

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Број 55/2018

Година XV

ISSN: 1840-0272

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ



БАЊА ЛУКА, 2018.

Година XV

Број 55/2018

ПРАВНА РИЈЕЧ



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 Симоновић, 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, Ирена Мојовић, Церард Селман,
проф. др Радомир Лукић, проф. др Љубинко Митровић, Милош Комљеновић

НАУЧНИ ОДБОР:

Академик проф. др Рајко Кузмановић, предсједник Удружења правника Републике Српске, Академија наука и умјетности Републике Српске (*БиХ*) предсједник; академик проф. др Слободан Перовић, Удружење правника Републике Србије (*Србија*), члан; академик Игор Леонидович Трунов, Руска академија природних наука (*Русија*), члан; академик проф. др Владо Камбовски, Академија наука и умјетности Македоније (*Македонија*), члан; академик проф. др Снежана Савић, Уставни суд Републике Српске (*БиХ*), члан; академик проф. др Миодраг Симоновић, Уставни суд Босне и Херцеговине (*БиХ*), члан; академик проф. др Витомир Поповић, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци (*БиХ*), члан; проф. др Жељко Мирјанић, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци (*БиХ*) члан; проф. др Миле Дмичић, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци (*БиХ*) члан; проф. др Душко Медић, Уставни суд Републике Српске (*БиХ*), члан; проф. др Никола Мојовић, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци (*БиХ*), члан; проф. др Мирјана Рађеновић, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци (*БиХ*), члан; проф. др Марко Рајчевић, Уставни суд Републике Српске (*БиХ*), члан; проф. др Љубинко Митровић, Омбудсман Босне и Херцеговине (*БиХ*), члан; проф. др Милан Шкулић, Правни факултет Универзитета у Београду (*Србија*), члан; проф. др Добросав Миловановић, Правни факултет Универзитета у Београду (*Србија*) члан; проф. др Маринко Учур, Правни факултет Свеучилишта у Риједи (*Хрватска*), члан; проф. др Жељко Бартуловић, Правни факултет Свеучилишта у Риједи (*Хрватска*), члан; проф. др Драгана Дамјановић, Економски факултет Беч (*Аустрија*), члан; проф. др Драго Радуловић, Правни факултет Подгорица (*Црна Гора*), члан; проф. др Вид Јакулин, Универзитет у Љубљани (*Словенија*), члан

Часопис „Правна ријеч“ излази два пута годишње.

СЈЕДИШТЕ РЕДАКЦИЈЕ ЧАСОПИСА

Ул. Веселина Маслеше бр. 28/1, Бања Лука, Телефон/факс:051/212-320

www.udruzenjpravnika.org

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

Удружење правника Републике Српске 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 О ПРЕДМЕТУ ЗАЛОЖНОГ ПРАВА	11
Проф. др Миодраг Орлић ПРАВО КАО ПУТ КА ПРАВДИ – СТУДИЈА О ДВА СУЂЕЊА О ЈЕДНОМ ЖИВОТНОМ ДОГАЂАЈУ	35
Проф. др Драган Боланча ПРАВНО УРЕЂЕЊЕ ХИПОТЕКЕ НА БРОДУ У РЕПУБЛИЦИ ХРВАТСКОЈ	65
Проф. др Илија Бабић ПОЈАМ СЛУЖБЕНОСТИ И ЊИХОВ ПРЕСТАНАК ЛИБЕРАТОРНОМ УЗУКАПИЈОМ	79
Проф. др Мирослав Лазић Доц. др Ивана Симоновић ПРИНЦИПИ СОЦИЈАЛНОГ СТАНОВАЊА И КОРИСНИЦИ СТАМБЕНЕ ПОДРШКЕ	99
Проф. др Гордана Станковић СУПСИДИЈАРНА КУМУЛАЦИЈА ТУЖБЕНИХ ЗАХТЕВА	119
Проф. др Ранка Рачић ПРАВНЕ ПОСЉЕДИЦЕ ЗАБИЉЕЖБЕ ИЗВРШЕЊА У ЈАВНУ ЕВИДЕНЦИЈУ О ПРАВИМА НА НЕПОКРЕТНОСТИ	135
Проф. др Владимир Чоловић РЕОСИГУРАЊЕ КАО ИНСТРУМЕНТ ЗАШТИТЕ ОСИГУРАВАЧА	149
Проф. др Генц Трнавци РЕФОРМА РЕГИОНАЛНИХ ЗАКОНА О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА МОДЕЛИРАНИХ ПРЕМА ВЕРЗИЈИ ИЗ 1978. ГОДИНЕ:	

ОЧУВАТИ УЛОГУ СУРОГАТА ГРАЂАНСКЕ КОДИФИКАЦИЈЕ И
ACQUIS COMMUNAUTAIRE ЗА ЗЕМЉЕ БИВШЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ169

Проф. др Дарко Радић
Дејан Пилиповић, мср
МОДЕЛИ РЕПАРАЦИЈЕ ШТЕТЕ НАСТАЛЕ УСЉЕД ПОПЛАВА.....187

Проф. др Раденко Јотановић
Босилка Чубриловић
КОНСТИТУТИВНО VERSUS ДЕКЛАРАТИВНО ДЕЈСТВО
УПИСА У ЈЕДИНСТВЕНУ ЕВИДЕНЦИЈУ (КАТАСТАР)
НЕПОКРЕТНОСТИ.....215

Проф. др Слободан Станишић
ПРЕДУГОВОРНА ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ
(*Culpa in contrahendo*)233

Проф. др Владимир Козар
РАСКИД И НИШТАВОСТ УГОВОРА О КРЕДИТУ СА ВАЛУТНОМ
КЛАУЗУЛОМ У ПРАКСИ СУДОВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ.....257

Доц. др Димитрије Ђеранић
УСВОЈЕЊЕ ПУНОЉЕТНИХ ЛИЦА.....285

Мр Борислав Јеличић
УРЕЂЕЊЕ МЕЂА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ305

Мр Ђемалудин Мутапчић
БРАЧНА СТЕЧЕВИНА У ВЕЗИ СА НАЧЕЛОМ ПОВЈЕРЕЊА
У ЗЕМЉИШНЕ КЊИГЕ У ЗАКОНОДАВСТВУ
И ПРАВНОЈ ПРАКСИ323

Ђорђе Димитријевић
ФИКЦИЈА ДОСТАВЕ ТУЖБЕ У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ347

ПРИВРЕДНОПРАВНА ОБЛАСТ

Проф. др Марко Рајчевић
КОНВЕРЗИЈА ДУГА У ВЛАСНИЧКИ УДИО.....365

Проф. др Данче Манолева Митровска Мр Владимир Митровски САСТАВЉАЊЕ И ОДОБРАВАЊЕ ПЛАНА РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА	383
Проф. др Мирјана Кнежевић Горан Павловић АНАЛИЗА ЕФЕКТА ЗАКОНА О УЛАГАЊИМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	399
Проф. др Мирослав Милосављевић Јелена Милосављевић, мср БЛАНКО МЕНИЦА – ПРИМЕРИ ЊЕНЕ ЗЛОУПОТРЕБЕ У ПРАВНОЈ И ПОСЛОВНОЈ ПРАКСИ.....	417
Др Катица Томић ПРАВНИ ОКВИР ЗА ЗАШТИТУ ОСОБНИХ ПОДАТАКА У ПОСЛОВИМА БАНКООСИГУРАЊА	433
Мр Војо Павичић Зоран Гвозденовић О НЕКИМ ПИТАЊИМА ПРОБЛЕМАТИКЕ ИМОВИНСКО-ПРАВНИХ ОДНОСА У СТЕЧАЈУ	453
Николина Мишчевић АКТИВНА ЛЕГИТИМАЦИЈА ЗА ПОБИЈАЊЕ ПРАВНЕ РАДЊЕ ДУЖНИКА ИЗВАН СТЕЧАЈА: НОВЧАНО (И НЕНОВЧАНО) ПОТРАЖИВАЊЕ	481
МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ОБЛАСТ	
Академик проф. др Борис Кривокапић О ДЕФИНИСАЊУ АГРЕСИЈЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ	501
Проф. др Валерија Шаула МОГУЋИ ПРОБЛЕМИ У ПРИМЈЕНИ МЕЂУНАРОДНИХ ИЗВОРА (МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ) ПРАВА	521
Проф. др Љиљана Мијовић МИГРАНТИ У БиХ – ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА У ОДНОСУ НА КОЛЕКТИВНО ПРОТЈЕРИВАЊЕ СТРАНАЦА	541

Проф. др Предраг Цветковић ПРАВНИ АСПЕКТИ ЈАВНО-ПРИВАТНОГ ПАРТНЕРСТВА: ИЗМЕЂУ ХИЈЕРАРХИЈСКОГ И ТРЖИШНОГ ДИСКУРСА	557
Доц. др Јелена Теранић ПОВРЕДА ЖИГА НА САЈТОВИМА ЗА ПРЕТРАЖИВАЊЕ – ПРЕДМЕТ ROSETTA STONE V. GOOGLE –	575
Др Олга Јовић Прлаиновић СУРОГАЦИЈСКИ АРАНЖМАНИ СА ПРЕКОГРАНИЧНИМ ДЕЈСТВОМ	593
Ђурђа Боланча mag, iur НАКНАДА ШТЕТЕ НАСТАЛЕ ПОВРЕДОМ ПРАВА ТРЖИШНОГ НАТЈЕЦАЊА.....	611
Др Урош Здравковић КОНТРАМЕРЕ У ПРАВНОМ СИСТЕМУ СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ	631

ГРАЂАНСКОПРАВНА ОБЛАСТ

O PREDMETU ZALOŽNOG PRAVA

Prof. dr Duško Medić*

Apstrakt: *Predmet (objekat) založnog prava može biti svaka pokretna i nepokretna stvar koja se nalazi u prometu i koja ima imovinsku vrijednost ocijenjenu po objektivnom prometnom mjerilu. Pored stvari, založnim pravom može biti opterećeno i pojedinačno određeno imovinsko pravo iz koga povjerilac može da namiri svoje potraživanje. Svaka stvar ili pravo koji po svojim osobinama mogu da posluže onom cilju koji se zalogom želi postići, mogu biti predmetom zaloge. Založno pravo može postojati samo na zalogu koji je dovoljno određen.*

Ključne riječi: *predmet založnog prava, stvar, pravo, imovinska vrijednost, namirenje.*

Uvod

Pravo obezbjeđenja potraživanja u cijelom svijetu doživljava pravu ekspanziju.¹ Obezbjedenje potraživanja predstavlja jedan od osnovnih uslova za stvaranje pravne sigurnosti i povjerenja, te podsticanje ulaganja u privredu jedne države.² Poznato je da su realna (stvarnopravna) sredstva obezbjeđenja potraživanja u praksi mnogo efikasnija u zaštiti ugovarača od ličnih (obligacionopravnih),³ jer se kod realnog obezbjeđenja garanci-

* Ustavni sud Republike Srpske, Краља Алфонса XIII 11, Бања Лука, Факултет правних наука Паневропског универзитета „Apeiron“ Banja Luka, e-mail: dusko.medic@ustavnisud.org

¹ D. Medić, *Pravo obezbjeđenja potraživanja*, Banja Luka, 2013, str. 7.

² Zbog svog značaja obezbjeđenje potraživanja se u pojedinim zemljama posmatra kao posebna grana prava. O značaju obezbjeđenja potraživanja v. N. Tešić, *Registrovana zaloga*, Beograd, 2007, str. 41–58.

³ Još uvijek je aktuelno i važi staro rimsko pravilo: “Plus coutionis in re est, quam in persona” – veća je garancija u stvari nego u licu – Pomponius, u *Digesta*, 50.17.25.

ja postiže predmetom koji svojom vrijednošću odgovara za isplatu duga.⁴ Najvažnija realna forma obezbjeđenja potraživanja je založno pravo na osnovu koga povjerilac ima ovlaštenje da tuđu stvar ili pravo unovči (ako dužnik ne isplati dug do dospelosti) i na taj način ostvari zadovoljenje svoje tražbine.⁵ Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske (ZSP)⁶ založnom pravu posvećuje posebnu pažnju i shodno novim opredjeljenjima reguliše ga dosta opširno.⁷ Ovaj rad se bavi analizom uslova koje mora da ispunjava određena stvar ili pravo da bi mogli poslužiti kao predmet založnog prava.

Predmet založnog prava

Predmet (objekat) založnog prava može biti svaka pokretna i nepokretna stvar⁸ koja se nalazi u prometu i koja ima imovinsku vrijednost ocijenjenu po objektivnom prometnom mjerilu. Pored stvari, založnim pravom može biti opterećeno i pojedinačno određeno imovinsko pravo iz koga povjerilac može da namiri svoje potraživanje. Pravilo je da na istom predmetu može da postoji neograničen broj založnih prava koja mogu pripadati različitim vrstama. Kod nas postoji slobodan izbor predmeta založnog prava, s tim što oni moraju ispuniti određene propisane uslove.⁹ Od određenja funkcije založnog prava zavisi i odgovor na pitanje koji predmeti mogu izvršiti ovu funkciju. Svrha založnog prava nije samo u tome da se osigura potraživanje povjerioca, već prevashodno u tome da se omogući namirenje iz založene stvari prije ostalih povjerilaca ako mu potraživanje ne bude plaćeno o roku dospelosti, a to podrazumijeva otuđenje založene stvari. Nema založnog prava bez ovlaštenja

⁴ O prednostima realnog obezbjeđenja v. Lazić, M., *Prava realnog obezbjeđenja*, Niš, 2009, str. 65–70.

⁰ tendencijama u razvoju realnih sredstava obezbjeđenja v. M. Lazić, „Tendencije u razvoju realnih prava obezbjeđenja“, *Pravni život*, br. 11/09, str. 719–737.

⁵ O založnom pravu opširno: N. Gavella, *Založno pravo*, Zagreb, 1992; D. Medić, *Založno pravo*, Banja Luka, 2002.

⁶ “Službeni glasnik RS” br. 124/08, 58/09, 95/11 i 60/15.

⁷ Članovi 139–185 ZSP-a.

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

⁸ Ovdje može da se postavi pitanje da li je predmet založnog prava stvar ili pravo svojine na stvari. Međutim, pošto to nema praktičnog značaja, o tome ovom prilikom nećemo šire elaborirati. Vid. M. Lazić, *Sadržina hipoteke*, magistarska teza, Pravni fakultet Niš, 1994, str. 6.

⁹ Zbog siromašnog legislativnog jezika teško se može potpuno i precizno odrediti koja se sve pravna dobra mogu pojaviti kao mogući predmeti založnog prava. U uporednom pravu ipak postoje i drugačija rješenja. Primjera radi, u francuskom pravu postoji numerus clausus objekata zaloge, ustanovljen nizom posebnih zakona.

založnog povjerioca da svoje zalogom obezbijedeno potraživanje namiri iz vrijednosti založene stvari.

Da bi neka stvar mogla poslužiti kao zalog, mora biti podobna da bude predmet stvarnih prava i prikladna za unovčenje (prinudno izvršenje), te ne smije biti vezana za ličnost dužnika.¹⁰ Založiti se mogu samo stvari u prometu (res in commercio).¹¹ Stvari van prometa (res extra commercium) ne mogu biti predmet ovog prava.¹² One stvari koje su u ograničenom prometu mogu da budu zalog, ako ta ograničenja prometnosti ne isključuju svaku mogućnost namirivanja osigurane tražbine.¹³ Izuzetno, nesposobnost stvari za promet ne mora da bude smetnja da one bude objektom nekog založnog prava. Naime, stvari i prava mogu davati i neke koristi koje imaju vrijednost u novcu, pa se založni povjerilac može namirivati i iz njih i u tom slučaju prodaja te stvari nije nužna.

Svaka stvar koja po svojim osobinama može da posluži onom cilju koji se zalogom želi postići, može biti predmetom zaloge. Ustanova generalnih hipoteka iz rimskog prava odavno je napuštena i ne postoji u savremenim pravima.¹⁴ Potencijalni kreditori u ovakvim slučajevima ne bi znali koji je stvarni obim imovine dužnika, pa bi se uzdržavali od novih kredita. Založno pravo može postojati samo na zalogu koji je dovoljno određen, shodno načelu specijalnosti. Ovo načelo, kao tekovina razvoja založnog prava, zahtijeva da budu individualizovani i dovoljno određeni i predmet založnog prava i potraživanje koje ovo pravo osigurava. Koristi od načela specijalnosti su očigledne. Time se postiže veća sigurnost ne samo za založnog povjerioca i dužnika, već i za sva treća lica. Zbog toga neke vrijedne stvari ne mogu da posluže u tu svrhu. Međutim, potpuno precizna individualizacija predmeta je često dosta nepraktična, pa ovo načelo u praksi trpi mnoge modifikacije i predmeti opterećenja se sada mogu definisati dosta široko što utiče na slabljenje intenziteta zaštite. Pravo obezbjeđenja, pod određenim uslovima, dopušta i zalaganje budućih stvari.¹⁵ U tom slučaju založno pravo nastaje kada zalagodavac stekne pravo svojine na stvari. Ukoliko se radi o generičnim stvarima, one se moraju individualizovati da bi mogle biti predmet založnog prava. U tom

¹⁰ O stvarima podobnim za zalaganje v. N. Tešić, „O predmetu založnog prava“, *Pravni život*, br. 10/03, str. 116–122.

¹¹ O prometnosti stvari v. N. Gavella i I. Gliha, *Uvod u stvarno pravo*, Zagreb, 1991, str. 93.

¹² G. Galev, „Stvari, hartije od vrednosti, prava (obligaciona i druga) i trgovačka društva kao predmet zaloge“, *Pravni život*, br. 10/06, str. 508.

¹³ Vid. N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, *Stvarno pravo*, Svezak drugi, Zagreb, 2007, str. 148.

¹⁴ Kod ovakvog zalaganja postoji opasnost od tzv. skrivenih zaloga.

¹⁵ O tome: N. Tešić, *Registrovana zaloga* str. 139–142.

slučaju ove stvari se u pravnom prometu ponašaju kao individualno određene stvari. Granice opterećenog dobra postoje kao svojevrstan okvir u okviru koga povjerilac može namiriti svoje potraživanje.¹⁶

Ako je riječ o pokretnim stvarima,¹⁷ u zalogu se daju individualno određene i, u pravilu, nepotrošne pokretne stvari. Ipak, izuzetno ugovorne strane mogu ugovoriti da predmet zaloge bude potrošna stvar koju će zalogoprimac potrošiti uz obavezu da vrati istu vrstu i količinu stvari. To je slučaj tzv. iregularne zaloge (*pignus irregulare*). Smatramo da je ovakav oblik ručne zaloge prihvatljiv i u našem pravu. Plodovi založene stvari dok su spojeni s njom obuhvaćeni su zalogom, kao i pripadnosti te stvari. Pokretnine koje su izuzete od izvršenja radi zaštite izvršenika mogu biti predmet ugovornog (dobrovoljnog) založnog prava,¹⁸ što je sasvim opravdano kada se ima u vidu njegova pravna priroda. Izvršenik ima pravo da dobrovoljno založi bilo koju svoju stvar u željenom obimu. Dobrovoljnim zasnivanjem založnog prava založni dužnik se odriče zaštite koju mu pružaju pravila o izuzeću odnosno ograničenju izvršenja.

Nepokretnosti kao objekti obezbjeđenja ponovo dobijaju na značaju, prije svega zbog njihove vrijednosti.¹⁹ Stvar može biti nepokretnost po svojoj prirodi (prirodna nepokretnost) ili može biti nepokretnost po volji zakonodavca ((tzv. zakonska nepokretnost). Kod zakonske nepokretnosti radi se o fizički pokretnoj stvari (npr. brod, vazduhoplov) koja je u pravu kvalifikovana kao nepokretnost.²⁰ Prema ZSP-u nepokretnosti su čestice zemljišne površine zajedno sa svim onim što je sa zemljištem trajno spojeno na površini ili ispod nje, ako zakonom nije drugačije određeno.²¹ Zbog sigurnosti povjerioca u praksi se zalažu one nepokretnosti čija je vrijednost veća od iznosa potraživanja.²² Založno pravo se odnosi na cijelu nepokretnost, na njene neodvojene plodove, kao i na druge sastavne dijelove i pripatke. Ako se opterećena nepokretnost podijeli, založno

¹⁶ Založno pravo na generičkim stvarima, u stvari, upravljeno je na njihovu novčanu vrijednost, a ne na određene stvari..

¹⁷ To su one stvari koje se mogu premjestiti sa jednog mjesta na drugo bez promjene njihove suštine – član 6 st. 3 ZSP-a.

¹⁸ Član 117 Zakona o izvršnom postupku Republike Srpske (ZIP).

¹⁹ O nepokretnostima kao predmetu obezbjeđenja v. D. Medić, „Nekretnine kao objekt hipoteke u pravu Republike Srpske“, u: *Reforma i funkcionisanje pravnog sistema u Republici Srpskoj*, Zbornik radova, Banja Luka, 2003, str. 105–119; D. Klepić, *Hipoteka kao realno sredstvo obezbeđenja tražbine prema dužniku*, Beograd, 2004, str. 62–67.

²⁰ J. Šogorov Vučković, *Pravo zaloge kod ugovora o kreditu*, Novi Sad, 2014, str. 74.

²¹ Član 6 st. 2 ZSP-a. Vid. i član 14 ZSP-a.

²² „Zalogodavac ne može svoje protivljenje uknjižbi ugovorenog prava zaloga na nekretninama temeljiti na činjenici da je vrijednost založenih stvari veća od vrijednosti zalogoprimčevog potraživanja osiguranog tim pravom zaloga” – Vrhovni sud Hrvatske, Rev-58/80 od 27.11.1980, R. Petaković, *Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima sa sudskom praksom*, Beograd, 1990, str. 61.

pravo nastavlja da opterećuje sve njene dijelove. U principu, objekat ovog prava na nepokretnostima su zemljišta i trajne zgrade (zgrade izgrađene s namjerom da trajno ostanu tamo gdje su podignute). Razumljivo je da pojedini sastavni dijelovi nepokretnosti ne mogu biti predmetom založnog prava, jer predmet izvršenja može biti samo nepokretnost kao cjelina (ili njen suvlasnički dio).²³ Prema zemljišnoknjižnom pravu objekat hipoteke je zemljišnoknjižno tijelo u cjelini.²⁴ Ovo tijelo se sastoji od jedne ili više katastarskih parcela, zajedno sa trajnom zgradom (zgradama) na njima, koje se nalaze u istoj katastarskoj opštini i koje pripadaju istom licu. Svako zemljišnoknjižno tijelo upisuje se u poseban zemljišnoknjižni uložak. Ako se hipotekom želi opteretiti samo jedna ili više parcela, ali ne sve, treba izvršiti njihovo izdvajanje iz zemljišnoknjižnog tijela i upis u novi zemljišnoknjižni uložak ili pripis preostalih parcela u zemljišnoknjižni uložak koji već postoji.²⁵

Zbog određenih ideoloških barijera mnoge nepokretnosti su ranije bile isključene kao potencijalni objekti hipoteke, a zalaganje nepokretnosti u društvenoj svojini od jednog ka drugom pravnom subjektu, koji je takođe bio u društvenoj svojini, bilo je gotovo bez smisla. Založno pravo na nepokretnostima, logično, nije moglo doći do izražaja u uslovima nesvojinskog koncepta društvene svojine, ograničavanja privatne svojine i napuštanja tržišnih zakonitosti privrede i kredita. U tim uslovima eliminisane su tekovine pravne civilizacije i pravo je u ovoj oblasti bilo pretvoreno u neku vrstu svoje suprotnosti.²⁶ Reformom stvarnog prava i sveobuhvatnom izmjenom odredaba o hipoteci, stvoreni su uslovi da se gotovo sve nepokretnosti mogu koristiti u svrhu obezbjeđenja. Pogotovo ovdje imamo u vidu gradsko građevinsko zemljište koje je do nedavno bilo neiskorišteni potencijal, a takvo zemljište je sigurno najatraktivnije za namirenje založnih povjerilaca.²⁷ U socijalizmu

²³ Vid. član 69 st. 1 ZIP-a.

Pravilima izvršnog postupka prihvaćeno je načelo jedinstva nepokretnosti – v. R. Račić, *Izvršno procesno pravo*, Banja Luka, 2009, str. 99.

²⁴ O tome: I. Babić, *Založno pravo (stvarnopravno obezbjeđenje potraživanja)*, u: „Primena novih zakona u oblasti privrede, pravosuđa i radnih odnosa“, Zbornik radova sa savetovanja održanog na Zlatiboru 23–26. 2. 2005. godine, Novi Sad, 2005, str. 23.

²⁵ Republika Srpska je 2012. godine donijela Zakon o premjeru i katastru Republike Srpske, čijim stupanjem na snagu je prestao da važi Zakon o zemljišnim knjigama Republike Srpske (ZZK). Članom 189 tog zakona propisano je da će se do dana osnivanja katastra nepokretnosti koristiti i održavati zemljišna knjiga u skladu sa odredbama ZZK.

²⁶ D. Medić, *Novo stvarno pravo Republike Srpske* (treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje), Banja Luka, 2018, str. 212–213.

²⁷ Zakonom o građevinskom zemljištu Republike Srpske iz 2006. godine propisano je da gradsko građevinsko zemljište može biti u državnom i privatnom vlasništvu, ukinuta su sva prava korišćenja, a izvršena je i potpuna denacionalizacija neizgrađenog građevinskog zemljišta. Ovaj zakon je prestao da važi (osim člana 44) stupanjem na snagu Zakona o uređenju prostora i građenju iz 2013. godine.

gotovo zaboravljeno, založno pravo na nepokretnostima se u današnje vrijeme sve više koristi u praksi i kao sredstvo obezbjeđenja potraživanja značajno doprinosi sigurnosti i ubrzanju savremenog pravnog prometa, a istovremeno ima i ogroman ekonomski značaj. Uz ovo založno pravo često se vezuje hipotekarni kredit koji predstavlja krvotok tržišne privrede.²⁸ Razvoj hipotekarnog tržišta (primarnog i sekundarnog) je pokazatelj razvoja društva.²⁹ Povratak starom rimskom načelu superficies solo cedit i ponovno uspostavljanje pravnog jedinstva nepokretnosti, te ažuriranje stanja u javnim evidencijama³⁰ treba da doprinese još većem korišćenju nepokretnosti kao objekata založnog prava.³¹

Kod osiguranja prinudnim zasnivanjem založnog prava na nepokretnostima, radi zaštite dužnika, predmet hipoteke ne mogu biti one nepokretnosti koje su izuzete od izvršenja – poljoprivredno zemljište u površini do 5000 m², ali se to ograničenje ne primjenjuje ukoliko se radi o ugovornom (dobrovoljnom) založnom pravu,³² jer je sloboda raspolaganja bitna karakteristika privatne svojine. Predmet zalaganja ne mogu biti ni nepokretnosti koje su posebnim zakonom isključene iz pravnog prometa, jer se iz njih ne može vršiti namirenje.³³

Ozbiljan problem kod zasnivanja hipoteke u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovini uopšte predstavlja veliki broj neuknjiženih nepokretnosti, pa je ograničen interes za njihovo zalaganje.³⁴ Neuknjižene nekretnine su, nažalost, kod nas još uvijek pravilo, a ne izuzetak. Moderno pravo obezbjeđenja

²⁸ O tome: P. Simonetti, „Hipoteka (objekt, obujam, sticanje)“, *Zakonitost*, br. 9–10/90, str. 1114.

²⁹ O hipotekarnom tržištu v. N. Todorović, *Hipotekarno tržište i sklonost ka refinansiranju*, Kragujevac, 2006;

G. Juhas, *Hipotekarno tržište*, Beograd, 2008.

O hipotekarnom tržištu u SAD i Evropi v. S. Miletić, *Hipotekarni krediti i hipotekarne hartije u razvijenim zemljama i zemljama u tranziciji*, Beograd, 2004, str. 25–112.

³⁰ Članom 1 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o stvarnim pravima (“Službeni glasnik RS” br. 95/11) propisano je da se riječ “zemljišna knjiga” zamjenjuje sa terminom “javna evidencija” u cijelom tekstu zakona.

³¹ Vid. M. Lazić, „Značaj javnog registra za hipoteku“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1–6/00, str. 222–245.

³² Član 79 ZIP-a.

³³ Posebni zakoni za određene nepokretnosti određuju da se ne mogu otuditi iz javne svojine, pa zbog toga one ne mogu biti predmet obezbjeđenja. Npr. članom 97 st. 1 Zakona o šumama Republike Srpske iz 2008. godine propisano je da je zabranjena prodaja i drugi načini otuđivanja šuma i šumskog zemljišta u svojini Republike.

³⁴ U BiH su zemljišne knjige prema austrijskom modelu uvedene 1884. godine. Razlozi neažurnosti zemljišnih knjiga kod nas su višestruki. U nekim dijelovima one nikada nisu ni ustrojene, dio je uništen u Drugom svjetskom ratu i nije adekvatno obnovljen, dio je uništen i tokom rata na ovim prostorima 1992–1995. godine, a i rješenja stvarnog prava predviđaju određene načine sticanja prava bez upisa u javnu knjigu.

nastoji da obuhvati što više nepokretnosti, ali bi bilo pogrešno da se to uradi zalaganjem onih koje nisu upisane, već upravo povećanjem obima uknjiženih nepokretnosti. U izvršnom postupku sada je otežano izvršenje na neuknjiženim nepokretnostima,³⁵ ali i pored toga za to i dalje postoji interes banaka.³⁶ Početkom rada notara ovaj problem je još više potenciran, jer notari moraju da garantuju za sigurnost transakcije. Takva hipoteka ne nudi dovoljnu sigurnost i sigurno je da je treba izbjegavati.³⁷ U praksi su se već pokazali negativni efekti ovakvog zalaganja. Pravo rješenje je što brže uspostavljanje javne evidencije na svim područjima i njeno ažuriranje tamo gdje ona već postoji.

Sasvim razumljivo je da predmet založnog prava može da bude i novac, iako se radi o potrošnoj stvari. Zalaganje novca, kao generičkih i zamjenljivih stvari, predstavlja specifično založno pravo koje je različito od uobičajenog. Novac može biti predmet zaloge i to bilo da se određena suma novca posebno izdvoji, bilo da se iz novčane mase založi određeni iznos.³⁸ Ako se novac kao opšta stvar individualizuje i transformiše, kao objekat založnog prava se ne razlikuje od ostalih stvari. Strana valuta kao generična stvar takođe može biti predmet založnog prava. Po prestanku založnog prava, založni dužnik može tražiti da mu založni povjerilac vrati iznos valute koju mu je predao na ime zaloga.³⁹ Ovdje treba imati u vidu da je gotovinski novac stvar, a da je bezgotovinski novac potraživanje. Založena stvar mora imati prometnu vrijednost da bi se postigao poslovni cilj (kauza) odnosno svrha založnog prava,⁴⁰ što je i logično, jer u protivnom založni povjerilac ne bi mogao da realizuje svoje potraživanje. Zbog toga predmeti veoma male vrijednosti, koji samo za vlasnika imaju tzv. afekcionu vrijednost, ne bi mogli biti adekvatan objekat zaloge.⁴¹ Ako bi se, polazeći od principa autonomije volje, takvi predmeti ipak ugovorili, ta zaloga bi bila samo sredstvo pritiska na dužnika da izvrši svoju ugovornu obavezu.

³⁵ Vid. član 113 ZIP-a.

Ovdje je teret ažuriranja javne knjige prenesen na povjerioca. No, efikasnost izvršnog postupka time ne bi smjela da bude ugrožena, a u ovom slučaju je upravo tako.

³⁶ O zalaganju neuknjiženih nepokretnosti v. M. Povlakić, *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009, str. 265–277.

³⁷ Tako i M. Povlakić, „Stvarnopravno osiguranje kredita u BiH“, u: *Stvarnopravna uređenja tranzicijskih zemalja – stanje i perspektive*, Zagreb, 2009, str. 251–252.

³⁸ Savezni sud, Gzs. 32/74 od 11.9.1974, B. Vizner, *Komentar Zakona o vlasničkopравnim odnosima*, Zagreb, 1980, str. 382.

³⁹ Vrhovni sud BiH, Rev-756/87 od 18.2.1988, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine, br. 2/88, odl. 32.

⁴⁰ D. Babić, *Založno pravo na nepokretnim i pokretnim stvarima i pravima i evidencija zaloge i tražbine*, Beograd, 2008, str. 22–23.

⁴¹ Vid. Lj. Đurović, „Ugovor o ručnoj zalozi“, *Pravni život*, br. 9–10/93, str. 1127.

Predmet zaloge može biti i suvlasnički, alikvotni dio pokretne i nepokretne stvari ili prava.⁴² Suvlasnik svoj idealni dio može dati u zalog bez saglasnosti ostalih suvlasnika.⁴³ Kao sopstvenik dijela, suvlasnik je ovlašćen da u pogledu njega preduzima akte koji znače raspolaganje sa stvari, a to obuhvaća i mogućnost otuđenja i opterećenja. Suvlasnički dio stvari se u pravnom prometu smatra samostalnom stvari i ima pravnu sudbinu nezavisnu od sudbine cijele stvari, a može biti i samostalnim predmetom izvršenja.⁴⁴ Izvršenjem na suvlasničkom dijelu nepokretnosti jednog od suvlasnika nije povrijeđeno načelo jedinstvenosti nepokretnosti.⁴⁵ Do toga bi došlo da je izvršenje određeno samo na nekoj od čestica upisanih u jednom ulošku. Ako suvlasnik, čiji je suvlasnički dio založen, stekne i ostale dijelove zajedničke stvari, ne nastaje automatsko protezanje založnog prava na stečene dijelove te stvari. U praksi se prodaja suvlasničkog dijela pokazala dosta neefikasnom zbog toga što u određenim slučajevima postoji zakonsko pravo preče kupovine (npr. suvlasnici etažne svojine, porodične zgrade⁴⁶), pa kreditori često zahtijevaju da i ostali suvlasnici založe svoje suvlasničke dijelove. Ukoliko je predmet zaloga cijela stvar koja je u suvlasništvu, za osnivanje zaloga je potrebna saglasnost svih suvlasnika, jer se radi o poslovima vanrednog upravljanja.⁴⁷

Predmet založnog prava može biti i stvar ili pravo na kojoj postoji zajednička svojina dva ili više lica čiji dijelovi nisu određeni ni idealno ni realno, ali su određivi.⁴⁸ Ova svojina postoji u više mogućih oblika od kojih svaki ima specifičnu pravnu strukturu, ali svi oni imaju određene zajedničke karakteristike. U slučaju postojanja zajedničke svojine svi zajedničari moraju dati saglasnost za davanje stvari ili prava u zalog.⁴⁹ Ovdje pravo svojine pripada svim imaocima zajedno, bez obzira na to što udjeli nisu određeni. Zbog toga akt raspolaganja ne pripada nikome pojedinačno, nego svim zajedničarima zajedno.

⁴² O susvojini v. V. Šeparović, „Suvlasništvo“, *Zakonitost*, br. 9–10/90, str. 981–994; V. Stanišić, „Pravo susvojine na nepokretnim stvarima“, *Pravni život*, br. 10/95, str. 299–307; D. Lazarević, „Susvojina“, *Pravni život*, br. 10/03, str. 37–62; I. Babić, „Susvojina – pojam, vršenje i upravljanje“, *Pravna riječ*, br. 24/10, str. 47–62.

⁴³ Član 146 st. 2 ZSP-a.

⁴⁴ Vid. član 69 st. 2 ZIP-a.

⁴⁵ O izvršenju na suvlasničkom dijelu v. član 69 st. 3–9 ZIP-a.

⁴⁶ Član 90 st. 1 i 7 ZSP-a.

⁴⁷ Član 32 st. 1 ZSP-a.

⁴⁸ O zajedničkoj svojini v. M. Bosiljčić, *Zajednička svojina*, doktorska disertacija, Beograd, 1965; M. Bosiljčić, „Zajednička svojina“, u: *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Beograd, 1978, knjiga III, str. 830–846; Đ. Bjegović, „Zajedničko vlasništvo – posebno o imovinskim odnosima u braku“, *Zakonitost*, br. 9-10/90, str. 995–1008; Ž. Anđelković, *Prilozi za stambeno pravo i ekologiju*, Beograd, 2010, str. 15–16; V. Belaj, „O zajedničkom vlasništvu“, *Pravna riječ*, br. 32/12, str. 131–145.

⁴⁹ Član 146 st. 3 ZSP-a.

Zato se ovaj institut razlikuje od drugih oblika svojine sa više lica, kao npr. od susvojine ili etažne svojine. Kad je sa suvlasničkim dijelom nepokretnosti povezana svojina posebnog dijela nepokretnosti (etažna svojina), predmet založnog prava je suvlasnički dio nepokretnosti s kojim je povezana svojina posebnog dijela zajedno sa svim sporednim dijelovima na koje se proteže svojina posebnog dijela nepokretnosti.⁵⁰ I pravo građenja može biti predmet založnog prava,⁵¹ jer je ono u pravnom pogledu izjednačeno s nepokretnošću.⁵² Založno pravo koje je teretilo pravo građenja, nakon prestanka tog prava tereti naknadu koju je vlasnik zemljišta dužan licu čije je pravo građenja prestalo.⁵³ Pravo nadogradnje je podvrsta prava građenja, pa iz toga proizilazi da se može hipotekarno založiti. Zaloga na pravu nadogradnje prelazi na nadograđeni dio nepokretnosti i na pravo susvojine na nepokretnosti.⁵⁴

Imovina kao skup imovinskih prava ne može biti objekt zalaganja,⁵⁵ jer je to protivno načelu specijalnosti založnog prava. Založiti se mogu samo pojedine stvari i prava koja pripadaju određenoj imovini. Predmet založnog prava ne mogu biti ni opšta dobra,⁵⁶ s obzirom na to da ona ne mogu biti objekat prava svojine i drugih stvarnih prava. Takođe, predmet zaloge ne može biti ni rudno blago, objekti, naoružanje i oprema za potrebe oružanih snaga i policije, kao ni novčana sredstva osigurana za te namjene, jer ne mogu biti predmet izvršenja.⁵⁷ Postavlja se pitanje da li koncesija, kao pravo obavljanja privrednih djelatnosti korišćenjem javnih dobara, prirodnih bogatstava i drugih dobara od opšteg interesa i objekti napravljeni na ovim dobrima, mogu biti predmet zalaganja? Zakon o koncesijama Republike Srpske⁵⁸ propisuje da se na imovini u svojini koncesionara, koja je u direktnoj funkciji obavljanja koncesione djelatnosti, može uz prethodnu saglasnost Komisije za koncesije i koncedenta, osnovati založno pravo samo u korist finansijskih organizacija, a u cilju obezbjeđenja potraživanja tih organizacija u skladu sa ugovorom o kreditu zaključenim u svrhu sprovođenja ugovora o koncesiji.⁵⁹ Svojina nosioca koncesije su

⁵⁰ Vid. član 80 st. 1 ZSP-a.

⁵¹ Vid. član 291 st. 2 ZSP-a.

Vid. P. Simonetti, *Hipotekarno zalaganje nekretnina i prava građenja*, u: Zbornik radova „Zaštita vjerovnika“, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1994, str. 1–16; R. Jotanović, *Pravo građenja*, magistarska teza, Beograd, 2006, str. 149–159.

⁵² Član 286 ZSP-a.

⁵³ Član 301 st. 2 ZSP-a.

⁵⁴ Član 302 st. 5 ZSP-a.

⁵⁵ V. Spaić, *Stvarno pravo*, treće, dopunjeno i izmijenjeno izdanje, Sarajevo, 1962, str. 302.

⁵⁶ Član 7 st. 1. ZSP-a.

⁵⁷ Vid. član 7 ZIP-a.

⁵⁸ “Službeni glasnik RS” br. 59/13.

⁵⁹ Član 43 Zakona o koncesijama.

samostalne nepokretnosti koje predstavljaju zgrade, građevine ili naprave na opštem ili javnom dobru koje su od njega pravno odvojene koncesijom.⁶⁰ Svrha toga je da se omogući koncesionaru korišćenje njihovom imovinskom vrijednošću. Ovdje bi trebalo propisati (kao i kod prava građenja) da se ove nepokretnosti upisuju u poseban knjižni uložak, kako bi se mogli tretirati kao samostalni objekti stvarnih prava u pravnom prometu.

Inače, potrebe za kreditom i njegovim osiguranjem su u uporednom pravu značajno proširile krug objekata koji služe za potrebe garancije. Jedan od pravaca reforme sistema obezbjeđenja potraživanja je bio dovodenje u funkciju što većeg broja predmeta koji imaju imovinsku vrijednost (određene imovinske cjeline, npr. skladišta robe⁶¹) i ta tendencija je došla do izražaja u većini zakonodavstava.⁶² Time je bitno proširen krug, prevashodno pokretnih stvari, koje mogu biti objekti osiguranja i stvorena je široka lepeza, gotovo neograničen broj predmeta koji u tu svrhu mogu poslužiti.⁶³ Poslovna praksa je sve kreativnija u pronalaženju novih i prilagođavanju postojećih predmeta kao sredstava obezbjeđenja. Suština je da ti predmeti budu dovoljno individualizovani da se ne naruši jedno od temeljnih načela pripadanja stvari licima – načelo specijalnosti (određenosti). Nema sumnje da na nečemu što ne zadovoljava ovaj uslov ne mogu da postoje bilo kakva stvarna prava, pa ni založno pravo. Napuštanje načela specijalnosti je povezano sa značajnim pravnim posljedicama po sigurnost založnih povjerilaca. U uporednom pravu interesantno je spomenuti ustanovu „floating charge“ - tzv. „lebdeće“ založno pravo koja je nastala u engleskom pravu. Riječ je o bezdržavinskom sredstvu obezbjeđenja, ali ne isključivo na pokretnim stvarima. Predmet opterećenja je ovdje sadašnja i buduća imovina jednog privrednog društva što uključuje pokretne i nepokretne stvari, prava i čitav niz nematerijalnih dobara, kao npr. poslovni ugled. Sastav opterećenog dobra se mijenja iz dana u dan, u okviru redovnog poslovanja. Faktički, na ovaj način se opterećuje sva sadašnja i

⁶⁰ Član 7 st. 4 ZSP-a.

⁶¹ Ovdje se stalno dešavaju promjene sastava, jer permanentno ulaze i izlaze pojedini elementi.

⁶² Primjera radi, u Slovačkoj je 1. 1. 2003. godine stupila na snagu Novela Građanskog zakonika kojom je na novi način uređeno založno pravo, s ciljem da se podstakne proces kreditiranja. Prema toj noveli, svaki objekat građanskopravnih odnosa može biti založen. Tako se, između ostalog, mogu založiti stvari, prava, imovinske vrijednosti, ukupnost stvari, preduzeće ili njegov dio, itd. Zalag se u založnom ugovoru može odrediti po vrsti ili rodu na način da ga je moguće tek naknadno individualizovati, tokom cijelog trajanja založnog prava. O tome opširno: J. Lazar, „Modernizacija založnog prava u Slovačkoj”, u: *Stvarnopravna uređenja tranzicijskih zemalja – stanje i perspektive*, Zagreb, 2009, str. 217–232.

⁶³ U uporednom pravu apsolutni trend su bezdržavinska sredstva obezbjeđenja potraživanja na pokretnim stvarima. Cilj je uspostaviti založno pravo na pokretnim stvarima koje će ostvarivati publicitetnu funkciju. Pignus je u praksi sve manje u upotrebi.

buduća komponenta imovine jednog poslovnog subjekta.⁶⁴ „Floating charge“ u ovim slučajevima lebdi kao oblak nad imovinom zalagodavca.⁶⁵ Na kojim se predmetima prostire „floating charge“ utvrđuje se u trenutku kada povjerilac stiže pravo prinudnog namirenja. Određivanje definitivnog reda prvenstva odgađa se do momenta kristalizacije, koji se, u pravilu, povezuje za dužnikovo zakašnjenje s isplatom. Kristalizacijom se definitivno utvrđuje imovina kojom je potraživanje osigurano.⁶⁶ U američkom pravu donošenjem člana 9. UCC-a počela je nova faza u osiguranju potraživanja na pokretnim stvarima i pravima dužnika. Prema tom članu security interest se može osnovati na cjelokupnoj dužnikovoj ličnoj imovini (personal property), a ona obuhvata sve ono što nije real property (nepokretnosti). Predmet osiguranja potraživanja naziva se collateral. Security interest se može osnovati i na naknadno stečenoj imovini, koja ne postoji u vrijeme sklapanja ugovora. Odredba o tome treba biti sadržana u ugovoru (security agreement).⁶⁷ Evropska banka za obnovu i razvoj je ponudila Model zakon o osiguranju potraživanja koji je kompilacija rješenja engleskog floating charge-a i američkog security interest-a⁶⁸ i koji je trebao poslužiti kao uzor pri izradi nacionalnih propisa, ali on nije bio dovoljno prilagođen kontinentalnoj pravnoj tradiciji, pa nije u potpunosti opravdao svoju svrhu. Prema Model zakonu može se osigurati jedno ili više sadašnjih ili budućih⁶⁹ potraživanja, skup potraživanja i uslovno poraživanje. Osiguranje potraživanja može opteretiti jednu ili više stvari ili prava,⁷⁰ a predmet se može odrediti pojedinačno (specific charge) ili uopšteno (class charge). Ne postoji obaveza da se sve što se nalazi u imovini popiše ili obilježi. Pod uticajem ovog Model zakona neke države su predvidjele mogućnost zalaganja preduzeća,⁷¹ ali to nije apsolutno prihvaćen model zalaganja. Inače, zalaganje preduzeća kao cjeline stvari i imovinskih prava (universitas rerum et iuris) u uporednom pravu izaziva posebnu pažnju. Tu se radi o vrlo sofisticiranoj formi obezbjeđenja za čije funkcionisanje mora biti ispunjeno mnogo zakonskih pretpostavki koje trebaju biti detaljno propisane. Dopuštanje da preduzeće kao cjelina bude predmet prava osiguranja svakako proširuje listu predmeta založnog prava,

⁶⁴ O tome: W. J. Gough, *Company Charges*, London, 1978, str. 63.

⁶⁵ Vid. R. M. Goode, *Commercial law*, London, 1982, str. 728; E. Čulinović Herc, *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika*, Rijeka, 1998, str. 78–80.

⁶⁶ Vid. R. M. Goode, *Legal problems of credit and security*, London, 1988, str. 74.

⁶⁷ Izuzetak predstavlja potrošačka roba iz člana 204 (1) UCC-a.

⁶⁸ Predviđa se ustanova enterprise charge.

⁶⁹ Kod osiguranja budućih potraživanja postoji obaveza označavanja najvišeg iznosa.

⁷⁰ Član 5 Model zakona.

⁷¹ Npr. Švedska, Finska, Ruska Federacija, Ukrajina, Poljska itd.

Primjera radi, u švedskom i finskom pravu hipoteka opterećuje aktivu preduzeća u cjelosti.

ali u sebi nosi mnogo protivrječnosti i složenih pitanja, posebno u pogledu namirenja, na koja nije lako dati precizan odgovor.⁷² „Lebdeće obezbjeđenje“ na imovini privrednog društva uzrokuje mnogo problema, pa je dobro da ga naš zakonodavac posebno ne predviđa, jer bi u našem pravnom sistemu bilo zaista teško provodivo.

Založnim pravom može biti opterećeno i pojedinačno određeno imovinsko pravo iz koga povjerilac može da namiri svoje potraživanje, osim ako zakonom nije drugačije određeno.⁷³ Subjektivno imovinsko pravo na kome je uspostavljeno založno pravo je pravno izjednačeno sa stvarima, pa se na njega primjenjuju odredbe koje vrijede za pokretne ili nepokretne stvari. Založno pravo se ograničava na takva prava koja predstavljaju imovinsku vrijednost (mogu se unovčiti) i koja se u cilju unovčenja mogu odvojiti od svog titulara i prenijeti na drugo lice.⁷⁴ Dakle, pored toga što moraju imati vrijednost koja je određena ili određiva, mora se raditi i o pravu u prometu, odnosno prenosivom, samostalnom pravu prikladnom za namirenje povjerioca.⁷⁵ Neprenosiva prava ne mogu biti predmet zalaganja.⁷⁶ Tako se ne mogu zalagati lična i statusna prava, kao ni stvarne i lične službenosti (osim vršenja prava plodouživanja), pravo na izdržavanje i prava koja su priznata određenom licu s obzirom na njegova lična svojstva. Naravno, za zalaganje je potrebno i da titular tim pravom može slobodno raspolagati. U pravnoj teoriji neki autori za zalaganje navode i uslov djeljivosti prava, a pod tim se podrazumijeva mogućnost da se ovlašćenje unovčenja može izdvojiti iz sadržine prava i prenijeti na povjerioca.⁷⁷

Pred pravnu teoriju se, inače, postavilo vrlo interesantno pitanje: kako je moguće da prava budu objekat nekih drugih prava? Dugo se smatralo da predmet založnog prava mogu biti samo stvari. Međutim, već odavno nema dileme da se i prava mogu zalagati pod određenim uslovima. Sporna je i

⁷² Vid. E. Čulinović Herc, *Zalaganje imovine trgovačkih društava – engleski floating charge i enterprise charge. Model zakona o osiguranju potraživanja Europske banke*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 45, br. 1/95, str. 93–121.

⁷³ Član 139 st. 3 ZSP-a.

⁷⁴ O tome: D. Medić, “Neki aspekti založnog prava na pravima”, *Pravna riječ*, br. 2/04, str. 257–270; B. Babić, “Založno pravo na pravima”, *Pravo i privreda*, br. 5–8/04, str. 943–953; *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, knjiga II, glavni redaktor S. Perović, Beograd, 1995, str. 1591–1595; V. Belaj, “Založno pravo na pravu”, u: *Zaštita vjerovnika – stvarnopravno, obveznopravno i ovršnopravno osiguranje tražbina*, Zagreb, 2005, str. 229–248; V. Vrhovšek i V. Kozar, “Obezbeđenje potraživanja zalogom na pravima”, *Pravni život*, br. 10/15, str. 463–475.

⁷⁵ Vid. D. Milenović, „Zaloga na pokretnim stvarima u našem i uporednom pravu“, *Pravni život*, br. 5/83, str. 635.

⁷⁶ Ž. Perić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1920, str. 242.

⁷⁷ Vid. npr. D. Stojanović, *Stvarno pravo*, Beograd, 1980, str. 235.

pravna priroda založnog prava na pravima i po kojim pravilima treba tumačiti založno pravo na pojedinim pravima.⁷⁸ No, mada u pogledu ovoga postoje kontroverzni stavovi, kada se ima u vidu praktični interes dobijanja kredita, sasvim je logično da zakonodavci u mnogim zemljama dozvoljavaju da lice koje traži kredit može kao obezbjeđenje založiti svu svoju imovinu, pa tako i imovinska prava u njoj.⁷⁹ Dakle, pored pokretnih i nepokretnih stvari, dozvoljava se i zalaganje prenosivih imovinskih prava svih vrsta, potraživanja (nije od značaja pravni osnov potraživanja),⁸⁰ prava inkorporisanih u vrijednosnim papirima,⁸¹ prava intelektualne svojine,⁸² prava licence,⁸³ udjela u određenim privrednim društvima, vršenja prava plodouživanja (ne zalaže se stvar na kojoj je ustanovljeno plodouživanje)⁸⁴ i tome slično. Plodouživanje nije prenosivo i nije u pravnom prometu, ali je moguće založiti njegovo vršenje - iskorištavanje. Slično je i sa autorskim pravom, gdje se ličnoppravna komponenta ne može prenositi ni zalagati, ali je imovinskopravna komponenta dobar objekat za zalaganje. Za zasnivanje založnog prava na potraživanju od značaja je odredba Zakona o obligacionim odnosima (ZOO) kojom je propisano da se ne mogu ustupiti potraživanja čiji je prenos zabranjen zakonom ili koja su vezana za ličnost povjerioca ili koja se po svojoj prirodi protive prenošenju na drugoga.⁸⁵ Potraživanja koja se zalažu mogu dospjevati za naplatu odjednom ili periodično, npr. penzija, plata, zakupnina, kamata, potraživanja po osnovu naknade štete i tome slično. U pravnoj nauci se, inače, ističe da raspolaganje potraživanjima uključuje tri moguća načina: otuđenje, ustupanje u

⁷⁸ Danas je opšteprihvaćena stvarnopravna priroda založnog prava na pravima.

O pravnoj prirodi založnog prava na potraživanjima i drugim pravima šire: M. Denišlić, *Pravna priroda zalaganja prava*, magistrarski rad, Pravni fakultet Beograd, 1988, str. 60-78.

⁷⁹ Ovo poznaju i sva moderna građanska prava. Npr. Njemački građanski zakonik reguliše tu materiju u par. 1273-1296, Švajcarski građanski zakonik u članovima 899-906, Grčki građanski zakonik u članovima 1247-1256, itd.

⁸⁰ Vid. V. Kozar, „Zaloga na potraživanjima i drugim pravima“, u: *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Beograd, 2011, str. 217-228.

⁸¹ Vid. npr. D. Simić, „Zalaganje akcija“, *Pravo i privreda*, br. 5-8/00, str. 223-230.

⁸² Vid. N. Planojević i S. Varga, „Konstituisanje ugovornog založnog prava na pravima intelektualne svojine“, *Pravni život*, br. 10/12, str. 627-642; T. Vicković, *Založno pravo na patentima - zastupljenost u praksi i ekonomski efekti realizacije*, u: Zlatiborski dani prava, Promene u pravnom sistemu, Zlatibor, 16-19. mart 2009, Novi Sad, str. 168-179.

⁸³ Tada je, u stvari, predmet zaloge prihod od tih prava, isto onako kao i kod potraživanja – v. A. Gams u saradnji sa M. Petrovićem, *Osnovi stvarnog prava*, osmo izdanje, Beograd, 1980, str. 146.

⁸⁴ Vid. član 234 st. 2 ZSP-a.

O tome: T. Rajčević, „Hipoteka na plodouživanju“, u: *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Beograd, 2005, str. 77-81.

O ličnim službenostima u funkciji obezbjeđenja i namirenja potraživanja v. M. Lazić, *Lične službenosti*, Niš, 2000, str. 162-164.

⁸⁵ Član 436 ZOO-a.

cilju obezbjeđenja i zalaganje.⁸⁶ Interesantno pitanje je da li se može založiti svakodnevno saldo potraživanje po žiro računu, jer je to založno pravo po svojim pravnim učincima bliže obligacionom nego stvarnom pravu, iako se radi o stvarnom pravu. Ovdje se mora imati u vidu da je to potraživanje žiralni, bezgotovinski novac. Založni povjerilac da bi se namirio u ovom slučaju mora steći i pravo založnog dužnika da njegovoj banci u periodu namirenja da nalog za doznakom ili gotovinskom isplatom.⁸⁷ Zalog na tekućem računu je po svojoj prirodi vrsta zalog na potraživanju dužnika. Predmet ovog zalog a čini jedno ili više novčanih potraživanja dužnika kao imaoca tekućeg računa prema banci koja taj račun vodi. Razumljivo je da potraživanje treba da bude dovoljno određeno.⁸⁸ Potraživanje iz bankarske garancije se takođe može založiti i to kao buduće potraživanje, pošto potraživanje iz nje još nije nastalo. Ova mogućnost postoji kako za obične („akcesorne”), tako i za bankarske garancije „na prvi poziv” ili „bezprigovora” („samostalne”).⁸⁹ Založno pravo se može osnovati i na pravima vezanim za uslov ili rok s tim što sudbina založnog prava zavisi od njihovog nastupanja. Bitno je samo da se radi o određenom i prenosivom pravu. Isto tako, ono se može osnovati i na pravima koje založni dužnik ima prema založnom povjeroicu, što je čest slučaj u bankarstvu. Iako pojedine vrste založnog prava na pravu imaju različitu pravnu osnovu nastanka, ipak između njih postoje i određene sličnosti. Nijedna vrsta založnog prava na pravu nema jaču pravnu snagu od drugog oblika tog prava, pa redosljed namirenja zavisi od mjesta u prvenstvenom redu. Različitost u prirodi prava koja se daju u zalog otvara mnogo spornih pitanja koja nesumnjivo zahtijevaju preciznije uređenje.

Između ovog prava i založnog prava na pokretnim stvarima postoje značajne sličnosti, ali i bitne razlike, što je uslovljeno prirodom onoga što se zalaže.⁹⁰ Vrlo interesantan je i odnos založnog prava na pravima i cesije, jer se radi o institutima koji predstavljaju prekoračenje relativnog dejstva ugovora odnosno pravila da ugovor stvara prava i obaveze samo za ugovorne strane.⁹¹ Između njih ima mnogo sličnosti, ali i znatnih razlika.⁹² Založno pravo

⁸⁶ N. Tešić, *Prodaja i prenos potraživanja*, Beograd, 2012, str. 26.

⁸⁷ O tome šire: P. Miladin, “Zalaganje svakodobne saldo tražbine po žiro računu”, u: *Liber amicorum Nikola Gavella*, Građansko pravo u razvoju, Zagreb, 2007, str. 317–366.

⁸⁸ Vid. M. Radović, “Predmet zaloge na tekućem računu”, *Pravo i privreda*, br. 7-9/16, str. 62–80.

⁸⁹ M. Živković, “O mogućnosti zalaganja potraživanja iz bankarske garancije i sredstava na tekućim računima upisom u registar zaloge”, u: *Razvoj Pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU*, Prilozi Projektu 2011, Beograd, 2012, str. 233.

⁹⁰ O poređenju založnog prava na pravima i ručne zaloge v. Z. Rašović, *Založno pravo na pokretnim stvarima*, Podgorica, 1992, str. 82–85.

⁹¹ Ugovor cedenta i cesionara proizvodi određena dejstva i za cesusa, a ugovor o zalaganju ima dejstvo i na dužnika.

⁹² O tome opširno: M. Denišlić, “Odnos založnog prava na potraživanjima i cesije”, *Godišnjak*

na pravu se ne zasniva cesijom ili drugim poslom prenosa. Razvoj tržišnih odnosa i nove forme kredita aktuelizuju postojanje založnog prava na pravima kao prihvatljivog sredstva obezbjeđenja i nesumnjivo opravdavaju njegovu sve češću primjenu u praksi. Posebno će razvoj finansijskog tržišta, koji je i uslov za uspješno poslovanje bankarskog sistema, dovesti do mnogo većeg korišćenja hartija od vrijednosti kao sredstva obezbjeđenja potraživanja.⁹³

Pripadnosti stvari su njeni dijelovi, pripaci, priraštaj i neodvojeni plovovi. Svi dijelovi složene stvari nalaze se u međusobnoj funkcionalnoj vezi i čine pravnu cjelinu. Pravo svojine na stvari, inače, nužno se prostire na sve njene potpuno inkorporisane dijelove. Kad neko ima stvarno pravo na stvari, ima ga i na svim njenim pripadnostima. Sa zalogom su opterećene i sve njegove pripadnosti,⁹⁴ ako nešto drugo nije zakonom određeno,⁹⁵ jer neke pripadnosti mogu biti samostalan predmet založnog prava. Pripadak (pertinencija) obuhvata nepotpuno inkorporisane dijelove koji se od glavne stvari mogu odvojiti bez oštećenja. Svojstvo pripatka može imati samo fizički samostalna pokretna stvar.⁹⁶ Funkcija pripatka je opredijeljena namjenom glavne stvari i ta namjena određuje prostorni odnos između tih stvari. Pripadak i glavnu stvar spaja funkcionalna veza. Pripadak potpada pod isti pravni režim samim dovođenjem u funkcionalnu vezu sa glavnom stvari. Po pravilu, zajedno sa glavnom stvari zalažu se i njeni pripaci, odnosno one sporedne stvari čija je ekonomska namjena da trajno služe glavnoj stvari i u takvom su prostornom odnosu sa njom koji odgovara toj namjeni. Kada se ima u vidu da pripadak u pravnim odnosima dijeli sudbinu glavne stvari, onda je to svakako razumljivo. Između glavne stvari i pripatka postoji odnos zavisnosti, tako da je upotreba glavne stvari nemoguća ili bitno otežana bez upotrebe pripatka. Stoga opterećenje glavne stvari obuhvata i pripadak, osim ako su strane izričito odredile da pripadak nije predmet opterećenja.⁹⁷

Pravnog fakulteta u Sarajevu XXXI 1983, Sarajevo 1984, str. 37–56; M. Denišlić, “Založno pravo na potraživanju u poređenju s cesijom”, *Pravni život*, br. 1/85. Vid. i D. Stojanović i B. Pavićević, *Pravo obezbeđenja kredita*, Beograd, 1997, str. 189.

⁹³ I prije donošenja ZOO naše pravo poznavalo je institut založnog prava na pravu. Ta vrsta zaloge bila je predviđena Uredbom o organizaciji i radu Saveznog ureda za patente od 20. 5. 1953. godine, kao i Zakonom o patentima i tehničkim unapređenjima od 2. 11. 1960. godine (izmjene i dopune od 11. 7. 1962. godine). Po ovim propisima zaloga na patentu i licenci sticala se upisom zaloga u registar patenata i licenci.

⁹⁴ Prilikom utvrđivanja na koje se pripadnosti proteže založno pravo na stvari relevantno je stanje stvari i pripadnosti u momentu namirenja osiguranog potraživanja, ako nije drugačije dogovoreno.

⁹⁵ Član 139 st. 6 ZSP-a.

⁹⁶ Član 11 ZSP-a.

Vid. D. Stojanović i O. Antić, *Uvod u građansko pravo*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2004, str. 386.

⁹⁷ U odnosu na treća lica to isključenje će djelovati samo ako su ta lica to znala ili morala znati.

Priraštaj je ono što se trajno sjedinilo s drugom stvari i postalo njen sastavni dio. On dijeli pravnu sudbinu te stvari. Zato je sa zalogom opterećen i priraštaj založene stvari kao njen sastavni dio. Trajna zgrada podignuta na zemljištu je sastavni dio zemljišta, pa se hipotekarno zalaže zajedno sa zemljištem odnosno hipoteka koja opterećuje zemljište proteže se i na zgradu. Ako se proširi založena zgrada ili nadogradi poseban dio zgrade, a gradnja se naslanja na dio koji je založen, hipoteka se proširuje i na taj dio. Ista situacija je i sa obnovljenom (adaptiranom) zgradom. Ukoliko je zbog pregradnje, kao voljnog akta vlasnika, prvobitna zgrada izgubila svoj pravni identitet i postala novi objekat, smatramo da je i nova zgrada objekat hipoteke, jer ovlašćenje da vlasnik može raspolagati založenom nepokretnošću ne smije dovesti do prestanka hipoteke.⁹⁸ Vlasnik, inače, ne smije činiti nešto što bi ugrozilo vrijednost nepokretnosti opterećene hipotekom.⁹⁹ Založno pravo tereti i sve ono što je nakon osnivanja tog prava postalo pripadnost zemljišta.¹⁰⁰ To je odstupanje od načela specijalnosti u odnosu na predmet zaloge kojim se povećava sigurnost povjerioca. U slučaju propasti zaloga i njegove zamjene određenim pravom¹⁰¹ založno pravo ostaje i dalje na tom pravu.¹⁰² Ovo je svakako opravdano i dovodi do bolje zaštite povjerilaca u raznovrsnim životnim situacijama.¹⁰³ Pravičnost zahtijeva da na ovim pravima i dalje postoji založno pravo i time se svakako pojačava zaštita založnih povjerilaca i tom pravu daje onaj značaj koji ono zaista i zaslužuje. Ovdje dolazi do realne subrogacije, promjene objekta u građanskopravnom odnosu kojim se ne mijenja priroda tog odnosa. Realna subrogacija obezbjeđuje kontinuitet u pravnim odnosima. U tim slučajevima prava i dužnosti založnog povjerioca će se zbog promjene vrste založnog prava razlikovati od onih koje je on imao u pogledu ranijeg zaloga. Inače, ekstenzivnost, odnosno proširenje dejstva založnog prava, čini njegovu bitnu odliku i prihvaćena je u svim pravnim sistemima. Bilo je poželjno da se ovaj princip, čija primjena u praksi uvijek izaziva dosta dilema, što detaljnije razradi.¹⁰⁴ Pored predmeta založnog prava,¹⁰⁵ ekstenzivnost se može posmatrati i u odnosu na obezbjeđeno potraživanje.

⁹⁸ Tako i P. Simonetti, *Hipoteka (objekat, obujam, sticanje)*... str. 1121.

⁹⁹ Vid. član 165 ZSP-a.

¹⁰⁰ Npr. založno pravo tereti i zgradu koja je izgrađena na založenom zemljištu.

¹⁰¹ Pravo na naknadu, na iznos osiguranja itd.

¹⁰² Vid. član 141 stav 7 ZSP-a.

¹⁰³ Slično rješenje predviđeno je i u par. 1127 Njemačkog građanskog zakonika.

¹⁰⁴ Primjera radi, Njemački građanski zakonik posvećuje tome čak 12 paragrafa (1120–1131).

¹⁰⁵ U pravnoj teoriji ekstenzivnost u pogledu predmeta se razmatra u užem i širem smislu. Ekstenzivnost u užem smislu odnosi se na jedinstvo glavne i sporedne stvari, a ekstenzivnost u širem smislu znači prostiranje založnog prava i na sva naknadna poboljšanja stvari, kako prirodna tako i vještačka.

Plodovi su koristi koje nastaju od neke stvari.¹⁰⁶ Kakve plodove stvar može davati, zavisi od njenih osobina. Plodovi mogu biti prirodni i civilni. Sa zalogom su opterećeni i prirodni plodovi koji su dio plodonosne stvari do trenutka njihovog odvajanja. Neodvojeni plodovi ne mogu biti samostalan objekat založnog prava. Civilni plodovi ne proizilaze iz stvari nego ih određena stvar daje na osnovu nekog pravnog odnosa vlasnika sa drugim licem.¹⁰⁷ Najčešće se ispoljavaju u novcu, a izuzetno u obliku drugih stvari. To su periodični prihodi kod kojih važnu ulogu ima momenat dospelosti, za razliku od prirodnih plodova gdje je ključni trenutak odvajanja. Civilne plodove mogu davati kako stvari koje su podobne da daju plodove u prirodnom obliku, tako i stvari koje ne daju takve plodove. Založno pravo koje postoji u pogledu matične stvari u pravilu se proteže i na odvojene civilne plodove. Međutim, pravo na civilne plodove može da bude i predmet samostalnog zaloga,¹⁰⁸ što je sasvim razumljivo. Bitno je da objekat založnog prava ispunjava opšte uslove koji se za to traže, a prihvativši nešto kao zalog za osiguranje svog potraživanja, povjerilac preuzima rizik eventualne prinudne naplate. U tom kontekstu logično je da i pravo na ove plodove može biti adekvatan zalog za namirenje povjerioca.

Predmet založnog prava mogu biti i civilni plodovi koje nepokretnost daje na osnovu nekog pravnog posla.¹⁰⁹ Radi se o naknadi za uživanje te nepokretnosti. Ovo založno pravo, u pravilu, tretira se kao hipoteka na nepokretnosti, tereti nepokretnost kao cjelinu, ali se potraživanja namiruju iz vrijednosti civilnih plodova opterećene nepokretnosti, a ne iz vrijednosti same nepokretnosti. Prilikom eventualnog izvršenja ovdje se na odgovarajući način primjenjuju pravila o izvršenju na pravima.¹¹⁰ U javnoj evidenciji hipoteka na plodovima upisuje se kao teret nepokretnosti koja ih daje. Ako bi se radilo o nepokretnosti van prometa koja daje ovakve plodove, u tom slučaju nema prepreka da pravo na te plodove bude predmet zaloge. Suština obezbjeđenja potraživanja je da se osigura pravedan položaj za povjerioca, dužnika i treća lica, a zakonodavni okvir treba omogućiti da se koriste ona sredstva osiguranja koja su za njih u određenom momentu najprikladnija. I u ovom slučaju, kao i kod prirodnih plodova, vrijednost tih plodova se odbija od svih troškova na čiju naknadu povjerilac ima pravo, zatim od dužne kamate i na kraju od glavnice.¹¹¹ Time se iznos dugovanja dužnika smanjuje.

