дужника, чиме на крају и сва појединачна потраживања

¹⁴ Zakon za notarijat, Službeni vesnik Republike Makedonije br. 55/2007, član 43 stav 7.

која се покрај основног дуга састоје и од додатних камата, провизија и преосталих трошкова. Преко наплате свих претходно цитираних трошкова, банка остварује свој крајњи циљ, наиме, дејства односно поступци које подузима извршилац у циљу намирења потраживања повериоца на основу извршне исправе за утврђено:

- Заложно право над некретнином – хипотека
- Залог на покретну ствар
- Уговор за кредит који има извршну клаузулу
- Меница.

Сагласно Закону за извршење, предност при намирењу увек имају извршни трошкови, након којих следе они трошкови који су наведени у извршној исправи. Потом следе исплате камата и то рачунајући од дана продаје покретних ствари, да би се на крају исплатило главно потраживање односно главни дуг¹⁵. У ситуацији у којој остаје разлика, односно вишак између уплаћене суме по основу продаје предмета, она се враћа дужнику, осим у случају када се код истог извршиоца већ води други поступак извршења против истог дужника, без обзира на то да ли се као поверилац јавља исто или неко друго лице.

III. Поступак за реализацију извршне исправе са утврђеним обезбеђењем на основу менице

1. Општа разматрања о меници

Питање о меници садржано је у више позитивноправних норми у више законских и подзаконских прописа у нашем праву. Поред основних закона којим је регулисана, као што су: Закон о меници¹⁶, Закон о издавању и пуштању у оптицају меничних бланкета¹⁷, Закон о нотаријату¹⁸, Закон о парничном поступку¹⁹, Закон о извршењу²⁰, о меници су садржане одредбе и у прописима који се односе на трговачка друштва, стечај, облигационе односе и др.

¹⁵ Закон за извршење, Službeni vesnik Republike Makedonije br. 35/2005, član 101, stav 1.

¹⁶ Службен весник на Р. Македонија бр. 3, 2002 и бр. 67, 2010.

¹⁷ Службен весник на Р. Македонија бр. 65/1992, 48/1994 и 50/2001.

¹⁸ Службен весник на Р. Македонија бр. 55/2007, 86/2008, 139/2009.

¹⁹ Службен весник на Р. Македонија бр. 79/2005, 110/2008, 83/2009 и 116/2010.

²⁰ Службен весник на Р. Македонија бр. 35/2005, 50/2006, 8/2008, 83/2009, 50/2010 и 171/2010.

Што се односи на третман менице у другим земљама мора да изнесе Директива 2007/64/ЕС²¹ која се односи на платежне услуге, а не и на платежне трансакције базиране на следећим документима који су предмет нашег интереса:

Хартијске менице у сагласности са Женевској конвенцијом од 7. јуна 1930. године и хартијске менице сличне меницама, претходно наведене и утврђене законима земаља чланица које нису потписници Женевске конвенције.

Исти третман имају и хартијски чекови, хартијски ваучери, путни чекови и postal money orders.

Ова директива односи се пре свега на електронско плаћање и не односе се на хартијске инструменте. Док се директива на њих не примењује, земље чланице су слободне да одлучују о правним оквири-ма.

У Републици Словенији 2009. године донесен је Закон о платним услугама и системима²² са којима је имплементирана Директива Европске уније 2007/64/ЕС за платне услуге на домаћем тржишту. У члану три закона, где се предвиђају изузеци у примени овог закона, у ставу 2 предвиђа се да ће се само у глави 8 овог закона применити трансакције на основу хартијских меница у сагласности са дејствима који регулишу меницу и друге хартијске документе који су слични меници. У глави 8 поменутог закона у делу реализације, односно у уновчавању домицилираних меница, предвиђена су два члана у којима су уређени поступци и коришћење меница у платном промету. При том, у Републици Словенији као чланица Европске уније која је имплементирала Директиву ЕУ 2007/64/ЕС за платне услуге у унутрашњем тржишту имплементирала је принципе о системским платним системима, задржала је меницу у законским прописима о платном промету.

У Републици Хрватској од 2011. године примењује се Закон о платном промету²³ који је усаглашен са Директивом Европске уније 2007/64/ЕС. Тиме у Хрватској платне трансакције на основу хартијских докуме-

²¹ DIRECTIVE 2007/64/EC OF THE EUROPEAN PARLAMENT AND OF THE COUNCIL of 13 November 2007 on payment services in the internal market amending Directives 97/7/EC, 2002/65/EC, 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 97/5/EC, "Official Journal of the European Union" L319/1, 5.12.2007.

²² Zakon o plačilnih storitvah (ZPlaSS) (Uradn list RS, št.58/09,34/10 in 9/11) (користан је превод на енглески језик са веб-странице Министарства за финансије PC (PAYMENT SERVIS AND SY-STEMS ACT (ZplasS)).

²³ Zakon o platnom prometu (NN, BR 133 od 5. studenog 2009).

ната као што су чекови, менице, ваучери, путнички чекови, не рачунају се за платне услуге према наведеном закону.

У Републици Србији примењује се Закон о платном промету са изменама 2001. године, где своје место заузима и меница.²⁴

2. Појам и врсте менице

О меници постоји много дефиниција које више или мање наликују једна на другу или имају исту срж. Меница представља облигационо-правну хартију која у себи садржи нека облигациона права која по правилу гласе на исплату за одређену суму новца.²⁵ Закон о облигационим правима²⁶ не даје конкретну дефиницију менице као посебан вид хартије од вредности, али регулише хартије од вредности уопштено и утврђује да је хартија од вредности писмена исправа којом се њен издавач обавезује да ће испунити обавезу менице која је уписана на самој исправи.

Меница представља апстрактну хартију од вредности ради тога што не може да се утврди разлог због чега је издата. Она представља хартију од вредности на име где је корисник исправе на њој изричито наведен по имену.²⁷

Ипак, најбитнија је дефиниција о меници коју даје Закон о меници: меница представља безусловно наређење које даје трасант трасату, да се исплати одређени новчани износ ремитенту који је означен на меници или на самога трасанта.²⁸

У трансакцији са меницом, односно у меничном односу, постоји још неколико учесника који имају одређену важност и функцију. Меница у савременом друштву представља можда и најспецифичнији инструмент коришћен у пословним и финансијским односима, а при томе може да врши и више функција, и то: функција плаћања, функција као инструмент за обезбеђење потраживања и функција веродостојне исправе, од-

²⁴ Закон о платном промету „Службени лист СРЈ“ бр. 3/2002 и бр. 5/2003 и бр. 5/2003 и „Службени гласник РС“, бр. 43/2004, 62/2006 и 31/2001.

²⁵ Данче Манолева-Митровска, Хартии од вредност-меница и чек, Студентски збор, Скопје, 1992, стр. 71. Данче Манолева-Митровска, Хартии од вредност, Право, Просветно дело, Скопје, 2003.

²⁶ Закон за облигациони односи, Службен весник на Р. Македонија, бр. 18/2001, член 70.

²⁷ Закон за облигациони односи, Службен весник на Р. Македонија, бр. 18/2001, член 223.

²⁸ Данче Манолева-Митровска, Хартии од вредност-меница и чек, Студентски збор, Скопје, 1992, стр.

носно исправе које потврђује постојање неког дуга. Ове три функције дају меници посебан третман у пословним односима.

Закон о меници у деловима дефиниције даје и одређене специфичности које су применљиве у њеној улози као платежан инструмент. Ипак, исти нису увек у примени или важни за меницу као инструмент за обезбеђење.

Меница се по Закону о меници јавља у два основна вида, и то као: лична меница и трасирана меница.²⁹ Обе менице највише се користе као платежно средство и њихове карактеристике и елементе детаљно уређује Закон о меници.

У личној меници издавач менице са својим потписом аутоматски преузима обавезу да се јавља као дужник / онај који плаћа у односу на новчана потраживања у времену када настаје обавеза наведена у меници. У овој меници јављају се два учесника, и то: трасант и трасат, што представља једно исто лице, односно врши функцију издавача и плаћача новчаних потраживања и ремитент, лице у чију корист се плаћа обавеза по меници. Отуда произлази да лична меница (соло) јесте такав вид менице где се издавач обавезује да он сам у време извршавања менице плаћа одређену суму новца означеном лицу на меници. Садржај личне менице утврђује Закон о меници, где је утврђено да лична меница садржи следеће елементе: ознаку да је испечаћена на самог меничног слога на македонски језик, ћирилично писмо, безусловно обећање да ће се одређена сума платити, време извршења, место где се врши плаћање, име ремитента, дан, месец и година издавања и потпис трасанта.³⁰

Закон о меници је конкретан и указује на факт да меници којој недостаје бар један од елемената не може да се рачуна за соло меницу. Изузеци су ако је протекло време реализације и иста се рачуна као меница по виђењу, а као недостатак се односи на место плаћања, као валидно место узима се место издавања менице, а ако је и то пропуштено, узима се место које стоји до потписа трасанта.³¹

Када се ради о трасираној меници, наглашава се да се она искључиво употребљава у трговини и по својим специфичностима разликује се од личне менице. У теорији се дефинише као инструмент којим једно лице издаје налог другом лицу да се у одређено време и на одређено место исплаћује одређени новчани износ лицу означеним на меници. Код овог

²⁹ Ibid, тачка 5.

³⁰ Закон за меница, Службен весник на Р. Македонија бр. 03/2002, член 3 став 16.

³¹ Више о видовима меница види: Д. Манолева Митровска, *Хартии од вредност*, Просветно дело, Скопје, 1996, стр. 158.

вида менице имамо три различита потписника, и то: трасант – издавач менице, трасат – лице у улози плаћача, и ремитент – лице у чију корист се исплаћа износ. Трасирана меница разликује се од личне менице само у другом елементу, где је безусловно обећање за исплату дуга. У трасираној меници мора да се наведе безусловно наређење за исплату новчаног износа од обезбеђења трасанта. У погледу опције за валидност ове менице и поред недостатка за неки од утврђених елемената, за трасирану меницу важе иста правила као и за (соло) меницу.

Авалисти као учесници меничних односа значајни су полазећи од факта да се јављају као гаранти да дужник исплати новчани износ, а са друге стране закон не утврђује да су авалисти поистовећени са неким од учесника или им брани. Од овог авалист као учесник у меничном односу има значење за сигурности довршитеља зато што могу да буду солидарни дужници главном дужнику. Када се у улози ремитента јавља банка–поверилац, тада се увек без изузетка менични бланкет попуњава и са авалистом.

Од свега напред реченог могу да се извуку три основне разлике код меница, и то: код личне менице број учесника је минимум два, а код трасиране менице минимум три; код личне менице пишемо безусловно обећање „платићу“, а код трасиране безусловно наређење „платите“; повезано са претходним ставовима, код трасиране менице јавља се налог за плаћање који упућује на трасата, а код личне менице обећање за плаћање које упућује на трасанта.

Поред ових критеријума о подели менице постоје и други критеријуми, као менична намена, менична функција, менична форма, менични рок и у том случају могу да се утврде и други видови меница применљивих у разним ситуацијама. Међу њима су: бланко меница, робна меница, кредитна меница, домаћа меница, страна меница, повратна меница, гарантована меница и др.

3. Поступак пред извршиоцем за реализацију извршне исправе са утврђеним обезбеђењем на основу менице

Онако као што је сама меница била презентована, објашњено је на који начин она представља инструмент за обезбеђивање. Њена улога разликује се од улоге коју има непокретна имовина, ради тога што меница не узима ни један предмет и не заснива заложно право личној својини дужника. Ипак, меница као инструмент за обезбеђивање које поверилац има у свом владању или у конкретном случају банка даје могућност да на основу Закона о поседовању менице наплати своја потраживања.

Поступак за подношења захтева за извршење у принципу не разликује се од других начина, односно потребно је да се од надлежног нотара узме правоснажност и извршност прилагањем изјаве доспевања укупног износа дуга као и нотарски акт са клаузулом и оригиналном меницом. Сам садржај, односно права и обавезе у меници утврђени у нотарском акту даје за право извршиоцу могућност појављивања банке у улози повериоца, да намири из целокупне покретне и непокретне имовине. Не може да се занемари чињеница да се у улози солидарних поверилаца налази и авалист. Даље, битно је да се нагласи да акцептант може да буде сасвим друго лице, а трасант – издавач менице, исто тако је дужник по меници. Добра опција за банке је смањена могућност ескивирања правних лица од обавезе зато што већи број су основана као ДОО или ДООЕЛ и из тог разлога банке инсистирају да оснивачи, а често и управитељи, буду акцептанти или у најмању руку авалисти. У односу на начин извршења имамо намиривање новчаних потраживања.

Извршење покретног предмета

Извршење покретног предмета – начин и поступак, уређени су у Закону о извршењу, с тим што је у оваквој ситуацији извршитељ дужан да уради попис ствари пре заплене, процене и продаје. Одредбе о поступку за реализовање залога покретних ствари примењује се и у ситуацији наплате новчаних потраживања и када није заснован залог пре тога³².

³² Закон за извршување, Службен весник на Р. Македонија бр. 35/2005, член 101 став 1.

Извршење новчаних потраживања дужника

Извршење новчаних потраживања дужника (административна забрана на један део личног дохотка код послодавца, потраживања на рачуна у банци) спроводи се сагласно са Законом о извршењу и то забрана и пренос. Закон детаљније разрађује ова два дејства. Даћемо предност новчаним потраживањима које поверилац има код неког свог дужника, односно субјект од којег може да се оствари неко финансијско право (исплата на одређени износ), а то могу банке, штедионице, послодавац и други субјекти где дужник има потражњу.

Извршење на основу хартија од вредности

Извршење на основу хартије од вредности или на уделу у трговачком друштву. Када се говори о хартији од вредности битно је да се нагласи да су то само хартије које су евидентирани код депозитера за хартије од вредност. Извршење се изводи преузимањем извршних дејства: забрана за располагање и оптерећење хартије од вредности, продаја хартије од вредности и подмиривање поверилаца.³³

Над уделом у трговачком друштву извршење се спроводи са запленом удела као и његова процена и продаја за намиривање повериоца.

Извршење над другим имовинским правима

Извршење над другим имовинским правима у Р. Македонији регулише се сумарно, а то је дефинитивно последица недовољне употребе. У нашем праву као да се не користи овај вид извршења. Под појмом и друга имовинска права подразумевамо ауторска права, индустријска имовинска права, и друга слична права дужника.

³³ Закон за нотаријат, Службен весник на РМ бр. 55/2007, 138/2007, 8/ 2008, 21/2008, 86/2008, 139/2009, 135/2011

Извршење над некретнином – хипотека

За реализацију извршне исправе, када је утврђено право на хипотеку, наше позитивно право даје могућност да се исто изврши асистенцијом надлежног нотара и преко надлежног извршиоца.

У принципу, сва ова дејства за извршење преузимају се са циљем исплате новчаних потраживања преко блокаде рачуна или у крајности да се уновчи неновчана имовина по њеној продаји. Извршилац не може и не сме да преузима више дејства одједном и над више лица наведених у меници већ то ради једно по једно, тако да повлачи налог са једног лица и отвара налог на друго лице и тако све до потпуног намиривања дуга³⁴.

У свим ситуацијама извршилац није дужан да од свих меничних дужника ликвидира једнаке делове, већ може исто да наплати у сагласности са законом и само од једног меничног дужника. Даље тај менични дужник има право да тражи регрес од осталих меничних дужника у грађанској парници, али то није ствар у обради.

IV. Поступак исплате повериоца у стечају дужника

Инсолвентност³⁵ друштва јавља се и представља озбиљну претњу банкама као повериоцима у стечају да у одређеном моменту утврђеног периода за исплату свог потраживања од друштва – дужника остану без исплате.

Наиме, стечај је искључива претња свим повериоцима, али посебно би потенцирала банке јер се оне најчешће суочавају са потраживањима виших износа.

Наше право има одређен разрађен механизам који банке користе на најсигурнији могући начин³⁶.

Стечај је облик генералног или општег извршења над целокупном имовином стечајног дужника који се спроводи ради укупног и сразмерног намирења поверилаца.

³⁴ Јаневски Арсен и Зоровска Камилоска Татјана, *Извршно право*, Скопје, август 2011, стр. 118

³⁵ Инсолвентност је немогућност дужника да извршава своје доспеле новчане обавезе. То се стање испољава дужниковом обуставом или прекидом плаћања. Појам инсолвентности потиче из латинског „insolvens“ што значи онај који је без средстава за плаћање.

³⁶ Закон за стечај, Службен Весник на РМ број 34/2006, член 128 став 1.

Стечај има вишеструке циљеве, разноврсна дејства и последице. Први је циљ стечајног поступка да се обезбеди заједничко и сразмерно намирење повериоца стечајног дужника. Други циљ стечајног поступка је економска заштита друштвених интереса који су угрожени нерационалним пословањем друштава који не могу да извршавају привредне и друштвене обавезе. Стечајем се уклања из привредног живота неспособни субјект како би се тим путем спречило да и даље наноси штету другим лицима са којим ступа у пословне односе. Трећи циљ стечајног поступка је у томе што је стечај прилика да се покуша са санацијом дужника, његовом реорганизацијом.

С обзиром на то да је циљ банке да наплати своје потраживање у сагласности са правним прописима, у пракси постоје два сигурнија начина, и то: да се банка појави као разлучни поверилац и да се банка исплати од солидарних дужника.

1. Банка као разлучни поверилац

Повериоци који имају заложно право или право исплате неког предмета (ствари) или права која су записана у јавним књигама (Државни завод за геодетске послове, Централни регистар и други) имају право на одвојену исплату тог предмета (ствари) или права по закону³⁷.

Наиме, правни положај свих поверилаца није исти у стечајном поступку и он се разликује према садржају и природи њихових потраживања као и према односу потраживања према стечајној маси. У том смислу се традиционално у стечајном праву повериоци деле на привилеговане и непривилеговане повериоце. Привилеговани повериоци су разлучни повериоци и повериоци стечајне масе. Непривилеговани су стечајни повериоци.

На привилеговане повериоце се не односе правила о заједничком намирењу, већ они своја права остварују индивидуално.

Разлучни повериоци су привилеговани повериоци стечајног дужника, па они намирују своја потраживања пре осталих поверилаца без обзира на ток и резултате стечајног поступка.

Разлучно право може да буде уписано у јавну књигу, али то не мора да буде. Уколико је разлучно право уписано у јавну књигу, разлучни по-

³⁷ Закон за стечај, Службен Весник на РМ број 34/2006, член 128 став 2.

верилац га остварује према правилима о извршењу. Право одвојеног намирења на основу права залогe која није уписана у јавну књигу обу-хвата износ потраживања камате и трошкова поступка³⁸.

Разлучни поверилац има право да се одрекне права на одвојено намирење. У том случају он губи привилеговано право различног пове-риоца, па се сврстава међу остале непривилеговане стечајне повериоце ради намирења свог потраживања из опште стечајне масе.

Из опште стечајне масе се намирује различни поверилац и у случају да се није успио у потпуности одвојено намирити из посебне стечајне масе³⁹.

2. Намирење банке од солидарних дужника

Могућа је и ситуација када у току поступка пред извршиоцем на-ступи стечај друштва дужника. Наиме, када друштво као правно лице престане да постоји или наступе правне последице од отварања стечајног поступка, извршење се прекида⁴⁰. Информација за отварање стечајног поступка над одређеним правним лицем извршитељ најчешће добија преко обавештења од комора извршитеља или преко службених гласила. У оваквој ситуацији извршитељ упућује повериоца – банку, да оствари своје потраживања из стечајне масе у стечајном поступку.

Ипак, оно што је важно за банку је сам факт што банке увек тра-же солидарне дужнике који су у оваквим ситуацијама у могућности да реализују потраживање. Треба истаћи да се сматра да је потраживање банака реализовано када банке у целости испуне своје потраживање у односу на главни дуг, камате, провизије и остале трошкове у поступку.

Када извршилац не успе да наплати у целости потраживање банке, у том случају он има право за целокупну наплату да се обрати солидар-ним дужницима.

³⁸ Михајло Велимировић, *Стечајно право*, Нови Сад, 2004, стр. 35.

³⁹ Закон за стечај на Република Македонија, член 132.

⁴⁰ Закон за извршување на Република Македонија, член 29 став 4.

Закључак

Досадашње искуство у нашој држави показало је да банке врше уплату кредитног износа након целокупног спровођења поступка, односно када буду имале увид у уредно уписано заложно право на заложеној ствари или када утврде да су се уредно обезбедиле на неки други начин. Након исплате кредитног износа од стране банке дужнику, ствара се обавеза дужника да се придржава уговорних обавеза и исплаћује утврђени износ укључујући камате сагласно утврђеном року и динамици. Ипак, искуство је показало да увек банке не лако и једноставно наплаћују дуговани износ. Различити фактори, најчешће одређене животне, егзистенцијалне и пословне кризе лица, као и велики број других, понекад и непредвиђених фактора, утичу на то да банке не могу да наплате договорени износ ради наступања одређене неспособности дужника за враћање истог, наиме, целокупно или делимично губљење кредитне платежне способности.

Када се банке суоче са оваквом нежељеном ситуацијом, долази до израза значење поступка који је претходио исплати кредитног износа, посебно поступка током којег су се банке обезбеђивале. Посебно је значајно то што се у овом поступку стварају акти са извршном клаузулом који директно олакшавају подузимање дејстава пред надлежним извршиоцем.

**Dance Manoleva Mitovska Ph.D. Full-time Professor
Law Faculty “Justinijan I”, „Sts Cyril and Methodius“ University in
Skopje,
Vladimir Mitrevski LL.M Advisor in the law office**

FORCIBLE COLLECTION OF A BANK CLAIM FROM A CONTRACT ON LOAN BASED ON A BILL OF EXCHANGE AND CREDITORS PAYOFF IN CASE OF DEBTOR’S BANKRUPTCY

Summary

Payment security upon the Loan Agreement has an important role in the execution of the liabilities which result from the Loan Agreement. Those are legal instruments which those legal instrument have undergone.

The bill of exchange in the Macedonian law is an instrument of payment security which enhances the debtor’s liability and supports the creditor’s claim.

The bill of exchange as an instrument of payment security has many advantages which make it special and which should bring to every creditor enhancement of the claim and increase the chances for collection. This is especially manifested by the increase of the number of solvent and financial sound signatories of the bill of exchange.

The main shortcomings of the bill of exchange as payment security are the severity of the procedure and the impossibility of direct collection from a bank account. Namely, the bill of exchange is personal – legal instrument for payment security and its major shortcoming is the characteristic which is common for all personal – legal instruments, that is, the fact that it is aimed to the entire property of the debtor, instead of certain tangibles from which the creditor would be able to collect the debit with a priority in relation to the other creditors.

Key words: *bill of exchange, bankruptcy, loan agreement, stand by letter of credit, creditor, debtor*

УДК: 005.961:005.914.3(497.11:497.6РС)

doi 10.7251/PR5117349M

Излагање са научног скупа

ДЕЛАТНОСТ ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКТА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ И РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Др Мирослав Милосављевић*
Мср Јелена Милосављевић**

Апстракт: У раду аутори проучавају питање делатности привредних субјекта у Републици Србији и Републици Српској.

Дат је појам привредне делатности, са посебним освртом на претежну делатност и карактеристикама привредних субјекта, зависно од тога коју делатност обављају. Истакнути су услови које мора да испуњава привредни субјект да би обављао одређене привредне делатности, обрађена је делатност предузетника, као и привредних друштава али не и делатност посебних привредних субјекта (задруге, банке и др.).

Указано је на принцип слободе избора делатности и ограничења ове слободе, као и на делатности које могу да се обављају у стану или без пословног простора. Такође, обрађена је и област промене делатности.

На крају рада, изведен је закључак у коме се, поред осталог, указује да је неопходно да се промени радно законодавство и изврши реформа пореског система који ће бити у функцији стимулусања и олакшања пословања привредних субјекта.

Кључне речи: делатност, предузетник, привредно друштво, пословни простор, промена делатности.

* Професор Факултета за правне и пословне студије „Др Лазар Вркатић” из Новог Сада, Универзитета „Унион” у Београду.

** Докторанд Правног факултета за привреду и правосуђе у Новом Саду.

Уводне напомене

Сваки привредни субјект обавља одређену делатност *ради стицања добити*.¹ Привредну делатност обављају у виду занимања, тј. систематски, трајно, стручно и професионално и то представља њихов предмет пословања.²

Привредну делатност обављају привредна друштва, као правна лица, и предузетници, као физичка лица.³

Појам привредне делатности

Под привредном делатношћу сматра се *производња, промет робе и пружање услуга на тржишту*.⁴

Сви привредни субјекти имају *претежну делатност* и могу да обављају и друге делатности које нису законом забрањене. Уколико привредни субјект има више делатности које ће обављати, у Републици Србији у регистар привредних субјеката уписује се само једна делатност, која је претежна.⁵ У Републици Српској наведена могућност не постоји, с обзиром да се све делатности, са којима се бави привредни субјект, морају уписати у одговарајући регистар и исто решење треба преиспитати, пошто овакав поступак успорава регистрацију нових делатности и брзи почетак обављања делатности привредних субјеката.

У Србији и Српској није, до краја и прецизно, прописано шта се подразумева под претежном делатношћу. Ипак се у пословној пракси сматра да је то она делатност која је *највећа* по свом физичком обиму производње, промету робе или пруженим услугама на тржишту, или на основу највише остварених новчаних средстава од те делатности, тј. оствареног највећег учешће у укупном приходу.⁶

¹ Члан 2 Закона о привредним друштвима Р. Србије (“Сл. гласник РС”, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон и 5/2015) и члан 2 ст. 1 Закона о привредним друштвима Р. Српске (“Сл. гласник РС”, бр. 127 од 31. дец. 2008, 58/09, 100/11, 67/13).

² Царић Славко и др., *Привредно право*, Факултет за економију и инжењеријски менаџмент, Нови Сад, 2016. год, стр. 31.

³ Члан 4 и 88 Закона о привредним друштвима Р. Србије.

⁴ Бејатовић, Милорад, *Привредно право*, Правни факултет за привреду и правосуђе Нови Сад, год. стр. 24.

⁵ Члан 4 Закона о привредним друштвима Р. Србије.

⁶ У члану 6 ст. 5 Закона о занатско-предузетничкој дјелатности Р. Српске (“Сл. гласник РС”, бр.

Уколико нека од споредних делатности временом постане доминантна, друштво треба да изврши измену оснивачког акта и да промену претежне делатности пријави привредном регистру.

На основу делатности коју привредни субјекти обављају, може се извршити више њихових *подела*.

У *производним привредним субјектима* значајна је технолошка фаза процеса пословања. Ови субјекти су специјализовани за технолошке промене предмета рада у нове употребне вредности, тј. производе. Ови привредни субјекти имају посебан квалификовани састав запослених, као што су стручњаци техничке, хемијске и других производних струка. Производни привредни субјекти имају специфична средства за производњу, која се огледају у претежној заступљености основних средстава, као што су производне хале, машине, уређаји.

Трговински привредни субјекти баве се посредовањем у робно-новчаној размени између произвођача и потрошача. Наведени привредни субјекти своју привредну активност обављају набавком робе од произвођача и њеном даљњом продајом. Делатност је робно-новчана размена, која се огледа у набавци и у продаји робе. Дакле, трговински привредни субјекти се баве прометом робе.⁷ Трговински привредни субјекти запошљавају, претежно, стручњаке комерцијалне и финансијске струке и лакше и брже могу да промене делатност, пошто немају специфичне објекте и опрему, а кадровска структура је таква да се знатно боље прилагођава обављању нове делатности.

Привредни субјекти који пружају услуге на тржишту у које, поред услуга снабдевања електричном енергијом, гасом, снабдевања водом, управљања отпадним водама, услуга у грађевинарству, поправке моторних возила, услуга у саобраћају и складиштењу, услуга смештаја и исхране и сл., спадају и специјализовани привредни субјекти за обављање новчаног промета и других специфичних услуга, као што су банке, осигуравајућа друштва и берзе. Када је у питању промена делатности, флексибилност ових привредних субјеката највећа је у односу на остале привредне субјекте.

117, 121/12, 67/13, 44/16), утврђено је да: „Претежна дјелатност је она дјелатност према којој предузетник остварује највеће учешће у укупном приходу”. У Законима п о ривредним друштва не постоје одредбе о томе.

⁷ У смислу чл. 2 Закона о трговини (“Сл. гласник РС”, бр. 53/2010 и 10/2013), под прометом се подразумева скуп свих основних и пратећих пословних активности у вези са набавком и продајом робе.

Начин утврђивања делатности

У нашем праву, привредни субјекти могу обављати привредне делатности које су утврђене одговарајућим прописима у којима су класификоване делатности са називима, шифрама и описима делатности, према областима односно секторима.⁸

Утврђивање делатности прописима (законом и уредбом), које постоји код нас, критиковано је пошто не прати савремене токове тржишног пословања и динамику развоја нових делатности који се не могу подводити под одређене шифре и шаблоне и представљају ограничавајући фактор у њиховом развоју.⁹

Преовладава став да наведени начин утврђивања делатности треба укинути, пошто је веома формалан и представља сметњу која се огледа у немогућности да се све делатности, са којима планира да се бави привредни субјект, не могу подвести под тренутно важеће класификације и шифарнике, као и да успорава поступак уписа у регистар привредних субјеката приликом промене претежне делатности у Републици Србији а у Републици Српској приликом уписа нових делатности.¹⁰

Класификација делатности, каква постоји код нас, корисна је за разврставање привредних субјеката према економској *делатности* и циљ је да се обезбеди скуп категорија које се могу користити за планирање статистичких истраживања, прикупљање и обраду података, презентирање и анализе статистичких резултата према делатностима.