¹⁰⁶ Vid. član 12 ZSP-a.

¹⁰⁷ Najamnina, zakupnina, kamata i sl.

¹⁰⁸ Član 139 st. 5 ZSP-a.

¹⁰⁹ Vid. član 166 st. 1 ZSP-a.

¹¹⁰ Član 69 st. 11 ZIP-a.

¹¹¹ Član 166 st. 2 ZSP-a.

Zaključak

Sve veća potreba za kreditom i osiguranjem kredita usloвила je proširenje založnog prava na niz predmeta koji do tada nisu služili kao podloga obezbjeđenju. Predmet (objekat) založnog prava može biti svaka pokretna i nepokretna stvar koja se nalazi u prometu i koja ima imovinsku vrijednost ocijenjenu po objektivnom prometnom mjerilu. Pored stvari, založnim pravom može biti opterećeno i pojedinačno određeno imovinsko pravo iz koga povjerilac može da namiri svoje potraživanje. U modernom pravu sve više raste i razvija se bogatstvo u pokretnim stvarima i pravima. Težište obezbjeđenja se sada sve više pomjera prema zalaganju tih stvari i prava. Svaka stvar ili pravo koji po svojim osobinama može da posluži onom cilju koji se zalogom želi postići, može biti predmetom zaloge. Založno pravo može postojati samo na zalogu koji je dovoljno određen. Jedan od pravaca reforme sistema obezbjeđenja potraživanja je dovođenje u funkciju što većeg broja predmeta koji imaju imovinsku vrijednost i ta tendencija je došla do izražaja u većini zakonodavstava. Time je bitno proširen krug, prevashodno pokretnih stvari, koje mogu biti objekti osiguranja i stvorena je široka lepeza, gotovo neograničen broj predmeta koji u tu svrhu mogu poslužiti. Tendencija moderne kreditne privrede je da sve komponente imovine moraju služiti osiguranju povjerioca i kredita. Sredstva obezbjeđenja na taj način ostvaruju i važnu funkciju mobilizatora vrijednosti imovine dužnika. Proširenje broja predmeta založnog prava omogućuje njeno optimalnije iskorištavanje, ali s druge strane se mora voditi računa da to ne utiče na sigurnost založnih povjerilaca i pravnog prometa uopšte.

LITERATURA

Medić D., *Pravo obezbjeđenja potraživanja*, Banja Luka, 2013.

Tešić N., *Registrovana zalog*, Beograd, 2007.

Lazić, M., *Prava realnog obezbeđenja*, Niš, 2009.

Lazić M., „Tendencije u razvoju realnih prava obezbeđenja“, *Pravni život*, br. 11/09.

Gavella N., *Založno pravo*, Zagreb, 1992.

- Medić D., *Založno pravo*, Banja Luka, 2002.
- Lazić M., *Sadržina hipoteke*, magistarska teza, Pravni fakultet Niš, 1994.
- Tešić N., „O predmetu založnog prava“, *Pravni život*, br. 10/03.
- Gavella N. Gliha i I., *Uvod u stvarno pravo*, Zagreb, 1991.
- Galev G., „Stvari, hartije od vrednosti, prava (obligaciona i druga) i trgovačka društva kao predmet zaloge“, *Pravni život*, br. 10/06.
- Gavella N., Josipović T., Gliha I., Belaj V. i Stipković Z., *Stvarno pravo*, Svezak drugi, Zagreb, 2007, str. 148.
- Medić D., „Nekretnine kao objekt hipoteke u pravu Republike Srpske“, *Reforma i funkcionisanje pravnog sistema u Republici Srpskoj*, Zbornik radova, Banja Luka, 2003.
- Klepić D., *Hipoteka kao realno sredstvo obezbeđenja tražbine prema dužniku*, Beograd, 2004.
- Šogorov Vučković J., *Pravo zaloge kod ugovora o kreditu*, Novi Sad, 2014.
- Petaković R., *Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima sa sudskom praksom*, Beograd, 1990.
- Račić R., *Izvršno procesno pravo*, Banja Luka, 2009.
- Babić I., *Založno pravo (stvarnopravno obezbeđenje potraživanja)*, „Primena novih zakona u oblasti privrede, pravosuđa i radnih odnosa“, Zbornik radova sa savetovanja održanog na Zlatiboru 23–26.2.2005. godine, Novi Sad, 2005.
- Medić D., *Novo stvarno pravo Republike Srpske* (treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje), Banja Luka, 2018.
- Simonetti P., „Hipoteka (objekt, obujam, sticanje)“, *Zakonitost*, br. 9–10/90.
- Todorović N., *Hipotekarno tržište i sklonost ka refinansiranju*, Kragujevac, 2006.
- Juhas G., *Hipotekarno tržište*, Beograd, 2008.
- Miletić S., *Hipotekarni krediti i hipotekarne hartije u razvijenim zemljama i zemljama u tranziciji*, Beograd, 2004.

- Lazić M., „Značaj javnog registra za hipoteku“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1–6/00.
- Povlakić M., *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009.
- Povlakić M., „Stvarnopravno osiguranje kredita u BiH“, u: *Stvarnopravna uređenja tranzicijskih zemalja – stanje i perspektive*, Zagreb, 2009.
- Vizner B., *Komentar Zakona o vlasničkopравnim odnosima*, Zagreb, 1980.
- Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine, br. 2/88, odl. 32.
- Babić D., *Založno pravo na nepokretnim i pokretnim stvarima i pravima i evidencija zaloge i tražbine*, Beograd, 2008.
- Đurović Lj., „Ugovor o ručnoj zalozi“, *Pravni život*, br. 9–10/93.
- Šeparović V., „Suvlasništvo“, *Zakonitost*, br. 9–10/90.
- Stanišić V., „Pravo susvojine na nepokretnim stvarima“, *Pravni život*, br. 10/95.
- Lazarević D., „Susvojina“, *Pravni život*, br. 10/03.
- Babić I., „Susvojina – pojam, vršenje i upravljanje“, *Pravna riječ*, br. 24/10.
- Bosiljčić M., *Zajednička svojina*, doktorska disertacija, Beograd, 1965.
- Bosiljčić M., „Zajednička svojina“, u: *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Beograd, 1978, knjiga III.
- Bjegović Đ., „Zajedničko vlasništvo – posebno o imovinskim odnosima u braku“, *Zakonitost*, br. 9-10/90.
- Anđelković Ž., *Prilozi za stambeno pravo i ekologiju*, Beograd, 2010.
- Belaj V., „O zajedničkom vlasništvu“, *Pravna riječ*, br. 32/12.
- Simonetti P., „Hipotekarno zalaganje nekretnina i prava građenja“, *Zbornik radova „Zaštita vjerovnika“*, *Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci*, 1994.
- Jotanović R., *Pravo građenja*, magistarska teza, Beograd, 2006.
- Spaić V., *Stvarno pravo*, treće, dopunjeno i izmijenjeno izdanje, Sarajevo, 1962.

- Lazar J., „Modernizacija založnog prava u Slovačkoj”, *Stvarnopravna uređenja tranzicijskih zemalja – stanje i perspektive*, Zagreb, 2009.
- Gough W. J., *Company Charges*, London, 1978.
- Goode R. M., *Commercial law*, London, 1982.
- Goode R. M., *Legal problems of credit and security*, London, 1988.
- Čulinović Herc E., *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika*, Rijeka, 1998.
- Čulinović Herc E., „Zalaganje imovine trgovačkih društava – engleski floating charge i enterprise charge. Model zakona o osiguranju potraživanja Europske banke”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 45, br. 1/95.
- Medić D., „Neki aspekti založnog prava na pravima”, *Pravna riječ*, br. 2/04.
- Babić B., „Založno pravo na pravima”, *Pravo i privreda*, br. 5–8/04.
- Perović S. glavni redaktor, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, knjiga II, Beograd, 1995.
- Belaj V., „Založno pravo na pravu”, u: *Zaštita vjerovnika – stvarnopravno, obveznopravno i ovršnopravno osiguranje tražbina*, Zagreb, 2005.
- Vrhovšek V. i Kozar V., „Obezbeđenje potraživanja zalogom na pravima”, *Pravni život*, br. 10/15.
- Milenović D., „Zaloga na pokretnim stvarima u našem i uporednom pravu“, *Pravni život*, br. 5/83.
- Perić Ž., *Stvarno pravo*, Beograd, 1920.
- Stojanović D., *Stvarno pravo*, Beograd, 1980.
- Denišlić M., *Pravna priroda zalaganja prava*, magistarski rad, Pravni fakultet Beograd, 1988.
- Kozar V., „Zaloga na potraživanjima i drugim pravima“, u: *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Beograd, 2011.
- Simić D., „Zalaganje akcija“, *Pravo i privreda*, br. 5–8/00.
- Planojević N. i Varga S., „Konstituisanje ugovornog založnog prava na pravima intelektualne svojine”, *Pravni život*, br. 10/12.

- Vicković T., *Založno pravo na patentima – zastupljenost u praksi i ekonomski efekti realizacije*, Zlatiborski dani prava, Promene u pravnom sistemu, Zlatibor, 16–19. mart 2009, Novi Sad.
- Gams A. u saradnji sa M. Petrovićem, *Osnovi stvarnog prava*, osmo izdanje, Beograd, 1980.
- Rajčević T., *Hipoteka na plodouživanju, u: Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Beograd, 2005.
- Lazić M., *Lične službenosti*, Niš, 2000.
- Tešić N., *Prodaja i prenos potraživanja*, Beograd, 2012.
- Miladin P., *Zalaganje svakodobne saldo tražbine po žiro računu*, Liber amicorum Nikola Gavella, Građansko pravo u razvoju, Zagreb, 2007.
- Radović M., „Predmet zaloge na tekućem računu”, *Pravo i privreda*, br. 7-9/16.
- Živković M., *O mogućnosti zalaganja potraživanja iz bankarske garancije i sredstava na tekućim računima upisom u registar zaloge*, razvoj Pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU, Prilozi Projektu 2011, Beograd, 2012.
- Rašović Z., *Založno pravo na pokretnim stvarima*, Podgorica, 1992.
- Denišlić M., “Odnos založnog prava na potraživanjima i cesije”, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu XXXI* 1983, Sarajevo 1984.
- Denišlić M., “Založno pravo na potraživanju u poređenju s cesijom”, *Pravni život*, br. 1/85.
- Stojanović D. i Pavićević B., *Pravo obezbeđenja kredita*, Beograd, 1997.
- Stojanović D., Antić O., *Uvod u građansko pravo*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2004.

AN OBJECT OF THE PLEDGE LAW

Prof. dr Duško Medić*

Summary

As an object of the pledge law can be used any movable or immovable property which exists in the volume of business according to the impartial circulation measure. Apart from the pledged goods, subject matter of the pledge law contract is able to involve various individual property rights from which the creditor can reimburse his debit claims. Each thing or right consisting of an adequate amount of value can facilitate the desired goal and can be used as an object of security. Pledge law can be present only on the security that has been properly classified.

Key words: *an object of the pledge law, thing, right, property value, reimbursement.*

* Judge of the Constitutional Court of Republika Srpska,
Faculty of Law, Pan-european University Apeiron Banja Luka

ПРАВО КАО ПУТ КА ПРАВДИ СТУДИЈА О ДВА СУЂЕЊА О ЈЕДНОМ ЖИВОТНОМ ДОГАЂАЈУ

Проф. др Миодраг В. Орлић*

Увод

1. „Зато људи када дође до спора прибегавају судији. Ићи судији значи ићи правди, јер судија жели да буде оличење праведности.”¹ Аристотелова изрека треба да нас подсети да ка правди као врховној врлини води пут права оличен у судији. Али, то не значи да ће право чији је израз и инструмент суд, довести до правде у сваком случају суђења. Право није увек праведно, ни кад је реч о законима. ни кад је реч о судовима. Уосталом, одувек је било критика на рачун судова и сумњи у непристрасно суђење.

2. У овом огледу неће бити речи о томе какво би *требало* да буде суђење, да би право које је садржано у судским одлукама било праведно. Посматраћемо суђење онакво какво оно јесте. Предмет разматрања биће један животни догађај² о којем су се судови изјашњавали у оквирима три

* Ранији професор Правног факултета Универзитета у Београду.

¹ Аристотел, *Никомахова етика*, Београд 1970, стр. 121.

² У једном од првих септембарских дана 2008. године упознао сам Алу, метеоролога по занимању. У зграду у Крунској улици 74 ушла је старија жена, руског порекла али наш држављанин, рекавши да је преварена, да нико неће или не може да јој помогне и да јој ништа не преостаје него да се баци у Дунав и да оконча са животом. Казала је да је чула да се ту налазе неки правници, те да ће неко од њих можда моћи да јој посаветује шта да ради. Саслушао сам њено казивање и рекао јој да су наше могућности, као Удружења правника Србије, мале и такорећи никакве, али да ћу ипак нешто покушати да учиним за њу. Сутрадан сам позвао свога друга из генерације са студија, сјајног адвоката Драгослава Ђетковића, да заједно размотримо Алин случај. Два дана после, у његовој канцеларији водили смо са њом разговор и Ђетковић јој је рекао да такву превару у својој дугој адвокатској каријери још није видео и да ће она тај спор добити (на моје чуђење) и да ће моћи да се врати у стан. Први пут од нашег сусрета, Ала се разведрила, очајање је ишчезло и пао јој је тежак терет са срца. Ангажовали смо и другог адвоката из генерације, вредног и марљивог Вукашина Ристића, да помогне у делу који се односио на извршни поступак и парнични поступак уопште. И тако је почела битка за Алу.

врсте поступака: а то су били: кривични, државински и парнични поступак за поништај уговора.

3. Иако су поступци текли упоредо и заснивали се на истом чињеничном стању, судови су се у потпуности разишли не само у установљавања релевантних чињеница и њихове правне квалификације, него и што се тиче дужине суђења, као и у садржини одлука. Ништа им није било заједничко, као да нису полазили од истих методолошких основа и као да се нису налазили у истом правном систему.

4. Да бисмо испитали како је дошло до тако великих разлика међу судовима, размотрићемо свако поједино суђење понаособ. Пре тога изложићемо чињенично стање на једном месту да не би дошло до понављања код сваке врсте суђења.

Сажето изложено стање изгледа овако.

а) Тужилца Ала и тужена Радмила закључиле су уговор о доживотном издржавању 1999. године и тужена Радмила је своје обавезе испуњавала у задовољавајућој мери (Алина обавеза се састојала у преносу права својине у тренутку смрти). Уговор о доживотном издржавању није био раскинут до 3. септембра 2008. године;

б) Тужена је поднела као доказ суду писмену исправу о уговору о продаји стана од 16. фебруара 2007. године, по цени од 35.000 €, на којој се налази потпис Але као продавца;

в) Истог дана, 16. фебруара 2007. године, Ала је потписала заложну изјаву оверену у суду, да пристаје да Комерцијална банка као поверилац може да наплати из вредности њеног (Алиног) стана, потраживање које према уговору о кредиту има према туженој Радмили.

г) Такође, 16. фебруара 2007. године тужена Радмила је закључила уговор о кредиту са Комерцијалном банком за куповину стана, којим јој је одобрен износ од 50.938,59 швајцарских франака у динарском износу;

д) Истог 16. фебруара интерним налогом у Комерцијалној банци извршен је пренос средстава кредита у износу од 2.493.841,30 динара на име тужене Радмиле; затим је истог дана извршена уплата на штедни рачун Але износа од 2.493.841,30 динара, и на крају евидентирана исплата те исте суме (2.493.841,30) у готовини. На овом налогу благајни такође стоји потпис Але;

ђ) Тужена је поднела као доказ писмену исправу (нејасно је да ли је у исправу писало 3. април, или од 3. септембра 2008. године) у којој је стајало да Ала потврђује да јој је тужена Радмила исплатила у целој куповној цени за стан према уговору од 16. фебруара 2007. године, и

да пристаје да се тужена Радмила упише у земљишне књиге (*clausula intabulandi*). На тој овереној исправи стоји потпис Але.

е) На дан 20. августа 2008. године тужила Ала је отпутовала у Белу Цркву ради давања помена мајци.

ж) На дан 26. августа 2008. године тужена Радмила у тужилџином одсуству је избаила тужилџине (Алине) ствари из стана и преселила их на Бањшцу, а затим је довела бравара и променила браву тако да Ала по повратку у Београд није могла да уђе у стан.

з) Истога дана 26. августа 2008. године тужена Радмила као продавац и друготужена Данијела као купац, закључиле су и овериле у суду уговор о продаји стана, по цени од 75.000€.

и) На дан 3. септембра 2008. године тужена Радмила и тужила Ала закључиле су уговор о доживотној ренти, којим је требало да буде замењен ранији уговор о доживотном издржавању. Али уговор о доживотној ренти није закључен пред судом и није оверен.

ј) Решењем Републичког геодетског завода, служба за катастар непокретности од 16. октобра 2008. године, брисана је хипотека на стану. Брисање је тражила тужена Радмила.

к) У решењу Службе за катастар од 16. октобра 2008. године (којим је брисана хипотека) још увек је као сопственик стана била уписана Ала.

л) Тек из извода из листа непокретности од 29. децембра 2009. године може се видети да је у катастру уписана као сопственик друготужена Данијела.

І Глава

Суђење у државинском поступку

Увод

5. Ала је најпре пошла да тражи правду у државинском поступку. Чинило јој се да ту има највише изгледа да се њена неповољна ситуација реши на најбржи могући начин. Државински спорови су по свом карактеру сумарни³, кратки и брзи и у том погледу пружају велике предно-

³ Андрија Гамс, *Основа стварног права*, Београд 1968, п^о701, стр. 316; Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, 9. издање Београд, 2014, стр. 53 и сл.; Лазар Марковић,

сти у односу на остале спорове. Рокови су скраћени, тужба за заштиту државине може се поднети суду у року од 30 дана од сазнања за сметање државине (а најдуже годину дана од чињенице сметања^{1а}), рок за жалбу је осам дана⁴ (а не петнаест као што је то случај у другим парницама), искључена је могућност ревизије⁵, судови су упућени да приликом одређивања рокова (и рочишта) воде рачуна о потреби хитног решавања према природи сваког појединачног случаја⁶.

6. Уз то, у државинским парницама, у складу са начелом сумарности поступка, може се расправљати једино о чињеничним питањима и то само о последњем мирном стању државине и о насталом одузимању или узнемиравању. Друга страна обележја сумарности огледа се у правилу по којем је у државинским споровима искључена могућност расправљања о правним питањима, као што су право на државину, правни основ стицања државине, савесност стицања или захтев за накнаду штете.

I Одсек

Суђење о привременој мери

A. Решење Другог општинског суда

7. Државински спор почео је охрабрујуће за Алу и уливао јој је наду да ће успети у настојањима да се врати у стан из којег је била избачена. Други општински суд донео је у релативно кратком року одлуку која је била повољна за Алу. Изрека решења била је формулисана на следећи начин:

„Обавезује се тужена Радмила да у року од 24 часа од доношења привремене мере преда тужиљи Али примерак кључа, стана у Београду како би иста могла да користи своје ствари и да преспава у стану до правоснажног окончања овог поступка.”⁷

Грађанско право, Општи део и Стварно право, Београд 1927, стр. 302 и даље. Упоредити за аустријско право: Koziol, Welser, Kletečka, *Bürgerliches Recht*, Band I, 14. Auflage Wien 2014, стр. 300 и даље, посебно стр. 302, № 878; Franz Gschnitzer, *Oesterrichisches Sachenrecht*, Zweite, neubearbeitete Auflage von Christoph Feistenberger, Heinz Barta, Gottfried Call und Bernhard Eccher, Wien, 1985, стр. 25 и сл. Armin Ehrenzweig, *Sistem des oestereichischen allgemeinen Privatrechts*, I Band, II Hälfte Das Sachenrecht, Wien 1923, стр. 92 и сл.

^{1а} Члан 77 Закона о основама својинскоправних односа („Службени лист СФРЈ“ бр. 1980).

⁴ Закон о парничном поступку од 2004 („Службени гласник Републике Србије“ бр. 125/2004) чл. 450, стр. 2.

⁵ Члан 452 Закона о парничном поступку.

⁶ Члан 447 Закона о парничном поступку.

⁷ Решење Другог општинског суда у Београду (судија појединац Александра Точанац) IV П бр. 4990/08 од 27. октобра 2008. године.

8. Решење о привременој мери, онако како је гласила изрека, омогућавало је Али да врати стан у државину, тако да може да у њему пребива, док се државински спор не оконча. Нажалост, за разлику од изреке, образложење одлуке о привременој мери није било тако чисто и јасно као што је била изрека. У њему се већ налазило семе будућих компликација. Оно је било формулисано на следећи начин:

“Одлучујући о предлогу за доношење предложене привремене мере, суд је нашао да је исти основан.

Чланом 302 став 1 Закона о извршном поступку предвиђено је да се привремена мера може одредити, ако је извршни поверилац учинио вероватним постојање потраживања и опасности од настанка ненадокнадиве штете, а ставом 2 истог члана да се привремена мера може одредити и кад извршни поверилац учини вероватним да је мера потребна да би се спречила употреба силе или настанак ненадокнадиве штете.

У конкретном случају, из чињеница које произлазе у списима, речи тужене да се у стану налазе њени синови, суд је утврдио да постоји основаност одређивања привремене мере, јер су испуњена оба услова кумулативно. Како тужила није у могућности да дође до својих ствари које се налазе у предметном стану, а с обзиром на њене године, суд је и донео привремену меру и обавезао тужену да тужиљу преда кључеве од стана да би она несметано могла да исти користи до краја поступка.⁸

9. Колико је изрека била јасна и језгровита, толико је образложење било мутно и замршено. Уместо да се задржи на терену Закона о парничном поступку и у границама тужбеног захтева, судија се упутила кривудама Закона о извршном поступку. Позивајући се на вероватност постојања потраживања (из чл. 302 ст. 1 Закона о извршном поступку), судија је у разматрање услова за примену привремене мере унела један сувишан елемент, неспојив са обележјима државинског спора, и тако расправу о привременој мери одвела на странпутицу.

Нажалост, тим правцем ће кренути и Окружни суд.

Б. Решење Окружног суда у Београду

10. Окружни суд у Београду је укинуо решење Другог општинског суда и предмет вратио истом суду на поновни поступак. У образложењу Окружни суд је навео следеће:

“Првостепени суд је одредио привремену меру налазећи да су испуњени услови предвиђени чланом 302 став 1 Закона о извршном поступку јер тужила није у

⁸ Решење Другог општинског суда у Београду (судија појединац Александра Точанац) IV П бр. 4990/08 од 27. октобра 2008. године.

могућности да дође до својих ствари које се налазе у стану у Београду, па је имајући у виду и године тужиље одредио привремену меру и наложио туженој да тужиљи преда примерак кључа од наведеног стана како би тужиља могла да га користи до краја овог поступка. Притом је првостепени суд чињенице релевантне за своју одлуку утврђивао искључиво на основу навода тужиље.

Ценећи изложено, а имајући у виду наводе из жалбе тужене Окружни суд наводи да, за сада, тужиља није учинила веродостојним постојање потраживања односно основаност тужбеног захтева, па самим тим није испуњен један од два обавезна кумулативно прописана чланом 302 став 1 Закона о извршном поступку, услова за одређивање привремене мере.

Имајући у виду правну природу и сврху привремене мере која је мера обезбеђења потраживања, јасно је да суд чињенично стање које је одлучио за оцену основаности предлога за одређивање привремене мере не може па и не треба да утврђује до степена вероватноће који је неопходан за доношење одлуке којом се мериторно одлучује о тужбеном захтеву. Међутим, првостепени суд чињенице које би говориле у прилог основаности тужбеног захтева тужиље није утврдио до степена вероватноће који наводи да жалбе тужене не би биле доведене у сумњу. Из тога разлога ожалбено решење је укинута, а у даљем поступку првостепени суд ће приликом одлучивања о предлогу тужиље за одређивање привремене мере ценити све наводе тужене истакнуте у одговору на тужбу, жалби као и исказе сведока који су саслушани на рочишту за главну расправу одржаном дана 27. 11. 2008. године, те ће наложити тужиљи да се на све наводе изјасни, а потом ће имајући у виду предмет спора и судску заштиту коју тражи у овој парници одлуку о предлогу за одређивање привремене мере донети ценећи само да ли је тужиља до дана 25. 8. 2008. године била у државини предметног стана, да ли су из истог изнете ствари тужиље или се још налазе у стану као и да ли је, уколико су ствари изнете, то учињено са знањем и одобрењем тужиље.⁴⁹

11. Као главни разлог укидања првостепеног решења, Окружни суд је навео *да тужиља није учинила вероватним постојање потраживања*, односно основаност тужбеног захтева, због чега није испуњен један од два обавезна кумулативна захтева из Закона о извршном поступку. Тако се и Окружни суд упустио у разматрање о вероватности постојања потраживања, што је расправу одводило све даље у погрешном правцу.

В. Ново решење Другог општинског суда

12. У поновљеном поступку, Други општински суд се приклонио ауторитету Окружног суда и пресудио супротно својој првој одлуци. Новим решењем одбијен је предлог тужиље Але за издавање привремене мере као неоснован.

⁴⁹ Решење Окружног суда у Београду (судија Марина Говедарица, председница Већа и судије Драгана Бољевић и Зорана Делибашић, чланице Већа) Гж. бр. 15869/08 од 29. децембра 2008. године

13. У решењу су наведени следећи разлози за изложени став Суда:

“Одлучујући о предлогу за доношење предложене привремене мере, суд је нашао да исти није основан.

Чланом 302 Закона о извршном поступку у делу који се односи на услове за одређивање привремене мере неновчаног потраживања предвиђено је да привремена мера за обезбеђење неновчаног потраживања може се одредити ако је извршни поверилац учинио вероватним постојање потраживања и опасност да ће се остварење потраживања осујетити или знатно отежати.

У конкретном случају на основу доказа у списима тужила није пружила доказ да је 25. 8. 2008. године била у државини предметног стана, већ је како је сама истакла у том периоду била у Белој Цркви и у исти се вратила 1. 9. 2008. године. Исто тако наводе тужиле потврдила је и сама тужена и сведоци саслушани у току поступка. Тужена је у свом исказу навела да је Данијели продат стан 26. 8. 2008. године те да тужена није више у поседу истог, као и да су све ствари тужиле из тог стана претходно исељене, да се не налазе у стану већ у Јајинцима у кући тужене, у стану на Бањици, у родитељској кући тужене у Белој Цркви.

Имајући у виду наведено, тужила није пружила доказ да се тужена налази у наведеном стану, као и да се ствари тужиле налазе у истом, па је у том случају није учинила вероватним постојање потраживања и опасност да ће се остварење потраживања осујетити или знатно отежати. С обзиром на то да се тужена не налази у наведеном стану, да ствари тужиле нису у истом, суд је нашао да нису испуњени услови одредбом члана 302 Закона о извршном поступку, суд је одлучио као у изреци решења.¹⁰

14. Уместо да одрешито одговори на питања која јој је упутио Окружни суд, а нарочито на питање да ли је тужила знала, и ако је знала да ли је одобрила изношење ствари из стана, Судија је говорила о томе да тужила није доказала да се тужена и даље налази у стану, као ни да су тужилине ствари остале у стану, *те да стога није учинила вероватним* постојање потраживања. Још већи пропуст учинила је судија, рекавши да тужила није пружила доказ да је 25. августа била у државини стана, пошто је по сопственим речима била у Белој Цркви. Наведени исказ указује на елементарно непознавање материје о државини и упућује на закључак да се од судије на овом нивоу суђења није могло очекивати да државински спор реши.

Г. Ново решење Окружног суда у Београду

15. Као што се могло очекивати, на одлуку Другог општинског суда, сада се жалила тужила. Новим решењем, Окружни суд у Београду,

¹⁰ Решење Другог општинског суда у Београду (судија појединац Александра Точанац) IV П бр. 4990/08 од 24. фебруара 2009. године (Одлука има исте ознаке, само је датум другачији).

у истом већу као и раније, одбио је жалбу и потврдио решење првостепеног суда. Своје правно становиште Окружни суд је изложио на следећи начин:

„У парницама због сметања поседа тужбом због сметања поседа тужилац судску заштиту тражи како би повратио свој посед односно како би треће лице – тужени престао да га узнемирава у мирном поседу, а не да би издејствовао судску одлуку којом би само било утврђено да је његов посед сметан односно узнемирен и када је и на који начин то учињено. Притом је за постојање сметања државине неопходан стварни *противправни захват у државину* тужиоца јер се судска заштита од узнемиравања, односно одузимања државине пружа само ако је одузимање односно узнемиравање било *противзаконито*.

Како је у конкретном случају између парничних странака још увек спорно с обзиром на постојање Уговора о купопродаји непокретности од 16. 2. 2007. године, ко је био у *савесној и законитој државини* стана у Београду, у периоду 25. 8. 2008. – 2. 9. 2008. године као и да ли у радњама тужене када је изнела из тог стана ствари тужиље и на стану променила браву, постоји противправност, и по налажењу Окружног суда у овој фази поступка нису испуњени услови предвиђени одредбом члана 302 Закона о извршном поступку потребни за одређивање привремене мере.“¹¹

Д. Критика

16. Занимљиво је да у својој другој одлуци Окружни суд није уопште замерио Другом општинском суду у Београду што није одговорио на питање ко је последњи имао мирну државину и да ли је промена браве на стану означавала нарушавање државине стана. Напротив, Окружни суд је прилично неочекивано унео у образложење своје одлуке два питања правног карактера: а) да је за сметање државине потребан стварни *противправни захват у државину* и б) да је у овом конкретном случају с обзиром на постојање уговора о продаји стана још увек спорно *ко је био у савесној и законитој државини*. Уз то је и Окружни суд наставио ход по странпутици, наводећи да у погледу захтева за досуђење привремене мере, нису били *испуњени услови* из Закона о извршном поступку.

17. У нашем случају, чињеница што је тужена Радмила самовласно променила браву, у време Алине одсутности, прстом је указивала да је њен поступак одузимања државине био противправан. Наиме, између Але и Радмиле (све и да је био закључен пуноважан уговор о продаји) није никад била извршена предаја стана у државину, и стога је промена браве коју је извршила тужена Радмила на дан 26. августа 2008. има-

¹¹ Решење Окружног суда у Београду (судија Марина Говедарица, председница Већа и судије Драгана Бољевић и Зорана Делибашић, чланице Већа) Гж. бр. 6082/09 од 9. априла 2009. године.

ла сва обележја кривичног дела самовлашћа. Док су се судови у својим разматрањима бавили имагинарним питањима услова за примену привремених мера из Закона о извршном поступку, њиховој пажњи је измакла чињеница да је тужена Радмила самовласно променила браву, а та чињеница је била од прворазредног значаја за решење државинског спора.

18. Међу питањима која су, по речима Окружног суда, и даље остала спорна (поставља се питање како су могла остати спорна, после четири судске одлуке и ко би требало и кад да их реши – напомена М. О.), Суд је навео да није утврђено „ко је био у савесној и законитој државини стана у критичном раздобљу од 25. августа до 2. септембра.“ Подсетимо се да је у претходној одлуци (у упутствима за рад првостепеном суду) рекао да приликом доношења одлуке треба узети у обзир само да ли је тужила била у државини стана, да ли су њене ствари изнете из стана, да ли је тужила знала за изношење ствари и да ли је изношење одобрила. Уместо да понови оно што је изрекао у свом првом решењу, Суд је у својој другој одлуци из необјашњивих разлога навео да је остало неразјашњено која од странака у спору има савесну и закониту државину. Овакво схватање Суда изазива неверицу, имајући у виду ко га је изрекао и у којим околностима. Треба ли уопште рећи да је оно у директној супротности са одредбама Закона о парничном поступку¹², да одступа од општеприхваћеног мишљења у правној теорији¹³ и да је у потпуној супротности са ставом који је Окружни суд у истом спору и у истом саставу Већа изрекао у првом решењу¹⁴.

II Одсек

Суђење о главном тужбеном захтеву

А. Првостепено решење

19. После доношења решења о привременој мери, Други општински суд је прешао на разматрање главног тужбеног захтева тужиле Але

¹² „Расправљање о тужби због сметања државине ограничиће се само на претресање и доказивање чињенице последњег стања државине и насталог сметања. Искључено је претресање о праву на државину, о правном основу, савесности или несавесности државине или о захтевима за накнаду штете.

Одлуку о захтеву суд ће донети у року од 90 дана”. Члан 448 Закона о парничном поступку из 2004. године („Службени гласник РС“ бр. 125/2004).

¹³ Упоредити: Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, 10. издање, Београд 1987, стр. 391, н°715.

¹⁴ Решење Окружног суда у Београду Гж. 15869/08.

да јој се омогући повраћај државине стана, како би у њему могла да пребива док траје суђење.

20. Суд је донео одлуку којом је одбио тужбени захтев¹⁵. Али је сада преостала само могућност да поднесе жалбу и да тако покуша да дође до решења повољног за њу. Изгледи да стигне до правде све више су бледели и чинили су се све недостижним.

21. Решење Суда је било образложено на заплетен и мутан начин, тако да није било ни јасно ни уверљиво. Овде ће бити наведени најважнији делови образложења онако како су изложени у решењу:

“Августа месеца 2008. године тужила је отпутовала за Белу Цркву где је остала до 1. 9. 2009. године. По налажењу суда, а и по исказима сведока тужила је била упозната са уговором о купопродаји и знала је за пресељење. Са свега по оцени овог суда тужила је била упозната са пресељењем ствари, знала је за постојање уговора о купопродаји... Нелогично је да као образована особа уговор о купопродаји не прочита већ га само потпише, иако је била у суду где се уговор и оверио. Такође је нелогична тврдња да је тужила искористила несмотреност тужене и узела папире из ташне тужене и отрчала да фотокопира, а имајући у виду године тужене.

При томе суд је имао у виду да је Данијела постала власник наведеног стана 26. 8. 2008. године по основу уговора овереног пред Четвртим општинским судом, да су ствари изнете 26. 8. 2008. године, другим *речима нити тужила нити тужена нису биле држаоци* у периоду од 25. 8. 2008. године до 2. 9. 2009. године када се према речима тужиле догодио чин сметања поседа.”¹⁶

22. Нетачна тврђења (да је Данијела, купац стана од Радмиле, која је фигурирала као продавац, *стекла својину уговором – без начина стицања*; да тужила Ала *није била држалац* стана, на дан 26. августа 2008. године и сл.), и конфузност у излагању заслуживали би пажњу и критику, за шта би била потребна посебна студија. Уосталом, такву непоштедну критику изрећи ће Виши суд у Београду, у одлуци којом је укинуто решење Другог општинског суда. Али до укидања није дошло у неком од уобичајених рокова у којима предмети по жалби стижу у више судове. Наиме, убрзо по доношењу решења Другог општинског суда наступио је догађај који је потпуно пореметио и иначе тремо кретање парнице и обесмислио читав даљи ток државинског спора.

¹⁵ Решење Другог општинског суда у Београду (судија појединац Александра Точанац) IV П4990/08 од 23. новембра 2009. године.

¹⁶ Из образложења решења Другог општинског суда у Београду IV П4990/08 од 23. новембра 2009. године, стр. 8.

Б. Застој

23. Повод који је довео до застоја у поступку био је потпуно безазлен. Наиме, у наведеном решењу Другог општинског суда, презиме тужиле Але било је погрешно исписано на свим местима на којима је било поменуто. Тужилја је захтевала да се те грешке исправе.

24. Судија Точанац је изашла у сусрет захтеву тужиле и донела је решење, сада као судија Првог основног суда¹⁷ (у међувремену је извршена реорганизација судова, али је у овом случају судија Точанац и даље водила овај спор) о исправљању решења, које је у своје време донела као судија Другог општинског суда.

25. Решење Првог основног суда од 16. августа 2012. године формулисано је на следећи начин:

“Исправља се решење бившег Другог општинског суда у Београду под бројем IV П4990/08 од дана 23. 11. 2009. године, а сада се води под бројем П 13466/10 Првог основног суда и то у ставу првом и трећем изреке и тако што уместо презимена тужиле ‘Анекова’ треба да стоји презиме ‘Аненкова’, као и у ставу другом изреке и тако што уместо презимена тужиле ‘Аленкова’ треба да стоји презиме ‘Аненкова’.

У преосталом делу наведено Решење под бројем IV П 4990/08 остаје у свему непромењено.”¹⁸

26. Треба запазити датуме: првобитно решење је из новембра 2009. године¹⁹, а исправљено решење донесено је готово три године касније (августа 2012).²⁰ Иначе, поменута два решења се не разликују ни у чему што би било до значаја. Разлика међу њима је само у томе што је записничарка погрешно написала име тужиле, а судија није читала своју одлуку, те није уочила и исправила грешке²¹, па је грешке било потребно накнадно исправљати.

¹⁷ Погрешка у писању (*lapsus calami*) састојала се у томе што је тужилино презиме било исписано једном као Анекова, другом приликом као Аленкова, а ниједном као Аненкова, што је једино било исправно. Са сасушивањем удела марксизма у општој култури у нас, презиме Аненков, некада веома познато, захваљујући чувеном писму Карла Маркса упућено руском интелектуалцу Аненкову (К. Маркс, Г. Енгелс, *Изабрана дела* II, Култура, Београд, 1950, стр. 431–442) доживело је да записничар није у стању да га исправно напише, а да судија не запази да је погрешно написано.

¹⁸ Решење Првог основног суда у Београду (судија појединац Александра Точанац) 71 П – 13466/10 од 16. августа 2012. године

¹⁹ Решење Другог општинског суда у Београду (судија појединац Александра Точанац) IV П4990/08 од 23. новембра 2009. године.

²⁰ Решење Првог основног суда у Београду (судија појединац Александра Точанац) 71 П – 13466/10 од 16. августа 2012. године

²¹ У образложењу решења, судија Точанац навела је следеће: „Приликом писане израде Решења Првог основног суда у Београду под бројем IV П4990/08 дошло је до техничке грешке, те је Суд поступио сходно члану 349 ЗПП-а“.

27. Застој у суђењу оваквих размера²², поред омашки које се могу приписати слабој општој култури записничара и недовољној ревности судије, указао је и на један дубљи проблем. Чини се да у организацији судова не постоји ни инстанца ни могућност да се пропусти овакве природе отклоне на ефикасан и систематски начин. О дисфункционалности рада судова говори чињеница што се управо у то време Ала обратила Надзорном одбору Врховног суда Србије и замолила да Одбор наложи председницима одговарајућих судова да убрзају рад судија.²³

28. У одговору (на притужбу), који је потписао заменик председника, најпре је речено да Надзорни одбор нема законска овлашћења да испитује правилност и законитост судских одлука, пошто се такво испитивање може спроводити само у поступку одлучивања о редовним и ванредним правним лековима.²⁴

Нагласивши на тај начин да су надлежности Надзорног одбора веома уске, заменик председника се одважио да покаже како Одбор нека овлашћења ипак има. На крају писма обавестио је подносиољку притужбе да је “председнику Другог општинског суда у Београду упућен допис да у оквиру законских овлашћења предузме све мере, како би се рад по предметима ажурирао у најкраћем року.”²⁵

29. Из одговора се јасно види колико је бледа улога додељена Надзорном одбору. Своја запажања и евентуалне сугестије Одбор може да изрази само у виду лепих жеља и то у разливеном и ублаженом облику (“како би се рад по предметима ажурирао у најкраћем року”). Нема ни трага од конкретнијих замерки (на пример: „Љубазно Вас подсећамо да решавање иде споро, да је одавно прекорачен законски рок од 90 дана у коме је требало да се спор оконча и сл.“). Очигледно је да се од овакве институције Врховног суда не може очекивати неки видљивији резултат. Још је горе што у систему нема ниједне друге институције, која би могла да у оваквим случајевима учини нешто више.

²² Исправљено решење отпослато је Вишем суду, где су се списи налазили (по жалби) 21. јануара 2013. године, дакле три године после доношења првобитног решења (новембар 2009. године).

²³ У притужби господину Предрагу Глигоријевићу, председнику Надзорног одбора Врховног суда Србије, упућеној 8. јуна 2009. године, тужила Ала се пожалила на оно што је сматрала неправилношћу у раду судова и на спорост приликом доношења одлука. У закључку свог поднеска замолила је да Надзорни одбор наложи председницима Другог општинског суда и Окружног суда у Београду да убрзају решавање у државинском спору.

²⁴ Писмо тужиљи Али Надзорног одбора Врховног суда Србије од VI СУ – НО. бр. 975/09 од 7. септембра 2009. године потписао је заменик председника Одбора, судија Слободан Спасић.

²⁵ Писмо Надзорног одбора Врховног суда Србије од VI СУ – НО. бр. 975/09 од 7. септембра 2009. године.

30. А што се тиче ауторитета Надзорног одбора и његовог обраћања председнику Другог општинског суда са упутством о потреби ажурирања рада довољно говори чињеница да је после примљеног дописа Други општински суд направио застој у времену, који је трајао три године. Одговор Надзорног одбора сачињен је 7. септембра 2009. године. Други општински суд је своје првобитно решење (са грешкама у исписивању презимена тужиле) донео 23. новембра 2009. године, а Први основни суд је поновљено, али суштински, исто решење (са исправкама три слова у презимену тужиле, 16. августа 2012. године), донио скоро три године касније.

31. Решење Другог општинског суда IV П4990/08 од дана 23. новембра 2009. године имало је низ пропуста правне природе, али су сви они могли бити исправљени одлуком Вишег суда по жалби (као што ће и бити исправљени). Али, застој у времену од три године био је ненадокнадив. Даље суђење са оваквим заостатком у времену било је изгубило сваки смисао. Догодило се оно што је било тешко замислити да је уопште могуће: да од два спора о истој ствари, који су почели у исто време, спор за поништај уговора о продаји буде завршен пре државинске парнице.

В. Решење Вишег суда у Београду

32. Виши суд у Београду је после извршене реорганизације судства добио у надлежност (између осталог) да одлучује у другом степену у споровима због сметања државине. У овом случају Суд је поставио решавање на исправну основу. Невоља је била само у томе што је спор до њега доспео са толиким задоцњењем (а ни он сам није показао претерану ревност кад је реч о ажурности) да његова одлука није имала никакав стварни утицај на односе странака. Они су били решени у другој парници у којој је расправљено правно питање о неспоразуму као случају непостојећег уговора. Свеједно, одлука у државинском спору значајна је због тога што је Виши суд вратио решавање на прави пут, после странпутице на коју су расправљање одвели првостепени суд и Окружни суд.

33. За разлику од ранијих другостепених одлука, Виши суд²⁶ је кренуо другачијим правцем. Док је Веће Окружног суда трагало за решењем

²⁶ Веће су чинили: судија Милан Милошевски, председник, и судије Марина Кларић Живковић и Анђелка Опачић, чланови.

у прилично мутним водама Закона о извршном поступку, где се привремена мера појмовно повезује искључиво са потраживањем, Виши суд је пошао од тужиљиног захтева да се утврди да је тужена Радмила извршила сметање државине. Овакав став вербално су изражавали и судови који су раније судили у овом спору, али су се сусревши се са исправом о уговору о продаји, изјавом тужиље Але да пристаје на Радмилено укњижење, исправом о уговору о доживотној ренти и сл. и нехотично упустили у расправљање о правним питањима, што их је одвело на странпутицу. За разлику од њих, Виши суд је овог пута чисто и доследно применио правило да се у државинским споровима може расправљати само о чињеничним питањима. Нови, другачији, приступ особеној природи посесорног спора био је видљив већ из начина на који је Виши суд интерпретирао излагање првостепеног суда о чињеничном стању, а још више из начина на који је Суд преуредио чињеничну грађу и поставио питања, која су по његовом мишљењу важна за решење спора. То не значи да је суд у потпуности игнорисао уговор о продаји стана, али га је посматрао искључиво као чињенично питање (у смислу да ли је тужиља Ала знала за продају стана и изношење ствари из стана) које је у првостепеном поступку остало неразјашњено.

34. Правна грађа, ослобођена излишних правних питања, одједном је постала прозрочна и крајње једноставна. Према речима Суда:

„Постављеним тужбеним захтевом тужиља је тражила да се утврди да је тужена извршила два чина сметања тужиљине државине, први да је заменила браву на улазним вратима предметног стана и други да је изнела тужиљине ствари из предметног стана. У погледу првог чина сметање државине нејасни су разлози које је дао првостепени суд да у спорном периоду ни тужиља ни тужена нису биле у поседу предметног стана јер је тужиља имала кључеве од браве на улазним вратима предметног стана који је према тврдњама тужиље, саслушане у својству парничне странке, тужена променила и из којег је изнела тужиљине ствари...“ „У погледу другог чина сметања посуда, изношења тужиљиних покретних ствари из стана, остало је нејасно да ли у радњама тужене има противправности, с обзиром да је тужена у свом исказу навела да је тужиља била упозната са тим што су потврдили наведени сведоци, док је тужиља у свом исказу навела и тврдила да није била за продају предметног стана и за то да се ништа не дира у стану и да је за продају и изношење ствари из стана сазнала од зета тужене саслушаног сведока Данимира.“²⁷

Исто тако, поједностављена су питања која су била постављена у вези са предлогом за издавање привремене мере (који предлог је првостепени суд својим решењем такође одбио).²⁸

²⁷ Решење Вишег суда у Београду Гж. бр. 1790/13 од 3. септембра 2014. године, стр. 3.

²⁸ „Надаље, нејасни су и противречни разлози које је првостепени суд дао за одлуку којом је

35. На основу овако изведене правне анализе, Суд је могао да упутити јасне смернице првостепеном суду како треба да поступи приликом поновног суђења:

„У поновном поступку првостепени суд ће, имајући у виду дате примедбе, отклонити наведене недостатке и на поуздан начин утврдити одлучне чињенице за пресуђење у овој правној ствари, односно да ли је тужила имала последње стање државине предметног стана и покретних ствари у њему, да ли ју је тужена сметала у наведеном периоду на тај начин што је заменила браву на улазним вратима предметног стана или је то учинила Данијела, као и да ли у радњама тужене везаним за изношење покретних ствари из предметног стана има противправности, па ће приликом поновне оцене изведених доказа децидирано навести којим исказима и којих сведока и странака је поклонио веру и због чега, након чега ће донети нову одлуку за коју ће дати јасне разлоге.²⁹

Г. Ново решење у првостепеном поступку

36. После бројних суђења у овом спору, преостало је да се изјасни Први основни суд. У изреци је судија Точанац прихватила схватање Вишег суда и изложила га на следећи начин:

„Усваја се тужбени захтев Але па се утврђује да је тужена *извршила сметање поседа* мирног коришћења стана у Београду, на тај начин што је дана 26. августа 2008. године *користећи њено привремено одсуство из стана најпре избацила све тужиљине ствари* и пренела на Бањицу, а одмах затим *променила браву на улазним вратима тужиљиног стана чиме је онемогућила тужиљу да стан несметано користи*, па јој се налаже да се убудуће уздржи од оваквог и сличног сметања и да врати тужиљи у стан тужиљине ствари...“³⁰

Ваља запазити да је у новој одлуци судија свој поглед на чињенично стање из решења (од пре шест година), којим је одбила тужбени захтев Але, преузела у потпуности, укључујући и дактилографске грешке. Тако се догодило да се раније решење о одбијању и нова, дијаметрално

одбио предлог за издавање привремене мере, односно да нису испуњени услови за одређивање исте прописани чланом 302 ЗИП-а, јер тужила није учинила вероватним своје потраживање, нити опасност од настанка ненадокнадиве штете, јер је стан продат, тужена више није у поседу истог стана и ствари тужиље се налазе у стану на Бањици, као и у Јајинцима, а део ствари у Белој Цркви, те да не постоји доказ да се ствари тужиље налазе у предметном стану. Ово због тога што тужила постављеним тужбеним захтевом, управо, тражи да се утврди да јој је тужена сметала у време, на начин и под околностима ближе наведеним у изреци побijeног решења, при чему одлучне чињенице које су од значаја и за оцену испуњености услова за одређивање привремене мере, нису довољно разјашњене.“, Решење Вишег суда у Београду, Гж. бр. 1790/13 од 3. септембра 2014. године, стр. 3–4.

²⁹ Решење Вишег суда у Београду Гж. бр. 1790/13 од 3. септембра 2004. године, стр. 4.

³⁰ Решење Првог основног суда у Београду 62 П. бр. 9387/15 од 11. септембра 2015. године, стр. 1.

супротна, одлука о усвајању тужбеног захтева, заснивају на истом образложењу.

37. Круг суђења се дакле затворио тамо где је и почео. Тужиља Ала је добила моралну сатисфакцију. Али каквог је дејства она била? Седам пуних година било је потребно судијама и судовима да реше државински спор, у коме се по, дефиницији, расправља само о чињеничним питањима, па се нормално очекује да се заврши знатно раније. Али какав парадокс! Парнични поступак у коме је, између истих странака, вођена расправа и о чињеничним, али и о правним питањима, што је не само квантитативно елемент више, него и знатно сложеније и замршеније, завршен је три године раније!

III Одсек

Завршне напомене о суђењу у државинском спору

A. Омашке мањег значаја

38. У решењима Другог општинског суда, породично име тужиље Але редовно је било погрешно означавањем. Слово „н“, карактеристично за њено обележје, или је било изостављано или замењивано другим словом. Записничарка није показивала потребну пажњу приликом узимања података, а судија није читала своје решење и није контролисала верност и исправност откуцаног текста³¹.

39. У новом (другом) решењу Окружни суд у Београду³² није замерио судији првостепеног суда што није поштовала његово упутство за решење спора и што није одговорила на постављена питања.

B. Пропусти средње важности

40. У суђењу у државинском спору поставило се питање како треба разумети правило о примени привремене мере из Закона о парничном по-

³¹ Рекосмо да је решење о исправљању презимена тужиље Але донесено после три године од тренутка када су омашке утврђене (Решење Првог основног суда у Београду 71П-13466/10 од 16. августа 2012). Али, на поновном суђењу појавиле су се потпуно исте грешке у означавању породичног имена тужиље Але, које су раније биле предмет исправке. (Решење Првог основног суда у Београду 62П. бр. 9387/15 од 11. септембра 2015. године.) Опет је записничарка направила истоветне грешке и поново судија није прочитала сопствено решење и исправила омашке.

³² Решење Окружног суда у Београду Гж. 6082/09 од 9. априла 2009. године.

ступку: У току поступка суд може по службеној дужности и без саслушања противне странке одредити привремене мере које се примењују у извршном поступку ради отклањања хитне опасности противправног оштећења или спречавања насиља или отклањања ненакнадиве штете³³.

Исправно тумачење овог правила указује на то да су услови за примену привремених мера а) отклањање хитне опасности противправног оштећења, б) спречавање насиља, в) отклањање ненакнадиве штете садржани у Закону о парничном поступку, а да се на Закон о извршном поступку упућује само кад је реч о *избору* привремених мера, које су у том Закону предвиђене за обезбеђење неновчаних потраживања.

41. Судови су погрешно сматрали да наведено правило упућује у целости (дакле, и кад је реч о *условима* за одређивање привремене мере) на одредбе Закона о извршном поступку. А како се у том закону говори да се привремена мера може одредити, ако је извршни поверилац учинио вероватним постојање *потраживања*, последица је била да су судови узалудно трагали за имагинарним *потраживањем*, којег у државинским споровима једноставно нема и не може бити.

42. Међу разлозима што је одбио захтев тужиле Але у државинској парници, Други општински суд је навео и то да је треће лице, Данијела, стекла својину уговором о куповини закљученим на дан 26. августа 2008. године³⁴, да су тужилине ствари исељене тог истог дана, те да отуда тужилца није могла бити држалац у том раздобљу. Оба тврђења су грешке елементарне природе. Нити се својина у нас стиче непосредно уговором (као што је правило у француском праву), нити је тужилца изгубила државину тиме што јој је тужена самовласно избацила ствари из стана.

В. Пропусти од пресудног значаја

43. Раздвајање фактичких (чињеничних) и правних питања јесте подлога на којој се заснива разликовање посесорних и петиторних спорова. У току читавог суђења Други општински суд, а у другом решењу и Окружни суд, нису успевали да одвоје фактичка питања од правних

³³ Закон о парничном поступку, члан 449 ст. 1 („Службени гласник РС“, бр. 125/2004).

³⁴ Треба ли, уопште, на овом месту подсећати на то да у нашем праву важи правило да се право својине стиче уписом у јавне књиге на основу уговора о продаји. Закључење уговора о продаји представља само прву етапу на путу стицања својине и зато Данијела није могла постати власник на дан 26. августа 2008. године, јер је тог дана имала само уговор, а не и начин стицања. Уосталом, у земљишној књизи на тај дан и још низ дана после тога, као сопственица била је уписана Ала.

и да расправу воде само о првима. Услед тога је суђење у државинском спору скренуло на странпутицу са које га је на исправан ток вратило тек решење Вишег суда.

44. Изазива неверицу разматрање Окружног суда у другом решењу, у коме говори да је „још увек спорно с обзиром на постојање уговора о продаји од 16. фебруара 2007. године ко је био у савесној и законитој државини стана“³⁵. То становиште Суда у директној је супротности са правилом из Закона о парничном поступку.³⁶

Г. Дуго трајање поступка

45. Ако се за суђење у кривичном поступку може казати да је предуго трајало (више од три године) шта рећи за суђење у државинској парници које је завршено 11. септембра 2015. године, седам година од отпочињања спора³⁷. Истина, Виши суд је донео на крају исправно решење, али после толико дугог трајања, суђење у државинском спору изгубило је сваки смисао.

II Глава

Суђење у парничном поступку за поништај уговора о продаји

46. Ала је поднела тужбу за поништај уговора о продаји стана почетком новембра 2008. године, дакле скоро два месеца после покретања државинског спора против Радмиле. Вођење две парнице о истом животном догађају, између два иста лица, могуће је у Грађанском праву, зато што оне имају различите циљеве, што им онда даје и различити смисао. Сврха државинске парнице је да се поново успостави раније *фактичко*

³⁵ Решење Окружног суда у Београду Гж. 6082/09 од 9. априла 2009. године. Недоумицу изазива то што је у свом првом решењу (Гж. бр. 15869/08 од 29. 12. 2008. године) Окружни суд у истом већу судио потпуно исправно, дајући упутства првостепеном суду да одлуку донесе ценећи „само да ли је тужиља до дана 25. августа 2008. године била у државини предметног стана, да ли су из истог изнете ствари тужиље или се још налазе у стану, као и да ли је, уколико су ствари изнете, то учињено са знањем и одобрењем тужиље.“

³⁶ „Расправљање о тужби због сметања државине ограничиће се само на претресање и доказивање чињеница последњег стања државине и насталог сметања. Искључено је претресање о праву на државину, о правном основу, савесности или несавесности државине или о захтевима за накнаду штете.“, Закон о парничном поступку, члан 448 ст. 1 (из 2004. године).

³⁷ Расцеп између добрих намера и стварности огледа се у амбициозном правилу које је било предвиђено у Закону о парничном поступку из 2004. године, и у коме је речено да ће одлуку о захтеву суд донети у року од 90 дана, и трајања овога спора које је износило седам година. На једној страни правило је изражавало нереалне жеље, али је и трајање нашег спора било претерано дуго. У новом Закону о парничном поступку из 2011. године, редактори су изоставили одредбу о року од 90 дана.

(а то значи чињенично) *стање* поремећено одузимањем државине, као што је овде био случај. Насупрот томе, смисао парничног поступка за поништај уговора је да суд реши једно сложено *правно питање*, наиме да ли је уговор био пуноважно закључен.

47. Изглед тужиле Але за успех у овој парници били су знатно слабији у поређењу са претходна два поступка: кривичним и државинским. Разуме се, чињенично стање је у сва три процеса било исто (као што је наведено на почетку рада³⁸), али су распоред чињеница релевантних за овај спор, а нарочито могућности доказивања, били изузетно неповољни за тужилу. У кривичном и у државинском поступку било је од првенствене важности да се оцени како се чињенично понашала тужена. Радмилино понашање свакако је било за осуду и прстом је указивало на њену одговорност. У парници за поништај уговора ситуација је била сасвим другачија. Радмила је имала у рукама исправу о уговору о продаји, оверену у суду и још једну писмено састављену исправу у којој је тужилца Алла изјављивала да пристаје да се Радмила упише у земљишне књиге (*clausula intabulandi*). И ова друга исправа, накнадно састављена (после годину и по дана) носила је Алин потпис и била је оверена у суду. Напослетку, значајна је била и околност што Ала, ни у једном тренутку, није оспоравала аутентичност својих потписа, ни на исправи о уговору ни у документу у коме је била садржана *clausula intabulandi*.

48. Шта је имала и шта је могла да истакне Ала против овакве граничне тврђаве доказа? У својству тужиле она је тврдила да је уговор о продаји, на који се позивала Радмила, ништав, да њега заправо и није било, јер да она, Ала, никад није имала намеру да стан прода нити је изразила стварну вољу да то учини. Алино објашњење, чињенице што се њен потпис налазио на поменутиим документима, било је да јој је Радмила потурала исправе на потпис говорећи јој да документ треба да послужи за сасвим другу сврху. Тако је у расправи навела да јој је Радмила рекла како треба да иду у суд да би потписале и овериле неке исправе, али да је то “нешто у вези са порезом”.³⁹ Уосталом, тврдила је да ниједну

³⁸ Видети преглед чињеничног стања наведен на почетку текста у уводу.

³⁹ „Пошто је тужилци предочен Уговор о купопродаји стана у Београду, Ов бр. 2270/07 од 16. 2. 2007. године, изјави: потпис на предметном уговору јесте мој, али наглашавам да ја нисам прочитала шта потписујем, нити сам знала на какав документ стављам свој потпис. Ја јесам са првотуженом отишла у зграду Палате правде да нешто потпишемо и оверимо, али ми је тужена рекла да треба нешто у вези са порезом да оверимо, а да после идемо у банку све у вези са кредитом о коме је причала. Рекла ми је да нема шта да читам, само треба да потпишем, а ја сам њој веровала, нисам знала да ће ме довести до пропасти. Због тога што сам јој веровала потписала сам предочени уговор без читања садржине, а након тога смо отишли у Комерцијалну

од тих исправа није имала у рукама, нити ју је читала, јер јој Радмила ниједну од њих није никада ни дала.

І Одсек

Суђење у првостепеном поступку

§1 Суђење о привременој мери

49. У овом поступку, као и у државинском спору, тужилца Ала је тражила да суд досуди привремену меру, која би, имајући у виду особеност спора, била различита од оне коју је тражила у државинском спору. У питању је била забрана располагања, отуђења и оптерећења стана до правоснажног окончања поступка⁴⁰. Други општински суд, надлежан у овом спору, решењем је усвојио тужиљин предлог и одредио привремену меру тражене забране⁴¹. По жалби тужене Радмиле, Окружни суд у Београду укинуо је решење првостепеног суда и предмет вратио на поновни поступак⁴².

50. Решење којим је укинуо одлуку Другог општинског суда Окружни суд је засновао на два разлога. Први аргумент је био да првостепени суд није разјаснио ко је био сопственик стана у тренутку подношења тужбе, с обзиром на то да је тужена продала стан трећем лицу пре тог тренутка, а други да суд није образложио закључак да постоји реална могућност да тужена у току поступка отуђи или на други начин располаже.⁴³ Ни први ни други аргумент нису били основани. Нарочито је био подложен критици навод Суда да је било нејасно ко је у тренутку подношења тужбе био сопственик стана (зато што је тужена продала стан трећем лицу). Наиме, из формулације Суда произлазило је као

банку да првотужена подигне кредит. Рекла ми је у банци да седим док она заврши посао.“ Записник о главној расправи од 28. октобра 2010. вођеној пред судијом Љиљаном Благојевић у Првом основном суду у Београду (П бр. 13643/2010) стр. 3.

⁴⁰ Адвокат тужилце Але, Драгослав Ћетковић, уз тужбу је поднео и предлог суду за издавање привремене мере којом би се забранило свако располагање, отуђење и оптерећење спорног стана до окончања поступка. Тужба са предлогом за издавање привремене мере од 22. октобра 2008. године, примљена у суду 4. новембра исте (2008) године.

⁴¹ Решење Другог општинског суда у Београду (судија појединац Љиљана Благојевић) XVII П. бр. 5745/08 од 14. новембра 2008. године.

⁴² Решење Окружног суда у Београду (судија Олга Сокић, председница Већа, судија Драгана Миросављевић, чланица и судија Бранислав Босиљковић, члан Већа) Гж. 5354/09 од 8. априла 2009. године.

⁴³ Решење Окружног суда у Београду Гж. 5354/09 од 8. априла 2009. године

да је тужена Радмила продајом стана 26. августа 2008. престала да буде сопственица, па је због тога привремена мера била задоцнела и сувишна. Али Радмила, ни пре ни после тога датума, није имала стечено право својине. Сопственица је била Ала и њен захтев да Суд донесе одлуку о привременој мери забране отуђења и оптерећења имао је управо за циљ да спречи Радмилину располагања.

§ 2 Суђење о главном захтеву

51. Суђење о главном захтеву тужиље Але да се уговор о продаји од 16. фебруара 2007. године прогласи за ништав, текло је упоредо са одлучивањем о захтеву за доношењем привремене мере (да се туженој Радмили забрани располагање станом). Стога решење Округног суда, којим је укинута првостепена одлука о забрани располагања, није ни имало утицаја на разматрање главног тужбеног захтева. Напротив, после почетних тешкоћа и извесног несналажења, осетило се да је суђење пошло добро промишљеним и методично вођеним током. На првом рочишту адвокати парничних странака су представили своја уводна становишта⁴⁴, тако да је на другом рочишту (28. октобра 2010. године)⁴⁵ започето саслушање странака, што је настављено и на следећем, трећем рочишту (3. марта 2011. године).⁴⁶ Том приликом изведено је и суочење тужиље и првотужене.⁴⁷ Четврто рочиште (5. маја 2011. године)⁴⁸ било је посвећено саслушању друготужене Данијеле (особе која је у својству купца 26. августа 2007. године закључила уговор о куповини стана од првотужене Радмиле као продавца). На петом рочишту⁴⁹ (1. јула 2011) је

⁴⁴ Записник о главној расправи пред Првим основним судом у Београду, 8П бр. 13643/2010, од 4. маја 2010. године.

⁴⁵ Записник о главној расправи пред Првим основним судом у Београду, 8П бр. 13643/2010, од 28. октобра 2010. године.

⁴⁶ Записник о главној расправи пред Првим основним судом у Београду, 8П бр. 13643/2010, од 3. марта 2011. године.

⁴⁷ Ево како је суочење тужиље Але и првотужене Радмиле изгледало у сали за суђење: Суд доноси решење: да се изведе доказ суочењем тужиље и првотужене на околности разлике у исказима.

Доказни поступак: “Тужиља и првотужена лицем окренуте једна према другој, свака остаје код свог исказа, једна другој говори да лажу.” Записник о главној расправи од 3. марта 2011. године, пред Првим основним судом у Београду (8П бр. 13643/10), стр. 5.

⁴⁸ Записник о главној расправи пред Првим основним судом у Београду, 8П бр. 13643/2010, од 5. маја 2011. године.

⁴⁹ Записник о главној расправи пред Првим основним судом у Београду, 8П бр. 13643/2010, од 1. јула 2011. године.

заказано, а на шестом (31. октобра 2011. године)⁵⁰ обављено саслушање сведока. Саслушање преосталог сведока одржано је замолним путем у суду у Белој Цркви⁵¹.

52. Укупно је одржано шест рочишта и још једно замолбеним путем. Из начина на који је поступак организован и како су заказивана рочишта, могло се уочити да је судија Благојевић имала јасан план како суђење треба водити и како га привести окончању у разумном року. Већ после саслушања парничних странака, а поготову после испитивања сведока, почела се назирати слика о томе шта се заиста збивало у односима између тужиље Але и првотужене Радмиле. Упоредо са тиме, судећи по све краћим размацима у којима су заказивана рочишта, сазревало је судијско уверење о томе како пресуда треба да гласи.

53. Изрека пресуде била је исказана следећим речима:

„Усваја се захтев тужиље Але, па се утврђује да је уговор о купопродаји стана (закључен између тужиље Але као продавца и првотужене Радмиле као купца ништав) и без правног дејства, што је првотужена Радмила дужна признати и трпети.“⁵²

Поред наведеног става у изреци у којем је решено главно питање не само у овој парници него и из сва три суђења, у пресуди је одлучено и о низу других тачака које су биле спорне.⁵³

Схватање судије Љиљане Благојевић изречено је јасно и недвосмислено: уговор о продаји потписан и оверен у суду на дан 16. фебруара 2007. године је *ништав* и као такав не може да произведе правна дејства. Тако је на једноставан и блистав начин решено питање са којим су се сударале, не успевши да с њиме не изађу на крај, судије у кривичном поступку и у државинској парници.

54. Судија Благојевић је своје становиште да је уговор о продаји од 16. фебруара 2007. године ништав образложила тиме што, уистину,

⁵⁰ Записник о главној расправи пред Првим основним судом у Београду, 8П бр. 13643/2010, од 31. октобра 2011. године.

⁵¹ Основни суд у Вршцу, Судска јединица Бела Црква, број: пом 30/11 Записник од 2. марта 2012. године по замолници предлагача Првог основног суда у Београду ради саслушавања сведока.

⁵² Пресуда Првог основног суда у Београду (судија појединац, Љиљана Благојевић), Парнично одељење 8П бр. 13643/10 од 26. марта 2012. године (напомена: сувишне појединости из изреке изостављене).

⁵³ „Усвојен је тужбени захтев тужиље Але, па се утврђује да је уговор о продаји закључен 26. августа 2008. године између Радмиле као продавца и Данијеле као купца ништав у односу на тужиљу Алу; одређује се привремена мера уписа забележбе спора; обавезују се тужене Радмила и Данијела да солидарно накнаде тужиљи Али трошкове парничног поступка“ и сл.

није било сагласности изјављених воља⁵⁴, или како се изразила у пресуди, што је постојао *неспоразум*⁵⁵ између страна.

„Имајући све то у виду, суд је нашао да су се стекли услови за доношење пресуде као у изреци у ставу првом, а у складу са одредбом члана 63 ЗОО с обзиром да је очигледно да је између тужиље и првотужене Радмиле постојао *потпуни неспоразум* у погледу природе уговора као и предмету обавезе, што наведени спорни уговор о купопродаји од 16. 2. 2007. године чини *непостојећим*, с обзиром да таква врста неспоразума у погледу битног услова за настанак уговора, чини да *уговор није ни настао*. Посебно је суд имао у виду чињеницу да је тужиља Ала живела у убеђењу да је уговор о доживотном издржавању још увек на снази, да производи правно дејство, што је и одговарало правној ситуацији и односу у коме су се тужиља и првотужена налазиле у моменту закључења спорног уговора о купопродаји непокретности између њих две, јер уговор о доживотном издржавању није био раскинут, сходно одредби члана 68 Закона о облигационим односима и члана 202 Закона о наслеђивању он је производио правно дејство.

Имајући у виду да је суд донео одлуку као у ставу I пресуде, произлази закључак да првотужена Радмила није ни могла стећи право својине на предметном стану, што даље доводи до закључка да истим није ни могла располагати. У том смислу суд налази да је ништав и уговор који је првотужена закључила са друготуженом Данијелом о купопродаји исте спорне непокретности дана 26.8.2008. године, оверен пред Четвртим општинским судом у Београду Ов. бр. 503/08, те је утврђено да је тај уговор ништаван и без правног дејства у односу на тужиљу Алу, а обавезна је прво и друготужена да предметни стан предају на коришћење и у својину тужиље. Сходно изнетом суд је донео одлуку као у ставу II изреке ове пресуде.⁵⁶

55. Најважнији део образложења односи се на анализу писмене исправе о уговору од 16. фебруара 2007. године, оверен у Другом општинском суду у Београду (Ов. бр. 2270/07) у коме је као продавац означена Ала, а као купац Радмила, и на којој исправи се налази потпис Але. Према схватању Суда, „само формалноправно је дошло до промета ове непокретности“, јер „је тужиља потписала спорни уговор као и друга писмена (заложну изјаву, налог за исплату износа од 2.493.841,30 динара са штедног рачуна) на дан 16. фебруар 2007. године верујући да помаже Радмили да реализује свој кредит код Комерцијалне банке, али без икакве намере и стварне воље да потписујући било шта од тих писмена закључи са првотуженом Радмилом уговор о продаји свога стана.“

⁵⁴ Упоредити: „Као примери непостојећих уговора могу се поменути они односи код којих нису испуњени битни услови за настанак уговора. Тако потпуни недостатак сагласности воља чини уговор непостојећим (нпр. заблуда о природи или предмету уговора)”. Слободан Перовић, *Облигационо право*, књига прва, Београд 1980, стр. 449 и сл. Унеколико другачије: Јаков Радишић, *Облигационо право*, Општи део, шесто издање, Београд 2000, стр. 171–171.

⁵⁵ Видети о неспоразуму Стојан Цигој у књизи: Борислав Благојевић, Врлета Круљ (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима*, I књига, друго издање, Београд, 1983, стр. 240 и даље.

⁵⁶ Из образложења пресуде Првог општинског суда у Београду, судија Љиљана Благојевић, 8 П. бр. 13643/10 од 26. марта 2012. године, стр. 18–19.

56. Судија Благојевић је на основу брижљивог испитивања целокупног доказног материјала, а нарочито разматрања исказа сведока и парничних странака, дошла до чврстог уверења да тужиља Ала није изјавила стварну вољу, нити је уопште имала намеру да прода свој стан. Истина, Алин потпис се налазио на исправи (у којој је био садржан уговор о купопродаји) и Ала ни у једном тренутку није оспоравала да је потпис био њен. Оно што је Ала оспоравала било је нешто сасвим друго. Наиме, она је тврдила да потпис није стављала за ону сврху на коју је упућивала исправа. Уосталом, она уопште није била упозната са садржином исправе за коју се касније испоставило да представља уговор о продаји, ни са садржином исправа (заложна изјава, налог за исплату са штедног рачуна) које је потписивала у банци, ни са садржином изјаве о томе да пристаје да се Радмила укњижи у земљишне књиге (*clausula intabulandi*) коју је приликом овере потписала у суду. У свим тим случајевима, кад су заједно одлазиле у суд, Радмила је говорила Али да исправу треба да потпише као чисту формалност, (нешто у вези са порезом), а кад су одлазиле у банку, да је Алин потпис потребан да би Радмила могла да добије кредит.

57. Са финим смислом за одгонетање скривених страна људског карактера и разумевање онога што се збива у човечјој души и понашању, судија Љиљана Благојевић је успела да проникне у суштину односа између парничних странака у критичном раздобљу. Она је учила, и то је било од пресудне важности за решење спора, да тужиља Ала није имала никаквог разлога да продаје стан, а да је напротив тужена Радмила била веома заинтересована да до стана дође што пре. Тужиља Ала је свој потпис ставила на исправу (која је садржала уговор о продаји) јер јој је Радмила сугерисала да то чини за неку другу сврху, а не за ону на коју је упућивала садржина исправе. Отуда, Алин потпис се, истина, налазио на исправи, али је био потпуно одвојен од садржине.

58. Пошто је овако анализovala исправу у којој је садржан уговор о продаји, судија Благојевић је извела закључак на следећи начин: „Имајући све то у виду, Суд је нашао да су се стекли услови за доношење пресуде као у изреци у ставу првом, а у складу са одредбом члана 63 Закона о облигационим односима с обзиром да је очигледно да је између тужиље и првотужене Радмиле постојао *потпуни неспоразум* у погледу природе уговора, као и о предмету обавезе, што наводни спорни уговор о продаји од 16. фебруара 2007. године чини *непостојећим*⁵⁷, с обзиром

⁵⁷ С. Перовић, *Облигационо право*, стр. 449; Упоредити правничка дела у француском праву, у

да таква врста неспоразума у погледу битног услова за настанак уговора чини да уговор није ни настао.“

II Одсек Пресуда Апелационог суда

59. Пресуда првостепеног суда омогућила је Апелационом суду у Београду чврсту основу за доношење одлуке. На брижљиво проученом чињеничном стању и промишљено изведеној правној анализи није било тешко изградити добру пресуду.

„Наиме, уговор о купопродаји је двострано обавезан правни посао којим се сагласношћу воља врши пренос права својине са једног лица на друго уз накнаду то јест плаћањем купопродајне цене. Битни елементи уговора о купопродаји су предмет уговора, то јест ствар на којој се врши пренос права својине и купопродајна цена коју је купац дужан исплатити продавцу. Поред наведеног, потребно је такође да постоји и намера на страни продавца да стан прода, односно на страни купца да ствар купи. Уговор неће настати док се не постигне сагласност о битним елементима. Самим тим намера продавца да ствар прода и купца да ствар прими уз исплату купопродајне цене и постигнута сагласност о томе представља минимум који се мора испунити код сваког уговора о купопродаји. У конкретном случају из исказа тужиље и саслушаних сведока јасно произлази да тужиља није имала намеру да предметни стан прода, а приликом потписивања спорног уговора са туженом Радмилом веровала је да потписује извештај документ друге природе (нешто у вези са порезом) представљен од стране тужене Радмиле, па је самим тим уговор о купопродаји који су оне сачиниле у супротности са намером тужиље, јер је постојао неспоразум о природи правног посла, при чему није постојао ни основ за његово закључење с обзиром на намеру тужиље као уговорне стране, а што све представља узрок ништавости уговора о купопродаји од 16. 2. 2007. године у смислу члана 63 ЗОО. Наиме, како из утврђеног чињеничног стања произлази да је тужиља приликом закључења уговора о купопродаји била у заблуди у погледу предмета уговора јер је била у уверењу да потписује писмено – документ у вези са порезом, те како је у конкретной ситуацији постојао неспоразум о битним условима за настанак уговора, уговор није ни настао, па је и према становишту овог суда основан захтев тужиље да се утврди да је предметни уговор о купопродаји од 16. 2. 2007. године ништаван у смислу одредбе члана 63 Закона о облигационим односима.“⁵⁸

коме је питање о непостојећим уговорима широко расправљано. Gabriel Marty, Pierre Raynaud, *Droit civil* tome II, 1er volume, Les obligations, Paris, 1962, стр. 117 и сл.; Henry et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, *Leçons de Droit civil*, Tome II, premier volume, 7 ème edition, Paris 1985, стр. 150 и сл.; Georges Ripert, Jean Boulanger, *Traité de Droit civil*, Tome II, Paris, 1957, стр. 65 и сл. Међу новијим писцима упоредити: Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel Munck, *Les obligations*, 2e édition, Paris 2005, стр. 244 и сл.; Jacques Ghestin, *Traité de Droit civil*, Les obligations, Le contrat: Formation, 2e édition, Paris 1988, стр. 405 и сл.; Christian Larroumet, Sarah Bros, *Traité de Droit civil*, Tome 3, Les obligations, Le contrat, 8e édition, Paris 2016, стр. 307 и сл.

⁵⁸ Пресуда Апелационог суда у Београду (судија Весна Обрадовић, председница Већа, судије Радмила Ђурић и Бранка Дражић, чланице Већа), Гж. 7049/12 од 14. новембра 2012. године.

60. Ако за тренутак оставимо по страни прву реченицу у којој је изражено нетачно схватање о преносу права својине⁵⁹ (сва срећа што у овом случају то није имало утицаја на исход спора), одлука Апелационог суда је врло лепо урађена у много ком погледу. Требало је имати стрпљења да се пажљиво испита замршено чињенично стање у спору, требало је имати интуиције да се проникне у суштину животних, а не само правних односа (између тужиле Але и тужене Радмиле) запрете-них испод наслага формално беспрекорних исправа од којих су све, без изузетка, говориле у прилог Радмилине тезе, и најзад, требало је имати интелектуалне одважности да се прихвати гледиште судије Благојевић да уговора о продаји заправо није ни било, јер је изостала сагласност воља.

61. Вредност одлуке Апелационог суда и целог парничног поступка за поништај уговора може се оценити, у пуној мери, тек кад се упореди са суђењима у кривичном поступку и у државинској парници. У овом суђењу, за разлику од претходна два, одлука је донесена бритком једноставношћу и кристалном јасноћом, као кад неком пође за руком да елегантно реши тежак математички задатак, који пре њега нико није успевао да савлада. Показало се, наиме, да проблем и није био тако замршен и да је могао да се реши, да му се приступило са пуном усредсређеношћу, методичношћу и знањем.

62. Тренутак када је пресуда Апелационог суда постала правоснажна означио је завршетак Алиног напора да се правним путем врати у свој стан. Преостало је било још само да се садржина судских пресуда оствари у извршном поступку. Тај поступак текао је глатко и без застоја, али не баш брзо. У мају 2013. године Први основни суд у Београду донео је решење о извршењу, којим је наложено исељење првотужене Радмиле и друготужене Данијеле из стана са свим лицима и стварима и предаја стана Али на несметано располагање и коришћење.⁶⁰ У јуну те исте године, извршитељ је донео закључак којим је одредио спровођење извршења⁶¹ и закључак о дану и часу спровођења извршења.⁶²

⁵⁹ Правило је у нашем праву да прибавилац стиче право својине на непокретности уписом у земљишну књигу на основу пуноважног уговора о продаји са сопствеником. Стога се не може рећи, као што је казао Суд, „да је уговор о купопродаји правни посао којим се сагласношћу воља врши пренос права својине“. Пренос права својине не врши се непосредно сагласношћу воља (транслативно дејство уговора) као у француском праву него се врши на основу уговора, уписом у земљишне књиге.

⁶⁰ Решење о извршењу Првог основног суда у Београду 15 ИИ бр. 850/13 од 28. маја 2013. године.

⁶¹ Закључак о спровођењу извршења извршитеља Немање Протића, Посл. бр. П 45/2013 од 11. јуна 2013. године.

⁶² Закључак о дану и часу спровођења извршења извршитеља Немање Протића, Посл. бр. П 45/2013 од 11. јуна 2013. године.

63. На дан 24. августа 2013. године Ала се вратила у свој стан, после дуге борбе за правду. Кад је била избачена из стана (26. августа 2008. године) имала је навршених 86 година. У стан се вратила (24. августа 2013. године) са навршеном 91. годином живота. Пет дугих година је ова жена у поодмаклом добу била практично на улици, лишена стана. Њене патње могле су бити умањене да су судови и судије у државинском спору применили одредбе о привременим мерама и омогућили јој да мирније и спокојније дочека завршетак суђења.⁶³

Закључне напомене

64. У разматраним одлукама и у вођеним судским поступцима нису запажене неке од појава због којих се у јавности, најчешће, износе критике на рачун судства. Могуће је да су у неким другим областима суђења, највећи проблеми политички утицаји, корупција рођачке и друге везе и слично. Чини се да у поступцима, који су били предмет овог истраживања, таквих друштвених порока није било, или су бар мени остали непознати. Отуда се у истраживању слика о судовима појављује у чистом облику, непомућена спољним утицајима, који би искривили редован ток суђења и доношење одлука. Али, то ни издалека не значи да је стање у потпуности задовољавајуће. Напротив! Сprovedено истраживање неумољиво је откривало слабости у раду судија и у функционисању система суда (општа неуредност и спорост у раду, занемаривање чињеница и друге грешке приликом утврђивања чињеничног стања, непојмљиви пропусти у примени права и сл.) које обично остају скривене од очију јавности, а кад се установе, правдају се изговорима сваке врсте.

Стога, кад би се оцена доносила на основу суђења у овом узорку, највећи проблем у нашем систему суда не би били ни политички или други спољни утицаји, ни коруптивност, него *незнање*.

65. Ваља напоменути да су у овом истраживању обухваћене пресуде и решења осам суда и двадесет и једног судије, као и други списи (тужбе, предлози, жалбе, пожурнице, записници са суђења и сл.). На основу целокупне испитане грађе, може се стећи увид у један мали, али значајан узорак функционисања судског система и рада судија.

⁶³ Колико је суђење у државинском спору било неуспешно показује чињеница што је решење којим је окончана државинска парница (Решење Првог основног суда у Београду 62 П бр. 9387/15 од 11. септембра 2015. године) донесено скоро три године после пресуде Апелационог суда у парници за поништај уговора (Пресуда Апелационог суда у Београду Гж. 7049/12 од 14. новембра 2012. године).

Закључак који се на основу овог прегледа може формулисати кратак је и гласи:

Кад је ишла судији Љиљани Благојевић, Ала је ишла правди.

Како је Ала пролазила кад је ишла другим судијама, описано је у тексту

ПС. Ала није више међу живима. Љиљана Благојевић није више судија, али и даље ради у Државном правобранилаштву. Добро за правобранилаштво, штета за суд.

Литература

На српском језику

Аристотел, *Никомахова етика*, Београд 1970.

Андрија Гамс, *Основи стварног права*, Београд 1969, н^о701.

Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, 10. издање, Београд 1987, н^о715.

К. Маркс, Г. Енгелс, *Изабрана дела II*, Култура, Београд, 1950.

Слободан Перовић, *Облигационо право*, књига прва, Београд 1980.

Јаков Радишић, *Облигационо право*, Општи део, шесто издање, Београд 2000.

Борислав Благојевић, Врлета Круљ (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима*, I књига, друго издање, Београд, 1983.

На француском језику

Gabriel Marty, Pierre Raynaud, *Droit civil tome II*, 1er volume, Les obligations, Paris, 1962

Henry et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, *Leçons de Droit civil*, Tome II, premier volume, 7 ème edition, Paris 1985

Georges Ripert, Jean Boulanger, *Traité de Droit civil*, Tome II, Paris, 1957

Philippe Malaurie Laurent Aynès, Philippe Stoffel Munck, *Les obligations*, 2e édition, Paris 2005

Jacques Ghestin, *Traité de Droit civil*, Les obligations, Le contrat: Formation, 2e édition, Paris 1988

Christian Larroumet, Sarah Bros, *Traité de Droit civil*, Tome 3, Les obligations, Le contrat, 8e édition, Paris 2016

На немачком језику

Koziol, Welser, Kletečka, *Bürgerliches Recht*, Band I, 14. Auflage Wien 2014

Franz Gschnitzer, *Oesterrichisches Sachenrecht*, Zweite, neubearbeitete Auflage von Christoph Feistenberger, Heinz Barta, Gottfried Call und Bernhard Eccher, Wien, 1985

Armin Ehrenzweig, *Sistem des oestereichischen allgemeinen Privatrechts*, I Band, II Hälfte Das Sachenrecht, Wien 1923

УДК 347.798(497.5)

doi 10.7251/PR5518065B

Оригинални научни чланак

PRAVNO UREĐENJE HIPOTEKE NA BRODU U REPUBLICI HRVATSKOJ

Dr sc. Dragan Bolanča*

Apstrakt: Predmet ovoga rada jest analiza pravnog uređenja hipoteke na brodu u Republici Hrvatskoj. Naglašavaju se novine koje u tom kontekstu donosi Pomorski zakonik iz 2004. godine. Proučavaju se i odredbe relevantnih općih zakonskih propisa, te međusobni odnos svih izvora prava. Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda iz 2007. godine prihvaća rješenja Pomorskog zakonika.

Ključne riječi: Republika Hrvatska, hipoteka na brodu, mortgage, sudska prodaja broda, privatna prodaja broda

Uvod

U Republici Hrvatskoj brod je plovni objekt (lat. *navis*), ali i stvar posebne vrste (lat. *res sui generis*), pa se na njega u pogledu stvarnih prava prvenstveno primjenjuju pomorske norme (*Pomorski zakonik* – dalje PZ),¹ a supsidijarno norme imovinskog (građanskog) prava (*Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim*

* Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Domovinskog rata br. 8, 21000 Split,
e-mail: dragan.bolanca@pravst.hr

¹ Vidi: „Narodne novine RH“, br. 181/04, 76/07, 146/08, 61/11, 56/13 i 26/15. Stupio je na snagu dana 29. prosinca 2004. god. (čl. 1032), kada je prestao važiti stari *Pomorski zakonik* iz 1994. god. (“Narodne novine RH”, br. 17/94, 74/94 i 43/96, dalje – PZ 94). Inače, to je bio “prvi cjeloviti i sustavni pomorski zakonodavni zbornik, pravi hrvatski corpus iuris maritimi” – tako Ivo Grabovac: *Pomorski zakonik s pojmovnim kazalom*, Zagreb, 1994, str. V. U čemu je bila važnost zakonodavnog akta iz 1994. god. vidi Dragan Bolanča, Axel Luttenberger: *Some Views on the New Croatian Maritime Code*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 1–2, 1995, str. 113–117, Dragan Bolanča, *The New Croatian Maritime Code*, “Acta Juridica Hungarica”, Budapest, No. 1-2, 1997, str. 60–63.

pravima – dalje ZVDSP),² ako PZ-om nije drugačije određeno – čl. 209, st. 4 PZ-a.³ Brod je *pokretna* stvar (čl. 208 PZ-a), jer je namijenjen plovidbi, pa ga obilježavaju pokretna svojstva. Brod je i *sastavljena* stvar, jer se sastoji od dijelova⁴ i pripadaka.⁵ Na brodu mogu postojati stvarna prava,⁶ a napose pravo vlasništva, te založna prava u vidu dva oblika: hipoteka na brodu i pomorski privilegiji (čl. 209, st. 1 PZ-a).⁷ Kada se stvarna prava na brodu stječu na

² Vidi: Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima („Narodne novine RH“ br. 91/96, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12 i 152/14) – dalje ZVDSP. Detaljnije Mladen Žuvela, *Vlasničkopravni odnosi*, Organizator, Zagreb, 2005. U pogledu stvarnih prava na brodu, primjenjuju se odredbe ZVDSP-a samo za ona pitanja koja nisu uređena PZ-om kao posebnim propisom tj. kada odgovor na neko pitanje ne možemo pronaći u PZ-u.

³ Norme imovinskog prava koje važe za brod odnose se i na druge plovne objekte (brod u gradnji, jahte, jahte u gradnji, brodice), osim za ratne brodove (čl. 209, st. 1 PZ-a). Napominjemo da se ovaj rad prvenstveno odnosi na brod u pomorskoj plovidbi. 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 PZ-a). 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) – detaljnije Dragan Bolanča, *Prometno pravo Republike Hrvatske*, Pravni fakultet, Split, str. 6 i 64. Međutim, analizirana zakonska rješenja odnose se i na brod u unutarnjoj plovidbi. Naime, Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda („Narodne novine RH“ br. 109/07, 132/07, 51A/13 i 151/14. – dalje ZPLUV) propisuje da se na pitanja koja nisu uređena tim zakonskim aktom, na odgovarajući način primjenjuju odredbe PZ-a (čl. 1, st. 2 ZPLUV-a). Pošto ZPLUV ne uređuje pitanje stvarnih prava na brodu, analogno se primjenjuju odredbe PZ-a. Inače, unutarnja plovidba je ona plovidba koja se obavlja na unutarnjim vodama, a to su rijeke, kanali i jezera, osim rijeka jadranskog slijeva u dijelu toka kojim se obavlja pomorska plovidba (čl. 4, toč. 1 i 2 ZPLUV-a). U unutarnjoj plovidbi, brod je plovilo namijenjeno isključivo ili pretežno za plovidbu unutarnjim plovnim putovima, duljine (L) 20 metara ili više; plovilo čiji je umnožak duljine (L), širine (B) i gaza (T) zapremina od 100 m³ ili više; plovilo namijenjeno za prijevoz više od 12 putnika; tegljač; potiskivač; plovilo namijenjeno za pokretanje bočnog sastava koji se ne sastoji isključivo od čamaca bez obzira na njihovu duljinu, širinu i zapremninu (čl. 4, toč. 6 ZPLUV-a). O tome vidi Dragan Bolanča, *Hrvatsko plovidbeno upravno pravo*, Pravni fakultet, Split, 2015, str. 125–126.

⁴ Dijelovi broda zajedno čine jednu cjelinu, a mogu biti samostalni i nesamostalni. Samostalni dijelovi broda su u fizičkoj vezi s brodom kao glavnom stvari i nužni su za njegovo postojanje i funkcioniranje (npr. brodski strojevi, instrumenti, uređaji i dr.). Nesamostalni dijelovi (npr. brodska oplata) ne gube prijašnju fizičku opstojnost. U pravnom prometu dijelovi prate pravnu sudbinu glavne stvari – broda (detaljnije Drago Pavić, *Pomorsko imovinsko pravo*, Književni krug, Split, 2006, str. 38–39).

⁵ Pripadak broda jesu sve stvari koje po svojoj namjeni trajno služe njegovoj uporabi i kad su privremeno od njega odvojene (čl. 217, st. 1 PZ-a). To su i one stvari koje su upisane u brodski inventar (čl. 217, st. 2 PZ-a). Pripadak (pertinencija) broda fizički je samostalna stvar (npr. brodica za spašavanje, sidra, konopi i sl.), ali predstavlja sporednu stvar koja je određena da služi glavnoj stvari (brodu), a da pri tome ne postaje njezin sastavni dio – *ibid*, str. 39.

⁶ Stvarno pravo (lat. *ius reale*, engl. *law of property*, fran. *droit du biens*) je sustav pravnih pravila koji uređuje odnose što nastaju među fizičkim i pravnim osobama u povodu stvari – vidi *Pravni leksikon*, Leksikografski zavod „Miroslav Krleža“, Zagreb, 2007, str. 1539–1540. Napominjemo da bi na brodu bilo moguće osnovati i služnosti plodouživanja i uporabe, iako je to u praksi neuobičajeno – tako Jasenko Marin, *Registri plovni objekata i zrakoplova*, Zbornik radova sa savjetovanja „Hrvatsko registarsko pravo“, Zagreb, 2006, str. 125.

⁷ Hrvatski je zakonodavac preuzeo rješenja *Međunarodne konvencije o pomorskim privilegijima i hipotekama* (engl. *International Convention on Maritime Liens and Mortgages*) iz 1993, koja je stupila na snagu 2005. god. ali ju Republika Hrvatska nije ratificirala – vidi opširnije Gordan Stanković, *Međunarodna konvencija o pomorskim privilegijima i hipotekama iz 1993. godine*, “Uporedno pomorsko pravo“, Zagreb, br. 1–4, 1995, str. 83–133.

temelju pravnog posla, za valjanost tog posla potreban je pisani oblik (čl. 213, st. 1 PZ-a). Stvarna prava na brodu mogu se steći, prenijeti, ograničiti i ukinuti jedino upisom u odgovarajući upisnik (čl. 214, st. 1).⁸ Dakle, premda je pokretnina, brod je u pogledu stvarnih prava podvrgnut knjižnom režimu, pa se tretira kao nekretnina. *Vlasništvo* je stvarno pravo na određenoj stvari koje ovlašćuje svoga nositelja da s tom stvari i koristima od nje čini što ga je volja, te da svakoga drugoga od toga isključi, ako to nije protivno tuđim pravima ni zakonskim ograničenjima (čl. 30, st. 1 ZVDSP). 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.⁹ Vlasnik broda upisuje se u upisnik brodova u list B.¹⁰

Hipoteka na brodu

Hipoteka na brodu je prvi oblik založnog prava na brodu.¹¹ *Hipoteka na brodu*¹² jest pravo prema kojem je vjerovnik ovlašten namiriti svoju tražbinu iz prodajne cijene broda ostvarene *sudskom prodajom*¹³ ili *izvansudskom*

⁸ To se ne odnosi na sljedeće slučajeve: 1. prijelaz prava vlasništva broda na osiguratelja prihvatanjem izjave osiguranika o napuštanju broda ili isplatom naknade iz osiguranja za potpuni gubitak broda, 2. stjecanje prava vlasništva nasljeđivanjem, dosjelošću i javnom sudskom prodajom, 3. proglašenje broda pomorskim ili ratnim plijenom na moru (čl. 215 PZ-a).

⁹ Vidi Žuvela, *op. cit.*, str. 67–68.

¹⁰ Više o upisnicima brodova Dragan Bolanča, Željka Primorac, *Upisnici (registri) plovila u Zakonu o unutarnjoj i pomorskoj plovidbi Federacije Bosne i Hercegovine iz 2005. godine*, Zbornik radova "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Mostar, br. 6, 2008, str. 35–40, Dragan Bolanča, *Upisnici (registri) plovila u bosanskohercegovačkom plovidbenom zakonodavstvu*, „Pravna riječ“, Banja Luka, br. 36, 2013, str. 87–100.

¹¹ Tipičan slučaj u kojem se na pokretnim stvarima uspostavlja založno pravo a da vjerovnik ne dobiva stvar da je drži u svom posjedu, jest slučaj zalaganja broda. U pogledu takve pokretne stvari uspostavlja se situacija nalik na onu kod nekretnina – tako Nikola Gavella, *Založno pravo*, Zagreb, 1992, str. 59.

¹² Vinko Hlača, *Hipoteka na brodu u hrvatskom pomorskom pravu*, „Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci“, br. 2, 2006, str. 849–869, Jasenko Marin, *Pravno uređenje hipoteke na brodu u Republici Hrvatskoj*, „Poredbeno pomorsko pravo“, Zagreb, br. 159, 2005, str. 25–57, Zoran Radović, *Hipoteka na brodu*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1986, str. 12–78.

¹³ PZ 94. predviđao je samo sudsku prodaju kao jedini zakonski način namirenja vjerovnika (čl. 234, st. 1), a iznimno i prodaju javnom dražbom.

*prodajom*¹⁴ ili *uzimanjem broda u posjed i iskorištavanjem broda*¹⁵ (čl. 219, st. 1 PZ-a).¹⁶ Ugovorne strane mogu ugovorom isključiti neke od nabrojanih vjerovnikovih ovlasti (čl. 219, st. 2 PZ-a). Iznimno, kada se namirenje na temelju hipoteke na brodu provodi u inozemstvu uz primjenu postupovnih odredaba stranog prava koje ne poznaje sudsku prodaju, vjerovnik je ovlašten namiriti se iz prodajne cijene broda ostvarene *nadmetanjem na javnoj dražbi* (čl. 219, st. 3 PZ-a). Hipotekarni vjerovnici se namiruju prema redosljedju kako je upisana hipoteka u upisnik brodova (list C), a za red prvenstva mjerodavno je vrijeme kad je prijedlog za upis stigao lučkoj kapetaniji koja vodi odnosni upisnik brodova (čl. 226, st. 1 PZ-a).

Hipoteka na brodu može nastati ugovorom (*ugovorna hipoteka*) ili sudskom odlukom (*prisilna sudska hipoteka*) – čl. 220, st. 1 PZ-a.

Ugovorna hipoteka na brodu

Premda hrvatski zakonodavac naglašava da hipoteka na brodu *inter alia „nastaje ugovorom“* (čl. 220, st. 1 PZ-a), ta formulacija pravno nije najpreciznija. Naime, hipoteka na brodu nastaje na *temelju* ugovora kao pravnog posla kojemu je cilj osnivanje hipoteke na brodu radi osiguranja

¹⁴ Ovo je novi i radikaln način namirenja vjerovnika, a uzor mu je u zemljama s prevladavajućim utjecajem engleskog prava odnosno *common law-a*, koje poznaju institut *mortgage-a*. Prema tom institutu vjerovnik (*mortgagee*) ima ovlast da privatnom (izvansudskom) prodajom proda brod dužnika (*mortgagor*) i namiri svoju tražbinu – detaljnije William Tetley, *Maritime Liens and Claims*, International Shipping Publications, Second Edition, Montreal, 1998, str. 469–533. Radikalnost zakonodavca se ogleda u tome da se izvansudska prodaja broda dopušta u pogledu brodova, dakle stvari čije je pravno uređenje sačinjeno po uzoru na uređenje nekretnina kod kojih je nezaobilazno pravilo da se namirenje iz vrijednosti stvari provodi putem sudske prodaje. Vodeći se više ekonomsko-političkim nego pravnim razlozima, uređenje hipoteke na brodu htjelo se učiniti privlačnijim za strane kreditore (vjerovnike), te na taj način stvoriti podlogu za olakšano dobivanje dugoročnih kredita za hrvatske brodare. Naime, rješenja engleskog prava u vezi ca zalaganjem brodova postala su danas svjetski standard koji se, u cilju konkurentnosti i opstanka na tržištu, mora slijediti. Činjenica je da banke žele na raspolaganju imati mogućnost privatne prodaje broda u cilju namirenja svoje hipotekom osigurane tražbine – detaljnije Gordana Stanković, *Hrvatska pomorska hipoteka u svjetlu nadolazećih izmjena Pomorskog zakonika*, “Vladavina prava”, Zagreb, br. 1, 1979, str. 129.

¹⁵ Uzimanje broda u posjed i njegovo iskorištavanje PZ 94. dopuštao je samo ako je to bilo predviđeno u ugovoru o hipoteci na brodu (dakle, to nije bila zakonska mogućnost vjerovnika).

¹⁶ ZVDSP hipoteku na pokretnim stvarima naziva registarsko založno pravo, te izričito određuje da se na registarsko založno pravo prvenstveno primjenjuju posebne zakonske odredbe, a podredno i odredbe toga zakona koje uređuju založno pravo na nekretninama, ali samo: 1. ako opće odredbe ZVDSP-a o založnom pravu na nekretninama nisu u suprotnosti s posebnim zakonskim odredbama i 2. ako opće odredbe ZVDSP-a o založnom pravu na nekretninama nisu u suprotnosti s prirodom određene hipoteke – registarskog založnog prava (čl. 304, st. 4) – tako Nikola Gavella, Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj, Zlatan Stipković, *Stvarno pravo*, svezak drugi, Narodne novine, Zagreb, 2007, str. 233.

namirenja određene tražbine. Međutim, samim sklapanjem ugovora o hipoteci na brodu, hipoteka još nije nastala. Potreban je način, *modus* stjecanja toga stvarnog prava, a to je u pravilu, uknjižba toga prava u upisnik brodova (čl. 214, st. 1 PZ-a, čl. 309, st. 1 ZVDSР-a).¹⁷ Upis hipoteke je pretpostavka za stjecanje hipoteke i ima konstitutivni učinak istovremeno prema svima: i prema strankama ugovora o hipoteci i prema svim trećim osobama.¹⁸ Što se tiče stranaka ugovora o hipoteci, između njih i prije upisa hipoteke u upisnik brodova djeluje ugovor o hipoteci (ne i sama hipoteka, jer ona do upisa ne proizvodi pravne učinke). Stranke moraju izvršavati sve obveze iz ugovora o hipoteci,¹⁹ jer je to za njih izvor prava kojim je od trenutka sklapanja toga ugovora uređen njihov pravni odnos, a osim toga taj je ugovor važan, jer pod određenim uvjetima može predstavljati i **ovršnu ispravu** ukoliko sadrži klauzulu *intabulandi* i klauzulu *exequendi* (čl. 220, st. 2 PZ-a).²⁰

Kada nepodmirena tražbina osigurana hipotekom na brodu dospije,²¹ hipotekarni vjerovnik može početi ostvarivati svoje pravo na namirenje tražbine prisilnim putem. Vjerovnik je prvenstveno ovlašten namiriti se putem *sudske prodaje broda*. Sudska prodaja broda jest način namirenja koji nužno uključuje aktivnost suda, pa taj pojam obuhvaća sudsku usmenu javnu dražbu (čl. 870, st. 1 PZ-a) ili prodaju neposrednom pogodbom (čl. 870, st. 2 – st. 4 PZ-a).

¹⁷ Ako nisu ispunjene pretpostavke za uknjižbu, a ona je zatražena, tada će se hipoteka osnovati predbilježbom pod uvjetom naknadnog opravdanja toga upisa. Prema PZ-u, hipoteka na brodu je dopuštena samo ako su tražbine i pravna osnova hipotekarnog prava učinjene vjerojatnim (čl. 320).

¹⁸ U pogledu uređenja hipoteke na nekretninama, koje se na odgovarajući način primjenjuje i na uređenje hipoteke na brodu, razlikuje se trenutak osnivanja hipoteke (trenutak kada lučkoj kapetaniji kao nadležnom tijelu pristigne prijedlog za upis hipoteke) od trenutka kada nastupaju pravni učinci osnivanja hipoteke (trenutak upisa u upisnik brodova kao javni upisnik) – vidi Gavella i dr., *op. cit.*, str. 320–321.

¹⁹ Ugovor o hipoteci je formalan ugovor (čl. 213 PZ-a), a može sadržavati sporazum stranaka o vrijednosti broda, te o najnižoj prodajnoj cijeni (čl. 220, st. 3 PZ-a).

²⁰ „Ako ugovor o hipoteci u kojem je potpis dužnika javno ovjerenjen sadrži izjavu dužnika da vjerovnik može neposredno na temelju ugovora zatražiti upis hipoteke u upisnik brodova, kao i izjavu dužnika da je suglasan da se na temelju tog ugovora na brodu na kojem je zasnovana hipoteka može radi tražbine utvrđene tim ugovorom nakon dospelosti tražbine provesti neposredna ovrha, takav je ugovor ovršna isprava“ (čl. 220, st. 2 PZ-a). Zasnivanje hipoteke na brodu u postupku javnobilježničkog osiguranja nije ništa drugo do vrsta ugovorne hipoteke, jer se radi o ugovoru (sporazumu stranaka), a zbog postizanja željenih učinaka takvog sporazuma traži se određena neophodna aktivnost javnih bilježnika.

²¹ Izuzetno, hipotekarni vjerovnik može zahtijevati isplatu tražbina i prije dospelosti, u slučaju kada je brod pretrpio takva oštećenja ili je njegovo stanje takvo da hipoteka ne daje dostatnu sigurnost za namirenje tražbine, a dužnik nije ponudio osiguranje na drugi način za razliku nastalu tim smanjenjem sigurnosti (čl. 233 PZ-a).

Jedno od nabrojanih zakonskih ovlaštenja vjerovnika jest i namirenje njegove tražbine iz prodajne cijene broda ostvarene *izvansudskom prodajom*.²² U slučaju izvansudske prodaje broda vjerovnik može slobodno prodati brod, a pri tome mora postupati *pažnjom dobrog gospodarstvenika*,²³ te postići razumnu cijenu²⁴ s obzirom na stanje broda i cijenu takvih ili sličnih brodova na tržištu, te njegovu opterećenost stvarnim pravima drugih osoba (čl. 221, st. 1 PZ-a). Ukoliko ne postupi na opisani način, vjerovnik odgovara dužniku za svu štetu koju mu je prouzročio suprotnim ponašanjem (čl. 221, st. 2 PZ-a). Kupac koji kupi brod od hipotekarnog vjerovnika koji se koristi pravom na izvansudsku prodaju, stječe pravo vlasništva na brodu neovisno o stvarnom odnosu između vjerovnika i dužnika (čl. 223, st. 1 PZ-a).²⁵ Nadalje, kupac je ovlašten neposredno tražiti ovrhu protiv dužnika radi predaje broda u posjed (čl. 224 PZ-a).²⁶

U slučaju *preuzimanja broda u posjed i njegova iskorištavanja* radi zaštite svojih interesa vjerovnik može zaprimati prihode broda, te zaradu rabiti za namirenje svoje tražbine, a i ovdje mora postupati *pažnjom dobrog gospodarstvenika* (čl. 225 PZ-a).²⁷

Hipoteka na brodu prostire se i na pripadak broda, osim u slučaju kad je u upisniku broda zabilježeno da je pripadak u vlasništvu druge fizičke ili pravne osobe (čl. 228 PZ-a). Hipoteka na brodu prostire se i na ove *uzgrednosti broda*:²⁸ 1) tražbine po osnovi naknade štete za još nepopravljena

²² Vjerovnik koji se koristi pravom na izvansudsku prodaju broda ovlašten je zatražiti *upis zabilježbe* izvansudske prodaje u upisnik brodova (čl. 222, st. 1 PZ-a). Nakon ove zabilježbe nedopušteni su upisi na temelju raspoložbe dužnika (čl. 222, st. 2 PZ-a). Vjerovnik kasnije upisane hipoteke na brodu treba pribaviti suglasnost vjerovnika prije upisane hipoteke na brodu za izvansudsku prodaju (čl. 226 PZ-a).

²³ Sudionik u obveznom odnosu dužan je u ispunjavanju svoje obveze postupati s pažnjom koja se u pravnom prometu zahtijeva u odgovarajućoj vrsti obveznih odnosa (pažnja dobrog gospodarstvenika, odnosno pažnja dobrog domaćina) – čl. 10, st. 1 Zakona o obveznim odnosima („Narodne novine RH“, br. 35/05, 41/08, 125/11 Z8/15, dalje – ZOO), vidi Ivica Crnić, *Zakon o obveznim odnosima (napomene, komentari, sudska praksa i prilozi)*, Organizator, Zagreb, 2006, str. 8.

²⁴ Mogući višak sredstava dobivenih takvom prodajom, vjerovnik je dužan isplatiti dužniku u roku od osam dana po primitku kupovnine (čl. 221, st. 3 PZ-a).

²⁵ Kupac je ovlašten tražiti upis prava vlasništva u upisniku brodova na temelju ovjerovljenog ugovora o prodaji (čl. 223, st. 2 PZ-a).

²⁶ Kupac to može tražiti na temelju izvotka iz upisnika brodova i javno ovjerovljenog ugovora o prodaji (čl. 224 PZ-a).

²⁷ Ukoliko ovlaštenik hipoteke na brodu preuzme posjed broda i njegovo iskorištavanje, upisat će se u upisnik brodova kao brodar (čl. 255, st. 2 PZ-a). Vjerovnik kasnije upisane hipoteke na brodu treba pribaviti suglasnost vjerovnika prije upisane hipoteke na brodu za preuzimanje broda u posjed (čl. 226 PZ-a).

²⁸ Pod pojmom *uzgrednosti broda* podrazumijevamo vrijednosni ekvivalent štete tj. umanjenje vrijednosti broda zbog oštećenja ili djelomičnog gubitka. Time se jača pozicija hipotekarnog vjerovnika koji bi zbog oštećenja broda mogao doći u nepovoljniju poziciju. Uvjet za prostriranje hipoteke na navedene *uzgrednosti* jest da oštećenja ili gubici nisu popravljani.

materijalna oštećenja koja je brod pretrpio, 2) tražbine po osnovi zajedničke havarije, ako se ona odnose na još nepopravljena materijalna oštećenja broda (čl. 229 PZ-a). Hipoteka na brodu prostire se i na naknadu iz osiguranja broda koja pripada vlasniku broda ako nije drugačije ugovoreno (čl. 231, st. 1 PZ-a).²⁹ Hipoteka na brodu ne prostire se na vozarinu, prevozninu, tegljarinu i zakupninu ni na nagrade za obavljeno spašavanje na moru, ako nije drugačije ugovoreno (čl. 230 PZ-a).³⁰

Na hipoteci na brodu može se, na temelju ugovora, osnovati *nathipoteka* u korist treće osobe, uz iste uvjete kao i kod hipoteke (čl. 227, st. 1 PZ-a). U tom slučaju, hipotekarni dužnik mora namiriti svoj dug hipotekarnom vjerovniku samo uz pristanak nathipotekarnog vjerovnika ili ako dužnu svotu položi u sud. Ako hipotekarni dužnik tako ne postupi, hipoteka na brodu ostaje na snazi za tražbine nathipotekarnog vjerovnika (čl. 227, st. 2 PZ-a). Hipotekarni vjerovnik može preuzeti posjed broda i iskorištavati ga i/ili ga prodati izvansudskim putem samo uz pisano odobrenje nathipotekarnog vjerovnika (čl. 227, st. 3 PZ-a), a ugovor zaključen protivno navedenoj odredbi je ništavan (čl. 227, st. 4 PZ-a)

Hipoteka na brodu može se za jednu istu tražbinu upisati nepodijeljeno na dva ili više brodova ili brodova u gradnji ili na dvije ili više hipotekarnih tražbina (*zajednička hipoteka*), a vjerovnik je ovlašten tražiti namirenje cijele tražbine iz svakoga pojedinog broda na kojem postoji hipoteka (čl. 238 PZ-a).

Hipoteka na brodu *prestaje*: 1) brisanjem hipoteke, 2) prodajom broda u ovršnom ili stečajnom postupku, 3) izvansudskom prodajom broda, 4) proglašenjem broda pomorskim plijenom, odnosno ratnim plijenom na moru (čl. 236 PZ-a). Hipoteka na brodu ne prestaje promjenom vlasnika broda, osim ako PZ-om nije drukčije određeno (čl. 219, st. 4 PZ-a).

²⁹ Hipoteka na naknadu iz osiguranja prestaje ako osiguratelj isplati naknadu prije nego što ga hipotekarni vjerovnik obavijesti o postojanju hipoteke na brodu (čl. 231, st. 2 PZ-a). Ali, ako je osiguratelj bio obaviješten o postojanju hipoteke na naknadi iz osiguranja, onda ne smije naknadu isplatiti osiguraniku bez pristanka hipotekarnog vjerovnika (čl. 231, st. 3 PZ-a). Ako to ipak učini, odgovara hipotekarnom vjerovniku za štetu – vidi općenito o osiguranju broda Dragan Bolanča, *Pravo osiguranja Republike Hrvatske*, Pravni fakultet, Split, str. 68–70.

³⁰ To je logično, jer hipotekarni dužnik brodom privređuje i tako stječe sredstva za isplatu duga zbog kojega je brod založen.

Prisilna sudska hipoteka na brodu³¹

Kao što je već naprijed navedeno, hipoteka na brodu može nastati i „sudskom odlukom“, a zakonodavac je naziva prisilna sudska hipoteka (čl. 220, st. 1 PZ-a).³² Ova vrsta hipoteke jest sredstvo osiguranja novčane tražbine hipotekarnog vjerovnika, pa se na ovo osiguranje na odgovarajući način primjenjuju odredbe *Ovršnog zakona* (dalje – OZ)³³ o osiguranju prisilnim zasnivanjem založnog prava na nekretnini, ako PZ-om nije drugačije određeno (čl. 932, st. 2 PZ-a). Na osnovi ovršne isprave kojom je utvrđena novčana tražbina predlagatelj osiguranja³⁴ ima pravo tražiti osiguranje te tražbine zasnivanjem prisilne sudske hipoteke na brodu protivnika osiguranja³⁵ (čl. 932, st. 1 PZ-a). Osnivanje prisilne sudske hipoteke obavlja se *uknjižbom* na brodovima upisanim u upisnik brodova (čl. 933, st. 1 PZ-a) ili *pljenidbenim popisom broda* na brodovima koji nisu upisani u upisnik brodova (čl. 933, st. 2 PZ-a).³⁶

PZ uređuje i *predbilježbu sudske hipoteke* kao jednu od prethodnih mjera kojima se može osigurati novčana tražbina predlagatelja osiguranja (čl. 946 PZ-a). Svaka prethodna mjera, pa tako i predbilježba sudske hipoteke na brodu, određuje se na temelju: 1) odluke domaćeg suda ili upravnog tijela koja nije postala ovršna, 2) nagodbe zaključene pred domaćim sudom ili upravnim tijelom ako tražbina koja je u njoj utvrđena još uvijek nije dospjela, 3) domaće javnobilježničke isprave ako tražbina koja je u njoj utvrđena još uvijek nije dospjela (čl. 943, st. 1 PZ-a). Sud će na temelju navedenih isprava odrediti prethodnu mjeru ako predlagatelj osiguranja učini vjerojatnom opasnost da bi se bez tog osiguranja onemogućilo ili znatno otežalo ostvarenje tražbine (čl. 943, st. 2 PZ-a).³⁷ Provedbom prethodne mjere predlagatelj osiguranja

³¹ Detaljnije Jasenko Marin, *Pravno uređenje hipoteke na brodu u Republici Hrvatskoj*, „Poredbeno pomorsko pravo“, Zagreb, br. 159, 2005, str. 34–35.

³² PZ 94. upotrebljavao je izraz „presuda suda“, što je bilo pogrešno. Naime, hipoteka na brodu ne može nikada nastati presudom, nego rješenjem suda, što je posebna vrsta sudske odluke različite od presude. Ako se za stvaranje isprave koja je temelj za osnivanje sudske hipoteke traži aktivnost suda, radi se o sudskoj hipoteci. Naravno, sudska hipoteka ne nastaje samom sudskom odlukom, nego je potreban i upis hipoteke u upisnik, a taj se upis provodi na temelju sudske odluke. Tim upisom osnovana je hipoteka.

³³ Vidi “Narodne novine RH”, br. 112/12 i 93/14. Podrobnije o OZ-u Gabrijela Mihelčić, *Komentar Ovršnog zakona*, Organizator, Zagreb, 2015, str. 1–1194.

³⁴ Predlagatelj osiguranja označava osobu koja je pokrenula postupak radi osiguranja neke tražbine, te osobu u čiju je korist taj postupak pokrenut po službenoj dužnosti (čl. 2, toč. 3 OZ-a).

³⁵ Protivnik osiguranja označava osobu protiv koje se tražbina osigurava (čl. 2, toč. 5 OZ-a).

³⁶ Ovo osnivanje prisilne sudske hipoteke upisuje se u privremeni upisni list (čl. 933, st. 3 PZ-a).

³⁷ Ovdje se rado i tzv. objektivnoj opasnosti, pa nije potrebno da ta opasnost potječe od protivnika osiguranja. PZ u čl. 944 nabraja šest slučajeva kod kojih se pretpostavlja da postoji potrebna objektivna opasnost.

stječe založno pravo na predmetu osiguranja (čl. 946, st. 3 PZ-a). Ovo se osiguranje provodi predbilježbom u upisnik brodova u koji je upisan brod (predmet osiguranja), odnosno pljenidbenim popisom, ako se radi o brodu koji nije upisan u upisnik brodova, a njihov je učinak istovjetan učinku uknjižbe (pljenidbenog popisa) kod osiguranja uknjižbom sudske hipoteke. Međutim, za razliku od uknjižbe sudske hipoteke, predbilježba sudske hipoteke je vremenski ograničena trajanja (čl. 948 PZ-a), a osnovana je pod uvjetom opravdanja te predbilježbe, jer je potrebno da predlagatelj osiguranja ishodi perfektu ovršnu ispravu.³⁸

Dobrovoljna sudska hipoteka na brodu

PZ izričito ne uređuje ovakvu mogućnost zasnivanja hipoteke (premda je spominje u čl. 848), ali je dobrovoljna sudska hipoteka na brodu, ipak moguća uz odgovarajuću podrednu primjenu odredaba OZ-a (čl. 261–268). Pravni temelj za nastanak hipoteke u ovom slučaju jest *sporazum stranaka* sklopljen pred sudom i uobličен u sudski zapisnik o postojanju i dospijeću tražbine koja se želi osigurati, te o tome da se radi osiguranja tražbine zasnjuje hipoteka na brodu. Potpisani sudski zapisnik ima snagu sudske nagodbe, a to znači da je tražbina utvrđena u zapisniku ovršna od trenutka dospijeća.³⁹ Na temelju sporazuma sud donosi rješenje o određivanju osiguranja uknjižbom hipoteke na brodu, te ovo rješenje dostavlja nadležnoj lučkoj kapetaniji koja vrši uknjižbu hipoteke. Uknjižba je način (*modus*) stjecanja hipoteke, jer je provedbom uknjižbe predlagatelj osiguranja stekao hipoteku na brodu.

Privilegiji na brodu

Privilegiji na brodu predstavljaju drugi oblik založnog prava na brodu. *Privilegiji na brodu*⁴⁰ su određene tražbine koje nastaju u vezi s plovidbom i iskorištavanjem broda, a zakonodavac im daje povlašteni tretman, jer

³⁸ Vrijeme za koje se prethodna mjera određuje može trajati najdulje do proteka petnaest dana nakon nastupanja uvjeta za ovrhu (čl. 948, st. 2 PZ-a).

³⁹ Ne bude li tražbina o dospijeću namirena, predlagatelj osiguranja (hipotekarni vjerovnik) može ishoditi ovrhu već na temelju tog zapisnika, jer je zapisnik sa snagom sudske nagodbe ovršna isprava.

⁴⁰ Zakonske odredbe o privilegijima na brodu ne odnose se na javne brodove (čl. 251 PZ-a). Detaljnije o privilegijima na brodu vidi Josip Brstilo, *Pomorski privilegiji*, „Pomorski zbornik“, Rijeka, br. 38, 2000, str. 223–242., Gordan Stanković, Maja Dotlić, *Croatia (Law and Practice)*, „Chambers Global Practice Guides - Shipping“, London, 2017, str. 51–55.

imaju *prednost u naplati* pred svim drugim pravima, pa i pred hipotekarnim vjerovnicima. Pomorski privilegiji na brodu djeluju prema vlasniku, zakupcu ili brodaru broda u odnosu na kojega je tražbina nastala, a postoje za sljedeće tražbine: 1) tražbine za plaće i druge iznose koji se duguju zapovjedniku broda, časnicima i drugim članovima posade u svezi s njihovim zaposlenjem na brodu, uključujući troškove povratnog putovanja i doprinose za socijalno osiguranje koji se plaćaju u njihovo ime,⁴¹ 2) tražbine za smrt ili tjelesne ozljede koje su se dogodile na kopnu ili moru u neposrednoj vezi s iskorištavanjem broda,⁴² 3) tražbine s naslova nagrade za spašavanje broda, 4) tražbine za lučke naknade, troškove plovidbe kanalima i drugim plovnim putevima, te troškove peljarenja, 5) tražbine po osnovi izvanugovorne odgovornosti za materijalne gubitke ili oštećenja prouzročena uporabom broda, izuzev gubitka ili oštećenja tereta, kontejnera i putničkih stvari koje se prevoze brodom (čl. 241, st. 1 PZ-a). Privilegirane tražbine imaju red prvenstva prema redosljedu kojim su navedene u čl. 241 (čl. 245, st. 1 PZ-a). Za postanak pomorskog privilegija i pravne učinke koji iz tog prava slijede prema trećim osobama nije potreban upis u upisnik brodova (čl. 214, st. 2 PZ-a). Pomorski privilegiji prostiru se na pripadak broda (čl. 241, st. 3 PZ-a), a ne odnose se na tražbine koje se vlasniku broda duguju na osnovi ugovora o osiguranju (čl. 244 PZ-a). Privilegiji na brodu *prestaju*: 1) utrućem tražbine osigurane privilegijem, 2) protekom jedne godine, 3) prodajom broda u ovršnom ili stečajnom postupku, 4) osnivanjem fonda ograničene odgovornosti za tražbine osigurane privilegijem na brodu koje su podvrgnute ograničenju odgovornosti (čl. 246, st. 1), te proglašenjem broda pomorskim plijenom, odnosno ratnim plijenom na moru (čl. 246, st. 2 PZ-a). Međutim, oni ne prestaju promjenom vlasnika ili upisa ili zastave broda, ako PZ-om nije drugačije određeno (čl. 243 PZ-a), niti prestaju brisanjem broda iz upisnika brodova (čl. 250 PZ-a).

Zaključak

Materija hipoteke na brodu vrlo je složen pomorskopravni institut, neizmjenno važan za funkcioniranje i financiranje pomorskog poduzetništva. Upravo zbog toga je bitno da svaka zemlja ima sustavno, logično i

⁴¹ Ove su tražbine osigurane i prema poslodavcu. Poslodavac je osoba koja je s pomorcem zaključila/sklopila ugovor o radu u svoje ime (čl. 5, toč. 35 PZ-a).

⁴² Ove su tražbine osigurane i prema poslodavcu i prema poslovođu broda. Poslovođa broda jest fizička ili pravna osoba koja upravlja poslovanjem i/ili tehničkim održavanjem broda i/ili popunjavanjem posade (čl. 5, toč. 33 PZ-a).

prepoznatljivo pravno uređenje hipoteke na brodu koje slijedi općeprihvaćene svjetske standarde. To je osobito važno za Republiku Hrvatsku kao zemlju deklarirane pomorske orijentacije. Dinamika svjetskog broderskog poslovanja, potreba prilagodbe svjetskim standardima radi opstanka u tržišnoj utakmici, kao i nužnost stvaranja kvalitetnije pravne podloge za investiranje u hrvatsko brodarstvo, tražili su modernija zakonska rješenja. U tom svjetlu valja razmatrati izmjene uređenja hipoteke na brodu sadržane u Pomorskom zakoniku iz 2004. godine. Ovlasti hipotekarnog vjerovnika u pogledu namirenja tražbine su sudska prodaja broda, izvansudska prodaja broda, te preuzimanje posjeda i iskorištavanje broda. Sve navedene ovlasti hipotekarnog vjerovnika propisane su kao zakonske uz mogućnost ugovornog isključenja neke ili nekih od njih. Posebnu pažnju privlači novo zakonsko rješenje u pogledu uvođenja zakonske ovlasti hipotekarnog vjerovnika na namirenje hipotekom osigurane tražbine putem izvansudske prodaje broda. Radi se o svojevrsnoj inovaciji u uređenju stvarnih prava na brodovima, jer izvansudska prodaja broda nije bila dopuštena prije stupanja na snagu spomenutog zakonika iz 2004. godine. Međutim, njegove su odredbe tek zakonski okvir za kvalitetno uređenje ove osjetljive materije, jer sudska praksa ima vrlo važnu ulogu u realizaciji izvansudske prodaje broda, posebice u cilju sprečavanja mogućih zlouporaba ove vjerovnikove ovlasti.

Literatura

Bolanča, D., Luttenberger A., *Some Views on the New Croatian Maritime Code*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 1–2, 1995.

Bolanča, D., *The New Croatian Maritime Code*, “Acta Juridica Hungarica”, Budapest, No. 1-2, 1997.

Bolanča, D., *Prometno pravo Republike Hrvatske*, Pravni fakultet, Split, 2016.

Bolanča, D., *Hrvatsko plovidbeno upravno pravo*, Pravni fakultet, Split, 2015.

Bolanča, D., Primorac Ž., *Upisnici (registri) plovila u Zakonu o unutaršnjoj i pomorskoj plovidbi Federacije Bosne i Hercegovine iz 2005. godine*, Zbornik radova “Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, Mostar, br. 6, 2008.

- Bolanča, D., *Upisnici (registri) plovila u bosansk-hercegovačkom plovidbenom zakonodavstvu*, „Правна ријеч“, Банја Лука, бр. 36, 2013.
- Bolanča, D., *Pravo osiguranja Republike Hrvatske*, Правни факултет, Сплит
- Brstilo, J., *Pomorski privilegiji*, Pomorski zbornik, Rijeka, бр. 38, 2000.
- Crnić, I., *Zakon o obveznim odnosima (napomene, komentari, sudska praksa i prilozi)*, Organizator, Zagreb, 2006.
- Čulinović, Herc E., *Zalaganje pokretnih stvari bez gubitka posjeda*, Zbornik radova „Zaštita vjerovnika“, Opatija, 1994.
- Gavella, N., *Založno pravo*, Правни факултет, Zagreb, 1992.
- Gavella, N., Josipović T., Gliha I., Belaj V., Grabovac I., *Pomorski zakonik s pojmovnim kazalom*, Informator, Zagreb, 1994.
- Grabovac I., *Suvremeno hrvatsko pomorsko pravo i Pomorski zakonik*, Književni krug, Split, 2005.
- Hlača, V., *Hipoteka na brodu u hrvatskom pomorskom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, бр. 2, 2006.
- Marin, J., *Pravno uređenje hipoteke na brodu u Republici Hrvatskoj*, “Поредбено поморско право“, Zagreb, бр. 159, 2005.
- Marin, J., *Registri plovnih objekata i zrakoplova*, Zbornik radova sa savjetovanja „Hrvatsko registarsko pravo“, Zagreb, 2006.
- Medić, D., *Pravo obezbjeđenja potraživanja*, Panevropski univerzitet „Apeiron“, Банја Лука, 2013.
- Mihelčić, G., *Komentar Ovršnog zakona*, Organizator, Zagreb, 2015.
- Pavić, D., *Pomorsko imovinsko pravo*, Književni krug, Split, 2006.
- Radović, Zoran, *Hipoteka na brodu*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1986.
- Stanković, G., *Međunarodna konvencija o pomorskim privilegijima i hipotekama iz 1993. godine*, „Uporedno pomorsko pravo“, Zagreb, бр. 1–4, 1995.
- Stanković, G., *Hrvatska pomorska hipoteka u svjetlu nadolazećih izmjena Pomorskog zakonika*, “Vladavina prava”, Zagreb, бр. 1, 1979.

Stipković, Z., *Stvarno pravo*, svezak drugi, Narodne novine, Zagreb, 2007.

Stanković, G., Dotlić M., *Croatia (Law and Practice)*, „Chambers Global Practice Guides - Shipping“, London, 2017.

Tetley, WI., *Maritime Liens and Claims*, International Shipping Publications, Second Edition, Montreal, 1998.

Žuvela, M., *Vlasničkopravni odnosi*, Organizator, Zagreb, 2005.

REGULATION OF SHIP HYPOTHEQUE IN THE REPUBLIC OF CROATIA

Dragan Bolanča, PhD*

Summary

This paper represents an analysis of the Croatian law regulating the institute of ship hypothec. In this context, the author points out changes in national law which are introduced by 2004 Croatian Maritime Code (2004 CMC). The most important innovation – creditor’s power concerning private sale of the mortgaged ship – is particularly elaborated. The Croatian Navigation and Ports in Internal Waters Act (2007) accepts the solutions of CMC.

Key words: *Republic of Croatia, ship hypothec, mortgage, judicial sale of ship, private (out of court) sale of ship*

* Faculty of Law of the University in Split

ПОЈАМ СЛУЖБЕНОСТИ И ЊИХОВ ПРЕСТАНАК ЛИБЕРАТОРНОМ УЗУКАПИЈОМ

Др Илија Бабић*

Резиме: Службеност (*servitus*) јесте стварно право чији ималац је овлашћен да у одређеном обиму користи туђу ствар (послужно добро) и да од власника захтева да ту ствар не употребљава на одређени начин, што би, да није основана службеност, то могао чинити. Може се поделити на стварне (*servitutes praediorum*) и личне (*servitutes personarum*). Стварне службености постоје у корист свакодобног власника повласног добра. Личне службености се оснивају у корист одређеног – физичког или правног лица (осим права становања које се може установити само за физичко лице).

Због невршења права службености настаје либераторна узупација (*usucapio libertatis*) или застарелост. *Usucapio libertatis* има за последицу престанак стварних службености – власник послужног добра противи се њеном вршењу, а власник повласног добра трију узастопних година није вршио своје право. Рок од три године се рачуна од тренутка: 1) кад се власник послужног добра успротивио вршењу службености од стране њеног титулара или 2) кад се власник послужног добра, који је дужан да се уздржава од предузимања радњи (које спречавају или ометају службеност), предузме такве радње, а титулар службености је ту забрану прихватио.

Личне службености могу престати невршењем, на основу аналогне примене члана 58 ЗОСПО, с обзиром на то да овај начин престанка личних службености није регулисан позитивним правом, а није уређен ни правним правилима раније важећих законика.

* Факултет правних наука Паневропског универзитета Апеирон, Пере Креце бр. 13, Бања Лука, e-mail: babic.ilija@yahoo.com

Кључне речи: *невршење службености, престанак службености, usucapio libertatis, престанак службености невршењем, службености у римском праву.*

I. Појам службености

Службеност (*servitus, servitutes*)¹ jeste стварно право чији ималац је овлашћен да у одређеном обиму користи туђу ствар и да од сопственика захтева да ту ствар не употребљава у одређеној садржини и обиму или на одређени начин, што би, да није основана службеност, то могао чинити.² Ова дефиниција има у виду стварне и личне службености и због тога није свеобухватна. Највећим делом одређује битна обележја стварних службености, али не увек и личних службености. Предмет личних службености јесу најчешће непокретне и покретне ствари, али то могу бити и друга разна преносива имовинска права као што су: овлашћења из ауторских и сродних права, право на патент, плодуюживање на потраживањима из хартија од вредности, из акција, плодуюживање на уделу привредног друштва, ренти итд.³

Ако је предмет службености ствар, она је ограничена правом својине сопственика у одређеном обиму и садржини. Када је објекат службености неко друго преносиво имовинско право, службеност основана на њему ограничава имаоца тог права.

Послужно добро може бити оптерећено са више службености исте или различите врсте.⁴ Сопственик послужног добра овлашћен је

¹ Европско континентално право преузело је рецепцијом из римског права институт службености. Латински назив за службености јесу *servitutes*, од латинске речи *servire* – служити.

² Станковић, О., *Службености, одредница у Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада*, том трећи, Службени лист СФРЈ, Београд, 1978, страна 118; Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V. i Stipković, Z., *Stvarno pravo*, svezak 2, prvi dio, Narodne novine, Zagreb, 2007, str. 5; Медић, Д., *Ново стварно право Републике Српске*, Паневропски универзитет Апеирон, Бања Лука, 2016, стр. 324.

Параграф 331 Српског грађанског законика из 1844 (СГЗ) одређује: „Службеност уопште јесте неко бреме, којим се уживање чијег права сопствености (имовине) ограничава тако, да је овај дужан на корист другога, коме право припада, у својој ствари нешто трпети, и ономе допустити, или не учинити, што би иначе чинити право имао“.

Члан 1919 Преднацрта Грађанског законика Србије – Преднацрт (од 29. маја 2015) не дефинише службеност као општи институт него посебно стварне службеносна – у члану 1919, а личне службености у члану 1963 Преднацрта.

³ Лазић, М., *Личне службености*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2000, стр. 13 и 14.

⁴ Параграф 347 СГЗ одређује: „Једна ствар може не само једном но и неколицини служити, само ако онај, који је право исто пре добио, с тим уштрба не трпи“. Исто решење усвојио је и члан 152

да га употребљава на исти начин као ималац права службености.⁵ У том случају настаје и обавеза сопственика повласног добра да „у мери своје употребе сноси трошкове око одржавања добра“.⁶ Члан 50 став 3 ЗОСПО је регулисао ову правну ситуацију: „Ако уређај или радња служи интересима власника послужног добра, трошкове одржавања тог уређаја и трошкове предузимања те радње снесе, сразмерно користи коју имају, власник повласног и власник послужног добра“.

Ималац (титулар) права службености има стварно право на туђој ствари (*iura in re aliena*).⁷ Сопственик ствари или ималац неког другог имовинског права оптерећен је службеношћу – стварноправним теретом који му намеће обавезу да нешто трпи или пропушта.⁸

Службености се могу стећи на основу уговора, тестаментa, одржаја, одлуке суда или другог надлежног органа и на основу закона (в. члан 1934 и члан 1969 Преднацрта).

Према начину како је одређен ималац права службености, оне се могу разврстати на стварне (*servitutes praediorum*) и личне (*servitutes personarum*).

Стварне службености постоје у корист свакодобног сопственика повласног добра (*Servitus fundo utilis esse debet – Sec. Ulpianus – D.8, 3, 5 – Службеност мора да користи повласном добру*). Оне постоје у истом обиму и садржини и ако се промени сопственик повласног добра. Нови сопственик повласног добра стиче право стварне службености, а ранији је губи. На послужном добру службеност постоји као терет за свагдашњег сопственика. Послужно и повласно добро не морају граничити као што се то захтевало у римском праву.⁹ Ако послужно добро

Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору из 1888. године: „Власник добра у ком је укоријењено нечије право послужја може дати тако исто право и кому другоме, уколико се тиме не крње права оних који су је прије стекли“.

⁵ Марковић, Л., *Грађанско право – општи део и стварно право*, Народна самоуправа, Београд, 1927, стр. 443; Станковић, О., *н. д.*, стр. 119.

⁶ Марковић, Л., *н. д.*, стр. 443.

⁷ *Nemini res sua servit* (Paulus – D.8, 2, 26) – Нико не може имати службеност на својој ствари, Стојчевић, Д., Ромац, А., *Dicta et regulae iuris*, Савремена администрација, Београд, 1989, стр. 307.

⁸ Рајаџић Ђ., *Стварно право – умножено као рукопис за потребе студената*, Загреб, 1956, стр. 347.

⁹ То је недвосмислен став судске праксе: „Стварне службености се увек односе на непокретности и представљају везу између две непокретности, при чему није неопходно да су повласно и послужно добро једно уз друго, већ између њих треба да буде успостављена веза путем економске повезаности тих добара, тако да се успостављањем терета, на послужном добру, остварује корист за повласно добро“, одлука Врховног суда Србије, Гзз. 321/77, наведена код Субић, М., „Стварне службености са посебним освртом кроз судску праксу“, *Закон и судска примена закона*, Удружење правника Србије, Београд, 2005, страна 188.

стекне нови власник, он са правом својине (послужног добра) стиче и терет службености, а ранији сопственик престаје да је трпи (сноси).

Личне службености оснивају се у корист одређеног – физичког или правног лица (осим права становања које се може установити само за физичко лице) и за предмет имају само послужно добро. Ималац (титулар) личне службености користи на одређени начин послужно добро без исцрпљивања његове супстанце. Стога је искључена могућност да се лична службеност оснује као негативна службеност.¹⁰

Службености могу бити установљене и као неправилне. Сопственик послужног добра (послужне непокретности) може установити службеност, која има садржину стварне службености у корист одређеног лица (уместо у корист свакодобног сопственика повласног добра). У том случају, на одговарајући начин се примењују правила о личним службеностима. Терет доказивања да у конкретном случају постоји неправилна, а не стварна службеност сноси лице које то тврди (види члан 1962 Преднацрта).

Службености се деле на оне са накнадом (када је ималац права службености дужан плаћати власнику послужног добра накнаду) и без накнаде, праве и привидне (ако су уступљене имаоцу права службености до опозива), пољске и кућне, сезонске, за редовне и за изузетне потребе, тзв. законске или индустријске службености (у ствари, ограничења права својине). Могу се, такође, могу разврстати и на други начин: по садржини (позитивне и негативне), трајању (трајне и повремене), видљивости (видљиве и невидљиве) итд.¹¹

Престанак права службености најчешће наступа: због пропасти ствари, одрицања од стране имаоца права службености, одржајем од стране трећег лица, истеком рока ако је њено трајање ограничено роком или зависно од раскидног услова који је наступио, сједињењем (код плодоуживања консолидацијом) – спајањем права службености и права својине у истом лицу, смрћу титулара личне службености или престанком правног лица (стварне службености не престају смрћу или престанком правног лица имаоца права службености) и укидањем одлуком суда или органа управе. Осим тога, иако је право службености стварно право, оно ипак може престати на специфичан начин – невршењем током одређеног времена.

¹⁰ Станковић, О., *н. д.*, стр. 134.

¹¹ Планојевић, Н., *Стварно право у пракси*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2012, стр. 233; Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V., Stipković, Z., *н. д.* стр. 13. и 14; Станковић, О., стр. 121–123.

II. Разграничење

С обзиром на то да стварна службеност оптерећује непокретно послужно добро, она подсећа на реални терет и суседско право. Суседска права и реални терет су, као и стварне службености, терет на непокретности – стварно право на туђој ствари. У неким правима се не прави разлика између службености и суседских права те се, као у француском праву, суседска права сврставају у једну врсту службености.¹² Суседска права такође делују апсолутно према свим власницима послужне (оптерећене) и повласне непокретности.

Стварне службености се разликују од суседских права. Службеност на послужном добру смањује његову употребну вредност (а повећава вредност повласног добра) коју би имало без тог терета. Такав случај није са суседским правом које представља узајамно оптерећење сопственика суседних непокретности. Ограничења по основу суседских права проистичу из закона, а по правилу, „праве“ стварне службености настају вољом сопственика суседних земљишних парцела или на основу обичаја.¹³ Поједина суседска права намећу сопственику послужног добра да предузима неке радње. Према правилима суседског права, суседи имају међусобна права и обавезе – једно те исто лице као ималац суседне непокретности дужно је да предузима неке радње (на пример, да са своје непокретности не ослобађа имисије или да их ограничи тако да не прелази нормалне границе) али и трпети радње суседа (да сусед пређе на његово земљиште да би ухватио одбеглу животињу или пчеле које се роје).¹⁴ Суседска права представљају опште ограничење права својине које настаје на основу чињеница одређених законом и оно се не уписује у земљишни регистар. Супротно томе, службености настају тек уписом у земљишни регистар.¹⁵

Сличност права службености и права реалног терета проистиче из чињенице што су оба права ограничена стварна права на туђој ствари.