Услови за обављање делатности

Привредни субјект може да обавља привредну делатност уколико испуњава услове који су утврђени законом и подзаконским актима.

Потребни услови за обављање привредне делатности деле се на опште и посебне.

⁸ Уредба о класификацији делатности Р. Србије („Сл. гласник Р. Србије”, бр. 54/10) и *Закон о класификацији делатности Србије* (“Службени гласник РС”, број 104/09); Уредба о класификацији делатности Републике Српске („Сл. гласник Р.Српске”, број 119/10).

⁹ Царић Славко и др., *Привредно право*, стр. 60.

¹⁰ Милосављевић Мирослав, *Право привредних друштава*, Факултет за правне и пословне студије „Др Лазар Вркатаић”, Нови Сад, 2013, стр. 60.

Општи услови су: техничка опремљеност,¹¹ заштита на раду¹² и заштита човекове средине¹³ и други прописани услови.¹⁴ *Посебни услови* су: одговарајућа стручна спрема запослених, пословни простор и посебне мере заштите и др.¹⁵ Надлежни инспекцијски органи, у току редовног инспекцијског надзора, испитују да ли су испуњени прописани услови за отпочињање бављања одређене делатности.

За разлику од прве ситуације када инспекцијски органи утврђују испуњеност услова за обављање делатности у *редовном инспекцијском надзору*, у другој ситуацији, уколико је у питању утврђивање услова за производњу, промет, дистрибуцију, прераду и ускладиштење материја опасних и штетних по здравље људи и животну средину, привредни субјект може да почне са обављањем делатности тек уколико надлежни орган решењем утврди испуњеност услова.¹⁶

Привредна делатност, по правилу, обавља се у пословном простору.

Пословни субјект може да обавља *делатност и изван пословног простора*, када је по природи саме делатности такво обављање могуће или уобичајено, у складу са прописима.¹⁷ То су делатности које се због своје природе и начина обављања могу вршити на отвореном простору или код наручиоца посла. Најзначајније делатности, које се могу обављати без посебног простора, су: гајење житарица, гајење воћа и поврћа; гајење домаћих животиња, обрада дрвета и израда про-

¹¹ Правилник о условима и начину обављања угоститељских делатности, начин пружања угоститељских услуга, разврставању угоститељских објеката и минимално техничким условима за уређење угоститељских објеката (“Сл. гласник Р. Србије”, бр. 48/2012 и 58/2016) и Правилник о минималним условим у погледу пословног простора, уређаја и опреме за обављање трговинске дјелатности (Службени гласник Републике Српске, број 5/97, 9/99, 3/00, 10/00, 25/00, 45/00, 14/02, 29/03, 64/03, 76/03, 93/03 45/04, 52/04, 78/04) и др.

¹² Закон о безбедности и здрављу на раду Р. Србије („Сл. гласник РС”, бр. 101/2005) и Закон о заштити на раду Р. Српске („Сл. гласник Р. Српске”, бр. 1/08) и др.

¹³ Закон о заштити животне средине Р. Србије (“Сл. гласник РС”, бр. 135/2004, 36/2009, 36/2009 – др. закон, 72/2009 – др. закон, 43/2011 – одлука УС и 14/2016 и Закона о заштити животне средине („Службени гласник Републике Српске”, број 53/02 и 109/05) и др.

¹⁴ Члан 6 Закона о привредним друштвима Р. Српске.

¹⁵ Правилник о условима у погледу кадрова, опреме и простора које мора да испуњава привредно друштво, предузеће или друго правно лице за вршење мерења и испитивање рада електронских комуникационих мрежа, припадајућих средстава, електронске комуникационе опреме и терминалне опреме („Службени гласник Републике Србије” број 13/12).

¹⁶ Члан 6 став 3 Закона о привредним друштвима Р. Српске.

¹⁷ Правилник о делатностима за чије обављање није потребан посебан простор Републике Српске (Сл. гласник РС”, бр. 63/2012) и Правилник о одређивању делатности за чије обављање није потребан посебан простор Р. Србије (“Сл. гласник РС”, бр. 9/96).

извода од дрвета, производња креча и гипса те производа од бетона за грађевинарство, поправка електричне опреме и др.

Правилником о делатностима које се могу обављати у стамбеном простору утврђене су делатност које се односе на производњу (израду, дораду и оплемењивање предмета) само ручним радом и пружањем услуга које, по својој природи, не захтевају посебан простор.¹⁸

Ограничење слободног избора делатности

Основно правило да оснивачи привредних субјеката могу слободно да бирају делатност а касније, у току свог постојања, да привредни субјекти могу обављати све привредне делатности, има одређене изузетке и ограничења.

Први изузетак се огледа у томе што се законом могу утврдити одређене делатности које не могу обављати привредни субјекти који нису организовани у складу са посебним прописима који се примењују само за те субјекте.¹⁹ То су субјекти који су формиран у складу са Законом о банкама,²⁰ Законом о осигурању,²¹ Законом о тржишту хартија од вредности²² и др. Дакле, овде је реч о томе да се банке, осигуравајућа друштва и берзе могу основати само у правној форми акционарског друштва како би обављали послове који су утврђени наведеним законима.

Друго, значајно, одступање од начела слободе избора делатности јесте да се одређене делатности могу обављати само након добијања сагласности, дозволе или другог акта надлежног државног органа, односно органа локалне самоуправе.²³ Примера ради, наводимо одређене делатности које се могу обављати након добијања одређене сагласности. За обављање послова заступања у осигурању неопходна је сагласност Народне банке; за производњу и промет оружја, делова за оружје и муницију потребно је одобрење надлежног Министарства одбране; де-

¹⁸ „Сл. гласник Р. Српске”, бр. 63/12.

¹⁹ Закон о привредним друштвима Р. Српске.

²⁰ Члан 2 ст. 1 и чл. 10 Закона о банкама („Сл. гласник Р. Србије”, 107/2005, 91/2010 и 14/2015) и чл. 2 ст. 2 Закона о банкама Републике Српске („Сл. гласник РС”; бр. 3/16).

²¹ Члан 20 ст. 4 Закона о осигурању Р. Србије („Службени гласник Републике Србије”, број 139/14), члан 4 Закона о осигурању имовине и лица (“Сл. гласник Р. Српске, бр. 14/2000 и др).

²² Члан 95 Закона (“Сл. гласник Р. Србије”, бр. 31/2011 и 112/2015) и Закон о тржишту хартија од вредности („Службени гласник Републике Српске” бр. 92/06).

²³ Исто и члан 4 Закона о привредним друштвима Р. Србије.

латност приређивања игара на срећу могуће је на основу дозволе Владе, по прелогу надлежног министарства.²⁴

Треће ограничење начела слободе избора делатности односи се на то да оснивачи имају седиште на територији Републике и нису осуђивани за кривична дела, осим за кривична дела из области саобраћаја, и ако испуњавају услове прописане законом.²⁵

Такав услов се тражи и код приређивања посебних игара на срећу²⁶, како би се ограничиле могућности за коцкање, да би се унапредио надзор над приређивачима игара на срећу и омогућило укрупњавање организатора игара на срећу због лакше контроле, ради ефикасније наплате јавних прихода остварених по основу приређивања игара на срећу и афирмације друштвено најмање негативних игара на срећу.

Четврто ограничење слободе избора делатности може се предвидети уколико таква делатност доприноси насилном рушењу уставног поретка или непосредном насиљу према лицу или групи на основу расе, националне припадности, политичке припадности, вероисповести, сексуалне опредељености, инвалидитета или другог личног својства. Овакво ограничење делатности предвиђено је за оне привредне субјекте који се баве дистрибуцијом информација или другог медијског садржаја.²⁷

Нерегистроване делатности и контрола њиховог обављања

Под нерегистрованим делатностима подразумевају се делатности које се обављају од стране привредног субјекта који је уписан у *основни регистар* привредних субјеката али није уписан у одговарајући *посебни регистар* који води други надлежни орган или организација или то чини *без сагласности надлежног органа или организације*, која је требало да буде дата у виду дозволе, одобрења, решења, мишљења, уверења, лиценце, сертификата, акредитације, потврде, овлашћења, акта о сагласности, акта о условима и др.²⁸

²⁴ Члан 36 и 37 Закона о играма на срећу (“Сл. гласник РС”, бр. 88/2011 и 93/2012 – др. закон).

²⁵ Члан 15 ст. 1 Закона о играма на срећу Р. Српске („Сл. гласник РС”, бр. 111/12).

²⁶ Члан 36 Закона о играма на срећу Р. Србије.

²⁷ Закон о јавном информисању и медијима Р. Србије („Сл. гласник РС”, бр. 83/2014, 58/2015 и 12/2016) и Закон о јавном информисању Р. Српске (“Сл. гласник Републике Српске”, бр. 10/97).

²⁸ Члан 3 ст. 1 тач. 4 и чл. 33 ст. 2 Закона о инспекцијском надзору Р. Србије (“Сл. гласник РС”, бр. 36/2015).

Други случај када се сматра да привредни субјект обавља нерегистровану делатност јесте уколико се делатност обавља *без пријаве надлежном органу*, а тај упис у овај регистар је прописан као услов за обављање делатности или вршење активности.²⁹

Као најчешћи *примери* нерегистрованих делатности наводе се: организована производња текстилних производ у стамбеном простору, подрумима и помоћним и повезаним објектима, којом приликом се незаконито ангажују радници, уз фалсификовање заштићених робних марака регистрованих привредних субјеката; продаја фалсификованих производа у стаменом простору; стоматолошке ординације у становима; производња, обрада и стављање у промет дувана и обрађеног дувана и сл.³⁰

У најширем смислу, под нерегистрованим привредним делатностима сматрају се оне делатности чији носиоци, на име обављања те делатности: не плаћају порезе и доприносе; извршиоцима тих послова ускраћују права која им припадају на основу рада; не воде рачуна о безбедности и здрављу на раду; не воде бригу о правима потрошача и заштити њиховог здравља и безбедности; не испуњавају прописане услове за обављање делатности (дозвола, пријава, стандарди и др.).³¹

У циљу спречавања обављања нерегистрованих делатности, инспекцијске службе врше одговарајући надзор који може бити редован, ванредан, контролни и допунски.³² *Редован инспекцијски надзор* врши се према плану инспекцијског надзора. *Ванредан* инспекцијски надзор врши се: када је неопходно да се предузму мере ради спречавања или отклањања непосредне опасности по живот или здравље људи, имовину, права и интересе запослених, животну средину, биљни или животињски свет, јавне приходе и сл. *Контролни* инспекцијски надзор врши се ради утврђивања извршења мера које су предложене или наложене надзираном субјекту у оквиру редовног или ванредног инспекцијског надзора, ради утврђивања чињеница које су од значаја за инспекцијски надзор, а које нису утврђене у редовном, ванредном или контролном инспекцијском надзору.

Класификацијом и утврђивањем врста и облика инспекцијског надзора постиже се уједначавање и стандардизација инспекцијског над-

²⁹ Исто.

³⁰ http://www.mduls.gov.rs/doc/Brosura_IN.pdf

³¹ Исто.

³² Члан 6 Закона о инспекцијском надзору Р. Србије.

зора, што значајно олакшава препознавање и примену одређене врсте и облика инспекцијског надзора, независно од тога која инспекција врши надзор, која је процедура, права и обавеза који се везују за ту врсту и облик надзора.³³

Нерегистрованом субјекту који обавља делатност, надлежни инспекцијски орган забрањује обављање делатности или вршења активности и заплетује робу, документацију и друге предмете који су нерегистрованом субјекту послужили за незаконито обављање делатности или вршење активности или су тиме настали и налаже му да: одмах покрене поступак за упис у одговарајући регистар или евиденцију коју води надлежни орган или организација или прибављање сагласност надлежног органа или организације или пријави надлежном органу или организацији.³⁴

Не сматра се обављањем делатности или вршењем активности нерегистрованог субјекта када за обављање делатности или вршење активности законом није предвиђена обавеза уписа у регистар или није предвиђена сагласност надлежног органа или организације или пријава надлежном органу или организацији,³⁵ као ни лични рад за сопствене потребе, као ни друга породична, пријатељска или суседска помоћ у раду, услугама или активностима која се пружа физичком лицу који није нерегистровани субјекат, без накнаде.³⁶

Такође, неће се сматрати обављањем делатности или вршењем активности нерегистрованог субјекта ни нужни рад за спречавање несреће или отклањање последица природних или других несрећа, волонтерски рад физичког лица, аматерско културно и уметничко стваралаштво у складу са законом, извршавање одлука надлежних органа и организација, обављање послова и активности чланова у политичким странкама, синдикатима, удружењима и недобитним организацијама, који су везани за остваривање циљева и задатака тих организација, у складу са законима којима се уређују те организације и статутом, и рад у јавном интересу по основу изречене казне.³⁷

Поступање инспекција према нерегистрованим субјектима регулисано је и посебним законима. Законом о пореском поступку и пореској

³³ Милан Стефановић и др., *Водич за примену Закона о инспекцијском надзору*, Представништво Cardno Emerging Markets USA Ltd. Београд, 2015, стр. 34.

³⁴ Члан 33 Закона о инспекцијском надзору Р. Србије.

³⁵ Члан 34 ст. 2 Закона о инспекцијском надзору Р. Србије.

³⁶ Члан 34 ст. 3 Закона о инспекцијском надзору Р. Србије.

³⁷ Члан 34 ст. 4 Закона о инспекцијском надзору Р. Србије.

администрацији уређује се утврђивање пореске обавезе лицу које обавља нерегистровану, односно непријављену делатност.³⁸ Законом о трговини уређена је мера одузимања робе, прописано је да ће тржишни инспектор одузети робу лицу које затекне у обављању трговине, а које нема својство трговца.³⁹ Законом о туризму утврђено је да је туристички инспектор овлашћен да привремено забрани обављање делатности правном и физичком лицу које обавља делатност туристичких агенција, угоститељску делатност, наутичку делатност или ловнотуристичку делатност и које пружа услуге а није регистровао привредну делатност у одговарајући регистар.⁴⁰

Идентична решења постоје и у Закону о планирању и изградњи,⁴¹ Закону о безбедности хране⁴² и другим законима.

Ваљаност правних послова изван оквира делатности

Значајно је размотрити питање ваљаности правних послова изван оквира делатности, под чим подразумевамо нерегистровану делатност, односно обављање делатности без претходног одобрења, сагласности или другог акта надлежног органа, ако је то као услов за обављање те делатности утврђено посебним прописом.

Делатност привредног субјекта је елеменат на основу кога се одређује обим његове правне способности.

Постоји **схватање** да је правна способност привредног субјекта изједначена са правном способношћу физичког лица, изузимајући права и обавезе чији носилац, по природи ствари, може бити само физичко лице али не и привредни субјект, као што је сродство, брак и сл. Овде је реч о општој правној способности.⁴³

³⁸ Члан 129а, 129б и 129в Закона („Службени гласник РС”, бр. 80/02, 84/02 – исправка, 23/03 – исправка, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05 - др. закон, 62/06 – др. закон, 61/07, 20/09, 72/09 – др. закон, 53/10, 101/11, 2/12 – исправка, 93/12, 47/13, 108/13, 68/14, 105/14, 112/15).

³⁹ Члан 63 ст. 1 тач. 1 Закона („Службени гласник Републике Србије”, број 53/10).

⁴⁰ Члан 121 ст. 1 тач. 1 (“Сл. гласник РС”, бр. 36/2009, 88/2010, 99/2011 – др. закон, 93/2012 и 84/2015).

⁴¹ „Службени гласник РС”, бр. 72/2009, 81/2009 – испр., 64/2010 – одлука УС, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – одлука УС, 50/2013 – одлука УС, 98/2013 – одлука УС, 132/2014 и 145/2014).

⁴² „Службени гласник РС”, број 41/09.

⁴³ Констатиновић, Михаило, *Забрањени уговори у трговини*, Архив за привредне и друштвене науке, бр. 2-3/5, стр. 339.

Друго схватање је да је правна способност привредних субјеката специјална и не може се изједначити са правном способношћу физичких лица. Специјална способност је ограничена сврхом и циљем оснивања правног лица.⁴⁴

Начело специјалне правне способности привредног субјекта има корене у енглеској доктрини „*ultra vires*“, према којој сви акти органа правних субјекта који излазе из оквира његове правне способности, односно изван његове моћи (*ultra vires*) су апсолутно ништави.⁴⁵

Важно је расветлити суштину правне способности привредног субјекта, како би било јасно да ли су пуноважни послови који су закључени изван оквира делатности, с обзиром на то да правна наука, судска и пословна пракса немају јединствен став по овом питању

Први став је да су уговори (правни послови) који се закључе изван утврђене делатности привредног субјекта *апсолутно ништави*, с обзиром на то да су закључени изван оквира специјалне правне способности привредних субјеката. Овакав концепт је утврђен у Закону о облигационим односима из 1978. године.⁴⁶

Други став је да су *правни послови важећи* и ако су закључени изван оквира утврђене делатности, пошто привредни субјект има општу правну способност. Овде се полази од потребе да се заштити правна сигурност и интереси друге уговорне стране и омогући да се пословни промет одвија без препрека и на тржишним принципима. Овакво решење садржано је у Закону о привредним друштвима Републике Српске.⁴⁷ Истоветно решење је постојало у Закону о привредним друштвима Републике Србије из 2004. године.⁴⁸

*Прва директива Европске економске заједнице (ЕУ)*⁴⁹ садржи решење према коме су обавезујући и пуноважни уговори који су закључени изван делатности привредног субјекта. Директивом је остављена могућност да земље чланице ЕУ у својим прописима предви-

⁴⁴ Гамс, Андрија, *Увод у грађанско право*, Београд, 1967. год, стр. 115.

⁴⁵ Olivier, *La specialite des personnes morales en droit anglais des societes*, Revue de droit int et de droit compare, No 1/77 стр. 53.

⁴⁶ Члан 54. Види више: Јанковец, И., *Привредно право*, ЈП Сл. лист, 1999. стр. 104.

⁴⁷ У Закону (чл. 25 ст. 4) је наведено да су правни послови заступника привредног друштва изван дјелатности друштва наведених у оснивачком акту, обавезују друштво, осим ако не докаже да је треће лице знало или је према околностима случаја могло знати да су ти послови изван те дјелатности, с тим да објављивање само по себи није довољан доказ за то.

⁴⁸ Члан 25 ст. 4 („Сл. гласник Р. Србије”, бр. 125/04).

⁴⁹ Директива је усвојена 9. 3. 1968. (68/151/ЕЕЗ, измењена последњи пут Директивом 2009/101/ЕЗ, измењеном Директивом 2012/17/ЕУ).

де да акти не обавезују привредни субјект уколико се докаже да је треће лице било несавесно, односно уколико је знало или је морало да зна за прекорачење предмета делатности.⁵⁰

У праву Републике Србије, закључење уговора или обављање послова промета робе и услуга изван оквира делатности представља привредни преступ за који је предвиђена новчана казна,⁵¹ док је у Републици Српској то прекршај за који је, такође, предвиђена новчана казна.⁵² Под појмом „изван оквира делатности“ подразумева се обављање делатност без претходног одобрења, сагласности или другог акта надлежног органа, ако је исто као услов за обављање те делатности прописано посебним законом. То што је предвиђена казна не значи да су уговори који су закључени изван делатности правног субјекта ништави. Напротив, законодавац није хтео да повреда правила о привредном и финансијском пословању од стране привредних субјеката утиче на правну ваљаност одређеног посла.⁵³

Карактеристике и специфичности предузетничке делатности

Предузетничка делатност је веома значајан сегмент привреде, који доприноси, у великој мери, економском и свеукупном друштвеном развоју сваке државе. Наведену врсту делатности обавља предузетник, који је физичко лице и који то ради у своје име и за свој рачун ради стицања добити и као такав уписан је у регистар предузетника.

У правној науци, стручној литератури, законским текстовима, судској и пословној пракси под термином „предузетништво“ наводи се више значења. Занатско-предузетничком делатношћу, у смислу Закона о занатско-предузетничкој делатности Републике Српске⁵⁴ и Законом о привредним друштвима Републике Србије,⁵⁵ сматра се свака привредна делатност која је предвиђена Уредбом о класификацији

⁵⁰ Овакво решење предвиђено је у члану 9 став 1 енглеског закона European Communities Act који је усвојен 1972. године, као и у француском праву Ripert G., *Traite elementaire de droit commercial*, Paris, 1986, No. 968, стр. 689.

⁵¹ Члан 585 ст. 1 тач. 1 Закона о привредним друштвима Р. Србије.

⁵² Члан 441 ст. 3 тач. а) Закона о привредним друштвима Р Српске.

⁵³ Живковић Боривоје, *Уговори закључени изван оквира регистроване делатности*, Судска пракса, бр. 3/97, стр. 6.

⁵⁴ Члан 4 ст. 1.

⁵⁵ “Сл. гласник РС”, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014.

дјелатности Републике Српске,⁵⁶ и Уредбом о класификацији делатности Републике Србије, коју физичко лице обавља производњом, прометом робе и пружањем услуга на тржишту, ради стицања добити и за чије обављање се не захтева други облик организовања. Законом о занатско-предузетничкој делатности Републике Српске⁵⁷ утврђено је да је предузетник физичко лице које обавља предузетничку делатност у своје име и за свој рачун ради стицања добити, и као такав уписан је у регистар предузетника.

Предузетник може обављати предузетничку делатност ако *испуњава прописане услове*: да је пунолетан; да му правоснажном одлуком надлежног органа није изречена мера забране обављања те делатности; да има општу здравствену способност и посебну здравствену способност ако је то законом прописано за обављање одређених делатности; да има одговарајућу стручну спрему или да запосли лице са одговарајућом стручном спремом ако је то посебним законом прописано за обављање одређених делатности и да поседује опрему, односно средства рада, кадрове и одговарајући пословни простор, осим ако природа делатности то не захтева.⁵⁸

Предузетничку делатност у Р. Српској може заједнички обављати више физичких лица (ортака), а највише десет, о чему се закључује уговор.⁵⁹ У Републици Србији ова могућност је укинута Законом о привредним друштвима из 2011. године, када су престале да важе одредбе Закона о приватним предузетницима које су се односиле на ортачке радње.⁶⁰

Предузетничка делатност може се обављати као основно, допунско и додатно занимање. Физичко лице које није у радном односу обавља предузетничку дјелатност као основно занимање. Оно може да обавља предузетничку делатност као допунско занимање искључиво личним радом, најдуже до половине седмичног пуног радног времена, под условом да је у радном односу код другог послодавца са пуним радним временом.⁶¹

⁵⁶ „Сл. гласник Р. Српске”, број 119/10.

⁵⁷ Члан 6 ст. 1.

⁵⁸ Члан 17 Закона о занатско-предузетничкој делатности.

⁵⁹ Исто, члан 16.

⁶⁰ Одредбе Закона о приватним предузетницима (“Службени гласник СРС”, бр. 54/89 и 9/90 и “Службени гласник РС”, бр. 19/91 и др), које су се односиле на ортачке радње престале су да важе 1. јануара 2013. године.

⁶¹ Исто, члан 4 ст. 1.

Предност оваквог начина обављања делатности је што омогућује предузетнику потпуну контролу над пословним потезима. Ова форма обављања делатности мотивише на већу пословност, пошто даје право и могућност само једној особи да присвоји добит која је остварена и намеће одговорност за губитке у лошем пословању.

Предност се огледа и у томе што је приватна својина предузетника максимално заштићена као пословна тајна, пошто се не захтева да се о пословању обавештава јавност. Ова форма пословања има низак трошак пословања, с обзиром на то да је организација максимално рационализована.

Постоје и *ограничавајући фактори* у обављању предузетничке делатности, као што су средства за рад која су мањег обима и обезбеђује их искључиво предузетник, с обзиром на то да не постоје друга лица која су укључена у његову делатност. Ограничена средства лимитирају могућност запошљавања високостручних кадрова који би били мотивисани за добар рад и креативност, те из тих разлога делатност стагнира или се споро развија. Код ове врсте делатности у посао се улази брзо и врло лако, без беликих процедура и са малим капиталом, као и са незнатним пословним знањем и искуством, те се у условима јаке и немилосрдне конкуренције често пословно пропада и банкрутира

Предузетник може да се бави делатношћу која се односе на старе и уметничке занате и послове домаће радиности. Одговарајућим прописима утврђено је шта се сматра старим занатима и домаћом радиношћу.⁶² *Старим занатима* сматрају се делатности израде и дораде предмета претежно ручним радом, под условима, на начин и од материјала којима се чува и одражава израз традиционалног народног стваралаштва, знања и вештина. Као стари занатим наводе се: лончарски, коларски, канзацијски, пинтерски, сајцијски, абацијски, јорганцијски, сарачки, дрводељски, ужарски и др.

Уметничким занатима сматрају се делатности обликовања племенитих материјала, камена, метала, текстила, стакла и других материјала, при чијој изради долази до изражаја лични укус и вештина произвођача по замисли или нацрту ствараоца или другог лица. *Домаћа радиност* је делатност израде, дораде и оплемењивања предмета код којих преовла-

⁶² Правилник о делатностима које се сматрају старим уметничким занатима и домаћом радиности Р. Српске („Сл. гласник Р. Српске”, број 70/2012) и Правилник о одређивању послова који се сматрају старим и уметничким занатима, односно пословима домаће радиности, начину сертификавања истих и вођењу посебне евиденције издатих сертификата Р. Србије („Сл. гласник РС”, бр. 56/2012).

дава ручни рад и који имају естетско обележје народне уметности, као што су: плетење и штрикање, израда сувенира, израда народне ношње и др.

Надлежни министар донео је правилник о делатностима које се могу обављати *сезонски*⁶³ и које се обављају *искључиво као основно и додатно занимање и у складу са условима утврђеним прописима којима се уређује поједина предузетничка делатност. То су следеће делатности: које се обављају после жетве (бербе усева пољопривредних производа, припрема за примарно тржиште); дорада семења (за семенски материјал), прикупљање некултивисаних шумских плодова и производа, осим шумских сортимената; помоћне услужне делатности у шумарству: тестерисање и блањање дрвета; импрегнација дрвета; изградња стамбених и нестамбених зграда. Сезонски начин обављања делатности се може обављати најдуже до шест месеци, у континуитету или са прекидима, у току једне календарске године.*⁶⁴ У Републици Србији не постоји пропис којим је регулисан сезонски посао, на начин како је то утврђено у Републици Српској.

Промена делатности

У току свог постојања привредни субјект може вршити промену своје делатности. Начело слободе избора делатности, као и правила о ограничењу избора делатности, примењују се на адекватан начин и код промене делатности.

Делатност се може променити на следећи начин:

- **заменом**, тако што ће се уместо раније делатности увести нова делатност;
- **проширењем**, где се поред постојећих делатности уводи нова делатност;
- **сужавањем**, када се престаје са обављањем неке од делатности.

Оснивачким актом, односно статутом привредног субјекта (уколико га има) предвиђа се поступак промене делатности, као и орган који је надлежан за доношење одлуке о промени делатности и може се утврди-

⁶³ „Сл. гласник Р. Српске”, бр. 63/12.

⁶⁴ Члан 4 Правилника о делатностима које се могу обављати сезонски Р. Српске.

ти ограничење промене делатности за одређено време од оснивања привредног субјекта, као и да се делатност може мењати само уз сагласност оснивача уколико се променом делатности доводе у питање циљеви оснивача.

Свака промена делатности у Републици Српској се уписује у одговарајући регистар,⁶⁵ док је обавеза уписа у регистар предвиђена у Републици Србији само уколико се мења основна делатност. Да би се почело са бављењем новорегистроване делатности, потребно је да привредни субјект испуни прописане услове (кадровске, просторне, техничке, заштиту на раду, заштиту животне средине), како не би учинио повреду прописа и био кажњен.

Закључак

Привредни субјекти обављају делатност ради стицања добити. Под привредном делатношћу сматра се производња, промет робе и пружање услуга на тржишту. Привредни субјекти имају претежну делатност а могу да обављају и друге делатности које нису законом забрањене.

Привредни субјект може да обавља привредну делатност уколико испуњава опште и посебне услове који су прописани законом и подзаконским актима, што утврђују надлежни инспекцијски органи.

Привредна делатност, по правилу, обавља се у пословном простору а може да се обавља и изван пословног простора, као и у стамбеном простору, у складу са прописима.

Правило је да оснивачи привредних субјеката могу слободно да бирају делатност а касније, у току свог постојања, привредни субјекти могу обављати све привредне делатности, уколико за то испуњавају услове. Ово правило има више изузетака и ограничења.

Закључење уговора или обављање послова промета робе и услуга изван оквира делатности представља казнено дело за које је предвиђена новчана казна.

У току свог постојања, привредни субјект може вршити промену своје делатности. Начело слободе избора делатности, као и правила о ограничењу избора делатности, примењују се, на адекватан начин, и код промене делатности.

⁶⁵ Члан 13/н Закона о упису пословних субјеката у Републици Српској („Сл. гласник РС”, бр. 67/13).