¹² Пак, Ј., „Суседска права“, *Промене стварног права у Србији*, Институт за упоредно право, Београд, 2005, стр. 141.

¹³ Пак, Ј., *н. д.*, стр. 141.

¹⁴ Члан 1903 Преднацрта ГЗ предвиђа: „У суседским односима сваки сопственик непокретности је дужан да се понаша као разуман и пажљив човек и да поступа са свим потребним обзирима према правима и интересима својих суседа. Он не сме у односима са суседима да злоупотребљава своје право својине и да им тиме причињава штету. Он је дужан да своје право којим од суседа захтева да они нешто чине (што иначе не би морали да чине) или да нешто трпе, врши у складу са месним обичајима и на начин који ће за њих бити најмање тегобан.“

¹⁵ Пак, Ј., *н. д.*, стр. 141.

Право службености, међутим, обавезује власника послужног добра на нечињење (на трпљење и пропуштање), док право реалног терета обавезује власника оптерећене непокретности на позитивно чињење – да титулару реалног терета нешто даје или чини радње.

II. Службености (*servitutes*) у римском праву

1. Уопште

У римском праву службености (*servitutes*) се означавају као стварна права на туђој ствари (*iura in re aliena*). Она овлашћују свог титулара (имаоца) на одређено коришћење туђом ствари у интересу свакодобног власника непокретности (земљишне или стварне службености – *servitutes praediorum или rerum*) или у интересу одређеног лица (*servitutes personarum*).¹⁶ Тако одређеном јединственом појму службености приближило се тек Јустинијаново право.¹⁷ Класично римско право је изразом *servitutes* обухватало само земљишне службености. Право плодуживања (*ususfructus*), употребе (*usus*), становања (*habitatio*) и коришћења туђег роба или животиње (*operae servorum vel animalium*) у класичном праву била су посебна стварна права на туђој ствари.¹⁸ Ова права је тек посткласично и Јустинијаново право уврстило у службености и личне службености.¹⁹

2. Престанак службености

Службеност је у римском праву могла престати: 1. пропашћу предмета службености (повласног или послужног добра); 2. смрћу односно престанком овлашћеног лица (на овај начин престају личне службености, а *usus* и *ususfructus* престају и после *capitis deminutio*); 3. конфузијом и консолидацијом (стицањем код предијалне службености, у једном лицу право својине на повласном добру и послужном добру);²⁰ 4. одрицањем

¹⁶ Арнтс, Ј. од Арнесберга, *Пандекте или данашње римско право, књига друга Стварно право*, Београд, 1892, стр. 430.

¹⁷ Виле, М., *Римско право*, Плато, Београд 2001, стр. 75; Horvat, М., *Римско право*, Школска књига, Загреб, 1974, стр. 154.

¹⁸ Стојчевић, Д., *Римско приватно право*, Савремена администрација, Београд, 1985, стр. 173.

¹⁹ Horvat, М., *н. д.*, стр. 155.

²⁰ Салковски, К., *Институције с историјом римског права*, Државна штампарија Краљевине Србије, Београд 1894, стр. 302.

титулара службености или на основу уговора;²¹ 5. напуштањем службености и 6. застаревањем.

Сматрају се напуштеним службености које се не врше. Под одређеним претпоставкама оне могу и застарети. *Servitutes praediorum* по старијем римском праву престају невршењем (*non usus*) за две године, а *ususfructus* и *usus* престају невршењем и то на покретне ствари за време од једне године, а на непокретној за време од две године.²² *Servitutes praediorum urbanorum* застаревале су услед невршења од две године и ако је постојала *usucapio libertatis* од стране власника послужног добра – непрекидно држање ствари као фактички слободне од службености тако да је вршење ове службености немогуће.²³

У односу на старо право, Јустинијаново право одредило је дуже рокове застарелости. Од земљишних службености престаје невршењем право пољских службености, право плодуживања (*ususfructus*) и употребе (*usus*). Услед невршења не престаје право становања (*habitatio*) и коришћење туђег роба (*operae servorum*).²⁴ Пољске службености, плодуживање и употреба престају услед невршења за десет година ако су бивши и садашњи држалац у истој општини односно провинцији (*inter praesentes*), а за двадесет година ако су бивши и садашњи држалац у различитим општинама (*inter absentes*). Градске службености састоје се у томе да власник послужног добра нешто не учини те оне престају путем *usucapio libertatis* тако што власник послужног добра поступа супротно праву службености „(нпр. подигне кућу преко одређене висине) и одржава такво стање кроз вријеме потребно за досјелост“.²⁵ Код службености *sevitus tigni immitendi* претпоставља се *usucapio libertatis* ако је зид који је одређен да у њега уђе суседова греда, зазидан – то одговара згради слободној од службености – „па тек у таквом стању да држалац има ту зграду у својој државини 10 односно 20 година“.²⁶

III. Престанак права службености невршењем

Службености су стварна права која делују апсолутно. Стварна права, по правилу, не престају невршењем ако друго лице није то право

²¹ Станојевић, О., *Римско право*, Службени лист СРЈ, Београд 2004, стр. 285.

²² Салковски, К., *н. д.*, стр. 303.

²³ Исто.

²⁴ Horvat, M., *н. д.*, стр. 164.

²⁵ Исто.

²⁶ Аранђеловић, Д., *Предавања из римског права*, Геца Кон, Београд, 1938, стр. 200.

стекло одржајем. Изузетак – да невршењем престаје стварно право – карактеристичан је за службености. Правни стандард невршења службености конкретизује се зависно од предмета и садржине службености. Тако право службености пролаза колским путем не врши се ако ималац (титулар) те службености не провози кола (и друга возила обухваћена тим изразом) за време предвиђено законом, него путем иде пешке (право службености да иде пешке путем тада неће престати). Невршење права службености настаје и у случају када власник послужног добра предузима радње иако је дужан да се од њих уздржава, а власник повласног добра се томе не противи – не врши своје право службености.²⁷ Када је власник послужног добра дужан да се уздржи од активног понашања – да не сади висока стабла поред међе – ималац права службености не врши своје право ако се томе није успротивио и заштитио своје право.

У нашем праву невршење права службености испољава се као либераторна узукација и застарелост. Поједини законици предвиђају иста правила за либераторну узукацију и застарелост односно не праве разлику између ова два института која су у ствари блиска (заједничка су, тако, правила о прекиду невршења службености, застоју и урачунавању времена итд.).

Француски грађански законик из 1804. године (ФГЗ) у члану 706 прописује да службеност престаје некоришћењем за време од тридесет година. У француској правној науци истакнут је императивни карактер ове одредбе – да рок од тридесет година невршења службености који доводи до њеног престанка не може бити скраћен.²⁸

IV. Престанак службености услед либераторне узукације

1. Појам и садржина

За стварна права важи правило да не могу престати невршењем односно да не могу застарети. Изузетак од овог правила примењује се на службености као акцесорна права. Она могу престати услед невршења односно застарети. На тај начин се усклађује фактичко и правно стање и постиже правна извесност. У старијој правној науци, још док је на снази био СГЗ, истакнуто је: „...службености, како личне тако и стварне, могу

²⁷ Стојановић, Д., *Стварно право*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 1998, стр. 190.

²⁸ Chamoulaud, T. A., *Droits des biens*, Bréal, Rosny-sous-Bois cedex, Bréal, 2007, стр. 160.

се прибавити застарелашћу; али се оне исто тако могу застарелашћу, неупотребом, и изгубити“.²⁹

Либераторну узукапију (*usucapio libertatis*) и њене последице регулисао је члан 58 став 1 Закона о основама својинскоправних односа – ЗОСПО³⁰: „Стварна службеност престаје ако се власник послужног добра противи њеном вршењу, а власник повласног добра три узастопне године није вршио своје право“. На овај начин престају позитивне али и негативне службености.³¹ Власник послужног добра се понаша слободно као да службеност не постоји. Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору из 1888. у члану 861 став 2 овакво понашање власника послужног добра назвао је одржајем слободе. Српско право је институт либераторне узукапије преузело из Општег аустријског грађанског законика из 1811. (ОАГЗ): „Право служности застарује по неизвршавању, ако страна обавезна трпити служност, противи се извршавању, а страна, имајућа право служности, није извршивала права тога у три године непрекидно, слидеће“ (параграф 1488). То проистиче из параграфа 938 Српског грађанског законика из 1844. (СГЗ): „Тако и онај, који мисли да права има на службеност, па се господар добрам (тј. баштиник) противи, ако за три године тог права не ужива, застариће му право, и он га губи“.

Службеност титулара службености на послужном добру може престати на овај начин ако се власник послужног добра противи вршењу службености од стране њеног титулара. При томе власник послужног добра може дозволити коришћење те службености трећем лицу, а успротивити се вршењу службености титулару те службености. Противљење власника послужног добра мора бити озбиљно и управљено на искључење вршења и постојања службености. Тако, власник послужног добра, али и лице које је члан његовог домаћинства (укључујући и малолетну децу), може упућивати претње титулару службености или члану његовог домаћинства речима, оружјем или оруђем. У животу власник послужног добра некада почини прекршај или кривично дело, што није услов да би испољио своје противљење за вршење службености. Противљење вршењу службености може произлазити из понашања власника послужног добра: ископао је канал преко пута, пут је узорао,

²⁹ Перић, Ж., *Специјални део грађанског права, I Стварно право*, Народна штампарија, Београд 1920, стр. 312.

³⁰ „Службени лист СФРЈ“, бр. 6/80 и 36/90 и „Службени лист СРЈ“, број 29/96.

³¹ Позитивне службености овлашћују власника повласног добра да употребљава повласно добро на одређени начин (акти чињења), а обавезују власника послужног добра на трпљење. Негативне службености овлашћују титулара службености да забрани одређено чињење власника послужног добра који је обавеза на нечињење – Станковић, О., *н. д.*, стр. 121.

засадио је воће или поврће на месту где је био пут; оградио је бунар са кога је титулар службености узимао воду итд. Власник послужног добра се мора озбиљно и јасно успротивити коришћењу одређене службености.³²

Кад је основана службеност која се може вршити у било које доба рок од три године (потребан за престанак службености на овај начин) почиње тећи од задње радње којим се таква службеност вршила.³³ Ако је службеност таква да се може извршавати у одређеној сезони (на пример, у лето или јесен) ток рока почиње од тренутка када је службеност могла да се врши, а титулар службености је није вршио јер га је у томе спречио власник послужног добра. Позитивна службеност престаје ако се власник послужног добра противи вршењу службености, а титулар службености трију узастопних година не користи службеност. Невршење негативне службености настаје у случају да власник послужног добра, који је дужан да се уздржава од предузимања радњи које спречавају или ометају службеност, предузме такве радње, а титулар службености је ту забрану прихватио.³⁴

Власник послужног добра не мора бити савестан кад се успротивио вршењу службености. Ако се службеност укине, то настаје кривицом титулара службености с обзиром на то да са сагласио са противљењем власника послужног добра.³⁵ Титулар службености је овлашћен да штити стечену службеност упркос противљењу власника послужног добра. Он може предузети дозвољену самопомоћ – поново поставити олуке за одвод кишнице, затрпати канал који је власник послужног добра ископао преко пута, уклонити браву која је постављена на капији на улазу или излазу са пута итд. Најпоузданији начин заштите службености јесте покретање против власника послужног добра парнице. Титулар службености може поднети тужбу за сметање државине с обзиром на то да је држалац права службености. Сметање права службености настаје и ако су у вршењу права службености ометена или спречена и лица која користе послужно добру у интересу власника тог добра или по његовом овлашћењу.³⁶ Ако власник послужног добра оспорава постојање службе-

³² Бабић, И., Медић, Д., Хашић, Е., Повлакић, М., Велић, Л., *Коментар Закона о остварним правима Републике Српске*, Привредна штампа, Сарајево, 2011, стр 642.

³³ Rušnov, A., *Tumač Obćem austrijskom građanskom zakonu*, knjiga druga, Knjižara Lav. Hartmana, Zagreb 1891, str. 847.

³⁴ Лазаревић, Д., *Службености и суседска права*, Пословни биро, Београд, 2011, стр. 202.

³⁵ Медић, Д., *н. д.*, стр. 359; Лазаревић, Д., *н. д.*, стр. 202.

³⁶ „Право стварне службености пролаза постоји ради омогућавања коришћења повласног добра

ности, титулар службености може поднети тужбу за утврђење постојања права службености или тужбу *actio confesoria*.³⁷ Подношењем било које од ових тужби од стране титулара права службености или вршењем права службености од стране њеног титулара, прекида се ток рока од три године.

Уколико је донесено правноснажно решење о сметању права службености или правноснажна пресуда али титулар службености у извршном поступку није захтевао увођење у државину службености односно повраћај у пређашње стање, службеност престаје невршењем службености ако је титулар три узастопне године није вршио. Сматрамо да је прекид на основу правноснажне и извршне судске одлуке престао истеком партиционог рока за њено добровољно извршење. Од тог момента се рачуна трогодишњи рок после кога престаје службеност због противљења власника послужног добра. Рок се, међутим, не прекида ако је власник повласног добра поднео тужбу ради утврђивања да је службеност престаја.³⁸ Осим тужбом, рок се прекида извршавањем садржине права службености.

Рок од три године се рачуна од момента кад се власник послужног добра успротивио вршењу службености од стране њеног титулара.³⁹

Становиште да право службености престаје ако се власник послужне ствари противи њеном вршењу, а титулар ту службеност није извршавао непрекидно три године, усвојена је у члану 241 став 3 Закона о власништву и другим стварним правима Хрватске (ЗВДСП),⁴⁰ члану 257 став 3 Закона о стварним правима Републике Српске (ЗСП),⁴¹ члану 269

неопходним коришћењем послужног добра, тако да право на коришћење стварне службености, осим власнику повласног добра, припада и лицима која повласно добро користе у интересу власника повласног добра и по његовом овлашћењу. Ометање ових лица у вршењу права стварне службености представља и ометање власника повласног добра као држаоца права стварне службености..." (одлука Врховног суда Србије, број Гзз. 196/99 од 26. 4. 2000, Рашовић, З., *Коментар Закона о својинско-правним односима*, I књига, Правни факултет у Подгорици, Подгорица 2009, стр. 1124.

³⁷ Klarić, P., Vedriš, M., *Грађанско право*, Narodne novine, Zagreb, 2009, стр. 333.

³⁸ Рашовић, З., *н. д.*, стр. 1114.

³⁹ Такав став је у судској пракси усвојен пре више деценија: „Према правним правилима имовинског права, право службености пролаза може престати и невршењем у року од 3 године. Тај рок може почети да тече само од момента када се власник послужног добра успротивио пролажењу власника повласног добра“ одлука Врховног суда Србије, број Гзз - 314/74, Медић, Д., Тајић, Х., *Судска пракса из стварног права*, Сарајево – Бања Лука, 2008, стр. 600.

⁴⁰ „Narodne novine RH“, бр. 91/96,68/98, 137/99, 22/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12 и 152/14.

⁴¹ „Службени гласник РС“, бр. 124/08, 58/09, 95/11

став 3 Закона о стварним правима ФБиХ (ЗСП ФБиХ)⁴² и члану 209 став 1 Закона о својинскоправним односима Црне Горе (ЗСО).⁴³

Према одредбама члана 241 став 4 ЗВДСП, члана 257 став 4 ЗСП и члана 269 став 4 ЗСП ФБиХ „Застара не наступа, нити право службености престаје неизвршавањем, док на послужној ствари постоји на-права намијењена управо извршавању тога права“. Ово решење прихватио је и члан 1949 став 5 Преднацрта ГЗ: „Право стварне службености не престаје застарелошћу, док на послужном добру постоје уређаји намењени вршењу права стварне службености.“ Према томе, службеност не престаје ако се власник послужног добра противи њеном вршењу, а титулар права службености је није три узастопне године вршио, ако није остварена и трећа претпоставке – да је уклоњен уређај (направа) намењена извршавању тог права. Власнику послужног добра наметнута је дужност уклањања уређаја (жлебова за капију, пумпе, чекрка, ланца или канте за захватање воде из бунара, затрпавање канала за одвод воде титулара службености итд.) и у случају да он и њему служи, да би службеност престала. Често би уклањање тог уређаја стварало издатак за власника повласног добра. У нашем важећем праву би уклањање уређаја намењеног за вршење права службености био само један од оборивих претпоставки да се титулар службености њоме не служи.

Стварна службеност (она настаје тек уписом у земљишни регистар) не престаје по сили закона кад се стекну претпоставке за либераторну узукацију него тек исписом из земљишних регистара.

Члан 707 ФГЗ прописује да тридесетогодишњи рок застарелости службености почиње да тече, према различитим врстама службености, или од дана кад престане вршење службености, кад су службености испрекидане (дисконтинуиране), или од дана предузете радње противно службености, када је ометено вршење трајних (континуираних) службености. Такав став усвојила је и француска судска пракса.⁴⁴

⁴² „Službene novine FBiH“, број 66/13.

⁴³ „Службени лист ЦГ“, број 19/09.

⁴⁴ „Ако се испрекидана службеност никада није користила, застарелост је полазна тачка за утврђивање“ – Req. 12. nov. 1934, Lucas, A., Catala, P., *Code civil*, Litec, Paris, страна 422, после члана 707. ФГЗ.

„Што се тиче сталних (континуираних) службености, поступак супротан службености може се састојати у радњама које се врше у супротности са службеностима“ (Civ. 3. 16. dec. 1970), Lucas, A., Catala, P., *н. д.*, страна 422, после члана 707 ФГЗ.

2. Делимична либераторна узукапија

Ако поједина службеност није јединствена него има више подврста, могућа је и делимична узукапија. У таквој правној ситуацији због невршења може престати само она подврста службености која се не врши, док и даље постоје оне службености које се врше. У том правцу се, пре скоро пола века, определила и судска пракса: „...правна правила грађанског права одређују три категорије права служности пута: за пролаз колима, за прогон стоке и за пролаз пјешке. У првој категорији служности пута је садржано и право прогона стоке и пролаз пјешке, у другој прогона стоке и пролаза пјешке, а у трећој само пролаза пјешке. С обзиром (на то) да право служности пролаза пјешке може постојати и као самостална службеност, могуће је да застари право провоза колима или прогона стоке, ако се не врши дуже од три године због забране власника послужног добра (правно правило из параграфа 1488 бившег ОГЗ-а)⁴⁵ – одлука Врховног суда БиХ Гзз 10/0 од 22. 10. 1970.⁴⁵ Овај став је потврђен и у доцнијој судској пракси после ступања на снагу ЗОСПО.⁴⁶ У основи, он је, према мишљењу једног дела правне науке, усвојен и у француском праву која се првенствено позива на уопштене одредбе члана 708 ФГЗ: „Начин вршења службености може застарети као и службеност на исти начин“. Ова одредба је протумачена тако да делимично невршење права службености доводи до престанка службености у мери у којој она није вршена.⁴⁷

⁴⁵ Објављена у ЗСО, књига XVI, свеска 3, одлука број 369 и Станковић, О., *н. д.*, стр. 131.

⁴⁶ „Туженик упозорава да је у поступку утврђена важна околност, да су тужитељи задњи пута тим смјером пролазили приликом извоза дрва још 1980. године, што по мишљењу ревидента доказује да тужитељи у посљедње три године нису вршили посјед тога права, па је свако друго тумачење прописа застаре погрешно (чл. 58 ст. 1 ЗОВО). У поступку је на основи запажања бројних свједока – сусједа странака и непосредног опажања суда на лицу мјеста утврђено, да су тужитељи као и њихови предници за приступ на своје земљиште могли једино користити спорни пјешачки пролаз и то управо смјером АБ (7) користећи усјек–кланац у сухозиду и кроз вријеме дуже од 20 година и при томе без противљења власника послужног добра, а та утврђења туженик у ревизијском поступку и не може са успјехом побијати (чл. 385 ст. 3 ЗПП-а, „НН“ бр. 53/91). С друге стране, туженик према подацима утврђеним у поступку није доказао да би се противио вршењу те службености по тужитељима, или пак на други начин их у томе спречавао и да би се тужитељи таквим евентуалним активностима туженика покорили и при томе кроз вријеме од три узастопне године, па крај уводно споменутих за овај спор и важних утврђења и имајући у виду чињеницу да су тужитељи 1980. године тим правцем износили дрво, судови су и по мишљењу овог суда правилном примјеном прописа материјалног права оцијенили да се нису оствариле претпоставке из чл. 58 ст. 1 ЗОВО, како то погрешно налази туженик, јер оспорена стварна служност пролаза очито није престала невршењем за вријеме које је било потребно за њен о стицање досјелошћу“ (одлука Врховног суда Хрватске, број: Рев. 2641/1992, Рашовић, З., *н. д.*, стр. 1151).

⁴⁷ Станковић, О., *н. д.*, стр. 130.

3. Престанак личних службености невршењем

Закон о основама својинскоправних односа није регулисао личне службености. У члану 60, ЗОСПО је одредио да се право плодуживања, право употребе и право становања уређује законом. Посебан закон који уређује личне службености није донесен. Оправдано се може поставити питање да ли личне службености могу престати невршењем. У нашој правној науци преовлађује став да личне службености могу престати невршењем, на основу аналогне примене члана 58 ЗОСПО.⁴⁸ Овај став се може бранити не само језичким, историјским него и телеолошким тумачењем члана 60 ЗОСПО, који је препустио регулативу личних службености посебном закону који никада није донесен. Аналогна примена правила о престанку стварних службености невршењем на престанак личних службености невршењем јесте једино могуће решење. Наиме, већина битних обележја стварних и личних службености јесу заједничка. Због тога се на личне службености и њихов престанак, са циљем попуњавања правне празнине, аналогно примењују одредбе које регулишу престанак стварних службености. Овај став усвојила је и новија судска пракса.⁴⁹ Осим тога, престанак личних службености није посебно регулисан правним правилима из раније важећих законика који су се примењивали на подручју данашње Србије.

Може се истаћи да је члан 60 ЗОСПО издвојио личне службености и одредио да ће се регулисати законом због тога да их изузме из режима који је одређен за стварне службености. На престанак личних службености невршењем, међутим, не може се применити *argumentum a contrario* (разлог супротности) с обзиром на то да не постоје законске одредбе које би се на тај начин примениле (права на туђој ствари која су блиска личним службеностима), а да су истовремено супротне стварним службеностима.

⁴⁸ Станковић, О., Орлић, М., *Стварно право*, Номос, Београд, 2001, стр. 226; Стојановић, Д., *н. д.*, стр. 193; Лазић, М., *н. д.*, стр. 130.

⁴⁹ Право личне службености представља ограничење права својине, као најважнијег и најширег својинскоправног односа (власник ствари има право да ствар држи, да је користи и њоме располаже). С обзиром на то да се ово право конституише у корист неког лица, ако то лице дуже време не врши своје право службености, произлази да му ово право није ни потребно, односно да су престали разлози због којих је лична службеност установљена. Стога, невршењем права службености у одређеном временском периоду, ово право престаје. И према правним правилима – параграфу 938 Грађанског законика, власник ствари на којима је конституисана лична службеност може тражити престанак службености ако титулар не врши службеност три године (из образложења пресуде Апелационог суда у Београду Гж. 667/10 од 23. јула 2010. године, преузете са сајта тог суда).

Према једном мишљењу, личне службености могу престати невршењем, али се рокови предвиђени за престанак стварних службености невршењем не могу аналогно применити на престанак личних службености застарелошћу или либераторном узукапијом. С обзиром на то да је плодуживање самостално и свеобухватно право коришћења, а стварна службеност акцесорно и ограничено право, ретко је у пракси пасивно понашање плодуживаоца од три или 20 година, тим пре што плодуживалац сноси јавне терете на послужном добру. Либераторна узукапија пре је могућа код осталих личних службености (употребе и становања).⁵⁰

Члан 241 став 1 ЗВДСП и члан 257 став 3 ЗСП РС одређује на исти начин да право службености престаје ако се власник послужне ствари противио његовом извршавању, а овлашћеник га због тога није извршавао непрекидно три године. Ове одредбе имају у виду стварне и личне службености.

Члан 240 тачка 4 Закона о својинскоправним односима Црне Горе (ЗСПО) прописао је да право плодуживања престаје невршењем у року од пет година, уколико у вршењу плодуживања плодуживалац није био спречен. Ако је плодуживалац био спречен да врши плодуживање, оно не престаје невршењем. Због тога што плодуживалац не врши плодуживање, друго лице одржајем може стећи право плодуживања. Право употребе и право становања престаје на исти начин и под условима који важе за право плодуживања (чл. 247 и 249 ЗСПО), тако да излагање о праву плодуживања важи и за остале личне службености.

Према одредбама члана 226 став 2 ЗСПО, за стицање права плодуживања сходно се примењују одредбе о стицању својине одржајем – одредбе члана 53 и 54 ЗСПО. Држалац плодуживања који нема основано право плодуживања може стећи одржајем право плодуживања у односу на власника ствари. Уколико је основано право плодуживања па га плодуживалац не врши, треће лице може одржајем стећи право плодуживања. Уколико је друго лице законити и савесни држалац плодуживања на покретној ствари (са чиме би требало изједначити и државину права) оно стиче право плодуживања протеком три године. Савесни и законити држалац плодуживања на непокретној ствари стиче право плодуживања протеком десет година. За разлику од овог редовног одржаја плодуживања, за ванредни одржај довољна је само савесна

⁵⁰ Лазић, М., *Личне службености*, Универзитет у Нишу, Правни факултет у Нишу, Ниш 2000.

државина ствари и права али су рокови одржаја дужи. Савесни држалац плодуживања на покретној ствари стиче право плодуживања одржајем протеком десет година, а на непокретној ствари протеком 20 година. Не постоје правно ни фактички разлози да се рок за одржај покретних ствари повећа више од три пута (у односу на редовни одржај), док је рок одржаја непокретних ствари код ванредног одржаја двапут већи. Многе покретне ствари трају и мање од десет година (алати, посуђе, стока итд.) те је често овај рок беспредметан.

Члан 1989 став 1 тачка 8 и члан 1997 Преднацрта ГЗ, такође предвиђају да плодуживање престаје ако га плодуживалац није вршио пет година, а у том раздобљу га нико није спречавао да га врши. На престанак личне службености употребе и становања примењују се на одговарајући начин правила одређена за право плодуживања (чл. 2013 и 2018 Преднацрта ГЗ).

У случају да право личне службености престане невршењем, овлашћења титулара те службености се враћају власнику ствари или имаоцу права по самом закону. Лична службеност се не враћа власнику ствари кад је треће лице одржајем стекло личну службеност од имаоца тог права који је није вршио. Уколико су предмет личних службености непокретности право плодуживања због невршења престаје тек исписом из земљишног регистра (види члан 1989 ст. 2 и 3 Преднацрта ГЗ).

Литература

Аранђеловић, Д., *Предавања из римског права*, Геца Кон, Београд, 1938.

Артс. Л. од Арнесберга, *Пандекте или данашње римско право*, књига друга, Стварно право, Београд, 1892.

Бабић, И., Медић, Д., Хашић, Е., Повлакић, М., Велић, Л., *Коментар Закона о остварним правима Републике Српске*, Привредна штампа, Сарајево, 2011.

Виле, М., *Римско право*, Плато, Београд 2001.

Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V., Stipković Z., *Stvarno pravo*, svezak 2, prvi dio, Narodne novine, Zagreb, 2007.

- Klarić, P., Vedriš, M., *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2009.
- Лазаревић, Д., *Службености и суседска права*, Пословни биро, Београд, 2011.
- Лазих, М., *Личне службености*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2000.
- Lucas, A., Catala, P., *Code civil*, Litec, Paris.
- Марковић, Л., *Грађанско право – општи део и стварно право*, Народна самоуправа, Београд, 1927.
- Медић, Д., Тајић, Х., *Судска пракса из стварног права*, Сарајево – Бања Лука, 2008.
- Медић, Д., *Ново стварно право Републике Српске*, Паневропски универзитет Апеирон, Бања Лука, 2016.
- Пак, Ј., *Суседска права, Промене стварног права у Србији*, Институт за упоредно право, Београд, 2005.
- Перић, Ж., *Специјални део грађанског права, I Стварно право*, Народна штампарија, Београд 1920.
- Планојевић, Н., *Стварно право у пракси*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2012.
- Рајајић, Џ., *Stvarno pravo – umnoženo kao rukopis za potrebe studenata*, Zagreb, 1956.
- Рашовић, З., *Коментар Закона о својинско-правним односима*, I књига, Правни факултет у Подгорици, Подгорица 2009.
- Rušnov, A., *Tumač Obćem austrijskom građanskom zakoniku*, knjiga druga, Knjižara Lav. Hartmana, Zagreb 1891.
- Салковски, К., *Институције с историјом римског права*, Државна штампарија Краљевине Србије, Београд 1894.
- Станковић, О., Орлић, М., *Стварно право*, Номос, Београд, 2001.
- Станковић, О., *Службености, одредница у Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада*, том трећи, Службени лист СФРЈ, Београд, 1978.

Станојевић, О., *Римско право*, Службени лист СРЈ, Београд 2004.

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

Стојчевић, Д., Ромац, А., *Dicta et regulae iuris*, Савремена администрација, Београд, 1989.

Стојчевић, Д., *Римско приватно право*, Савремена администрација, Београд, 1985.

Субић, М., „Стварне службености са посебним освртом кроз судску праксу“, *Закон и судска примена закона*, Удружење правника Србије, Београд, 2005.

Horvat, M., *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1974.

Chamoulaud, T. A., *Droits des biens*, Bréal, Rosny-sous-Bois cedex, Breal, 2007.

THE CONCEPT OF EASEMENT AND ITS CESSATION DUE TO USUCAPTION OF THE LIBERTY OF OWNERSHIP

Ilija Babić, PhD*

Abstract: *The easement (servitus) is a real right of owner of one estate (dominant estate) to perform certain activities for the benefit of this property on the estate of another (servient estate), or to demand from the owner of the servient estate to refrain from doing something otherwise lawful on his estate. There are two main types of easement: praedial (servitutes praediorum) and personal (servitutes personarum). Praedial easement is created when a person has a right of use due to the fact that he is the owner of a certain property. Personal easement is a right in favour of a specific natural or legal person except tenancy rights which beneficiary is only a natural person.*

Due to its non-use for the requisite limitations period, easement shall cease by usucaption of the liberty of ownership (usucapio libertatis) or by lapsing. Usucaption implies termination of a praedial easement – an owner of a servient estate adverse to its exercise, and an owner of a dominant estate fails to exercise its right during three consecutive years. The moment the deadline of three years begins to run is: 1) when the owner of the servient estate objected the exercise of a right by its holder or 2) when the owner of the servient estate, obliged to refrain from doing something otherwise lawful on his estate (preventing or obstructing thereby the exercise of easement), acted in such a manner, and its holder accepted that prohibition.

A personal easement can cease due to its non-use according to the article 58 of the Law on Basis of Ownership and Proprietary Relations, considering that this manner of termination of a personal easement is regulated neither by the positive legal regulation nor prescribed by laws previously in force.

Keywords: *non-use of an easement; cessation of easement; usucapio libertatis; cessation of easement due to its non-use; easement in the Roman law*

* Faculty of Law, Apeiron University, Banja Luka

УДК 316.344.23:351.778.5

doi 10.7251/PR5518099L

Оригинални научни чланак

ПРИНЦИПИ СОЦИЈАЛНОГ СТАНОВАЊА И КОРИСНИЦИ СТАМБЕНЕ ПОДРШКЕ¹

Проф. др Мирослав Лазич*
Доц. др Ивана Симоновић**

Апстракт: Рад се бави анализом реформе стамбене политике у Србији спроведене новим Законом о становању и одржавању зграда и питањем да ли је идеал права на одговарајући стан, као основног људског права утемељеног на људском достојанству и праву на одговарајући животни стандард, постао реалнији за најугроженија лица. У Србији је новим законом први пут детаљно дефинисан однос према социјалном становању, односно принципу одрживог становања који је проглашен јавним интересом и предвиђена стамбена подршка као облик помоћи за становање лицу које из социјалних, економских и других разлога не може сопственим средствима да реши стамбену потребу по тржишним условима за себе и своје породично домаћинство. Услове за уживање права на одговарајући стан дужна је обезбедити држава. Међутим, у Србији је овај терет пребачен на терет локалне самоуправе и није ефикасно решен проблем финансирања, што ће, такође, бити предмет анализе.

Кључне речи: право на стан, социјално становање, међународни стандарди.

* Правни факултет Универзитета у Нишу, Трг Краља Александра 11, 18000 Ниш, lazic@prafak.ni.ac.rs

** Правни факултет Универзитета у Нишу

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом ЕУ“ Правног факултета Универзитета у Нишу.

Увод

Стамбена изградња и својински режим на зградама и грађевинском земљишту представља веома комплексну проблематику која се решавала на различите начине, зависно од друштвених услова, доминантног облика својине и карактера власти.² Структуралном променом основа друштвеног утемељења у Републици Србији, од социјалистичког система заснованог на друштвеној својини ка капиталистичком систему претежно утемељеном на приватној својини, приватизацији државног стамбеног фонда³ и тржишним принципима стамбене изградње, станоградња у Србији постала је профитна делатност. Таква ситуација оставила је велики број људи без могућности да дођу до стана, а подстанаре у сивој зони без функционалне заштите, препуштајући их тржишним условима кредитирања од стране пословних банака⁴. Зато, у свакој држави и њеној уређеној социјалној политици, мора да постоји један домен станоградње намењен грађанима који не могу самостално да задовоље стамбену потребу. Показало се да су неопходна нова решења о управљању и одржавању зграда, као и адекватна социјална стамбена политика која би била усаглашена са решењима и стандардима ЕУ, али и примерена нашем стандарду.⁵

Законодавац је Законом о становању и одржавању зграда (у наставку рада: ЗСО) уредио области које су дотад регулисала три различита закона⁶, тако да се у јавности створило очекивање да се

² Видети: Д. Стојановић, (1991). „Право својине у Европској економској заједници“, *Правни живот*, „Својински односи у Европском праву“, Београд, 1991, бр. 11–12, стр. 39 и надаље. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, *Право на имовину и денационализација грађевинског земљишта*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш, 2011, стр. 1 и надаље; М. Јанковић, „Садржина права на грађевинском земљишту“, *Правни живот*, Београд, 1961, бр. 6, стр. 29 и надаље.

³ М. Лазић, *Својински режим на грађевинском земљишту и урбана комасација*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2017, бр. 76, стр. 353 и надаље.

⁴ Република Србија није основала државну хипотекарну банку чија би функција, поред осталих, била да под повољним кредитним условима стимулише станоградњу и тржишно натера пословне банке да дају повољније кредите. Наши грађани били су препуштени „незајажљивим“ интересима банкарског сектора и неповољним кредитима, чак најскупљим у Европи. Све то довело је до додатног осиромашења становништва. В. М. Лазић, *Заштита потрошача у кредитном односу*, Зборник Правног факултета у Нишу, 2016, бр. 74, стр. 57 и надаље.

⁵ Важећи закони нису пратили поменуте промене и требало их је или изменити или заменити новим, савременим. Неопходна је била и економска анализа финансијске способности наших власника станова и зграда да поднесу нове обавезе да не би били препуштени „чељустима“ суровог профитног тржишта и принудним извршењима имовинских санкција.

⁶ Закон о становању и одржавању зграда, „Сл. гласник РС“, бр. 104/2016), је ступио на снагу 31.

ради о „кровном“ закону, односно свеобухватном оквиру за решавање вишедеценијске стамбене кризе у Србији. Ова криза обухвата хиљаде избеглица и интерно расељених лица која још увек немају решено стамбено питање, девастирање стамбеног фонда, принудна исељења, која су у протеклом периоду обухватила хиљаде становника (посебно у Београду), опорезивање социјалног становања, хиљаде подстанара који немају никакав уговор о закупу и правну сигурност, проблеме бескућника од којих се систематски окреће глава, велики проценат пренасељених станова, као и немогућност за млађе генерације да се, у условима велике незапослености и ниских зарада, стамбено осамостале у тржишним условима кредитирања. Очигледно је да су очекивања од новог закона била превелика.

Дали је идеал „одрживог становања“ овим законом постао реалнији? Да ли друштво има одговарајући социјални одговор за бескућнике или људе који су остали без крова над главом? Да ли су новим решењима поштовани међународни стандарди? Ова и бројна друга питања тема су нашег рада који претежно разматра проблематику социјалног становања и решавања проблема најсиромашнијих категорија становништва, посебно бескућника и лица смештених у објектима без грађевинске дозволе, у тзв. неформалним насељима.

1. Принцип одрживог становања и стамбене подршке социјално угроженим лицима

1. 1. Право на одговарајући стан као међународни стандард

Право на стан (становање) први пут гарантовано је Универзалном декларацијом о људским правима из 1948, у којој је наведено да свако „има право на стандард живота који обезбеђује здравље и благостање, његово и његове породице, укључујући и ... стан...“.⁷ И у неким касније усвојеним међународним документима право на стан се помиње или се

децембра 2016. године. Ступањем на снагу ЗСО, престају да важе: Закон о становању („Службени гласник РС“, бр. 50/92, 76/92, 84/92 – исправка, 33/93, 53/93, 67/93, 46/94, 47/94 – исправка, 48/94, 44/95 – др. закон, 49/95, 16/97, 46/98, 26/01, 101/05 – др. закон и 99/11), осим одредаба чл. 16 до 28, чл. 34 до 38, чл. 45а и 45б, као и одредбе члана 32, која престаје да важи по истеку две године од дана ступања на снагу овог закона), као и Закон о одржавању стамбених зграда и Закон о социјалном становању.

⁷ Члан 25 Универзалне декларације, усвојене и проглашене резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 217 (III) од 10. децембра 1948.

на њега позива⁸, али су његов смисао и домаћа најпотпуније утврђени тек у чл. 11 ст. 1 Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима из 1966⁹, и то као *право на одговарајући стан*. Потписивањем Пакта, државе чланице обавезале су се да свакој особи под својом јурисдикцијом и њеној породици (без обзира на држављанство) гарантују право на одговарајући животни стандард, укључујући и право на одговарајућу исхрану, одевање и становање, као и право на непрекидно побољшање животних услова.¹⁰ Будући да се ради о једном сложеном праву, Општим коментаром број 4 из 1991.¹¹ Комитет УН за економска, социјална и културна права појаснио је употребљене изразе и прецизирао утврђена права и обавезе и начин на који треба омогућити уживање права на одговарајући стан.¹²

Темељећи га на људском достојанству и праву на одговарајући животни стандард, Комитет УН наглашава да је оно основно људско право (економско-социјално¹³), припадајуће сваком, без дискриминације по било ком основу (пар. 6 Општег коментара бр. 4). Атрибут *одговарајући* указује на то да стан није било какав кров над главом или тек пуко склониште, већ простор у ком је омогућен живот на сигурном и мирном месту, достојно човека и његове породице (пар. 7 Општег коментара бр. 4). Осим ширег тумачења садржаја овог права на наведени начин, неопходно је шире тумачити и његове имаоце, тако да буду обухваћене све особе на територији једне државе, без обзира на њихове приходе, социјални статус или доступност економским ресурсима (забрана дискриминације).

Услове за уживање права на одговарајући стан дужна је обезбедити држава, водећи рачуна о одређеним, за сваку државу обавезујућим, критеријумима, али и о властитим локалним географским, економским,

⁸ Поменућемо: члан 25 ст. 1 Универзалне декларације о људским правима, чл. 5 (е) Међународне конвенције о укидању свих облика расне дискриминације, чл. 14 ст. 2 Међународне конвенције о укидању свих облика дискриминације према женама, чл. 27 ст. 3 Конвенције о правима детета.

⁹ „Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр 7/1971 и „Сл. лист СРЈ – Међународни уговори“, бр. 4/2001, даље: Пакт.

¹⁰ Члан 11 (1) Пакта.

¹¹ Усвојен је на шестој сесији Комитета за економска, социјална и културна права, 13. децембра 1991 (Document E 1992/23, CESCR General Comment No. 4: The Right to Adequate Housing (Art. 11 (1) of the Covenant). Даље: Општи коментар бр. 4.

¹² Чланом 11 Пакта бави се и Општи коментар бр. 7 из 1997, елаборирајући принудно исељење. Више у: Крстић, И., „Принудно исељење – универзални међународни стандарди“, *Анали*, 2/2013, Београд, стр. 92–109.

¹³ Економска и социјална права су људска права друге генерације којима се мења улога државе: од уздржавања од мешања и повреде права ка обезбеђивању услова за њихово уживање. Гаранција ових права и постојање економских и друштвених услова за њихово уживање, претпоставка су за уживање свих осталих људских права.

друштвеним, културним, климатским и еколошким приликама. Они су: правна сигурност поседа, приступачност инфраструктурним објектима, приуштивост стана, довољно простора у стану за све који у њему живе, доступност различитим категоријама становништва, пре свега привилегованим групама (т. 8 Општег коментара бр. 4).¹⁴

Из наведеног видимо да се одговарајућим станом може сматрати само онај који обезбеђује, по разумној цени, приватност, довољно простора, безбедност, осветљење и проветреност, основну инфраструктуру, одговарајућу удаљеност од радног места и установа важних за заштиту здравља и безбедности. Модели стамбеног збрињавања – социјалног становања – различити су¹⁵, па свака држава, у националној стратегији коју је дужна донети, треба да утврди циљеве стамбене политике, рокове и средства за њихово остваривање, особе дужне да спроведу стратегију (неопходна је сарадња са локалном самоуправом (т. 12 Општег коментара бр. 4).

1. 2. Стамбено збрињавање у Републици Србији

Законом о становању и одржавању зграда Републике Србије, први пут, детаљно је дефинисан однос према становању, пре свега према социјалном становању, и принципу одрживог становања. Законом је принцип одрживог становања утврђен као јавни интерес Републике Србији који се остварује „*кроз развој стамбеног сектора у РС, а у циљу унапређења услова становања грађана и очувања и унапређења вредности стамбеног фонда, уз истовремено унапређење енергетске ефикасности и смањење негативних утицаја на животну средину и рационално коришћење ресурса*“ (чл. 2 ЗСО).

По ЗСО, начело одрживог развоја становања подразумева¹⁶:

¹⁴ Ипак, привилегованим групама – старима, деци, оболелим од неизлечивих болести, хендикепираним, особама које живе на подручју изложеном или погођеном природним непогодама, бескућницима, становницима неформалних и нелегалних насеља, особама којима прети принудно иселјење и сиромашнима – држава је дужна дати предност у обезбеђивању одговарајућег стана (пар. 13 Општег коментара бр. 4).

¹⁵ У Западној Европи, након Другог светског рата, носилац стамбене политике и станоградње била је држава. Криза социјалне државе приморала ју је да се повуче и препусти да се стамбене потребе задовољавају под тржишним условима. Субвенције се смањују и циљано усмеравају на појединце или групе који не могу себи да приуште одговарајући стан. Приватним капиталом оснивају се непрофитна стамбена удружења, која граде социјалне станове и њима управљају (нпр. у Холандији). Више у: Gojko Vežovan, *Socijalno stanovanje u Evropi*, <https://hrcak.srce.hr/file/47386>. Приступ: 20. августа 2018.

¹⁶ Чл. 2 ЗСО.

1) унапређење услова становања грађана¹⁷ и очување и унапређење вредности стамбеног фонда уз унапређење енергетске ефикасности, смањење негативних утицаја на животну средину и рационално коришћење ресурса, односно усклађивање економског и социјалног развоја и заштите животне средине приликом развоја стамбеног сектора;

2) одржавање и управљање зградама (стамбеним, стамбено-пословним, пословним, зградама јавне намене или зградама које су проглашене за културно добро и зградама у заштићеним културно-историјским целинама), у циљу спречавања или отклањања опасности по живот и здравље људи, животну средину, привреду или имовину веће вредности, односно у циљу обезбеђивања сигурности зграде и њене околине.

„Стамбена подршка¹⁸ је сваки облик помоћи за становање лицу које из социјалних, економских и других разлога не може сопственим средствима да реши стамбену потребу по тржишним условима за себе и своје породично домаћинство“ (чл. 88 ЗСО). Корисник стамбене подршке може бити држављанин Републике Србије, који је без стана, односно без одговарајућег стана у смислу овог закона и који не може сопственим средствима да реши стамбену потребу по тржишним условима за себе и своје породично домаћинство (чл. 89 ЗСО). Међу корисницима социјалних станова јесу и жртве породичног или партнерског насиља и бескућници, али и лица која немају одговарајући стан по европским стандардима¹⁹.

Категорије²⁰ корисника стамбене подршке према којима се дефи-

¹⁷ Међутим, ЗСО није предвидео одредбе којима ће унапредити заштиту подстанара. Чланом 70 ЗСО дефинисано је да се стан, осим по основу права својине, користи и по основу права закупа, али је ставом трећим истог члана његово уређење препуштено уговорној слободи, по правилима облигационог права, што у стварности значи да су закупци препуштени вољи закуподавца. Требало је да се законом и закупцима омогући да пуноважно учествују у раду стамбене заједнице, односно у неким питањима управљања зградом, а не да се та могућност препусти уговорној вољи закуподавца (чл. 70).

¹⁸ Законодавац је прописао и начела стамбене подршке: рационалност, правичност, финансијска, социјална и институционална одрживост, јасно приказани извори финансирања, субвенција и олакшица, саобраћајна и доступност објектима јавних услуга, као што су основне школе, деље и здравствене установе, центри снабдевања и др., како не би дошло до просторне сегрегације стамбених зграда и породичних кућа из програма стамбене подршке (чл. 88 ЗСО).

¹⁹ В. чл. 90 ЗСО, којим се „одговарајући стан“ одређује по критеријуму површине, али и критеријумима опремљености стана основним инсталацијама, конструктивне сигурности и безбедности и заштите од спољашних климатских утицаја и задовољења основних хигијенских услова становања.

²⁰ Новим законом брисана је и категорија заштићених станара. То су грађани који су остали да живе у становима и након што су денационализацијом ти становни припали другим власницима. Станови у којима они тренутно живе биће враћени правим власницима. Заштићени станари биће пресељени у станове у јавној својини.

нишу програми стамбене подршке, нарочито су: 1) бескућник; 2) при-
вremени бескућник, односно лице које је остало без стана или су му
значајно нарушени услови становања услед конструктивне нестабилно-
сти објекта, односно услед елементарне или друге непогоде, а које нема
довољно средстава да самостално реши стамбену потребу; 3) жртва по-
родичног насиља без стана или одговарајућег стана, која нема довољно
средстава да самостално реши стамбену потребу; 4) лице без стана које
је корисник права на новчану социјалну помоћ у смислу закона који
уређује социјалну заштиту; 5) лице без стана, односно без одговарајућег
стана које има својство борца I категорије, као и корисник права из об-
ласти борачко-инвалидске заштите и заштите цивилних инвалида рата;
6) лице без стана, односно без одговарајућег стана које је особа са ин-
валидитетом; 7) лице без стана, односно без одговарајућег стана, које
нема довољно средстава да обезбеди стан на тржишту за себе или за
себе и своје породично домаћинство, односно да унапреди своје услове
становања; 8) лице са занимањем које је недостајуће занимање и од ин-
тереса је за јединицу локалне самоуправе, односно орган државне управе.

Као облици, односно видови стамбене подршке предвиђени су:²¹ 1)
закуп стана (давање стана у јавној својини у закуп под условима непро-
фитног закупа или субвенционисање закупнине стана у било ком облику
својине, без права отуђења, односно откупа таквих станова); 2) купови-
на и други начин стицања права својине на стану или породичној кући;
3) унапређење услова становања; 4) помоћ за озакоњење стана или по-
родичне куће; 5) стамбено збрињавање²².

Законодавац је искључио могућност отуђења стана или породич-
не куће стечене куповином под непрофитним условима пре истека рока
од пет година од дана коначне исплате купопродајне цене. Такође, стан
или породична кућа стечена доделом не може се отуђити пре истека рока
од десет година од дана стицања права својине над том непокретношћу.
Ова забрана уписује се у теретни лист непокретности који води регистар
непокретности.²³

Даном ступања на снагу ЗСО, престала је да ради Републич-
ка агенција за становање, основана у складу са Законом о социјалном

²¹ Чл. 92 ЗСО.

²² Реч је о обезбеђивању нужног смештаја привилегованим категоријама (бескућницима, лицима чији је дом дотрајао, оштећен или уништен у елементарној непогоди, жртви породичног насиља која је напустила свој дом), по хитном поступку, без спровођења редовног поступка за доделу стамбене подршке (в. чл. 103 и 106 ЗСО).

²³ В. чл. 100 ЗСО.

становању. Чланом 44 ЗСО предвиђено је да јединица локалне самоуправе, уколико већ не постоји, може основати правно лице за обављање послова од јавног интереса у области становања. Законом је терет решења издавања станова у непрофитни закуп пребачен на непрофитну стамбену организацију, која треба да се бави прибављањем, управљањем и давањем у закуп станова намењених за стамбену подршку, организовањем изградње ових станова и давањем у закуп са могућношћу стицања својине путем куповине по непрофитним условима.²⁴ Вишак прихода над расходима који стамбена агенција оствари у току пословне године мора се у целини усмерити за даље прибављање, градњу, обнову, реконструкцију и одржавање станова у својини локалне самоуправе који се дају у непрофитни закуп.

Сматрамо да је овакво уређење стамбене агенције исувише ограничавајуће и да ће без издвојених средстава од стране локалне самоуправе она тешко моћи да оствари своје циљеве. У случају да јединица локалне самоуправе није основала стамбену агенцију, а на територији своје месне надлежности нема регистровану непрофитну стамбену организацију, послове из става 1 овог члана обавља надлежна општинска, односно градска управа. Ово ће натерати локалне самоуправе да формирају агенције, али то неће обезбедити њихов ефикасан рад.

Законом су предвиђени могући извори за финансирање програма стамбене подршке.²⁵ Средства за финансирање стамбене подршке обезбеђују се у буџету Републике Србије на размену министарства надлежног за послове становања. Извори средстава из става 1 овог члана, поред буџета Републике Србије, могу бити и: 1) кредити међународних финансијских институција²⁶; 2) донације; 3) фондови Европске уније и други међународни фондови; 4) други извори у складу са законом. Такође, и јединица локалне самоуправе треба да обезбеди средства за финансирање стамбене подршке у свом буџету. Извори ових средстава, поред буџета јединице локалне самоуправе, могу бити и: 1) трансфери од других нивоа власти; 2) донације; 3) фондови Европске уније и други међународни фондови; 4) комерцијални кредити; 5) добровољни трансфери од физичких и правних лица; 6) по основу уговарања енергетских услуга; 7) друга средства у складу са законом.

²⁴ В. чл. 109 ЗСО.

²⁵ Чл. 116 ЗСО.

²⁶ Надамо се да није оправдан страх да је кредитно задуживање једино реално решење, јер би то терет решавања ових важних питања пребацило на будуће генерације и значило нова захватања у њихове зараде.

Међутим, колике су реалне могућности остварења програма социјалног становања у нашим условима, с обзиром на то да је за збрињавање лица са потребом за социјалним становањем надлежна локална самоуправа према пријављеном пребивалишту, што значи месту рођења? Сасвим је могуће да велики број општина, посебно из сиромашнијих крајева Србије, неће бити у могућности да реши статус лица са потребом стамбене подршке у складу са чл. 78–87 ЗСО. Требао је збрињавање свих или макар неких категорија социјално угрожених лица (нпр. бескућника) предвидети као обавезу Републике Србије, јер је то економски реалније. Такође, познато је да економија једне земље није парцијална и да је проблем осиромашења неких њених делова условно везан са преливањем средстава ка богатијом крајевима, посебно према главном граду, као и ка републичком буџету. Оваким решењем тешко је постићи прокламоване стандарде и вероватно ће, у великој мери, програм социјалног становања остати празно слово на папиру.

Део ЗСО који се тиче социјалног становања (преименованог у „стамбену подршку“) садржи и нека позитивна решења, попут начела сразмерности – прописивања да стамбена подршка треба да буде већа за корисника који је у тежој стамбеној и социјалној ситуацији. Чланом 91 одређене су и границе прихода као услова за остваривање права на стамбену подршку. Чињеница је, ипак, да ће бројне одредбе које се тичу социјалног становања прећи на терен јавних политика, односно Стратегије, што слаби систем, јер није законска обавеза па неће имати механизме за извршење обавеза. Истовремено, неопходно је истаћи и да је Законом пропуштено да се предвиди обавеза Републике Србије да решава ове проблеме ради ефикаснијег постизања међународних и европских стандарда, као и да се успостави јасан механизам преко ког ће се државни органи, органи аутономне покрајине и локалне самоуправе бавити овим питањем. Законом се не прописује обавеза државе за решавање стамбених потреба бескућника, иако је она јасна и недвосмислена са становишта међународних стандарда људских права, посебно када се ради о категорији бескућника. Зато ће одредбе из чл. 90 одговарајућем стану остати „пусти санак“ за већину бескућника.

Упркос чињеници да у Србији још увек постоје тзв. *правно невидљива лица*, која немају држављанство, прописано је да право на стамбену подршку имају само држављани Републике Србије (члан 84 ЗСО).²⁷ Без доказа о држављанству, који је често недоступан из раз-

²⁷ Овим је бројним расељеним лицима током протеклих ратова на просторима бивше Југославије, која немају српско држављанство, ускраћена могућност коришћења социјалног становања. С друге стране, закон важи за лица са двојним држављанством, попут грађана Црне Горе.

личитих разлога, правно невидљива лица не могу да буду корисници ових програма и остају на друштвеној маргини, без икакве подршке за решавање својих стамбених потреба.

Имајући у виду одредбе закона које регулишу коришћење станова и принудно иселјење у складу са европским стандардима и финансијско стање наших локалних самоуправа, чини нам се да је ово поглавље Закона тешко оствариво. У Србији тренутно има више од шест стотина насеља са неодговарајућим условима становања и без могућности легализације. Највећи проблем је недостатак средстава на нивоу већине локалних самоуправа, а свакако и проблем приоритета у условима велике незапослености, али и најнижих зарада у региону, често недовољних да се достојанствено (пре)живи.

1. 3. Социјално становање у Републици Српској

У јуну месецу 2018. Министарство за избјеглице и расељена лица Републике Српске представило је јавности Нацрт Закона о социјалном становању (даље: Нацрт), којим се уређује стамбено збрињавање оних особа које из различитих разлога, пре свега, економских, социјалних и здравствених, не могу сама решити своје стамбено питање.

У предложеном законском тексту дефинисани су појам социјалног становања, корисници права на социјално становање, субјекти задужења за остварење програма социјалног стамбеног збрињавања (носиоци реализације стамбеног становања), услови и поступак остваривања овог права (чл. 1 Нацрта). Уређена су и питања својине на стамбеним јединицама, управљање, одржавање и располагање њима, закупнина и обавезе плаћања, извори финансирања, изградње и прибављања социјалних стамбених јединица, надзор и друга значајна питања у овој области (чл. 1 Нацрта).

Законодавац проглашава да је социјално становање од општег интереса за Републику Српску и да треба да буде одређеног стандарда. Овај облик стамбеног збрињавања обезбеђује се уз подршку јавног сектора особама које из различитих разлога, пре свега, економских, социјалних и здравствених, нису у могућности да сама реше своје стамбено питање (чл. 2 ст. 1 Нацрта). Особама које испуњавају законске услове стамбена јединица додељује се у непрофитни закуп, на одређено време, и јемчи сигурност њеног коришћења док трају потребе за оваквим стамбеним збрињавањем (чл. 3 Нацрта).

Нацртом закона уређен је модел социјалног становања који обезбеђује и финансира држава, у сарадњи са локалном самоуправом. Осим овог модела, законодавац омогућава и коришћење наменских пројеката, који се не финансирају из буџета, већ из средстава које обезбеђују међународне и домаће институције. Један од таквих пројеката јесте УНХЦР-ов Регионални програм стамбеног збрињавања, којим треба трајно обезбедити стамбено решење за око 27.000 најугроженијих избегличких породица из региона. Овај вишегодишњи програм остварује се у Републици Српској, Србији, Црној Гори, Хрватској и Босни и Херцеговини, а финансира из Фонда регионалног стамбеног програма за средства донаторске заједнице.²⁸

Корисници права на социјално становање могу бити сва физичка лица која немају решено стамбено питање и испуњавају прописане услове, без дискриминације по било ком основу (чл. 4 Нацрта). У члану 8 Нацрта прецизира се да су то: млади, посебно млади брачни парови; лица са дефицитарним занимањима, од посебног значаја за развој јединице локалне самоуправе; особе старије од 65 година, без породичног старања и у стању социјалне потребе; борци, породице погинулих бораца, ратни војни инвалиди; расељени и избеглице; посебне социјалне категорије (бескућници, самохрани родитељи, деца и млади без родитељског старања, инвалиди, жртве насиља и други који испуњавају услове); особе обухваћене недржавним стамбеним пројектима; особе које су остале без стана услед елементарне непогоде и они чије стамбене јединице не задовољавају прописане услове становања. Поред њих, у додељеном стану могу живети и чланови њихове породице, уколико живе у заједничком породичном домаћинству (брачни и ванбрачни супружници, њихова деца брачна, ванбрачна и усвојена, пасторчад, деца дата под старатељство и друга деца без родитеља дата на издржавање, мајка, отац, очух, маћеха, усвојилац, а деда и баба, браћа и сестре само ако живе у заједничком домаћинству (чл. 9 Нацрта).

Законодавац предвиђа опште и посебне услове, чијим се испуњењем остварује право на социјално становање.

Општи услови су: држављанство Републике Српске и Босне и Херцеговине, док страни држављани морају имати дозволу за стални или привремени боравак у Српској; пријављено пребивалиште на територији

²⁸ О корисницима програма, донаторима, условима коришћења и досадашњем остварењу програма више у: Регионални програм стамбеног збрињавања (Regional Housing Programme), који је доступан на: <http://regionalhousingprogramme.org/>

јединице локалне самоуправе у којој се остварује право на стамбено збрињавање у трајању од најмање шест месеци; немање у власништву друге непокретности; да стан у ком корисник станује није одговарајући по величини с обзиром на број чланова домаћинства; да тренутни услови становања нису одговарајући (имајући у виду заштиту од временских услова и здравствени ризик) и да приходи по члану домаћинства не прелазе 25% просечне нето зараде у претходној години (чл. 10 Нацрта). На основу посебних услова из чл. 12 Нацрта (број чланова домаћинства, социјални статус и припадање осетљивим категоријама), који носе одређени број бодова, утврђује се приоритет за доделу стана на прелиминарној ранг-листи.

Носиоци спровођења програма стамбеног збрињавања јесу Влада Републике Српске (која доноси стратегију развоја социјалног становања и акциони план њеног спровођења) и јединице локалне самоуправе (које су дужне донети стратегију развоја социјалног становања и акциони план на свом подручју).²⁹

Обезбеђивање просторних и урбанистичких услова за развој социјалног становања задатак је локалних самоуправа, али и потребних финансијских средстава. У ту сврху могу се користити буџетска и средства из пројеката стамбеног збрињавања које спроводе домаће и међународне институције, као и средства која на други начин обезбеди сама јединица локалне самоуправе.³⁰

Стамбене јединице додељују се на основу јавног конкурса, који организује и спроводи јединица локалне самоуправе, или, изузетно – у хитним и неодложним условима – мимо конкурса и на привремено коришћење, док трају разлози за такву доделу (чл. 13 ст. 5 Нацрта). Са корисницима закључује се уговор о (непрофитном) закупу, којим се утврђују: висина закупнине³¹, начин и рокови њеног плаћања³², забрана отуђења, наслеђивања, давања у подзакуп или хипотеку додељеног стана, услови и рокови отказа уговора (чл. 14 Нацрта). Наведене забране располагања показују да је право на социјално стамбено збрињавање

²⁹ Видети чл. 6 и 7 Нацрта.

³⁰ Из свог буџета, јавно-приватним партнерством, донацијама, кредитима, грантовима и другим изворима у складу са законом (чл. 22 Нацрта).

³¹ Висину закупнине одређује свака јединица локалне самоуправе за своје подручје, према типу и зони стамбене јединице, коефицијенту погодности, трошковима осигурања од основних ризика и трошковима амортизације, управљања, одржавања заједничких делова зграде, осигурања и ризика наплате (чл. 17 ст. 3 Нацрта). Трошкови комуналних услуга и становања плаћају се посебно, јер не улазе у закупнину.

³² Наплаћена закупнина користи се за одрживо управљање и одржавање стамбених јединица.

лично и непреносиво право корисника стана, па би требало и да престане његовом смрћу. Ипак, имајући у виду наглашену социјалну компоненту стамбеног збрињавања, законодавац омогућава наставак коришћења стана оном члану породичног домаћинства који испуњава све опште и посебне услове, на основу анекса првобитног уговора о закупу³³.

Према томе, у Републици Српској, као и у целокупној БиХ³⁴, реформа законодавства о стамбеној политици је парцијална и још увек није завршена.

2. Практични проблеми социјалног становања

Приватизација деведесетих година прошлог века створила је у Србији стамбени фонд који је претежно у приватном власништву, тако да је у јавном власништву остало мање од 2% станова из стамбеног фонда. Очекивало се да ће тржиште, уз помоћ хипотекарних кредита потпуно препуштених финансијском тржишту и без адекватне заштите потрошача³⁵, надаље представљати довољан механизам за решавање стамбених потреба грађана, а да ће држава повременим интервенцијама решавати проблеме само социјално угрожених лица. Ипак, недостатак средстава на нивоу државе која се, као и већина грађана, константно задуживала, није омогућило потребну реакцију јавне власти у погледу решавања стамбених проблема бројних социјално угрожених категорија грађана, нити су ове интервенције сматране приоритетом јавне власти.

Приступ социјалном становању у протеклом периоду био је неефикасан, неадекватан и недовољан. С друге стране, потребе су биле огромне, од избеглица из бивше Југославије, преко интерно расељених лица, војних лица, подстанара, до транзиционо осиромашеног становништва. Однос према социјалном становању најбоље се види из чињенице да се нити један програм Владе Србије од 2000. године па до данас није озбиљније бавио овим питањем. У Републици Српској постоји само Нацрт новог закона.

У таквим околностима, али и услед све већег осиромашења и интерног расељавања становништва (нпр. Рома са Косова), без адекватног

³³ Током трајања продуженог уговорног односа, надлежни орган јединице локалне самоуправе дужан је, периодично а најмање једном годишње, проверавати број чланова домаћинства и испуњеност услова за даље коришћење додељеног стана (чл. 15 Нацрта).

³⁴ Povlakić, М., *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009.

³⁵ М. Лазић, *Заштита потрошача у кредитном односу*, стр. 63.

стамбеног збрињавања организованог од стране државе, нарастао је број неформалних насеља у Републици Србији. Локалне и републичке власти се нису бавиле овим питањима, а град Београд, на чијој територији се налазио највећи број насеља, приступио је, у периоду од 2009. до 2012, расељавању осамнаест ромских насеља, са око 3.000 становника. Један део је смештен у контејнерска насеља, привремено, а они који су имали пријаву пребивалишта не територијама других градова враћени су у своја места и препуштени непостојећој социјалној политици локалних самоуправа уз увек недостајућа средства за решавање питања социјалног становања. Уз пројектну подршку међународних организација, у Београду је саграђен један део социјалних станова за ова лица, али неусловна контејнерска насеља још увек постоје.

Стандарди за иселење и заштита стамбено незбринутих лица су новим Законом побољшани, али је питање да ли ће бити воље и средстава да се ове одредбе примене од стране државне власти, а посебно зато што је највећи терет пребачен на ниво локалне самоуправе. До сада, у пракси, питања принудног иселења неформалних насеља, претежно ромских, али и обезбеђивања социјалног становања за оне који нису у могућности да по тржишним условима реше стамбено питање, решавано је „инцидентно“ – кроз сукоб инфраструктуралног пројекта од кога се очекује друштвена корист и неформалног насеља које је осуђено на пораз. ЗСО је уредио правила игре, како се не би понављала незаконита принудна иселења, али није предвидео трајна, концептуална решења и систем њиховог финансирања. Препуштањем ових питања локалној самоуправи није постигнут очекивани ефекат.

Поред тога, нови Закон о становању и одржавању, за разлику од претходних прописа, у највећем делу је усклађен са чл. 11 Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима. Према тумачењу права на адекватно становање садржаном у Општем коментару бр. 7 Комитета Уједињених нација за економска, социјална и културна права, државе чланице посебно су дужне да пре спровођења иселења, а посебно оних која укључују веће групе, размотре све алтернативе у консултацијама са заједницом, а све у циљу избегавања умањења потребе да се иселења спроводе силом, односно мимо воље погођене заједнице. Ова обавеза је предвиђена законом.

„Друга најзначајнија новина у ЗСО тиче се обезбеђивања одговарајућег смештаја лицима која се иселевају а која у својини немају другу непокретност за становање. Иако ова одредба приближава прав-

ни оквир у РС онеме што су међународно преузете обавезе у погледу поштовања људских права, она истовремено остаје, на неки начин, недоречена и пропушта да регулише кључна питања а бави се техничким аспектима права на адекватно становање. Чл. 79 Закона не гарантује лицима која су погођена иселјењем, а која у својини немају другу непокретност за становање, правну сигурност станарског статуса (*legal security of tenure*), која је у Општем коментару бр. 4 апострофирана као кључна за уживање права на адекватно становање гарантовано свима, без изузетака – од оних који станују у станovima у сопственој својини до оних који станују у неформалним насељима или у случајевима када окупирају имовину или земљиште трећих лица. Правна сигурност станарског статуса би значила да лица којима је обезбеђен адекватан смештај по окончању поступка иселјења уживају правну заштиту од нових принудних иселјења, узнемиравања или других претњи. Једноставно, Закон уз скоро дословно преписивање одредаба којима се тумачи право на адекватно становање из чл. 11 Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, пропушта да гарантује правну сигурност станарског статуса у овим случајевима.

Закон се у делу који се односи на становање најугроженијих и на поступке спровођења иселјења своди на оно што се може назвати претераном процедурализацијом права на адекватно становање.³⁶ С једне стране, борба против бескућништва јесте јавни интерес, док се, с друге стране, у делу који би требало да унапреди стање у погледу кршења права на адекватно становање, оно своди на пуко спровођење поступка иселјења. Свакако, ова процедурализација није случајна, она је последица постепеног повлачења државе из својих социјалних улога и одустајање од становања као права и његовог свођења на робу која нам је наводно свима доступна³⁷. Законом се не прописује обавеза државе за решавање стамбених потреба стамбено угрожених лица, иако је она јасна и недвосмислена са становишта међународних стандарда људских права, посебно када се ради о категорији бескућника.

У делу ЗСО који регулише стамбену подршку, отворена је могућност стамбеним задругама и другим организацијама да делују на пољу непрофитних стамбених организација, и укинута Републичка агенција за становање. Међутим, очекивања у ефикасност стамбених за-

³⁶ J. Hohmann, *The Right to Housing: Law, Concept, Possibilities* (Hart Publishing 2013), стр. 129.

³⁷ Данило Ђурчић, програмски координатор Иницијативе за економска и социјална права, „Иселјењем против становања“, *Билтен Станар*, бр. 6, 2018, стр. 23.

друга нису велика, јер зависи од подршке локалне самоуправе и непрофитна је организација.

Закључак

Сматрамо да би држава морала више да се ангажује ради стварања предуслова за реализацију свих видова стамбене подршке, а посебно социјалног становања. Такође, неопходно је одређивање карактеристика непрофитне станоградње и подршке лицима који могу самостално или уз делимичну помоћ да реше стамбена питања, уз адекватну заштиту од негативног дејства тржишта (формирање државне хипотекарне банке за станоградњу ради смањења камата на кредите и ширења категорија лица потенцијалних купаца итд.).

Подршка стамбеном задругарству могла би бити један од делотворних видова улоге државе у стварању услова за активно учешће корисника у остваривању пројеката стамбене подршке и подстицању одрживих извора њеног финансирања. Држави је на располагању читав сет инструмената, од пореских олакшица до смањења или ослобађања од плаћања накнада и такси које припадају јавној власти, што би све допринело већем удруживању грађана у стамбене задруге и самоорганизованом решавању стамбених потреба, односно стварању самостално одрживог система стамбене подршке. Могуће је предвидети и да свака јединица локалне самоуправе намени део расположивог земљишног фонда за стамбену подршку, и да се такво земљиште уступи стамбеној задрузи са одложеним роком плаћања накнаде. Итд.

Држава би нарочито морала да предвиди и подстакне сарадњу органа власти који учествују у спровођењу принудног исељења и расељавања на изради социјалних карата породица у Србији, из којих ће се једноставно моћи утврдити да ли обвезник може да плаћа комуналне рачуне, порезе, закупнину и друге обавезе. Евиденција социјалног становања је и данас неадекватна и непотпуна на нивоима локалне самоуправе, што ствара и могућност за злоупотребе овог права. На таквим подацима би затим требало да се заснује државна политика социјалног становања и целокупна стамбена политика.

Литература

- Hohmann, J., *The Right to Housing: Law, Concept, Possibilities*, Hart Publishing, 2013.
- Јанковић, М., „Садржина права на грађевинском земљишту“, *Правни живот*, Београд, 1961, бр. 6.
- Ковачевић Куштримовић, Р. Лазић, М., *Право на имовину и денационализација грађевинског земљишта*, Зборник Правног факултета у Нишу, Ниш, 2011.
- Лазић, М., *Претворба (трансформација) права на некретнинама у друштвеном власништву у Републици Србији*, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Риједи, бр. 1. Ријека, 2011,
- Лазић, М., *Својински режим на грађевинском земљишту и урбана комасација*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2017, бр. 76.
- Лазић, М., *Заштита потрошача у кредитном односу*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2016, бр. 74.
- Povlakić, M., *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009.
- Стојановић, Д., „Право својине у Европској економској заједници“, *Правни живот*, Својински односи у Европском праву, Београд, 1991, бр. 11-12.
- Simonetii, P., „Raspriave iz stvarnog prava“, odeljak *Pravna priroda etažnog vlasništva u hrvatskom i usporednom pravu*, Rijeka, 2011.
- Ђурчић, Д., „Исељењем против становања“, *Билтен Станар*, 2018, бр. 6.
- Универзалне декларације, усвојене и проглашене резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 217 (III) од 10. децембра 1948.
- Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима из 1966, Document E 1992/23, CESCR General Comment No. 4: The Right to Adequate Housing (Art. 11 (1) of the Covenant).
- Закон о становању и одржавању зграда, „Сл. гласник РС“, бр. 104/2016.

Међународне конвенције о укидању свих облика расне дискриминације; Међународне конвенције о укидању свих облика дискриминације према женама; Конвенције о правима детета. „Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр 7/1971 и „Сл. лист СРЈ – Међународни уговори“, бр. 4/2001.

PRINCIPLES OF SOCIAL HOUSING AND BENEFICIARS OF HOUSING SUPPORT

Prof. Miroslav Lazić, LL.D*,
Ivana Simonović, LL.D**

Summary/Abstract

In this paper co-authors analyze reform of housing policy in Serbia which was enforced by the Housing and Maintenance of Buildings Act. They try to answer the question whether the ideal of right to adequate housing (as fundamental human right based on human dignity and right to an adequate standard of living) has become more realistic for those who are the most disadvantaged.

With the enactment of this new act position toward social housing i. e. principle of sustainable housing (which was declared to be of public importance) had been defined in detail for the first time in Serbia. The legislator defines housing support as a way of helping individuals who are not able to provide home for themselves and their family using their own means for social, economic and other reasons. There are various types of housing support provided by the law. They include: non-profitable rental (public) accommodation, subsidized tenancy, owner-occupation and other types of acquiring property, improving living conditions, help provided by the state to legalize house and emergency housing.

According to international standards set by International Covenant of Economic, Social and Cultural rights, every person is entitled to the right to adequate housing. It is the duty of the State to provide necessary means for achieving this standard. In Serbia, however, this duty has been shifted from

* Faculty of Law, University of Niš

** Faculty of Law University of Niš

the State to the local communities which - due to the centralization of the power - do not have enough financial and economic means to deal with this problem in satisfactory manner. At the same time, problem of financing built housing has not been addressed properly i. e. systematically and efficiently. For that reasons, it is hard to expect the full achievement of goals set by the Housing and Maintenance of Buildings Act.

Key words: *The right to adequate housing- social housing - international standards.*

СУПСИДИЈАРНА КУМУЛАЦИЈА ТУЖБЕНИХ ЗАХТЕВА

Проф. др Гордана Станковић*

Апстракт: Супсидијарна кумулација, као један од модалитета кумулираних тужбених захтева, предвиђена одредбама Закона о парничном поступку Републике Србије (2011) први пут је била изричито нормирана Законом о парничном поступку (2004) иако је овај институт био је познат у процесној литератури и судској пракси и раније тако што је за његово означавање углавном и уобичајено коришћен термин процесна *facultas alternativa* у складу са доминантном цивилистичком концепцијом у интерпретацији овог процесног феномена. Законодавац је одредбом члана 196 ЗПП (2011) предвидео посебно материјалноправно овлашћење тужиоца које није постојало пре парнице и омогућио му да га реализује у парници подизањем кондемпнаторне тужбе. Овом одредбом предвиђено је да тужилац у кондемпнаторној тужби може да истакне тужбени захтев у коме ће захтевати да суд осуди туженог на испуњење дуговане неновчане чинидбе, с тим да уколико усвоји основни тужбени захтев, усвоји и помоћни, супсидијарни захтев којим ће наложи туженом да уместо испуњења дуговане неновчане чинидбе може да испуни неку другу чинидбу – да исплати одређени новчани износ чију је висину сам тужилац одредио или да испуни неку другу неновчану чинидбу.

Кључне речи: тужба, кумулација тужбених захтева, супсидијарна кумулација тужбених захтева

Тужбени захтев у једној тужби, као захтев за пресуду којим тужилац у поступку правне заштите опредељује садржину одлуке коју захтева од

* Правни факултет Универзитета у Нишу, Трг краља Александра 11, Ниш, e-mail: gordanastankovic10@gmail.com

суда,¹ може да буде једноставан или сложен. Тужбени захтев је једноставан кад тужилац тражи да суд пресудом одлучи само о једној главној ствари,² а сложен је кад тужилац једном тужбом у формалном смислу истакне више главних захтева.³

Кад тужилац у једном тужбеном писмену истакне више тужбених захтева против истог туженог, ради се о објективној кумулацији тужбених захтева предвиђеној одредбом члана 197 Закона о парничном поступку.⁴ Истицање захтева за накнаду парничних трошкова, иако се тада ради о истицању посебног правозаштитног захтева,⁵ или споредног захтева уз главни захтев⁶ не представља кумулацију тужбених захтева по самом закону.

2. Објективна кумулација, као процесни институт чије се постојање оправдава разлозима економичности, ефикасности, рационалности, концентрације, једнообразности суђења и правне сигурности, представља резултат диспозиције тужиоца од чије воље зависи да ли ће подићи већи број тужби против истог туженог код истог суда, и тако покренути већи број парница ради остваривања различитих захтева, или ће све те различите захтеве кумулирати у једном писмену, у једној тужби у формалном смислу, и покренути само један поступак, и тако више различитих захтева за пресуду остваривати у једном истом поступку под условима који су предвиђени законом.

3. Објективна кумулација као процесни институт разликује се од спајања парница одлуком суда с обзиром на то да се ради о различитим парничним радњама различитих процесних субјеката. До кумулације долази, по правилу, у тренутку подизања тужбе и то вољом тужиоца. Спајање поступка последица је одлуке суда из разлога целисходности и економичности и до тога долази независно од воље странака.

4. Објективна кумулација, с обзиром на то у ком тренутку настаје, може да буде почетна и накнадна, зависно од тога да ли је до спајања ту-

¹ Детаљно: Г. Станковић – *Грађанско процесно право*, прва свеска, Парнично процесно право, Универзитет Мегатренд, Београд, 2013, стр. 344.

² Нпр. да му се исплати купопродајна цена, или да се конституише право службености, или да се утврди да је заснован радни однос, итд.

³ Нпр. тужилац тражи да суд разведе брак и да одлучи о његовом издржавању или тражи накнаду материјалне и нематеријалне штете.

⁴ Закон о парничном поступку, „Сл. гласник“ бр. 72/11, 49/13, 55/14, у даљем тексту: ЗПП (2011).

⁵ О томе: Г. Станковић, *op. cit.*, стр. 63. У судској пракси се често, иако за то нема ослонаца у законском тексту, захтев за накнаду парничних трошкова погрешно третира као споредно потраживање.

⁶ Нпр. захтев за исплату камате или уговорне казне.

жбених захтева дошло истовремено (симултано), још у тренутку поди-зања тужбе, или накнадно (сукцесивно), у току поступка, све до закључења главне расправе услед објективног преиначења тужбе, њеним проширењем накнадним истицањем нових тужбених захтева.

Између кумулираних захтева може, али не мора да постоји одређени однос или веза и, зависно од тога, разликују се: обична (права) кумулација,⁷ евентуална кумулација,⁸ алтернативна кумулација⁹ и супсидијарна кумулација¹⁰.

5. Супсидијарна кумулација, као један од модалитета тужбеног захтева,¹¹ први пут је изричито била предвиђена Законом о парничном поступку из 2004.¹² У Закону о парничном поступку из 1976, који се примењивао и као савезни и као републички закон, супсидијарна кумулација тужбеног захтева била је индиректно предвиђена у одредби члана 327 ЗПП (1976) која је била ситуирана у одредбама које су се односиле на пресуду.

Законско решење из текста ЗПП (2004), које је у идентичном тексту преузео и ЗПП (2011), било је директна последица промене концепта овог института у нашем процесном праву приликом доношења првог српског процесног закона.

6. Институт супсидијарне кумулације, као посебан модалитет тужбеног захтева,¹³ био је познат у процесној литератури¹⁴ и судској пракси и раније иако је за означавање овог процесног института¹⁵ углавном и

⁷ Одредба члана 197 став 1 ЗПП (2011).

⁸ Одредба члана 197 став 2 ЗПП (2011).

⁹ ЗПП (2011) не предвиђа алтернативну кумулацију из простог разлога што се не може препустити суду да бира да ли ће усвојити један или други кумулирани тужбени захтев. Задатак суда је да пружа правну заштиту а не да врши избор између алтернативно постављених тужбених захтева. Иако није изричито предвиђена одредбама ЗПП (2011), алтернативна кумулација је изузетно дозвољена и то само у парницама које се воде поводом алтернативних облигација кад право на избор чинидбе припада туженом и кад тужилац поставља више тужбених захтева којима тражи осуду туженог на исту чинидбу, али по разним основама (нпр. кад тражи исплату једног новчаног износа или као купопродајну цену или као менични дуг).

¹⁰ Одредба члана 196 ЗПП (2011).

¹¹ Г. Станковић, „Модалитети тужбеног захтева“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 1988, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, стр. 67.

¹² Закон о парничном поступку, „Сл. гласник“ бр. 125/04 и 111/09. У даљем тексту: ЗПП (2004).

¹³ Тако: М. Марковић, *Грађанско процесно право*, књига прва, Парнични поступак, друга свеска, Парничне радње, Приштина, 1966, стр. 91.

¹⁴ С. Цуља, *Грађанско процесно право Краљевине Југославије*, Београд, 1936, стр. 498.

¹⁵ У савременој процесној литератури овај термин користе и: Г. Станковић, *op. cit.*, стр. 351, Г. Станковић, Р. Рачић, *Парнично процесно право*, Бања Лука, 2010, стр. 311; Г. Станковић, Р. Рачић, *Грађанско процесно право*, Правни факултет у Бањој Луци и Правни факултет Источно

уобичајено коришћен термин процесна *facultas alternativa*¹⁶ у складу са доминантном цивилистичком концепцијом у интерпретацији овог процесног феномена.

7. У југословенским процесним законима супсидијарна кумулација није била изричито нормирана као један од модалитета тужбеног захтева у одредбама које се односе на тужбу и њену садржину. Међутим, у одредбама које се односе на пресуду редовно је изричито било предвиђено да ће суд поводом тужиоцевог кондемпнаторног захтева формулисаног у тужби (или током расправе¹⁷) којим је захтевао да му се досуди извесна ствар кад је истовремено у тужби изјавио да је вољан да уместо ствари прими одређени новчани износ, уколико усвоји тужбени захтев, у пресуди да изрекне да се тужени може ослободити испуњења обавезе на давање ствари ако плати новчани износ, који не дугује, али који је тужилац вољан да прими. Из садржине одредбе о пресуди тумачењем је извођен закључак да тужилац може у тужби, као предмет одлучивања, да формулише и такав тужбени захтев.

У домаћој процесној литератури¹⁸ сматрало се да тужилац који захтева осуду туженог на испуњење једне одређене чинидбе може у тужби да формулише своју спремност да прими новчану вредност ствари коју је он одредио или какву другу чинидбу у замену за првобитно дуговану чинидбу уколико се у фактичким животним односима променила ситуација тако да тужени није у стању да испуни дуговану чинидбу зато што је после доспелости његове обавезе ствар или пропала или је испуњење дуговане чинидбе из било ког разлога постало немогуће.

8. У време важења југословенских процесних закона овлашћење тужиоца да у тужби формулише алтернативно овлашћење туженог да он може да се ослободи испуњења дуговане чинидбе плаћањем одређене суме новца која није дугована али коју је тужилац вољан да прими третирано је као институт материјалног права. Формулација захтева тужиоца у тужби или током расправе да је вољан да прими, уместо дугова- Сарајево, Бања Лука, 2017, стр. 337; Г. Станковић, Р. Рачић, *Грађанско процесно право*, прва свеска, Парнично процесно право, Универзитет Медитеран, Подгорица, 2010, стр. 328.

¹⁶ Видети: В. Рајовић, „Алтернативне и факултативне облигације, факултативна потраживања и процесна *facultas alternativa*“, Зборник радова *Закон о облигационим односима*, 1978–1988, *Књига о десетогодишњици*, други том, Београд, Правни живот, 1988, стр. 420.

¹⁷ „У парници у којој се тражи предаја ствари па тужилац изјави да је спреман да уместо ствари прими новчани износ, тада се ради о алтернативном овлашћењу туженог и суд не може наложити туженом исплату новца већ само на предају ствари уз овлашћење туженог да се те обавезе може ослободити ако исплати одређени новчани износ за који се не утврђује да ли представља противвредност ствари.“ Решење Вишег суда у Пожаревцу Гж 18/2016 (2014), од 6. јануара 2016.

¹⁸ У том смислу: М. Марковић, *op. cit.*, стр. 91.

не чинидбе, одређени новчани износ третирана је као грађанскоправна понуда за закључење уговора¹⁹ или као једнострана материјалноправна изјава воље једне стране у правном односу која може да произведе дејство само уколико буде саопштена туженом као другој страни у правном односу²⁰ и која му се посредством суда саопштава. Иако је законодавац изричито предвидео да се тражење тужиоца с обзиром на предмет одлучивања који је он формулисао у тужби обавезно уноси у диспозитив кондемпторне пресуде као посебно овлашћење које има тужени, сматрало се да то тужбено тражење не губи грађанскоправну природу. По овом схватању, овај модалитет тужбеног захтева не представља вид објективне кумулације²¹ или је она привидна, о понуди тужиоца странке не расправљају у поступку, суд не извиђа да ли новчани еквивалент одговара вредности дуговане неновчане чинидбе, суд је само дужан да изјаву тужиоца, као његову понуду која је упућена туженом, унесе у диспозитив пресуде којом усваја кондемпторни тужбени захтев,²² суд може да пропусти да тужиочеву изјаву у погледу алтернативног овлашћења туженог из тужбе унесе у пресуду,²³ а уколико га и унесе, пресуда не постаје правноснажна у том сегменту.²⁴

Основни недостатак цивилистичке концепције која је дуги низ година била доминантна јесте у томе што превиђа да је тужба тужиоца којом формулише захтев за пресуду и одређује предмет одлучивања парнична радња која производи дејство у парници на тај начин што је суд дужан да донесе одлуку о алтернативном овлашћењу туженог и унесе је у диспозитив пресуде уколико усвоји кондемпторни тужбени захтев иако оно није било предвиђено у материјалноправном односу у коме је дошло до спора. С једне стране, није било логично да суд једну

¹⁹ У процесној литератури изјава тужиоца тумачена је као понуда на замену испуњења. О томе: Р. Кеча, Б. Старовић, *Грађанско процесно право*, Нови Сад, 2004, стр. 219.

²⁰ У том смислу: Б. Познић, *Грађанско процесно право*, Београд, 1999, стр. 343; Б. Познић, *Коментар Закона о парничном поступку*, према тексту Закона из 1976. године са доцнијим изменама и допунама, Београд, 2009, стр. 749.

²¹ У том смислу: Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2010, стр. 260. Исто и: А. Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2012, стр. 562.

²² Диспозитив мора да буде прецизно формулисан да се јасно види да је у питању *facultas alternativa*, да не формулише диспозитив на начин који представља осуду на новчани износ или као да се ради о алтернативној облигацији. Тако: В. Рајовић, *op. cit.*, стр. 423.

²³ Уколико би суд пропустио да у диспозитив пресуде унесе изјаву тужиоца, он би могао или обичним писмом или поднеском посредством суда да обавести свог парничног противника или да тражи исправку пресуде. У том смислу: В. Рајовић, *op. cit.* стр. 424.

²⁴ Детаљна критика цивилистичког схватања: М. Дика, „Процесноправна операционализација института *facultas alternativae* у хрватском праву“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, Посебни број, 2006, стр. 609.

грађанскоправну понуду тужиоца²⁵ коју је пренео туженом уноси у диспозитив пресуде,²⁶ а с друге, из диспозитива пресуде не види се да ли је прихваћена или одбијена тужиочева понуда и које импликације произлазе из тога јер би се пресуда, зависно од тога, садржински разликовала. То су, између осталог, били разлози²⁷ који су мотивисали редакторе ЗПП (2004) да одступе од цивилистичког концепта овог процесног феномена и да нормирају тужбу са супсидијарно кумулираним захтевима за пресуду као посебну парничну радњу у складу са процесуалистичким поимањем овог института, да предвиде посебан начин одређивања предмета одлучивања и да предвиде пресуду коју суд доноси поводом супсидијарне кумулације.²⁸

9. ЗПП (2011), по узору на ЗПП (2004), предвидео је изричито супсидијарну кумулацију као модалитет тужбеног захтева²⁹ јер је предвидео да тужилац у тужби може да предложи да суд донесе пресуду којом ће, поред основног тужбеног захтева, уколико је он основан, усвојити и супсидијарни тужбени захтев којим је предвиђено алтернативно овлашћење туженог да може да се ослободи дуговане чинидбе, чије ће му испуњење бити наложено јер је није добровољно испунио, ако плати новчани износ или испуни неку другу чинидбу коју је тужилац вољан да прими. С обзиром на чињеницу да тужилац у тужби, као диспозитивној парничној радњи, поред основног истиче и супсидијарни

²⁵ Овај вид понуде би представљао специфичну врсту понуде која се уноси у пресуду и кад је прихваћена и кад је одбијена, као и кад се тужени о њој није изјаснио и коју је суд дужан да унесе у пресуду без обзира на то да ли је прихваћена или одбијена. С обзиром на правила облигационог права о понуди, сматра се да ова интерпретација изјаве тужиоца нема упориште у материјалноправним одредбама. С друге стране, уколико би понуда била прихваћена током поступка, онда би се радило о споразуму странака те не би било потребно да се он уноси у диспозитив као понуда већ као саставни део судске одлуке којом се мења садржина спорног правног односа. Детаљна критика код: М. Дика, *op. cit.*, стр. 609.

²⁶ У домаћој процесној литератури постоји схватање да се у конкретној ситуацији ради о материјалноправном уговору парничних странака о *facultas alternativa* дужника и да је то разлог што суд у диспозитив пресуде којом усваја тужбени захтев уноси и став да се тужени може ослободити извршења чинидбе ако плати одређени новчани износ. О томе: А. Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2012, стр. 563.

²⁷ Један од разлога био је и системске природе. Из номотехничких разлога није било природно да се у одељку о тужби не налази одредба о садржини тужбеног захтева код супсидијарне кумулације јер се ради о предмету одлучивања, а не да је она ситуирана тек у одредбама о првостепеној пресуди.

²⁸ О процесуалистичком поимању овог процесног феномена детаљно: М. Дика, *op. cit.*, стр. 609.

²⁹ Треба приметити да и даље постоје и схватања да овај модалитет тужбеног захтева не представља кумулацију тужбених захтева. У том смислу: Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2010, стр. 260. Исто и: А. Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2012, стр. 562.

тужбени захтев о коме ће суд одлучити пресудом уколико усвоји основни тужбени захтев, очигледно је да се ради о посебном модалитету тужбеног захтева и о посебном виду објективне кумулације.

10. У одредбама ЗПП (2004) и ЗПП (2011) овај вид објективне кумулације уређен је знатно шире у односу на ранија законска решења, с тим што је посебно наглашена процесна природа овог института.

Одредбом члана 196 ЗПП (2011) предвиђено је, пре свега, да тужилац који у тужби тражи да му се досуди испуњење дуговане неновчане чинидбе, може да истовремено предложи да тужени, уместо дуговане неновчане чинидбе, плати одређени новчани износ или да испуни неку другу неновчану чинидбу. У југословенским процесним законима који су индиректно предвиђали супсидијарну кумулацију била је предвиђена само могућност да тужилац предложи да тужени, уместо предаје ствари, као неновчане чинидбе, плати одређени новчани износ.³⁰ Законодавац је на овај начин проширио права туженог дужника и ширим избором могућности испуњења знатно му побољшао материјалноправну позицију. С друге стране, побољшана је и позиција самог тужиоца као повериоца у погледу изгледа на намирење уколико буде усвојен његов захтев за пресуду.

11. Супсидијарна кумулација као један од посебних модалитета тужбеног захтева који изричито регулише ЗПП (2011) представља институт који је сличан институту *facultas alternativa*, који предвиђа и регулише ЗОО. Овај процесни феномен, као што је већ речено, у процесној литератури и судској пракси често се назива процесна *facultas alternativa*.³¹ Између одређених сличности, између ових института материјалног и процесног права постоје знатне разлике.³² С обзиром на то да постоје знатне разлике између ових института, поједини писци³³ институт материјалног (облигационог) права означавају као претпроцесну *facultas alternativa* јер се ради о алтернативном овлашћењу које је засновано по правилима облигационог права пре покретања парнице и чије је битно обележје у томе да се дужник може ослободити своје обавезе и испуњењем чинидбе на коју је овлашћен, док се процесна *facultas alternativa* третира као диспозитивна парнична радња која представља акт материјалне процесне диспозиције³⁴

³⁰ Видети: Р. Кеча, Б. Старовић, *op. cit.*, стр. 219.

³¹ О томе детаљно: В. Рајовић, *op. cit.*, стр. 420.

³² Детаљно: В. Рајовић, *ibidem*.

³³ М. Дика, *op. cit.*, стр. 610.

³⁴ М. Дика, *op. cit.*, стр. 609.

12. У прилог схватања да је измењена правна природа овог процесног феномена и да се ради о парничним радњама тужиоца, ЗПП (2011) садржи две одредбе у којима је законодавац предвидео одређена овлашћења тужиоца у поступку која не произлазе из материјалноправног односа међу странкама и која представљају израз његове процесне диспозиције.

13. Пре свега, одредбом члана 33 ЗПП (2011) предвиђен је начин одређивања вредности предмета спора кад се кондемпнаторни тужбени захтев не односи на новчани износ. Према овој одредби тужилац у тужби, кад се тужбени захтев не односи на новчани износ, може да наведе да пристаје да уместо испуњења одређеног неновчаног захтева прими одређени новчани износ. У том случају као вредност предмета спора узима се тај износ.³⁵

Одредба члана 33 ЗПП (2011) односи се на ситуацију кад је тужилац подигао тужбу у којој је садржана супсидијарна кумулација тужбених захтева јер ће наведени новчани износ који тужени може да исплати представљати вредност предмета спора.

14. Друга одредба којом је предвиђено посебно процесно овлашћење тужиоца је одредба члана 196 ЗПП (2011) у којој је изричито предвиђена супсидијарна кумулација тужбених захтева. Овом одредбом законодавац је предвидео посебно процесно овлашћење тужиоца које свој ослонац нема у постојећем материјалноправном односу у коме је дошло до спора и који треба да се реши у парници коју тужилац покреће подизањем тужбе. Дужник може да стекне право на избор између дуговане и алтернативне чинидбе у парничном поступку и то на основу пресуде донесене поводом истакнутог супсидијарног тужбеног захтева који свој основ има у модификованом материјалноправном односу који је настао накнадно вољом тужиоца. Право на избор између дуговане и алтернативне чинидбе за туженог настало је као последица диспозитивне парничне радње поводом које је парнични суд био дужан да одлучи пресудом.

Право на избор између дуговане и алтернативне чинидбе за туженог настаје као последица пресуде донесене по тужби са супсидијарним тужбеним захтевом. Овакво законско решење у складу је са природом тужбе као страначке парничне радње која, поред директних процесних и материјалноправних дејстава, индиректно испољава своје дејство и преко пресуде јер омогућава доношење одлуке одређене садржине којом је окончан поступак за пружање правне заштите.

³⁵ Таква ситуација може да настане у парницама у којима се тражи утврђење постојања или непостојања неког права или правног односа, у парницама ради поништаја или извршења уговора, у парницама за предају ствари или у парницама у којима се захтева давање, трпљење, нечињење или пропуштање.

15. Ситуација која настаје у парници поводом специфичног процесног овлашћења тужиоца да својом вољом модификује материјалноправни однос и због тога истакне и захтев за пресуду са алтернативним овлашћењем за туженог разликује се од ситуације кад је спор настао у облигационом односу који представља факултативну облигацију. Код облигационих односа са факултативном обавезом дужника, дужник дугује само једну чинидбу. Међутим, дужник се може ослободити ове своје обавезе тако што ће повериоцу дати или дуговани предмет, или неки други предмет који је унапред одређен законом, уговором или једностраном изјавом воље која је дата пре парнице (*una res in obligatione, duae res in solutione*). Дужник код факултативних облигација дугује само једну чинидбу, с тим што има право да своју обавезу испуни испуњењем неке друге чинидбе која је унапред одређена. Дужничково право да изабере предмет испуњења своје обавезе је његова привилегија која је унапред предвиђена. Право дужника на избор између дуговане и факултативне чинидбе може да буде оригинално (на основу закона, по споразуму, на основу тестаментa) или накнадно (додатни споразум или једнострана понуда повериоца дата пре парнице).

Поверилац може да захтева само испуњење дуговане чинидбе код факултативних облигација, док дужник има могућност да уместо дуговане чинидбе изврши другу чинидбу односно да се ослободи обавезе испуњењем или дуговане или факултативне чинидбе.

Пошто је поверилац овлашћен да тражи испуњење само дуговане чинидбе, јер он никада нема право избора, он има право да тужбом захтева искључиво осуду туженог на дуговану чинидбу, а не и на ону којом тужени, као дужник, може по свом избору да испуни своју обавезу. Суд је дужан да одлучи и наложи само испуњење дуговане чинидбе тако да тужилац, као извршни поверилац може да захтева намирење само оног потраживања које је предвиђено извршном исправом.

Дужник није дужан, и кад се изјасни за факултативну чинидбу уместо дуговане, да је изврши, јер његова изјава не мења ништа у облигационом односу. Дужничково право на избор предмета испуњења траје све док поверилац у извршном поступку не добије (потпуно или делимично) чинидбу која се из облигације дугује односно ону која је предвиђена извршном исправом.

16. Одредбом члана 196 ЗПП (2011) предвиђено је да тужилац има посебно процесно право да сам створи ново материјалноправно овлашћење туженог дужника, које није постојало пре парнице, да он може уместо испуњења дуговане неновчане чинидбе да испуни неку дру-

гу чинидбу – да исплати одређени новчани износ чију је висину сам тужилац одредио или да испуни неку другу неновчану чинидбу и да предложи да суд, уколико усвоји основни тужбени захтев, и о томе одлучи. То посебно процесно овлашћење тужилац врши истицањем супсидијарног тужбеног захтева у тужби којом покреће парнични поступак и којом захтева да суд донесе пресуду одређене садржине. Диспозитивну процесну радњу којом креира ново (алтернативно) овлашћење туженог, тужилац формулише у тужби уз основни тужбени захтев (којим захтева осуду на дуговану чинидбу) и којим захтева да суд, пошто утврди да је тужилац модификовао постојећи правни однос у погледу права туженог на испуњење нове, друге чинидбе, пресуди да тужени може да уместо испуњења првобитно дуговане неновчане чинидбе да испуни неку другу чинидбу.

Тужилац је тужбом, као диспозитивном парничном радњом, створио ново правно овлашћење за туженог дужника које он може уколико жели да врши тако што је у покренутој парници својом процесном изјавом воље модификовао постојећи материјалноправни правни однос из кога потиче примарно дугована чинидба. Овлашћење туженог да уместо дуговане неновчане чинидбе испуни другу чинидбу (новчану или неновчану) пре подизања тужбе са супсидијарним тужбеним захтевом није постојало. Дејства овог процесног овлашћења тужиоца која произлазе из подигнуте тужбе настају по сили самог закона доношењем пресуде којом се усваја истакнути тужбени захтев, уколико је основано затражена правна заштита и тужени пресудом стиче право да се ослободи испуњења дуговане неновчане чинидбе тако што ће оптирати да испуни новчану или неновчану чинидбу чије испуњење је предложио тужилац у замену за дуговану чинидбу. Материјалноправна дејства тужбе у погледу могућности да тужени бира између дуговане и алтернативне чинидбе наступају по сили закона подизањем тужбе и тужилац више нема могућност да предложени новчани износ смањи или повећа или да предложи испуњење неке друге неновчане чинидбе уместо предложене и захтеване.³⁶

С обзиром на то да је тужилац диспонирао својим процесним овлашћењима и кондемпнаторном тужбом модификовао материјалноправни однос, он је створио ново правно овлашћење за ту-

³⁶ Одређивањем висине новчаног износа који може да прими по избору туженог, тужилац преузима на себе ризик евентуалних инфлаторних кретања с једне стране. С друге стране, постоји, с обзиром на дикцију одредбе члана 33 ЗПП (2011), и да тужилац на тај начин злоупотреби своја процесна овлашћења јер може да превисоко одреди вредност предмета спора и да на тај начин обезбеди себи право на ревизију које би, у случају парнице о спору мале вредности, било искључено.

женог које суд треба да утврди пресудом уколико усвоји тужиочев тужбени захтев. Суд је дужан да у диспозитив пресуде, којом ће усвојити тужиочев захтев за осуду на чинидбу, унесе и констатацију да тужени има право да се ослободи испуњења дуговане неновчане чинидбе уколико испуни другу чинидбу – да тужиоцу плати означени новчани износ или да испуни неку другу неновчану чинидбу јер је модификовањем материјалноправног односа настало ново (алтернативно) овлашћење за туженог дужника које се тиче предмета испуњења обавезе.

17. Истицањем супсидијарног захтева уз основни тужбени захтев, тужилац у тужби модификује тужбени захтев и, поред основног захтева, истиче супсидијарни захтев – захтев за утврђење да тужени има одређена материјалноправна овлашћења која може да врши. Истакнути супсидијарни захтев у тужби у складу је са правом туженог, које је он стекао у току покренутог поступка на основу тужиочеве диспозитивне једностране парничне радње којом је за њега настало право да изабере предмет испуњења.

Основни захтев у тужби је кондемпнаторни захтев којим се тражи испуњење дуговане неновчане чинидбе. Супсидијарним захтевом се тражи да се у диспозитив (изрек, тенор) пресуде унесе констатација о праву дужника да се може ослободити дуговане обавезе (чије се испуњење тражи основним захтевом) исплатом новчаног износа или испуњењем неке друге неновчане чинидбе које је тужилац сам означио у тужби.

18. У току поступка, суд испитује да ли је основан захтев тужиоца којим он тражи осуду туженог на дуговану неновчану чинидбу. Право туженог да на основу тужбом добијеног овлашћења изабере предмет испуњења (дуговану чинидбу или чинидбу коју је тужилац сам одредио) није спорно и зато суд није дужан да испитује основаност супсидијарног захтева нити да испитује да ли означени износ, за који тужилац изјављује да је вољан да га прими, односно друга неновчана чинидба одговара вредности неновчане чинидбе.

Тужилац који је модификовањем постојећег материјалноправног односа креирао ново материјалноправно овлашћење туженог да се испуњењем новчане или друге неновчане чинидбе ослободи испуњења дуговане неновчане чинидбе има правни интерес да буде намирен и суд није дужан да испитује постојање његовог правног интереса пре но што у диспозитив унесе констатацију о новом, алтернативном овлашћењу туженог које је он дужан да испуни уместо дуговане неновчане чинидбе уколико то буде желео.

Евентуална изјава туженог у току парнице поводом тужбе у којој постоји супсидијарна кумулација тужбених захтева да неће користити конституисано алтернативно овлашћење нема правни значај нити спречава суд да донесе пресуду која је предвиђена одредбом члана 344 ЗПП (2011) јер је суд по самом закону дужан да донесе пресуду поводом истакнутог супсидијарног тужбеног захтева с обзиром на то да се ради о диспозитивној парничној радњи тужиоца која је предузета у складу са когентном процесном нормом и којом је формулисан предмет одлучивања у конкретној парници.

19. Супсидијарни захтев тужилац може да повуче без сагласности туженог све док суд не одлучи о тужбеном захтеву.³⁷ Овакав став заснива се на схватању о правној природи парничне радње којом се креира алтернативно овлашћење туженог. Ова парнична радња предузета тужбом је диспозитивна парнична радња којом се располаже захтевом за пресуду. У погледу ове диспозитивне парничне радње којом се располаже захтевом за пресуду важио би исти процесни третман који важи и за друге диспозитивне парничне радње којима тужилац располаже својим захтевом за пресуду – изјавом о одрицању од тужбеног захтева³⁸ коју тужилац може да да у току првостепеног поступка до закључења главне расправе и да је опозове и без пристанка туженог.³⁹

20. Пошто суд утврди да је тужбени захтев тужиоца основан, он доноси пресуду којом налаже туженом да испуни дуговану чинидбу, и, истовремено, у диспозитив пресуде уноси и констатацију да тужени има право да се ослободи испуњења те неновчане чинидбе плаћањем означеног новчаног износа из супсидијарно истакнутог захтева или испуњењем неке друге чинидбе. Суд је дужан, пошто је тужиочев тужбени захтев основан, да поводом основног тужбеног захтева изрекне кондемпнаторну пресуду која садржи налог туженом⁴⁰ да испуни одређену, дугова-

³⁷ Супротно: В. Рајовић, *op. cit.*, стр. 422.

³⁸ Одредба члана 349 ЗПП (2011)

³⁹ Тако и: М. Дика, *op. cit.*, стр. 639.

⁴⁰ Одредбом члана 345 ЗПП (2011) која се односи на кондемпнаторну пресуду односно пресуду за осуду на чинидбу предвиђено је да се овом пресудом *налаже извршење неке чинидбе* (подвукао аутор). У домаћој судској пракси, без ослонаца на одредбу члана 345 ЗПП (2011) широко је распрострањено погрешно формулисање диспозитива пресуде који редовно гласи да „суд обавезује туженог“ на испуњење дуговане чинидбе. Ради се о томе да судија који на тај начин формулише диспозитив кондемпнаторне пресуде не разликује облигациони однос од процесног односа, овлашћења страна облигационог односа и овлашћења која суд има у вршењу судске функције у поступку пружања правне заштите. У облигационом уговорном односу стране у том односу сопственим изјавама воље обавезују се на испуњење неке чинидбе. Судија, као државни орган, који решава спор у парници, свакако није ни учесник у облигационом уговорном односу,

ну чинидбу. Суд је дужан да одлучи и у погледу другог, супсидијарно истакнутог тужбеног захтева тужиоца и да изрекне одређено алтернативно овлашћење туженом који има могућност да се ослободи испуњења одређене чинидбе ако испуни неку другу.

21. Пресуда коју је суд донео поводом тужбе са истакнутим супсидијарним тужбеним захтевом може да постане правноснажна уколико је њоме одлучено о тужбеном захтеву и уколико се више не може побијати жалбом. С обзиром на чињеницу да је суд усвојио тужбу са супсидијарним тужбеним захтевом и кад се против пресуде више не може изјављивати жалба, пресуда је постала правноснажна.

22. Доношењем одлуке којом је усвојен супсидијарни тужбени захтев и њеном правноснажношћу настала је извршна исправа која, пре свега, омогућава туженом да добровољно испуни, по свом избору, основну чинидбу или чинидбу за чије га је испуњење овластио тужилац и која је утврђена у пресуди. С обзиром на то да у извршној исправи постоји алтернативно овлашћење извршног дужника⁴¹ он може да уместо дуговане неновчане чинидбе плати новчани износ или да предузме другу неновчану чинидбу све док извршни поверилац делимично не прими испуњење првобитно дуговане неновчане обавезе.

нити је уговарач и из тог разлога не може својом изјавом вољом да обавезе једну страну у том односу на неку чинидбу. Суд као државни орган и субјект заснованог процесног односа који решава спор поводом повреде или угрожавања неког субјективног права може само да донесе акт судске власти и да наложи извршење неке чинидбе да би се успоставила нарушена равнотежа у спорном материјалноправном односу кад једна од уговорних страна није поштовала своју уговорну обавезу.

⁴¹ У одредби члана 51 ЗИО (2015), ово овлашћење законодавац је именовао као факултативно овлашћење извршног дужника.

ЛИТЕРАТУРА

- Станковић Г. *Грађанско процесно право*, прва свеска, Парнично процесно право, Универзитет Мегатренд, Београд, 2013.
- Станковић Г., „Модалитети тужбеног захтева“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Правни факултет Универзитета у Нишу, 1988.
- Закон о парничном поступку, „Сл. гласник“ бр. 125/04 и 111/09. У даљем тексту: ЗПП (2004).
- Марковић М., *Грађанско процесно право*, књига прва, Парнични поступак, друга свеска, Парничне радње, Приштина, 1966.
- Цуља С., *Грађанско процесно право Краљевине Југославије*, Београд, 1936.
- Станковић Г., Рачић Р., *Парнично процесно право*, Бања Лука, 2010.
- Станковић Г., Рачић Р., *Грађанско процесно право*, Правни факултет у Бањој Луци и Правни факултет Источно Сарајево, Бања Лука, 2017.
- Станковић Г., Рачић Р., *Грађанско процесно право*, прва свеска, Парнично процесно право, Универзитет Медитеран, Подгорица, 2010.
- Рајовић В., „Алтернативне и факултативне облигације, факултативна потраживања и процесна *facultas alternativa*“, *Зборник радова Закон о облигационим односима, 1978–1988, Књига о десетогодишњици*, други том, Београд, Правни живот, 1988.
- Кеча Р., Старовић Б., *Грађанско процесно право*, Нови Сад, 2004.
- Познић Б., *Грађанско процесно право*, Београд, 1999.
- Познић Б., *Коментар Закона о парничном поступку*, према тексту Закона из 1976. године са доцнијим изменама и допунама, Београд, 2009.
- Познић Б., Ракић-Водинелић В., *Грађанско процесно право*, Београд, 2010.
- Јакшић А., *Грађанско процесно право*, Београд, 2012.

Дика М., „Procesnopravna operacionalizacija instituta *facultatis alternativae* u hrvatskom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Posebni broj, 2006.

Јакшић А., *Грађанско процесно право*, Београд, 2012.

Познић Б., Ракић-Водинелић В., *Грађанско процесно право*, Београд, 2010.

А. Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2012.

„Сл. гласник“ бр. 72/11, 49/13, 55/14, Закон о парничном поступку.

A SUBSIDIARY CUMULATION OF CLAIMS

Gordana Stanković*

Summary

A subsidiary cumulation, as one of the modalities of cumulated claims, regulated by the Law on Civil Proceedings of the Republic of Serbia (2011), was first explicitly normed by the Law on Civil Proceedings (2004), although this notion was known in the process literature and court practice earlier. To denote this notion the term process facultas alternativa was commonly used, in accordance with the dominant civilistic conception in the interpretation of this process phenomenon.

By the regulation of the article 196 of the Law on Civil Proceedings (2011) the legislator has regulated a special material-legal authorization of the prosecutor which did not exist prior to the litigation and enabled them to realize it in the litigation by initiating a condemnatory lawsuit. This regulation states that the prosecutor in a condemnatory lawsuit can initiate a claim in which they would request that the court condemns the defendant to fulfill the owed non-monetary act. If the court accepts the basic claim, it must accept the subsidiary claim as well, which will order the defendant that they can fulfill some other act instead of an owed non-monetary act – to pay a certain

* Ph.D., Full Professor University of Niš

amount of money which had been defined by the very prosecutor or to fulfill some other non-monetary act by choice of the prosecutor.

Keywords: *a lawsuit, a cumulation of claims, a subsidiary cumulation of claims.*

ПРАВНЕ ПОСЉЕДИЦЕ ЗАБИЉЕЖБЕ ИЗВРШЕЊА У ЈАВНУ ЕВИДЕНЦИЈУ О ПРАВИМА НА НЕПОКРЕТНОСТИ

Проф. др Ранка Рачић*

Апстракт: Забиљежба извршења је прва извршина радња којом се спроводи извршење на непокретности која је уписана у јавну евиденцију о правима на непокретности. Уколико се ради о извршењу на непокретности која није уписана у јавну књигу, објављивање пописа запљене има дејство забиљежбе извршења.

Аутор у раду посебно анализира посљедице забиљежбе извршења у јавну евиденцију. Без обзира на то што је законодавац предвидио посљедице забиљежбе извршења, аутор у раду указује на то да поједина законска рјешења изазивају одређене дилеме које се јављају у правној теорији и дају повода за различито тумачење приликом њихове примјене у поступку извршења на непокретности. Посебан предмет анализе представљају правила која се односе на спровођење извршења на непокретности која није уписана у земљишну књигу, а подаци о њој нису садржани у катастру.

Кључне ријечи: забиљежба извршења, правне посљедице забиљежбе извршења, право на намирење, право на приступање извршењу, објављивање пописа запљене.

* Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Алексе Шантића бр. 3, 71420 Пале, и Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, e-mail: rankaracic@t-com.me

Уводна разматрања

Извршење на непокретности представља посебан предмет извршења ради наплате новчаног потраживања¹. Врсте извршних радњи на непокретности зависе од тога да ли је непокретност уписана у јавну евиденцију о правима на непокретности или није². Ако је непокретност уписана у јавну евиденцију о правима на непокретности³ извршење на непокретности спроводи се: забиљежбом извршења, утврђивањем вриједности непокретности, продајом непокретности и намирењем тражиоца извршења из износа добијеног продајом⁴. Законодавац је предвидио четири посебне радње које хронолошки долазе, по правилу, једна иза друге⁵. Иако се поступак спровођења извршења на непокретности одвија у четири јасно одређене етапе, законодавац је прописао својеврсне изузетке од овог правила⁶. Прије свега, уколико непокретност није уписана у јавну евиденцију⁷ а постоје услови за њен упис након доношења рјешења о извршењу, суд ће застати са поступком извршења док се не изврши упис⁸. Правилима ЗИП РС изричито је предвиђено да ће се, након што је рјешење о извршењу донесено, поступак извршења на непокретностима на подручју гдје земљишне књиге нису успостављене или су уништене, односно нестале, наставити након што се непокретност која је предмет извршења упише у земљишне књиге, уколико такав упис

¹ Видјети, Закон о извршном поступку Републике Српске, „Службени гласник РС“, бр. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12, 67/13, 98/14 и 66/18. и Одлука Уставног суда РС бр. 5/17, Одлука Уставног суда БиХ, „Сл. гл. РС“ бр. 43/17, Одлука Уставног суда БиХ, „Сл. гл. РС“ бр. 90/17. У даљем раду ЗИП РС.

² О томе детаљно видјети, Р. Рачић, *Извршно процесно право*, Бања Лука, 2017, стр. 134, 135, 136, 149, 150.

³ У даљем раду, умјесто термина јавна евиденција о правима на непокретности користиће се израз јавна евиденција.

⁴ Видјети, чл. 68 ЗИП РС.

⁵ Г. Станковић, В. Боранијашевић, *Право извршења и право обезбјеђења*, Косовска Митровица, 2017. стр. 185.

⁶ О томе детаљно видјети, Г. Станковић, Д. Палачковић, А. Трешњев, *Коментар Закона о извршењу и обезбјеђењу*, Београд, 2018, стр. 765.

⁷ У посљедњим измјенама и допунама ЗИП РС законодавац је интервенисао мијењајући одредбу чл. 93 ст. 2, којом је предвидио да у рјешењу о досуђењу суд одређује да се непокретност преда купцу, а Републичкој управи за геодетске и имовинско-правне послове да се изврши упис промјене права својине, те бришу права трећих за која је то рјешењем предвиђено. Међутим, није био досљедан па је у низу одредаба још увијек предвиђено да се упис забиљежбе извршења спроводи у земљишној књизи. Међутим, Закон о измјенама и допунама Закона о стварним правима из 2011. године у одредби чл. 1 изричито је предвидио у чл. 21 ст. 2 „да ријечи земљишну књигу замјењује са ријечима јавну евиденцију, као и цијелом тексту закона у одговарајућем падежу.”

⁸ Видјети, чл. 113 ст. 4 ЗИП РС.

није у супротности са законом. Ступањем на снагу Закона о премјеру и катастру Републике Српске⁹ одредбе Закона о земљишним књигама престале су да важе, па се упис забиљежбе извршења врши на основу правила која су садржана у Закону о премјеру и катастру Републике Српске. Уколико катастар непокретности није успостављен за подручју на којем се налази непокретност која би требало да буде предмет извршења, подносилац захтјева, у овом случају тражилац извршења, има правни интерес да се катастар непокретности успостави и за дио катастарске општине односно за једну парцелу.¹⁰ Међутим, приликом подношења захтјева за успостављање катастра непокретности за дио катастарске општине, а најмање за једну парцелу, Републичка управа за геодетске и имовинско-правне послове неријетко одлучује да подносилац није „активно а ни пасивно легитимисан“ за подношење захтјева нити да има правни интерес за подношење истог?!¹¹

Изузетак од правила да се извршење на непокретности спроводи у четири јасно одређене етапе постоји и у случају кад непокретност није уписана у јавну евиденцију и не постоје услови за њен упис. Поступак забиљежбе извршења, у овом случају, спроводи се по посебним правилима. Законодавац је ову кризну ситуацију ријешао тако што је предвидио да објављивање пописа запљене има дејство уписа забиљежбе извршења.

У раду аутор анализира само правне посљедице које производи забиљежба извршења у јавну евиденцију. Без обзира на то што је законодавац предвидио правне посљедице забиљежбе извршења, нужно је да се укаже на одређене дилеме и дају одговори на поједина питања која се појављују правној теорији и судској пракси. У раду ће посебно бити анализирана правила која се односе на спровођење извршења на непокретности која није уписана у земљишну књигу, а подаци о непокретности нису садржани у катастру.

⁹ Видјети, Закон о премјеру и катастру непокретности Републике Српске, „Службени гласник РС“, бр. 6/2012, 110/2016, 22/2018 – Одлука Уставног суда Републике Српске, 62/2018

¹⁰ Видјети, чл. 71 ст. 3 Закона о премјеру и катастру непокретности Републике Српске.

¹¹ Видјети, Рјешење Републичке управе за геодетско-правне послове Бања Лука, бр. 21.03/951-833/12, од 8. 4. 2013. године.

2. Забиљежба извршења у јавну евиденцију

На подручју Републике Српске на снази су два посебна метода евиденције непокретности. По методу двојне евиденције, орган управе води евиденцију о непокретностима а о правима не непокретностима евиденцију води суд. По методу јединствене евиденције, предвиђена је надлежност органа управе за вођење евиденције о непокретностима и о правима на њима¹². Закон о премјеру и катастру Републике Српске обједињује евиденцију на непокретностима и правима на непокретностима. На подручјима на којима није успостављен катастар непокретности права не непокретностима евидентирају се у земљишној књизи.

Након доношења рјешења о извршењу, извршни суд га по службеној дужности доставља органу који води јавну евиденцију. У одредби члана 72 ст. 1 ЗИП, законодавац је предвидио да је суд дужан да по службеној дужности, чим донесе рјешење о извршењу, одреди да се спроведе забиљежба извршења. Строгим језичким тумачењем може се закључити да је суд дужан да одмах спроведе забиљежбу рјешења о извршењу. Међутим, у пракси се дешава да суд не спроводи забиљежбу извршења чим донесе рјешење о извршењу. У будућим измјенама и допунама ЗИП РС језичку конструкцију „о дужности суда да чим донесе рјешење о извршењу спроведе забиљежбу извршења“ требало би измијенити и одредити рок у којем је суд дужан да спроведе забиљежбу рјешења о извршењу.¹³ Интервенција законодавца требало би да иде у правцу одређивања рока у коме се мора спровести забиљежба извршења и посљедице непоштовања тог рока¹⁴.

Диспозиција о забиљежби извршења могла би се налазити већ у рјешењу о извршењу или би суд могао одредити забиљежбу рјешења посебним рјешењем.¹⁵

¹² Х. Мутапчић, А. Селимовић, Халилчевић, *Ново земљишнокњижно право Републике Српске*, Зборник радова Правног факултета у Тузли, бр. 1/2016. стр. 52.

¹³ У Закону о извршењу и обезбјеђењу Републике Србије изричито је предвиђено у одредби чл. 155 ст. 1 да: „Јавни извршитељ одмах доставља решење о извршењу органу који води катастар непокретности, ради уписа забележбе решења о извршењу на непокретности“.

¹⁴ У ст. 2 истог члана предвиђено је да: „орган који води катастар непокретности дужан је да упише забележбу решења о извршењу у року од 72 часа од пријема захтева за упис, иначе се сматра да је забележба уписана истеком 72 часа од пријема захтева за упис“.

¹⁵ Тако, М. Dika, *Грађанско оvrшно право*, I knjiga, Опће грађанско оvrшно право, Zagreb, 2007, стр. 456.

Забилежба извршења спроводи се прије правноснажности рјешења о извршењу. Овом одредбом се штити тражилац извршења¹⁶.

Када је у питању спровођење забилежбе извршења на непокретности која није уписана у земљишну књигу, а подаци о непокретности не постоје у катастру, након објављивања пописа заплене наступа фикција о забилежби извршења.

Забилежба извршења производи вишеструке правне посљедице. По ЗИП РС, посљедице забилежбе извршења су: право на намирење, право на приступање извршном поступку, могућност настављања извршног поступка према новом власнику¹⁷. На први поглед, могло би се закључити да су законска рјешења јасна и прецизна и да нема потребе за теоријску анализу. Међутим, поједине одредбе се у правној теорији и судској пракси различито тумаче. Мотиви за писање овог рада су управо у различитом тумачењу појединих законских рјешења које се тичу посљедица забилежбе извршења у јавни регистар.

а) Право на намирење

Забилежба извршења је прва извршна радња односно етапа која се спроводи, по правилу, на непокретности¹⁸. Извршни суд ће, чим донесе рјешење о извршењу по службеној дужности, одредити да се у јавном регистру упише забилежба извршења. Правна посљедица права на намирење наступа под тачно утврђеним претпоставкама. Да би тражи-

¹⁶ У том смислу и пресуда Врховног суда Републике Српске бр: 11 0У 012391 15 Увп. „Међутим, по оцјени овог суда, иако се ради о извршењу на основу вјеродостојне исправе, која је према одредби члана 41 ст. 2 ЗИП, не може спровести прије правноснажности рјешења о извршењу, треба се, када је у питању упис забилежбе извршења, имати у виду и одредба члана 72 ст. 1. Том одредбом је прописано да ће суд, чим донесе рјешење о извршењу, по службеној дужности одредити да се у земљишној књизи упише забилежба извршења, а како је у конкретном случају суд и учинио. Дакле, за упис забилежбе извршења довољно је само да суд донесе рјешење и да га достави надлежном органу да упис изврши, па произлази да се забилежба извршења врши након доношења рјешења о извршењу. Према наведеном, иако упис забилежбе извршења представља једну (прву) од радњи извршења на некретнинама из одредбе чл. 68 ст. 1 ЗИП, произлази да услов за њено провођење није правоснажност рјешења о извршењу, односно да се одредба члана 41 ст. 2 тог закона у суштини односи на остале радње које се врше ради намирења тражиоца извршења. У прилог наведеном је и одредба члана 12 став 5 ЗИП, која прописује да приговор и жалба не заустављају ток извршног поступка, али се намирење тражиоца извршења одлаже до доношења одлуке по приговору“.

¹⁷ М. Dika, *op. cit.*, стр. 456.

¹⁸ Изузетак од овог правила представља извршење на непокретности која није уписана у земљишну књигу а подаци о њој се не налазе у катастру. У овом случају спроводи се извршење на непокретности која је у тзв. ванкњижној својини.

лац извршења имао право на намирење, морају бити испуњени сљедећи услови. Прво, забиљежба извршења треба да буде уписана у јавни регистар. Друго, право на намирење свог потраживања тражилац извршења стиче након забиљежбе извршења према трећем лицу које је стекло право својине на непокретности. У одредби чл. 72 ст. 2 ЗИП РС законодавац се изричито не изјашњава да се ради о праву својине већ о одређеном праву које стиче треће лице, али из правила које је садржано у ст. 3 истог члана може се закључити да се ради о праву својине јер је предвиђено да „промјена власника непокретности током извршног поступка не спречава да се тај поступак настави против новог власника као извршеника до висине вриједности непокретности“.

Радње које су предузете прије промјене власника остају на снази, с тим да нови власник не може предузети радње које не би могао предузети претходни власник – ауктор. Да би се наставио поступак извршења према новом власнику – сукцесору – тражилац извршења мора поднијети приједлог за настављање поступка, а извршни суд мора донијети рјешење о томе. Без обзира на то што ЗИП РС није ово предвидио, то је једини могући начин настављања извршног поступка.

Све радње предузете прије сукцесије у личности извршеника остају на снази и нови власник не може у поступку предузимати оне радње који не би могао предузимати пријашњи власник да до промјене права својине није дошло. Забиљежбом извршења у јавном регистру остварује се публицитет и на основу забиљежбе извршења тражилац извршења стиче право на намирење у односу на тражиоце извршења у чију је корист касније конституисана забиљежба извршења, по принципу *prior tempore potior iure*. Треће лице, као нови власник непокретности, на којој је уписана забиљежба извршења, дужан је да трпи првенствено остварење права на намирење тражиоца извршења.

У правној теорији може се прочитати да ове одредбе не служе тражиоцу извршења којем је потраживање обезбјеђено заложним правом (хипотеком) на непокретности јер он потраживање намирује извршним путем из вриједности непокретности – залог (то му право припада већ од оног тренутка када је засновано заложно право које обезбјеђује његово потраживање и од доспјелости потраживања се смије служити његовим правом на намирење). Правила о стицању права на намирење забиљежбом извршења дјелују једино када повјерилац извршним путем намирује своје потраживање од личног дужника. Једино повјерилац који води извршни поступак да би се из вриједности дужникове непокретности намирио своје потраживање које му није обезбјеђено за-

ложним правом на тој непокретности – стиче забиљежбом извршења право на намирење из те некретнине¹⁹. Право на намирење новчаног потраживања што га је забиљежбом извршења стекао повјерилац – тражилац извршења дјелује попут заложног права, па ће конкурисати хипотекама и другим стварним правима која се намирују из новца продајом непокретности у извршном поступку.²⁰

б) Приступање извршењу

Забиљежба извршења у јавном регистру има за посљедицу да се за намирење другог потраживања, истог или другог тражиоца извршења на тој непокретности, не може спровести посебан поступак извршења²¹. Тражилац извршења за чије је потраживање касније одређено извршење на тој непокретности ступа у већ покренути извршни поступак. Његов положај у извршном поступку зависи од момента кад је ступио у већ покренути извршни поступак. У овом случају долази до субјективне кумулације на страни тражилаца извршења. Сваки тражилац извршења који приступи већ покренутом извршном поступку представља самосталну странку у извршном поступку. Процесни положај једног тражиоца извршења независан је од осталих тражилаца извршења. У случају да је исти тражилац извршења поводом намирења новог потраживања приступио извршењу, његова процесна улога у извршном поступку је различита и зависи од реда уписане забиљежбе извршења. Према томе, исти тражилац извршења који је приступио извршењу има улогу „новог“ тражиоца извршења. У судској пракси постоји тенденција да се одредба чл. 73 ст. 1 тумачи на начин да нови тражиоци извршења могу да учествују само у праву на намирење. Просто, ово схватање је неодрживо јер законодавац је правило о праву на приступање извршном поступку редиговао са намјером да се не води више извршних поступака уколико је предмет извршења иста непокретност. Вођење нових извршних поступака допринијело би одуговлачењу извршних поступака. Да се ради о самосталним странкама у извршном поступку јасно произлази из чл. 73 ст. 2, 3, 5 и 6. У чл. 73 ст. 2 изричито је предвиђено да се након уписа забиљежбе извршења у земљишне књиге не може за намирење другог потраживања истог или другог тражиоца извршења на тој непокретно-

¹⁹ Тако, N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj. Z. Stipković, *Stvarno pravo*, svezak 2, Zagreb, 2007. стр. 339.

²⁰ *Ibidem*, стр. 336.

²¹ Видјети чл. 73 ст. 1 ЗИП РС.

сти спровести посебан поступак извршења. Овом законском одредбом законодавац је онемогућио да се поводом исте непокретности води више извршних поступака. Такође, до спајања извршних поступака долази на основу одредбе закона и мимо воље тражиоца извршења.

Након приступања новог тражиоца извршења већ покренутом извршном поступку, суд ће обавијестити тражиоца извршења у чију корист је раније обављена забиљежба²². Поставља се питање шта је смисао ове законске одредбе и да ли тражилац извршења у чију је корист уписана право забиљежбе извршења може да изјави одговарајући правни лијек. Тражилац извршења у чију је корист уписана раније забиљежба извршења не може изјавити правни лијек нити има интереса да се противи приступању новог тражиоца извршења већ покренутом извршном поступку. Његов процесни положај и улога се не погоршава ни у случају када затражи одлагање извршења или дође до обустављања извршног поступка према њему. У случају одлагања извршења према тражиоцу извршења који је први покренуо извршни поступак, оно неће имати штетне посљедице и ако је непокретност продата. Суд ће „средства намијењена намирењу тог тражиоца извршења похранити до наставак поступка“.²³ Ако је дошло до обустављања извршног поступка према првом тражиоцу извршења у чију корист је извршена забиљежба извршења, доћи ће до промјене у рангу намирења. Тражилац извршења који је први покренуо извршни поступак неће више заузимати прво мјесто односно „испашће“ из извршног поступа и на његово мјесто и у његову улогу ступиће тражилац извршења који је био одмах иза њега. Уколико постоје разлози због којих извршење није допуштено, у корист појединих од више тражилаца извршења, односно ако постоје разлози за обуставу извршења у односу на само неке тражиоце извршења, извршење ће се спровести у корист других тражилаца извршења.

Уколико су неки тражиоци извршења тражили одлагање, то нема никаквог утицаја на поступак у коме су они странке. Ако се разлози за одлагање извршења односе само на неке од више тражилаца извршења, извршење се неће одложити, већ ће суд приликом доношења рјешења о намирењу одредити одлагање намирења тог тражиоца извршења све док се поступак извршења у корист њега не настави. До настављања извршног поступка, према њему, доћи ће на приједлог тражиоца извршења који је тражио одлагање или протеком рока на који је извршење одложено. Уколико у овом року тражилац извршења не затражи настављање извршног поступка, доћи ће до обуставе поступка.

²² Видјети, чл. 73 ст. 3 ЗИП РС.

²³ Чл. 73 ст. 6 ЗИП РС.

У ЗИП РС је прописано да ће суд новчана средства „похранити“ до наставка поступка. Законом није изричито одређено шта значи „похрањивање“, односно гдје ће суд и под којим условима извршити „похрањивање“. Једино логично тумачење ове одредбе је да ће суд новчана средства која су намијењена намирењу тражиоца извршења који је тражио одлагање положити у судски депозит.

Ако поступак не буде настављен, средства која су положена у судски депозит, у корист тражиоца извршења који је тражио одлагање, употријебиће се за намирење других тражилаца извршења, односно предаће се извршенику под условом да нема тражилаца извршења које треба намирити.

Законом није изричито предвиђено да извршни суд о приступању извршењу нових тражилаца треба да обавијести извршеника, али би суд то свакако морао учинити.

Поставља се питање који је најранији моменат кад тражилац извршења може приступити извршном поступку и до када траје његово право на приступање поступку извршења. Исти или други тражиоци извршења могу приступити извршном поступку након забиљежбе извршења првог тражиоца извршења. Најкаснији моменат до којег се може приступити покренутом извршном поступку је до дана доношења закључка о продаји непокретности најповољнијем понуђачу, уколико се ради о продаји усменим јавним надметањем. У случају продаје непокретности непосредном погодбом, правилима извршне процедуре није предвиђено до ког момента исти односно нови тражиоци извршења могу приступити већ покренутом извршном поступку.

в) Извршење против лица које је постало власник непокретности у току извршног поступка

Правилима ЗИП је предвиђено да „промјена власника непокретности током извршног поступка не спречава да се тај поступак настави против новог власника као извршеника до висине вриједности непокретности. Све радње предузете прије тога остају на снази и нови власник не може предузимати оне радње које не би могао предузети пријашњи власник да до промјене није дошло“²⁴. Правило које је садржано у одредби чл. 72 ст. 3 ЗИП РС заслужује посебно тумачење. Такође, ово правило се не смије широко тумачити јер би такво тумачење довело у питање

²⁴ Видјети, чл. 72 ст. 3 ЗИП.

основне принципе стварног и земљишнокњижног права²⁵. Извршни поступак се може наставити према власнику који је право својине стекао након забиљежбе извршења. Уколико је до промјене у личности власника дошло прије забиљежбе извршења, тражилац извршења не би имао право да се намири из непокретности трећег лица, јер у том моменту није стекао право на намирење²⁶.

У процесној литератури изнесено је мишљење да се настављање извршења може тражити само према власнику који је стекао право својине након забиљежбе извршења на основу одлуке управног органа или на основу одредбе закона, под условом да је треће лице право својине извело из права извршеника на основу универзалне или сингуларне сукцесије²⁷. Тражилац извршења своје право изводи из права које је имао према извршенику. Законом о премјеру и катастру непокретности РС предвиђено је да стицалац који је у доброј вјери поступио с повјерењем у податке о непокретностима правно је заштићен ако није знао нити је, с обзиром на околности, имао довољно разлога посумњати у оно што је уписано.²⁸

3. Оснивање катастра непокретности за једну парцелу ради забиљежбе извршења

Правилима извршне процедуре предвиђена су посебна правила кад је предмет извршења непокретност која није уписана у земљишну књигу.²⁹ По изричитом слову закона, ако је предмет извршења непокретност која није уписана у земљишну књигу, тражилац извршења је дужан да уз приједлог за извршење поднесе доказе да је извршеник власник непокретности. Уколико тражилац извршења не прибави доказе да је извршеник власник непокретности, он ће уз приједлог за извршење затражити да суд прибави податке од извршеника или неког другог лица о праву својине извршеника на конкретној непокретности. Тако нпр. тражилац извршења може затражити од суда да прибави податке од лица које је продало конкретну непокретност извршенику која није укњижена.

²⁵ Дика, М. *op. cit.*, стр. 457.

²⁶ Тако, Дика, М., *op. cit.*, стр. 457.

²⁷ Тако, Дика, М., *op. cit.*, стр. 458.

²⁸ Чл. 56 ст. 2 Закона о премјеру и катастру непокретности Републике Српске.

²⁹ Видјети, чл. 113 ЗИП.

Уз приједлог за извршење тражилац извршења је дужан означити непокретност према подацима који су садржани у катастру, а ако таквих података нема, дужан је назначити мјесто гдје се непокретност налази, њен назив, границе и површину. У складу са рјешењем које је садржано у ЗИП, суд ће застати са извршењем уколико буде донесено рјешење о извршењу, до окончања поступка који се води ради уписа у земљишну књигу.

Само уколико постоји исправа подобна по правилима земљишнокњижног права да се изврши пренос права својине на тој непокретности са другог лица на извршеника, суд би на основу ње донио рјешење о извршењу. Ако је непокретност уписана у земљишне књиге на друго лице, суд може усвојити приједлог за извршење ако у поступку утврђивања извршеникове имовине сазна да су испуњени услови за промјену земљишнокњижног стања (нпр. ако постоји уговор о купопродаји, али није извршен пренос).

Кад суд донесе рјешење о извршењу на непокретности која се налази на подручју гдје нема земљишне књиге јер није успостављена или је уништена, односно нестала је, извршни суд ће са поступком извршења *застати* све док се на том подручју не успостави земљишна књига. Тек након уписа непокретности у земљишну књигу, наставиће се поступак извршења. Тражилац извршења дужан је да у року од 15 дана од дана доношења рјешења о извршењу затражи упис извршеникове непокретности у земљишну књигу.

Примјена ових правила изазива низ проблема након ступања на снагу *Закон о премјеру и катастру непокретности Републике Српске*. У правилу које је садржано у одредби чл. 198 *Закон о премјеру и катастру непокретности РС* предвиђено је да ступањем на снагу овог закона престаје да важи *Закон о земљишним књигама РС*. Закон о премјеру и катастру непокретности Републике Српске предвиђа могућност да се катастар непокретности изузетно може основати за дио катастарске општине, а најмање за једну парцелу на основу одлуке Републичке управе за геодетске и имовинско-правне послове, али је подносилац захтјева дужан да сноси трошкове поступка.³⁰ Постојеће правило на први поглед омогућује тражиоцу извршења да тражи оснивање катастра непокретности за непокретност на којој би требало спровести забиљежбу извршења. Међутим, у пракси Републичка управа за геодетске и имовинско-правне послове неријетко одлучује да одбије захтјев за оснивање

³⁰ Чл. 71 ст. 3 Закона о премјеру и катастру Републике Српске.

катастра непокретности у поступку појединачног излагања на јавни увид података о непокретности јер подносилац захтјева „није активно а ни пасивно легитимисан за подношење предметног захтјева“.³¹ Овакво поступање Републичке управе за геодетске и имовинско-правне послове додатно компликује извршење непокретности која није уписана у јавну евиденцију.

Ако се приједлог за извршење односи на непокретност на подручју на коме постоје земљишне књиге, а *извршеник није уписан као власник непокретности, већ друго лице*, суд ће усвојити приједлог за извршење ако се након поступка утврђивања извршеникове имовине констатује да су испуњени услови за промјену земљишнокњижног стања.

4. Забиљежба извршења објављивањем пописа запљене

Ако се извршење спроводи на непокретности која није уписана у земљишну књигу, а подаци о истој не постоје у катастру, односно уколико се ради о извршењу на непокретности која је ванкњижној својини извршеника, суд ће по захтјеву и на трошак тражиоца извршења објавити рјешење о извршењу у „Службеном гласнику РС“ и најмање два дневна листа која се дистрибуирају на територији РС. Садржина огласа предвиђена је ЗИП РС. У огласу ће се навести број предмета, име и адреса странака, подаци о непокретности на којој извршење треба да се спроведе, обавјештење о томе гдје је и када одржано рочиште на којем је непокретност пописана, датум кад је записник о попису запљене истакнут на судској табли и означање суда који је објавио оглас. Путем огласа сва заинтересована лица ће се позвати да евентуално обавијесте суд о разлозима због којих се извршење не може спровести на тој непокретности. Иако није законом изричито предвиђено, чини се да је интенција законодавца била да ће се извршење спровести уколико нико не обавијести суд да се на конкретној непокретности не може спровести извршење, односно да трећа лица имају одређена стварна права на тој непокретности.

У овом случају забиљежба извршења производи дејство од момента када је записник о попису запљене први пут објављен у дневном листу.