У Републици Србији и Републици Српској постоје солидни и идентични нормативни оквири којима је уређена делатност привредних субјеката, међутим треба их дограђивати у складу са прописима и пословном праксом која постоји у развијеним земљама тржишне привреде.

Пре свега, треба преиспитати утврђивање делатности законом и подзаконским актима, пошто је то веома формалан начин и представља сметњу која се огледа у немогућности да се све делатности, са којима планира да се бави привредни субјект, подведу под важеће класификације и шифарнике, као и да успорава поступак уписа у регистар привредних субјеката приликом промене претежне делатности у Републици Србији а у Републици Српској приликом уписа нових делатности.

Било би сврсисходно да се у Р. Српској укине могућност да предузетничку делатност могу заједнички обављати више физичких лица, а највише десет, и да се постојеће ортачке радње (које имају више оснивача) „преведу“ у ортачка друштва или неку другу правну форму привредног друштва.

Требало би размотрити могућност да се у Р. Српској (идентично решењу у Р. Србији и другим законодавствима) врши само обавезна регистрација основне делатности привредних субјеката, што би омогућило брже увођење и обављање нових делатности.

Такође, треба спровести реформу радног законодавства и промену пореског система, који ће бити у функцији олакшања и поспешивања делатности привредних субјеката и битан услов за велики искорак у развоју целокупне привреде.

Добрим прописима са којима се регулише делатност привредних субјеката, у знатној мери, елиминишу се ризици у пословању, подиже степен правне сигурности и успоставља се боља организација система подршке учесницима привредног пословања посредством тржишних механизма.

Dr Miroslav Milosavljevic, associate professor Faculty of Legal and Business Studies

“Dr Lazar Vrkatić“, Novi Sad

Jelena Milosavljevic, master of economics,

doctoral student at the Faculty of Economics and Justice in Novi Sad

ACTIVITIES OF BUSINESS ENTITIES IN THE REPUBLIC SERBIA AND THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In this paper, the authors study the question of activities of economic entities in the Republic of Serbia and the Republic of Serbian.

Dat’s concept of economic activities, with a special focus on core activities and characteristics of business entities, depending on which activity performed. Featured are the conditions to be met by the undertaking to perform certain economic activities, treated activity of entrepreneurs and business organizations but not industry specific business entities (cooperatives, banks, etc.).

It points to the principle of freedom of choice of activities and restrictions of this freedom, as well as the activities that can be performed at home or without business premises. Also, the treated area and change activities.

At the end, given the conclusion which points out that it is necessary to change labor legislation and reform the tax system that will function to stimulate and facilitate the operations of economic entities.

Keywords: *business, entrepreneur, business organization, business space, change of activity.*

УДК: 336.745:343.351(497.6РС)

doi 10.7251/PR5117367V

Излагање са научног скупа

НАДЗОРНИ ОДБОР ПРЕМА НОВОМ ЗАКОНУ О БАНКАМА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Доц. др Зоран Васиљевић*

***Апстракт:** У раду се врши анализа улоге надзорног одбора банке у свјетлу новог Закона о банкама Републике Српске. Дјелокруг овог органа се систематизује на нормативне, ревизорске, надзорне, савјетодавне изборне, заступничке и функције обавјештавања. Такође се уочавају и управљачке функције, иако начелно не улазе у дјелокруг овог органа. Аутор указује на новине у погледу услова за избор и структуре чланова надзорног одбора, те констатује да су пооштрени критеријуми, уз објашњење историје проблема. Упућује се и на сходну примјену општег режима компанијског права који се односи на чланове управног одбора, поготово по питању начина рада и одговорности надзорног одбора, односно његових чланова.*

***Кључне ријечи:** надзорни одбор, банка, дјелокруг, независни чланови, одговорност.*

Уводна разматрања

Доношењем новог Закона о банкама Републике Српске (у даљем тексту ЗОБ), који је ступио на снагу почетком 2017. године, задржана је дводомна структура органа управљања банком. Тако су, поред скупштинске као органа власника, као кључни органи управљања остали надзорни одбор и управа банке. Овакво рјешење представља одступање у односу на општи режим нашег компанијског права, уређен Законом о привредним друштвима (у даљем тексту: ЗПД), који предвиђа једнодомни систем

* Правни факултет Универзитета у Бањој Луци.

управљања привредним друштвима, у којем нема стриктне одвојености вођења послова од надзора над обављањем тих послова, односно у којем нема надзорног одбора као посебног органа.

Разлози начињеног одступања налазе се, прије свега, у специфичностима дјелатности банака, које се разликују у односу на остале привредне субјекте, нарочито због могућег утицаја на националну економију и новчане токове, а затим и због чињенице да имају могућност располагања са туђим новцем. Све наведено изискује потребу за појачаном контролом пословања и рада управе ових специјализованих акционарских друштава. То се постиже управо дводомним системом корпоративног управљања, у којем надзорни одбор врши надзор над радом управе и заступа друштво према члановима управе, али спроводи и друга овлашћења која су му законом делегирана. Поред тога, и држава се укључује у надзор преко одређеног супервизора. У Републици Српској тај посао спроводи Агенција за банкарство РС (у даљем тексту: Агенција).

Дводомни систем управљања је, иначе, доминантан у њемачком правном систему и компанијској регулативи земаља које се ослањају на овај систем, као што су Аустрија, Чешка, Мађарска, Пољска и Словачка. Међутим, како се, у циљу унификације, у праву Европске уније настоји обезбиједити слобода избора између монистичког и дуалистичког приступа, поједина законодавства обезбјеђују могућност опције.¹ Иако је наведени захтјев у праву ЕУ изричито успостављен само за случај оснивања европске компаније,² ипак се ова могућност предвиђа и за национална акционарска друштва, што је случај са правима Француске, Италије, Словеније, Србије, Хрватске и Македоније.

У нашем праву постоји више претпоставки које иду у прилог примјени оба модела корпоративног управљања. Тако у прилог дводомног модела иду традиција припадности европској континенталној школи права, неразвијено тржиште капитала, недовољно присуство спољних акционара, слаба заштита мањинских акционара, неефикасне и нетранспарентне управе, традиција улоге државе у економији, правна, економска и политичка нестабилност, док у прилог једнодомног модела говоре све веће присуство инвеститора са подручја у којима се примјењује овај

¹ Могућност избора и монистичког система управе, умјесто до тада искључиво дуалистичког, обезбијеђена је, примјера ради, у Хрватској измјенама и допунама Закона о трговачким друштвима од 1. 4. 2008. год. Вид.: Барбић, Јакша, *Право друштава, књига друга: Друштва капитала, свезак I: Дионичко друштво*, Загреб, 2013, стр. 678.

² Уредба ЕУ о статуту европске компаније, бр. 2157/2001 од 8. 10. 2001. год. Вид.: Gerster, Cornelia et al., *European Banking and Financial Services Law*, Хар, стр. 107–109.

модел, све већа конкурентност и развој антимонополске регулативе и праксе, као и недовољност банкарског кредитног потенцијала.³

У пракси се, ипак, све више смањују разлике између монистичког и дуалистичког модела, који се налазе у стању сталне адаптације потребама окружења. Тако је, нпр., једнодомни модел увођењем низа института (нпр., независни директори, одбор за ревизију, специјална ревизија, и сл.), у великој мјери унаприједио функцију надзора над вођењем послова друштва.⁴ У Енглеској је, нпр., тај процес започео као резултат скандала у вези са годишњим финансијским извјештајима компанија, на основу чега је образован тзв. *Cadbury* комитет чији је извјештај о финансијским аспектима корпоративног управљања из 1992. године био иницијална каписла свих реформи које су услиједиле након тога.⁵ Управо се у свему овоме и огледа оправданост прилагођавања модела корпоративног управљања, како специфичностима самих привредних субјеката, тако и потребама и могућностима окружења. У овом раду ћемо ставити акценат на надзорни одбор као значајан орган банака, његову улогу и дјелокруг у систему корпоративног управљања, структуру, избор чланова, начин рада, те питање одговорности.

Улога надзорног одбора у систему управљања банком

Као што и сам назив овог органа⁶ сугерише, надзорни одбор је одговоран за надзор пословања банке, али има и друге надлежности које,

³ Васиљевић, Мирко, *Корпоративно управљање - изабране теме*, Београд, 2013, стр. 167.

⁴ Ibid, стр. 34.

⁵ Након овог комитета били су формиран и *Greenbury* и *Hampel* комитет, да би на крају и сама Влада именовала г. *Derek-a Higgs-a*, који је у свом извјештају, управо на линији извјештаја *Cadbury* комитета, дао смјернице које су касније и имплементирани у тзв. *Combined Code*, који представља “меко” право које се заснива на принципу “примијени или објасни”. Тако енглеске компаније које су усаглашене са овим правилима морају имати најмање половину неизвршних директора чија је основна улога да врше надзор над извршним директорима. Такође, функција генералног директора је раздвојена од функције председника борда, који се не третира ни извршним ни неизвршним чланом и који одржава састанке са неизвршним члановима и без присуства извршних чланова. Уз то, неизвршни чланови се најмање једном годишње састају без присуства председника борда. Вид.: Davies, Paul, *Gower and Davies Principles of Modern Company Law*, London, 2008, стр. 402–410.

⁶ Бивши Закон о банкама РС, Сл. гласник РС, бр. 44/03, 74/04, 116/11, 5/12 и 59/13 је у дефиницији надзорног одбора наводио да се ради о “тијелу”, а не “органу”. Види чл. 1 ст. 2 т. 9 наведеног закона. Ово није баш најсрећније подвођење, с обзиром на то да под тијелима прије треба да се сматрају помоћна тијела надзорног одбора (нпр. одбор за именовања, одбор за накнаде, и сл.), док је надзорни одбор један од кључних органа банке.

у принципу, произлазе из позиције коју он има у банци, а то је да се налази између скупштине, као органа власника, и управе, која се састоји од професионалних менаџера који управљају банком. Надзорни одбор је, дакле, представник акционара који, као стручнији орган од скупштине, контролише управу. Међутим, ово је уједно и самосталан и независан орган, што се посебно потврђује прописивањем обавезе да најмање једна трећина његових чланова морају бити лица која су независна од банке.⁷ Ипак, с обзиром на чињеницу да скупштина има могућност опозива чланова надзорног одбора у било које доба и без навођења разлога, тешко се отети утиску да они не могу бити потпуно имуни у односу на власнике банке.⁸

Надзорни одбор није орган управљања и на њега се не може од стране управе ни интерним актима пренијети вођење послова банке, осим уколико статутом или одлуком надзорног одбора није предвиђено да се одређене врсте послова могу обављати само уз претходну сагласност надзорног одбора, чиме се, такође, спроводи надзорна функција овог органа. Законом одређене надлежности, дужности и овлашћења надзорног одбора би се теоријски могле систематизовати у неколико група, и то нормативне, ревизорске (економске), изборне, надзорне (контролне), савјетодавне, заступничке и функције обавјештавања, а кроз овлашћења одлучивања о закључењу одређених послова у име банке и о њеној унутрашњој организацији, назиру се и управљачке функције.

Нормативне функције се огледају кроз задатке надзорног одбора да доноси пословник о свом раду и пословнике о раду својих одбора, као и акт о успостављању система унутрашњих контрола, усваја програм и план рада интерне ревизије, план опоравка банке и опште услове пословања банке, те доноси политику за процјену испуњености прописаних услова за чланство у управи банке.⁹ Такође, утврђује и приједлоге одлука скупштине банке. Да је у новом ЗОБ-у заузет тренд ширења функција контролних органа банке, указује и прописивање надлежности надзорног одбора да утврђује приједлог пословне политике и стратегије банке, план пословања и да их подноси скупштини банке на коначно усвајање. Поред тога, у дјелокруг надзорног одбора улази и усвајање стратегије и политике за управљање ризицима, као и стратегије за управљање капиталом банке.¹⁰ Наведена овлашћења дају и велику могућност утицања на управу банке.

⁷ Вид. чл. 58 ст. 6 Закона о банкама РС, Сл. гласник РС, бр. 4/17.

⁸ Тако и Барбић, *наведено дјело*, стр. 928.

⁹ Вид.: чл. 66 ст. 1 т. 8, 12–14, 21 и 27 ЗОБ-а.

¹⁰ *Ibid*, чл. 66 ст. 1 т. 2–4.

У саставу надзорних одбора морају се налазити и добри познаваоци економске струке, чему у прилог говоре задаци усвајања тромјесечних, полугодишњих и годишњих извјештаја управе банке о спровођењу пословне политике, профитабилности пословања банке, пословним активностима и другим питањима из његове надлежности и образлагања скупштини свог мишљења о тим извјештајима. Такође, дужност надзорног одбора је и разматрање годишњег извјештаја о пословању и финансијских извјештаја са извјештајем спољног ревизора (привредног друштва за ревизију), те давање мишљења о томе и подношење скупштини на усвајање.¹¹ Надзорни одбор се нарочито треба изјаснити да ли су годишњи финансијски извјештаји сачињени у складу са стањем у пословним књигама и приказују ли исправно имовинско и пословно стање банке. У функције економске природе улазе и давање мишљења о приједлогу управе о расподјели добити и покрићу губитака, усвајање приједлога финансијског плана банке, те политике плата, накнада и осталих примања запослених у банци.

Надзорни одбор има овлашћење и да бира и разрјешава чланове појединих органа и тијела у банци, уз право да појединима од њих утврђује висину накнаде за рад. Тако надзорни одбор именује и разрјешава предсједника и чланове управе банке,¹² чланове одбора за ревизију, одбора за ризике, одбора за накнаде и других одбора надзорног одбора банке, те руководиоце контролних функција.¹³ Међутим, у односу на претходно важећи ЗОБ из 2003. године, изгубљено је овлашћење именовања спољног ревизора, тако да је то сада у надлежности скупштине банке, а надзорни одбор може дати само приједлог.

Међу свим функцијама надзорног одбора, ипак су најважније и најшире постављене функције надзора, чиме се доприноси рјешавању агенцијских проблема компанијског права у погледу ограничења моћи управе. Вршење надзора се превасходно односи на радње које су већ предузете, али све више се заговара и превентивна контрола будућих активности управе, коју надзорни одбор остварује кроз савјетодавну функцију. У том сегменту надзорни одбор може имати утицаја и на управљање банком.

Надзорни одбор је главни стуб контроле вођења послова друштва и у вршењу те улоге његови чланови морају поступати с повећаном

¹¹ Ibid, чл. 66 ст. 1 т. 5–6.

¹² Тиме одузима право директног избора скупштини, за разлику од једнодомног система управе, те умањује доминацију контролних акционара.

¹³ Чл. 66 ст. 1 т. 16–18 ЗОБ-а.

пажњом доброг и савјесног привредника. Примјеном наведеног степена пажње они морају препознати и штитити интересе банке. У циљу што квалитетнијег обављања овог посла, надзорни одбор може (сам или уз помоћ ангажованих стручњака) да прегледа и испитује пословне књиге и документацију банке, благајну, хартије од вриједности и друге ствари. За испитивање годишњих финансијских извјештаја банке може се дати налог спољном ревизору. Право да прегледа и испитује пословне књиге и документацију банке има сваки члан надзорног одбора, који може тражити и посебне извјештаје од управе банке о свим питањима која значајно утичу или би могла бити од утицаја на положај банке. Међутим, то не значи да поједини чланови могу бити у предности у односу на остале. Тражени извјештаји се подносе надзорном одбору у цјелини, јер свим његовим члановима морају бити једнако доступне све информације о активностима управе и стању банке.¹⁴

Чланови надзорног одбора су дужни да надзиру спровођење пословне политике банке, стратешких циљева и политике преузимања и управљања ризицима, као и примјереност поступака и ефикасност интерне ревизије и поступка јавног објављивања и саопштавања информација о финансијском стању и пословању банке.¹⁵ Интензитет надзора зависи од стања у којем се налази банка. Међу пословима надзора налазе се још и контрола спровођења одлука скупштине банке, вршење надзора над системом унутрашњих контрола, усвајање извјештаја одбора за ревизију, заузимање ставова и одлучивање о приједлозима одбора за ревизију за отклањање утврђених неправилности, давање претходне сагласности за закључивање правног посла који доводи до укупне изложености банке од 10% признатог капитала према једном лицу или групи повезаних лица или до сваког наредног повећања ове изложености, и сл.¹⁶

Посебан задатак надзорног одбора је успостављање система интерне ревизије банке и, у том погледу, његова дужност је да формира одбор за ревизију с којим треба да тијесно сарађује. Наиме, задаци одбора за ревизију су, између осталог, да предлаже надзорном одбору план рада интерне ревизије, даје надзорном одбору своје мишљење о годишњим финансијским извјештајима и извјештајима о пословању банке, извјештава надзорни одбор о предузетим активностима и утврђеним

¹⁴ Вид. Барбић, *наведено дјело*, стр. 930. Слична овлашћења има и надзорни одбор у њемачком праву. Вид. Hüffer, Uwe, *Aktiengesetz*, Минхен, 2010, стр. 589.

¹⁵ Вид.: чл. 67 ст. 1 т 2-3 и 5 ЗОБ-а.

¹⁶ *Ibid*, чл. 66 ст. 1 т. 2, 8, 10, 19, 22, 25 и 29.

неправилностима одмах по њиховом сазнању, да доставља посебан извјештај о уговорима закљученим између банке и лица која се налазе у посебном односу са банком, подноси периодичне извјештаје о свом раду, и друго.¹⁷

Када је ријеч о односима надзорног одбора и управе, тада се улога надзорног одбора, како је и наглашено, превасходно своди на вршење надзора над радом управе у интересу банке. Међутим, кроз савјетодавну улогу у погледу будућих послова и давање претходне сагласности на њихово предузимање,¹⁸ надзорни одбор поприма и управљачке функције. Могло би се истаћи и да је примјетан тренд ширења надлежности надзорног одбора у домену управљања.¹⁹ То нарочито долази до изражаја кроз овлашћење надзорног одбора да одлучује о унутрашњој организацији банке у циљу спречавања сукоба интереса и обезбјеђења транспарентног процеса доношења и спровођења одлука, као и право да одлучује о трансакцијама са имовином, директно или посредством зависних друштава, чија је вриједност између 15-33% књиговодствене вриједности имовине банке или да предлаже доношење таквих одлука уколико вриједност прелази 33%.²⁰

Чланови управе су, свакако, у подређеном положају у односу на надзорни одбор, с обзиром на то да овај орган одлучује о њиховом статусу у банци. Они морају да пружају потпуне информације о пословању и стању банке, а између осталог предлажу надзорном одбору пословну политику, стратегију и финансијски план банке, укључујући стратегију и политику управљања ризицима и стратегију управљања капиталом, а потом га и извјештавају о њиховом спровођењу, и сл.²¹ Такође, дужни су да без одгађања, у писаној форми обавијесте надзорни одбор о сваком погоршању финансијског стања банке, опасности погоршања и о другим чињеницама које могу знатно утицати на финансијско стање банке, као и о свим поступањима која нису у складу са прописима и другим актима банке и другим значајним чињеницама прописаним ЗОБ-ом, и сл.²²

¹⁷ Вид.: *ibid*, чл. 79.

¹⁸ Ако надзорни одбор одбије дати сагласност, управа може затражити од скупштине давање потребне сагласности, која се мора изгласати квалификованом већином од најмање 2/3 гласова акционара са правом гласа. Видјети чл. 68 ст. 9 ЗОБ-а.

¹⁹ Вид. Даниловић, Дамјан, „Нови Закон о банкама Републике Српске у свјетлу система корпоративног управљања“, *Право и привреда*, бр. 4-6/17, стр. 402–403.

²⁰ Чл. 66 ст. 1 т. 15, 23 и 24 ЗОБ-а.

²¹ Више, чл. 71 ЗОБ-а.

²² *Ibid*, чл. 73.

Уколико су у банци формирана и друга тијела, која представљају помоћне одборе надзорног одбора, тј. одбор за ризике, одбор за именовања и одбор за накнаде, она обављају своје послове под надзором овог кључног контролног органа, који има своје представнике у њима. Обавеза је надзорног одбора да формира наведене одборе уколико се ради о значајној банци, према критеријумима величине, интерне организације и врсте, обима и сложености послова које обавља. Дјелокруг ових тијела уједно може да представља границе делегације овлашћења надзорног одбора, која, у принципу, треба да буду непреносива.

Надзорни одбор има и овлашћење да заступа банку према члановима управе.²³ Дакле, ради се о праву заступања које је дато у циљу заштите банке, чији интереси би били угрожени кад би чланови управе судјеловали у правним односима у којима би и заступали банку.²⁴ Стога би супротно одређење интерним актима банке било ништаво. У принципу, активне радње заступања би требало да се обављају на колективној основи од стране свих чланова надзорног одбора, али је могуће и њихово обављање од стране предсједника или појединог члана у случају добијене пуномоћи од стране надзорног одбора.²⁵ Кад су у питању пасивне радње, довољно је упућивање изјаве воље и само према једном члану надзорног одбора.

У погледу односа са скупштином банке, задатак надзорног одбора је да врши њено сазивање и утврђује приједлог дневног реда. Осим тога, чланови надзорног одбора су дужни да присуствују сједницама скупштине. Надзорни одбор је дужан да сазове ванредну сједницу скупштине у одређеним случајевима, и то: када су показатељи адекватности капитала банке нижи од прописаних, на захтјев спољног ревизора или одбора за ревизију, на захтјев Агенције и кад оцијени да је то потребно. Уз то, овај орган мора да подноси скупштини извјештај о обављеном надзору пословања банке и рада управе. Доминација скупштине у односу на надзорни одбор огледа се и у њеном овлашћењу да доноси политику за избор и процјену испуњености услова за чланство у надзорном одбору и самопроцјену рада овог органа.²⁶

Осим скупштине, надзорни одбор је у подређеном положају и у односу на Агенцију, као супервизора над пословањем банака, без чије

²³ Ibid, чл. 65 ст. 11.

²⁴ Барбић, *наведено дјело*, стр. 935.

²⁵ Ibid, стр. 936.

²⁶ Вид.: чл. 55 ст. 1 т. 8 ЗОБ-а.

сагласности не могу бити избрани његови чланови. Агенција као регулатор на тржишту новца је независна у односу на, како законодавну и извршну власт, тако и регулисане субјекте и интересне групе.²⁷ Она контролише рад органа банке, па тиме и надзорног одбора и има овлашћење да одузме већ дату сагласност за обављање функције члана надзорног одбора у случају постојања законом одређених разлога, као што су добијање сагласности на основу неистинитих или нетачних података или документације, престанак испуњавања услова за обављање функције, кршење законом установљених овлашћења и одговорности, надлежности и дужности, и сл.²⁸ У овом циљу, Агенција врши перманентну контролу чланова надзорног одбора. Из истих разлога, банка је дужна да достави Агенцији информацију о резултатима самопроцјене рада надзорног одбора, са мјерама за унапређење ефикасности његовог рада.²⁹ Дужност обавјештавања Агенције постоји и на страни самих чланова надзорног одбора у погледу свих чињеница које могу утицати на њихову оптерећеност или објективност у раду надзорног одбора, као што су случајеви именовања на функцију или престанак функције у управним или надзорним одборима других правних лица, правним пословима директног или индиректног стицања квалификованог капитал учешћа у правном лицу или смањења испод наведене границе, и свим другим чињеницама које могу бити од утицаја на њихову подобност као чланова овог органа.

Чланови надзорног одбора дужни су да обавјештавају Агенцију, као и друге надлежне органе, о свим незаконитостима и неправилностима утврђеним у пословању банке, као и да заузимају ставове и предузимају активности по њиховим налозима у року од 30 дана од дана достављања записника Агенције или другог надлежног органа о обављеном надзору и контроли.³⁰

²⁷ Више: Јованић, Тајјана, *Циљеви и облици регулација пословања банака*, Београд, 2009, стр. 307–320.

²⁸ Вид. чл. 62 ст. 1 ЗОБ-а.

²⁹ До краја марта текуће године за претходну пословну годину. Вид.: чл. 65 ст. 6 ЗОБ-а.

³⁰ Чл. 66 ст. 1 т. 28 и чл. 67 ст. 1 т. 1 ЗОБ-а. Слично и Шогоров, Стеван, *Банкарско право*, Нови Сад, 2004, стр. 62. О ширењу права регулатора у домену корективних мјера које служе отклањању незаконитости, више: Даниловић, *наведени чланак*, стр. 407–409.

Избор и структура чланова надзорног одбора

Новим ЗОБ-ом прописан је само минимални број чланова надзорног одбора банке (5), уз остављање могућности да се конститутивним актима банке предвиди и већи број.³¹ Ово је новина у односу на претходни ЗОБ који је прописивао, такође, минимум од пет чланова, али је ограничавао и максимум од седам чланова. Чини се да је раније рјешење више уважавало реално стање, које се односи на чињеницу да су наше банке ипак мањег формата и сложености, те да евидентно постоји и проблем проналажења довољног броја чланова који испуњавају услове за избор. Превеликом броју чланова се могу истаћи и други приговори, као нпр., приговор да усљед мањка компетентних кандидата они бивају преоптерећени већим бројем ангажмана, па самим тим и слабије доступни банци која их је ангажовала, што понекад може довести и до недостатка кворума за одржавање сједница надзорног одбора или, у крајњем случају, површнијег рада у овом важном корпоративном органу. На банкама остаје да саме воде рачуна о овом проблему. Апсурдно би било достизати границе које допушта, нпр., њемачко право, према ком надзорни одбор може имати и до 21 члана.³² Код нас би се као горњи лимит могло прихватити рјешење које је предвиђено као опште за сва привредна друштва, када је у питању број чланова управног одбора акционарског друштва, а то је 15 чланова, с обзиром на то да ЗПД³³ усљед прихватања једнодомног система корпоративног управљања не регулише надзорни одбор, па се аналогно могу примијенити само одредбе које се односе на управни одбор.

ЗОБ, такође, непрецизно говори о именовану и разрјешењу чланова надзорног одбора, иако су погоднији термини избор и опозив.³⁴ Наиме, овдје се ради о класичном избору чланова од стране скупштине друштва, на који се чак и по самом Закону сходно примјењују одредбе ЗПД-а о избору и кумулативном гласању приликом избора чланова управног одбора. Забуну вјероватно уноси чињеница што је поступак из-

³¹ Уз услов да укупан број чланова мора бити непаран. Чл. 58 ст. 1 и 3 ЗОБ-а.

³² Исто рјешење прихвата и хрватско право. Вид. Барбић, *наведено дјело*, стр. 882. Иначе, у њемачком праву и радници имају право да именују једну трећину чланова надзорног одбора, док остале двије трећине бирају акционари. Вид.: Mayson, Stephen et al., *Mayson, French & Ryan on Company Law*, Oxford, 2014, стр. 421. Такође, Hueck, Götz, Windbichler, Christine, *Gesellschaftsrecht*, München, 2008, стр. 338–346.

³³ Сл. гласник РС, бр. 127/08, 100/11 и 67/13.

³⁴ Вид. чл. 58 ст. 1, 4 и 7 и чл. 61. ЗОБ-а.

бора сложенији, с обзиром на то да се мора добити претходна сагласност од Агенције, као и због тога што се наш законодавац вјероватно угледао на истовјетна термилошка рјешења у упоредном праву која су, такође, погрешна. Тако се и у хрватском Закону о кредитним институцијама³⁵ користи термин „именовање“, што се критикује и у тамошњој теорији, иако постоји могућност да у том правном систему до трећине чланова одбора буде заиста и именовано.³⁶ У нашем праву се ради искључиво о избору, и то на приједлог акционара или групе акционара са најмање 5% акција са правом гласа, постојећег надзорног одбора или одбора за именовања, ако је успостављен.

Захтјев за издавање претходне сагласности мора се поднијети Агенцији најкасније три мјесеца прије истека мандата тренутног члана надзорног одбора (осим ако се не ради о оснивању банке, када захтјев подносе оснивачи), а сами кандидати су обавезни да прије подношења тог захтјева дају писмену изјаву о прихватању кандидатуре. Ово је битно у циљу успостављања одговорности кандидата у случају каснијег одустајања од добијеног мандата, чиме могу нанијети штету банци (нпр., усљед немогућности постизања кворума и извршавања задатака који припадају овом органу).

Мандат чланова надзорног одбора почиње тећи од тренутка закључења уговора са банком, односно од датума одређеног у том уговору, а Законом је ограничен на четири године, уз могућност реизбора, која није ограничена, иако на нивоу ЕУ постоји препорука ограничења за неизвршне чланове управних или надзорних одбора на највише три мандата (или 12 година, уколико је националним законодавством предвиђен краћи мандат).³⁷ За разлику од чланова управе, чланови надзорног одбора не могу имати замјенике. Уколико неком од чланова престане мандат прије истека времена на које је изабран, новоизабрани члан практично ступа у његов мандат, тј. бира се до истека мандата члана којем је мандат престао. Предсједника бирају сами чланови већином од укупног броја, што је, такође, новина у односу на раније важеће рјешење да га бира

³⁵ Народне новине РХ, бр. 159/13, 19/15 и 102/15.

³⁶ Наиме, у Хрватској, осим избора од стране главне скупштине, чланове надзорног одбора могу именовати и одређени акционари, па чак и суд уз одређене претпоставке, као и радници, који у складу са радноправним прописима могу именовати свог представника у надзорни одбор. Вид.: Барбић, *наведено дјело*, стр. 891–908.