³¹ Видјети, напомену бр. 11.

5. Умјесто закључка

Забилежба извршења у јавни регистар прва је етапа у спровођењу извршења на непокретности уколико је она уписана у јавни регистар. Без обзира на то што је законодавац предвидио правне посљедице које наступају након забилежбе извршења у јавни регистар, постојећа правила често су повод за различито тумачење.

Уколико непокретност није уписана у јавни регистар, правила која су садржана у Закону о премјеру и катастру Републике Српске остављају могућност за формирања катастра непокретности за једну парцелу. Међутим, поступање Републичке управе за геодетске и имовинско-правне послове неријетко компликује, отежава, а понекад и онемогућава забилежбу извршења у јавни регистар.

ЛИТЕРАТУРА

Станковић Г., Боранијашевић В., *Право извршења и право обезбјеђења*, Косовска Митровица, 2017.

Станковић Г., Палачковић Д., Трешњев А., *Коментар Закона о извршењу и обезбјеђењу*, Београд, 2018.

Мутапчић Х., Селимовић, Халилчевић А., *Ново земљишнокњижно право Републике Српске*, Зборник радова Правног факултета у Тузли, бр. 1/2016.

Dika M., *Грађанско овршно право*, I knjiga, Опће грађанско овршно право, Zagreb, 2007.

Gavella N., Josipović T., Gliha I., Belaj V., Stipković Z., *Stvarno право*, svezak 2, Zagreb, 2007.

Закон о извршном поступку Републике Српске, „Службени гласник РС“, бр. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12, 67/13, 98/14 и 66/18.

Одлука Уставног суда РС бр. 5/17.

Одлука Уставног суда БиХ, „Сл. гл. РС“ бр. 43/17.

Одлука Уставног суда БиХ, „Сл. гл. РС“ бр. 90/17.

Рачић Р., *Извршно процесно право*, Бања Лука, 2017.

Закон о премјеру и катастру непокретности Републике Српске, „Службени гласник РС“, бр. 6/2012, 110/2016, 22/2018 – Одлука Уставног суда Републике Српске, 62/2018.

Рјешење Републичке управе за геодетско-правне послове Бања Лука, бр. 21.03/951-833/12, од 8. 4. 2013.

LEGAL EFFECTS OF ENFORCEMENT ANNOTATION IN THE REAL ESTATE PUBLIC RECORDS

Ranka Račić, PhD, full professor,

***Abstract:** Annotation of enforcement is the first enforcement action undertaken for enforcement on the real estate entered in the real estate public records. If the real estate that is subject to enforcement is not entered in the real estate public register, publication of a confiscation inventory has an effect of enforcement annotation.*

The effects of enforcement annotation in the public records are particularly analysed by the author. Irrespective of the fact that the legislator has envisaged the effects of the enforcement annotation, the author highlights that specific legal provisions cause certain dilemmas to arise in the legal theory and give rise to varied interpretation when it comes to the application of the real estate enforcement procedure. A special subject of the analysis are the rules related to the execution of enforcement on the real estate that is not entered in the land register and its relevant information is not included in the cadastre.

***Key words:** enforcement annotation, legal effects of enforcement annotation, right to settlement, right to initiate enforcement, confiscation inventory publication.*

* Faculty of Law of the University in Eastern Sarajevo,

* Faculty of Law of the University in Banja Luka

РЕОСИГУРАЊЕ КАО ИНСТРУМЕНТ ЗАШТИТЕ ОСИГУРАВАЧА

Проф. др Владимир Чоловић*

***Апстракт:** Реосигурање представља заштиту осигуравача од ризика осигураног уговором о директном осигурању. Реосигурање има велики значај, нарочито кад су у питању велики и катастрофални ризици, тако да је у задњој деценији приметан пораст премије реосигурања. У зависности од бонитета осигуравача и врста осигурања којима се бави, зависиће и избор врсте реосигурања, у оквиру које ће се закључити уговор са реосигуравачем. Обим покрића осигурања који ће бити преузет од стране реосигуравача зависи и од чињенице да ли ће се реосигурање односити на једно директно осигурање или више директних осигурања у одређеном временском периоду. Наведено зависи и од чињенице да ли реосигуравач преузима цео ризик или део ризика. Уговор о реосигурању егзистира упоредо са уговором о директном осигурању. У раду се критикују одредбе Преднацрта Грађанског законика Србије, а представљене су одредбе Закона о осигурању Србије и Закона о друштвима за осигурање Републике Српске, које се односе на реосигурање. Аутор поклања пажњу и одредбама Директиве ЕУ Солвентност II у овој области.*

***Кључне речи:** реосигурање, директно осигурање, ретроцесија, Преднацрт Грађанског законика, ризик.*

* Институт за упоредно право Београд, Теразије 41, Београд, Факултет правних наука Универзитета „Апеирон“ Бања Лука, e-mail: vlad966@hotmail.com

* * *

Осигурање као делатност, по својој природи, не може да пројектује своје приходе, као што је то случај у другим делатностима. Код осигурања се може очекивати да ће се, у целини, на великом броју појединачних случајева, остварити сви приходи. Осигурање се заснива на ризику, тако да је приликом закључења уговора о осигурању потребна квалитетна процена једног или више ризика који су везани за предмет осигурања. Да би могли да се дефинишу елементи уговора о осигурању, потребно је код дефинисања ризика одредити, односно, израчунати премијску стопу и тарифе премија. Један од елемената одређивања премије осигурања јесте врста и величина ризика. Да би се израчунала потребна премијска стопа за један индивидуалан ризик или за хомогену групу ризика, потребно је да осигуравач сједини податке о ризицима исте врсте у сопственом портфељу. Осигуравач то може чинити и са другим осигуравачима, односно, тада говоримо о заједничким подацима осигуравајућих друштава. Када се, на основу прикупљених статистичких података, утврде нове премијске стопе, тада се коригују тарифе премија. Значи, премијска стопа зависи од повољних или неповољних карактеристика ризика¹.

На правилно дефинисање ризика утичу и други елементи, као што су: инфлација; промене метода везане за индустријске ризике; и промене вредности и стандарда понашања. Ти елементи могу довести и до мултипликације ризика². Самим тим, потребно је одредити инструменте заштите од ризика, а то није само осигурање, када говоримо, пре свега, о заштити осигураника, већ је овде неопходно дефинисати и инструменте заштите осигуравача. Постоје два основна инструмента заштите осигуравача од великих ризика, а то су саосигурање и реосигурање. У овом раду нећемо посветити пажњу саосигурању, које представља закључивање и извршавање уговора о осигурању са више осигуравајућих друштава која су се споразумела о заједничком сношењу и расподели ризика. Реч је о непосредној, хоризонталној расподели ризика између саосигуравача³ који индивидуално преузимају свој део обавезе. Код саосигурања, ниједан саосигуравач не одговара за обавезе других саосигуравача. Са друге стране, реосигурање представља инстру-

¹ Д. Огризовић, *Економика осигурања*, Сарајево 1985, 583.

² Д. Огризовић, 584.

³ П. Шулејић, *Право осигурања*, Београд 2005, 74.

мент директне заштите осигуравача од ризика које је прихватио да осигура и који су дефинисани уговором о осигурању. Реосигурање се, пре свега, односи на заштиту од ризика, али и на висину штете. Ипак, сам штетни догађај (осигурани случај), могућност његовог настајања и штету коју може да проузрокује везујемо за ризик који, као што смо рекли, може бити мањи или већи, а који се, у току трајања осигурања, може повећати или смањити, који може изазвати мање или веће последице, тако да, кад говоримо о реосигурању, говоримо и о контроли ризика од стране реосигуравача, али и од стране осигуравача и осигураника. Но, реосигурање је независно у односу на директно осигурање, иако се оно везује за исти ризик и исти предмет осигурања, као и уговор о директном осигурању. Иначе, реосигурање представља вертикалну расподелу ризика између осигуравача и реосигуравача.

У овом раду ће бити речи о најбитнијим питањима везаним за реосигурање, потреби и начину регулисања овог института, као и односу реосигурања и директног осигурања, кад је у питању број директних осигурања који су „покривени“ и уговорима о реосигурању. Исто тако, биће речи и о регулисању реосигурања у Преднацрту Грађанског законика Србије (даље: ГЗ)⁴, с обзиром на то да у Закону о облигационим односима (даље: ЗОО)⁵ овај институт није регулисан. Исто тако, биће речи и о регулисању реосигурања у законодавству Републике Српске које регулише статус осигуравајућих друштава, као и у праву ЕУ.

Иначе, значај реосигурања је увек био велики. Интересантно је да је ранији Закон о основама система осигурања имовине и лица⁶, који је донесен 1990. године, предвиђао могућност оснивања пулова за реосигурање. Овај закон је дефинисао да два или више осигуравајућих друштава могу основати пул за обављање послова реосигурања имовине и лица. Пул реосигурања оснивао се уговором и он је у промету иступао у своје име и за свој рачун, односно, својих оснивача. Оснивачи одговарају за обавезе које пул преузима по основу послова реосигурања⁷. Данас законодавство у Србији не регулише пулове реосигурања (као ни пулове осигурања).

⁴ Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, текст преузет:

http://www.koronaonkschool.org/gradjanski_zakonik.html, приступ: 20. 6. 2018.

⁵ Закон о облигационим односима, „Сл. лист СФРЈ“ бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, „Сл. лист СРЈ“ бр. 31/93, „Сл. лист СЦГ“ бр. 1/2003 – Уставна повеља.

⁶ Закон о основама система осигурања имовине и лица, „Сл. лист СФРЈ“ бр. 17/90, 82/90, „Сл. лист СРЈ“ бр. 31/93, 24/94.

⁷ Члан 33 Закона о основама система осигурања имовине и лица.

1. Карактеристике и врсте реосигурања

Напред смо навели основни појам реосигурања. Но, оно што је веома битно као полазиште за дефинисање овог института, односи се на чињеницу да и реосигурање представља осигурање осигуравача, где је осигуравач, у ствари, реосигураник. У вези са реосигурањем говоримо и о ретроцесији, које представља осигурање реосигуравача, када се ради о изузетно великим ризицима који произлазе из директног осигурања и када сам реосигуравач не може да „покрије“ исте. Закључење ретроцесије зависи и од врсте реосигурања.

Значи, ако једно осигуравајуће друштво не може да поднесе велики ризик, односно, ако тај вишак ризика прелази самопридржај, под којим подразумевамо износ уговором преузетих ризика који друштво увек задржава у сопственом покрићу и који може покрити сопственим средствима⁸, тада би требало да закључи уговор о реосигурању. Осигуравајуће друштво је дужно да увек задржи део ризика у самопридржају, а у вези са тим морамо поменути и портфељ осигурања који представља скуп свих осигураних ризика код неког осигуравача. Може се исказивати укупним бројем уговора о осигурању, збиром сума осигурања или збиром премија осигурања⁹.

Морамо рећи да се реосигурањем постиже и додатна сигурност, јер се ризик распоређује на већи број осигуравача, а посебно што је, по правилу, осигуравач који преузима функцију реосигурања јачи. Институција реосигурања, која удружује осигуравајућа друштва, повећава сигурност осигураника са великим техничким и финансијским потенцијалом. Што се тиче правног односа између осигураника и осигуравача, реосигурањем се ништа не мења – осигураник и осигуравач непосредно склапају уговор о осигурању, а у наредној фази долази до уговорних односа између осигуравајућег друштва које је извршило осигурање (осигуравача) и организације која прихвата реосигурање. Међутим, иако не постоји правна веза између осигураника и реосигуравача, она је од значаја за опредељење осигураника, који ће се, по правилу, пре одлучити за осигурање са реосигурањем¹⁰.

Постоји дилема да ли је уговор о реосигурању за осигуравајућа друштва у ствари уговор којим се пружа обештећење од стране реосигу-

⁸ И. Андријанић, К. Класић, *Технике осигурања и реосигурања*, Загреб 2002, 141.

⁹ В. Чоловић, *Осигуравајућа друштва*, Београд 2010, 21.

¹⁰ В. Чоловић, 16.

равача или се ради о покривању одговорности осигуравача (реосигураника). У вези са тим, поставља се питање да ли осигуравач (реосигураник) плаћа премију за евентуални губитак, тако да, кад се деси осигуранни случај, добија надокнаду за тај губитак, тј. суму осигурања.

За реосигурање можемо рећи да представља проширење осигурања. Наиме, ризик осигурања се преноси са једног на другог носиоца (или друге носиоце) ризика. Самим тим, реосигурање пружа могућност почетном носиоцу ризика (осигуравачу из односа директног осигурања) да пружа производе осигурања својим клијентима – осигураницима. Не можемо у потпуности да се сложимо са овим схватањем реосигурања, с обзиром на то да се оно односи на предмет уговора о директном осигурању, односно, заштиту од ризика који су дефинисани тим уговором. По томе, не можемо говорити о проширењу осигурања, осим ако се не ради о укључењу више осигуравача који ће заштитити један ризик или више ризика у одређеном временском периоду. Осим тога, реосигурање омогућава наведеним осигуравачима да ојачају свој биланс стања¹¹.

– *Карактеристике реосигурања као делатности*

Реосигурање има карактер међународне делатности, с обзиром на то да су портфељи реосигуравача састављени од ризика везаних за уговоре о осигурању и реосигурању (с обзиром и на ретроцесију) из више држава¹². Истичемо и специјализацију као елемент реосигурања, с обзиром на постојање реосигуравача који се баве само одређеним врстама реосигурања, тако да се та специјализација формира како у вези са појединим предметима реосигурања, односно, осигурања и ризика, тако и у вези са одређеним распонима обавеза по уговору о реосигурању¹³. Морамо истаћи и масовност као једну од карактеристика реосигурања, обзиром да је потребно постићи што већи број портфеља како би се постигао што бољи капацитет код процене могућности настанка осигураних случајева¹⁴. Уобичајено је да се уговори о реосигурању регулишу типским клаузулама, али иако те клаузуле представљају прак-

¹¹ Larry Schiffer, *Reinsurance Matters*, <https://www.irmi.com/articles/expert-commentary/reinsurance-matters>, приступ: 18. 7. 2018.

¹² С. Јовановић, „Неки аспекти делатности реосигурања и уговора о реосигурању“, *Ревизија за право осигурања* бр. 3-4/2003, 11.

¹³ С. Јовановић, 13.

¹⁴ С. Јовановић, 14.

су у реосигурању, постоји могућност да странке уређују своје односе реосигурања посебним условима. У принципу, уговор о реосигурању јесте адхезиони, али уз могућност да се неке одредбе стандардног текста измене¹⁵. Једна од најважнијих карактеристика уговора о реосигурању је његова зависност од постојања уговора о осигурању. Акцесорност уговора о реосигурању везана је за предмет осигурања и за ризик. Но, да ли, у сваком случају, мора да постоји уговор о осигурању, да би могао да буде закључен уговор о реосигурању, с обзиром на то да могу постојати ситуације да осигуравач закључи уговор о реосигурању како би се обезбедио његов уговорни капацитет. Наравно, обавеза реосигураваача зависи од настанка осигураног случаја, тако да се, у том тренутку, огледа акцесорност, када се постави захтев за накнаду реосигураваачу¹⁶. Уговор о реосигурању је и алеаторан уговор, с обзиром на то да дели судбину уговора о директном осигурању. Ово су неке од најважнијих карактеристика реосигурања, који потврђују посебност тог института.

– *Процена ризика*

Да ли ће осигураваач донети одлуку о реосигурању или не зависи од више елемената који прате закључење једног уговора о осигурању. Међутим, најбитнији елемент, како смо рекли, јесте ризик. Заштита од ризика зависи, на првом месту, и од правилне деобе ризика, која зависи од три фактора: 1) први фактор се односи на бонитет осигураваача. Осигураваач мора имати довољна средства да би могао да изврши поделу ризика у оквиру своје организације осигурања; 2) други фактор је величина ризика, која мора бити изражена кроз суму осигурања; и 3) трећи фактор је однос првог и другог фактора, односно, однос између бонитета осигураваача и величине ризика¹⁷. Ако је величина ризика таква да прелази бонитет, односно, капацитет осигураваача, тада вишак ризика треба да буде покривен реосигурањем. Основни циљ оваквог покривања ризика је примарна деоба ризика ради његове неутрализације и сигурности обављања делатности осигурања¹⁸.

У вези са наведеним, реосигурање представља трансфер дела ризика од стране осигураваача према реосигураваачу. Неки аутори кажу да је

¹⁵ С. Јовановић, 17.

¹⁶ С. Јовановић, 18.

¹⁷ Б. Матијевић, *Осигурање (менаџмент □ економија □ право)*, Задар 2010, 153–154.

¹⁸ *Ibidem*.

реосигурање доминантни облик управљања ризиком¹⁹, али се, са тим, не бисмо могли сложити у потпуности, имајући у виду да постоје и други облици заштите од великих ризика, као што је поменуто саосигурање, али и да заштита од ризика зависи од саме врсте ризика, као и од могућности његовог повећања, односно, мултипликације. Код увећавања ризика, кључни елемент је избор најбољег метода управљања тим ризиком или ризицима. Сви методи управљања ризицима се крећу од метода, којима се они избегавају, до метода којима се они „трансферишу“ на другог. Кад говоримо о „трансферу“ ризика, мислимо на пребацивање тог ризика на осигуравача. Али, кад је у питању мултипликација ризика, тада морамо имати на уму честу поделу тог „трансфера“, односно, пребацивање ризика на више осигуравача. Наравно, најважније је одредити на који начин ће осигуравајуће друштво дефинисати величину једног или више ризика у односу на капитал којим располаже. Мултипликација ризика може довести и до ситуације да реосигуравач трансферише ризик ка ретроцесионарима уговором о ретроцесији²⁰, о чему је било речи.

– *Врсте реосигурања*

С обзиром на карактеристике, постоје различите поделе реосигурања, односно, различите врсте. Но, нас највише интересује подела реосигурања по критеријумима који и представљају елементе уговора о реосигурању. Ти критеријуми су ризик и накнада, с обзиром на то да је основна сврха закључења уговора о реосигурању покривање вишка ризика и накнада штете. По томе, реосигурање делимо на: 1. квотно реосигурање 2. ексцедентно реосигурање 3. реосигурање вишка штете и 4. реосигурање вишка губитка.

Кад говоримо о квотном реосигурању, говоримо о реосигурању сразмерног дела ризика. Ради се о реосигурању код којег осигуравач врши трансфер одређеног дела ризика на реосигуравача (мисли се на квоту). Та квота се може односити на један уговор о осигурању (мисли се на директно осигурање) или на више њих. У том смислу, осигуравач плаћа део од премије коју је наплатио од осигураника, у односу на део ризика, а, са друге стране, реосигуравач се обавезује да осигуравачу исплати део штете, у односу на трансферисани ризик, ако се деси осигурани случај. Ова врста реосигурања највише је применљива код

¹⁹ В. Његомир, „Савремени трендови на тржишту реосигурања“, *Индустрија* бр. 3/2006, 66.

²⁰ *Ibidem*.

осигуравајућих друштава које немају већи портфељ осигурања, односно, који морају да реосигуравају и мале и велике ризике²¹.

Екседентно реосигурање се односи на уговоре, код којих сума осигурања или вредност предмета осигурања прелази самопридржај осигуравача. Ако се, са друге стране, ради о уговорима о осигурању код којих је тај ризик испод самопридржаја, неће се активирати реосигурање. Екседентно реосигурање се односи само на вишак износа изнад самопридржаја. Код ове врсте реосигурања морају бити опрезни и осигуравач и реосигуравач. Наиме, осигуравач мора тачно да одреди висину свог самопридржаја, односно, висину штета које може да покрије својим капиталом, док реосигуравач мора да води рачуна о евентуалним лошим ризицима које може преузети, односно, ризицима за које осигуравач процени да је пожељно да буду трансферисани на реосигуравача, а који не одговарају осигуравачу са становишта могућности наступања штете²².

Код реосигурања вишка штете, ради се о томе да реосигуравач преузима обавезу с обзиром на висину штете, код осигураних случајева са високим износом накнаде. Код ове врсте реосигурања се могу појавити два облика. Први се односи на ситуацију када реосигуравач покрива износе преко одређене границе штете по једном уговору о осигурању. Значи, битна је висина штете, а не висина ризика и врста ризика. Реосигуравача, овде, не интересују ризици из уговора о осигурању. Постоји и други облик ове врсте реосигурања које је слично претходном, али се односи на више осигурања, а штета мора настати остварењем истог догађаја. Ова врста реосигурања је погодна код осигурања катастрофалних ризика, као и код кумулације штета²³.

Најзад, код реосигурања вишка губитка, реосигуравач преузима обавезу да надокнади губитак у оквиру једне врсте осигурања у одређеном периоду (годину дана, најчешће). Ова врста реосигурања је погодна за осигуравача, јер се, у току једне године, може догодити више штета које могу угрозити његово пословање, али, ипак, он их може покрити својим капиталом²⁴. Избор реосигурања, пре свега, зависи од бојитета осигуравача и осигурањима којима се бави. Но, тај избор може зависити и од конкретног уговора о осигурању, односно, од вредности

²¹ П. Шулејић, 517.

²² *Ibidem*.

²³ П. Шулејић, 518.

²⁴ *Ibidem*.

предмета осигурања, висине ризика, као и од могућности да се ризик повећа или смањи у току трајања осигурања. Оно што је битно за осигуравача, јесте да одлука о начину реосигурања вишка ризика или вишка штете не сме бити донесена у односу на један уговор о осигурању или могућности да се оствари или не оствари ризик у вези са једним или неколико уговора.

2. Регулисање реосигурања у Преднацрту Грађанског законика Србије

ГЗ посвећује посебан одељак реосигурању. Наиме, ГЗ на општи начин дефинише уговор о реосигурању, односно, дефинише обавезу реосигуравача да плати реосигуранику одређену суму која је настала на основу пуноважног уговора о осигурању, док се реосигураник обавезује да плати премију реосигурања. Исто тако, ГЗ дефинише да се његове одредбе о уговору о осигурању примењују и на реосигурање, осим ако уговорне стране одступе од њих, ако је то одредбама ГЗ допуштено. Прва замерка се односи на дефиницију реосигурања. ГЗ се позива на уговор о осигурању, а требало би на уговор о реосигурању, с обзиром на то да реосигуравач и реосигураник закључују уговор о реосигурању. Затим, ГЗ ништа не каже кад ће реосигуравач бити у обавези да плати суму, већ само наводи да ће он то учинити на основу пуноважног уговора. Најзад, кад ће уговорне стране моћи да одступе од одредаба ГЗ, ако говоримо о примени правила уговора о осигурању²⁵. То се у одредбама ГЗ конкретно не одређује. Са друге стране, које ће се одредбе примењивати, ако странке одступе од правила које регулишу уговор о осигурању, тј. да ли ће то бити неки други закон, као што је Закон о осигурању који реосигурање регулише пре свега са становишта осигуравајућих друштава која се баве реосигурањем или ће се примењивати општи услови појединих реосигуравача. У сваком случају, у овој одредби много тога није дефинисано, од момента настанка обавезе реосигуравача, до примене или непримене одредаба ГЗ на реосигурање.

Замерка законодавцу која је изречена у вези са претходном одредбом потврђује се у следећој, у којој се одређује обавеза реосигуравача да плати накнаду из реосигурања и да учествује у трошковима осигуравача, а у вези са захтевима осигураника из односа директног осигурања,

²⁵ Члан 1493 ГЗ.

али на онај начин како је то одређено уговором о реосигурању. Следеће, одређује се да ће реосигураваач бити у обавези да плати накнаду из реосигурања у зависности од начина, на који је осигураваач испунио своју обавезу осигуранику из директног осигурања, само ако је то изричито одређено уговором. У истој одредби, одређује се да пропуштање осигураваача да изврши неку обавезу из уговора о реосигурању (законодавац наводи и грешке у извршењу обавеза, као и заблуде у вези истих), неће утицати на извршење уговора о реосигурању, само ако је тако уговорено²⁶. ГЗ је морао да, у дефинисању одредаба о реосигурању, узме у обзир основна правила везана за овај институт и да раздвоји два уговорна односа, један који се односи на директно осигурање и други који се односи на реосигурање. Пропуштање осигураваача ће сигурно утицати на обавезу реосигураваача. Но, ако је другачије предвиђено уговором о реосигурању, онда то пропуштање неће утицати. Постављамо питање због чега је на почетку дела ГЗ који регулише овај институт дефинисана једна општа одредба, а није регулисан моменат обавезе реосигураваача.

Осигураник (из односа директног осигурања) има право да захтева накнаду директно од реосигураваача, само ако је то предвиђено уговором о реосигурању, односно, ако је против осигураваача покренут стечајни поступак или ако се на тај однос директног осигурања протеже дејство реосигурања. У наведеним случајевима, по ГЗ, реосигураваач има положај осигураваача, а ако је покренут стечај против осигураваача, сви износи које је осигураник примио од реосигураваача урачунаће се приликом деобе стечајне масе²⁷. Постављамо питање због чега у ГЗ није дефинисано да иначе (ако нема посебних околности), осигураник не може да се обрати реосигураваачу. Без обзира на то да ли је стечајни поступак покренут против осигураваача или реосигураваача, та чињеница ће довести до раскида уговора о реосигурању. По одредби ЗОО, одређује се да ће уговор о осигурању престати након тридесет дана од дана отварања стечаја против осигураваача²⁸. Са друге стране, ЗОО дефинише и престанак уговора о осигурању када се против уговараача осигурања покрене стечајни поступак, тако да уговор наставља да производи дејства, али свака од уговорних страна има право да раскине уговор у року од три месеца од дана покретања стечајног поступка. У вези са тим, ЗОО одређује да ће неплаћени део премије осигурања за преостали део покрића бити саставни део стечајне масе уговараача осигурања. Ако се стечај покрене

²⁶ Члан 1494 ГЗ.

²⁷ Члан 1495 ГЗ.

²⁸ Члан 923 ЗОО.

против реосигуравача, осигуравач ће имати право првенства у наплати из депозита²⁹.

У следећој одредби ГЗ осигуравача назива реосигураник. Наиме, ако није другачије уговорено, реосигуравач има право на наплату премија осигурања за све време „покривања“ ризика, односно, за све време трајања покрића осигурања, без обзира да ли је реосигураник (осигуравач) наплатио премију од свог осигураника. Из ове одредбе се види да се ради о два независна уговорна односа, с обзиром на то да реосигуравач закључује уговор са осигуравачем, а не са осигураником из директног осигурања. Уколико реосигураник (осигуравач) не плати премију реосигурања у року који је уговорен, тада ће реосигуравач моћи да раскине уговор о реосигурању, али ће бити у обавези за све штетне догађаје, односно, реосигуране случајеве до момента раскида уговора. Сматрамо да је овде требало додати „у складу са уплаћеном премијом, ратом премије или делом премије“. Реосигуравач се обавезује у складу са закљученим уговором и плаћеном премијом, од које зависи и дејство уговора.

Када реосигуравач исплати накнаду осигуравачу, не долази до суброгације, односно, до преласка права осигуравача према трећем одговорном лицу, као ни права које је осигуравач стекао по основу напуштаја ствари (абандона). Са друге стране, осигуравач је дужан да остварује наведена права, по основу исплате накнаде из осигурања и напуштаја ствари, али уз обавезу да исплати реосигуравачу део тих износа³⁰. Свака одредба ГЗ која је посвећена реосигурању заслужује посебну анализу. Исто тако, те одредбе заслужују и критику које могу произвести питање због чега је ГЗ регулисао реосигурање.

3. Регулисање реосигурања у Закону о осигурању Србије – „статусном“ закону

На много јаснији начин Закон о осигурању Републике Србије (даље: ЗОС)³¹ регулише појам реосигурања. Наиме, по ЗОС-у, послови реосигурања се односе на закључење и извршавање уговора о

²⁹ Члан 1496 ГЗ.

³⁰ Члан 1497 ГЗ.

³¹ Закон о осигурању, „Сл. гласник Р. Србије“ бр. 55/2004, 70/2004 – испр., 61/2005, 61/2005 – др. закон, 85/2005 – др. закон, 101/2007, 63/2009 – одлука УС, 107/2009, 99/2011, 119/2012, 116/2013 и 139/2014 – др. закон.

реосигурању којима се осигурани вишак ризика изнад самопридржаја осигуравајућег друштва преноси у реосигурање, односно, осигуравајуће друштво реосигурава онај део који само не може да „покрије“, ако се деси осигурани случај. Управо ЗОС дефинише вишак самопридржаја као део износа уговором преузетих ризика које друштво увек задржава у сопственом покрићу и који може да „покрије“ својим средствима. Практично, ради се о ризицима чија реализација доводи до штете или штета које осигуравајуће друштво може да надокнади. ЗОС прописује да је осигуравајуће друштво дужно да, увек, задржи део преузетих ризика у самопридржају, а да вишак ризика, односно, одређени део изнад самопридржаја по уговору о осигурању реосигура код друштва које се бави реосигурањем, а које је регистровано са седиштем у домаћој земљи, док је то друштво које је регистровано за послове реосигурања у домаћој земљи дужно да се реосигура код друштва за реосигурање у иностранству или домаћој земљи, за део ризика који не може покрити сопственом имовином, односно средствима. ЗОС прописује и изузетак који се односи на могућност реосигурања целог износа ризика, ако се ради о осигурању имовине од катастрофалних ризика, односно, од елементарних непогода, као и ако се ради о осигурању финансијских губитака због лошег времена. Наравно, то друштво може наведено учинити било код друштва које се бави пословима реосигурања, било у домаћој земљи, било у иностранству³². Видимо да ЗОС тачније дефинише појам реосигурања, односно, да се тај појам фокусира на однос осигураваача и реосигураваача, тако да овде законодавац не користи термин реосигураник, имајући у виду да то може створити и заблуду код одређивања разлике између тог појма и појма осигураник. Но, ЗОС се не бави односом осигураник и осигураваача и директним осигурањем. Исто тако, ЗОС не говори ни о односу осигураника и реосигураваача, тј. о случајевима када се осигураник може директно обратити реосигураваачу за накнаду, односно, исплату суме осигурања. Но, ЗОС је „статусни“ закон, он регулише питања оснивања осигуравајућих друштава и разумљиво је што у овој одредби нису регулисани поједини елементи реосигурања.

Напред смо рекли да је осигуравајуће друштво, које не може део ризика или цели ризик да покрије путем реосигурања у домаћој земљи, дужно да то учини у иностранству³³. Но, поставља се питање да ли је упутно дозволити осигураваачима из земаља у којима није развијено

³² Члан 7 ЗОС.

³³ Ј. Пак, *Право осигурања*, Београд 2011, 145.

осигурање, реосигурање у иностранству. Одредба ЗОС-а која каже да је домаћи реосигуравач дужан да вишак ризика и других обавеза по уговорима о реосигурању покрије код реосигуравача у иностранству, престаће након пет година од уласка Србије у Светску трговинску организацију. То значи да ће тада домаћа осигуравајућа друштва моћи директно да закључују уговоре о реосигурању код иностраних реосигуравача³⁴.

Кратко ћемо посветити пажњу и регулисању реосигурања у „статусном“ Закону о друштвима за осигурање Републике Српске³⁵, који дефинише реосигурање као делатност друштва које покрива сав ризик или његов део, а који је преузео први осигуравач (реосигураник) или други реосигуравач, када се ради о ретроцесији³⁶. Закон, иначе, не посвећује већу пажњу реосигурању, а овај институт је дефинисао на општи начин. У суштини, дефиниција је тачна, иако је пуна недостатака који се тичу односа реосигуравача и осигуравача, односа осигураника из директног осигурања и реосигуравача, итд.

4. Повезаност уговора о реосигурању и уговора о директном осигурању

Навешћемо неке одлике уговора о реосигурању које говоре и о повезаности тог уговора са уговором о осигурању. Наиме, уговор о реосигурању егзистира упоредо са уговором о директном осигурању³⁷, односно, представља део скупа уговора (и један и други уговор) са истом каузом. Уговор о реосигурању може се односити на покриће које је предвиђено и уговором о осигурању у целини, а може да „покрива“ и део те обавезе осигуравача. Реосигуравач никако не мора да пружи шире покриће од оног које је предвиђено уговором о осигурању. Кад говоримо о покрићу, уговор о реосигурању се мора односити на исти ризик као и

³⁴ Ј. Пак, 146.

³⁵ Закон о друштвима за осигурање, „Сл. гласник Р. Српске“ бр. 17/05, 01/06 (исправка), 64/06, 74/10, 47/17.

³⁶ Члан 2 Закона о друштвима за осигурање Републике Српске.

³⁷ Морамо користити термин „директно“ осигурање, како би разликовали ова два уговора, имајући у виду да и реосигурање представља осигурање.

уговор о осигурању³⁸. Најзад, уговор о осигурању може самостално егзистирати, док уговор о реосигурању не³⁹.

Значи, реосигурање је једна врста осигурања. Можда је боље рећи да представља облик осигурања. Чак не треба ни одвајати посебно реосигурање од осигурања, већ само одредити на који део ризика ће се односити осигурање, а на који реосигурање. Наиме, и реосигурање, као и осигурање, чине ризик, интерес и премија. Реосигурање се мора односити на исти ризик као и осигурање, затим, до закључења реосигурања ако постоји интерес осигуравача за осигурањем вишка ризика и осигуравач мора да плати премију да би дошло до закључења реосигурања⁴⁰.

5. Регулисање реосигурања по одредбама Директиве Солвентност II

Директива 2009/138/ЕС⁴¹ (даље: Директива Солвентност II) регулише већину аспеката обављања делатности осигурања, па тако регулише и делатност реосигурања. Посветићемо пажњу само посебним одредбама које регулишу реосигурање. Пре свега, Директива Солвентност II регулише реосигурање ограниченог ризика, које подразумева реосигурање, у оквиру кога највећа могућа штета изражена као највећи пренесени привредни ризик који произлази из преноса значајног ризика осигурања, везаног за одређени временски период, прелази премију током трајања осигурања за ограничен, али значајан износ и садржи бар један од два елемента, а који могу бити изричито и значајно за дефинисање временске вредности новца или уговорне одредбе којом се омогућава изједначавање привредних резултата између уговорних страна током времена, како би се постигао циљни пренос ризика. Саме државе чланице морају да обезбеде да друштва која се баве реосигурањем и која закључе уговор о реосигурању ограниченог ризика могу правилно да утврђују, управљају и надзиру ризике који произлазе из тих уговора. У вези са тим, Европска комисија мора да донесе мере за спровођење којим се одређују одредбе

³⁸ Н. Петровић Томић, „Реосигурање – суштина, домашај, значај“, *Анали Правног факултета у Београду* бр. 2/2015, 79.

³⁹ Н. Петровић Томић, 80.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II) (*OJ L 335/1*, 17. 12. 2009).

које ће омогућити наведену контролу ризика⁴². Директива Солвентност II регулише сва питања везана за осигурање и реосигурање, а која се тичу обављања тих делатности од стране осигуравајућих друштава. Ова директива, кад је у питању реосигурање, посебно се фокусира на ограничене ризике и пренос тих ризика на друштва која се баве реосигурањем.

6. Глобални значај реосигурања

У задње две деценије, низ догађаја који су изазвали штете великих размера, показали су велики значај реосигурања. Само у задњих годину дана од дана писања овог рада (2018) десиле су се непогоде огромних размера, а само су урагани у Мексику, на Карибима, у Аустралији и САД изазвале штету од преко 100 милијарди америчких долара. Но, сви ти губици стварају одличне прилике за развој тржишта реосигурања, што омогућава реосигуравачима да пруже моделе заштите од ризика за поједине клијенте. Ти модели омогућавају да осигуравачи претрпе мање губитке, а што се показало нарочито крајем 2017⁴³. Но, у вези са тим катастрофалним догађајима, многи реосигуравачи, а међу њима и Munich Re, упозорили су да се можда неће остварити планирана добит за 2017. и 2018. годину због разорних урагана који су проузроковали огромне штете. Иначе, планирана добит за 2017. годину била је између 2 и 2,4 милијарде америчких долара⁴⁴.

Са друге стране, кад је у питању број закључених реосигурања и износ премија по том облику осигурања, подаци показују да се реосигуравају само велики ризици, односно, ризици који могу да доведу до великих износа штета. Наведено показује и однос између премија осигурања и премија реосигурања и у земљама у свету, као и у Србији. Навешћемо податке из 2011. године, по којима је премија реосигурања у земљама у свету износила 210 милијарди америчких долара, док је премија осигурања износила око 4.600 милијарди америчких долара. Највећа реосигуравајућа друштва су Munich Reinsurance Company, Swiss Reinsurance Company Limited, Hannover Ruckversicherung AG, Berkshire Hathaway Inc., Lloyd's, SCOR S.E., Reinsurance Group of America

⁴² Члан 210 Директиве Солвентност II.

⁴³ David Priebe, Catastrophic weather shakes up the reinsurance market, <https://www.greenbiz.com/article/catastrophic-weather-shakes-reinsurance-market>, приступ: 17. 7. 2018.

⁴⁴ Munich Re upozorio na slabiju neto dobit u 2017. zbog uragana Harveyja i Irma, Hina – 14. 9. 2017. <http://www.osiguranje.hr/ClanakDetalji.aspx?18585>, приступ: 17. 7. 2018.

Inc., China Reinsurance (Group) Corporation, PartnerRe Ltd., Korean Reinsurance Company, Everest Re Group Ltd., Transatlantic Holdings Inc., MAPFRE RE, Compania de Reaseguros S.A., London Reinsurance Group Inc. и Assicurazioni Generali SpA. На рачуне наведених реосигуравача је уплаћено 2/3 поменутих премија реосигурања⁴⁵.

Што се тиче Србије, на рачуне реосигуравача је 2011. године уплаћено око 67,5 милиона евра на име премије реосигурања, а 2012. је уочен тренд пораста, тако да је уплаћено 73,3 милиона евра⁴⁶. Иначе, да би реосигурање у једној земљи функционисало, потребно је да број реосигуравача буде једнак квадратном корену броја осигуравача, што значи да, ако у земљи имамо 25 осигуравача, оптималан број реосигуравача је пет⁴⁷.

Међутим, постоје бројне тешкоће и за реосигураваче, али и за друштва која се баве ретроцесијом, а које нису везане само за величину и бројност ризика. Наиме, са једне стране, осигуравачи су директно информисани о ризицима, али, са друге стране, реосигуравачи те информације добијају индиректно од осигуравача. Самим тим, изложеност реосигуравача ризицима, поготово кад су у питању ризици везани за катастрофалне штете је већа. У још неповољнијој ситуацији су реосигуравачи који прихватају ризике у ретроцесији⁴⁸. Због тога је све чешће лимитирање изложености наведеним ризицима од стране реосигуравача, а што се остварује повећањем премија реосигурања и ретроцесија, као и престанком закључења уговора о реосигурању и ретроцесији у погледу одређених ризика. На светском тржишту осигурања, то је нарочито присутно након катастрофалних урагана 2005. године⁴⁹.

7. Закључак

Реосигурање несумњиво представља заштиту како осигуравача, тако и осигураника. У многим случајевима, осигуравач ће морати да закључи уговор о реосигурању, како би заштитио сопствену имовину од

⁴⁵ Бранко Павловић, „Српско тржиште реосигурања“, 2, <http://brankopavlovic.rs/documentation/reosiguranje.pdf>, приступ: 20. 7. 2018.

⁴⁶ Б. Павловић, 7–8.

⁴⁷ Б. Павловић, 8.

⁴⁸ Б. Маровић, В. Његомир, „Иновације у управљању ризиком осигурања и реосигурања у контексту алтернативних трансфера ризика осигурања“, 27. *сусрет осигуравача и реосигуравача Сарајево*, 2016, Зборник радова, 24.

⁴⁹ Б. Маровић, В. Његомир, 25.

евентуалног осигураног случаја који може произвести штету високог износа. Сама процена осигуравача о неопходности закључења уговора са реосигуравачем зависи од величине ризика, као и од могућности да се тај ризик увећа. Но, та процена ће зависити и од врста осигурања којима се осигуравач бави, затим од портфеља осигурања који поседује, као и од његовог статуса на тржишту осигурања. У сваком случају, код великих ризика, као и код ризика који се могу мултипликовати, реосигурање је неопходно, чак и када се ради о осигуравачима који имају добар бонитет.

Но, како се из наведеног текста може видети, у вези са реосигурањем могу се поставити три кључна питања. Прво се односи на његово регулисање, затим, друго се односи на сам уговорни однос између осигуравача (реосигураника) и реосигуравача, односно, учешће осигураника из директног осигурања у том односу, а треће питање се односи на обим покрића осигурања које ће бити дефинисано уговором о реосигурању.

Кад је у питању регулисање реосигурања, морамо рећи да оно у законодавству Србије, као ни у законодавству Републике Српске, није дефинисано на адекватан начин. Исто тако, критиковали смо и одредбе ГЗ и утврдили да оне садрже низ недостатака, као и да нису комплетне.

Затим, уговор о реосигурању дефинише однос осигуравача као реосигураника и реосигуравача. Осигураник из директног осигурања не може захтевати накнаду из осигурања од реосигуравача, осим у изузетним ситуацијама које се тичу стечаја осигуравача, итд. Оно што може представљати проблем код евентуалног директног обраћања осигураника из директног осигурања реосигуравачу, односи се на обим ризика који је покривен уговором о реосигурању, тј. реосигуравач у многим случајевима неће осигурати цео ризик из уговора о директном осигурању. Но, у редовним околностима, осигураник из директног осигурања се обраћа за накнаду свом осигуравачу, а уговор о реосигурању дефинише однос осигуравача као реосигураника и реосигуравача.

Најзад, обим покрића осигурања који ће бити преузет од стране реосигуравача зависи од саме врсте осигурања које је дефинисано уговором, односно, зависи од чињенице да ли ће се уговор о реосигурању односити на једно директно осигурање или вишедиректних осигурања у одређеном временском периоду. Осим тога, наведено зависи и од чињенице да ли реосигуравач преузима цео ризик или део ризика, односно, да ли је преузета обавеза преко одређеног износа обавезе осигуравача или је та обавеза утврђена на други начин.

На крају, треба рећи да реосигурање није једина делатност многих реосигуравача. Наиме, кад су у питању велики реосигуравачи, уобичајено је да они, у току трајања уговора о реосигурању, пружају помоћ везану за евентуалну експертизу, ако је она неопходна ради извршења уговора о директном осигурању, као и помоћ која се састоји у заштити од ризика. Исто тако, они пружају „малим“ осигуравајућим друштвима помоћ да прошире своју делатност осигурања, као и техничку и актуарску обуку.

Литература

Монографије, чланци:

Андријанић, И., Класић К., *Технике осигурања и реосигурања*, Загреб 2002.

Јовановић, С., „Неки аспекти делатности реосигурања и уговора о реосигурању“, *Ревизија за право осигурања* бр. 3-4/2003.

Маровић, Б., Његомир В., „Иновације у управљању ризиком осигурања и реосигурања у контексту алтернативних трансфера ризика осигурања“, *27. сусрет осигуравача и реосигуравача Сарајево*, 2016. Зборник радова.

Матијевић, Б., *Осигурање (менаџмент–економија–право)*, Задар, 2010.

Његомир, В., „Савремени трендови на тржишту реосигурања“, *Индустрија* бр. 3/2006.

Огризовић, Д., *Економика осигурања*, Сарајево 1985.

Пак, Ј., *Право осигурања*, Београд 2011.

Петровић Томић, Н., „Реосигурање – суштина, домашај, значај“, *Анали Правног факултета у Београду* бр. 2/2015.

Чоловић, В., *Осигуравајућа друштва*, Београд 2010.

Шулејић, П., *Право осигурања*, Београд 2005.

Законодавство:

Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II) (*OJ L 335/1*, 17.12.2009).

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, текст преузет: http://www.koraonikschool.org/gradjanski_zakonik.html

Закон о облигационим односима, „Сл. лист СФРЈ“ бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, „Сл. лист СРЈ“ бр. 31/93, „Сл. лист СЦГ“ бр. 1/2003 – Уставна повеља.

Закон о основама система осигурања имовине и лица, „Сл.лист СФРЈ“ бр.17/90, 82/90, „Сл.лист СРЈ“ бр. 31/93, 24/94.

Закон о осигурању, „Сл.гласник Р.Србије“ бр. 55/2004, 70/2004 – испр., 61/2005, 61/2005 – др. закон, 85/2005 – др. закон, 101/2007, 63/2009 – одлука УС, 107/2009, 99/2011, 119/2012, 116/2013 и 139/2014 – др. Закон.

Закон о друштвима за осигурање, „Сл.гласник Р.Српскебр.17/05, 01/06 (исправка), 64/06, 74/10, 47/17.

Извори са интернета:

Munich Re upozorio na slabiju neto dobit u 2017. zbog uragana Harveyja i Irma, Hina - 14.9.2017. <http://www.osiguranje.hr/ClanakDetalji.aspx?18585>

Павловић Бранко, „Српско тржиште реосигурања“ <http://brankopavlovic.rs/documentation/reosiguranje.pdf>

Priebe David, Catastrophic weather shakes up the reinsurance market, <https://www.greenbiz.com/article/catastrophic-weather-shakes-reinsurance-market>

Schiffer Larry, Reinsurance Matters, <https://www.irmi.com/articles/expert-commentary/reinsurance-matters>

REINSURANCE AS A INSTRUMENT OF INSURER'S PROTECTION

Prof. Vladimir Čolović, Ph.D*

Summary

Reinsurance is the protection of insurers against the risk covered by the contract on direct insurance. Reinsurance has great significance, especially when it comes to large and catastrophic risks, so in the last decade there is an increase in the reinsurance premium. The type of reinsurance contract that the insurer will conclude with the reinsurer will depend on the economic strength of the insurer and the types of insurances it deals with. The scope of the insurance coverage to be taken by the reinsurer depends also on the fact whether the reinsurance will relate to one direct insurance or more direct insurances in a given period of time. The above is also dependent on the fact that the reinsurer takes over the entire risk or part of the risk. The reinsurance contract exists alongside the contract on direct insurance. This paper criticizes the provisions of the Pre-Draft of the Civil Code of Serbia, and the provisions of the Act on Insurance of Serbia and the Act on Insurance Companies of Republika Srpska related to reinsurance are presented. The author, also, pays attention to the provisions of the EU Solvency II Directive in this area.

Key words: *reinsurance, direct insurance, retrocession, Pre-Draft of the Civil Code, risk.*

* Institute of Comparative Law, Belgrade,

* Faculty of Law Sciences, Pan European University „Apeiron“ Banja Luka

**REFORMA REGIONALNIH ZAKONA O OBLIGACIONIM
ODNOSIMA MODELIRANIH PREMA VERZIJI IZ 1978. GODINE:
OČUVATI ULOGU SUROGATA GRAĐANSKE KODIFIKACIJE I
ACQUIS COMMUNAUTAIRE ZA ZEMLJE BIVŠE JUGOSLAVIJE**

Prof. dr Genc Trnavci*

***Apstrakt:** Zakonom o obligacionim odnosima iz 1978. godine, koji su mutatis mutandis preuzele sve zemlje bivše Jugoslavije, napuštena je dotadašnja koncepcija dualiteta pravila obligacionog prava. U načelu, prihvaćena je koncepcija unifikacije, jedinstva obligacionog prava. Umjesto dotadašnjih posebnih pravila, jednih koja bi važila za uzajamne odnose između građana i odnose između građana i privrednih subjekata, Zakonom su predviđena, gdje god je to bilo moguće i opravdano, jedinstvena pravila obligacionog prava za obligacione odnose, bez obzira na svojstva njihovih učesnika. U BiH, razlike između dva entitetska zakona su neznatne. Materija građanskog prava nije kodificirana odredbama jedinstvenog Građanskog zakonika na način kako je to urađeno u značajnom broju uporednih zakonodavstava razvijenih zemalja. Stoga su u nas važeće verzije zakona o obligacionim odnosima preuzele ulogu centralnog izvora građanskog prava i otuda predstavljaju surogat građanske kodifikacije, pored toga što su postale de facto dijelom *acquis communautaire* za zemlje nastale nakon raspada bivše Jugoslavije. Njime su eksplicitno propisana brojna načela, čija je primjena bila mnogo šira od one u obligacionim odnosima. Na primjer, načela savjesnosti i poštenja, zabrane zloupotrebe prava, ravnopravnosti, pravičnosti itd., primjenu nalaze i u drugim granama građanskog prava, kao što su: stvarno pravo, nasljedno pravo, porodično pravo i sl.*

***Ključne riječi:** obligacije, ugovor, naknada štete, zakonodavstvo, reforma pravnog sistema, *acquis communautaire*, građanska kodifikacija.*

* Pravni fakultet Univerziteta u Bijaću, Mehe Hadžiabdića bb, 77000 Bijać, Sud za ljudska prava u Strazburu, e-mail: g.trnavci@gmail.com

Uvod

Materija obligacionog prava regulirana je kod nas Zakonom o obligacionim odnosima, koji je donijet još u bivšoj SFRJ 1978. godine¹. Nakon raspada bivše SFRJ, Skupština Republike Bosne i Hercegovine donijela je, 1992. godine, Zakon o preuzimanju Zakona o obligacionim odnosima koji se, nakon potpisivanja i stupanja na snagu opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini 1995. godine, primjenjuje na teritoriji Federacije Bosne i Hercegovine². Na teritoriji Republike Srpske primjenjuje se Zakon o izmjenama i dopunama zakona o obligacionim odnosima koji je donijet 1993. godine³. Razlike između dva entitetska zakona su neznatne. Stoga, kada se u sljedećim redovima bude izlagalo i raspravljao sadržaj instituta obligacionog prava u BiH, podrazumijevati će se da se iznesena shvaćanja i sudovi odnose na oba entitetska zakona, s tim da će se, kada je to slučaj, njihove razlike izričito navesti i upoređivati.

Prije ove zamašne kodifikacije obligacionog prava, koja je u našem pravnom sistemu sprovedena po prvi put 1978. godine, primjenjivana su pravna pravila sadržana u građanskim i trgovačkim zakonima, koji su važili na teritoriji bivše Jugoslavije prije II svjetskog rata. Predratna pravna pravila primjenjivana su na osnovi Zakona o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. aprila 1941. godine i za vrijeme neprijateljske okupacije. Kasnije se uvidjelo da su predratna pravila postala neadekvatna za reguliranje prometa robe i usluga, te su 1954. godine donesene opšte uzance od strane Plenuma Glavne državne arbitraže. Time je samo djelomično riješena potreba jedinstvenog reguliranja narastajućeg tržišta. Nažalost, još uvijek je na osnovi predratnih pravnih pravila vladao pravni partikularizam. Sudovi nisu bili sigurni koje je pravo mjerodavno. Značajan problem predstavljali su slučajevi unutarnjeg sukoba zakona. Osim toga, pojavile su se i pravne praznine na koje nije uvijek bilo lako dati odgovor primjenom odgovarajućih metoda tumačenja propisa. Uvidjelo se da se cilj nesmetanog protoka robe i usluga na jedinstvenom tržištu može postići samo u okvirima unificiranih pravnih propisa.

Takav jedan jedinstven pravni okvir funkcioniranja tržišta može biti kreiran na dva načina:

1) putem donošenja posebnog zakona o obligacionim odnosima, s jedne, i posebnog i jedinstvenog Trgovačkog zakona, pa čak i Trgovačkog

¹ „Službeni list SFRJ“, br. 29/78-1181.

² „Službeni list RBiH“, 2/92-102, 13/93-132.

³ „Sl. glasnik RS“, 17/93-671.

zakonika, s druge strane, koji bi posebno regulirao pravne odnose između trgovačkih (privrednih) subjekata i

2) donošenjem jedinstvenog zakona o obligacionim odnosima, koji bi na jednom mjestu, uz određene varijacije, regulirao obligacione odnose kako između trgovačkih lica, tako i između fizičkih lica (građana).

Dakle, potrebno je istaći da je našim Zakonom o obligacionim odnosima napuštena dotadašnja koncepcija dualiteta pravila obligacionog prava. U načelu, prihvaćena je koncepcija unifikacije, jedinstva obligacionog prava⁴. Umjesto dotadašnjih posebnih pravila, jednih koja bi važila za uzajamne odnose između građana i odnose između građana i privrednih subjekata, Zakonom su predviđena, gdje god je to bilo moguće i opravdano, jedinstvena pravila obligacionog prava za obligacione odnose, bez obzira na svojstva njihovih učesnika. Važno je napomenuti da je do unifikacije obligacionog prava kod nas, kao i u pojedinim uporednim zakonodavstvima, došlo usljed komercijalizacije građanskog prava, razvoja tržišta i podizanja platežne moći i životnog standarda stanovništva u to vrijeme⁵.

Stanje u entitetskim zakonima u BiH

Zakon je podijeljen na opšti i posebni dio. U opštem dijelu dati su opšti pojmovi i ustanove obligacionog prava, dok su odredbama posebnog dijela regulirani pojedini obligacioni ugovori. U trećem dijelu ZOO SFRJ regulirana je materija sukoba republičkih, odnosno pokrajinskih zakona. Članom 24a Zakona o preuzimanju ZOO Federacije BiH treći dio je brisan. Čini se da navedeno rješenje nije dobro, jer bi odredbe trećeg dijela mogle analogno i veoma efektivno poslužiti u domenu sukoba entitetskih zakona. Nasuprot federalnom pristupu, članom 54 Zakona o izmjenama i dopunama ZOO RS zadržan je treći dio starog ZOO, s tim da su odredbe koje se odnose na pokrajinske zakone brisane.

Iako je Zakon o obligacionim odnosima opšteg karaktera, njime nisu obuhvaćeni svi obligacioni odnosi. Znatan dio materije, koja spada u obligaciono pravo, reguliran je drugim zakonima na nivou Bosne i Hercegovine (na primjer, zaključivanje, sadržaj i izvršenje vanjskotrgovinskih ugovora, među-

⁴ Uporedi: Vrleta Krulj, *Zakon o obligacionim odnosima sa registrom pojmova*, uvodne napomene, Savremena administracija, Beograd, 1978, str. V–XVIII.

⁵ Dobar primjer ovako uzrokovane unifikacije obligacionog prava jeste švicarski Zakonik o obligacijama.

entitetski transport i zračni saobraćaj⁶). Isto tako, znatan dio te materije u zakonodavnoj je nadležnosti entiteta (na primjer, promet nepokretnosti, darovni ugovor, posudbeni ugovor itd.). Zbog toga, postavlja se pitanje: Kakav je odnos Zakona o obligacionim odnosima prema drugim zakonima u ovoj materiji?

Na to pitanje Zakon o obligacionim odnosima daje izričit odgovor. On propisuje da njegove odredbe ne važe za one obligacione odnose koji su regulirani posebnim zakonima, u skladu sa načelom *lex specialis derogat legi generali*. Budući da predstavlja opšti zakon, on se može primjenjivati i na te obligacione odnose samo kada je riječ o pitanjima koja posebnim zakonima nisu regulirana⁷. Isto tako, odredbe opšteg dijela Zakona o obligacionim odnosima neće se primjenjivati na one obligacione odnose koji su prethodno, odnosno u bivšoj SFRJ, bile drukčije regulirane drugim republičkim ili pokrajinskim zakonima, a sada su, analogno tome, drukčije regulirane entitetskim zakonima⁸. Važno je istaći da je Zakonom o preuzimanju ZOO Federacije BiH propisano da savezni propisi bivše SFRJ, donijeti za izvršenje ZOO, ostaju na snazi i primjenjuju se kao republički (sada entitetski) dok se republičkim propisima drukčije ne odredi⁹. Odredba sličnog sadržaja nije unijeta u Zakon o izmjenama i dopunama ZOO RS.

Važnija načela zakona o obligacionim odnosima

Zakon o obligacionim odnosima zasniva se na više osnovnih načela. Ona proističu, prije svega, iz Ustava Bosne i Hercegovine, ustava entiteta i u skladu su sa potpisanim i ratificiranim međunarodnim sporazumima. Štaviše, većina tih načela izraz su moralnih shvaćanja našeg društva. Čini se važnim da na ovom mjestu, na sumaran način, izložimo najvažnija načela Zakona o obligacionim odnosima. To su:

1. načelo pravičnosti;
2. načelo savjesnosti i poštenja;
3. načelo slobode uređivanja obligacionih odnosa (autonomije volje) i u okviru toga načelo slobode ugovaranja;
4. načelo ravnopravnosti učesnika u obligacionom odnosu;

⁶ Vidjeti član III Ustava Bosne i Hercegovine kojim su razgraničene nadležnosti i odnosi između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta.

⁷ Član 23 ZOO.

⁸ Član 24 ZOO.

⁹ Član 25 ZOO.

5. načelo zabrane zloupotrebe prava;
6. načelo jednake vrijednosti davanja;
7. načelo zabrane prouzrokovanja štete drugome;
8. načelo ponašanja u obligacionim odnosima sa pažnjom dobrog privrednika, odnosno dobrog domaćina i dobrog stručnjaka;
9. načelo postupanja u obligacionim odnosima u skladu sa dobrim poslovnim običajima;
10. načelo dispozitivnosti odredaba zakona;
11. načelo suradnje subjekata u obligacionim odnosima;
12. načelo urednog i kvalitetnog zadovoljavanja potreba građana kao potrošača i korisnika usluga;
13. načelo zabrane stvaranja i iskorištavanja monopolskog položaja na jedinstvenom tržištu BiH i
14. načelo postupanja pravnih lica (privrednih subjekata) u skladu sa svojim statutima i drugim opštim aktima (autonomnim pravom).

Načelima pravičnosti i načelu savjesnosti i poštenja se u Zakonu o obligacionim odnosima pridaje poseban značaj. Pojedina načela od velikog su značaja za pojedine oblasti obligacionog prava. Na primjer, načelo slobode ugovaranja od neizmjerne je važnosti za ugovorno pravo.

Prije nego počnemo izlagati pojedina načela, važno je naglasiti da iz načina na koji su ona zamišljena i strukturirana uočljiva je tendencija humanizacije i moralizacije našeg obligacionog prava i obligacionih odnosa. Takva tendencija karakterizira cjelokupan korpus suvremenih uporednih i nadnacionalnih zakonodavstava u domenu građanskog prava.

Načelo pravičnosti

Naše obligaciono pravo zasniva se ne samo na pravilima pozitivnog prava, već i na određenim metapравnim principima i standardima, koji mogu biti univerzalni, ali i razlikovati se među pojedinim društvima i podnebljima u zavisnosti od historijskih okolnosti u kojima su nastali. Pojam prava, naročito onog koje je pozitivno (važeće), razlikuje se od pojma pravičnosti utoliko što se obje pojave u stvarnom životu mogu međusobno značajno razlikovati. Stoga se princip pravičnosti postavlja kao jedan moralni imperativ da pravo bude u suglasnosti sa pravdom. Očigledna je činjenica, međutim, da pravo može doći u sukob sa pravičnošću (pravdom), odnosno sa shvaćanjem i osje-

ćanjem pravičnosti u danom društvu, ali i sa univerzalnim principima pravde i pravičnosti koje prihvataju svi civilizirani narodi.

Postavlja se, stoga, pitanje da li u tom slučaju treba odustati od primjene (pozitivne) pravne norme u korist pravičnosti? Ovo pitanje se, u zavisnosti od teorijskog pristupa, različito rješava. S gledišta pozitivnog prava, u ovom slučaju našeg Zakona o obligacionim odnosima, teško je odobriti mogućnost primjenjivanja principa pravičnosti umjesto važećih pravnih pravila, jer bi ono u tom slučaju direktno išlo nauštrb načela ustavnosti i zakonitosti, vodilo bi pravnom voluntarizmu i mnogim zloupotrebama i to sve u ime pravičnosti, u skladu sa sentencom iz rimskog prava: *summum ius, summa iniuria* – najveće pravo, najveća nepravda.

U skladu sa principom pravičnosti mogu se rješavati izvjesni slučajevi samo ako je to pozitivnim pravom, u ovom slučaju Zakonom o obligacionim odnosima, izričito predviđeno. Smatra se da se samo na taj način može, primjenom principa pravičnosti, očuvati pravna sigurnost. Tako je našim Zakonom o obligacionim odnosima izričito predviđena mogućnost primjene načela pravičnosti na više mjesta. Naime, Zakonom je propisana odgovornost po osnovi pravičnosti. Pravičnost se, kao kriterij za odlučivanje, predviđa i kod odgovornosti u slučaju udesa izazvanog motornim vozilima u pokretu, u materiji tumačenja ugovora, kod mogućnosti raskida ili izmjene ugovora zbog promijenjenih okolnosti, te u domenu utvrđivanja visine odgovarajuće naknade i nizu slučajeva ugovorne odgovornosti.

Što je pravo razvijenije i kodificiranije, ono sve manje priznaje mogućnost odstupanja od svojih normi u korist pravičnosti. U nekim pravnim sistemima, pak, osobito u angloameričkom *Common Law-u*, primjena načela pravičnosti (*Equity*) je veoma proširena, čak i protivno propisima pozitivnog prava, u slučajevima kada bi primjena pozitivnih pravila dovela do očite nepravičnosti.

Nasuprot navedenom pristupu, u našem pravu nije dana, odnosno propisana generalna mogućnost da se u svakom slučaju može odustati od primjene važeće pravne norme u korist pravičnosti. Time se nesumnjivo štite zakonitost i pravna sigurnost. Međutim, postavlja se pitanje: Što činiti u slučaju kada je pozitivna norma u očiglednoj suprotnosti sa osnovnim principima humanosti, pravičnosti i civiliziranosti uopšte? Kao što smo već istakli, odgovor na navedeni problem razlikuje se u zavisnosti od doktrinarnih pristupa, od kojih je ponovno veoma aktualan onaj koji se zastupa u teoriji prirodnog prava. Izlaganje sadržaja relevantnih doktrina u tom domenu nadilazi okvire ovog članka¹⁰.

¹⁰ Vidjeti o tome opširnije u: Slobodan Perović, *Prirodno pravo i sud*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Udruženje pravnik Srbije, Beograd, 1996.

Načelo savjesnosti i poštenja (*bona fides*)

Načelo savjesnosti i poštenja predstavlja jedno od osnovnih načela svih suvremenih (civiliziranih) pravnih sistema, pa je otuda ono ugrađeno i u naše obligaciono pravo. Sažeto rečeno, to načelo podrazumijeva da su strane u obligacionom odnosu, posebno ugovorne strane, prilikom zaključenja i izvršenja svojih obligacija, dužne pridržavati se opšteprihvaćenih moralnih pravila, dobrih običaja i standarda ponašanja.

Ovo načelo je u evropske pravne sisteme došlo iz rimskog prava, u kome se pod *bona fides* smatralo postojanje vjernosti i držanje date riječi. Načelu *bona fides* rimskog prava odgovara načelo dobre vjere (*good faith*) u *Common Law*-u (angloameričkom) sistemu koje u sebi sadrži ideju o pravičnosti (*equity*)¹¹.

Od suvremenih kodifikacija ovo načelo regulirano je najpotpunije u njemačkom Građanskom zakoniku, koji predviđa da se ugovori tumače kako to iziskuju poštenje i savjesnost (*Treue und Glauben*), s obzirom na dobre običaje u prometu (*Gute Sitten*)¹². Prema švicarskom Građanskom zakoniku, svako je obavezan da u vršenju svojih prava i ispunjenju svojih obaveza postupi po savjesnosti i poštenju (*de la bonne foi*), a očigledna zloupotreba prava ne uživa zaštitu prava¹³.

Naš Zakon o obligacionim odnosima je načelo savjesnosti i poštenja, uz ostala načela, ugradio u svoje osnovne odredbe. Tako, najprije se ističe da su učesnici u obligacionom odnosu ravnopravni, a zatim podvlači:

„U zasnivanju obligacionih odnosa i ostvarivanju prava i obaveza iz tih odnosa učesnici su dužni da se pridržavaju načela savjesnosti i poštenja“¹⁴.

S obzirom na mjesto na kome se nalazi, kao i na dikciju pravila sadržanog u članu 12, smatra se da je time izražen stav zakonodavca kojim je ovo načelo podignuto na rang vrhunskog načela obligacionog prava. Međutim, sudovi u praksi su oprezni kada ovo načelo moraju primijeniti na odnose iz ugovora, jer smatraju da se ono može sukobiti sa načelom slobode ugovaranja, koje se, također, smatra jednim od osnovnih principa ugovornog prava u zemljama tržišne ekonomije. Načelo savjesnosti i poštenja u bliskoj vezi je sa načelom zabrane zloupotrebe prava, kojim je zabranjeno vršenje prava protivno cilju zbog kojeg je ono ustanovljeno zakonom ili drugim propisom.

¹¹ Sličan običajopravni pojam pod nazivom *besa* sačuvan je kod Albanaca u Kanonu Leke Dukadinija. Riječ *besa* prihvaćena je kod svih balkanskih naroda. Vidjeti o tome opširno u: prof. dr. Halit Trnavci, *Kanon Leke Dukadinija*, predgovor, Stvarnost, Zagreb, 1986.

¹² Članovi 157 i 242 njemačkog Građanskog zakonika (BGB-a).

¹³ Član 2 švicarskog Zakonika o obligacijama. Isto tako, u članu 999 Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru propisano je: “I što nije zabranjeno može da ne bude pošteno”.

¹⁴ Član 12 ZOO.

Ne postoji precizno značenje načela savjesnosti i poštenja u pravima koja počivaju na rimskom pravu. Čini se da je najuvjerljivije shvaćanje da se ovim načelom obavezuju učesnici obligacionih odnosa da postupaju u skladu sa pravilima morala. Isto tako, nije moguće precizno odrediti sadržaj načela dobre vjere koje vlada u *common law*-u, ali je praksa pokazala da ga u oba sistema sudovi veoma efikasno primjenjuju i da relativno lako konstatiraju i sankcioniraju ponašanja koja smatraju suprotnim tom načelu.

U uporednom, a i u našem, bosanskohercegovačkom obligacionom pravu, načelo savjesnosti i poštenja služi sudovima kao izvanredno sredstvo za ocjenu ponašanja ugovornih strana kako prilikom zaključenja ugovora, tako i naročito u fazi izvršenja ugovora. Ovo načelo primjenjuje se čak i kada se ugovorne strane na njega nisu pozvale. Ponašanje u skladu sa ovim načelom podrazumijeva se. Ono, kao i većina ostalih najvažnijih načela, ima prirodu imperativne (prinudne) norme. Načelo se primjenjuje na sve faze ugovora, a sve su brojnija veoma uvjerljiva shvaćanja da se treba primijeniti i na predugovornu fazu, tzv. *culpa in cantrahendo*. Ovo načelo u suvremenom pravu nadilazi značaj i ima šire značenje od onog koje je postojalo u rimskom i ranom *Common Law* sistemu, budući da nadilazi okvire ugovornog prava i primjenjuje se kao korektiv za slučaj zloupotrebe prava uopšte.

U ugovornom pravu načelo savjesnosti i poštenja striktnije se primjenjuje kod formularnih (tipskih) ugovora i u slučajevima kad je jedna ugovorna strana neposredni potrošač. Polazi se od toga da mora postojati pretpostavka o uzajamnosti prava i obaveza i o pravičnom tretmanu ugovorne strane koja se smatra slabijom, a to su upravo neposredni potrošač ili strana koja je pristupila formularnom ugovoru. U odnosima između poslovnih subjekata načelo savjesnosti i poštenja tumači se slobodnije. Prilikom tumačenja uzimaju se u obzir trgovački standardi i običaji, za koje se pretpostavlja da su ih poslovni subjekti poznavali ili da im nisu mogli biti nepoznati¹⁵.

Načelo zabrane zloupotrebe prava

Prava priznata fizičkim licima (pojedincima) i pravnim licima nisu bez ikakvih ograničenja. Ona su, prije svega, ograničena pravima drugih, ali i interesima društva. Obligaciono subjektivno pravo može se zloupotrijebiti ako se drugom licu ograniči ili onemogući korištenje njegovog prava. U skladu sa učenjem sociološke škole prava, građanskim subjektivnim pravima obav-

¹⁵ Ibidem.

ljaju se i društvene funkcije¹⁶. Otuda, smatrat će se da se subjektivno pravo zloupotrebljava ako se vrši protivno društvenim (javnim) interesima. Zabranjena zloupotrebe prava uključuje i zabranu zaobilaženja i izigravanja zakona i drugih propisa. Smatrat će se da su propisi izigrani ako se pravo vrši u skladu sa slovom (dikcijom) propisa, a protivno svrsi (cilju) pravne norme koju propis sadrži¹⁷.