³⁷ Вид. Анекс 2 Препоруке Комисије ЕУ о улози неизвршних чланова управног одбора и чланова надзорног одбора јавних акционарских друштава и комитетима управног и надзорног одбора – *OJ L 52/05/162 CE*.

скупштина.³⁸ Ово је боље рјешење, које може допринијети већем степеноу независности у односу на скупштину банке. Да би се избјегао сукоб интереса, не дозвољава се да једно лице буде члан надзорног одбора у више од двије банке у БиХ,³⁹ а у циљу обезбјеђења што већег интензитета посвећености банци у којој се обавља функција члана надзорног одбора, такође постоји ограничење на укупно пет чланстава у управним или надзорним одборима друштава капитала или институција.

С обзиром на значај и улогу коју има у систему корпоративног управљања, надзорни одбор мора бити компетентан орган чији чланови у својој укупности имају стручна знања, способност и одговарајуће искуство потребно за извршавање својих задатака. Уколико најмање једна половина кандидата за чланове надзорног одбора не посједује посебна знања и искуства из области неопходних за успјешно пословање банком (рад у банкарству, финансијским организацијама, и сл.), Агенција може одбити захтјев банке за издавање претходне сагласности кандидатима.⁴⁰

Нови ЗОБ је поставио и додатне захтјеве за чланство у надзорним одборима банака у односу на ранију легислативу, прије свега у циљу подизања степена независности у односу на власничку структуру, али и у циљу бољег рјешавања тзв. првог агенцијског проблема, који се састоји у управљању туђим капиталом у туђе име и за туђи рачун.⁴¹ Подигнута је и лjestвица у погледу захтјева стручности кандидата. Дакле, постављени су одређени и позитивни и негативни услови. Међу позитивним условима нарочито се истичу захтјеви за добром репутацијом и угледом кандидата, те посједовањем одговарајућих квалификација, стручних знања, вјештина и искуства потребног за обављање својих дужности. Осим тога, иако не постоје баријере у погледу држављанства, најмање један члан мора имати активно знање једног од језика који су у службеној употреби у РС, као и пребивалиште на територији РС или БиХ. С друге

³⁸ Упор. чл. 58 ст. 2 важећег ЗОБ-а и чл. 53 ст. 1 ЗОБ-а из 2003. године.

³⁹ Додатно ограничење је да физичко лице или овлашћени заступник правног лица не може бити председник или члан надзорног одбора у више банака истовремено (тј. највише двије у БиХ), осим уколико не посједује више од 50% акција у свакој од тих банака. Вид.: чл. 59 ст. 3 ЗОБ-а.

⁴⁰ Вид. чл. 22 ст. 2 Одлуке о лиценцирању и другим сагласностима АБРС, Сл. гласник РС, бр. 44/14. Наведеном одлуком је прописана и комплетна документација коју је банка дужна да достави уз поднијети захтјев. С обзиром на то да је почетком ове године усвојен нови ЗОБ, очекује се скорије доношење и нових подзаконских аката усклађених са Законом.

⁴¹ Више о наведеном проблему и начинима његовог рјешавања кроз установу независних директора и нових структура надзорних одбора у дводомним системима корпоративног управљања, које укључују и три независна комитета (за именоване, накнаду члановима управног одбора и извршним директорима и комитета за ревизију). Вид.: Васиљевић, *наведено дјело*, стр. 171–187.

стране, основни негативни услов састоји се у обавези да најмање једна трећина чланова морају бити независни у односу на банку. Такође, тражи се и да чланови могу посветити довољно времена обављању својих дужности и да нису у сукобу интереса у односу на банку, акционаре, чланове надзорног одбора, управу и више руководство банке, под којим се подразумевају физичка лица која обављају извршне функције у банци, подређена су управи и одговорна су за свакодневно вођење послова банке. Наиме, на чланове надзорног одбора сходно се примјењују одредбе ЗПД-а које уређују лица која имају дужности према друштву, правила сукоба интереса и забрану конкуренције.⁴²

Када је у питању услов доброг угледа, сматра се да га кандидат за члана посједује уколико не постоји доказ о супротном, те ако нема разлога за основану сумњу у његов углед. При оцјени овог критеријума, потребно је узети у обзир све доступне информације, а од нарочите користи су евиденције из свих судских, управних и прекршајних поступака, као и друге релевантне евиденције.⁴³ Тако за члана надзорног одбора банке не може бити именовано лице које је правоснажно осуђено за кривично дјело на безусловну казну затвора или за кривично дјело и привредни преступ из области привредног и финансијског криминала или ако се против њега води поступак за ова дјела. Такође, не би се могло изабрати ни лице коме је изречена мјера забране вршења позива, дјелатности или дужности које су у потпуности или дјелимично обухваћене банкарском или другом финансијском дјелатношћу или које је имало значајну улогу у управљању банком којој је одузета дозвола за рад или је над њом уведена привремена или посебна управа (осим ако на то није утицало нити могло утицати). Потребно је анализирати и друге факторе који могу довести у сумњу углед кандидата, као што су испуњавање пореских и кредитних обавеза, коректно поступање у испуњавању претходних послова (нпр., да ли је поднио оставку или је отпуштен са посла и разлосима за исто), постизање пословних резултата (нпр., финансијски резултати правног лица у коме кандидат има значајан власнички интерес), и сл.

Захтјеви искуства односе се како на теоретско, тако и на практично искуство. У погледу процјене теоретског искуства посебно се разматра ниво и профил образовања и да ли се односи на релевантне области (банкарство, економија, право, управа, и сл.). Практично иску-

⁴² Вид. чл. 31–38 ЗПД-а.

⁴³ Више о елементима и поступку процјене угледа кандидата за чланство у надзорном одбору банке у чл. 4–9 Одлуке о процјени чланова органа банке, Сл. гласник РС, бр. 80/13.

ство се треба детаљно размотрити, а оно треба бити таквог карактера да омогућује члану надзорног одбора да врши самосталне процјене у процесу доношења одлука у најбољем интересу банке и спроводи ефикасан надзор над управом банке. То искуство може бити стечено како на академским или управним радним мјестима, тако и у претходном управљању или надзору банака или других финансијских институција.⁴⁴ У сваком случају, надзорни одбор у цјелини треба имати потребна знања за довољно добро разумијевање пословања банке и ризика којима је изложена. У том смислу је чак и пожељна разноврсност чланова (нпр., у погледу струке, полне равноправности, и сл.), како би се међусобно што боље допуњавали.⁴⁵

Услов независности чланства у органима привредних друштава је производ корпоративних скандала са почетка XXI вијека који су потекли са америчког тла, а затим се проширили и на Европу. Један од најизразитијих примјера, који се по катастрофалним размјерама које је изазвао пореди са нападом на Свјетски трговински центар у Њујорку, био је случај Enron корпорације која је била седма по реду компанија у америчкој привреди и према финансијском извјештају с краја 2000. године имала профит од 979 милиона долара, да би 2. децембра наредне године био проглашен банкрот.⁴⁶ Овај случај је показао недовољност институције спољног ревизора и произвео реформу корпоративног управљања која је изњедрила и институцију независних директора. Они су првобитно уведени као контролори извршних директора у једнодомним системима корпоративног управљања,⁴⁷ да би потом били уведени и у надзорне одборе у дводомним системима корпоративног управљања. Њихова улога би требало да се састоји у попуњавању правне празнине између неинформисаних акционара као принципала и пот-

⁴⁴ Вид. чл. 10 Одлуке о процјени чланова органа банке.

⁴⁵ Тако и Радоњић, Драган, Независни директори, *Право и привреда*, бр. 5-8/05, стр. 68. Такође, Барбић, *наведено дјело*, стр. 883.

⁴⁶ Више о овом и другим случајевима: Радоњић, *наведени чланак*, стр. 59.

⁴⁷ Уз ову улогу, они у том систему имају и значајну улогу при изради стратегије компаније, а треба да буду и спона управе према акционарима. Више: Bird, John et al., *Boyle & Birds' Company Law*, Bristol, 2007, стр. 395–397. Актуелно издање Кодекса корпоративног управљања који уређује ову материју усвојено је у септембру 2012. године и примјењује се на котиране компаније, које су испуниле додатне захтјеве Лондонске берзе (гзв. *premium listed*). Овај кодекс се примјењује по принципу “примијени или објасни”, а везано за борд директора сугерише да треба да садржи одговарајућу комбинацију извршних и неизвршних (у оквиру којих посебно и независних неизвршних) директора тако да ниједан појединац или мања група не може да доминира приликом доношења одлука. Број независних директора зависи од величине компаније. Вид.: Mayson, Stephen et al., *наведено дјело*, стр. 420–421.

пуно информисаних извршних директора као агената акционара.⁴⁸ Нарочито је изражена потреба за њиховим непристрасним надзором на три подручја, и то: именовању управе, питању накнада за рад управе и ревизије финансијских резултата и извјештаја.

На независне чланове надзорног одбора сходно се примјењују одредбе ЗПД-а које уређују независност члана управног одбора. У том смислу ова лица не могу бити запослена у банци и не смију бити у одређеним финансијским, статусним и радноправним односима са банком и одређеним другим правним лицима, као ни у блиским породичним односима са лицима која се налазе у таквим односима. Тако, у погледу радноправног статуса, независни члан јесте лице које само или са члановима породице није у посљедње двије године било запослено у тој или било којој другој банци у БиХ, нити њен прокуриста,⁴⁹ као ни члан како њене управе, тако ни управе или надзорног одбора зависног друштва. Такође, не смије бити ни члан управе, односно извршни директор другог друштва капитала у чијем се надзорном, односно управном одбору налази члан управе, односно извршни директор друштва. Коначно, негативни услов се односи и на функцију спољног ревизора.⁵⁰ У погледу финансијских односа, услов се односи на неизвршење исплате банци или пријем исплате од стране банке у износу већем од 20.000 КМ, нити посједовање, било директно или индиректно, власништва у проценту већем од 10% (акција или удјела) у лицу које је извршило или примило такву исплату.⁵¹ Статусни услов се односи на непосједовање у банци, такође директно или индиректно (укључујући и повезана лица), више од 10% основног капитала банке.⁵²

Интерним актима банке би се могли поставити и додатни услови за чланство у надзорном одбору у односу на оне које постављају ЗОБ и Агенција подзаконским актима. Тиме се може допринијети обезбјеђењу још адекватнијег састава овог органа, у циљу квалитетног обављања

⁴⁸ Радоњић, *наведено дјело*, стр. 63.

⁴⁹ У хрватској теорији се сматра да ни пуномоћници друштва, без обзира да ли то чине трајно или повремено, не могу бити чланови надзорног одбора. Ипак, судска пракса заступа нешто либералније становиште, па допушта да то буду лица која на основу посебне пуномоћи обављају одређене послове који немају значај вођења послова друштва. Вид.: Барбић, *наведено дјело*, стр. 887–889.

⁵⁰ Вид. чл. 59 ст. 2 т. 3, 5 и 6 ЗОБ-а и чл. 301 ст. 3 т. а), д) и њ) ЗПД-а. Притом, негативни услови у погледу радноправног статуса који су прописани ЗОБ-ом, односе се на све чланове надзорног одбора, а не само на независне.

⁵¹ Вид. чл. 301 ст. 3 т. б) и в) ЗПД-а.

⁵² *Ibid*, чл. 301 ст. 3 т. г).

сложених задатака. У сваком случају, након банке, испуњеност услова прописаних законским и подзаконским актима испитује Агенција, која ће одбити захтјев за издавање претходне сагласности уколико оцијени да кандидат не испуњава прописане услове или ако процијени да добијени подаци и информације указују на то да кандидат није прихватљив. У том случају, морају се отклонити разлози одбијања давања сагласности наведени у рјешењу Агенције, уколико се жели поднијети нови захтјев за исто лице. Уколико, пак, члан буде изабран, уписује се у евиденцију банака коју води Агенција. Притом, морамо нагласити да Агенција, и након давања сагласности, врши стални надзор и контролу чланова надзорног одбора и може повући дату сагласност уколико се створе законске претпоставке за то.

Начин рада и одговорност надзорног одбора

С обзиром на то да је надзорни одбор колективни орган, он тако и дјелује, тј. доноси одлуке из домена своје надлежности. Законом је прописано да се сједнице надзорног одбора одржавају најмање једном у три мјесеца, према томе, најмање четири пута годишње, али је могуће и пожељно да се статутом банке предвиди и чешћи број одржавања сједница овог органа. Сједнице се не морају одржавати у сједишту банке, па је тако могуће, поготово у случају банака у страном власништву, да се одржавају и у иностранству, нпр. у сједишту већинског власника банке (тј. матичне банке). Ипак, ЗОБ прописује да се и у сједишту банке мора одржати бар једна сједница годишње.⁵³

Сједнице сазива предсједник надзорног одбора, али би то могли тражити и остали чланови надзорног одбора (најмање 1/3), спољни ревизор и одбор за ревизију.⁵⁴ Такође, и Агенција може захтијевати сазивање ванредне сједнице на којој њени представници могу присуствовати и учествовати у раду надзорног одбора. Остала лица могу присуствовати сједницама надзорног одбора само на основу писменог позива предсједника. Најчешће се ради о представницима управе банке. Закон не регулише посљедице неовлашћеног присуства сједницама, али би се

⁵³ Вид.: чл. 64 ст. 1 ЗОБ-а.

⁵⁴ У њемачком праву то могу и сваки члан надзорног одбора и управа, те у случају оглушивања предсједника надзорног одбора могу сами сазвати сједницу. Вид.: Hüfner, *наведено дјело*, стр. 585. Ово је регулисано параграфом 110 њемачког Закона о акционарским друштвима.

могло прихватити становиште да одлуке произашле са таквих сједница треба да буду ништаве.

ЗОБ не прописује детаљније начин рада и одржавања сједница надзорног одбора, већ упућује на сходну примјену одредаба ЗПД-а које се односе на управни одбор.⁵⁵ Тако би се могло прихватити тумачење да одржавање ванредне сједнице може тражити и једна трећина чланова надзорног одбора, а у случају њеног несазивања од стране предсједника, они би је могли сами сазвати.⁵⁶ Приликом припреме сједнице, предсједник надзорног одбора, у правилу, сарађује са управом банке, која му пружа логистичку подршку. То је и разумљиво с обзиром на чињеницу да је управа оперативни орган који најбоље познаје стање у банци, за разлику од надзорног одбора који се састаје свега неколико пута годишње.⁵⁷ Позив на сједницу члановима надзорног одбора се доставља најкасније десет дана прије одржавања ванредне сједнице, осим у хитним случајевима, када може бити и краћи рок. Присуство на сједници неуредно позваног члана отклања недостатак поступка сазивања, осим ако члан није дошао ради упућивања приговора због незаконито сазване сједнице. На сједницама надзорног одбора води се записник.

Кворум за одржавање сједнице је натполовична већина од укупног броја чланова, а за доношење одлука натполовична већина присутних. Ово је посљедица аналогне примјене рјешења из ЗПД-а⁵⁸ и представља новину у односу на рјешење бившег ЗОБ-а према коме је за одлучивање тражена иста већина као и за кворум.⁵⁹ Могли бисмо рећи да ово није боље рјешење јер отвара могућност да мањина доноси одлуке у овом важном органу надзора над радом банке.⁶⁰ С обзиром на прихваћени критеријум, могуће је предвидјети и тзв. *casting vote* предсједника надзорног одбора у случају једнаке подјеле гласова. Сједнице надзорног одбора би се могле одржавати и путем конференцијске везе, а било би могуће и доношење одлука без одржавања сједнице (нпр. слањем гласа предсједнику писаним путем), уколико се томе у писаној форми не противи ни један члан надзорног одбора. У тим случајевима уобичајено је да надзорни одбор на првој наредној сједници потврди тако донесене

⁵⁵ Надзорни одбор, у сваком случају, може донијети и пословник о свом раду, којим ће детаљније уредити питање одржавања сједница.

⁵⁶ Аналогна примјена чл. 306 ст. 2 ЗПД-а.

⁵⁷ Вид.: Барбић, *наведено дјело*, стр. 939.

⁵⁸ Чл. 310 ЗПД-а.

⁵⁹ Вид. чл. 62 ст. 2 ЗОБ-а из 2003. год.

⁶⁰ Тако и Даниловић, *наведени чланак*, стр. 401.

одлуке.⁶¹ На овај начин се омогућује брже реаговање надзорног одбора у хитним ситуацијама, као нпр. у случају давања претходне сагласности на радње управе банке. Одлуке надзорног одбора, у сваком случају, ступају на снагу од дана доношења.

Приликом одлучивања у надзорном одбору, поједином члану би се могло и искључити право гласа, гдје се упућује на аналогну примјену ЗПД-а, а то у крајњем исходу производи примјену одредаба о могућности искључења права гласа акционара на скупштини друштва.⁶²

Чланови надзорног одбора имају право и на накнаду за свој рад. Притом, међу члановима се не би смјела спроводити дискриминација у смислу исплаћивања различитих накнада за исти обављени посао, али би могли имати различите износе накнаде као посљедицу различитог степена ангажовања у банци.⁶³ Тако је логично да предсједник надзорног одбора као његов најзначајнији члан прима и већу накнаду, исто као и неки члан који је додатно ангажован у одређеном помоћном тијелу надзорног одбора (нпр. одбору за именовања), и сл.

Насупрот погодностима, стоји режим одговорности чланова надзорног одбора за штету коју причине друштву. По овом питању би требало заузети исто рјешење као и у случају одговорности чланова управе а.д., односно примијенити исто рјешење.⁶⁴ Стога члан надзорног одбора одговара за незаконите и штетне одлуке које су усвојене на сједници надзорног одбора, осим уколико не изрази своју несагласност и не унесе је у записник са сједнице. Уколико члан није присуствовао сједници на којој је усвојена одлука, то га не ослобађа одговорности, већ мора да писмено изрази своју несагласност лицу које је водило сједницу или записник са сједнице, и то одмах по сазнању за одлуку.⁶⁵ Таквим рјешењем се спречава изигравање одговорности намјерним изостанком са „осјетљивих“ сједница. Такође, чланови надзорног одбора су, као и чланови управе акционарског друштва, лица која имају дужности према друштву, почев од дужности пажње, правилне пословне процјене, па до дужности по основу сукоба интереса, забране конкуренције⁶⁶ и чувања пословне тајне,

⁶¹ Вид.: Барбић, *наведено дјело*, стр. 945.

⁶² Вид. чл. 64 ст. 6 ЗОБ-а и чл. 311 и 291 ЗПД-а.

⁶³ Вид.: Барбић, *наведено дјело*, стр. 917–919. Такође, Hüfner, *наведено дјело*, стр. 606–610.

⁶⁴ Више о наведеном проблему: Поповић, Владимир, „Примена Закона о предузећима на банке“, *Право и привреда*, бр. 5-8/01, стр. 624–625.

⁶⁵ Вид. чл. 319 ЗПД-а.

⁶⁶ Интересантно је да у хрватском праву није прописано подлијегање чланова надзорног одбора клаузули конкуренције. То се оправдава, преваходно, тиме да им је чланство у надзорном одбору ипак споредни посао. Вид.: Барбић, *наведено дјело*, стр. 968.

те кршење наведених дужности проузрокује одговорност за штету, као и могућност разрјешења чланова. Одговорност може бити проширена статутом банке и односити се и на друге случајеве.

Ипак, чланови надзорног одбора су у погледу одговорности у још неповољнијем положају у односу на чланове управе, јер они одговарају и за штету коју управа проузрокује својом одлуком, под условом да су за ту одлуку знали или морали знати, а да о томе нису обавијестили скупштину друштва нити Агенцију.⁶⁷ У овом случају ријеч је о одговорности за туђу кривицу, при чему је потребно утврдити колики је удио у штети сваког од одговорних органа. Дакле, ради се о случају подијељене одговорности.⁶⁸ Међутим, при доношењу пресуда мора се водити рачуна о немијешању надлежности органа, те нестављању одговорности на терет само једног, нпр. надзорног.⁶⁹

Према томе, чланови надзорног одбора банке солидарно одговарају банци за штету која настане као посљедица чињења, нечињења или пропуштања испуњавања својих дужности, осим ако не докажу да су у испуњавању дужности обављања надзора над управљањем банком поступали са пажњом доброг и савјесног привредника.⁷⁰ Дакле, за постојање одговорности се траже општи услови грађанског права: кривица (намјера или груба непажња), штета и узрочна веза кривице и штете. Сваки члан надзорног одбора мора имати бар толико знања и способности да може без туђе помоћи разумјети и просуђивати сва нормална пословна збивања. Наравно, када се ради о банкама, тај степен стручности и пажње мора бити и већи него у односу на надзорне одборе у области неких мање комплексних дјелатности. Уколико га изабрани члан не посједује, он је већ самим својим пристанком на избор показао мањак дужне пажње и свакако треба да одговара.⁷¹ Стога, степен кривице се процјењује по објективном критеријуму.

⁶⁷ Вид.: Поповић, *наведени чланак*, стр. 624.

⁶⁸ Тако Васиљевић, *наведено дјело*, стр. 199.

⁶⁹ У судској пракси Србије је Управни суд, Одјелење у Новом Саду, поништио једно такво оспорено рјешење и предмет вратио органу на поновно одлучивање (III-27 У. 965/15 од 18. 1. 2017. год.). У овом случају је спорна била и изречена новчана казна која је одређена на основу свих примања чланова управног одбора (на основу података прибављених од Пореске управе), а не, као што би било исправно, само на основу накнаде за рад у одбору. Наиме, примјена првог критеријума би сваког одвраћала од рада у таквим одборима. Овдје треба имати на уму да управни одбори банака у Србији, у односу на извршне одборе, имају сличну улогу као код нас надзорни у односу на управне одборе, с обзиром на то да је у Србији усвојен једнодомни систем управљања банкама. Више о наведеном случају: Пљакић, Љубодраг, „Правни положај и границе одговорности чланова управног одбора банака“, *Право и привреда*, бр. 1-3/2017, стр. 5–15.

⁷⁰ Чл. 65 ст. 10 ЗОБ-а.

⁷¹ Упор.: Барбић, *наведено дјело*, стр. 966–967.

С обзиром на то да се ради о штети причињеној банци, она је овлашћена на подизање тужбе, али то могу чинити и акционари (најмање 5%) у име и за рачун банке (деривативна тужба). Уколико су акционари и лично оштећени, тада могу подизати и индивидуалну тужбу. Повјериоци не могу подизати тужбу за друштво, али могу уколико су лично оштећени. У том случају се не ради о уговорној одговорности према банци, већ о вануговорној одговорности према трећим лицима и тужена страна је сама банка, по принципу одговорности за рад својих органа.⁷² Дакле, примјењује се концепт објективне одговорности, уз могућност коришћења права регреса према одговорним лицима. Ипак, све више се у компанијском праву прихвата постојање одговорности и чланова органа привредних друштава директно према трећим лицима.⁷³ За причињену штету, они одговарају својом цјелокупном имовином. Осим солидарне, могућа је и индивидуална одговорност сваког члана понаособ за радње које је самостално извршио.

Осим грађанскоправне, ЗОБ прописује и прекршајну одговорност чланова надзорног одбора за коју могу бити кажњени новчаном казном у распону од 4.000 до 20.000 КМ. Такви случајеви би, нпр., били несазивање ванредне скупштине по захтјеву Агенције, спољног ревизора или одбора за ревизију, давање неистините документације или података који су битни за обављање функције члана надзорног одбора, неблаговремено обавјештавање Агенције о наступању Законом предвиђених околности (нпр. о именовану на функцију у надзорном одбору неког другог правног лица), недостављање писменог извјештаја о сопственом имовинском стању (такви извјештаји се морају достављати скупштини најмање једном годишње), необезбјеђивање предузимања мјера по препорукама интерне ревизије, одавање банкарске тајне, и сл.⁷⁴

На крају, без претензије за детаљнијом елаборацијом, могли бисмо навести да чланство у надзорном одбору може престати на више начина. Осим редовног начина престанка истеком мандата, може доћи и до пријевременог престанка својства члана (једног или свих, зависно од узрока) у случају давања оставке од стране самог члана, опозива (разрјешења) члана (са или без оправданог разлога),⁷⁵ наметањем при-

⁷² За више о вануговорној одговорности привредног субјекта за штету коју учине његови упосленици, Вид. Голдштајн, Александар, *Правни односи предузећа*, Београд, 1957, стр. 18–43.

⁷³ Васиљевић, *наведено дјело*, стр. 199.

⁷⁴ Вид. чл. 287 ст. 1 ЗОБ-а.

⁷⁵ Могућност разрјешења без основаног разлога није најсрећније рјешење кад су у питању чланови надзорног одбора, јер се тиме умањује степен њихове независности према власницима банке.

нудне управе од стране Агенције или покретањем ликвидационог или стечајног поступка над банком, те коначно, смрћу члана или престанком банке.⁷⁶ Губљењем својства члана гасе се и сва права и обавезе између бившег члана надзорног одбора и банке, осим обавезе чувања банкарске тајне.

Закључак

Надзорни одбор је несумњиво изузетно важан орган банке коме је новим Законом о банкама РС посвећена већа пажња у односу на претходно важећи Закон. Овај орган сада мора да има сложену структуру, у оквиру које се налазе и независни чланови. Такође, захтјевом за познавање нашег језика и пребивалиштем на територији РС или БиХ, законодавац је засигурно имао намјеру да макар у одређеној мјери утиче на „натурализацију“ овог органа, чиме би у спектру интереса у банкама које се оснивају и раде на територији РС појачао и утицај интереса друштва као социолошког феномена, а тиме и интереса саме РС. Поред тога, жеља за повећаном компетентношћу чланова надзорног одбора манифестована је строжим условима за њихов избор.

Пракса ће, међутим, показати колико су нова рјешења реална јер се мора водити рачуна и о чињеници да на овом простору конкуренција лица која испуњавају постављене услове и није претјерано велика. Томе се морају прилагодити и банке некоришћењем могућности коју им је законодавац дао, а то је формирање претјерано великих одбора. Уколико се у пракси заиста и остваре претходне замисли, онда ће и проширени дјелокруг овог органа имати смисла. Крајњи циљ је спречавање нових лоших искустава која су нас пратила у претходном периоду, а кулминирала су са престанком рада двије банке. А да би се то заиста и догодило, и Агенција за банкарство ће морати дати свој допринос.

⁷⁶ На престанак чланства у надзорном одбору банке се, такође, могу аналогно примијенити опште одредбе компанијског права које се односе на престанак својства члана у управном одбору. Више о овом питању: Васиљевић, *наведено дјело*, стр. 189–195, и Барбић, *наведено дјело*, стр. 954–965.

Zoran Vasiljević, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Banja Luka

SUPERVISORY BOARD ACCORDING TO THE NEW BANKING CODE OF THE REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

This paper analyzes the role of the bank's supervisory board in the light of the new Banking Code of the Republic of Srpska. The scope of this body is systematized on normative, audit, supervisory, advisory, electional, representative and function of informing. Management functions are also noticeable, although in principle they are not included in this body scope. The author points out to the news regarding the conditions for the election and the structure of the supervisory board's members and notes that the criteria are stronger than before. Besides, he gives an explanation of the history of that problem. It is also referred to the appropriate application of the common company law regime which refers to the members of the board of directors, especially regarding the modus operandi and liability of the board or its members.

Key words: *supervisory board, bank, scope, independent members, liability.*

**DIREKTIVA O DISTRIBUCIJI OSIGURANJA I OBLIGACIONE
OBAVEZE POSREDNIKA OSIGURANJA PREMA POTROŠAČIMA
USLUGA OSIGURANJA U PROPISIMA SR NJEMAČKE I
AUSTRIJE**

Katica Tomić*

***Apstrakt:** Direktiva (EU) 2016/97 o distribuciji osiguranja stupila je na snagu 2016. godine i sadrži niz novih odredaba vezanih za obaveze i prava posrednika osiguranja prema ugovaračima osiguranja koje se odnose na sveobuhvatno informiranje potrošača usluga osiguranja prije zaključenja ugovora o osiguranju, a proširuje područje primjene na sve distributere osiguranja ili reosiguranja, tako i na sve potrošače usluga osiguranja. DDO je direktiva minimalne harmonizacije i predstavlja okvir u kojem će se moći kretati države članice EU prilikom reguliranja problematike posredovanja u osiguranju uz mogućnost da u svojim nacionalnim propisima donesu ili zadrže i stroža pravila u odnosu na ono što je regulirano u Direktivi. Iako konkretne mjere za implementaciju ove direktive nisu još uvijek dostupne u Austriji, nacrt Zakona o implementaciji DDO je usvojen u SR Njemačkoj početkom 2017. godine. Ovaj rad ima cilj da nas upozna sa glavnim obavezama posrednika u osiguranju u pravu Austrije i SR Njemačke koje se odnose na obavezu davanja informacija prilikom zaključenja ugovora o osiguranju i tokom njegovog trajanja, a čija rješenja mogu poslužiti kao modeli kako obavezu informiranja potrošača usluga osiguranja treba regulirati u našem pravu. Također, upoznat ćemo se sa zahtjevima DDO s aspekta informiranja klijenata i savjetovanja o proizvodima osiguranja, kao i posljedicama koje se mogu očekivati na tržištima distribucije osiguranja u Austriji i SR Njemačkoj nakon implementacije ove direktive.*

***Ključne riječi:** posrednik u osiguranju, obaveza informiranja, Austrija, Njemačka, ZOUN, ZOUA, DDO.*

* Magistar pravnih nauka, Rechtsanwältin BVM, Beč, Austrija.

Uvod

Direktiva (EU) 2016/97 o distribuciji osiguranja (skraćeno DDO) stupila je na snagu 22. februara 2016. godine, a sve države članice EU će morati uskladiti svoja rješenja sa novim zahtjevima i implementirati principe DDO u nacionalna zakonodavstva do 23. februara 2018. godine. Sve zemlje članice, uključujući SR Njemačku i Austriju, prilikom implementacije odredaba Direktive u nacionalna zakonodavstva, imaju slobodu da u cilju postizanja višeg nivoa zaštite potrošača uspostave stroža pravila nego što je predviđeno Direktivom.¹

Njemačko Savezno ministarstvo za gospodarstvo i energetiku (*Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*) objavili su 21. novembra 2016. godine prvi nacrt Zakona o implementaciji DDO. Implementacija DDO uglavnom utiče na njemački Trgovački zakon (*Handelsgesetzbuch*, skraćeno HGB), Zakon o nadzoru osiguranja (*Versicherungsaufsichtsgesetz – VAG*) i Zakon o ugovoru o osiguranju (*Versicherungsvertragsgesetz – ZUON*). SR Njemačka usvojila je nacrt Zakona o implementaciji Direktive DDO 18. januara 2017. godine, a u Austriji još su u toku rasprave oko niza pitanja vezanih za informativne i savjetodavne obaveze pojedinih distributera osiguranja (uključujući posrednike u osiguranju i osiguravače) prilikom implementacije DDO.

U osiguranju je naročito izražena neravnopravnost ugovornih strana, a obaveza informiranja potrošača jedna je od glavnih uporišnih točaka DDO.² Obavezom informiranja potrošača nastoji se postići visok nivo zaštite potrošača usluga osiguranja, a informacije moraju biti poštene, pravične i profesionalne u skladu sa najboljim interesima potrošača. U nastavku rada upoznat ćemo se sa pravima i obavezama posrednika u osiguranju u pravnom sistemu SR Njemačke i Austrije, a posebna pažnja će se posvetiti obavezi posrednika na informiranje o ugovoru o osiguranju i savjetovanje klijenta.

I Posrednici u osiguranju u pravu SR Njemačke i Austrije

Njemački zakon o osiguranju tradicionalno se smatrao dijelom trgovačkog zakona.³ Iz tog razloga, zakon o osiguranju nije bio uključen u Njemački

¹ Ovo se posebno odnosi na zahtjeve vezane za investicijske proizvode osiguranja.

² Čl. 17 st. 1 DDO.

³ Ralph Neugebauer, *Versicherungsrecht vor dem Versicherungsvertragsgesetz Zur Entwicklung des modernen Binnenversicherungsrechts im 19. Jahrhundert*, Verlag: Frankfurt am Main: Klostermann, 1990, str. 47

građanski zakonik (*Bürgerliches Gesetzbuch*, skraćeno BGB) iz 1896. godine. Godine 1908. došlo je do zasebne kodifikacije kao rezultat sve većeg ekonomskog značaja osiguranja i složenih karakteristika zakona o osiguranju. Njemački Zakon o ugovoru o osiguranju (*Versicherungsvertragsgesetz* – u nastavku ZUON) iz 1908. godine⁴, koji je stupio na snagu 1910. godine, bio je prva njemačka kodifikacija ugovora o osiguranju.⁵

U Austriji je 1939. godine uveden ZUON iz 1908. godine koji je zamijenio Austrijski zakon o ugovoru o osiguranju (u nastavku ZUOA) iz 1917. godine.⁶ Nakon Drugog svjetskog rata ZUON ostao je na snazi u Austriji, a tek 1959. godine zamijenjen ZUOA.⁷ ZUOA iz 1959. nije se znatno razlikovao od ZUON, a promijene su uglavnom bile čisto jezične prirode, dok je sadržaj odredaba ostao više-manje identičan.⁸ Godine 1994. ZUON je izmijenjen i dopunjen trećim zakonom o implementaciji Direktive EEZ sa Zakonom o nadzoru osiguranja (*Versicherungsaufsichtsgesetzes* - skraćeno VAG),⁹ a u Austriji su izvršene tri izmjene i dopune zakona od 1994. (izmjene i dopune iz 1992, 1994. i 1996.). Ovi amandmani snažno su modificirali austrijski zakon o osiguranju, a razlike između pravnog sistema Austrije i Njemačke su porasle. To je dovelo do novog razvoja sudske prakse i doktrine u SR Njemačkoj i Austriji. Ove promjene treba imati na umu kada se uspoređuje sudska praksa i literatura Austrije i SR Njemačke.

U SR Njemačkoj pravni položaj posrednika u osiguranju (*Versicherungsmakler*) određen je u nizu zakonskih akata, što stvara poteškoće oko razumijevanja prava i obaveza ovog zanimanja.¹⁰ Njemački zakoni koji reguliraju

⁴ ZUON iz 1908. sadržavao je brojne odredbe koje su odgovarale interesima osiguravača nad osiguranikom i mnoge nekodificirane praznine, osobito za poslovne linije koje su bile uvedene tijekom godina.

⁵ O detaljima obaveza osiguravača i osiguranika u ZUON iz 1908. godine videti kod: Koch, Robert, *German Reform of Insurance Contract Law*, European Journal of Commercial Contract Law, Volume 2, Number 3, July 2010, str. 163–171.

⁶ Uredba za ujedinjenje Zakona o ugovoru o osiguranju RGB1 I 2443.

⁷ Savezni zakon od 2. decembra 1958. godine, BGB1 1959/2; ZUOA zvanično se skraćeno označava (kako bi se izbjegli nesporazumi) ne kao VVG nego VersVG.

⁸ Paralelizam u pravnoj situaciji između Austrije i Njemačke zadržan je sve do 1994. godine. U periodu od 1959. do 1994. godine ZUOA nikada nije izmijenjen a ZUON je bio predmet nekoliko amandmana, a izmjene i dopune bile manjeg značaja. Razlike su postojale uglavnom na razini nadležnosti. Detaljnije pogledati: Erich Prölss, Anton Martin, *Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar*, Verlag: Beck C. H., München 1992.

⁹ *Drittes Durchführungsgesetz / EWG zum VAG* od 21. jula 1994, BGB1 I 1630. Ovim zakonom privatno zdravstveno osiguranje je regulirano prvi put.

¹⁰ Zinnert, Mario, *Recht und Praxis des Versicherungsmaklers*, Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, 2008, str. 17; Katica Tomić, *Pravni položaj i naknada posrednika u osiguranju – uporedni prikaz prava EU, SR Njemačke, Austrije i Republike Srbije*, Naknada štete i osiguranje, Savremeni izazovi, Intermex, Beograd 2016, str. 303–314.

djelatnost posredovanja u osiguranju pretrpjeli su značajne izmjene 2007. godine.¹¹ Izmjene i dopune zakona uvjetovane su Direktivom 2002/92/EZ koja se implementira u ZUON uvođenjem odgovarajućih definicija i pravila u poglavljima 59. zakona i dalje, kao i propisivanjem novih zahtjeva za stjecanje licence posrednika u osiguranju u Uredbi o obavljanju privrednih djelatnosti (*Gewerbeordnung-GewON*).¹² Pored ZUON i GewON, posredovanje u osiguranju uređuje i Uredba o posredovanju u osiguranju (*Versicherungsvermittlungsverordnung-VersVermV*) iz 2007. godine.¹³ Također, djelatnosti komercijalnih agenta i brokera su regulirani njemačkim Trgovačkim zakonikom (*Handelsgesetzbuch-HGB*),¹⁴ a posebna pravila za osiguravajuća društva u poslovanju s posrednicima u osiguranju su uključena u njemačkom Zakon o nadzoru osiguranja (*Versicherungsaufsichtsgesetz – VAG*).¹⁵ ZUON vezan je sa Njemačkim građanskim zakonikom (*Bürgerliches Gesetzbuch – skraćeno*

¹¹ Njemački zakon o osiguranju tradicionalno se smatrao dijelom trgovačkog zakona. Iz tog razloga, zakon o osiguranju nije bio uključen u Njemački građanski zakonik BGB iz 1896. godine. ZUON iz 1908. sadržavao je brojne odredbe koje su odgovarale interesima osiguravača nad osiguranikom i mnoge nekodificirane praznine, osobito za poslovne linije koje su bile uvedene tokom godina. O detaljima obaveza osiguravača i osiguranika u ZUON iz 1908. godine videti kod: Koch, Robert, German Reform of Insurance Contract Law, *European Journal of Commercial Contract Law*, Volume 2, Number 3, July 2010, str. 163–171.

¹² *Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202) zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.06.2017 (BGBl. I S. 1822) m.W.v. 26.06.2017.*

¹³ *Versicherungsvermittlungsverordnung vom 15. Mai 2007 (BGBl. I S. 733, 1967), (BGBl. I S. 1474).*

¹⁴ *Handelsgesetzbuch Gesetz vom 10.05.1897 (RGBl. I S. 219) zuletzt geändert durch Gesetz vom 10.05.2016 (BGBl. I S. 1142) m.W.v. 18.05.2016;* HGB sadrži odredbe koje utiču na zakon o osiguranju (posrednici i pravila o odgovornosti), ali ne sadrži odredbe o ugovornom pravu. Na osnovu odredaba HGB, osiguravajući agenti djeluju kao komercijalni agenti u ime određene osiguravajuće kompanije, a brokери osiguranja djeluju kao komercijalni brokери. Ova razlika također podrazumijeva različite zakonske dužnosti i pravila odgovornosti. Na osnovu par. 84 HGB-a, agenti za osiguranje djeluju kao komercijalni agenti u ime određene osiguravajuće kuće. Brokери osiguranja su pravno nezavisni od osiguravajućih društava i oni djeluju kao komercijalni brokери u skladu sa par. 93 HGB-a. Ovo znači da je agent osiguranja vezan za određenu osiguravajuću kompaniju čije proizvode prodaje i može se usporediti sa „front-line prodavateljem“. Suprotno od agenta osiguranja, brokerski zastupnik ne predstavlja bilo koju osiguravajuću kompaniju i on je slobodan da bira između raznih proizvoda dostupnih na tržištu različitih kompanija; Roland Michael Beckmann, Annemarie Matusche-Beckmann, *Versicherungsrechts-Handbuch 2 Auflage*, C.H. BeckVerlag, München, 2009, str. 310.

¹⁵ *Versicherungsaufsichtsgesetz (Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen) Artikel 1 des Gesetzes vom 01.04.2015 (BGBl. I S. 434), in Kraft getreten am 01.01.2016 zuletzt geändert durch Gesetz vom 11.03.2016 (BGBl. I S. 396) m.W.v. 17.03.2016 bzw. 21.03.2016 ;* Dužnost predugovornog savjetovanja i informiranje osiguranika prije donošenja ZOUN 2008. godine je bilo regulirano u VAG-u. Samim prebacivanjem obaveze informiranja sa VAG na ZOUN bez sumnje je potvrđen građanski pravni karakter ove obaveze koja važi za sve vrste ugovora o osiguranju (životno osiguranje, opće osiguranje, itd.) i postoji prema svim ugovaračima osiguranja; Roland Michael Beckmann, Annemarie Matusche-Beckmann, *Versicherungsrechts-Handbuch 2 Auflage*, C.H. BeckVerlag, München, 2009, str. 298 i nastavak.

BGB) i određene odredbe BGB-a odnose se posebno na ZUON¹⁶ i *vice versa*.¹⁷ Također, BGB se generalno primjenjuje gdje god ZUON ne propisuje posebna pravila.¹⁸

Austrijsko materijalno pravo osiguranja se prvenstveno uređuje ZUO-A,¹⁹ a određene obaveze savjetovanja i obaveza osiguravača prema osigurancima su predviđene u Austrijskom VAG 2016. god.²⁰ U slučajevima kada propisi iz oblasti osiguranja ne predviđaju posebna pravila, primjenjuju se opće građanskopravne odredbe iz Austrijskog građanskog zakonika (*Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch* – skraćeno ABGB) (npr. opća pravila koja se odnose na zaključivanje, tumačenje i raskid ugovora).²¹ Od 1. jula 1996. godine, dužnosti i prava posrednika u osiguranja *vis-a-vis* njihovih klijenata regulirani su posebnim Austrijskim zakonom o pravnim odnosima brokera (*Maklergesetz* – *MaklerG*).²² Pored ovog zakona, došlo je do izmjene i dopune austrijske

¹⁶ Čl. 1045, 1046, 1127–1130 BGB.

¹⁷ Npr. čl. 4 para. 1; čl. 8 para. 4 ZUON itd.

¹⁸ Odredbe koje se odnose na utvrđivanje odgovornosti za štetu i naknadu štete, kao i odredbe zakona o obligacionim odnosima sadržane su u drugoj knjizi BGB (*Recht der Schuldverhältnisse*) iz 1896. godine. Druga knjiga BGB-a nije formalno podijeljena u dva dijela, ali većina autora koristi ovu klasifikaciju zbog praktičnih potreba. Na osnovu ovoga, druga knjiga BGB-a može se podijeliti u dva dijela, općeg dijela i posebnog dijela. Takozvani „opći dio“ druge knjige BGB-a sadrži odredbe koje se odnose na zakon o naknadi štete u par. 241–304 koji se odnose na ugovorenu i izvanugovornu odgovornost. Opći dio druge knjige BGB-a sadrži definiciju krivnje i nepažnje u par. 276 i kontributivni nemar (nemar kojemu pridonose obje strane zajedno) u par. 251. Odredbe zakona o obligacionim odnosima su općenito opcionalne (dispozitivne) i stranke mogu kreirati atipične ugovore tj. za svaki ugovor između stranaka – posebni ugovor kojim se mogu modificirati prava i obveze. Ova pravno dozvoljena fleksibilnost odnosa uključuje načelo slobode ugovaranja, kao i slobodu određivanja sadržaja ugovora; Robbers, Gerhard, *An Introduction to German Law*- fourth edition, Nomos 2006, str. 223.

¹⁹ ZUOA je primjenjiv kako u potrošačkim tako i u nepotrošačkim ugovorima bez razlike i ima za cilj zaštitu osiguranika kao slabije strane putem različitih prinudnih odredaba koje se ne mogu isključiti ili ograničiti na štetu osiguranika. Reosiguranje ne spada u djelokrug ZUOA i prema tome, ugovori o reosiguranju ne podliježu ovim ograničenjima i mogu se zaključiti u skladu sa općim principima ugovornog prava (Građanski zakon i Zakon o trgovačkim društvima (*Unternehmensgesetzbuch*)).

²⁰ *Versicherungsaufsichtsgesetzes* 2016 – VAG 2016, BGBl. I Nr. 34/2015. Za određene vrste osiguranja (npr. osiguranje od odgovornosti za motorna vozila) postoje posebni propisi.

²¹ Par. 914 i nastavak članova ABGB; Što se tiče tumačenja općih uslova osiguranja, Vrhovni sud Austrije (*Oberster Gerichtshof* – OGH) donosi odluke da takvo tumačenje mora biti usklađeno sa razumijevanjem prosječnog razboritog osiguranika. Svaka klauzula koja ograničava pokriveni rizik će biti neprimjenjiva u mjeri u kojoj osiguranik ne bi mogao razumjeti opseg pokrivenosti bez pravne kvalifikacije (RIS – Justiz RS0112256). Teret dokazivanja za postojanje isključenja leži na osiguravaču (RIS – Justiz RS0107031). Prema sudskoj praksi OGH, opći uslovi osiguranja primenjuju se ako su dovoljno jasno dogovoreni. Nedovoljno je jednostavno navesti opće uslove u ponudi koju potpisuje kupac i u polici osiguranja. S druge strane, nije neophodno da se kopija općih uslova fizički preda kupcu ili osiguraniku da bi sporazum bio učinkovit. Osiguravaču se jednostavno odobrava pravo otkaza iz ugovora o osiguranju prema par. 5b ZUOA. U ovom pogledu ne postoji razlika između potrošačkih i poslovnih ugovora (OGH 22 April 2014, 7 Ob 20/14p).

²² *Bundesgesetz über die Rechtsverhältnisse der Makler*, BGBl. Nr. 262/1996.i izmjene zakona.

Uredbe o obavljanju privrednih djelatnosti (u nastavku – GewOA) (izmjene stupile na snagu 1. jula 1997. godine) koja obavezuje brokere da otkriju svoje pravne i/ili ekonomske odnose sa osiguravajućim društvima. U istom zakonu se navodi da agenti moraju izjaviti za koju kompaniju/kompanije rade.

II Prava i obaveze posrednika u osiguranju u pravu SR Njemačke i Austrije

GewON u par. 34d određuje posredničke djelatnosti za koje je obavezno ovlaštenje trgovinske komore, kao i one koje su izuzeti od ovog zahtjeva, uključujući posrednike dodatnih linija proizvoda i vezane posrednike za koje je osiguravač preuzeo punu odgovornost. Na osnovu par. 34, st. 1 GewON, brokeri i agenti (posrednici u osiguranju) koji žele posredovati u zaključenju ugovora o osiguranju moraju biti registrirani od strane ovlaštene industrijske i trgovinske komore. Prema trgovinskim propisima, pod posrednikom u osiguranju se podrazumijeva lice kojem je povjereno od strane osiguravača ili agenta za osiguranje posredovanje da posreduju ili zaključuju ugovore o osiguranju na komercijalnoj osnovi.²³ Prema ovoj definiciji, broker osiguranje je lice koje komercijalno preuzima posredovanje ili zaključivanje ugovora o osiguranju za potrošača, a da mu ovo nije povjerio osiguravač ili agent osiguranja.²⁴ U dozvoli izdanoj od strane nadležne privredne komore mora se navesti da li se dozvola izdaje agentu osiguranja ili brokeru osiguranja.²⁵

U SR Njemačkoj i Austriji²⁶, pravilo o odgovornosti posrednika u osigu-

MaklerG utvrđuje opća prava i obaveze brokera. U zakonu se pravi razlika između nekoliko vrsta brokera: brokera za prodaju nekretnina (*Immobilienmakler*), trgovačkih brokera (*Handelsmakler*), i osobnih kreditnih posrednika (*Personalkreditvermittler*). Prema MaklerG, broker osiguranja je trgovački broker (*Handelsmakler*) koji nastupa i radi kao posrednik prilikom zaključenja ugovora o osiguranju.

²³ Iz sadržaja par. 34d GewON jasno se može zaključiti da propisi o transparentnosti koji su predmet kodeksa etičkog i profesionalnog ponašanja posrednika primjenjivaće se samo u slučaju ako se posrednička djelatnost vrši na komercijalnoj osnovi. Detaljnije pogledati: Prölss, Martin, *Dörner, Versicherungsvertragsgesetz: VVG, 28, völlig neu bearbeitete Auflage. 2010, § 59 Rn. 2.*

²⁴ Reusch, Peter, *Transparency in the Process of Mediation - Especially Status Transparency of the Intermediaries*, *Transparency in Insurance Law*, Association Internationale de Droit des Assurances Istanbul, 4 May 2012, str. 29.

²⁵ Osiguravači ne mogu surađivati sa posrednicima u smislu člana 34d (1) GewON, osim ako oni ne posjeduju ovlaštenje od strane nadležnog organa u skladu sa zakonima odgovarajuće savezne države. Osiguravači moraju potvrditi postojanje takvog ovlaštenja inspekcijom registra posrednika prije početka suradnje. Ako registar ne sadrži odgovarajuće ovlaštenje, suradnja sa određenim posrednicima nije moguća.

²⁶ Austrija je Direktivu o posredovanju u osiguranju iz 2002. godine implementirala u svoje

ranju proizlazi iz primjenjivih direktiva EU i sadrži propuste zbog ispunjenja dužnosti informiranja ugovarača osiguranja, savjetovanja i dokumentacije.²⁷ Uredba o dužnosti informisanja (*Verordnung über Informationspflichten bei Versicherungsverträgen*- skraćeno VVG-Info-Verordnung) dopunjuje ZUON i pruža jasna uputstva i podatke koje informacije treba dostaviti ugovaraču osiguranja²⁸ i na ovaj način omogućava osiguravaču uredno ispunjenje predugovorne i ugovorne obaveze informiranja. Neuspjeh osiguravača da pruži pravovremeno detaljne savjete i informacije osiguranicima može rezultirati potencijalnom odgovornošću za štetu.²⁹

zakonodavstvo 2004. godine izmjenama i dopunama GewOA, a što je rezultiralo mnogim promjenama u poslovanju posrednika u osiguranju. Implementacijom Direktive 2002/92 /EZ uveden je zajednički pojam „posrednici u osiguranju“, a samostalne djelatnosti zastupnika i brokera osiguranja dozvoljene su samo u formi zastupnika ili u formi brokera osiguranja, savjetnika u pitanjima osiguranja kao i u formi koja se ne određuje na specifičan način i to kao sporedno zanimanje i privredna djelatnost po posebnom pravu, kao i firmama na koje se ne primjenjuje GewOA. Izmjenama i dopunama GewOA iz 2008. godine uveden je novi stav 2 u čl. 137, koji precizira uvjete za obavljanje sporednog zanimanja posrednika u osiguranju i određuje mogućnost zasnivanja nove sporedne djelatnosti sa zakonskim rokom 31. 12. 2008, a od početka 2009. godine djelatnosti posredovanja u osiguranju ne može više da se obavljaju kao sporedna djelatnost; Rohrbach, Wolfgang, *Na izvorima austrijsko-srpskog osiguranja: 200 godina agenata osiguranja*. Revija za pravo osiguranja, br. 1. 2011. str. 36.

²⁷ Obaveza informiranja ugovarača osiguranja je ekskluzivna obaveza osiguravača, a obaveza savjetovanja tereti osiguravača i posrednika u osiguranju. Međutim, u Njemačkoj nadzorne vlasti zahtijevaju za investicijske police osiguranja (npr. unit-linked životno osiguranje) obavezu eksplicitnih predugovornih informacija za osiguravače i posrednike osiguranja jer se ne može očekivati da ugovarač osiguranja ima stručno znanje i može uočiti greške, praznine ili nedosljednosti u pokriću osiguranja. U Austriji, par. 75 (2-3) VAG propisuje da se potrošačima koji su zainteresirani za unit-linked ili index-linked životno osiguranje moraju prije zaključenja ugovora postaviti pitanja o njihovom znanju i iskustvu u trgovanju vrijednosnim papirima i moraju biti obaviješteni o rizicima koji su povezani sa ovom vrstom osiguranja. Investiranje se ne preporučuje ako ne odgovara interesima, potrebama i finansijskim mogućnostima klijenta, a preporuke se ne smiju davati isključivo sa ciljem da se utiče na razvoj tržišta.

²⁸ Imajući u vidu da je dužnost informiranja regulirana imperativnim i poluimperativnim odredbama, ZUON ne može uticati na njihov sadržaj, tj. moguće promjene. Dostavljanjem ugovaraču osiguranja dokument koji sadrži objašnjenje o specifičnosti ugovora o osiguranju na kratak, precizan i razumljiv način, stvaraju se pretpostavke da neće donijeti nepromišljenu odluku o zaključenju ugovora o osiguranju. Detaljnije pogledati: Finfern, Christian, *Der Vertragsabschluss im Versicherungsrecht: Die Besonderheiten des geltenden Rechtes, die Vorgaben des europäischen Gesetzgebers und die Reform des deutschen Versicherungsvertragsrechtes*, Saarbrücker Verlag für Rechtswissenschaften, Saarbrücken, 2009.str. 215-220.

²⁹ U njemačkom pravu, informacije o proizvodu osiguranja treba da budu pružene ugovaraču osiguranja pravovremeno, prije davanja izjave o zaključenju ugovora o osiguranju. U određivanju kriterija “pravovremenosti” osiguravač treba uzeti u obzir važnost i složenost informacija koje se pružaju ugovaraču osiguranja i koje bi mu trebale pomoći da odluči da li ugovor zadovoljava njegove potrebe. Ugovarač osiguranja mora imati dovoljno vremena za prethodno ispitivanje podataka prije formalnog prihvatanja ugovora. Neki autori smatraju da je potrebno samo predati zakonski propisane informacija prije izrade ponuda, a na ugovaraču osiguranja je da odluči da li se osjeća dovoljno informiran i da li će prihvatiti ponudu ili ne. Detaljnije o ovakvom pristupu: Funk, Jörg, *Ausgewählte Fragen aus dem Allgemeinen Teil zum neuen VVG aus der Sicht einer Rechtsabteilung*, VersR, 2008, str. 163; Leverenz,

Par. 16 ZUOA i nastavak odredaba predviđaju predugovore obaveze za osiguranika, apar. 252. VAG 2016 za osiguravača. Također, odredba iz par. 252, st. 8VAG propisuje opću zabranu neobmanjujućih informacija od strane osiguravača. Prema ovoj odredbi, sve informacije upućene osiguraniku ili koje dostavlja osiguravač na način na koji će osiguranik dobiti saznanje, moraju biti nedvosmislene, ne smiju dovoditi u zabludu i moraju biti dostavljene u dobroj vjeri. Pored toga, ime nadzornog organa ne smije biti naznačeno na način koji bi ukazivao da su ponuđeni proizvodi ili usluge osiguranja odobreni od strane tog nadzornog organa. Ova odredba VAG bi trebalo da predstavlja prepreku prevarama u trgovinskoj praksi, uključujući širenje netočnih informacija u oglašavanju.³⁰

Prema par. 252, st. 9, Austrijski financijski tržišni organ (*Österreichische Finanzmarktaufsicht* – FMA) ima ovlaštenje da objavljuje propise sa ne-taksativnim popisom prakse koja se u svim slučajima smatra obmanjujuća.³¹ Austrijski zakon u različitim pravnim pitanjima propisuje sveobuhvatne informacije i obavezu savjetovanja za posrednike osiguranja (brokera i agenta), kao i za osiguravajuće kompanije (par. 3, par. 28 MaklerG).³² Međutim, prema prevladavajućem mišljenju u Austriji, aktivno savjetovanje klijenata osiguranja, do sada je pre svega odgovornost posrednika osiguranja.³³

U Austriji, posrednici osiguranja moraju posjedovati trgovačku dozvolu odobrenu od strane lokalnog organa za reguliranje trgovine i moraju biti upisani u registar posrednika (tj. komercijalni informacioni sistem (*Gewerbe Informations System* – GISA)), koji je zamijenio 14 lokalnih profesionalnih registara za posrednike osiguranja.³⁴ Na osnovu Austrijskog GewO iz 1994.

Näher, *Wann ist die Vertragsinformation "rechtzeitig"?*, *Versicherungswirtschaft* (VW), 2008, str. 392 ; Gaul, Rudolf E, *Zum Abschluss des Versicherungsvertrags*, *VersR*, 2007, str.21. Smatramo da ovo nije pravi pristup jer namjera zakonodavca prilikom reforme Zakona je prije svega bila usmjerena prema zaštiti osiguranika.

³⁰ Objašnjenja nacrtu VAG 2016, 48 / ME 25. GP, dostupno na: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00048/index.shtml (zadnji pristup 7.07.2017)

³¹ Do sada FMA nije objavila takav propis. Internet stranica FMA označava koji su propisi objavljeni do danas: [https://www.fma.gv.at/en/national/fma-regulations./](https://www.fma.gv.at/en/national/fma-regulations/) (zadnji pristup 7. 7. 2017).

³² Obaveze brokera taksativno su navedeni u par. 28 MaklerG, a uključuju pružanje svih objašnjenja ili savjeta u vezi sa pokrićem osiguranja, pružanjem potpune analize svih potencijalnih rizika za klijenta, a iznoseći pri tom koncept pokrivenosti i kako je moguće eliminirati ove rizike. Također, broker osiguranja trebalo bi da bude sposoban da procijeni financijsko stanje osiguravača i preporuči pokrivenost osiguranja na osnovu najboljih ponuda na tržištu.

³³ Detaljnije pogledati: Hartl, Schlosser, *Winkelhofer, Die fehlerhafte Beratung durch Mitarbeiter von Versicherungsunternehmen, selbständiger Versicherungsagenten und von Maklern und ihre rechtlichen Folgen*, *Wirtschaftskammer Österreich*, September 2002.