Zakonom o obligacionim odnosima odbačeno je subjektivističko shvaćanje po kojem je za zloupotrebu prava potrebno postojanje namjere vršioca da vršenjem svoga prava drugom nanese štetu. Zakon je usvojio objektivnu teoriju po kojoj je za zloupotrebu prava dovoljno ako se ono vrši "...protivno cilju zbog kojeg je ono zakonom ustanovljeno ili priznato".

Načelo jednake vrijednosti davanja

Veoma važno načelo, koje se primjenjuje **kod dvostranih ugovora**, jeste načelo jednake vrijednosti davanja. Smisao tog načela je sprečavanje nejednake vrijednosti činidbi kod ugovora sa naknadom i neopravdane zarade, te obuzdavanje stihije tržišne utakmice i zaštita ugovorne stranke sa slabijom pregovaračkom pozicijom¹⁸. Može se primijetiti da je u našem Zakonu o obligacionim odnosima ovom načelu dan veći značaj u poređenju sa ekvivalentnim odredbama zakonodavstava razvijenih zemalja. Prenaglašena primjena ovog načela može uzdrmati povjerenje u ustanovu ugovora, oslabiti načelo ispunjenja ugovornih obaveza onako kako glase (*pacta sunt servanda*) i oslabiti ulogu ugovora kao najvažnijeg pravnog instrumenta razmijene pravnih i ekonomskih dobara na tržištu.

Prema našem zakonu, moguće je poništiti ugovor zbog prekomjernog oštećenja¹⁹, moguće je raskinuti ili izmijeniti ugovor zbog promijenjenih okolnosti²⁰, moguće je poništiti ugovor kada ispunjava elemente zelenaškog ugovora itd. Isto tako, ustanovljena je odgovornost prenositelja stvari zbog materijalnih i pravnih nedostataka. O svim ovim ustanovama bit će više riječi u odgovarajućim poglavljima.

¹⁶ Vidjeti o tome opširnije u: L. Duguit, *Traite de droit constitutionnel*, t. I, Pariz, 1931, No. 134.

¹⁷ Vidjeti član 13 ZOO. U vezi s tim vidjeti i član 5 Zakona o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima, popularno nazvanog Zakon o međunarodnom privatnom pravu. Također, vidjeti: Dika Knežević Stojanović, *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Nomos, Beograd, 1991, str. 20–23; Dr. E. Muminović, *Osnovi međunarodnog privatnog prava*, Studentska štamparija Univerziteta, Sarajevo, 1997, str. 72–75.

¹⁸ Uporedi, V. Krulj, *ibidem*, str. X.

¹⁹ Član 139 ZOO.

²⁰ Član 133 ZOO.

Načelo zabrane prouzrokovanja štete

Načelo zabrane prouzrokovanja štete jedno je od najvažnijih načela obligacionog prava. Pored ugovora, ustanova nadoknade štete je najvažnija u materiji obligacionog prava i u praksi predstavlja jedan od najčešćih izvora obligacija. Našim Zakonom o obligacionim odnosima je u “Osnovnim načelima” ustanovljena sljedeća prinudna norma:

“Svako je dužan uzdržati se od postupka kojim se može drugom prouzrokovati šteta”.²¹

Sva pravila, koja se odnose na osnove odgovornosti za prouzrokovanu štetu i nadoknadu štete, razrađena su u odjeljku 2, pod naslovom “Prouzrokovanje štete”²². U Zakonu su predviđene dvije osnove odgovornosti za štetu: odgovornost koja se zasniva na krivici lica koje je prouzrokovalo štetu, tzv. **subjektivna odgovornost**, i odgovornost koja se zasniva na samom prouzrokovanju štete, tzv. odgovornost bez obzira na krivicu ili **objektivna odgovornost**²³.

U materiji subjektivne odgovornosti Zakonom o obligacionim odnosima je u potpunosti napuštena tradicionalna koncepcija tzv. dokazane krivice kako u polju **ugovorne**, tako i u polju **vanugovorne (deliktne)** odgovornosti. Prema tradicionalnom sistemu, u domenu deliktne odgovornosti, oštećeni je bio dužan dokazati ne samo postojanje štete i uzročnu vezu između radnje štetnika i štete, već i krivicu štetnika. Umjesto toga, usvojena je koncepcija pretpostavljene krivice, prema kojoj se krivica štetnika pretpostavlja. Štetnik je dužan dokazati da je šteta nastala bez obzira na njegovu krivicu, tj. da je prilikom njenog nastanka uložio potrebnu pažnju koja se od njega zahtijevala u tom trenutku (pažnja dobrog domaćina, pažnja dobrog privrednika ili pažnja dobrog stručnjaka). Time je osjetno olakšan pravni položaj oštećenog, kome je preostalo dokazati samo objektivne elemente prouzrokovanja štete: samu štetu, radnju štetnika i uzročnu vezu između radnje štetnika i štete.

Zakon o obligacionim odnosima normirao je nove institute koji predstavljaju odgovor zakonodavca na ekonomski i tehnološki razvoj u društvu koje regulira. Tako je Zakonom ustanovljena mogućnost odgovornosti za nadoknadu štete bez obzira na krivicu, koja nastaje samom činjenicom prouzrokovanja štete. Takva odgovornost drugačije se naziva **objektivna odgovornost**, od koje se štetnik ne može osloboditi dokazivanjem da nije kriv za njeno prouzrokovanje. Zakonskim normiranjem ustanove objektivne odgovor-

²¹ Član 16 ZOO.

²² Članovi: 154–209 ZOO.

²³ Članovi 154, 158, 173 itd. ZOO.

nost sublimirana je višedecenijska sudska praksa prije donošenja Zakona o obligacionim odnosima, koja je kreirana na slučajevima odgovornosti od opasnih stvari i opasnih djelatnosti. Naime, Zakonom je u korist oštećenih ustanovljena “pretpostavka uzročnosti”, prema kojoj se lice koje je imalac opasne stvari ili vrši opasnu djelatnost smatra odgovornim, ukoliko šteta “potiče” od te stvari ili djelatnosti, “izuzev ako dokaže da one nisu bile uzrok štete”²⁴. Imalac se oslobađa odgovornosti samo onda ako dokaže: “...da šteta potiče od uzroka koji se nalazio van stvari, čije se djelovanje nije moglo predvidjeti, ni izbjeći ili otkloniti”²⁵.

Zakonom je, pored odgovornosti za materijalne (imovinske) štetu, ustanovljena i odgovornost za nematerijalnu (neimovinsku, moralnu) štetu²⁶. Za razliku od **principa integralne odgovornosti**, koji se primjenjuje u slučaju materijalne odgovornosti i koji podrazumijeva obavezu štetnika da nadoknadi cjelokupnu štetu prema cijenama koje su važile u vrijeme donošenja sudske presude, zakonodavac je u slučaju odgovornosti za nematerijalnu štetu predvidio nadoknadu štete po osnovi **pravičnosti**. Time je kodificirana praksa naših sudova, koja je ipak jedno vrijeme, pod uticajem marksističke ideologije, bila odbojna prema mogućnosti da se dosuđuje nadoknada za ovakav oblik štete. Nematerijalna šteta se definira kao: “nanošenje drugom fizičkog ili psihičkog bola ili straha”²⁷.

Može se, ipak, primijetiti da je u Zakonu prenaplašena težnja da se zahtjevi za nadoknadu nematerijalne štete svedu u tada prihvatljive granice. Iz navedenih razloga predviđena je zakonska odredba, prema kojoj sud, prilikom odlučivanja o naknadi nematerijalne štete, treba voditi računa “...o značaju povrijeđenog dobra i cilju kome služi ta naknada” i o tome “da se nje ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njenom prirodom i društvenom svrhom”²⁸. Restriktivnost citiranih odredaba ne bi trebalo sprečavati sud da pri mjenjuje ustanovu nematerijalne štete u skladu da društvenim potrebama i svrhom koju treba postići u kontekstu suvremenih društvenih okolnosti.

Odnos Zakona o obligacionim odnosima i uzanci

Kada je riječ o odnosu odredaba Zakona o obligacionim odnosima sa trgovinskim poslovnim običajima i uzancama, posebno opštim uzancama

²⁴ Član 173 ZOO.

²⁵ Član 177 ZOO.

²⁶ Član 155 i 199 ZOO.

²⁷ Član 155 ZOO.

²⁸ Član 200, stav 2 ZOO.

za promet robe, koje je još 1954. godine donio (formulirao) Plenum Glavne državne arbitraže, Zakon je također eksplicitan. Učesnici u obligacionim odnosima dužni su da u pravnom prometu postupaju u skladu sa dobrim poslovnim običajima. Pravilo je da, ako su opšte ili posebne uzance ili drugi trgovinski poslovni običaji suprotni dispozitivnim normama ovog zakona, primjenjivat će se odredbe ovog zakona, osim ako su strane izričito ugovorile primjenu uzanci, odnosno drugih trgovinskih poslovnih običaja.

Čini se da je navedeno pravilo podložno opravdanim kritikama, budući da se jedna od suvremenih tendencija u domaćem, uporednom i svjetskom (međunarodnom) poslovnom (trgovačkom) pravu upravo manifestira u davanju prednosti dobrim poslovnim običajima i praksama u odnosu na pisana pravila, naravno osim u situaciji kada su strane, u skladu sa načelom autonomije volje, izričito isključile mogućnost primjene običaja u korist primjene pisanih pravila.

Zaključak: izrada novog ili izmjene i dopune postojećeg Zakona o obligacionim odnosima?

Budući da je na prostorima bivše Jugoslavije ZOO SFRJ preuzet *mutatis mutandis* i da je tako postao *de facto acquis communautaire*²⁹ novi Zakon

²⁹ Pravna stečevina Europske unije (francuski *acquis communautaire*) termin je koji se odnosi na ukupni dosad akumulirano pravo EU, odnosno na skup pravnih normi, odluka institucija EU i presuda Suda EU koje obvezuju sve zemlje članice unutar EU. Svaka država koja želi pristupiti u članstvo EU mora prihvatiti osnivačke ugovore i druge sadržaje izvedene iz ugovora i uskladiti svoje zakonodavstvo s pravnom stečevinom EU, koja je trenutno podijeljena na 35 poglavlja i uključuje pitanja kao što su:

1. Sloboda kretanja robe
2. Sloboda kretanja radnika
3. Pravo poslovnog nastana i sloboda pružanja usluga
4. Sloboda kretanja kapitala
5. Javne nabave
6. Pravo trgovačkih društava
7. Pravo intelektualnog vlasništva
8. Tržišno natjecanje
9. Financijske usluge
10. Informacijsko društvo i mediji
11. Poljoprivreda i ruralni razvitak
12. Sigurnost hrane, veterinarstvo i fitosanitarni nadzor
13. Ribarstvo
14. Prometna politika
15. Energetika
16. Porezi
17. Ekonomska i monetarna unija
18. Statistika
19. Socijalna politika i zapošljavanje

o obligacionim odnosima bi, uz određene izmjene odredaba važećeg Zakona, trebalo obuhvatiti široku materiju, koja je dosad bila regulirana odredbama drugih zakona u materiji heterogenog građanskog prava. Već je istaknuto da kod nas materija građanskog prava nije kodificirana odredbama jedinstvenog Građanskog zakonika na način kako je to urađeno u značajnom broju uporednih zakonodavstava razvijenih zemalja³⁰. Stoga su u nas **važeće verzije zakona o obligacionim odnosima preuzele ulogu centralnog izvora građanskog prava i otuda predstavljaju surogat građanske kodifikacije**, pored toga što su postale *de facto* dijelom *acquis communautaire* za zemlje nastale nakon raspada bivše Jugoslavije. Njime su eksplicitno propisana brojna načela, čija je primjena bila mnogo šira od one u obligacionim odnosima. Na primjer, načela savjesnosti i poštenja, zabrane zloupotrebe prava, ravnopravnosti, pravičnosti itd., primjenu nalaze i u drugim granama građanskog prava, kao što su: stvarno pravo, nasljedno pravo, porodično pravo i sl.

Postojeće verzije Zakona o obligacionim odnosima u BiH i šire doista bi trebalo reformirati u skladu sa promjenama i potrebama društva i tržišta, koje reguliraju, s tim da se, zbog pogodnosti pravne sigurnosti koje pruža jedinstvena pravna regulacija na regionalnom tržištu, po svaku cijenu treba sačuvati koncepcija i nomotehnički pristup zakona iz 1978. godine. Reforma bi svakako trebalo da obuhvati sljedeća pitanja:

1. *ratione materiae* (obuhvat) novog Zakona o obligacionim odnosima treba da zahvati, *inter alia*, materiju koja je dosad tradicionalno bila smještena u okviru statusnog prava, koja se tiču pravne i poslovne sposobnosti;

20. Poduzetništvo i industrijska politika
21. Transeuropske mreže
22. Regionalna politika i koordinacija strukturnih instrumenata
23. Pravosuđe i temeljna ljudska prava
24. Pravda, sloboda i sigurnost
25. Znanost i istraživanje
26. Obrazovanje i kultura
27. Okoliš
28. Zaštita potrošača i zdravlja
29. Carinska unija
30. Vanjski odnosi
31. Vanjska, sigurnosna i obrambena politika
32. Financijski nadzor
33. Financijske i proračunske odredbe
34. Institucije
35. Ostala pitanja.

Vidjeti o ovome više u: <http://eurovoc.europa.eu/drupal/?q=request&uri=http://eurovoc.europa.eu/210682>, posljednja posjeta 14. augusta 2018. godine.

³⁰ Građansko pravo je kodificirano na cjelovit način: francuskim Građanskim zakonikom, njemačkim Građanskim zakonikom, italijanskim Građanskim zakonikom itd.

2. detaljnije treba regulirati izjave volje i pravne poslove;
3. zakonski definirati i odrediti uticaj mentalne rezerve na pravnu sudbinu izjava volja i pravne poslove. Izričito propisati: “Izjava volje nije ništava zbog toga što davalac potajno ne namjerava izvršiti izjavljeno, osim ako druga strana zna za tu ogradu“;
4. detaljnije regulirati ustanovu zastupanja. Odrediti izričitu razliku između neposrednog i posrednog zastupanja;
5. obuhvatiti pojačanu kontrolu opštih uvjeta poslovanja. Opšti uvjeti poslovanja postaju sastavni dio nekog ugovora samo onda ako strana koja ih uvodi, prilikom zaključenja ugovora:
 - a. drugu ugovornu stranu izričito uputi ili, ako je izričita uputa, zbog načina zaključivanja ugovora moguća samo uz nesrazmjerne poteškoće, vidljivim oglašavanjem na mjestu zaključivanja ugovora uputi na njih;
 - b. *osigura mogućnost drugoj ugovornoj strani da se na prihvatljiv način upozna sa njihovim sadržajem i*
 - c. *ako je druga ugovorna strana suglasna sa njihovom primjenom.*
- Isključiti mogućnost da tzv. *iznenadjuće klauzule* postanu sastavni dio ugovora. To su one klauzule koje su “... tako neobične da ugovorni partner ... sa njima ne mora računati ...”;
6. uvesti odredbu iz *Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima* profesora Konstantinovića, posvećene odgovornosti za štetu od životinja i za štetu od građevina³¹;
7. uključiti odgovornost proizvođača za neispravne proizvode uslijed tzv. refleksnih šteta koje proizvod nanese potrošačima;
8. normirati pojam i učinke kamata na troškove obaveza; regulirati zahtjev za oslobađanje od obaveze, vraćanje u prethodno stanje kod odstranjivanja nekog uređaja, polaganje računa, popis stanja itd.;
9. najzad regulirati neimenovane ugovore obligacionog i trgovačkog (poslovnog) prava i tako ih prevesti u kategoriju imenovanih ugovora. Radi se o veoma važnim ugovorima o lizingu i franšinzingu (frenčajzingu);
10. uvesti potpuno nove ugovore, kao što su: poslovi na kućnim vratima i ugovori o prodaji na daljinu, ugovori o pravu povremenog stanovanja, multimodalni prijevoz, ugovor o uposlenju, koji se nalazi na sredokraći između ugovora o djelu i ugovora o radu;

³¹ Vidjeti: M. Konstantinović, *Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1969.

11. подробно regulirati bankarske poslove: kreditni ugovor (potrošački kreditni ugovor i ugovor o posredovanju kredita), posao sa doznakama, žiralni posao, izvršavanje doznaka, posao naplate potraživanja putem teretnica, plaćanje putem automata, sistem elektronskog novca. Ugraditi odredbe UNCITRAL-ovog modela Zakona o akreditivima i bankarskim garancijama;

12. predvidjeti i ustanovu utvrđujućih ugovora, kojima se potvrđuje postojanje nekog prethodnog obligacionog odnosa;

13. odredbe pojedinih ugovora, koje reguliraju važeće verzije zakona, treba razraditi i usavršiti. Na primjer, revidirati i razraditi odredbe zakona koje se odnose na ugovor o zakupu (izričito se regulirati zakup zemljišta i posudbu pokretne stvari);

14. popuniti višedecenijske pravne praznine važećeg Zakona o obligacionim odnosima, koje se odnose na ugovor o darovanju, ugovor o najmu, ugovor o posudbi (posluzi), kao i ugovor o ortakluku;

15. preuzeti iz zakona o nasljeđivanju i zakona o notarijatu odredbe ugovora o doživotnom izdržavanju i ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine za života.

Stoga bi reformom važećih verzija zakona o obligacionim odnosima trebalo da se sublimiraju dvije tendencije:

Prva tendencija očitovala bi se u **proširenju kodifikacije obligacionog prava** uključivanjem novih ustanova u sistem obligacionog prava na tri načina:

1. prevođenjem neimenovanih u imenovane ugovore;
2. uvođenjem potpuno novih ustanova u naš pravni sistem i
3. prebacivanjem pojedinih ustanova iz opsega posebnih zakona u opseg novog zakona.

Druga tendencija ogledala bi se u značajnom **usavršavanju, preciziranju i razradi pojedinih ustanova obligacionog prava** u skladu sa potrebama narastajućeg tržišta i opšteg tehničkog i tehnološkog razvoja, što sve zajedno ima snažan uticaj na razvoj ugovornog i poslovnog prava, što bi uz očuvanje regionalne jednoobraznosti važećih verzija zakona o obligacionim odnosima imalo blagotvorno djelovanje na razvoj i nesmetano odvijanje poslovnih aktivnosti na našem tržištu, što bi naše obligaciono pravo približilo obrascu pravnih sistema razvijenih zemalja Evropske unije i pomoglo našoj zemlji u bržem pristupanju važnim regionalnim i globalnim integracijama. Pritom se mora insistirati na jedinstvenoj ili, makar, harmoniziranoj pravnoj regulaciji za jedinstveno tržište BiH, jer jedinstveno tržište zahtijeva

jedinstveno (unificirano), tj. harmonizirano obligaciono pravo, što predstavlja jednu od najvažnijih tekovina Europske unije.

Literatura

Krulj V., *Zakon o obligacionim odnosima sa registrom pojmova*, uvodne napomene, Savremena administracija, Beograd, 1978.

Perović S., *Prirodno pravo i sud*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 1996.

Trnavci H., *Kanon Leke Dukadinija*, predgovor, Stvarnost, Zagreb, 1986.

Duguit L., *Traite de droit constitutionnel*, t. I, Pariz, 1931, No. 134.

Knežević Stojanović D., *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Nomos, Beograd, 1991.

Muminović E., *Osnovi međunarodnog privatnog prava*, Studentska štamparija Univerziteta, Sarajevo, 1997.

Konstantinović M., *Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1969.

„Službeni list SFRJ“, br. 29/78-1181.

„Službeni list RBiH“, 2/92-102, 13/93-132.

„Sl. glasnik RS“, 17/93-671.

<http://eurovoc.europa.eu/drupal/?q=request&uri=http://eurovoc.europa.eu/210682>, posljednja posjeta 14. augusta 2018. godine.

**THE REFORM OF REGIONAL ACTS OF OBLIGATIONS
MODELLED AFTER THE YUGOSLAV VERSION OF 1978:
PRESERVING THE ROLE OF THE SURROGATE CIVIL
CODIFICATION AS WELL AS OF AN ACQUIS COMMUNAUTAIRE
FOR THE FORMER YUGOSLAV COUNTRIES**

Ganc Trnavci*

Abstract: *In the west Balkans, the regional laws on obligations (in civil law jurisprudence encompassing inter alia: the contract law, the tort law, the unjust enrichment etc.) are modeled according to the Act on Obligations, promulgated in the former SFRY in 1978. After the disintegration of the former Yugoslavia, the Assembly of the Republic of Bosnia and Herzegovina passed in 1992 the Act on the Takeover of the Act on Obligations which, after the signing and entry into force of the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina in 1995, applies in the territory of the Federation Bosnia and Herzegovina. The Act on Amendments to the Law on Obligations, adopted in 1993, applies to the territory of Republic of Srpska. The differences between the two entity enactments are insignificant. Owing to its good quality norms and modern legal constructs, the former Yugoslav Act on Obligations has inadvertently served both as an informal civil codification and an *acquis communautaire* for all countries born from the ashes of the former Yugoslav federation.*

Key words: *obligations, contract, tort, legislation, legal reform, *acquis communautaire*, civil codification.*

* A full professor of law at the Faculty of Law of University in Bihac, an ad hoc judge before the ECHR

MODELI REPARACIJE ŠTETE NASTALE USLJED POPLAVA

Prof. dr Darko Radić*
Dejan Pilipović, msr**

***Apstrakt:** Poplave, kao prirodni događaj sa velikim potencijalom za prouzrokovanje materijalne štete većeg obima, predstavljaju kompleksan pravni problem u smislu raspravljanja pitanja naknade štete oštećenim licima. Osim što postavljeni problem, odnosno njegova moguća rješenja imaju veliku praktičnu važnost, riječ je o interesantnom pravnom pitanju, a naročito sa stanovišta kreacije i primjene mogućih modela reparacije materijalne štete. Autori u ovom radu raspravljaju o modelima reparacije materijalne štete, u namjeri da se analiziraju pozitivnopravni propisi i domaća i uporedna sudska praksa, kako bi se utvrdile prednosti i nedostaci pojedinih rješenja sa ciljem utvrđivanja eventualnih prijedloga de lege ferenda. Razmotreni su modeli reparacije koji se zasnivaju na opštim pravilima o naknadi materijalne štete, gdje posebno mjesto ima pravna kvalifikacija poplave kao više sile, odnosno predstavljena su pojedina rješenja koja se zasnivaju na primjeni posebnih propisa (van terena obligacionog prava). Sa druge strane, analizirani su i vanodštetni modeli reparacije materijalne štete, različiti prema svojoj pravnoj prirodi i načinima realizacije. U ovom radu, autori su koristili pravni metod, uporednopravni metod, metod studije slučaja i metod analize sudske prakse.*

***Ključne riječi:** reparacija štete, poplave, viša sila, odštetnopravni model, vanodštetnopravni model.*

* Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Bulevar vojvode Stepe Stepanovića 77, 78000 Banja Luka, e-mail: darko_radice@yahoo.com

** Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci. * Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci.

1. Uvod

Poplave koje su se u Republici Srpskoj dogodile maja 2014. godine izazvale su velike štete različitim subjektima – fizičkim i pravnim licima (materijalne štete¹ na objektima, zemljištu i raznim mašinama i sl.), ali neminovno je bilo i šteta vezanih za smrt, tjelesne povrede ili oštećenje zdravlja fizičkih lica (materijalne i nematerijalne štete²). U posljednje vrijeme je zapažena učestalost elementarnih nepogoda, čije ekonomske posljedice se mjere milijardama evra. U Kini je, u 19. vijeku, poplava usmrtila između 40 i 50 miliona ljudi, dok je u 20. vijeku najviše ljudskih žrtava uzrokovala poplava u Bangladešu 1970. godine.³ Pojam poplave je nekada određen pravnim propisima. Tako se u Republici Srpskoj, u čl. 5 st. 1 tač. g) Zakona o zaštiti i spasavanju u vanrednim situacijama⁴ nalazi definisanje elementarne nepogode kao događaja hidrometeorološkog, geološkog ili biološkog porijekla prouzrokovanog djelovanjem prirodnih sila, kao što su: zemljotres, *poplava*, bujica, oluja, jake kiše, atmosferska pražnjenja, grad, suša, odron ili klizanje zemljišta, sniježni nanosi i lavina... i druge *prirodne pojave većih razmjera* koje mogu da *ugroze zdravlje i život ljudi ili pričine štetu većeg obima*. Ili, poplavom od djelovanja unutrašnjih voda (tekućih i stajaćih) smatra se (povremeno) stihijsko plavljenje terena (doline većih vodotoka) usljed izlivanja voda iz vodotoka, prelijevanje vode preko obrambenih nasipa i brana i proboj nasipa, odnosno rušenje brana i drugih zaštitnih hidrograđevinskih objekata. Takođe, poplavom od djelovanja podzemnih voda smatra se plavljenje terena (nizinska područja) usljed nepovoljne hidrološke situacije, kao i zbog sporog odvođenja tih voda (neizgrađenost i nedovoljan kapacitet odvodne mreže).⁵ Dakle, pored poplave kao elementarne nepogode većih razmjera koja prouzrokuje štetu većeg obima, moguća je poplava koja nema takve karakteristike elementarne nepogode ili katastrofe, ali koja uzrokuje štetu stihijskim plavljenjem terena usljed različitih uzroka.

¹ Materijalna ili imovinska šteta u obligacionom pravu obuhvata stvarnu štetu i izmaklu korist.

² Ovdje se misli na nematerijalnu ili moralnu štetu koja se sastoji u povređivanju fizičkog ili psihičkog integriteta iz razloga navedenih u zakonu ili straha, kao i imovinsku štetu u slučaju smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja.

³ Slobodan Jovanović, „Pravni aspekti osiguranja od elementarnih nepogoda“, *Pravo – teorija i praksa*, br. 7-9 (2014), 17.

⁴ „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 121/12 i 46/17.

⁵ Vid. čl. 2 Uredbe o jedinstvenoj metodologiji za procjenu štete od prirodnih i drugih nesreća, „Službene novine FBiH“, br. 35/04 i 38/06. Ukoliko dva uzroka proizlaze jedan iz drugoga, jedan se javlja kao primarni, a drugi kao sekundarni, kao što je slučaj kada rušenje brane uzrokuje poplavu i slično. U ovom slučaju, kao uzrok štete uzima se onaj uzrok koji je izazvao štetu koja se procjenjuje, a to je poplava (čl. 2 Uredbe o jedinstvenoj metodologiji za procjenu štete od prirodnih i drugih nesreća).

Imajući u vidu gore navedeno, jasno je da poplave predstavljaju kompleksan pravni problem u smislu raspravljanja pitanja mogućnosti naknade štete oštećenim licima. Osim što postavljeni problem, odnosno njegova moguća rješenja imaju praktične implikacije, nesporno je da se radi i o interesantnom pravnom pitanju, a naročito sa stanovišta kreacije i primjene mogućih modela reparacije materijalne štete. U tom smislu, u ovom radu raspravlja se o modelima reparacije materijalne štete, u namjeri da se analiziraju pozitivnopravni propisi i domaća i uporedna sudska praksa, kako bi se utvrdile prednosti i nedostaci pojedinih rješenja sa ciljem utvrđivanja eventualnih prijedloga *de lege ferenda*. Analizirani su modeli reparacije štete koji se zasnivaju na opštim pravilima o naknadi materijalne štete, gdje posebno mjesto ima pravna kvalifikacija poplave kao više sile. Pored toga, pažnja autora usmjerena je i na pojedina rješenja koja se zasnivaju na primjeni posebnih propisa (van terena obligacionog prava). Sa druge strane, preispitani su i vanodštetni modeli reparacije materijalne štete, različiti prema svojoj pravnoj prirodi i načinima realizacije. U ovom radu, korišćeni su: pravni metod, uporednopravni metod, metod studije slučaja i metod analize sudske prakse.

2. Odštetnopravni model reparacije štete nastale usljed poplava

U sudskoj praksi su zapaženi slučajevi u kojima se raspravljalo o odgovornosti za štetu usljed poplava. Kao što će se vidjeti, postoje različita shvatanja sudova o tome po kojem normativnom osnovu zasnovati odgovornost za štetu odnosno da li se radi o višoj sili, kao i koji subjekti bi eventualno trebalo da budu obavezani na naknadu štete. O svemu ovome raspravlja se na temelju odštetnopravnih normi, prvenstveno sadržanih u Zakonu o obligacionim odnosima (odštetnopravni model reparacije).⁶ On obuhvata dva oblika: **(a)** mogućnost naknade štete usljed poplava prema pozitivnopravnim propisima, a na osnovu odštetnopravnih normi i **(b)** posebno, pravnim propisom, ustanovljenu građanskopravnu odgovornost (države) za štetu od poplave kao više sile. Reparacija, popravljjanje štete podrazumijeva uspostavljanje prijašnjeg stanja prije štetnog događaja (naturalnu restituciju) ili naknadu u novcu.

⁶ Raspravljjanje u okviru odštetnopravne odgovornosti o ovim pitanjima, jeste raspravljjanje u domenu odštetnopravnog modela reparacije štete nastale usljed poplava. Sanacija šteta na druge načine, koje niže spominje Zaštitnik građana Republike Srbije, predstavljao bi jedan vid vanodštetnopravnog modela reparacije štete. Na ovom mjestu se neće dalje razmatrati definisanje i odnos ovih modela.

2.1. Могућност репарације штете настале услед поплава (у судској пракси)

Још у одлуци tadašnjeg Vrhovnog suda Srbije zauzet je stav da, kada su u pitanju štete nastale usljed tzv. više sile čije se dejstvo nije moglo predvidjeti, важи опште правило о ослобађању од одговорности.⁷

Грађанско – управно одјелjenje Vrhovnog suda Republike Srpske, одлучујући по захтјеву Основног суда у Бијелјини за заузимање правног става везаног за исплату новчане помоћи у случају елементарних непогода раднику према колективним уговорима, када му је новчана помоћ исплаћена по основу Закона о Фонду солидарности за обнову Републике Српске због настале штете на стамбеним објектима у мајским поплавама из 2014. године, споредно се изјаснило и о једном битном грађанскоправном питању. Наиме, према шватуњу овог одјелjenja Vrhovnog suda Republike Srpske у случајевима поводом којих је покренут поступак рјешавања спорног питања, не може се примјенити одредаба чл. 185 ст. 1 Закона о облигационим односима⁸ јер се не ради о захтјеву о накнади штете већ о остваривању права из радног односа. Nadalje, суд закључује да су последице мајских поплава из 2014. године захватиле огroman dio територије Републике Српске и њеног становништва, тако да се ради о елементарној непогоди која има дејство више силе и да не постоји одговорно лице које би могло бити обавезано да успостави стање које је било прије настанка штете.⁹ Dakle, из овога се може закључити да би, начелно, став Vrhovnog suda Republike Srpske, у оквиру свог домена одлучивања, у парницама за накнаду штете настале наведеним поплавама, био такав да би суд констатовао да се ради о елементарној непогоди која има карактер више силе, што води искључивању грађанскоправне одговорности. S obzirom na to da судска пракса није извор права, могуће су другачије одлуке нижеstepених судова, посебно када се имају у виду све околности случаја.¹⁰

Из судске праксе у Федерацији БиХ запажа се да је велики број предмета везаних за тузбе за накнаду штете услед поплава из 2014. године, првенствено

⁷ Рјешење Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2241/2007 од 11. 9. 2008. године. Заштитник грађана Републике Србије износи другачије мишљење: „Али када дејством више силе наступи штета већег обима која погађа већи број људи, онда држава интервенише и на себе и своје институције преузима обавезу обезбеђења свих или дела средстава за отклањање штетних последица по принципу солидарности. Такву обавезу држава је преузела доношењем Закона о коришћењу средстава за санацију и заштиту од елементарних непогода...“ Заштитник грађана Републике Србије, *Мишљење*, бр. 16693 од 13. 6. 2014. године, 2.

⁸ Закон о облигационим односима („Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и „Службени гласник Републике Српске“, бр. 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04, у даљем тексту: ZOO).

⁹ Одлука Vrhovnog suda Republike Srpske, Грађанско – управно одјелjenje, бр. 80 0 Rs 067112 15 R од 6. 11. 2015. године.

¹⁰ Али не треба заборавити значај ставова највиших судова у судској пракси.

nastale na objektima i ostaloj imovini oštećenih (materijalna šteta). Kao tuženi, a time i potencijalno odgovorni subjekti za štetu, u ovim sporovima se pojavljuju Agencija za vodno područje rijeke Save i/ili različiti nivoi vlasti (grad, kanton, FBiH). Primjetno je da su odluke prvostepenih sudova, sa jedne strane, i drugostepenih sudova, sa druge strane, različite. To je bio, između ostalog, povod da Općinski sud u Zenici pokrene rješavanje spornog pravnog pitanja, koji zahtjev je odbijen od strane Vrhovnog suda FBiH zbog stava da se postavljeno pravno pitanje tiče primjene materijalnog i procesnog prava, tj. osnova odgovornosti za nastalu štetu (i da li je u pitanju viša sila), te da li je za rješavanje spora nadležan sud ili upravni organ i ko je odgovoran za štetu.¹¹ U nekim od ovih predmeta izjavljene su revizije. Na osnovu podataka iz navedene odluke o većem broju predmeta koji se odnose na odgovornost za štetu usljed poplava iz 2014. godine, uočljivo je da prvostepeni sudovi usvajaju tužbene zahtjeve tužioca u odnosu na navedene tužene zbog toga što sud nalazi, a na osnovu nalaza vještaka, propuste na strani odgovornih lica jer nisu postupali prema obavezama iz važećih propisa (ZOO, Zakonu o vodama, Uredbi o vrstama i sadržaju planova zaštite od štetnog djelovanja voda FBiH, Zakonu o zaštiti i spasavanju ljudi i materijalnih dobara od prirodnih i drugih nesreća i Uredbi o jedinstvenoj metodologiji za procjenu štete od prirodnih i drugih nesreća itd.). Dakle, prvostepeni sud smatra da se radi o građanskopravnoj stvari o kojoj treba da se raspravlja u sudskom, a ne upravnom postupku. Tuženi su sporili ovakav stav smatrajući da se radi o šteti nastaloj usljed više sile te da pitanje naknade treba rješavati pred organima uprave u skladu sa važećim propisima. Po žalbama tuženih, drugostepeni (kantonalni) sudovi su usvajali žalbe, preinačavali prvostepene presude i odbijali tužbene zahtjeve oštećenih smatrajući da se radi o višoj sili i da ne postoji odgovorno lice koje bi bilo obavezno da uspostavi stanje prije nastanka štete. Prvostepeni sud smatra da je poplava viša sila, kada je uzrok njene pojave prirodan kao u maju 2014. godine usljed ogromne količine kiše, a da se ne radi o višoj sili ako je šteta nastala kao rezultat ljudske radnje odnosno propusta.

Viši sud u Ljubljani odbio je zahtjev oštećenog za naknadu štete protiv opštine i države zbog poplava. Poplava se desila na području na kojem rijeka, inače, nakon nekoliko kiša prelazi obalu i plavi lokaciju gdje se nalaze stambeni objekti. Oštećeni (tužilac) tvrdi da se plavljenje desilo zbog nedovoljne protočnosti rijeke ispod mosta preko kojeg vodi javni put. Sud je utvrdio da su poplave u ovoj oblasti redovna pojava, ali koja se ne može u potpunosti spriječiti. Nije utvrđena odštetnopravna odgovornost države

¹¹ Odluka Vrhovnog suda FBiH, Građansko odjeljenje, br. 43 0 P 145146 17 Spp od 22. 1. 2018. godine.

čak kada je država izdala građevinsku dozvolu za gradnju na toj lokaciji, odnosno plavnom području jer je sud smatrao da je sam tužilac tražio dozvolu za gradnju na tom području pa je adekvatna zaštita stambenih objekata od poplava stvar tehničkog izvođenja radova.¹²

Međutim, u jednom slučaju iz crnogorske sudske prakse, sud je našao da je tužena odgovorna za nastalu štetu tužiocu. „Ne stoje tvrdnje tužene da se u konkretnoj situaciji radi o ‘višoj sili’, s obzirom na to da viša sila podrazumijeva događaj koji će se desiti, ali izvjesnost njegovog dešavanja je u domenu vjerovatnoće, jedan promil ili manji, da to može biti zemljotres, rat ili meteorološki ekstremne situacije. Ovo primijenjeno na konkretnu situaciju, polazeći od vremenskih prilika tokom januara mjeseca prikazanih u izvještaju Zavoda za hidrometeorologiju i seizmologiju, situacija koja se desila u spornom periodu, ne može se smatrati ‘višom silom’ jer je očekivano da u januaru mjesecu ... ima snijega..., što nije neuobičajeno za to područje.“¹³

U pravnom slučaju vezanom za predmetnu tematiku iz prakse sudova u Republici Srbiji, svi sudovi u lancu odlučivanja uglavnom su isto pravno rezonovali. Naime, prema činjeničnom stanju došlo je do izlivanja i plavljenja domaćinstava oštećenih bez njihove krivice, o čemu su se izjasnili vodoprivredni inspektor i vještak u vezi sa štetom na objektima, mašinama i pokretnim stvarima koje su poplavljene te je uzet u obzir izvještaj Hidrometeorološkog zavoda i činjenica da nisu bile proglašene mjere za odbranu od poplava niti vanredno stanje. Na osnovu vještačenja utvrđeno je da do nastanka štete usljed poplave nije došlo zbog više sile već „iz razloga što prilikom izgradnje propusta za vodu nisu ispoštovane odredbe Zakona o vodama“ te da je uzrok plavljenja podizanje nivoa puta uz izgradnju propusta bez dovoljne propusne moći. S obzirom na odgovarajuće nadležnosti u vezi sa ovim, opštine, Republike i Direkcije za izgradnju opštine, sudovi su njihovu odgovornost temeljili na čl.184 i 172 ZOO-a solidarno ih obavezujući na naknadu štete zbog nepravilnog rada više organa.¹⁴ Istina, iako se u ovom slučaju raspravljalo o odgovornosti za štetu usljed poplava, ovdje se radi o poplavama koje nisu imale velike, katastrofalne razmjere kao majske poplave iz 2014. godine.

¹² Damjan Možina, *Odškodninska odgovornost države* (Ljubljana, 2015), 41–42. VSL sodba III Cp 2656/2014 od 7. 1. 2015. godine, <http://www.sodisce.si/vislj/odlocitve/2015081111386560/>, pristupljeno 18. 8. 2018.

¹³ Osnovni sud u Plavu, P. br. 389/2013 od 23. 10. 2013. godine, http://sudovi.me/odluka_prikaz_html.php?odluka_id=46040, pristupljeno 17. 8. 2018.

¹⁴ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev 529/07 od 26. 6. 2008. godine, presuda Okružnog suda u Jagodini, Gž. 1729/06 od 26. 9. 2006. godine i presuda Opštinskog suda u Paraćinu, P. 112/07 od 17. 8. 2005. godine.

U jednom drugom slučaju iz maja 2006. godine, zemljište oštećenog je bilo poplavljeno a izbile su i podzemne vode, što je uticalo na uništenje pšenice, nemogućnost sjetve itd. Prvostepeni sud je smatrao da su opština i država (pokrajina je oslobodio odgovornosti) odgovorni za štetu usljed ovih poplava prema čl. 172 ZOO-a (odgovornost pravnog lica za štetu koju prouzrokuje njegov organ) s obzirom na to da nisu dokazali da su ispoštovali propisanu proceduru za sanaciju šteta većeg obima nastalih od elementarnih nepogoda prema odredbama Zakona o korištenju sredstava za sanaciju i zaštitu od elementarnih nepogoda („Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 50/02). Međutim, Apelacioni sud u Novom Sadu je smatrao da se ovakav stav ne može prihvatiti jer sud nije naveo činjenice vezane za nepravilno i nezakonito postupanje odgovornih lica, te da te činjenice treba da dokaže oštećeni.¹⁵

Na slična razmišljanja nailazimo i u hrvatskoj sudskoj praksi, jer sudovi su utvrdili da je tuženi („Hrvatske vode“ d.o.o.) kao temeljni nosilac i organizator provođenja preventivnih mjera, pripremnih radnji i mjera odbrane od poplava propustio pravovremeno utvrditi da je došlo do zaglavljivanja komada drveta ispod poklopca cijevi u nasipu rijeke, što je onemogućilo zatvaranje poklopca i omogućilo isticanje vode iz retencije na drugi dio nasipa i plavljenje između ostalog i nasada tužioca. Šteta je nastala u branjenom području koje je poplavljeno zbog propusta tuženog, pa se ne radi o elementarnoj nepogodi, odnosno o višoj sili i tuženi odgovara po čl. 184 ZOO.¹⁶

Nekada regulacija voda može dovesti do poplava.¹⁷ U određenom smislu, u sudskoj praksi o odštetnoj odgovornosti zbog poplava, mogu biti od značaja obaveze odgovornih subjekata u kontekstu njihovog propuštanja preduzimanja radnji odbrane od poplava. Međutim, ako se radi o objektivnoj odgovornosti za štetu, propuštanje, odnosno krivica države nisu od značaja. Ali, onda propisane obaveze treba posmatrati u smislu dužnosti i nadležnosti organa radi njihove identifikacije i utvrđivanja nepravilnog postupanja organa

¹⁵ Rješenje Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž. 3742/12 od 23. 4. 2013. godine i presuda Višeg suda u Novom Sadu, P. 63/2010 od 10. 7. 2012. godine. U Presudi Vrhovnog suda Hrvatske Rev. 1143/04-2 od 4. 1. 2006. godine, pored ostalog, utvrđuje se da ne postoji uzročna veza između nepostupanja nadležnog organa (za odbranu od poplava) i štete koju je tužilac pretrpio.

¹⁶ Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, br. Rev 1068/06-2 od 17. 1. 2007. godine, <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/decisionText?id=090216ba80541a5f&q=poplav>, pristupljeno 19. 8. 2018.

¹⁷ “Zahtjev za naknadu štete koju oštećeni trpi zbog toga što su njegove nekretnine usljed regulacije voda izložene djelovanju poplavnih voda predstavlja zahtjev po osnovu naknade zbog štetnih imisija.“ Pravni stav Građanskog odjeljenja Kantonalnog suda u Sarajevu, Hajrudin Hajdarević, Haso Tajčić, Vladimir Simović, *Zakon o obligacionim odnosima (tri decenije sudske prakse – više od 10 000 sentenci i sudskih odluka)*, knjiga 1 (Sarajevo, 2011), 281.

koji djeluje u ime države kao odgovornog subjekta. U Republici Srpskoj je *Zakonom o zaštiti i spasavanju u vanrednim situacijama*¹⁸, pored ostalog, uređen sistem zaštite i spasavanja u vanrednim situacijama, snage i subjekti zaštite i spasavanja, prava i obaveze republičkih organa uprave i drugih organa, organa jedinica lokalne samouprave, privrednih društava i drugih pravnih lica, prava i dužnosti građana (čl. 1 ovog zakona). Čl. 6 navedenog zakona propisana je obaveza države u pogledu sprečavanja elementarne nepogode i druge nesreće i u slučaju da do njih dođe, umanjena njihovih posljedica. Čl. 18 tač. b) stavlja Vladi RS u nadležnost da donosi program zaštite i spasavanja u Republici. Pored toga, *Zakon o vodama*¹⁹, čl. 94 st. 1 određuje da su, radi zaštite od štetnog djelovanja voda, *Republika Srpska i jedinice lokalne samouprave* dužne na ugroženom području osigurati planiranje mjera zaštite, gradnju i upravljanje vodnom infrastrukturom, naročito nasipima, branama, pregradama, objektima za stabilizaciju dna i obala, i objektima za odvođenje unutrašnjih voda u skladu sa nadležnostima povjerenim im ovim zakonom. *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o vodama RS*²⁰ sadrži opis aktivnosti i druga pitanja vezana za Preliminarnu procjenu rizika od poplava, mape opasnosti od poplava, mape rizika od poplava, Plan upravljanja rizikom od poplava itd. (čl. 99a i dalje), gdje se uzima u obzir opis poplava iz prethodnog perioda, povećanje mogućnosti zadržavanja vode, kontrolisano plavljenje određenih područja u slučaju poplava itd. U RS su transformisane institucije za upravljanje vodama, pa je tako osnovana JU “Vode Srpske”.

Kako proizlazi iz sudske prakse, ako bi se ovo pitanje posmatralo sa aspekta odštetnog pravnog modela reparacije šteta usljed poplava, načelno se poplave kao elementarne nepogode smatraju višom silom koja isključuje odgovornost za štetu. Ona predstavlja liberatorni ili egzoneracijski razlog. Ne može se u cijelosti anulirati postojanje ovog modela u pozitivnoj pravnoj praksi. I kad se raspravlja u parnici o zasnivanju odgovornosti za štetu, uz raspravu o podvođenju štetnog događaja pod pojam više sile, ta rasprava teče u okvirima koji daje odštetnog pravnog modela reparacije. Sasvim drugo pitanje je stav sudske prakse o oslobađanju od odgovornosti u slučajevima štete nastale usljed poplave.

Međutim, kako se vidi iz određenih sudskih odluka, postoji mogućnost zasnivanja odštetnog pravnog odgovornosti države odnosno društvenopolitičke zajednice i njenih nadležnih organa za štetu nastalu zbog poplava, ali samo u posebnim situacijama kada nisu preduzete mjere i radnje nadležnih organa

¹⁸ „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 121/12 i 46/17.

¹⁹ „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 50/06, 92/09, 121/12 i 74/17.

²⁰ „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 74/17.

prema posebnim propisima koji regulišu obaveze po osnovu odbrane od poplava. Ovi sudovi nalaze različite normativne osnove u članovima ZOO za zasnivanje odgovornosti države, pokrajine, opštine, komunalnog preduzeća. Čini se da do udovoljavanja tužbenim zahtjevima dolazi samo kada su u pitanju poplave koje nemaju karakter elementarnih nepogoda velikih razmjera i obima. Pri tome, treba utvrditi da li je poplava kao elementarna nepogoda prevalirajući uzrok štete, pa ako jeste, u načelu *prima facie*, postoji mogućnost rezonovanja da nema odgovornosti, a ako nije uzrok, postoji odgovornost nadležnih subjekata koji nisu vršili dužnost onako kako je trebalo u skladu sa pravnim propisima. Primjera radi, da su preduzete sve mjere i radnje odbrane od poplava (npr. čišćenje i uređenje korita kanala) ne bi došlo do izlivanja kanala i plavljenja određenog broja domaćinstava; plavljenje se moglo izbjeći i spriječiti. Drugim riječima, poplava se ne posmatra kao viša sila. Od značaja za usvajanje tužbenih zahtjeva oštećenika jeste i mogućnost predviđanja takvih poplava (npr. činjenica da se radi o području gdje su česte i uobičajene poplave). Dakle, nekada okolnosti mogu biti takve da nemaju karakter više sile. Ovdje valja uobziriti i tzv. pravovaljano alternativno postupanje koje postoji kada se odgovorno lice brani prigovorom da bi do štete došlo i da se on ponašao propisno, što bi značilo isključivanje njegove odgovornosti.²¹ J. Radišić navodi mišljenje njemačkih pravnika koji smatraju da se u tom slučaju šteta mora nadoknaditi, ako je cilj prekršene norme bio sprečavanje štete.

2.1.1. Poplava kao viša sila, odnosno liberatorni razlog

Kod pokušaja ustanovljavanja raznih oblika odgovornosti za štetu usljed poplava pred sudovima, kvalifikovanje poplave kao *više sile* figurira kao jedno od važnih pitanja. Svaki oblik, tip ili slučaj odgovornosti za štetu, posmatran iz ugla osnova odgovornosti, pojavljuje se, u načelu, kao subjektivna ili objektivna odgovornost. Viša sila isključuje obje vrste odgovornosti. Otuda potiče značaj više sile kod razmatranja ove problematike. *Ona je važan faktor od kojeg zavisi zasnivanje ili nezasnivanje nekog tipa odgovornosti.* Čitava rasprava o odgovornosti za štetu nastalu usljed poplava jeste rasprava o mogućnosti kvalifikacije poplave kao više sile odnosno oslobađajućeg razloga. To proističe i iz sudske prakse. Značaj poplave u navedenom kontekstu, proteže se na deliktnu i ugovornu odgovornost za štetu.

²¹ Jakov Radišić, *Obligaciono pravo, opšti deo* (Beograd, 2004), 211–213.

2.1.1.1. Poplava kao viša sila na terenu deliktne odgovornosti za štetu

Deliktna odgovornost za štetu zasniva se na prouzrokovanom građanskopravnom deliktu odnosno (protivpravnom) štetnom događaju i obuhvata sve slučajeve van ugovorne odgovornosti. U pravnoj teoriji se prirodni događaji kao što su poplava, oluja i zemljotres, smatraju višom silom pod uslovom da imaju katastrofalne posljedice. Poplava je jedan od događaja (pravna činjenica, prirodni događaj) koji stvara višu silu.²² Poplava nije prirodni događaj ako je postojala obaveza i mogućnost čovjeka da spriječi njeno nastupanje.²³

Zakon o obligacionim odnosima ne sadrži definiciju više sile niti kod čl. 177 st. 1, koji zapravo predstavlja definiciju više sile, naznačava da se radi o višoj sili. U pravnoj teoriji i sudskoj praksi je definisan i uobličen pojam više sile. ZOO u nekoliko članova koristi termin „viša sila“.²⁴ Opšte uzanse za promet robom govore o vanrednim događajima, a kao primjer navode, između ostalog, i poplave.²⁵ I ZOO koristi različite sintagme u kontekstu isključenja odgovornosti: „zbog okolnosti koje nije mogao izbeći ili otkloniti“ (čl. 877 st. 4 ZOO), „stranim uzrocima koji se nisu mogli predvideti, ili izbeći ili otkloniti“ (čl. 671 st. 1 ZOO) itd.²⁶ Uglavnom, ovaj pojam se koristi sa dejstvom prestanka obaveze ili oslobađanja od naknade. Ali, zakon nekada ustanovljava odgovornost za štetu nastalu i usljed više sile.²⁷ Kod više sile prestaje svojstvo štetnika; ona onemogućava pripisivanje štete.²⁸ Objektivna teorija više sile shvata višu silu kao okolnost izvan i nezavisno od čovjeka, dok subjektivna teorija višom silom smatra nepredvidljive okolnosti unutar ljudskog djelovanja.²⁹ Postoje autori koji smatraju da ZOO i savremena prava prihvataju subjektivno-objektivu koncepciju više sile.³⁰

²² „Pod višom silom podrazumijeva se svaki događaj koji dolazi izvana, bilo prirodni (požar, poplava, potres i sl.) ili nastao po ljudskom utjecaju, a koji se ne može ni predvidjeti ni otkloniti.“ Kantonalni sud u Sarajevu, Pravni stav Građansko-privrednog odjeljenja Kantonalnog suda u Sarajevu, *Bilten Kantonalnog suda u Sarajevu*, br. 2/2001, 30; prema Milan Blagojević, Hajrudin Hajdarević, Haso Tajić, Dragan Pilipović, *Odštetno pravo i pravo osiguranja u sudskoj praksi* (Privredna štampa d.o.o. Sarajevo: Sarajevo, 2013), 353.

²³ Ilija Babić, „Viša sila i slučaj u obligacionom pravu“, u *Naknada štete i osiguranje* (Budva, 2005), 118.

²⁴ Vid. čl. 598 st. 1, čl. 663 st. 3, čl. 833 st. 5 i čl. 187 ZOO.

²⁵ Vid. uzansu 55 i 56 *Opšte uzanse za promet robom*, „Službeni list FNRJ“, br. 15/54.

²⁶ Vid. više Babić, „Viša sila i slučaj u obligacionom pravu“, 124–125.

²⁷ Vid. čl. 833 st. 5 ZOO.

²⁸ Jožef Salma, *Obligaciono pravo* (Novi Sad, 2007), 587.

²⁹ *Ibid.*, 629.

³⁰ Ilija Babić, *Leksikon obligacionog prava* (Beograd, 2008), 412–413.

Viša sila (*vis maior*) predstavlja događaj koji potiče od nekog uzroka koji se nalazio van stvari a čije dejstvo se nije moglo predvidjeti, ni izbjeći ili otkloniti (čl. 177 st. 1 ZOO).³¹ Ovako je ona određena na terenu objektivne odgovornosti za štetu. Slično je regulisanje više sile u bivšim jugoslovenskim republikama, iako su neke reformisale svoja zakonodavstva.³² Pojam više sile poznat je iz rimskog prava. Višu silu poznaje, primjera radi, njemačko pravo, dok francusko pravo, u načelu, ne pravi razliku između više sile i slučaja (što se, kako se ističe, mijenja u savremenoj sudskoj praksi i teoriji). Švajcarski građanski zakonik iz 1911. godine poznaje kategorije slučaja i više sile.

Spoljašnjost događaja znači da on mora biti van kontrole i nepovezan sa djelatnošću lica.³³ Da bi poplava predstavljala viši silu kao događaj, treba da je izvan stvari, čovjeka ili djelatnosti; ona djeluje na stvar, čovjeka ili djelatnost koji prouzrokuju štetu, a ako je uzrok štete u samoj stvari, čovjeku ili djelatnosti, nema više sile.³⁴ Viša sila djeluje van stvari ako je njeno dejstvo „stihijski, van domašaja odgovornog lica ili van njegovog uticaja, van sfere koja mu je pravom data u zadatak da je nadzire i da za nju pojačano odgovara“.³⁵

Izvanredan događaj je onaj koji je izuzetan ili neobičan jer se normalno ne dešava, a nepredvidiv je onaj na koji nije mogao računati dobar domaćin.³⁶ Neizbježan događaj je onaj protiv kojeg se objektivno ne može ništa učiniti ni pri najvećoj pažnji čovjeka. Nauka danas može da predvidi neke prirodne pojave kao što je poplava, ali ne može da ih kontroliše niti da njima upravlja.³⁷ Nije od značaja apstraktna mogućnost predviđanja, već

³¹ Prema pravnoj teoriji, viša sila predstavlja događaj koji ima sljedeća obilježja: to je spoljašnji događaj, karakteriše ga izvanrednost ili nepredvidivost i neizbježnost. Vid. Radišić, *Obligaciono pravo, opšti deo*, 231.

³² Sopstvenik stvari se oslobađa odgovornosti ako dokaže da šteta potiče od nekog uzroka koji se nalazio van stvari, a čije se dejstvo nije moglo predvidjeti, ili se nije moglo spriječiti ili izbjeći (čl. 318 st. 1 budućeg Građanskog zakonika Republike Srbije). Ponudena je i alternativa ovoj odredbi, koja glasi: „Sopstvenik ili držalac se oslobađa odgovornosti ako dokaže da šteta potiče od nekog uzroka koji se nalazio van stvari, a čije se dejstvo nije moglo predvideti ili izbjeći ili otkloniti“. Čl. 315 predviđena je odgovornost države u skladu sa posebnim zakonima. Dakle, Komisija za izradu Građanskog zakonika R. Srbije nije se još jasno opredijelila za elemente odnosno obilježja više sile. Čl. 137 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima navodi: „...nije moglo predvideti ili se nije moglo sprečiti ili izbjeći.“ Prema čl. 343 ZOO Hrvatske („Narodne novine“, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15 i 29/18) dužnik se oslobađa odgovornosti za štetu ako dokaže da nije mogao ispuniti svoju obavezu, odnosno ako je zakasnio sa ispunjenjem obaveze zbog vanjskih, izvanrednih, nepredvidivih okolnosti nastalih poslije sklapanja ugovora koje nije mogao spriječiti, otkloniti ili izbjeći.

³³ *Ibid.*, 232.

³⁴ Bogdan Loza, *Obligaciono pravo, opšti deo* (Beograd, 2000), 214.

³⁵ Marija Karanikić Mirić, *Objektivna odgovornost za štetu* (Beograd, 2013), 141.

³⁶ Radišić, *Obligaciono pravo, opšti deo*, 231.

³⁷ Radišić, *Obligaciono pravo, opšti deo*, 232.

mogućnost neposrednijeg predviđanja kojem se može pokloniti povjerenje³⁸, npr. predviđanje meteorološke službe da se u narednih nekoliko dana mogu očekivati obilne padavine i moguće poplave. Povodom ovih osobina, izgrađena je sudska praksa.³⁹

Ne traži se kumulativna ispunjenost uslova da bi se jedan događaj okvalifikovao kao viša sila. Neophodno je da je spoljašnji događaj bio nepredvidljiv, a ako se mogao predvidjeti, onda je značajno da se nije mogao izbjeći ili otkloniti, koji osobine treba da se steknu u momentu ostvarenja događaja, a što se procjenjuje prema apstraktnom mjerilu.⁴⁰

J. Radišić navodi neka obilježja više sile u modernom svijetu, tj. da se razvojem nauke i tehnike smanjuje krug događaja koji spadaju u višu silu, tako da je pojam više sile uzak i ograničen na mali broj slučajeva, a to znači da su događaji koji imaju kvalitet više sile veoma rijetki.⁴¹ Međutim, sudska praksa u odštetnom pravu, posebno vezana za izvanredne događaje, kao što su poplave, pokazuju da viša sila ne gubi na značaju. Nju karakteriše relativnost.

Prilikom prosuđivanja da li poplava kao događaj ima karakter više sile, treba proći test ispitivanja egzistencije navedenih obilježja više sile, pri čemu nije nužno njihovo istovremeno kumulativno bitisanje.

Kvalifikovanje nekog događaja kao više sile predstavlja pravno pitanje, do kojeg se dolazi nakon rješavanja niza faktičkih pitanja.⁴² Prema nekim autorima koje navodi B. Morait, postoji čvrsto izgrađena sudska

³⁸ Živomir Đorđević i Vladan Stanković, *Obligaciono pravo, opšti deo* (Beograd, 1976), 117.

³⁹ „Kvarovi na električnim vodovima izazvani nevremenom ne mogu se smatrati izazvanim višom silom, jer nevrijeme nije nepredvidiv događaj.“ Vrhovni sud Hrvatske, Gž-693/73 od 23. 1. 1974. godine. Blagojević i dr., *Odštetno pravo i pravo osiguranja u sudskoj praksi*, 375. „Udar groma nije objektivno nepredvidiv i neizbježan događaj.“ Vrhovni sud Srbije, Gž-492/75 od 22.04.1975. Blagojević i dr., *Odštetno pravo i pravo osiguranja u sudskoj praksi*, 375.

⁴⁰ Dakle, nisu od značaja lične osobine odgovornog lica, osim ako je ono, zahvaljujući svojim posebnim saznanjima ili svojstvima koji su iznad izuzetno pažljivog čovjeka, moglo da predvidi ili izbjegne ili otkloni spoljni događaj, kada bi trebalo i da odgovara. Karanikić Mirić, *Objektivna odgovornost za štetu*, 143–147. Sudovi nekada naglašavaju potrebu za kumulativnim ispunjenjem uslova. „To su događaji koji su nepredvidivi i neotklonjivi te djeluju izvana i sa svojim načinom i snagom prekidaju uzročnu vezu između učinjene štete i onog uzroka za koji određena osoba odgovara, a koja se sva obilježja trebaju steći u isto vrijeme da bi se događaj smatrao višom silom.“ Rješenje Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev 2211/10-2 od 9. 4. 2014. godine, <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/decisionPdf?id=090216ba805ebc36>, pristupljeno 18. 8. 2018. Ovakav zahtjev za kumulativnom ispunjenošću obilježja više sile je predmet kritike.

⁴¹ Radišić, *Obligaciono pravo, opšti deo*, 232.

⁴² Branko Morait, *Obligaciono pravo* (Banja Luka, 2010), 117. „Jak vjetar koji je polomio drveni stub dalekovoda nije vremenska pojava koja se nije mogla predvidjeti s obzirom da se javlja u prosjeku tridesetak puta godišnje i time ne predstavlja višu silu koja se nije mogla spriječiti i izbjeći kao uslov oslobađanja od objektivne odgovornosti (čl. 177 st. 1 i 2 ZOO).“ Okružni sud u Banjoj Luci, Gž-2587/03 od 10. 2. 2006. godine, Blagojević i dr., *Odštetno pravo i pravo osiguranja u sudskoj praksi*, 347.

praksa o kvalifikaciji određenih događaja kao više sile. Međutim, u svakom konkretnom slučaju treba da se utvrdi da li jedan događaj (kao što je poplava) ima karakter više sile ili ne, uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja, tj. sve činjenice i dokaze.

Viša sila se razlikuje od sličnih pravnih instituta. Viša sila može da predstavlja nemogućnost ispunjenja obaveze za koju ne odgovara ni jedna strana, ali nije riječ o istim pravnim institutima. Takođe, razlika postoji i u odnosu na promijenjene okolnosti koje su se pojavile nakon zaključenja ugovora. Viša sila uvijek isključuje odgovornost, dok slučaj nekada predstavlja taj razlog, a nekada ne.⁴³ “Viša sila i slučaj međusobno su različiti pravni pojmovi, koji se međusobno isključuju. Dakle, ako je jedan događaj imao obilježje više sile, onda ne može imati i obilježje slučaja. Slučaj je događaj, koji da se predvidio, mogao se spriječiti, dok je viša sila događaj koji i da se mogao predvidjeti, ne bi se mogao spriječiti.”⁴⁴

Nužno je, dakle, razgraničiti višu silu od slučaja. Međutim, to nekada u pravnoj praksi nije lako. Takođe, pri ocjeni da li se neki događaj može podvesti pod višu silu, treba uzeti u obzir sve okolnosti slučaja, što znači da neki događaj, iako se *prima facie* može smatrati višom silom u jednoj situaciju, on taj kvalitet ne bi imao pri drugačijem činjeničnom stanju. Ovu problematiku najbolje ilustruje jedan primjer iz sudske prakse.⁴⁵ Naime, tužilac je podnio zahtjev za naknadu štete koju je trpio povećanjem troškova u obavljanju prevoza putnika u obliku povećane kilometraže, a zbog potrebe vožnje zaobilaznim smjerom, nakon urušavanja dijela potpornog zida izazvanog bujicom nastalom zbog obilne kiše koja je na tom području (priobalnom dijelu) padala, u decembru 2006. godine. Odgovornost tuženog za nastalu štetu tužilac vidi u činjenici navodnog neodržavanja toga dijela ceste. Prvostepeni i drugostepeni sud su zaključili da će tuženi biti ekskulpiran od odgovornosti, s tim da predmetni događaj prvostepeni sud kvalifikuje kao slučaj, a drugostepeni kao višu silu. Međutim, Vrhovni sud, za razliku od nižestepenih sudova, smatra da se ne može navedeni događaj smatrati višom silom ili slučajem, tako da bi postojala odgovornost tuženog, tj. odgovornog subjekta. On obrazlaže da padavine u obliku jake i dugotrajne kiše tokom zimskih mjeseci u priobalnom području Republike Hrvatske jesu prirodna i ne tako rijetka pojava, koja je predvidiva, baš kao i mogućnost stvaranja vodenih bujica koje su često posljedica jakih padavina.⁴⁶

⁴³ Salma, *Obligaciono pravo*, 629.

⁴⁴ Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev 556/2008-2 od 20. 5. 2009. godine, https://bib.irb.hr/datoteka/573713.Informator_6038-web.pdf, pristupljeno 10. 8. 2018. godine.

⁴⁵ Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev 556/2008-2 od 20. 5. 2009. godine.

⁴⁶ Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev 556/2008-2 od 20. 5. 2009. godine.

Teorijski je moguće da je poplava kao viša sila jedan od uzroka nastale štete. Tada bi se moglo govoriti o djelimičnoj odgovornosti odgovornog lica, u mjeri u kojoj je poplava kao viša sila prouzrokovala štetu.⁴⁷ M. Karanikić Mirić piše da, ako je spoljašnji događaj nastao u sadejstvu sa povećanom opasnošću od stvari ili djelatnosti, ne bi se mogla primijeniti pravila o djelimičnom doprinosu ili podijeljenoj odgovornosti, ako se spoljašnji događaj ne može nikome staviti na teret, a teorija prevalentnog uzroka, koju neki predlažu, ne bi dala rješenje.⁴⁸ Ali, kako autorka dalje naglašava, ako odgovorno lice uspije da dokaže prevalentan uticaj spoljašnjeg događaja, sud mu može umanjiti odgovornost, ali ne bi trebalo da ga oslobodi odgovornosti u potpunosti. Sva ova pravila važe na terenu odgovornosti za štetu koja potiče od opasne stvari ili opasne djelatnosti.

Viša sila isključuje i objektivnu i subjektivnu odgovornost za štetu, dok slučaj (*casus*) isključuje samo subjektivnu, ali ne i objektivnu odgovornost⁴⁹, odnosno slučaj i viša sila isključuju subjektivnu odgovornost za štetu. Dakle, viša sila kao liberatorni razlog ima značaj kod oba vida odgovornosti, koji se izdvajaju prema osnovu odgovornosti, bez obzira na to o kojim zakonskim situacijama odgovornosti za štetu je riječ.

2.1.1.2. Poplava kao oslobađajući razlog na terenu ugovorne odgovornosti za štetu

Poplave, odnosno elementarne nepogode mogu da predstavljaju liberatorni, oslobađajući razlog, ne samo na terenu deliktne, već i ugovorne odgovornosti za štetu, koja nastaje kao posljedica povrede postojećeg obligacionog odnosa. Na tom stanovištu stoji i sudska praksa.⁵⁰ Na terenu ugovorne odgovornosti za štetu je određeno da se dužnik može osloboditi odgovornosti za štetu ako dokaže da nije mogao ispuniti svoju obavezu, odnosno da je zakasnio sa ispunjenjem obaveze zbog okolnosti nastalih poslije zaključenja ugovora koje nije mogao spriječiti, otkloniti ili izbjeći (čl. 263

⁴⁷ Babić, „Viša sila i slučaj u obligacionom pravu“, 129.

⁴⁸ Karanikić Mirić, *Objektivna odgovornost za štetu*, 142–143.

⁴⁹ „Osoba odgovorna za štetu po objektivnom kriteriju odgovara i za slučajno nastale štete (čl. 177 st. 1 ZOO).“ Vrhovni sud Hrvatske, Gž-2845/77 od 17. 10. 1978. godine, Blagojević i dr., *Odštetno pravo i pravo osiguranja u sudskoj praksi*, 374.

⁵⁰ „Nemogućnost ispunjenja obveze, odnosno nemogućnost ispunjenja obveze u roku, mora biti posljedica okolnosti nastalih poslije sklapanja ugovora, koje su nastupile mimo volje dužnika i njegova ponašanja. One mogu biti vanjskog podrijetla kao npr. poplava (čl. 263 ZOO).“ Vrhovni sud Hrvatske, Rev-1654/80 od 27. 11. 1980. godine; Hajdarević, Tajić i Simović, *Zakon o obligacionim odnosima (tri decenije sudske prakse – više od 10 000 sentenci i sudskih odluka)*, knjiga 1, 693.