³⁴ Nacionalna lista registrovanih posrednika dostupna je na web stranici GISA. Dostupno na: <https://www.gisa.gv.at/at.gv.wien.fshost-gisa-at/user/formular>.

godine, par. 137a (1), svako lice koje obavlja djelatnost posredovanja u osiguranju smatra se posrednikom osiguranja.³⁵ Svaki posrednik osiguranja mora ispuniti sljedeće obaveze: upis u registar posrednika osiguranja, obavezno profesionalno osiguranje za posrednike osiguranja (par. 137c GewO) ili ekvivalentnu garanciju pokrića osiguranja, kompetentnost, dobar ugled, da protiv lica nije pokrenut stečajni postupak (ovo se također odnosi i na zaposlene), dužnost davanja informacija, zaštita novca potrošača.³⁶

Svi njemački posrednici osiguranja, a samim tim i brokeri i agenti osiguranja koji djeluju na profesionalnoj osnovi, moraju imati licencu od strane relevantne Njemačke industrijske i trgovinske komora (*Deutsche Industrie und Handelskammertag*, skraćeno DIHK).³⁷ Na osnovu par. 34 (d) st. 2 GewO, licenca se ne smije odobriti, ako: je podnosilac zahtjeva osuđen za krivično djelo (*Verbrechen*) ili određeno imovinsko krivično djelo u posljednjih pet godina; protiv podnosioca zahtjeva je pokrenut stečajni postupak; podnosilac zahtjeva ne može pružiti dokaz o osiguranju od profesionalne odgovornosti; podnosilac prijave nije položio ispit koji je predložila Komora da bi dokazao da li ima potrebne kvalifikacije da radi kao posrednik. Pored ovih zakonskih uslova, brokeri i agenti osiguranja moraju dokazati sveobuhvatno znanje, jer je većina proizvoda i usluga osiguranja veoma složena (posebno investicioni proizvodi o osiguranju), a samim tim i procjena njihovih osobina i mogućnosti izbora između različitih ponuda zahtijevaju specijalizirano znanje. Zbog velike količine asimetričnih informacija, posrednici osiguranja moraju dokazati sveobuhvatno znanje o poslovanju osiguranja. Njemački GewO pravi razliku između poslova posrednika u osiguranju za koje je obavezno odobrenje DIHK i koji su izuzeci od ovog zahtjeva.³⁸

aspx?pid=f3cbbd2e05c54d8d889b1bddcb648fa2&pn=Bacc9a84823284ea099c0af9ff5837cda (zadnji pristup 07.07.2017)

³⁵ Za ovu svrhu austrijski GewO predviđa da se mogu se koristiti sljedeće dozvole: par. 94, st. 75 investiciono savjetovanje za osiguranje života i osiguranje od posljedice nesretnog slučaja (nezgode), par. 94, st. 76 posredovanje u osiguranju (agenti, brokeri, savjetnici za osiguranje), ili par. 94 st. 76 u vezi sa par. 32, st. 6 sekundarne poslovne aktivnosti posredovanja u osiguranju.

³⁶ Izuzetak od ovih obaveza postoji samo za obaveze posredovanja u malom obimu kao što je osiguranje prtljaga po rezervisanju putovanja.

³⁷ Par. 34(d), st. 3 GewO Njemačka.

³⁸ Par. 34d, st. 9 GewO je do određene mjere u skladu sa čl. 1 st. 2 Direktive 2002/92/EZ. Kod ovih posrednika se ne primjenjuju propisi o profesionalnom kodeksu ako postoje kumulativno ispunjeni sljedeći preduslovi: ove odredbe se odnose na posrednike osiguranja koji samo posreduju u osiguranju sa skraćenim radnim vremenom i kojima je posredovanje sekundarno zanimanje; posrednici koji isključivo posreduju prilikom zaključenja ugovore o osiguranju, a za koje neophodno poznavanje pokrivenosti osiguranja koje nude; posrednici koji ne distribuiraju životno osiguranje ili osiguranje od odgovornosti; ovo se odnosi na osiguranje koje predstavlja dodatnu uslugu na isporuku dobra ili usluge, a čija godišnja premija nije veća od 500,00 €, a ukupno trajanje ugovora je ne više od pet godina.

Potraživanja brokerskih provizija i naknada regulira se različitim zakonskim odredbama u njemačkom pravu.³⁹ Pojedini njemački autori i sudovi osporavaju da je osnova potraživanja ugovora o osiguranju zaključen u korist trećeg lica – osiguravajućeg brokera.⁴⁰ Ostaje nejasno da li osiguranici moraju biti svjesni činjenice da osiguravajući brokeri dobivaju dio premije osiguranja kao brokersku proviziju.⁴¹ Prvi uvjet je efektivno uključivanje brokera osiguranja prilikom zaključenja ugovora o osiguranju, a koji bi trebalo da bude na temelju ugovora za usluge posredovanja u osiguranju zaključen između brokera i klijenta i koji pokriva procjenu rizika, stručne savjete i pružanje samostalnih brokerskih usluga, tj. radnje koje se mogu svrstati u tipično brokersko posredovanje. Drugi uvjet je efektivno zaključenje ugovora o osiguranju tj. tehničko prihvaćanje prijedloga o osiguranju od strane osiguravača. Mora postojati uzročna veza između zaključenja ugovora o osiguranju i radnji brokera osiguranja. Treći uvjet je isplata premije osiguranja od strane klijenta.⁴²

Za razliku od njemačkog zakona, u austrijskom zakonu uvjeti kojima se uređuje zahtjev za brokerskom provizijom i naknadom su navedeni direktno u MaklerG. Ovaj zakon određuje da, osim za pisane sporazume, klijent nije dužan platiti proviziju brokeru osiguranja. U skladu sa općim odredbama iz MaklerG koji regulira pitanje brokerskih provizija i naknada, to je obaveza osiguravača u odnosu na bilo koji ugovor zaključen sa brokerom (*Maklervertrag*).⁴³

Austrijski zakon predviđa više uvjeta za efikasni zahtjev za isplatu brokerskih provizija, a osnovni je uvjet da je brokerski ugovor zaključen između osiguravača i brokera osiguranja. Ovaj ugovor se smatra pravnim osnovom zahtjeva za isplatu brokerske provizije. Drugi uvjet određen u čl. 30 st. 3 MaklerG je efikasna djelatnost koju obavlja broker osiguranja. Također, treba da postoji uzročna veza između djelovanja brokera osiguranja i zaključenog ugovora o osiguranju.

³⁹ M.Zinnert, *Recht und Praxis des Versicherungsmaklers*, Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, 2008, str. 287.

⁴⁰ *Bundesgerichtshof* Urt. v. 22.05.1985, BGH VersR 1985, 930.

⁴¹ Prema ranijem doktrinarnom pristupu smatralo se da potraživanja za brokerskom provizijom i naknadom treba biti na temelju trgovačkih običaja, a prema sadašnjim naučnim shvaćanjima, ova potraživanja su pokrivena odredbama međunarodnog običajnog prava, koji postavlja sljedeće uvjete potraživanja koji moraju biti kumulativno zadovoljeni; W. Gauer, *Der Versicherungsmakler und seine Stellung in der Versicherungswirtschaft*, Weisenburg/Bayern:R. Fischer, 1951, str.66.

⁴² M.Zinnert, *Recht und Praxis des Versicherungsmaklers*, Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, 2008, str. 301

⁴³ P. Jabornegg, *Kommentar zum HGB: Handelsgesetzbuch mit Firmenbuchgesetz und Handelsmaklerrecht*, Springer-Verlag/Wien 1997.

II Implementacija DDO u pravnom sistemu SR Njemačke i Austrije

Sve države članice EU moraju implementirati DDO do 23. februara 2018. Kao što je već spomenuto, postoje dvije vrste posrednika u osiguranju koje priznaju njemački zakon, agenti za osiguranje i brokeri osiguranja i ova razlika će postojati i nakon implementacije direktive DDO. Pored toga, u nacrtu zakona o implementaciji DDO, implementiran je novi koncept honorarnih konsultanata osiguranja (*Honorar-Versicherungsberater*),⁴⁴ ali ne postoje odredbe koje reguliraju statusnu promjenu odnosa od posrednika osiguranja do honorarnog konsultanta osiguranja.

Budući da Direktiva DDO ne sadrži posebno odredbe vezane za ugovore o grupnom osiguranju,⁴⁵ njemački i austrijski zakonodavac moraju odlučiti da li će primjenjivati specijalne nacionalne odredbe o distribuciji osiguranja u vezi sa grupnim osiguranjem ili će konačna odluka ostati na sudovima.

Prema cilju DDO, poželjno je stvoriti konzistentan pravni okvir za direktnu distribuciju proizvoda osiguranja od strane osiguravajućih društava, kao i za distribuciju od strane posrednika u osiguranja. Ovo također potvrđuje trenutni nacrt zakona u Njemačkoj koji sada predviđa savjetodavnu obavezu i za posrednika osiguranja ili prodaju na daljinu (putem telefona i interneta).

USR Njemačkoj i Austriji načelo savjesnosti i poštenja je primjenjivo i u ZUO i općenito je priznato da su odnosi u osiguranju u određenoj mjeri zasnovani na načelu dobre volje.⁴⁶ Načelo savjesnosti i poštenja primjenjuje se na sve vrste ugovora o osiguranju, a naročito na ugovore o osiguranju sa potrošačima. Osiguravač i osiguranik podliježu odredbama o načelu savjesnosti i poštenja (u određenoj mjeri oštećena strana), a ovo načelo je stalna obaveza

⁴⁴ Nacrt Zakona o implementaciji DDO i pitanje naknade posrednika u osiguranju je otvorila rasprave između pravnih praktičara. Na osnovu Zakona o implementaciji DDO, posrednici u osiguranju mogu dobiti naknadu za svoje usluge posredovanja samo od osiguravača. Brokeri mogu dobiti naknadu od poslovnih korisnika samo za njihove konsultacijske usluge (tj. ne i za usluge posredovanja). Honorarni konsultanti osiguranja mogu dobiti samo naknadu od svojih klijenata i prema odredbama nacrta Zakona, a ne mogu dobiti ekonomsku naknadu od osiguravača.

⁴⁵ Preambula 49 DDO.

⁴⁶ U austrijskom pravu, načelo dobre vjere i fer trgovine (čl. 863 i 914 ABGB) je etičko pravilo koje se priznaje kao opće primjenjivo pravilo (OGH 29. 4. 1965. 2 Ob 75/65) izvedeno iz carske deklaracije u uvodu ABGB od 1. juna 1811. godine i priznaje se jedno je od glavnih načela građanskog prava (OGH 7. 10. 1974. 1 Ob 158/74). U Njemačkoj princip dobre volje "Treu und Glauben" određen je u čl. 242 BGB. Obaveza osiguranika za dostavljanjem informacija iz čl. 19 ZUON je proizvod principa dobre volje. Čl. 19 ZUON daje detaljan skup pravila u pogledu obaveze osiguranika za dostavu informacija i pravnih posljedica povrede ove dužnosti. Detaljnije: Katica, Tomić, *The principle of good faith in European and national insurance law*, Foreign Legal Life, Institute of Comparative Law, Vol. 4, 2016, str. 206.

osiguravača i osiguranika tokom cijelog ugovornog odnosa i bez obzira na to da li je zaključen stvarni ugovor o osiguranju.⁴⁷

DDO uvodi dva osnovna principa određujući da distributeri osiguranja uvijek djeluju „pošteno, pravedno i profesionalno u skladu s najboljim interesima svojih potrošača“ i da sve informacije moraju biti „poštene, jasne i ne dovoditi u zabludu“. Njemački i austrijski sudovi utvrđuju šta zahtijeva načelo savjesnosti i poštenja u okolnostima svakog konkretnog slučaja i sudija mora da odredi uslove dobre vjere na što objektivniji način. Ovdje se postavlja pitanje da li njemački i austrijski sudovi ispravno tumače visoke zakonske (etičke) standarde za osiguranike.⁴⁸

Prihvatanje općeg principa iz DDO da distributeri osiguranja uvijek djeluju „pošteno, pravedno i profesionalno“ ne znači nužno da će stranke u ugovorima o osiguranju biti podložne novim ili opsežnijim dužnostima „dobre vjere“ u Njemačkoj i Austriji. Opći organizacioni princip neće nametnuti unaprijed izrađen skup specifičnih zakonskih dužnosti koje ugovorne strane moraju poštovati. Prije svega, od stranaka se zahtijeva da u općim uslovima pošteno, pravedno i profesionalno obavljaju svoje ugovorne dužnosti u skladu sa najboljim interesima klijenata. Pošto je DDO direktiva minimalne harmonizacije, njemački i austrijski zakonodavac mogu izabrati da implementiraju dodatne mjere na nacionalnom nivou za potrebe zaštite potrošača. Međutim, to može dovesti do nepotrebnog administrativnog opterećenja i može imati negativan utjecaj na jedinstveno tržište Evropske unije.

⁴⁷ Načelo savjesnosti i poštenja primjenjuje se u predugovornoj fazi i za vrijeme trajanja ugovora o osiguranju. Par. 19 ZUON je prvenstveno primjenjiv, ali također i načelo savjesnosti i poštenja u predugovornoj fazi. Također, par. 23 ZOUN sadrži pravila u vezi sa pogoršanjem rizika koji također predstavljaju pisanu posljedicu načela savjesnosti i poštenja. Par. 6 i 7 VVG 2008 propisuju predugovorne dužnost načela savjesnosti i poštenja za osiguravača da informiraju, savjetuju i razjasne sve nejasnoće; Helmut Heiss, *Treu und Glauben im Versicherungsvertragsrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung deutscher und österreichischer höchstrichterlicher Judikatur*, Orac (Wien), 1989, 20ff; Fischer, Robert, *Treu und Glauben im Versicherungsrecht, Versicherungsrecht – VersR Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftung und Schadensrecht*, 1965, str.197.

⁴⁸ Heinrich Honsell, *Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz: Kommentar zum deutschen und österreichischen VVG*, Springer 1998.str.2194.

Zaključak

Analizom postojećih pravnih izvora moramo utvrditi da su SR Njemačka i Austrija u potpunosti implementirale odredbe o posrednicima osiguranja kojima se sprovodi Direktiva 2002/92/EZ. Prava i obaveze posrednika osiguranja u pravu SR Njemačke normirane su na dosta složeniji način u nizu zakonskih akata u usporedbi sa austrijskim pravom. Nova DDO donosi niz novina vezanih za informiranje, savjete, naknade za rad posrednika i provizije, investicijske proizvode osiguranja i proširuje područje primjene na sve distributere osiguranja ili reosiguranja, tako i na sve kupce osiguranja. Ovo zahtijeva ponovo preispitivanje dosadašnjih normativnih rješenja, te će biti potrebno ponovo usklađivati nacionalne propise Austrije i SR Njemačke o posredovanju u osiguranju sa ovom direktivom. O pitanjima da li se mogu ispuniti zahtjevi učinkovite i suvremene distribucije osiguranja i kako će se razvijati opseg informativnih i savjetodavnih obaveza osiguravača i posrednika u osiguranju, trenutno se u intenzivno raspravlja u SR Njemačkoj i Austriji. U SR Njemačkoj usvojen je nacrt Zakona o implementaciji Direktive DDO koje može poslužiti kao putokaz u kom pravcu bi trebalo da krene austrijski zakonodavac prilikom izrade nacrt prijedloga zakona o implementaciji DDO. Budući da je DDO direktiva minimalna harmonizacija i države članice su slobodne da zadrže ili uvedu strože odredbe s ciljem zaštite potrošača (pod uvjetom da su te odredbe u skladu s pravom Evropske unije, uključujući i Direktive), ostaje upitno da li će se ovom Direktivom postići veći stupanj harmonizacije prava u odnosu na Direktivu 2002/92/EZ. Rok za implementaciju DDO je početak 2018. godine. Iako je još rano da se daju procjene, implementacija DDO možda neće promijeniti regulatorni okvir u distribuciji osiguranja u SR Njemačkoj i Austriji jer mnogi regulatorni zahtjevi predviđeni u DDO već postoje u ovim zakonodavstvima.

Katica Tomić, Master of Law
Rechtsanwälte BVM,
Vienna Austria

INSURANCE DISTRIBUTION DIRECTIVE AND MANDATORY OBLIGATION OF THE INSURANCE INTERMEDIARIES TOWARDS CONSUMERS OF INSURANCE SERVICES IN THE LEGAL SYSTEM OF GERMANY AND AUSTRIA

Summary

Insurance Distribution Directive (IDD) entered into force in 2016 and contains a number of new provisions relating to the main obligations and rights of insurance intermediaries towards the policyholders regarding comprehensive information for the consumers before signing the insurance contract. It extends the scope of application to all insurance or reinsurance distributors, as well as to all consumers of insurance services. The IDD is the minimum harmonization directive and represent a framework in which the member state of the European Union can move around when regulating insurance mediation issues, with the possibility of adopting or retaining additional measures in their national rules in relation to what is required in the Directive. As concrete implementation measures are not yet available in Austria, a draft law concerning this matter was adopted in the Germany in early 2017. This paper aims to inform us about the main obligations of insurance intermediaries in the legal system of Germany and Austria concerning the duty to provide pre-contractual and post-contractual information, and whose solutions can serve as models in our law. We will also get familiar with the requirements of the IDD in terms of consumer information and advice about insurance products, as well as the consequences that can be expected on the insurance distribution markets in Austria and Germany after the implementation of IDD.

Keywords: *insurance intermediaries, duty to inform, Austria, Germany, Austrian Insurance ContractAct, German Insurance ContractAct, IDD*

УДК: 364.32+364.69

doi 10.7251/PR5117403S

Излагање са научног скупа

DOBROVOLJNI I OBAVEZNI VIDOVI OSIGURANJA U SISTEMU ZDRAVSTVENOG OSIGURANJA REPUBLIKE SRPSKE

Aleksandar Sajić*

Nataša Škrbić**

***Apstrakt:** Osnovna funkcija i svrha osiguranja jeste zaštita interesa pojedinca, odnosno njegovih ličnih prava i imovine. Modernijim razvojem osiguranja upravo ova zaštita ličnih prava pojedinca i njegove imovine proširuje se i na zaštitu interesa trećih lica, i to prvenstveno zaštitom koja se ostvaruje obavezним osiguranjem. S vremenom, društvenim, ekonomskim i socijalnim napretkom države i trendova u svijetu, osiguranje dobija i druge funkcije i to prije svega ekonomsku i socijalnu¹.*

Ekonomska funkcija osiguranja, posmatrajući je kroz prizmu zdravstvenih osiguranja, ogleda se i ostvaruje ekonomskom politikom države, kada država radi bolje i efikasnije zaštite svojih građana omogućava ostvarenje većeg obima prava nego što je to omogućeno državnim aparatom, i to preko osiguravajućih društava i agencija. Socijalni momenat osiguranja ostvaruje se kroz težnju da se poboljšaju uslovi života pojedinca, kroz razne proizvode osiguranja a za koje pojedinac, osiguranik, sebi obezbjeđuje bolje uslove života. Osiguravajuća društva, a kojih je na tržištu osiguranja sve više, međusobno se takmiče u namjeri da korisnicima usluga – osiguranicima obezbijede što širu lepezu proizvoda osiguranja sa najpovoljnijim uslovima osiguranja, počev od visine premije osiguranja, perioda osiguranja, osiguranih slučajeva i sl.

Ovim radom imamo namjeru napraviti pregled zakonske regulative obaveznog zdravstvenog osiguranja u Republici Srpskoj; proširenog zdrav-

* Advokat, partner i direktor u Advokatskoj firmi „Sajić Stojanka i Sajić Aleksandar“ o.d. Banja Luka.

** Stručni saradnik u Advokatskoj firmi „Sajić Stojanka i Sajić Aleksandar“ o.d. Banja Luka.

¹ Mrkšić, Dragan, Ćosić, Đorđe, *Upravljanje rizikom i osiguranje*, FTN Izdavaštvo, Novi Sad, 2015, str. 58.

stvenog osiguranja; privatnog zdravstvenog osiguranja; vrste dobrovoljnih zdravstvenih osiguranja i regulacija istih; položaj i prava osiguranika.

Ključne riječi: *obavezno, privatno, prošireno, dobrovoljno, dodatno i dopunsko zdravstveno osiguranje, osiguranik, osiguravač, prava i obaveze.*

Uvod

Fundamentalna osnova osiguranja jeste rizik². Upravo rizik određuje pravac i tempo razvoja osiguranja, odnosno može se reći da je osiguranje uslovljeno rizikom. Ostvarenje rizika uvijek ili skoro uvijek za posljedicu ima ekonomski ili moralni gubitak. Ovo dovodi do potrebe da se određena situacija „pokrije“ polisom osiguranja, a osiguranik u slučaju nastupanja rizika (osiguranog slučaja) je obezbijeden naknadom štete ili bar određenim vidom satisfakcije kod nastupanja osiguranog slučaja. U vezi sa navedenim, osiguravajuće kuće imaju čitava odjeljenja koja se bave upravo pitanjem upravljanja rizikom, dok se u zemljama svijeta koje imaju razvijeno osiguranje uvodi i tzv. „risk management“ a sa osnovnim ciljem preventivnog djelovanja na rizike, i to počev od njegovog planiranja, identifikacije, analize, procjene, djelovanja na rizik putem izbjegavanja, prevencije, redukcije, samopridržaja i prenošenja rizika³.

S druge strane, za realizaciju ugovora o osiguranju potrebno je da nastupi osigurani slučaj. Osigurani slučaj predstavlja budući, neizvjesni događaj radi čijeg eventualnog nastupanja se zaključuje ugovor o osiguranju. U trenutku zaključenja ugovora o osiguranju nastupanje osiguranog slučaja je neizvjesno i nezavisno od volje ugovornih strana. Po dešavanju osiguranog slučaja, osiguranik stiče pravo na realizaciju prava iz ugovora o osiguranju. U skladu sa pozitivnim zakonskim propisima, po nastupanju osiguranog slučaja osiguranik je dužan da osiguravaču prijavi štetu, odnosno da podnese odštetni zahtjev, a osiguravač je dužan da u određenom roku odluči po podnesenom zahtjevu⁴. Ukoliko osiguravač utvrdi da su se ispunili uslovi, osiguraniku isplaćuje osiguranu sumu.

² Ibid, str. 8.

³ Vojvodić, Nikola, Vojvodić, Boro, *Marketing u osiguranju*, Univerzitet za poslovni inženjering i menadžment, Banja Luka, 2016, str. 11.

⁴ Zakon o obaveznom osiguranjima u saobraćaju Republike Srpske (objavljen u „Službenom glasniku RS“ br. 82/15) – “Odgovorno društvo za osiguranje dužno je da utvrdi pravni osnov i visinu odštetnog zahtjeva, te isplati odštetu, uz dostavljanje obrazložene ponude, u roku od 30 dana od kada je oštećeno lice dostavilo sve potrebne dokumente, a najduže od 60 dana od dana podnošenja odštetnog zahtjeva”, čl. 22.

Premija osiguranja je cijena osiguranja. To je novčani iznos koji osiguranik isplaćuje osiguravaču nakon zaključenja ugovora o osiguranju, a da bi njegovi lični i imovinski interesi, koji su predmet ugovora o osiguranju i polise osiguranja, bili zaštićeni. Visinu premije određuje osiguravač na osnovu tarifa.

Prilikom zaključenja ugovora o osiguranju, osiguravač svoju odgovornost po nastupanju osiguranog slučaja ograničava. To čini na način da polisom i ugovorom određuje sumu osiguranja. Suma osiguranja predstavlja maksimalan iznos, odnosno gornju granicu obaveze osiguravača prilikom nastupanja osiguranog slučaja. Preko ovog iznosa osiguravač neće odgovarati za štetu osiguraniku, pa makar ona bila i veća. Iznos sume osiguranja upisan je i kao takav označen u polisi osiguranja. Suma osiguranja je granica odgovornosti osiguravača za nastupjelu štetu, odnosno osigurani slučaj.

Kada govorimo o osiguranjima, osnovna podjela osiguranja jeste na životna i neživotna osiguranja, te se u tom smislu osiguravajući poslovi u najvećem broju zemalja razvrstavaju na životne i neživotne poslove osiguranja⁵. Svaka od ove dvije grupe osiguranja dijeli se dalje na vrste osiguranja.

Zdravstveno osiguranje Republike Srpske

U ovom radu obradićemo temu dobrovoljnih zdravstvenih osiguranja i napraviti paralelu između obaveznog državnog (entitetskog) zdravstvenog osiguranja i dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja koja nude osiguravajuća društva, odnosno zdravstvenog osiguranja kao rizika i osiguranog slučaja.

Dobrovoljna zdravstvena osiguranja spadaju u grupu neživotnih osiguranja kojima se pokrivaju troškovi liječenja osiguranika koji nisu obuhvaćeni, odnosno pokriveni obaveznim zdravstvenim osiguranjem, ili kada su oni samo djelimično pokriveni sistemom obaveznog državnog zdravstvenog sistema⁶. Sa druge strane, dobrovoljnim zdravstvenim osiguranjem osiguraniku se pružaju čak i zdravstvene usluge u većem obimu ili u višem standardu

⁵ Zakon o društvima za osiguranje Republike Srpske (objavljen u „Službenom glasniku RS“ br. 17/05, 1/06, 64/06, 74/10, 47/17) – „Društvu za osiguranje koje ima sjedište u Republici Srpskoj izdaje se dozvola za rad za obavljanje poslova neživotnog osiguranja ili poslova životnog osiguranja. Društvo za osiguranje može obavljati poslove reosiguranja u vezi sa rizicima i životnog i neživotnog osiguranja“, čl. 31.

⁶ Zbornik radova „Srazmjernost i pravna izvesnost u pravu osiguranja“, Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Udruženje osiguravača Srbije, Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju i Udruženje osiguravača Njemačke, Beograd, 2017, str. 114.

nego što je to obezbijedeno obaveznim zdravstvenim osiguranjem (npr. određeni specijalistički pregledi ili zahvati koji nisu pokriveni obaveznim osiguranjem).

Zdravstveno osiguranje u Bosni i Hercegovini u nadležnosti je entiteta i Brčko distrikta. Regulisano je čitavim nizom zakonskih i podzakonskih propisa, te kada govorimo o našem zdravstvenom osiguranju, u suštini govorimo o obaveznom zdravstvenom osiguranju. Zdravstveno osiguranje Republike Srpske je centralizovano i to na način da se isto ostvaruje preko Fonda zdravstvenog osiguranja Republike Srpske (u daljem tekstu: Fond), te osiguranici svoja zakonska prava iz osiguranja ostvaruju preko Fonda.

Kada govorimo o drugim vidovima zdravstvenog osiguranja kao što je privatno zdravstveno osiguranje, odnosno dobrovoljno zdravstveno osiguranje u koja ulaze dopunsko i dodatno zdravstveno osiguranje, možemo slobodno reći da je isto nerazvijeno na čitavoj teritoriji Bosne i Hercegovine, ne samo na teritoriji Republike Srpske. Razlozi navedenog leže kako u dosta nezavidnoj ekonomskoj i socijalnoj situaciji u državi i entitetima, a što bitno utiče na poslovanje osiguravajućih društava i samim tim ponudu osiguranih proizvoda, tako i zbog nedovoljne, raznolike i neadekvatne zakonske regulative u ovom dijelu. Za razvoj dobrovoljnih zdravstvenih osiguranja, prije svega dopunskog zdravstvenog osiguranja, pretpostavka je saradnja države i entiteta sa društvima za osiguranje. Isto je uslovljeno i pogodnom materijalnom pozicijom osiguranika koji za dodatno zdravstveno osiguranje mora platiti cijenu osiguranja, odnosno premiju osiguranja.

Opštepoznato je da BiH ima namjeru da dobije status kandidata za članicu Evropske unije, te je nesporno da će ista morati da ispuni određene uslove i u ovom dijelu, odnosno izvrši određeno usklađivanje sa propisima Evropske unije. Zdravstveno osiguranje nesumnjivo će sve više dobijati na značaju i postajati interesantnije domaćim društvima za osiguranje a sve prateći trendove razvoja zdravstvenog sektora u svijetu. Ovaj vid neživotnog osiguranja uslovljen je ekonomsko-finansijskom situacijom u državi, i trend njenog razvoja u ovom dijelu svakako će biti diktiran trendovima stabilnih i modernih zemalja Evrope i svijeta.

U Republici Srpskoj, zdravstveno osiguranje regulisano je Zakonom o zdravstvenom osiguranju („Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 18/99, 51/01, 70/01, 51/03, 57/03, 17/08, 1/09, 106/09, 39/16, 110/16) i Zakonom o zdravstvenoj zaštiti („Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 106 /09, 44/15), te podzakonskim aktima.

Обавезно здравствено осигурање

Zakonskim propisima Republike Srpske uređuje se sistem obaveznog zdravstvenog osiguranja, proširenog zdravstvenog osiguranja, prava iz osiguranja, kao i načela privatnog zdravstvenog osiguranja. U tom smislu građani Republike Srpske i sva druga lica koja u skladu sa zakonom ostvaruju prava iz obaveznog zdravstvenog osiguranja uživaju pravo na zdravstvenu zaštitu u obimu predviđenom zakonom, naknadu plate za vrijeme privremene nesposobnosti za rad kao i sva druga prava utvrđena zakonom i aktima Fonda⁷.

Svojstvo osiguranika u smislu prava iz obaveznog zdravstvenog osiguranja stiče se podnošenjem prijave za zdravstveno osiguranje, a dokazuje se zdravstvenom knjižicom, odnosno elektronskom zdravstvenom knjižicom. Međutim, obaveznim zdravstvenim osiguranjem nisu pokriveni svi troškovi korišćenja zdravstvene zaštite, te samim tim osigurana lica učestvuju u troškovima korišćenja zdravstvene zaštite. Obim i visina učešća osiguranika u ukupnim troškovima zdravstvene zaštite određuje se prema težini bolesti, visini troškova ispitivanja i liječenja, te imovinskom stanju osiguranika. Imajući u vidu da obavezni vid zdravstvenog osiguranja ne pokriva cjelokupne troškove liječenja, odnosno da su građani obavezni snositi dio troškova, ostavljena je mogućnost osiguravajućim društvima da na osnovu ugovora o osiguranju sa ugovaračem osiguranja – osiguranikom, ugovori mogućnost pokrivanja ovih troškova polisom osiguranja kroz vid dobrovoljnih osiguranja, odnosno privatnih osiguranja.

Naš zakon o zdravstvenom osiguranju predviđa i mogućnost ugovaranja proširenog zdravstvenog osiguranja⁸. Prošireno zdravstveno osiguranje ostvaruje se preko Fonda zdravstvenog osiguranja Republike Srpske, a podrazumijeva pokrivanje prava koja nisu obuhvaćena obaveznim osiguranjem, zatim oslobađanje učešća u ličnim troškovima za zdravstvenu zaštitu te za ostvarivanje zdravstvene zaštite iznad propisanih prava, kao i druge zdravstvene usluge. U suštini, kod proširenog zdravstvenog osiguranja proširuje se obim pokrića prava iz obaveznog vida zdravstvenog osiguranja. Proširenim osiguranjem osiguranici za sebe i članove svojih porodica osiguravaju dodatna prava na zdravstvenu zaštitu koja nisu obuhvaćena obaveznim zdravstvenim osiguranjem, odnosno šira prava od onih određenih kao osnovni paket

⁷ Zakon o zdravstvenom osiguranju Republike Srpske (objavljen u „Službenom glasniku RS“ br. 18/99, 51/01, 70/01, 51/03, 57/03, 17/08, 1/09, 106/09, 39/16, 110/16).

⁸ Zakon o zdravstvenom osiguranju Republike Srpske (objavljen u „Službenom glasniku RS“ br. 18/99, 51/01, 70/01, 51/03, 57/03, 17/08, 1/09, 106/09, 39/16, 110/16).

услуга. Фонд проширеног здравственог осигурања финансира се кроз премије проширеног здравственог осигурања из средстава грађана, предузећа или других правних лица, а средства из проширеног здравственог осигурања воде се на посебном рачуну независно од средстава намијених за покривање обавеза из обавезног здравственог осигурања. Поред самих осигураника, овај вид здравственог осигурања могу обезбједити привредна друштва и друга правна лица за своје запослене.

Под појмом приватног здравственог осигурања⁹ у смислу законске одредбе, подразумијевaju се права која су обезбједиена осигурањем код приватне агенције за осигурање за права из обавезног здравственог осигурања, као и за права која нису обухваћена обавезним видом осигурања и проширеним здравственим осигурањем. Тумачењем даљих одредба закона, може се закључити да осигураник има могућност и право да се здравствено осигура код приватних агенција, независно од Фонда. Приватне агенције морају испунити услове за оснивање које propisuje Министарство здравља и социјалне заштите, а дјелатност пружања здравствених услуга уговарају директно са здравственим установама на основу јединствених цијена које утврђује Фонд и здравствене коморе.

Здравствено осигурање код друштava за осигурање

Услуге здравственог осигурања на подручју Републике Српске пружа неколико друштava за осигурање, како оних основаних на подручју РС тако и друштava из FBiH који на подручју Републике Српске посљују преко филијала. Пословање и понуду осигураног ризика друштava за осигурање пружају по основу правила пословања осигуравајућих друштava и по одобрењу Агенције за осигурање Републике Српске шодно одредбама Закона о друштвима за осигурање.¹⁰

Посматрајући земље у региону, једино је Хрватска доњела посебан закон којим регулише питање добровољног здравственог осигурања. Ради се о Закону о добровољном здравственом осигурању („Народне новине“ бр. 85/06, 150/08, 71/10), који предвиђа могућност да осигураници приватна (доброволјна) здравствена осигурања могу остварити преко Хрватског завода за

⁹ Закон о здравственом осигурању Републике Српске (објављен у „Службеном гласнику РС“ бр. 18/99, 51/01, 70/01, 51/03, 57/03, 17/08, 1/09, 106/09, 39/16, 110/16).

¹⁰ Закон о друштвима за осигурање Републике Српске (објављен у „Службеном гласнику РС“ бр. 17/05, 1/06, 64/06, 74/10, 47/17).

zdravstveno osiguranje i osiguravajućih društava. S druge strane, u Srbiji je slična situacija kao i u Republici Srpskoj, te je zdravstveno osiguranje uređeno Zakonom o zdravstvenom osiguranju. Isti reguliše obavezno zdravstveno osiguranje i dobrovoljno (privatno) zdravstveno osiguranje¹¹.

Osiguravajuća društva danas nude različite pakete zdravstvenog osiguranja, u vidu potpune zamjene za postojeće obavezno zdravstveno osiguranje, pa do osiguravajućih paketa koji su samo dopuna postojećem državnim osiguranju.

Naime, osnov po kojem osiguravajuća društva nude zdravstvena osiguranja jeste ugovor o osiguranju, odnosno polisa osiguranja. Osiguravajuća društva obavezno kod zaključivanja ugovora o osiguranju, na polisi osiguranja naznačavaju da Opšti uslovi osiguranja predstavljaju sastavni dio ugovora o osiguranju i polise osiguranja. Opštim uslovima osiguranja osiguravajuća društva bliže određuju osnov, uslove i obaveze ugovornih strana po nastupanju osiguranog slučaja.

Kada govorimo o zdravstvenim osiguranjima sa aspekata osiguravajućih društava, tada govorimo o dopunskom zdravstvenom osiguranju i dodatnom zdravstvenom osiguranju.

Dopunsko zdravstveno osiguranje

Dopunsko zdravstveno osiguranje predstavlja vrstu dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja, a sastoji se od pokrića troškova liječenja koji nisu pokriveni obaveznim vidom zdravstvenog osiguranja. U suštini, dopunsko zdravstveno osiguranje pokriva troškove lične participacije osiguranika koje ne snosi Fond. Naravno, ovaj dio obaveze ličnog učešća moguće je „pokriti“ i proširenim zdravstvenim osiguranjem, nezavisno od osiguravajućih društava, a koji smo u tekstu ranije spominjali. S tim u vezi, kod ovog vida osiguranja obaveza osiguravača može se ogledati da se isti ugovorom o osiguranju obaveže na plaćanje troškova (participacije) koji nisu pokriveni obaveznim vidom zdravstvene zaštite, ili u obavezi da nakon nastupanja osiguranog slučaja osiguraniku isplati iznos (naknadu) iz sume osiguranja do ugovorenog limita. U tom slučaju osiguravajuće društvo ima obavezu da isplati cjelokupne troškove participacije, a što ponovo može učiniti direktno osiguraniku koji je

¹¹ Dorđević, Slavko, Samardžić, Darko, *Nemačko ugovorno pravo*, IRZ, Beograd, 2014, str. 90–91.

„predujmio“ ove troškove, ili direktno zdravstvenoj ustanovi koja je pružila uslugu. Sa druge strane, obaveza osiguravača se sastoji u obavezi ispate osiguranog iznosa po nastupanju osiguranog slučaja.

Neka osiguravajuća društva nude mogućnost zaključivanja ugovora o dopunskom zdravstvenom osiguranju u okviru kolektivnih osiguranja. Ugovarači ovakvog pokrića su osiguravajuće društvo, sa jedne strane, i pravno lice – privredna društva ili druge organizacije, sa druge strane. U slučaju ovakvih osiguranja, osiguravajuća društva tačno određuju broj lica koja mogu biti obuhvaćena polisom osiguranja kao i njihovu starost. Tako npr. prema uslovima za dopunsko zdravstveno osiguranje od težih bolesti i posljedica bolesti¹², mogu se osigurati sva zdrava lica od 15 do 65 godina, pod uslovom da u momentu zaključenja ugovora nisu bolovala od bolesti koja su taksativno nabrojana istim uslovima. Ovakvo osiguranje prati odredbu čl. 72 Zakona o zdravstvenom osiguranju, koja omogućava pravnim licima da za svoje zaposlene omoguće prošireno zdravstveno osiguranje.

Додатно здравствено осигурање

Додатно здравствено осигурање omogućava виши standard здравствене заштите i већи обим права u односу на обавезно здравствено осигурање. Наравно, обим покрића код додатног здравственог осигурања одређује се општим условима осигурања осигуравача и различити су код сваког од осигуравajućих друштava. Осигуравajuća друштva nude читаве пакете услуга, а од којих зависи и премија осигурања коју осигураник плаћа. Неки од таквих пакета додатног здравственог осигурања подразумевају само ванболничко лијечење, док други пакети подразумевају и покриће хируршких интервенција.

Претпоставка додатног здравственог осигурања, а што му и назив говори, jeste постојање обавезног здравственог осигурања, односно исти служи као допуна обавезном осигурању и пружа виши standard здравствене услуге u односу на обавезно осигурање. Полисом осигурања осигуравач се обавезује да након наступања осигураног случаја исплати новчани износ уговорен по наступању осигураног ризика.

Оно што је карактеристика добровољних здравствених осигурања jeste да осигураници приликом закључења уговора о осигурању имају обавезу информисања осигуравача о околностима вањним за оцјену ризика, односно осигу-

¹² Aura osiguranje a.d. Banja Luka, Uslovi za dopunsko zdravstveno osiguranje od težih bolesti i posljedica bolesti br. AOS-US-02.012-001, na snazi od 17. 8. 2015. godine.

ranog slučaja. Isti su obavezni osiguravača obavijestiti o svim činjenicama bitnim za pravilnu ocjenu rizika, te ukoliko osiguranik prećuti, odnosno ne prijavi osiguravaču bilo kakvu informaciju bitnu za ocjenu rizika, kasnije osiguravač prilikom rješavanja odštetnog zahtjeva može isticati prigovor da mu osiguranik nije prijavio sve činjenice bitne za ocjenu rizika. Prilikom zaključenja ugovora ugovaraču je bitno zdravstveno stanje osiguranika prije i u trenutku zaključenja ugovora, ali isto tako osiguranik mora prijaviti svaku promjenu zdravstvenog stanja u toku trajanja ugovora o osiguranju. U tom smislu, praksa društava za osiguranje jeste da osiguravači prije sklapanja ugovora o osiguranju zahtijevaju da osiguranik ispuni upitnik o zdravstvenom stanju ili da osiguranik pribavi ljekarsko uvjerenje ili izvještaj o izvršenom ljekarskom pregledu.¹³ Upravo iz tog razloga insistira se na dobroj sistematskoj obradi upitnika, koji svojim sadržajem treba da pokrije što šire područje kako bi osiguravač od osiguranika dobio što veći broj informacija o zdravstvenom stanju. S druge strane, osiguravač je dužan čuvati podatke o zdravstvenom stanju osiguranika, te ih nije ovlašćen stavljati na raspolaganje trećim licima. Iste je ovlašćen koristiti samo u svrhu sprovođenja ugovora o osiguranju.

Vezano za informisanje osiguravača o zdravstvenom stanju osiguranika, treba imati u vidu činjenicu da su osiguranici, nezavisno od vrste zdravstvenog osiguranja ili bilo kojeg drugog osiguranja, dužni osiguravača obavijestiti o svim bitnim okolnostima neophodnim za zaključivanje ugovora o osiguranju, dok je osiguravač dužan da prije zaključivanja ugovora o osiguranju osiguraniku stavi na raspolaganje opšte uslove za osiguranje, te ih istom preda uz polis osiguranja.

Zaključak

Dobrovoljna zdravstvena osiguranja u sferi su društava za osiguranje, koji trenutno jedini i pokazuju interes za nastanak i razvijanje ovog dijela osiguranja. Preduslov za razvijanje dobrovoljnih zdravstvenih osiguranja jeste prije svega postojanje ponude, sa jedna strane, dok sa druge strane potrebno je da postoji i potreba i potražnja građana za dobrovoljnim zdravstvenim osiguranjima. Nesporno je da potreba za dobrovoljnim zdravstvenim osiguranjima postoji, jer država svojim sistemom obaveznog zdravstvenog osiguranja

¹³ Zbornik radova „Srazmjernost i pravna izvesnost u pravu osiguranja“, Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Udruženje osiguravača Srbije, Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju i Udruženje osiguravača Njemačke, Beograd, 2017, str. 127.

pokriva sve manji obim zdravstvenih usluga, a lična participacija korisnika u ukupnim troškovima zdravstvenog osiguranja je sve veća. Bez obzira i na potrebu postojanja dobrovoljnih zdravstvenih osiguranja, razvijanje istih upitno je i zbog same finansijske situacije i mogućnosti običnog građanina da od svoje mjesečne zarade redovno izdvaja određeni dio novca na ime premije osiguranja. Istina je da osiguravajuća društva u svojoj ponudi imaju različite pakete usluga, a kojima je i različita cijena osiguranja, ali to opet nije dovoljno da bi ovaj sektor osiguranja dostigao određeni zadovoljavajući nivo. To je sve dovelo do činjenice da danas jako mali broj društava za osiguranje u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovini nudi ovaj vid osiguranja ili čak nudi izvedene oblike kolektivnih zdravstvenih osiguranja, sličnim proširenim zdravstvenim osiguranjem.

**Aleksandar Sajic, lawyer from Banja Luka, partner and director
in the Law Firm “Sajic Stojanka i Sajic Aleksandar” o.d. Banja Luka
Natasa Skrbic from Banja Luka, expert associate
in the Law Firm “Sajic Stojanka i Sajic Aleksandar” o.d. Banja Luka**

VOLUNTARY AND COMPULSORY FORMS OF HEALTH INSURANCE IN THE INSURANCE SYSTEM OF THE REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

The only shown interest in the development of voluntary health insurance is by insurance companies. The prerequisite for the development of voluntary health insurance is, primarily, the existence of a bid, on the one hand, while on the other hand there is a need for existence of interests of citizens for voluntary health insurance. It is unquestionable that there is a need for voluntary health insurance because the state, with its compulsory health insurance system, covers a lesser extent of needed health care services, while the personal participation of the beneficiaries in the total health insurance costs is increasing. Regardless of the need for voluntary health insurance, the

development of these is also questionable due to the financial situation itself and the ability of ordinary citizens to regularly allocate a part of their money from their monthly earnings for the insurance premium. It is true that insurance companies in their offer have different service packages, with different insurance prices, but this is still not enough to make sure that this insurance sector reaches a certain satisfactory level. This has led to the situation that today there is a very small number of insurance companies in the Republic of Srpska and Bosnia and Herzegovina that offer this form of insurance or even offer forms of collective health insurance similar to extended health insurance.

Key words: *compulsory, private, extended, voluntary, supplementary and additional health insurance; insured; insurer; rights and obligations.*

ПРИВРЕДНА ДРУШТВА ПОВЕЗАНА КАПИТАЛОМ У КОМПАНИЈСКОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Ирена Радић*

Апстракт: Аутор се у овом раду бави анализом посебних правила компанијског права о повезаним привредним друштвима, нарочито правила о друштвима повезаним капиталом, односно да ли ова правила могу остварити свој примарни циљ – заштиту зависног друштва, мањинских акционара/чланова и повјерилаца. Наиме, бројни корпоративни скандали и злоупотребе ове форме пословања навеле су аутора да преиспита стање регулативе у овој области, те да кроз анализу ових посебних правила укаже на њихове недостатке и недосљедности, а потом да кроз упоредноправну анализу изнесе одређене препоруке за даљи развој регулативе у овој области.

Кључне ријечи: повезана привредна друштва, заштитно право, контрола, група, концерн, холдинг, консолидовани годишњи извјештаји, обавјештавање, дужности матичног друштва и његових директора.

Увод

Свим формама повезаних привредних друштава заједничко је постојање правног субјективитета свих појединачних зависних друштава и правног субјективитета матичног друштва, али не и постојање једног (заједничког) субјективитета свих повезаних друштава, што важи чак и за случај да матично друштво има 100% капитал учешће у зависном друштву.¹ Како су дуго времена привредна друштва као правно са-

* Мастер правник, студент докторских студија на Правном факултету Универзитета у Београду (привредноправни смјер).

¹ Мирко Васиљевић, *Компанијско право – Право привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 507–508.

мостални и независни субјекти доминирали у пословном свијету, и законодавци су имали у центру интересовања такве појединачне привредне субјекте, те се концепт одвојеног правног субјективитета повезаних привредних друштава досљедно примјењивао. Међутим, у данашњем глобализованом свијету се око 2/3 економске активности одвија кроз неки од облика повезаних привредних друштава,² усљед чега је компанијско право постепено прихватало ту економску реалност и повезаним привредним друштвима признало одређен субјективитет (тзв. концепт групног ентитета)³ прописујући за њих посебна правила. Ипак, раскорак између правног и фактичког стања и даље постоји, јер је домет тих посебних правила ограничен, што с једне стране отвара простор за различите злоупотребе (усљед примјене општих правила о ограниченој одговорности чланова/акционара у друштвима капитала), а са друге стране онемогућава или отежава организацију и функционисање повезаних друштава. Компанијско право Републике Српске садржи посебна правила за повезана привредна друштва чији је примарни циљ успостављање правних механизма који ће омогућити заштиту зависног друштва, његових мањинских (спољних) акционара/чланова и дјелимично повјерилаца⁴ (тзв. заштитно право, енг. *protective law*),⁵ али аутор је анализом тих правила утврдио да су она у великој мјери непотпуна, контра-

² Transfer Pricing and Developing Countries - Final Report, EuropeAid - Implementing the Tax and Development policy agenda, Project commissioned by European Commission and implemented by PwC, 2011, 1. https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/docs/body/transfer_pricing_dev_countries.pdf 7. 5. 2017.

³ О томе више вид., Татјана Јевремовић Петровић, *Групе привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2014, 43–46.

⁴ У домаћем компанијском праву, посебним одредбама о повезаним привредним друштвима нису предвиђена правила која би имала за циљ заштиту повјерилаца, те се они штите само посредно, путем заштите зависног друштва. Матично и зависно друштво су у односу према повјериоцима потпуно одвојена и самостална правна лица, а једини изузетак се налази у примјени општег института пробијања правне личности односно злоупотребе правног лица, када чланови/акционари (што значи и матично друштво) одговарају лично (цјелокупном својом имовином) за обавезе друштва ако злоупотребе привредно друштво за незаконите или пријеварне циљеве или имовином друштва располажу као својом сопственом имовином на начин као да привредно друштво као правно лице не постоји. Ипак, ово важи само за случај када се ради о друштвима која су непосредно повезана учешћем у капиталу (посједовање удјела/акција), али не и на други начин, што битно ограничава домашњег овог института. Вид. Закон о привредним друштвима – ЗОПД, Службени гласник Републике Српске, бр. 127/08, 58/09, 100/11, 67/13, чл. 15.

⁵ Најзначајнија и најстарија правила компанијског права намијењена повезаним привредним друштвима (нарочито групама) су одредбе њемачког права, тзв. *Konzernrecht*, чији је карактер изразито протекционистички, а друга права која су прихватила посебна правила о повезаним друштвима по угледу на њемачко право су: Португал, Бразил, Тајван, Словенија, Хрватска, Мађарска, Чешка, Албанија, Турска, Јапан, Србије итд. Више о томе вид. Т. Ј. Петровић, 47.

дикторна и да нису у складу са најбољим рјешењима усвојеним у упоредном праву, услед чега не могу у потпуности остварити своју сврху.

Појам и облици повезаних друштава

Повезана привредна друштва, најједноставније речено, представљају правно самостална и независна друштва која су на неки начин међусобно повезана – учешћем у капиталу, уговорима или различитим фактичким околностима. Упоредно компанијско право углавном не даје дефиницију повезаних друштава, већ овај појам одређује преко различитих облика повезивања.⁶ Слично је у домаћем компанијском праву – повезана привредна чине два или више друштава која се међусобно повезују капиталом, уговором или мјешовито (и путем капитала и путем уговора)⁷, те чине једно матично (контролно) и једно или више зависних (подређених) друштава.⁸ Облици организовања повезаних привредних друштава су концерн, холдинг и група, али ЗОПД не ограничава могуће облике само на ове експлицитно набројане, већ допушта да се друштва повежу и у неки други облик организовања у складу са тим законом. Појам концерна, холдинга и групе је одређен преко претежне дјелатности матичног друштва: повезана друштва организују се као концерн када матично друштво има за претежну дјелатност неку пословну дјелатност поред дјелатности управљања зависним друштвом;⁹ као хол-

⁶ Тако у Њемачкој, повезана привредна друштва (њем. *Verbundene Unternehmen*) представљају правно самостална и независна друштва која су међусобно у односу а) матичног и зависног друштва (друштва са већинским учешћем у капиталу односно у праву гласа); б) владајућег и зависног друштва; в) чланова групе (концерна); г) друштва са узајамним удјелима, д) друштва повезаних предузетничким уговором. Вид. њемачки *Aktiengesetz – AktG*, чл. 15. Енглеска верзија, доступна на <http://www.nortonrosefulbright.com/files/german-stock-corporation-act-147035.pdf> 21. 5. 2017. На скоро исти начин је појам повезаних друштава одређен у Хрватској. Вид. Закон о трговачким друштвима – ЗТД Хрватске, Народне новине бр. 152/11, 111/12, 68/13, чл. 473. У стручној литератури је изражено мишљење да би повезаним друштвима требало додати и прикључена друштва, јер и она представљају форму повезаних друштава. Вид. Дионис Јурић, „Транспарентност статусних и финансијских односа повезаних друштава“, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Риједи 27/2006, 942. У Србији је прописано да се друштва могу повезивати капиталом, уговором и мјешовито, те да повезивањем формирају групу друштава (концерн), холдинг и друштва са узајамним учешћем у капиталу. Вид. Закон о привредним друштвима – ЗОПД Србије, Службени гласник Републике Србије, бр. 36/11, 99/11, 83/14, 5/15. чл. 549 и 550.

⁷ Вид. ЗОПД, чл. 357.

⁸ *Ibid.*, ст. 2.

⁹ Дефиниција концерна (групе) у домаћим прописима није довољно прецизна, те би се требало угледати на неку од сусједних земаља или на њемачко право, јер се ради о најзначајнијем

динг када матично друштво има искључиво дјелатност управљања (и финансирања) зависним друштвима; као група када матично друштво обавља и дјелатност концерна и дјелатност холдинга.¹⁰ Није јасно зашто законодавац прави разлику између појма концерна и групе, када се ради о појмовима са истим значењем – концерн (њем. *Konzern*, енг. *Group*) је само њемачка ријеч за оно што ми зовемо групом.¹¹ Ни холдинг не треба посматрати као посебну врсту повезивања, различиту од групе (концерна), јер га одликују све најважније карактеристике које су неопходне за постојање групе, а околност да је дјелатност холдинга искључиво управљање и финансирање зависним друштвима, чини да је холдинг само једна специфична врста групе.¹² Стога би, поред општег (генеричког) појма повезаних друштава, требало дати прецизну дефиницију групе односно концерна, а холдинг предвидјети као његову подврсту. Као остале облике повезивања друштава, ЗОПД наводи да се друштва могу повезати уговором и у друге облике удруживања (конзорцијум, кластер, пословна унија, пословни систем, пул и др.) али тако да из удруживања чланице не остварују добит. Ове одредбе немају други значај осим да допусте овакве форме уговорног повезивања и удруживања, у складу са општим начелом слободе уговарања, са ограничењем да се то не смије чинити супротно прописима о забрани конкуренције,¹³ док се остале одредбе о повезаним привредним друштвима, тј. о односима матичног и зависног друштва, на њих не примјењују.

Најкомплекснији и најзначајнији институт права повезаних привредних друштава јесте контрола, која подразумеива овлашћење на управљање пословима друштва, односно моћ управљања финансијским

облику повезивања. Нпр. концерн у Хрватској чине друштва која су обједињена јединственим вођењем послова од стране владајућег друштва, при чему се сматра да су јединственом управом обједињена друштва међу којима је склопљен уговор о вођењу послова или од којих је једно прикључено другом. Претпоставља се да зависно и владајуће друштво чине концерн. Уколико су правно самостална друштва спојена заједничким вођењем а да једно није зависно о другоме, она такође чине концерн. Вид. ЗТД Хрватске, чл. 476. Идентична дефиниција је у њемачком праву. Вид. *AktG*, чл. 18. У Србији група односно концерн постоји када контролно друштво, поред управљања зависним друштвом, обавља и друге дјелатности, при чему групу чине: контролно друштво и једно или више контролисаних којима управља контролно друштво (фактичка контрола); контролно друштво и једно или више контролисаних који су закључили уговор о контроли и управљању (уговорна контрола); друштва која нису међусобно у зависном положају, а којима се управља на јединствен начин (група са односима равноправности). Вид. ЗОПД Србије, чл. 551.

¹⁰ ЗОПД, чл. 357 ст. 4, 5 и 6.

¹¹ Упор. ЗОПД Србије, чл. 550, ст. 1, тач. 1; *AktG*, чл. 15 и 18; Вид. више М. Васиљевић, 495.

¹² Т. Ј. Петровић, 164–165.

¹³ Слично вид. код Т. Ј. Петровић, 75.

и пословним политикама зависног друштва (самостално или заједно са другим лицима).¹⁴ За потребе компанијског права, углавном се претпоставља да контролу има онај ко држи више од 50% гласачких права у другом друштву, али и лице које посједује право гласа испод тога прага може услед различитих фактичких околности имати одлучујући утицај у друштву. Тако, ЗОПД одређује појам контролног члана (у друштву са ограниченом одговорношћу) и контролног акционара (у акционарском друштву) као лице које само или са другим лицима са којима заједнички дјелује:¹⁵ има више од 50% гласачких права¹⁶ или на други начин врши контролни утицај над управљањем и вођењем послова привредног друштва на основу свог својства члана/акционара или на основу уговора закљученог у складу са ЗОПД.¹⁷ Овдје ћемо првенствено скренути пажњу на то да је законодавац омогућио да својство контролног члана/акционара има и физичко лице, али да је ову дефиницију систематизовао у оквиру одредаба о повезаним привредним друштвима које се односе само на привредна друштва (не на физичка лица). Стога је потребно разграничити појам контролног члана/акционара у општим одредбама компанијског права (који ће обухватити и физичка лица) од појма контроле у оквиру одредаба о повезаним привредним друштвима.

Једно од значајнијих питања на које законодавац треба да одговори приликом дефинисања контроле у компанијском праву јесте да ли је контрола везана за својство члана или акционара у зависном друштву или је независна од истог.¹⁸ У том погледу, из дефиниције контролног

¹⁴ Paul Krüger Andersen, Theodor Baums *at al.*, European Model Company Act, Draft 2015 - *EMCA*, Поглавље 11, Одјелак 5 и 6. <http://www.commerciallaw.com.ua/attachments/article/96/Final%20Draft%20EMCA%20Code.pdf> 21. 4. 2017.

¹⁵ За појам заједничког дјеловања (енг. *acting in concrete*) вид. ЗОПД, чл. 359, ст. 1. Више о томе вид. Т. Ј. Петровић, 99, и М. Васиљевић, 503.

¹⁶ Овдје ЗОПД додаје дио „на основу обичних акција“, али сматрамо да је тај дио реченице последица редакцијске грешке, јер поменути одредба треба да се односи како на контролног акционара (у а.д.) тако и на контролног члана (у д.о.о.), те је поменути дио сувишан. Вид. ЗОПД РС, чл. 358, тач. а).

¹⁷ ЗОПД, чл. 358, ст. 1.

¹⁸ На примјер, Нацрт 9 Директиве везује контролу за својство члана/акционара, те зависно предузеће (енг. *subsidiary undertaking*) дефинише као предузеће у коме матично предузеће (енг. *parent undertaking*): а) има већину гласачких права на скупштини акционара/чланова; б) има право да постави или разријеша већину чланова административних, управних или надзорних органа, на основу свог својства члана или акционара; в) је акционар/члан а већина чланова административних, управних или надзорних органа који у протеклих пет година је именована само на основу вршења његових права као члана/акционара; г) је акционар/члан који на основу уговора са другим чланом/акционаром зависног предузећа, контролише већину гласова у том предузећу. Вид. Draft Proposal for a Ninth Council Directive pursuant to Article 54(3)(g) of the EEC Treaty relating to links between undertakings and in particular to groups – Нацрт 9 Директиве, https://www.mhc.ie/uploads/9th_proposal.pdf 31.03.2017.

члана/акционара у ЗОПД можемо извући два опречна закључка. Наиме, члан 358 ЗОПД носи назив „Контролно учешће у капиталу“ и садржински он дефинише појам контролног члана/акционара, те у тачки а) контролно својство везује за већинско учешће у гласачким правима, а у тачки б) за вршење контролног утицаја на управљање и вођење послова на други начин – на основу свог својства члана/акционара. Из ових одредаба би се могло закључити да је наш законодавац појам контроле желио везати за својство члана/акционара у зависном друштву. Ипак, на крају, у загради, законодавац додаје да се контролни утицај може вршити и на основу закљученог уговора у складу са тим законом, из чега произлази да је прихватио концепт по коме контролу може да врши и неко ко није члан/акционар друштва, уколико закључи уговор о посебним односима матичног и зависног друштва и преносу добити.¹⁹ Мишљења смо да је интенција законодавца заиста била да успостави шири концепт контроле, који ће обухватити и лица која врше контролу на основу уговора, независно од својства члана/акционара зависног друштва, те сматрамо да је потребно ускладити назив овог члана са његовом садржином и смислом.

ЗОПД се определијели за концепт ефективне контроле, односно да је контролно само оно друштво које активно врши контролу, не и оно које потенцијално може да је врши, док је у упоредном праву под појмом контроле углавном обухваћена и потенцијална контрола.²⁰ На овај начин је наш законодавац сузио примјену одредаба о повезаним друштвима и ослабио заштиту зависног друштва и мањинских акционара.²¹ Осим тога, ЗОПД прихвата концепт *de iure* контроле, док модерни закони, регулатива Европске уније и препоруке стручних тијела претежно прихватају и концепт *de facto* контроле која се заснива на инструментима који излазе из компанијског права, нпр. на уговору о дистрибуцији, уговору о франшизингу, уговору о преносу технологије и сл. али и на околностима које потпуно излазе из домена права и заснивају се на економским, социолошким и другим околностима.²²

¹⁹ О уговору о посебним односима матичног и зависног друштва и преносу добити вид. више ЗОПД, чл. 364–377.

²⁰ У Србији контрола подразумијева не само право него и могућност вршења контролног утицаја на пословање другог лица, што значи да је ЗОПД Србије прихватио шире схватање контроле, које подразумијева и ефективну и потенцијалну контролу. Вид. ЗОПД Србије, чл. 62 ст. 5; Такође, о томе више вид. Т. Ј. Петровић, 85–87. Слично, у њемачком праву, приликом одређивања владајућег утицаја, прихвата се да је довољно постојање могућности остваривања владајућег утицаја, а не стварна реализација таквог утицаја. Вид. *AktG*, чл. 17 и Д. Јурић, 944.

²¹ Д. Јурић, 944.

²² Вид. Т. Ј. Петровић, 89. Такав приступ препоручује ЕМСА, по коме *de facto* контрола постоји када једна компанија држи пола или мање од пола гласачких права у другој компанији, уколико

Обавеза обавјештавања

Циљ правила о обавјештавању је првенствено обавјештавање зависног друштва и јавности (потенцијалних инвеститора, повјерилаца и надлежних органа) о стицању или губитку контроле у друштву, али и о другим значајним промјенама у власништву које не значе контролу (тзв. квалификовано капитал учешће). На нивоу Европске уније, питањем обавјештавања се бавио нацрт 9. Директиве²³ који није усвојен, те Директива о транспарентности.²⁴ У домаћем праву, обавеза обавјештавања предвиђена је одредбама ЗОПД које се односе на сва друштва повезана капиталом и одредбама Закона о тржишту хартија од вриједности²⁵ које се односе само на јавна акционарска друштва.²⁶

та компанија има: 1) право да врши више од половине гласачких права на основу споразума са другим инвеститорима; 2) право да контролише финансијске и пословне политике друге компаније на основу оснивачког акта или споразума; 3) право да постави или разријешу већину чланова највишег органа управљања (управног или надзорног одбора) који има контролу над пословањем те компаније; 4) право да фактички врши већину гласачких права на скупштини друштва или другом одговарајућем тијелу и на тај начин да управља пословањем друштва. Према ЕМСА, контрола се претпоставља када је већина чланова органа управљања именована (одређена) од стране друге компаније двије узастопне финансијске године, а сматра се да је друга компанија утицала на одређивање чланова тог органа ако је, током те финансијске године, имала удио у гласачким правима већи од 40% а ниједан други акционар није имао удио већи од њега. Вид. ЕМСА, Поглавље 10, Одјелак 6.

²³ Нацрт 9 Директиве предвидио је обавезу за свако физичко или правно лице које директно или индиректно стекне више од 10% удјела у основном капиталу друштва да о томе у писаној форми обавијести то друштво, у року од двије седмице од дана стицања, као и о сваком даљем стицању које подиже укупан удио у основном капиталу тог друштва за више од 5%, вид. Нацрт 9 Директиве, чл. 3–5.

²⁴ Директива о транспарентности прописује обавезу акционара који стекне или изгуби акције с правом гласа емитента чије су акције уврштене у трговање на уређеном тржишту, да обавијести тог емитента о проценту права гласа који је стекао/изгубио, када тај постотак пређе/падне испод прага од 5%, 10%, 25%, 50%, 75%. Дакле, Директива везује ову обавезу искључиво за стицање акција са правом гласа у јавним акционарским друштвима, при чему та обавеза постоји како за правна тако и за физичка лица. Вид. Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004 on the harmonisation 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 – Директива о транспарентности, чл. 9, ст. 1, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0109&from=HR> 10. 4. 2017.

²⁵ Закон о тржишту хартија од вриједности – ЗТХОВ, Службени гласник Републике Српске, бр. 92/06, 34/09, 30/12, 59/13, 86/13, 108/13, 4/17.

²⁶ Овдје скрећемо пажњу на терминолошку недоследност ЗОПД који говори о отвореним акционарским друштвима и ЗТХОВ који говори о јавним акционарским друштвима. Према ЗОПД, акционарско друштво сматра се отвореним ако оснивачи учине јавни позив за упис и уплату акција у вријеме оснивања друштва, односно ако такав позив учини друштво након оснивања. Отворено акционарско друштво уврштава се на берзу и друга уређена јавна тржишта у складу са законом којим се уређује тржиште хартија од вриједности. Вид. ЗОПД, чл. 191. Према ЗТХОВ, јавно друштво је привредно друштво које је као емитент хартија од вриједности успјешно извршило најмање једну јавну понуду хартија од вриједности и којем је Комисија

Одредбама ЗОПД предвиђена је обавеза за свако привредно друштво или друго лице које, само или заједно са другим лицима са којима заједнички дјелује,²⁷ постаје или престаје бити контролни члан или акционар другог друштва да о томе обавијести зависно друштво, Комисију за хартије од вриједности и орган који је одговоран за заштиту конкуренције.²⁸ Дакле, обавезу обавјештавања имају привредна друштва која имају својство контролног члана/акционара али и сва друга лица: физичка лица, предузетници, држава/ентитети, градови/општине, јавна предузећа, јавне и приватне установе, удружења, фондације итд.²⁹ Обавеза обавјештавања се активира тек у случају стицања/губитка својства контролног члана/акционара, односно стицања/губитка 50% гласачких права. Мишљења смо да би праг који активира обавезу обавјештавања требало снизити на стицање/губитак 20% или више гласачких права, јер је то праг који ЗОПД третира као значајно учешће у капиталу,³⁰ али задржати и обавезу (поновног) обавјештавања у случају стицања већинског (контролног) учешћа. Надаље, потребно је предвидјети да се обавјештавање мора извршити без одлагања или најкасније у року који не би требало да буде дужи од двије седмице. ЗОПД не предвиђа никакве посљедице у случају непоштовања обавезе обавјештавања, чак ни новчане казне, те је потребно предвидјети адекватне санкције за случај њеног кршења. Сматрамо прихватљивим рјешење нацрта 9. Директиве, које предвиђа суспензију права из таквих акција/удјела,³¹ а уколико би такав члан/акционар ипак гласао на скупштини друштва, те се на основу акција/удјела за које је право гласа било искључено донесе одлука, потребно је предвидјети да је она рушљива. Право на њено побивање требало би дати сваком члану/акционару друштва. Такође, ако би се на основу тих акција/удјела исплатила дивиденда/удио у добити, потребно је омогућити друштву да захтијева поврат исплаћеног.

одобрила проспекта за емисију хартија од вриједности, односно проспекта за уврштење хартија од вриједности на берзу или друго уређено јавно тржиште. Вид. ЗТХОВ, чл. 2.

²⁷ Вид. горе, фн. 18.

²⁸ ЗОПД, чл. 300.

²⁹ Иако се одредбе о обавјештавању налазе у оквиру посебних правила за повезана привредна друштва (друштва повезана капиталом) законодавац ову обавезу намеће и физичким лицима и другим правним лицима која нису привредно друштво, што још једном потврђује несистематичан приступ законодавца писању ових одредаба.

³⁰ Вид. ЗОПД, чл. 358, ст. 2.

³¹ Дакле, све док се не изврши обавеза објављивања, ималац таквих акција/удјела не може вршити права која из њих произлазе, како управљачка, тако ни имовинска. Вид. Нацрт 9 Директиве, чл. 4, а по узору на њега и хрватско и њемачко право друштва. Вид. ЗТД Хрватске, чл. 478, ст. 6; *AktG*, чл. 28.

Одредбама ЗТХОВ је предвиђена обавеза Централног регистра хартија од вриједности да писмено обавијести емитента, Комисију за хартије од вриједности, и да јавно објави податке о стицању акција када неко лице прибави 5% или више акција са правом гласа емитента или права која такве акције носе; као и сваки пут када стекне додатних 5% или изгуби 5% од те класе акција. Дакле, није предвиђена обавеза обавјештавања за лице које стиче/губи акције, већ за Централни регистар и о његовом трошку, за сва физичка и правна лица која стичу акције јавног акционарског друштва. Најзначајнији недостатак ових одредаба је што се при рачунању квалификованог удјела узимају у обзир само оне акције које је то лице стекло односно које држи непосредно, те би ове одредбе требало ускладити са Директивом о транспарентности.³²

Консолидовани годишњи извјештаји и извјештаји о односима са повезаним друштвима

ЗОПД предвиђа двије врсте извјештаја о пословању за друштва повезана капиталом: консолидоване годишње извјештаје за управу матичног друштва и извјештаје о односима са повезаним друштвима за управу зависног друштва.³³ Основни смисао извјештаја о пословању је да чланови/акционари друштава повезаних капиталом, али и повјериоци и потенцијални инвеститори добију потпуне информације о структури групе, систему управљања, лицима која управљају групом, пословима који се обављају унутар групе, као и о принципима рјешавања сукоба интереса појединог друштва и других повезаних друштава.³⁴

Према ЗОПД, управни одбор матичног друштва дужан је да на годишњој скупштини поднесе консолидовани годишњи извјештај друштва, ако су једно или више његових зависних друштава друштво капитала.³⁵ Консолидовани годишњи извјештај је заправо годишњи извјештај о пословању који сачињава управа матичног друштва за то друштво и сва зависна друштва, посматрано као једна цјелина, ако су међусобно повезана капиталом. ЗОПД прописује и обавезни садржај овог извјештаја³⁶

³² Вид. Директива о транспарентности, чл. 10.

³³ ЗОПД, чл. 363.

³⁴ *Ibid.* ст. 7.

³⁵ ЗОПД, чл. 363, ст. 1.

³⁶ Консолидовани годишњи извјештај садржи: а) све важније пословне догађаје између друштава након истека пословне године за коју се извјештава, б) очекивани развој тих друштава

и обавезу да се он објави на берзи или на интернет страници матичног друштва.

Управни одбор зависног друштва је дужан да за годишњу скупштину акционара/чланова друштва припреми писани извјештај о односима са осталим чланицама друштава повезаних капиталом у претходној пословној години као саставни дио извјештаја о пословању.³⁷ Овај извјештај подлијеже независној ревизији, уколико је ревизија обавезна за финансијске извјештаје зависног друштва по Закону о рачуноводству и ревизији,³⁸ што значи да та обавеза постоји за велика правна лица, правна лица од јавног интереса,³⁹ као и за правна лица за која је та обавеза предвиђена посебним прописима који уређују њихово пословање.⁴⁰ Одредбе ЗОПД о извјештају о односима повезаних друштава дјелимично су усклађене са рјешењима садржаним у нацрту 9. Директиве, јер је предвиђено да се овај извјештај сачињава за годишњу скупштину акционара/чланова друштва (дакле, доступан је свим акционарима/члановима зависног друштва) те да подлијеже независној ревизији. Ревизија ових извјештаја је изузетно значајна, јер осигурава непристрасну процјену тачности и потпуности овог извјештаја и исправност процјене управе зависног друштва (која је под великим утицајем матичног друштва, па постоји озбиљна сумња у њену објективност). Ипак, треба имати на уму да независног ревизора бира скупштина зависног друштва,⁴¹ те се може дискутовати о његовој истинској независности, због чега би требало размислити о могућности да се у зависним друштвима ревизор

посматрано као цјелина, в) активности друштава на развоју у будућности, г) податке о броју и номиналном износу свих акција у имовини матичног друштва, у имовини зависног друштва или код лица које дјелује у своје име, а за рачун тих друштава, д) податке о коришћењу финансијских инструмената, те податке битне за процјену стања имовине друштава, њихових обавеза, финансијског положаја, добити и губитка, начин управљања финансијским ризицима и политикама, укључујући и политику предузимања мјера заштите од губитка и ђ) опис главних обилежја унутрашњег надзора повезаних друштава и систем управљања ризицима у односу на поступак припремања и сачињавања консолидованих финансијских извјештаја када се са хартијама од вриједности неког од тих друштава тргује на берзи или другом уређеном јавном тржишту. Вид. ЗОПД, чл. 363, ст. 3.

³⁷ Правна лица (осим микро и малих правних лица) су обавезна да припремају годишње извјештаје о пословању, који дају објективан приказ пословања правног лица и његов положај, укључујући и опис главних ризика и неизвјесности са којима се суочава и мјера предузетих на заштити животне средине. Вид. ЗРР, чл. 24.

³⁸ Закон о рачуноводству и ревизији Републике Српске – ЗРР, Службени гласник Републике Српске, бр. 94/15.

³⁹ За појам субјекта од јавног интереса вид. ЗРР, чл. 6; за појам великог правног лица, вид. ЗРР, чл. 5, ст. 6 и 8.

⁴⁰ ЗРР, чл. 28.

⁴¹ ЗОПД, чл. 324.

именује од стране суда, на захтјев управе зависног друштва.⁴² За разлику од консолидованог годишњег извјештаја матичног друштва чију садржину детаљно прописује, ЗОПД уопште не прописује минимални садржај овог извјештаја. Сматрамо да би његову садржину требало прецизније регулисати, како би се спријечило затајивање неких битних информација, послова којима се наноси штета зависном друштву, послова који су неуобичајено ризични, или су по свом обиму или предмету неуобичајени, и сл. те препоручујемо да се као узор узму рјешења која предвиђа нацрт 9. Директиве, а слично њемачко и хрватско право друштва.⁴³

Одговорност матичног друштва и његових директора

Једно од најважнијих питања повезаних друштава јесте питање одговорности матичног друштва и његових директора према зависном друштву и његовим мањинским/спољним акционарима. ЗОПД предвиђа дужност матичног друштва и његових директора у друштвима повезаним капиталом да поступају пажљиво (дужност пажње и правило пословне процјене) и лојално (дужност лојалности), те да избјегавају конкуренцију зависном друштву.⁴⁴

Дужност пажње значи да су матично друштво и директори матичног друштва дужни да поступају савјесно, са пажњом доброг привредника⁴⁵ и у разумном увјерењу да дјелују у најбољем интересу друштва. Они су дужни да своје процјене заснивају на информацијама и мишљењима лица стручних за одговарајућу област за која вјерују да су савјесна и компетентна (дужност информисања). Уколико својим поступцима узрокују штету зависном друштву, они неће бити одговорни за исту ако докажу да су поступали у складу са дужношћу пажње и информисања, што значи да су матично друштво и његови директори заштићени правилом пословне процјене (енг. *business judgement rule*).⁴⁶

⁴² Такво рјешење предвиђа Нацрт 9 Директиве, чл. 8.

⁴³ Вид. Нацрт 9. Директиве, чл. 7; ЗТД Хрватске, чл. 497; AktG, чл. 312, ст. 3.

⁴⁴ ЗОПД, чл. 362.

⁴⁵ ЗОПД прихвата стандард „доброг привредника“ у односу на сва лица која имају дужности према друштву, али мишљења смо да би у односима повезаних привредних друштава требало примјенјивати стандард „доброг стручњака“ јер матично друштво које врши дјелатност управљања зависним друштвом то чини на професионалној и стручној основи (нарочито у случају холдинга, када је то основна дјелатност), те је потребно објективни стандард пажње подићи на виши ниво „доброг стручњака“.

⁴⁶ ЗОПД, чл. 32, ст. 3 у вези са чл. 362.

Дужност лојалности значи да матично друштво и његови директори када доносе одлуке за зависно друштво морају дјеловати у интересу друштва, а не у свом личном интересу (или интересу повезаних лица). Дакле, дужни су да избјегавају сукоб интереса, односно кад се нађу у таквој ситуацији да ставе интерес зависног друштва испред свог личног интереса. Пошто није природно очекивати да било ко ставља туђе интересе испред својих, упоредно право је развило различите механизме за рјешавање овог проблема,⁴⁷ али рјешења предвиђена општим правилима о одговорности, у односима повезаних друштава често нису адекватна ни довољно ефикасна. ЗОПД прописује да су матично друштво или директор матичног друштва који имају лични интерес⁴⁸ у правном послу или радњи са зависним друштвом, дужни да не користе имовину зависног друштва у личном интересу; не користе повлашћене информације у зависном друштву за лично богаћење; не злоупотребљавају позиције у зависном друштву за лично богаћење; не користе пословне могућности зависног друштва за своје личне потребе и сл.⁴⁹

Према општим правилима, послови у којима постоји лични интерес подлијежу одобрењу од стране надлежног органа. Међутим, одредбе о одговорности матичног друштва и директора матичног друштва не позивају се на правила о одобрењу посла из сукоба интереса,⁵⁰ што значи да се не примјењују у односима повезаних друштава. Дакле, за повезана друштва, послови у којима постоји лични интерес нису допуштени ни уз одобрење надлежног органа, односно апсолутно су забрањени. Сматрамо да је овакав приступ превише строг, јер не треба *a priori* прет-

⁴⁷ Четири основна приступа су: потпуна забрана оваквих послова, која је углавном ствар прошлости, али у појединим земљама (нпр. Италија, Португал, Холандија) су и даље у потпуности забрањени само поједини послови; одобравање већином гласова незаинтересованих чланова/акционара (енг. *the majority-of-the-minority vote*); преиспитивање правичности (енг. *fairness test*) посла у којем постоји сукоб интереса од стране суда, и то накнадно кад је уговор већ закључен; неинтервенција односно потпуна слобода у закључивању оваквих послова (енг. *non-intervention*) која би била добро рјешење само у условима савршено ефикасног тржишта (без трансакцијских трошкова). Вид. Z. Goshen, „The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing-Theory Meets a Reality“, *California Law Review* 91/2, 399–407.

⁴⁸ Лични интерес постоји ако је матично друштво, директор матичног друштва или члан његове породице: а) уговорна страна у правном послу са зависним друштвом, б) у финансијском односу са лицем из правног посла или радње које закључује уговор са зависним друштвом или које има финансијске интересе у том послу или радњи, по основу којих се разумно може очекивати да утичу на његово поступање супротно интересу зависног друштва и в) под контролним утицајем стране из правног посла или радње или лица које има финансијски интерес у правном послу или радњи, тако да се основано може очекивати да утичу на његово поступање супротно интересу зависног друштва. Вид. ЗОПД, чл. 34.

⁴⁹ ЗОПД, чл. 33.

⁵⁰ *Ibid.*, чл. 362.

поставити да су све трансакције које укључују лични интерес матичног друштва или његовог директора штетне по зависно друштво. Потпуна забрана оваквих послова може да има превелику цијену – губитак многобројних ефикасних и корисних послова.⁵¹ Стога смо мишљења да не треба унапријед забранити све послове из сукоба интереса, већ успоставити адекватне механизме који ће омогућити да се јасно разграниче штетни послови од оних који то нису, те да се само ови други не допусте. Препорука је да се и на друштва повезана капиталом примјењују правила о одобрењу правног посла из сукоба интереса, али уз одређене модификације. Наиме, општим правилима је предвиђено да одобрење дају незаинтересовани чланови надлежног органа друштва, и то: у друштву са ограниченом одговорношћу одобрење даје скупштина, већином гласова чланова који немају лични интерес; у акционарском друштву одобрење дају чланови управног одбора који немају лични интерес, већином гласова, а у случају да таква већина не постоји онда већином гласова акционара који немају лични интерес.⁵² У упоредном праву, у државама које примјењују систем одобрења се углавном прихвата да у акционарским друштвима, у правилу, одобрење дају незаинтересовани чланови органа управљања, а не незаинтересовани акционари на скупштини јер је њено сазивање за сваку овакву трансакцију компликовано, споро (нарочито када су у питању трансакције које доносе корист само ако се предузму без одлагања) и узрокује превелике трошкове. Препорука Европског форума за корпоративно управљање о односима са повезаним лицима је да се послови који су уобичајени или предузети по тржишним условима уопште не одобравају, а да се „значајнији послови“ који износе изнад 1% од вриједности имовине одобравају од стране незаинтересованих чланова управног одбора, док је за оне који прелазе 5% потребно одобрење већине акционара који немају лични интерес.⁵³ Ипак, ту је потребно бити опрезан, јер матично друштво може да користи свој положај у друштву на штету мањинских акционара и кроз низ „микро“ трансакција у којима има лични интерес које појединачно нису значајне, али би заједно биле⁵⁴ и премашиле наведене прагове. Одобрење од стра-

⁵¹ Z. Goshen, 401.

⁵² ЗОПД, чл. 35, ст. 1, тач. б) и в)

⁵³ Statement of the European Governance Forum on Related Party Transactions for Listed Entities, 10 March 2011 - Препорука Европског форума за корпоративно управљање о пословима са повезаним лицима, наведено према Т. Ј. Петровић, 261.

⁵⁴ Ronald J. Gilson, Jeffrey N. Gordon, „Controlling Controlling Shareholder“, *The University of Pennsylvania Law Review* 152/785, 793. О томе више вид. Organisation for Economic Co-operation and Development, „Self-dealing Transactions and Minority Shareholder Protection“, *OECD Publishing* 2012, 22, <https://www.oecd.org/daf/ca/50089215.pdf> 10. 4. 2017.

не незаинтересованих чланова управног одбора је веома проблематично у односима матичног и зависног друштва узимајући у обзир утицај матичног друштва на њихов избор и разрјешење.⁵⁵ Чак и они наизглед незаинтересовани директори могу фактички бити у сукобу интереса јер их уобичајено бира матично друштво од чије воље зависи и њихов опстанак на тој позицији. Стога се у теорији среће мишљење да би у овом случају требало на незаинтересоване директоре који одобравају посао из сукоба интереса пребацити терет доказивања да је њихово одобрење разумно и засновано на потпуним информацијама.⁵⁶ У литератури се истиче и велики значај независних директора у одборима, који би требало да буду гарант да ће извршни органи приликом доношења одлука у довољној мјери узимати у обзир интересе мањинских акционара, односно да ће онемогућити контролног акционара да злоупотреби своју доминанту позицију на штету друштва и осталих акционара.⁵⁷ Ипак, велики је проблем постићи истинску независност независних директора када и њихова позиција зависи од воље матичног друштва. Рјешење које нам се чини прихватљивим је институт независног „мањинског директора“, односно омогућавање мањинским акционарима који држе одређен проценат акција друштва да именују једног или више „својих“ независних директора који би представљали и штитили њихове интересе у одбору.⁵⁸ Међутим, поред свих ових проблема, у Републици Српској појам независних директора није усклађен са препоруком о улози неизвршних или надзорних директора у листираним компанијама и комисијама (надзорних) одбора.⁵⁹

⁵⁵ Т. Ј. Петровић, 263.

⁵⁶ Bernard Black at al., „Comparative Analysis on Legal Regulation of the Liability of Members of the Management organs of Companies“, *European Corporate Governance Institute, Working Paper Series in Law* 103/2008, 77.

⁵⁷ В. Радовић „Пут ка независном управном одбору“, *Правни живот* 12/2008 (20086), 85. Вид. Klaus Hopt, „Conflict of Interest, Secrecy and Insider Information of Director-A Comparative Analysis“, *European Company and Financial Law Review* 10/13, 187.

⁵⁸ Maria Gutierrez Urriaga, Maribel Saez, „Deconstructing Independent Director“, *European Corporate Governance Institute-Law Working Paper* 186/2012, 22. Тако у Италији и Израелу мањински акционари имају механизам да предложе и директно изаберу независне директоре, вид. Organisation for Economic Co-operation and Development, „Self-dealing Transactions and Minority Shareholder Protection“, *OECD Publishing* 2012, 12.

⁵⁹ Вид. ЗОПД, чл. 301, ст. 3. и Commission Recommendation of 15 February 2005 on the role of non-executive or supervisory directors of listed companies and on the committees of the (supervisory) board (2005/162/EC), Official Journal of the European Union L52/51 - Препорука о неизвршним директорима, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32005H0162> 31.03.2017.

Матично друштво и његови директори су везани и забраном конкуренције зависном друштву, али је прихваћена могућност искључења те забране на основу одобрења надлежног органа друштва.⁶⁰

Повреда дужности пажње, избјегавања сукоба интереса и забране конкуренције друштву коју учини матично друштво или директор матичног друштва, даје зависном друштву право на накнаду штете (уколико је штета наступила). Право на накнаду штете, поред самог друштва, може, за рачун друштва, остварити и члан/акционар који држи најмање 5% основног капитала друштва (деривативна тужба).⁶¹ Овдје морамо скренути пажњу да је тешко очекивати да ће само зависно друштво покренути тужбу против матичног друштва или његових директора јер они могу искористити свој контролни утицај да блокирају такву одлуку. Стога је значај деривативне тужбе нарочито наглашен у односима између повезаних друштава, али је њен домет вишеструко ограничен. Прије свега, подизање тужбе је ограничено капитал цензусом од 5% и обавезом претходног подношења захтјева друштву да подигне тужбу по том основу те непостојањем непосредног интереса мањинских акционара за подизање тужбе, јер успех у спору значи непосредну корист за друштво, а тек посредну за тужиоца и друге акционаре. Стога би требало размислити о подстицајним механизмима за директан интерес тужиоца за подизање деривативне тужбе, попут признавања права на одређен проценат од накнаде која ће у случају успјеха у спору припасти акционарском друштву.⁶² Ипак, најзначајнији ограничавајући фактор је обавеза предујма трошкова поступка и обавеза сношења трошкова од стране тужиоца у случају неуспјеха у спору. Стога је препорука да трошкове поступка сноси само друштво, али да се обезбиједи право регреса према мањинским акционарима који су намјерно или из крајње непажње поднијели неосновану тужбу.⁶³

Поред деривативне тужбе, сваки члан/акционар је овлашћен да поднесе индивидуалну тужбу за накнаду штете коју му је проузроковао контролни члан/акционар повредом својих дужности према друштву,⁶⁴

⁶⁰ ЗОПД, чл. 36.

⁶¹ *Ibid.*, чл. 37, у вези са чл. 362.

⁶² М. Васиљевић, *Корпоративно управљање – Правни аспекти*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2007, 252.

⁶³ Д. Јурић, „Право мањинских дионичара на подношење тужбе у име дионичког друштва против чланова управе и надзорног одбора“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци* 28(1)/2007, 39.

⁶⁴ ЗОПД, чл. 40.

што значи да је успостављена директна одговорност контролног акционара/члана према акционарима зависног друштва, али не и директна одговорност управе контролног друштва.

Поред права на накнаду штете, у случају повреде правила о сукобу интереса и забране конкуренције, ЗОПД признаје зависном друштву: право да се послови које матично друштво или његови директори изврше за свој рачун признају као послови извршени за рачун зависног друштва; право да се зависном друштву преда сваки новчани износ који је остварен од послова који су обављени за њихов рачун; право да се зависном друштву уступе сва потраживања која произлазе из посла извршеног за њихов рачун, и то без обзира на то да ли је зависно друштво од тога имало штету.⁶⁵ Ово сматрамо добрим рјешењем, с обзиром на то да ће у великом броју случајева бити тешко доказати штету, а нарочито узрочну везу између штетне радње и посљедице.

Закључак

Анализом посебних одредаба компанијског права које се односе на привредна друштва повезана капиталом, уочили смо да проблем постоји већ у самом појму повезаних привредних друштава, а нарочито његовом најважнијем елементу – контроли. Одредбе које се односе на одговорност матичног друштва и његових директора су, с једне стране престроге (јер није омогућено одобравање правног посла из сукоба интереса), а са друге стране имају бројне мањкавости које умањују ефикасност и стварну примјенљивост правила о одговорности (нпр. институт деривативне тужбе). Транспарентност као један од најважнијих превентивних механизма заштите, такође, није адекватно регулисана. Наиме, обавеза обавјештавања о стицању квалификованог капитал учешћа је везана тек за стицање својства контролног члана/акционара, а одредбе о извјештају о посебним односима зависног и матичног друштва који сачињава управни одбор зависног друштва не посвећују довољно пажње садржају тог извјештаја. С обзиром на све наведено, можемо закључити да су анализиране одредбе у великој мјери недосљедне, непотпуне и да нису у складу са рјешењима која су у овој области прихваћена у Европској унији и сусједним земљама, због чега је потребно да законодавац у наредном периоду посвети више пажње овом питању како би одредбе о повезаним

⁶⁵ *Ibid.*, чл. 37.

друштвима заиста обезбиједиле заштиту зависног друштва, мањинских акционара/чланова и повјерилаца, али и олакшале функционисање повезаних привредних друштава.

Irena Radić, LL.M.

**Doctoral student at the Faculty of Law
of the University in Belgrade (Commercial Law studies)**

COMPANIES LINKED BY CAPITAL SHARE IN COMPANY LAW OF REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

In this article, the author analysis special company law rules on affiliated companies, in particular rules relating to companies linked by capital share, respectively whether these rules can achieve their primary goal – to protect subsidiary company, its shareholders/members and creditors. Namely, numerous corporate scandals and misuse of this form of business organization have induced the author to review the existing regulation in this field, and to point out its imperfections and inconsistencies through the analysis of these specific rules. Also, through a comparative analysis the author will make certain recommendations for the further development of company law rules relating to affiliated companies.

Key words: *Affiliated companies, protective law, control, controlling member or shareholder, group, concern, holding, disclosure to dependent company, consolidated annual, liability of controlling company and directors, derivative lawsuit.*

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 категоричу у следеће 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 следеће 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”, Веселина Маслеше 28/1, 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
Драгиша Благић

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.