ZOO).⁵¹ Ove okolnosti koje oslobađaju dužnika od odgovornosti obuhvataju elemente više sile, iako iz čl. 263 ZOO proizlazi da se spoljašnjost događaja i njegova nepredvidivost ne zahtijevaju.⁵² Ukoliko određene okolnosti koje su kvalitativno slične poimanju više sile isključuju ugovornu odgovornost dužnika, tim prije njegovu odgovornost isključuje viša sila.⁵³ Valja imati na umu da treba da postoji uzročna veza između događaja koji je okarakterisan kao viša sila i nemogućnosti ispunjenja obaveze.⁵⁴ Dakle, i kod ugovorne odgovornosti, poplava može da predstavlja višu silu, ali ne *per se*, već to zavisi od okolnosti slučaja.⁵⁵ Takođe, neophodno je da poplava kao događaj ispunjava uslove iz čl. 263 ZOO da bi bila oslobađajući razlog od ugovorne odgovornosti, bez obzira na spoljašnjost i predvidljivost događaja.⁵⁶ Ali, u literaturi se ističe se da će se odgovarati i u slučaju ako bi šteta nastala i bez dejstva događaja koji ima obilježja više sile, u određenim okolnostima. Primjera radi, ukoliko dužnik koji duguje isporuku određene količine robe ne bude u mogućnosti da isporuči na vrijeme zbog iznenadne poplave velikih razmjera, ne može ga viša sila osloboditi odgovornosti ako nije blagovremeno pripremio robu za isporuku.⁵⁷ To se objašnjava posebnim pravilima vezanim za tzv. mješoviti slučaj. Dužnik odgovara za nemogućnost ispunjenja iako tu nemogućnost nije skrivio ako je nastupila poslije njegovog dolaska u docnju za koju odgovara, s tim što se on može osloboditi ove odgovornosti ako dokaže da bi stvar koja je predmet obaveze slučajno propala i da je on svoju obavezu na vrijeme ispunio (čl. 262 st. 4 i 5 ZOO). Slučaj, u načelu, isključuje ugovornu odgovornost za štetu, iako je, kako se vidi, moguće i drugačije dejstvo. U slučaju da prijeti poplava, dužnik je obavezan da preduzme razumne mjere da

⁵¹ „Dužnik ne odgovara za štetu ako nije mogao ispuniti svoju obavezu (isporuku plina) zbog ratnih događaja, koji su nastali nakon sklapanja ugovora jer ih nije mogao spriječiti, otkloniti ili izbjeći.“ Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, PŽ-3547/93 od 29. 11. 1994. godine.

⁵² Ivica Jankovec, *Ugovorna odgovornost* (Beograd, 1993), 115–126.

⁵³ Dejan Pilipović, *Ugovorna odgovornost za nematerijalnu štetu* (Banja Luka, 2014), 27.

⁵⁴ *Ibid.*, 27.

⁵⁵ Jankovec, *Ugovorna odgovornost*, 124. „Iako je fakat zemljotresa spoljna i nepredvidljiva okolnost, ona, u konkretnom slučaju, ne može imati kvalifikaciju više sile, jer je tuženi i pored ove okolnosti mogao da ispunji svoju ugovorenu obavezu na vrijeme kako je ugovorom predviđeno. Odluka Spoljnotrgovinske arbitraže PKJ, T-112/84 od 12. 2. 1986. godine; Hajdarević, Tajić i Simović, *Zakon o obligacionim odnosima (tri decenije sudske prakse – više od 10 000 sentenci i sudskih odluka)*, knjiga 1, 693.

⁵⁶ „Nije sporno da odredba člana 263. ZOO prvenstveno podrazumeva objektivne okolnosti koje su sprečile dužnika da ispunji svoju ugovornu obavezu, tj. okolnosti koje dužnik nije izazvao svojim ponašanjem, nego su nastupile mimo njegove volje i mimo njegovog delovanja. ZOO ne traži da te okolnosti imaju karakter više sile. Okolnosti moraju biti samo objektivne prirode...“ Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Prev 173/11 od 9. 2. 2012. godine, <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/prev-17311-trgovinsko-obligaciono-pravo-privatizacija-raskid-ugovora-o-privatizaciji-naknada-%C5%A1tete>, pristupljeno 18. 8. 2018.

⁵⁷ Radišić, *Obligaciono pravo, opšti deo*, 233.

ona ne nastupi ili da bar ne zadesi mjesto gdje se nalazi stvar koja je predmet ispunjenja, ali nije dužan da preduzme mjere kojima bi se otklonila opasnost poplave ako preduzimanje tih mjera prouzrokuju nesrazmjerne troškove.⁵⁸ Međutim, moguće je ugovoriti odgovornost za višu silu.⁵⁹ U čl. 208 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima, Mihailo Konstantinović je predložio da se dužnik oslobađa obaveze na naknadu štete ako dokaže da je bio spriječen da ispuni svoju obavezu nekim slučajem više sile ili kojim drugim stranim uzrokom za koji on ne odgovara. Čl. 79 st. 1 Konvencije UN-a o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine (Bečka konvencija ili *CISG*)⁶⁰ predviđeno je da kad jedna strana ne izvrši neku svoju obavezu, ona neće odgovarati ako dokaže da je do neispunjenja došlo zbog *smetnje* koja je bila van njene kontrole i da od nje nije bilo razumno očekivati da u vrijeme zaključenja ugovora smetnju uzme u obzir (nepredvidivost), da izbjegne ili savlada smetnju ili njene posljedice.⁶¹ Pored svega navedenog, viša sila (ali i u smislu naknadne trajne i objektivne nemogućnosti ispunjenja) značajna je i kod nastanka ugovora, a utiče i na njegov prestanak, posebno kad se radi o individualno određenoj stvari, dok za generičke obligacije važe posebna pravila.⁶²

2.2. Specijalni slučajevi građanskopravne odgovornosti (države) za štetu nastalu usljed poplave kao više sile (ustanovljeni posebnim pravnim propisima)

Kada se posmatra sa aspekta efikasnosti ostvarivanja odštete, na terenu odštetnopravnog (obligacionopravnog) modela se može spomenuti i drugi oblik ovog modela reparacije. Ističe se da odgovornost države za štetu nastalu izvanrednim događajima najčešće nije unaprijed propisana zakonom već država naknadno, nakon nastanka štete, donosi takve propise inspirisana

⁵⁸ Jankovec, *Ugovorna odgovornost*, 116.

⁵⁹ Loza, *Obligaciono pravo, opšti deo*, 214.

⁶⁰ „Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori“, br. 10-1/84.

⁶¹ Vid. više Ingeborg Schwenzer, „Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts“, *VUW Law Review*, br. 39 (2008), 709–725, <http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2008/39.pdf>, pristupljeno 18. 8. 2018. Harry M. Flechtner, „Issues Relating to Exemption (‘Force Majeure’) Under Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (‘CISG’)“, *Pittsburgh Legal Studies Research Paper, Working Paper*, No. 08(2008), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1118124, pristupljeno 18. 8. 2018. Ndubuisi Augustine Nwafor, „Comparative and Critical Analysis of the Doctrine of Exemption/Frustration/Force Majeure under the United Nations Convention on the Contract for International Sale of Goods, English Law and UNIDROIT Principles“ (doktorska disertacija, School of Law, University of Stirling, 2015), <https://dspace.stir.ac.uk/bitstream/1893/21805/1/DR%20NWAFOR%20N.%20A.pdf>, pristupljeno 18. 8. 2018.

⁶² Vid. čl. 46, 47 i 137 ZOO.

načelom društvene solidarnosti.⁶³ Vanredni događaji mogu nastati prirodnim putem (npr. poplava, zemljotres itd.) ili ljudskim putem (pobune, rat, teroristički napadi).⁶⁴ Za štetu usljed više sile se može odgovarati onda kada država propiše odnosno ustanovi (svoju) odgovornost za štetu nastalu usljed više sile zbog naročito važnih razloga, tj. motivisana načelom društvene solidarnosti ili socijalnim, ekonomskim, političkim ili drugim razlozima, kao i prirodom ovakvih događaja i razmjerom šteta.⁶⁵ U razmatranoj situaciji, na ovaj način će se omogućiti najefikasnije ostvarivanje odštete. Tako je Republika Hrvatska ustanovila odgovornost države za štetu nastalu usljed terorističkih akata i javnih demonstracija, uključujući i naknadu fizičkim licima zbog smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja, posebnim zakonom⁶⁶, na načelima društvene solidarnosti, ravnomjernog snošenja javnog tereta, te pravičnog i brzog obeštećenja. Proširenje građanskopravne odgovornosti za štetu prouzrokovanu višom silom, objektivno pravo ograničava, po pravilu, na određene oblasti života ili na određene slučajeve prouzrokovanja štete.⁶⁷ Posebnim propisom bi trebalo detaljnije regulisati kriterijume, obim naknade, oštećena lica, proceduru ostvarivanja naknade štete i nadležne organe. U slučaju povrede ovih pravila, država bi odgovarala za štetu zbog nepravilnog ili nezakonitog rada, a ne samo za štetu prouzrokovanu poplavama.⁶⁸ Kod ovog podmodela, ne bi bila isključena primjena opštih pravila o odgovornosti za štetu iz ZOO.

3. Vanodštetnopravni model reparacije štete nastale usljed poplava

Kada postoje okolnosti koje isključuju odštetnu odgovornost, tada šteta pada na oštećeno lice. Međutim, pošto se radi o štetama velikih razmjera koje pogađaju stanovništvo, koje čine gradivni element države, država motivisana

⁶³ Moreno Marušić, „Naknada štete prouzročene izvanrednim događajima“, *Pravnik*, Vol. 41, br. 2 (2007), 95. Ivo Borković, *Upravno pravo* (Split, 2002), 151.

⁶⁴ Borković, *Upravno pravo*, 151.

⁶⁵ Marušić, „Naknada štete prouzročene izvanrednim događajima“, 96.

⁶⁶ Zakon o odgovornosti za štetu nastalu usljed terorističkih akata i javnih demonstracija, „Narodne novine“, br. 117/2003. Vid. čl. 2, odnosno čl. 7–9 ovog zakona.

⁶⁷ Đorđević i Stanković, *Obligaciono pravo, opšti deo*, 383.

⁶⁸ „Kada je posebnim propisima uspostavljena odgovornost države za naknadu štete nastale dejstvom više sile (zemljotres), pa država pri rješavanju pojedinačnih slučajeva određenim radnjama ili propustima svojih nadležnih organa ili institucija odstupa od propisanih uslova i procedure, ona odgovara za nepravilan ili nezakonit rad organa po osnovu opšteg pravila o odgovornosti iz člana 172 Zakona o obligacionim odnosima.“ Vrhovni sud Srbije, Rev-2241/07 od 11. 9. 2008. godine, Blagojević i dr., *Odštetno pravo i pravo osiguranja u sudskoj praksi*, 243.

solidarnošću i potrebom pomoći, iznalazi mehanizme pomoći. Dakle, ovaj teorijski model reparacije štete nastale usljed poplava podrazumijeva više mehanizama, odnosno oblika novčane i druge pomoći oštećenima (od strane različitih subjekata), van pravila za zasnivanje odgovornosti za štetu i njenu naknadu. Ne mora se ustanoviti odgovornost društveno-političke zajednice za štetu, odnosno ista se „ne provjerava“.

O popravljaju štete van odštetnog prava govori i V. Vodinelić. Odštetno, odnosno obligaciono pravo uređuje ko će snositi štetu koju je neko prouzrokovao drugom.⁶⁹ Pored odštetnog prava, i (a) pravo osiguranja uređuje odnose povodom šteta, posebno povodom šteta koje potiču od događaja ili pojava, stupajući djelimično, kao u skandinavskim zemljama, na mjesto deliktne odgovornosti.⁷⁰ Dakle, postoji mogućnost osiguranja povodom nastanka šteta od poplava, često kao dopunskog rizika. Ovaj oblik reparacije je van čistog odštetnopravnog modela, ali ima najviše dodirnih tačaka sa njim, jer potraživanje iz osiguranja je obligacionopravnog karaktera i regulisano je normama ZOO-a. Ali često osiguranje ne obuhvata sve štete, npr. štete od plavljenja vode izlivenne iz kanalizacione mreže.⁷¹ Istraživanje koje je sproveo američki Chubb Group of Insurance Companies pokazalo je da, što je viši stepen ličnog obrazovanja i bogatstva, to je zaključenje osiguranja češća pojava.⁷² To govori da na ovim prostorima takva vrsta osiguranja ne bi bila znatno zastupljena, ali je značajno podizanje svijesti ljudi o potrebi osiguranja.

Pored ovog, postoje i drugi oblici reparacije štete nastale usljed poplava van odštetnog prava. U jednom prethodno navedenom slučaju, Vrhovni sud RS⁷³ je zauzeo stav da u parnicama radnika protiv poslodavca za isplatu novčane pomoći u slučaju elementarnih nepogoda ili požara u stanu radnika, a koje pravo je predviđeno *kolektivnim ugovorima*, ako je radniku šteta na stambenom objektu nanesena majskim poplavama iz 2014. godine i ako je njemu ili članu njegovog domaćinstva isplaćena novčana pomoć po osnovu Zakona o Fondu solidarnosti za obnovu RS, *radnik ima pravo na ostvarivanje*

⁶⁹ Vladimir Vodinelić, *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava* (Beograd, 2012), 511.

⁷⁰ *Ibid.*, 511.

⁷¹ Jovanović, „Pravni aspekti osiguranja od elementarnih nepogoda“, 23.

⁷² *Ibid.*, 18. Pored toga, spominju se projekti institucionalnog (državnog) učešća radi preventive i pripremljenosti za katastrofe u Jugoistočnoj Evropi. Takav je projekat Svjetske banke – *Regional Southeastern Europe and Caucasus catastrophe risk insurance facility (Projekat za osiguranje od rizika regionalne katastrofe)*, kojim se predviđa osnivanje kompanije koja će se baviti poslovima reosiguranja od rizika prvenstveno u zemljama jugoistočne i centralne Evrope i pružati usluge s tim u vezi.

⁷³ Odluka Vrhovnog suda Republike Srpske, Građansko-upravno odjeljenje, br. 80 O Rs 067112 15 R od 6. 11. 2015. godine.

novčane pomoći i od poslodavca samo u slučaju kada je stvarna šteta veća od iznosa primljenog na ime pomoći za sanaciju pretrpljene štete, ali ne u većem iznosu od stvarno pretrpljene štete. Rezon suda je da obje novčane naknade imaju istu svrhu i cilj, a to je pomoć u obnovi i sanaciji stvarno pretrpljene štete na stambenom objektu. Čini se da ovdje dolaze, između ostalog, do izražaja načela pravičnosti i zabrane zloupotrebe prava. Cilj Zakona o Fondu solidarnosti za obnovu RS⁷⁴ jeste da se na osnovu solidarnosti pristupi obnovi RS sanacijom šteta izazvanih poplavama u maju 2014. godine, a koja sredstva su namijenjena i za sanaciju stambenih objekata oštećenih lica putem jednokratne novčane pomoći (čl. 2, 3 i 10 ovog zakona).

Dakle, iz prethodnog slučaja se saznaje, između ostalog, **(b)** o jednom obliku vanodštetnog modela saniranja ove štete putem ostvarivanja novčane pomoći prema radnopravnim propisima (uključujući i pravo na novčanu pomoć u slučaju poplava predviđeno posebnim kolektivnim ugovorima). Mana ovog oblika reparacije jeste to što se odnosi samo na radnike, tako da se ovim pravom ne mogu koristiti nezaposlena lica.

Inače, pravila po kojima se ostvaruje novčana pomoć⁷⁵ su približnija upravnoj proceduri, odnosno drugim granama prava nego građanskom pravu. Dakle, ovdje se ne radi o režimu građanskopravne odgovornosti države (za štetu) uz postojanje elemenata odgovornosti (opšti i posebni uslovi odgovornosti). Nadalje, pojam štete u modelu sanacije šteta usljed poplava van odštetnog prava ne poklapa se nužno sa pojmom štete kod građanskopravne odgovornosti. Naime, ova šteta ne predstavlja formalnopravni pojam štete u građanskopravnom (odštetnopravnom) smislu. Primjera radi, čl. 3 st. 2 Zakona o Fondu solidarnosti za obnovu RS, pod štetom smatra direktnu materijalnu štetu na stambenim, privrednim, energetske i poljoprivrednim objektima, opremi, mehanizaciji, usjevima i zasadima, stočnom fondu, saobraćajnoj infrastrukturi, objektima snabdijevanja i kanalizacije, objektima vodozaštite i hidromelioracionim objektima i objektima javnih institucija izazvana navedenim poplavama. Dakle, i ovdje je šteta uslov za ostvarivanje prava na jednokratnu novčanu pomoć iz čl. 10 st. 2 ovog zakona, ali ona obuhvata samo direktnu materijalnu štetu koja je pogodila zakonom taksativno određene objekte. Citirana definicija štete podrazumijeva i identifikaciju uzroka – poplave, odnosno uspostavljanje uzročne veze.⁷⁶ Ovaj sistem se zasniva na načelu društvene solidarnosti, brige i pomoći države prema građanima,

⁷⁴ „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 52/14.

⁷⁵ Termin novčana pomoć je, kod ovog modela, prikladniji nego pojam naknade, kao što je prikladnije govoriti o sanaciji, nego o reparaciji štete.

⁷⁶ Upor. čl. 2 Uredbe o jedinstvenoj metodologiji za procjenu štete od prirodnih i drugih nesreća.

pravičnosti i ravnomjernog snošenja tereta. Pojam štete u obligacionom pravu je širi i ima drugačiji kontekst. Različite su postavke i smisao između odštetnopravnog i vanodštetnopravnog režima reparacije (sanacije) šteta izazvanih elementarnim nepogodama.

Reparacija štete, u kontekstu vanodštetnopravnog modela, predviđa se posebnim propisima iz oblasti elementarnih nepogoda, odnosno zaštite i spasavanja u vanrednim situacijama.⁷⁷ Prema čl. 18 tač. n) *Zakona o zaštiti i spasavanju u vanrednim situacijama RS*, Vlada RS imenuje komisiju za procjenu štete *većih razmjera*. Gradonačelnik donosi odluku o formiranju komisije za procjenu štete prouzrokovane elementarnom nepogodom i drugom nesrećom (čl. 22). Vlada donosi propis (uredbu) o načinu utvrđivanja i evidentiranja visine štete, vrsti, visini i načinu pružanja i korišćenja pomoći jedinicama lokalne samouprave za otklanjanje štete većeg obima izazvane elementarnom nepogodom i drugom nesrećom (čl. 56 st. 3). Čl. 155 tač. g) ovog zakona je predviđeno da opština, odnosno grad *finansira saniranje dijela šteta* nastalih od elementarne nepogode i druge nesreće *u skladu sa materijalnim mogućnostima* i odlukom nadležnog organa opštine, odnosno grada. Podzakonskim aktima u FBiH, takođe je predviđeno da visinu štete procjenjuje stručno tijelo – komisija (sastavljena od stručnjaka iz različitih oblasti).⁷⁸ Dakle, jasno su propisani principi i pravila po kojima se vrši procjena šteta. Slično je regulisano i u zemljama u okruženju. Često utvrđivanje i dodjela novčane pomoći može biti izložena različitim problemima. To je bio razlog za Mišljenje Zaštitnika građana u Republici Srbiji iz 2014. godine o pravnoj neuređenosti postupka po zahtjevima građana za otklanjanje štete nastale elementarnim nepogodama na njihovoj imovini, gdje su lokalne samouprave to pravo utvrđivale građanima, a često štabovi za vanredne situacije. Naglašena je potreba da zakonodavni organ donese propis kojim

⁷⁷ Vid. Zakon o elementarnim nepogodama Republike Hrvatske („Narodne novine“, br. 73/97 i 174/04), <https://www.zakon.hr/z/540/Zakon-o-za%C5%A1titi-od-elementarnih-nepogoda>, pristupljeno 18. 8. 2018. Prema ovom zakonu, pravo na novčanu pomoć, između ostalog, ne pripada za indirektnu štetu; istu nema pravno lice, lice čija je imovina osigurana kod osiguravajućih društava, ako je pomoć ostvarena prema drugim propisima. Dakle, onemogućeno je „sabiranje“ svih oblika novčane pomoći. Vid. za BiH Okvirni zakon o zaštiti i spasavanju ljudi i materijalnih dobara od prirodnih ili drugih nesreća u BiH („Službeni glasnik BiH“, br. 50/08), Zakon o zaštiti i spasavanju ljudi i materijalnih dobara od prirodnih i drugih nesreća („Službene novine FBiH“, br. 39/03,22/06 i 43/10), Uredba o jedinstvenoj metodologiji za procjenu štete od prirodnih i drugih nesreća („Službene novine FBiH“, br. 35/04 i 38/06), Zakon o vodama („Službene novine FBiH“, br. 70/06), Zakon o zaštiti i spasavanju ljudi i materijalnih dobara od prirodnih i drugih nesreća u Brčko Distriktu BiH iz 2016. godine („Službeni glasnik BD BiH“, br. 29/16), te Zakon o vodama („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 50/06,92/09, 121/12 i 74/17) i Zakon o zaštiti i spasavanju u vanrednim situacijama („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 121/12 i 46/17).

⁷⁸ Čl. 4 Uredbe o jedinstvenoj metodologiji za procjenu štete od prirodnih i drugih nesreća.

ће прецизно urediti postupak raspodjele solidarne pomoći i sanacije šteta usljed elementarnih nepogoda, kriterijume i pravo na pravno sredstvo protiv odluka utvrđenih organa, a do tada da se odlučuje prema pravilima upravnog postupka.⁷⁹

Iz svega navedenog se može zaključiti o još nekim oblicima vanodštetnog modela. Kod modela popravljanja štete van odštetnog prava, reparacija se može vršiti iz **(c)** posebnog fonda koji se finansira iz različitih izvora, **(d)** iz budžetskih i kreditnih sredstava države i jedinica lokalne samouprave, **(e)** iz domaćih i inostranih donacija i pomoći ili na druge načine.

U jednom pravnom sistemu može se regulisati postojanje jednog ili drugog sistema (modela) ili oba istovremeno. Vanodštetnopravni model se ostvaruje, po pravilu, u upravnom, odnosno posebnom postupku pred posebnim državnim organima ili komisijama (koje mogu biti stručnije u pogledu utvrđivanja štete). Ukoliko je oštećena strana nezadovoljna odlukom u ovom postupku, treba joj dati mogućnost ostvarivanja prava u sudskom, odnosno upravnosudskom postupku. Drugi model postoji kada država izričito propiše da će biti odgovorna za štetu prouzrokovanu određenim događajima koji bi inače mogli imati ili imaju kvalitet više sile. Ili, on egzistira i kada se putem opštih normi o odgovornosti za štetu može utvrditi odgovornost nadležnog subjekta. U slučaju postojanja oba modela, ostvarivanje iznosa naknade ili pomoći prema vanodštetnom modelu ne bi trebalo da isključuje mogućnost ostvarivanja naknade štete prema obligacionom (odštetnom) modelu, s tim da se ovaj drugi model može kumulirati sa prvim ako je stvarno pretrpljena šteta veća od isplaćene novčane pomoći ili naknade.⁸⁰ Naravno, zavisno od autonomije volje, odnosno dispozicije, oštećena strana može optirati za jedan od njih. U slučaju da je u nekom pravnom sistemu predviđen samo model reparacije van odštetnog prava, ne može se uskratiti pravo oštećenom da pred sudom potražuje naknadu štetu, u kontekstu prava na pristup sudu. Ovo pravo pred sudom oštećeni ne može ostvariti prema izričito predviđenom normativnom osnovu, ali može pokušati podvesti pod opšte ili neke posebne odredbe o odgovornosti za štetu, posebno vezane za propuste nadležnih organa u preduzimanju mjera i radnji odbrane od poplava. Takođe, u slučaju spora, tužbeni zahtjev može upraviti na ostvarivanje prava iz vanodštetnog modela reparacije. Međutim, u praksi sudovi često zauzimaju stav da se radi o višoj sili koja isključuje odgovornost države. Postoje mišljenja

⁷⁹ Zaštitnik građana Republike Srbije, *Mišljenje*, br. 16693 od 13. 6. 2014. godine.

⁸⁰ Podrazumijeva se da je ovo moguće ukoliko oštećeni dokaže uslove za zasnivanje odgovornosti za štetu.

da se sredstva za sanaciju šteta i drugih posljedica nastalih usljed prirodnih nepogoda obezbjeđuju posebnim zakonom (što ne znači da je on nužno osnov za odgovornost države za štetu), a ne u okviru utvrđivanja odgovornosti za moguće propuste u momentu nepogode.⁸¹

Ukoliko, pak, oštećeni, prema posebnim propisima⁸², imaju određena prava na reparaciju šteta nastalih zbog poplava i ako podnose tužbu radi ostvarivanja tih prava, a ne radi naknade štete zbog nezakonitog i nepravilnog rada državnih organa, tada je bespredmetno pozivanje države na odredbe propisa kojima se regulišu obligacioni odnosi o isključivanju njene odgovornosti za štetu zbog više sile.⁸³ Dakle, ako oštećenik utuživanjem ostvaruje pravo na saniranje šteta prema vanodštetnompravnom modelu reparacije šteta, nema mjesta na strani države da se u tom postupku poziva na elemente, odnosno egzoneracione razloge iz odštetnog modela reparacije šteta.

4. Zaključak

Imajući u vidu potencijal i, u određenim situacijama, razorna dejstva poplava, jasno je da pitanje naknade štete koju lica pretrpe tom prilikom imaju izuzetnu praktičnu važnost. Međutim, postavljeni problem nije ništa manje važan i sa stanovišta pravne nauke, jer se radi o jednostavnom prirodnom događaju koji se transformiše u kompleksan pravni problem, a naročito sa stanovišta kreacije i primjene modela reparacije štete, odnosno sa aspekta primjene pravila u takvim situacijama.

Mogu se izdvojiti dva teorijska modela reparacije štete nastale usljed poplava, koji mogu postojati odvojeno, a mogu se i ispreplitati (odštetnopravni i vanodštetnopravni). Kod nas nalazimo oblike oba modela, ali ne u punom kapacitetu. Prvi odštetnopravni model obuhvata dva oblika: (a) mogućnost naknade štete usljed poplava prema pozitivnopravnim propisima, a na osnovu odštetnopravnih normi i (b) posebno, pravnim propisom, ustanovljenu građanskopravnu odgovornost (države) za štetu od poplave kao više sile. Oblik pod b) je efektivniji sa aspekta prava oštećenih. Vanodštetnopravni model, koji postoji van primjene pravila za zasnivanje odgovornosti za štetu i njenu naknadu, uključuje bar sljedeće oblike: (a) naknadu iz osiguranja, (b) ostvarivanja novčane pomoći prema radnopravnim propisima, (c) (novčanu)

⁸¹ Možina, *Odškodninska odgovornost države*, 41.

⁸² Npr. u Republici Hrvatskoj Zakon o saniranju posljedica katastrofe na području Vukovarsko-srijemske županije, „Narodne novine“, br. 77/14.

⁸³ Vid. presudu Županijskog suda u Splitu, br. Gž-1025/17-2 od 12. 4. 2018. godine, <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/decisionText?id=090216ba80876d9f&q=poplav>, pristupljeno 20. 8. 2018. godine.

pomoć iz posebnog fonda koji se finansira iz različitih izvora, (d) pomoć iz budžetskih i kreditnih sredstava države i jedinica lokalne samouprave, (e) pomoć iz domaćih i inostranih donacija i pomoći ili drugi načini. Naknade i pomoći pod a) i b) kod vanodštetnopravnog modela reparacije su personalno ograničene na osigurana lica, odnosno radnike. Ostali izvori pomoći se temelje na posebnim pravnim propisima.

Zapaža se, na terenu prvog modela, dioba poplave kao (prirodnog) događaja na dvije kategorije: (a) poplava kao elementarna nepogoda velikih razmjera, gdje se ne dosuđuje reparacija štete zbog siline njenog dejstva, tj. zbog podvođenja takve poplave pod pojam više sile koja predstavlja egzoneracijski razlog kod subjektivne i objektivne odgovornosti za štetu i (b) poplava koja nema takva obilježja katastrofe, gdje sudovi nalaze različite normativne osnove u članovima (172, 184, itd.) ZOO za zasnivanje odgovornosti države, pokrajine, opštine, komunalnog preduzeća. Do zasnivanja odštetnopravne odgovornosti države i njenih nadležnih organa za štetu nastalu zbog poplava dolazi u posebnim situacijama, u praksi vezanim za slučajeve kada nisu preduzete mjere i radnje nadležnih organa prema posebnim propisima koji regulišu obaveze po osnovu odbrane od poplava. Dakle, redukovan je domašaj zasnivanja odgovornosti za štetu usljed poplava prema odredbama ZOO. To posebno iz razloga što sudovi često poplavu podvode pod višu silu, a ona kao oslobađajući razlog figurira kod svih tipova, oblika ili slučajeva odgovornosti za štetu. Viša sila, odnosno liberatorni razlog je važan faktor od kojeg zavisi zasnivanje ili nezasnivanje nekog tipa odgovornosti na terenu deliktne i ugovorne odgovornosti. Ne može se *prima facie* olako konstatovati da se radi o višoj sili, već treba uzeti u obzir sve okolnosti slučaja, posebno u pogledu predvidivosti, izbjegavanja ili savladivosti datog događaja. Prilikom prosuđivanja da li poplava kao događaj ima karakter više sile, treba proći test ispitivanja egzistencije obilježja više sile, pri čemu nije nužno njihovo istovremeno kumulativno bitisanje.

Jedan od prijedloga može biti ustanovljavanje građanskopravne odgovornosti države za štetu usljed elementarnih nepogoda, posebnim propisom ili izmjenom odredaba ZOO, o čemu treba razmisliti nakon svestrane analize svih parametara od strane države. Posebnim propisom bi trebalo detaljnije regulisati kriterijume, obim naknade, oštećena lica, proceduru ostvarivanja naknade štete i nadležne organe. Treba izvršiti pravičnu preraspodjelu rizika od poplava (posebno poplava kao elementarnih nepogoda velikih razmjera), a društveno-politička zajednica određuje najpodesniji model, s tim da ne smije rizik štete usljed poplava da prevale na oštećene građane.

Kako nije ni u dostupnoj analiziranoj sudskoj praksi uočeno odlučivanje o naknadi neimovinske i imovinske štete vezane za smrt, tjelesne povrede ili oštećenje zdravlja usljed poplava, to prava ličnosti, odnosno ljudska bića ostaju izvan polja stvarno ostvarive zaštite. Naglasak je na „materijalnom“, kako u sudskoj praksi kod odštetnopravnog modela, tako često i kod vanodštetnopravnog modela (npr. novčana naknada za direktne materijalne štete nastale na tačno određenim objektima). Samo sporedno se novčana „pomoć“ vezana za štetu pričinjenu licima može ostvariti kod vanodštetnopravnog modela reparacije (npr. putem osiguranja lica, naknade za slučaj smrti prema radnopravnim propisima). Posebnim propisima, kojima je regulisan vanodštetnopravni režim reparacije šteta nastalih usljed poplava, treba da se ustanovi pravo na reparaciju šteta vezanih za manifestacije povrede prava ličnosti fizičkih lica. Na terenu vanodštetnopravnog modela, neophodno je stvoriti efikasan sistem zasnovan na načelima pravne sigurnosti sa jasno utvrđenim pravilima i procedurama, tj. precizno regulisanim kriterijumima, obimom naknade, oštećenim licima, procedurom ostvarivanja naknade (pomoći) i nadležnim organima. Drugi segment jeste potreba efektivne primjene tih pravila i procedura. Kada se optira između osnivanja fonda solidarnosti kao *ad hoc* rješenja kad se desi pojedina elementarna nepogoda *ili* etabliranih odredaba o fondu (pri čemu ne ulazimo u modalitete izvora osiguranja sredstava) ili propisa o novčanoj pomoći usljed poplava iz budžetskih sredstava za sve buduće slučajeve reparacije, načelo pravne sigurnosti ide u prilog ovom drugom rješenju.

Literatura

Loza, B., *Obligaciono pravo, opšti deo* (Beograd, 2000).

Morait, B., *Obligaciono pravo* (Banja Luka, 2010).

Možina, D., *Odškodninska odgovornost države* (Ljubljana, 2015), 41-42.
VSL sodba III Cp 2656/2014 od 07.01.2015. godine, <http://www.sodisce.si/vislj/odlocitve/2015081111386560/>, pristupljeno 18. 8. 2018.

Pilipović, D., *Ugovorna odgovornost za nematerijalnu štetu* (Banja Luka, 2014).

Hajdarević, H., Tajić, H., Simović, V., *Zakon o obligacionim odnosima (tri decenije sudske prakse – više od 10 000 sentenci i sudskih odluka)*, knjiga 1 (Sarajevo, 2011).

Radišić, J., *Obligaciono pravo, opšti deo* (Beograd, 2004).

Jovanović, S., „Pravni aspekti osiguranja od elementarnih nepogoda“, *Pravo – teorija i praksa*, br. 7–9 (2014).

Babić, I., *Leksikon obligacionog prava* (Beograd, 2008).

Babić, I., „Viša sila i slučaj u obligacionom pravu“, u *Naknada štete i osiguranje* (Budva, 2005).

Schwenzer, I., „Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts“, *VUW Law Review*, br. 39 (2008), 709–725, <http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2008/39.pdf>, pristupljeno 18. 8. 2018.

Harry M. Flechtner, „Issues Relating to Exemption (‘Force Majeure’) Under Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (‘CISG’)“, *Pittsburgh Legal Studies Research Paper, Working Paper, No. 08(2008)*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1118124, pristupljeno 18. 8. 2018.

Jankovec, I., *Ugovorna odgovornost* (Beograd, 1993).

Salma, J., *Obligaciono pravo* (Novi Sad, 2007).

Karanikić Mirić, M., *Objektivna odgovornost za štetu* (Beograd, 2013).

Blagojević, M., Hajrudin Hajdarević, Haso Tajić, Dragan Pilipović, *Odštetno pravo i pravo osiguranja u sudskoj praksi* (Privredna štampa d.o.o. Sarajevo: Sarajevo, 2013).

Marušić, M., „Naknada štete prouzročene izvanrednim događajima“, *Pravnik*, Vol. 41, br. 2 (2007), 95.

Borković, Ivo, *Upravno pravo*, (Split, 2002).

Ndubuisi Augustine Nwafor, „Comparative and Critical Analysis of the Doctrine of Exemption/Frustration/Force Majeure under the United Nations Convention on the Contract for International Sale of Goods, English Law and UNIDROIT Principles“ (doktorska disertacija, School of Law, University of Stirling, 2015), <https://dspace.stir.ac.uk/bitstream/1893/21805/1/DR%20NWAFOR%20N.%20A.pdf>, pristupljeno 18. 8. 2018.

Vodinelić, V., *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava* (Beograd, 2012).

Đorđević, Ž., Stanković, V., *Obligaciono pravo, opšti deo* (Beograd, 1976).

Konvencija UN-a o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine („Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori“, br. 10-1/84).

Okvirni zakon o zaštiti i spasavanju ljudi i materijalnih dobara od prirodnih ili drugih nesreća u BiH („Službeni glasnik BiH“, br. 50/08).

Zakon o elementarnim nepogodama Republike Hrvatske („Narodne novine“, br. 73/97 i 174/04).

Zakon o Fondu solidarnosti za obnovu Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 52/14).

Zakon o obligacionim odnosima („Službeni list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04).

Zakon o odgovornosti za štetu nastalu usljed terorističkih akata i javnih demonstracija („Narodne novine“, br. 117/2003).

Zakon o saniranju posljedica katastrofe na području Vukovarsko-srijemske županije („Narodne novine“, br. 77/14).

Zakon o vodama („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 50/06, 92/09, 121/12 i 74/17).

Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o vodama RS („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 74/17).

Zakon o vodama („Službene novine FBiH“, br. 70/06).

Zakona o zaštiti i spasavanju u vanrednim situacijama („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 121/12 i 46/17).

Zakon o zaštiti i spasavanju ljudi i materijalnih dobara od prirodnih i drugih nesreća („Službene novine FBiH“, br. 39/03,22/06 i 43/10).

Zakon o zaštiti i spasavanju ljudi i materijalnih dobara od prirodnih i drugih nesreća u Brčko Distriktu BiH („Službeni glasnik BD BiH“, br. 29/16).

Opšte uzanse za promet robom („Službeni list FNRJ“, br. 15/54).

Uredba o jedinstvenoj metodologiji za procjenu štete od prirodnih i drugih nesreća („Službene novine FBiH“, br. 35/04 i 38/06).

MODELS OF REPARATION OF DAMAGES CAUSED BY FLOODS

**Darko Radić
Dejan Pilipović**

Summary

***Abstract:** Floods as a natural event with great potential for causing damages are complex legal issue in regarding damage compensation. This issue has a significant practical importance and, at the same time, this is a legal phenomenon particularly regarding potential models reparation of damage. Therefore, authors in this paper have been considering different models of reparation of damage, positive legislation and court practice in order to determine advantages and disadvantages both of certain solutions and de lege ferenda suggestions. There have been analyzed models of reparation of damage based on general damage compensation rules and models of reparation of damage which had been prescribed by special laws. On the other hand, there have been presented other models of reparation of damage which do not have origin in field of law on obligation. Authors have used legal method, comparative method and case study method.*

***Keywords:** reparation of damage, floods, force major, model of damage compensation, other models of reparation of damage.*

* Faculty of Law of the University in Banja Luka

* Faculty of Law of the University in Banja Luka

**КОНСТИТУТИВНО *VERSUS* ДЕКЛАРАТИВНО ДЕЈСТВО
УПИСА У ЈЕДИНСТВЕНУ ЕВИДЕНЦИЈУ (КАТАСТАР)
НЕПОКРЕТНОСТИ**

Проф. др Раденко Јотановић*
Босиљка Чубриловић**

Апстракт: У Републици Српској је извршена реформа стварног и земљишнокњижног права која је, између осталог, имала за циљ успостављање ажурне, функционалне, ефикасне и поуздане евиденције непокретности и права на тим непокретностима. На остварење овог циља посебан утицај има правно дејство начела уписа и, с њим у вези, начело поуздања у јединствену евиденцију (катастар) непокретности. Упис може имати различито правно дејство – конститутивно или декларативно, а у зависности од правног основа стицања стварног права, као и од врсте стварног права. Упис је конститутивног карактера кад је правни основ стицања – правни посао, док је у другим случајевима декларативног карактера. Хипотека је књижно право *par excellence* што значи да се овдје конститутивно дејство остварује искључиво уписом. У том контексту треба посматрати правно дејство законске хипотеке и натхипотеке, а у односу на пренос хипотеке у случају уступања путем уговора о цесији која има другачије правно дејство. Конститутивно дејство уписа има своје предности у односу на његово декларативни карактер.

Кључне ријечи: јединствена евиденција (катастар) непокретности, конститутивно дејство, декларативно дејство, начело уписа, начело поуздања (повјерења), хипотека.

* Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Булевар војводе Степе Степановића 77, 78000 Бања Лука, е-пошта: radenko.jotanovic@pf.unibl.org

** Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, е-пошта: bosiljka.cubrilovic@pf.unibl.org

1. Увод – јединствена евиденција непокретности у Републици Српској

У Републици Српској донесен је Закон о премјеру и катастру Републике Српске (у даљем тексту: ЗПКРС)¹ којим је одређен правни оквир за успостављање тзв. јединствене евиденције непокретности, која има за циљ обједињавање свих досадашњих евиденција о непокретностима и правима на њима. Земљишна књига,² Катастар земљишта,³ Катастар непокретности,⁴ Књига уложених (положених) уговора о откупу стамбених зграда и станова⁵ и Књига уложених (положених) уговора о продаји пословних зграда, пословних просторија и гаража,⁶ као досадашње евиденције о подацима мјеродавним за правни промет непокретности, показале су бројне недостатке у њиховој практичној примјени. У том погледу се нарочито истиче њихова застарјелост, нетачност, неажурност, нефункционалност, неефикасност, неадекватност, непоузданост итд., а што је свеукупно довело до великог раскорака између књижног (правног) стања и ванкњижног (фактичког) стања непокретности.⁷

Успостављање јединствене евиденције непокретности је у надлежности Републичке управе за геодетске и имовинско-правне послове Републике Српске (у даљем тексту: РУГИПП) и ова институција је као апсолутни приоритет у свом раду одредила предузимање активности на испуњавању тог циља. У том правцу РУГИПП спроводи и пројекат „Регистрација непокретности“ (2013-2018) као наставак активности у вези са претходним пројектом – „Регистрација земљишта“ (2007–2012), који заједнички представљају дио програмског приступа подршке развоју одрживог система регистрације непокретности у Републици Српској.

¹ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 6/12, 110/16, 22/18 – одлука УС и 62/18.

² Закон о земљишним књигама, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 67/03, 46/04, 109/05 и 119/08.

³ Закон о одржавању премера и катастра земљишта, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 19/96 и 15/10.

⁴ Закон о премјеру и катастру непокретности, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 34/06, 110/08 и 15/10.

⁵ Правилник о вођењу књиге уложених уговора о откупу стамбених зграда и станова, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 45/01 и 6/02.

⁶ Правилник о успостављању и вођењу књиге уложених уговора о продаји пословних зграда, пословних просторија и гаража, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 60/05.

⁷ Јотановић, Р., „Начело уписа у катастар непокретности у праву Републике Српске“, *Правна ријеч*, бр. 47/2016, стр. 217.

Наиме, нова јединствена евиденција непокретности треба да отклони уочене недостатке у досадашњој тзв. двојној евиденцији (земљишна књига и катастар) унапређењем услуга свим својим корисницима. Тако је њена сврха да се на територији свих 246 катастарских општина⁸ у Републици Српској обезбиједи оптимални услови за рад канцеларија катастра, затим услови за позиционирање у новом координатном референтном систему, чиме ће се значајно олакшати примјена модерних (ГПС) технологија премјера и обезбиједити већа тачност и поузданост података позиционирања у простору. Посебно значајна новина која иде у корак са примјеном савремених информационих технологија у свим сферама друштва јесте и прелазак са аналогне („папирне“) форме на дигиталну форму вођења података о непокретностима и правима на непокретностима (дигитализација катастарских планова, скенирање земљишних књига и катастарских елабората и података премјера и одржавања катастра непокретности). Ова промјена ће допринијети лакшој и бржој претрази података садржаних у катастру непокретности, а свакако да је крајњи циљ и развој система дигиталне размјене података између РУ-ГИПП и појединих институција – корисника података из катастра непокретности. Тако би нпр. нотарске канцеларије приликом прикупљања података из катастра непокретности у сврху закључења уговора о промету непокретности,⁹ умјесто листа непокретности који издаје РУГИПП, могле користити податке до којих дођу приступом бази података катастра непокретности непосредно електронским путем.¹⁰ Наравно да је претпоставка за овакву комуникацију постојање јавних регистара у електронском облику, тј. база података код свих субјеката укључених у међусобну електронску комуникацију. У Републици Српској постоји правни оквир за електронску комуникацију јер су донесени Закон о електронском потпису Републике Српске,¹¹ Закон о електронском документу Републике

⁸ До сада су процесом успостављања јединствене евиденције непокретности у Републици Српској обухваћене 160 катастарске општине које се налазе у различитим фазама оснивања катастра непокретности: катастар непокретности је у потпуности основан у дијелу катастарских општина; у другим катастарским општинама се спроводи масовно излагање података о непокретностима и утврђивање права на непокретностима; у неким катастарским општинама су завршене припреме за излагање, а у неким од њих је у току припрема података за излагање на јавни увид.

⁹ Види чл. 68 Закона о нотарима, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 86/04, 2/05, 74/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11, 20/14 и 68/17.

¹⁰ Детаљније види: Јотановић, Р., „Правни оквир електронизације нотарских канцеларија и услуга у Републици Српској“, *Правна ријеч*, бр. 36/2013, стр. 327–342.

¹¹ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 106/15.

Српске¹² и Закон о електронском пословању Републике Српске¹³.

Јединствена евиденција непокретности, такође, треба да омогући услугу грађанима на једном мјесту, код једног органа, у једном изводу из евиденције, уз смањење просјечног времена чекања за одлучивање о земљишно-књижном захтјеву и смањење новчане накнаде за такву услугу. Тиме ће се повећати и ефикасност подручних јединица РУГИПП у смислу брже и ефикасније регистрације промјена у катастру непокретности, односно убрзању правног промета непокретности, као и смањењу трошкова одржавања катастра непокретности. Доћи ће и до подизања свијести и заинтересованости грађана о значају евидентирања непокретности и права на њима, а у складу са правним дејством начела уписа и начела повјерења (поуздања) у јавну евиденцију непокретности. Нова евиденција непокретности треба да допринесе повећању вриједности земљишта и других непокретности, а посебно да подстакне инвестициона улагања (изградњу) кроз приступ кредитним средствима, чиме би се постигао и раст БДП. Најчешће коришћени инструмент обезбјеђења кредита (колатерал) у тржишним условима привређивања јесте хипотека, а за сигуран правни промет значајна је само уписана (књижна, регистрована) хипотека.

Прецизни подаци о непокретностима и имаоцима права на њима су потребни и одређеним институцијама Републике Српске, тј. ови подаци имају и значајан јавноправни карактер. Тако могу послужити стварању неопходних претпоставки за успостављање пореског система ради наплате пореских и непореских давања, затим за потребе урбанистичких планова и пројектовања, научноистраживачке и друге сврхе.

2. Конститутивно и/или декларативно дејство уписа стварних права

За постизање прокламованих циљева нове јединствене евиденције (катастара) непокретности служе првенствено одређена општа правна правила у форми начела. Од свих нормираних начела у чл. 54 ЗПКРС (начело уписа, јавности, поуздања, легалитета, формалности, обавезности и одређености) највећи практични значај имају начело уписа и начело поуздања. Цјелокупна концепција катастра непокретности у Републи-

¹² „Службени гласник Републике Српске“, бр. 106/15.

¹³ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 59/09 и 33/16.

ци Српској, а у смислу обезбјеђења правне сигурности у промету стварних и других права на непокретностима уписаним титуларима и трећим (савјесним) лицима, заснива се управо на реафирмацији ова два начела која су и сама уско повезана па се некад сматрало да се овдје, у ствари, ради о једном начелу.¹⁴

Упис у катастар непокретности је материјалноправна претпоставка за стицање права на непокретности,¹⁵ тј. уписом се права на непокретностима стичу, мијењају, преносе и престају¹⁶. Њиме се остварује публицитет непокретности, аквизитивна функција и конститутивно дејство.¹⁷ ЗПКРС ово начело беспотребно регулише у два члана (чл. 54, ст. 1 и чл. 62, ст. 1) због чега се у јуриспруденцији стављају оправдани приговори,¹⁸ јер њихова истовремена примјена у пракси може изазвати забуну у погледу правног дејства уписа (конститутивно или декларативно). Због тога се *de lege ferenda* предлаже брисање одредбе чл. 54, ст. 1 ЗПКРС и задржавање одредбе чл. 62, ст. 1 овог закона, која је потпунија, јер регулише да се сва стварна права не стичу уписом тј. упис у катастар појединих права нема конститутивно, већ декларативно дејство.¹⁹

Да ли ће упис имати конститутивно (упис у материјалном смислу, упис у апсолутном смислу) или декларативно дејство (упис у формалном смислу, упис у релативном смислу) зависи првенствено од правног основа уписа (*iustus titulus, iusta causae*). Због тога упис нема апсолутно дејство, јер је упис *modus acquirendi* права на непокретностима само у случају кад је правни основ правни посао,²⁰ а евентуално и у другим случајевима одређеним законом [чл. 53, ст. 1 Закона о стварним прави-

¹⁴ Кошутих, М., *Грунтовно право*, Тисак Кр. Земаљске тискаре, Загреб, 1910. година, стр. 191 и даље.

¹⁵ Станковић, О. и Орлић, М., *Стварно право*, девето издање, Номос, Београд, 1996. година, стр. 328–329.

¹⁶ В. Јосиповић, Т., *Земљишнокњижно право*, Информатор, Загреб, 2001. година, стр. 124, Нр. 170; § 4/1 Закона о земљишним књигама из 1930. године; §292 СГЗ из 1944. године; § 431 АГЗ из 1911. године.

¹⁷ Јосиповић, Т., „Изванкњижно стјецање и престанак стварних права на некретнинама – усклађивање земљишнокњижног стања“ у: Брежански, Ј. и др.: *Некретнине као објекти имовинских права – актуалности у стјецању и располагању правима на некретнинама*, Народне новине, Загреб, 2005. година, стр. 4; Гавела, Н. и др., *Стварно право*, Информатор, Загреб, 1998. година, стр. 238 и даље.

¹⁸ Планојевић, Н., „Начела катастра непокретности у Србији и Републици Српској“, *Правна ријеч*, бр. 32/2012, стр. 172–173.

¹⁹ Детаљније: Јотановић, Р., „Начело повјерења у катастар непокретности у праву Републике Српске“, *Правна ријеч*, бр. 40/14, стр. 553–572.

²⁰ Симонети, П., „Стјецање права власништва на некретнини на темељу правног посла“ у: *Расправе из стварног права*, Правни факултет Свеучилишта у Риједи, Ријека, 2001. година, стр. 38 и даље.

ма (у даљем тексту: ЗСП)²¹]. Супротно томе, кад је закон правни основ стицања права на непокретностима (одржај, грађење на туђем земљишту и др.), судска или одлука другог државног органа, као и наслеђивање, ради се о ванкњижном стицању права,²² а упис има само декларативно дејство (публиковање права). Наиме, на основу закона стварно право се стиче испуњавањем законом предвиђених претпоставки, на основу судске или одлуке другог државног органа, правноснажношћу, односно коначношћу такве одлуке, а наслеђивањем се стварно право стиче у тренутку делације (чл. 23 ЗСП).²³ У овим случајевима упис представља декларисање стварноправне ситуације која фактички егзистира, врши се публиковање стеченог права и на тај начин омогућава његово супротстављање свим трећим лицима. Дакле, стварна права у одређеним случајевима конститутивно дејство могу стећи *ex lege* и прије уписа у катастар непокретности, а то зависи првенствено од правног основа стицања.²⁴

3. Конститутивно дејство уписа хипотеке

Да ли ће упис имати конститутивно или декларативно дејство не зависи само од правног основа стицања већ и од врсте стварног права. Наиме, конститутивно дејство уписа најдоследније је спроведено код хипотеке, тј. упис има апсолутно дејство само када се ради о упису овог стварног права. Због тога се каже да је хипотека књижно (регистарско)²⁵ право *par excellence*.²⁶ То значи да без обзира на правни основ настанка (уговор, закон или одлука суда) хипотека конститутивно дејство сти-

²¹ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 124/08, 3/09 – испр., 58/09, 95/11, 60/15 и 18/16 – одлука УС,

²² Јосиповић, Т., *op. cit.*, стр. 64.

²³ Јосиповић, Т., *Изванкњижно стјецање и престанак стварних права на некретнинама – усклађивање земљишнокњижног стања*, стр. 5 – 6.

²⁴ Цветић, Р., *Савремена евиденција непокретности*, Нови Сад, 2016. година, стр. 104–108; Повлакић, М., „Начело уписа и стјецање права власништва на некретнинама према новом земљишнокњижном и стварном праву у БиХ“, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*, ЛП (2010), стр. 321–350; Јотановић Р., „Начело уписа у катастар непокретности у праву Републике Српске“, *Правна ријеч*, бр. 8/2016, стр. 227; Јотановић, Р., „Legal mortgage *modus acquirendi*“, *Yearbook Faculty of law Universiti of Banja Luka*, бр. 40/2018, стр. 82–84.

²⁵ С обзиром на нови концепт евиденције непокретности у нашем праву – јединствена евиденција, катастар непокретности, било би сасвим оправдано да се ранији назив – „земљишно-књижно право“ замијени називом – „право регистра непокретности“.

²⁶ Станковић, О. и Орлић, М., *op. cit.*, стр. 329; Повлакић, М., *Трансформација стварног права у Босни и Херцеговини*, Сарајево, 2009. година, стр. 95; Цветић, Р., *op. cit.*, стр. 114.

че тек уписом. Разлог за упис као *modus acquirendi* хипотеке налази се у самом начину њеног публицитета, тј. хипотека као бездржавинска залога не може постојати на други начин осим публиковањем у јавној евиденцији непокретности, а за разлику од других стварних права чији се публицитет може манифестовати и кроз државину тих стварних права. Пуноважна је једино уписана (књижна, регистрована) хипотека и не може постојати ванкњижна (неуписана, нерегистрована, ванрегистарска) хипотека²⁷, јер је ванкњижна хипотека *contradictio in adjecto*²⁸.

Уписом хипотеке, као и уписом стварних права чији је правни основ – правни посао постиже се усклађивање књижног (правног) и ванкњижног (фактичког) стања непокретности и стварних права на непокретностима. То је посебно значајно за сигурност правног промета непокретности јер се као важеће узима само оно што је уписано без обзира на то да ли се разликује од неуписаног (ванкњижног) стања непокретности и података у вези са непокретности. Да би повјерилац био савјесни стицалац хипотеке (хипотекарни повјерилац) дужан је да истражи само књижно стање непокретности, а не и њено ванкњижно стање. Овдје ипак постоји један изузетак, а ради се о тзв. проширеном дејству савјесности.²⁹ Наиме, ако је хипотекарном повјериоцу била позната разлика између ванкњижног (ванрегистарског) и земљишнокњижног (регистарског) стања непокретности на неки други начин, а не увидом у јавну евиденцију непокретности, он ће се ипак сматрати несавјесним. У складу са општим правилом о доказивању спорних чињеница, терет доказивања и у овом случају је на оном ко тврди постојање чињеница које се тичу несавјесности стицаоца.

²⁷ Аналогно претходној сугестији која иде у смјеру прилагођавања терминологије, појам „нерегистрована“ или „ванрегистарска“ хипотека није у супротности са општеприхваћеним ставом јуриспруденције да је конститутивни карактер уписа најдоследније спроведен код хипотеке, односно „...да она и не може да настане без уписа (ванкњижно)“ Цветић, Р., ор. cit., стр. 107; Јотановић, Р., и Чубриловић, Б., „Хипотека на праву грађења“, Зборник радова „Универзално и особено у праву“, Том II, 2018. година, стр. 363.

²⁸ Повлакић, М., „Неки актуелни проблеми залагања некретнина у ентитетима БиХ“, *Правна ријеч*, 8/06, стр. 239.

²⁹ В. чл. 56, ст. 2 ЗПКРС и чл. 55, ст. 2 ЗСП у дијелу у којем регулишу да је стицалац савјестан „...ако није знао нити је, с обзиром на околности, имао довољно разлога да сумња...“.

3.1. Конститутивност законске хипотеке

Постојање хипотеке као књижног (регистарског) права у смислу њеног настанка, односно конституисања посебно је значајно у случају законске хипотеке.³⁰ Наиме, законско заложно право према општој дефиницији настаје када наступе чињенице предвиђене законом, без потребе да постоји посебан *modus acquirendi*.³¹ Поред тога, за ову врсту залога није потребна сагласност хипотекарног дужника, њено постојање није публикувано у јавним евиденцијама, а има право првенства пред уговорним и судским заложним правима без обзира на то да ли су она раније настала. Међутим, овако постављена законска хипотека може да угрози цјелокупни систем обезбјеђења потраживања, дерогира примјену појединих начела земљишно-књижног права и дестабилизује јавну евиденцију непокретности у цјелини. Савјесни стицалац непокретности на којој постоји законска хипотека која није уписана у јавну евиденцију непокретности не може сазнати оно најважније, а то је да ли уопште постоји законска хипотека у корист неког привилегованог повјериоца. Законска хипотека је фактор ризика и за друге повјериоце.³² Држава као хипотекарни повјерилац на законској хипотеци у судском извршном поступку приликом намирења има апсолутну предност у односу на остале хипотекарне повјериоце.³³

Хипотека се најчешће користи као средство обезбјеђења кредита,³⁴ али се у улози хипотекарних повјерилаца могу наћи и тзв. преференцијални повјериоци, а то су потраживања пореских органа, пензионих фондова и друга јавна потраживања. Исто тако, један од разлога због којих је потребно постојање ефикасне евиденције непокретности јесте и наплата пореза и других јавних дажбина (фискални разлози). Дакле, законска хипотеке је механизам којим се осигурава јавни интерес за фискална и парафискална давања.³⁵ Ради се о праву државе којим себи резервише привилеговано заложно право највишег ранга.³⁶ Међутим, поставља се питање да ли разлози јавног карактера код закон-

³⁰ Детаљније: Јотановић, Р., *Legal mortgage modus acquirendi*, стр. 75–93.

³¹ Станковић, О. и Орлић М., *op. cit.* 237; Хибер, Д. и Живковић, М., *Обезбјеђење и учвршћење потраживања – Књига прва*, Београд, 2015. година, стр. 55.

³² Повлакић, М., *Неки актуелни проблеми залагања некретнина у ентитетима БиХ*, стр. 226.

³³ Чл. 172 Закона о извршном поступку СФРЈ из 1978. године.

³⁴ Васиљевић, З., *Права и обавезе из уговора о кредиту*, Бања Лука, 2015. година, стр. 28.

³⁵ Законска хипотека на имовини пореског обвезника је најчешћа категорија законског заложног права али законодавац може регулисати било коју категорију законског заложног права за неко потраживање.

³⁶ Хибер, Д. и Живковић, М., *op. cit.*, стр. 56.

ске хипотеке имају приоритет у односу на друге хипотекарне повјериоце који су ово своје право стекли уписом хипотеке у јавну евиденцију непокретности?

Евидентно је да фаворизовање државе у односу на друге („приватноправне“) хипотекарне повјериоце може изазивати несигурност у правном промету непокретности и представљати узрок отежаног развоја и функционисања привредних односа. Уважавајући ове чињенице, законодавац у Републици Српској је одредбом чл. 156 ЗСП регулисао да ће се законско заложно право основати према одредбама предвиђеним посебним законима, а да ће се ово право на непокретностима уписати у јавну евиденцију на захтјев заложног повјериоца. На основу тога, Законом о пореском поступку Републике Српске³⁷ регулисана је законска хипотека којом се обезбјеђује потраживање у корист Пореске управе на непокретностима пореског обвезника у случају да овај не плати пореску обавезу.³⁸ Истовремено је регулисано да се законска хипотека заснива даном уписа у регистар непокретности, а брише након измирења исплаћених пореских обавеза.³⁹ Оваквим регулисањем настанка законске хипотеке у корист фискаса досљедно је примијењено начело уписа, иако је то у супротности са природом овог права.⁴⁰

Упис у земљишну књигу добија апсолутно дејство и у одредбама Закона о порезној управи Федерације БиХ (у даљем тексту ЗПУФБиХ):⁴¹ „Законска хипотека настаје уписом у земљишну књигу, а престаје њеним брисањем...“⁴². Тиме је ЗПУФБиХ усклађен са Законом о земљишним књигама⁴³ који у чл. 5 регулише да сва права на непокретностима (осим у случају наслеђивања) настају тек уписом у земљишну књигу. Прије тога у праву Федерације БиХ законска хипотека је била регулисана на начин да ако порески обвезник не плати пореску обавезу онда износ пореске обавезе постаје предмет законског заложног права у корист Пореске управе,⁴⁴ ⁴⁵ односно законска хипотека је настајала од дана разреза поре-

³⁷ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 102/11, 108/11 и 67/13.

³⁸ Чл. 53, ст. 1 ЗППРС.

³⁹ Чл. 53, ст. 2 ЗППРС.

⁴⁰ Бабић, И. и др., *Коментар закона о стварним правима Републике Српске*, Сарајево, 2011. година, стр. 483.

⁴¹ „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 33/02, 28/04, 57/09, 40/10, 27/12, 7/13, 71/14 и 91/15.

⁴² Чл. 50, ст. 6 ЗПУФБиХ, регулисан након измјена и допуна из 2012. године.

⁴³ „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 19/03 и 54/04.

⁴⁴ Чл. 50, ст. 1 ЗПУФБиХ.

⁴⁵ Формулација према којој „износ пореске обавезе постаје предмет заложног права“ је непрецизна јер одступа од садржине предмета заложног права регулисане у чл. 139 Закона о

ске обавезе и трајала до њеног измирења.⁴⁶ Оваквим регулисањем законска хипотека у Федерацији БиХ је била „невидљива“ јер је настајала и престајала ванкњижно, а Пореска управа као повјерилац је могла, а није морала да је упише у земљишне књиге, зато што упис није имао конститутивно дејство. Ванкњижна законска хипотека у корист Пореске управе доводила је у питање правни значај уговорних хипотека чији су се повјериоци поуздали у земљишну књигу да не постоји уписана, односно раније настала хипотека.⁴⁷

3.2. Конститутивност натхипотеке и хипотеке у случају преноса путем цесије

Конститутивно дејство хипотеке остварује се уписом у регистар непокретности, тј. начело уписа је најдоследније спроведено код хипотеке. Међутим, у судској пракси се као спорно појавило и питање да ли ово правило важи и у случају преноса (уступања) хипотекарног потраживања путем уговора о цесији?⁴⁸ Наиме, у случају да дође до цесије, законским одредбама (чл. 436 ЗОО и чл. 156 ЗСП) регулисано је да са главним потраживањем на новог повјериоца прелазе и сва споредна права, укључујући и хипотеку. То је сасвим у складу са правним дејством хипотеке као акцесорног права *ipso iure*, јер хипотека служи обезбјеђењу потраживања као главног права и не може се (у правилу) одвојити од потраживања које обезбјеђује и имати самосталан „правни живот“.

Међутим, овдје треба уочити разлику између два правна института: цесије и натхипотеке, јер у зависности од тога да ли се хипотека преноси, односно залаже, зависи и њено правно дејство у смислу конститутивног или декларативног дејства уписа у катастар непокретности. Натхипотека представља „хипотеку на хипотеци“, дакле ради се о новој хипотеци, новог повјериоца, која постоји паралелно са старом хипотеком, старог повјериоца, па ју је као такву, а у складу са конститутивним дејством уписа, потребно и уписати у „В“ – теретни лист, поред постојеће хипотеке коју оптерећује. Дакле, упис натхипотеке је конститутивним правима Федерације БиХ, „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 66/13 и 100/13 и успоставља генералну законску хипотеку на имовини пореског обвезника.

⁴⁶ Чл. 50, ст. 2 ЗПУФБиХ.

⁴⁷ Хамидовић, Р., „Законска хипотека у свјетлу актуелних нормативних рјешења материјалног порезног права Федерације Босне и Херцеговине“, *Правна мисао*, бр. 5-6/2016, стр. 74.

⁴⁸ Види: Пресуда Окружног привредног суда у Бањој Луци, бр.: 57 0 Ps 090309 15 Ps 2 и Пресуда Окружног суда у Бањој Луци, бр.: 71 0 I223114 15 Gž, из архиве суда.

тутивног карактера и врши се на основу посебне табуларне исправе.

Међутим, у случају преноса хипотеке путем цесије имамо другачије правно дејство јер се паралелно не оснива нова хипотека поред већ постојеће старе хипотеке, него се постојећа хипотека преноси на новог повјериоца. Нови хипотекарни повјерилац ступа на мјесто раније уписаног хипотекарног повјериоца чији је основ уговор о уступању потраживања, а који представља ваљан правни основ за промјену уписа хипотекарног повјериоца, те тај упис има декларативан карактер јер се њиме само констатује промјена заложног повјериоца, а не конституише ново право. Дакле, хипотека која се преноси заједно са уступањем потраживања настаје без посебног правног основа (довољан је уговор о цесији) и без посебног начина стицања.

4. Правни значај уписа стварних права

Упис стварних права у катастар непокретности има конститутивно дејство само у случају када је правни основ њиховог стицања правни посао, док у осталим случајевима упис има декларативно дејство. Овако ограничење конститутивног дејства уписа је оправдано критиковано јер се тиме не доприноси остварењу прокламованог циља катастра непокретности – усклађивање ванкњижног (фактичког) и књижног (правног) стања непокретности и права на непокретности.⁴⁹ Једино би проширење конститутивног дејства уписа на све правне основе стицања права на непокретностима отклонила могућност ванкњижне егзистенције права својине и других стварних права. Све до тада „...*може се говорити о тачности онога што је уписано, али не и о томе да су сва постојећа права на некој непокретности уписана, односно... да земљишна књига у потпуности одсликава стварно правно стање на односној непокретности*“.⁵⁰

Међутим, ванкњижни титулар права, иако нема обавезу уписа (може, а не мора да захтијева упис упркос начелу обавезности уписа), ипак ће и те како бити заинтересован за њихов упис како би остварио

⁴⁹ Мутапчић, Х. и Бркић, А., „Однос нормативног и стварног стања уписа права на некретностима у земљишну књигу у Босни и Херцеговини, с освртом на упоредно законодавство“, Зборник радова – Међународна научна конференција „Јавни и приватни аспекти нужних правних реформи у БиХ: Колико далеко можемо ићи?“, Тузла, 2014. године, стр. 156; Јотановић, Р., *Начело уписа у катастар непокретности у праву Републике Српске*, стр. 223.

⁵⁰ Вукотић, Ј., *Стицање земљишнокњижних права уписом у јавне регистре*, докторска дисертација, Београд, 2012. године, стр. 118.

права која из тога проистичу. Прије свега, без уписа титулар не може своје ванкњижно стечено право успјешно супротставити праву трећих савјесних лица ако није прије њих поднио захтјев за упис (чл. 52, ст. 2 ЗСП). У том смислу, упис његовог стварног права „...врши функцију декларисања постојеће стварноправне ситуације“⁵¹. Све док се уписом не ускладе ванкњижно и књижно стање, важи начело поуздања у корист савјесног стицаоца, што може довести и до престанка неуписаних ванкњижно стечених права.⁵²

Упис није само претпоставка стицања стварних права на непокретностима, већ и претпоставка њиховог преноса (располагања). Један од општих услова потребних за упис у катастар непокретности је уписани претходник (чл. 100, ст. 1, т. б) ЗПКРС), тј. упис је дозвољен само против лица које је у тренутку подношења захтјева за упис већ уписано у катастру непокретности као ималац права у погледу којег се упис захтијева (чл. 102, ст. 1 ЗПКРС).⁵³ У складу са овим законским одредбама, ванкњижни титулар својим правом може располагати само ванкњижно, а не и вршити земљишнокњижни пренос права.

Апсолутно дејство хипотеке које се постиже уписом има своје преогативе. Хипотекарни повјерилац који је уписао хипотеку има право слијеђења које му омогућује намирење из вриједности непокретности без обзира на евентуалну промјену власника непокретности.⁵⁴ Право првенства хипотекарног повјериоца одређује се према временском редослиједу подношења захтјева за упис,⁵⁵ а долази до изражаја у фази намирења. То значи да се према принципу *Prior tempore potior iure* у извршном или стечајном поступку намирује потраживање обезбијеђено хипотеком без обзира на то о којој врсти хипотеке (према правном осно-

⁵¹ Цветић, Р., *Савремена евиденција непокретности*, Нови Сад, 2009. године, стр. 114 и „Домашај начела уписа и начела поуздања у катастар непокретности у нашој судској пракси“, Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду, бр. 3/2015, стр. 1023.

⁵² Јосиповић, Т., *Изванкњижно стјецање и престанак стварних права на некретностима – усклађивање земљишнокњижног стања*, стр. 7.

⁵³ Изузетно, упис се може дозволити и против лица које није уписано као ималац права у погледу којег се упис захтијева, а то ће бити у случају вишеструког ванкњижног преноса стварних права када се мора доказати правни континуитет између лица против којег се тражи упис и уписаног претходника (чл. 102, ст. 2 ЗПКРС).

⁵⁴ У том смислу, беспотребна је забиљежба забране отуђења и оптерећења коју захтијевају хипотекарни повјериоци приликом уписа хипотеке, види: Повлакић, М., *Неки актуелни проблеми залагања некретнина у ентитетима БиХ*, 227–231 и „Стварноправно осигурање кредита у БиХ“, у Јосиповић, Татјана (редактор): *Стварноправна уређења транзицијских земаља – стање и перспективе*, Загреб, 2009, стр. 238.

⁵⁵ Чл. 58, ст. 1 ЗПКРС.

у настанка) се ради, тако да нпр. законска хипотека нема приоритет у односу на уговорну хипотеку уколико је ова друга уписана раније.

Уписом (интабулација) у катастар непокретности, сматра се и упис брисања (екстабулација) у случају престанка права својине и других стварних права. Упис брисања

производи конститутивно дејство, тј. долази до потпуног и коначног престанка уписаних права. У чл. 149, ст. 3 ЗСП регулисано је да је упис начин промјене и престанка заложног права на непокретностима до којих долази на основу правних послова. У ствари, заложно право престаје тек брисањем из катастра непокретности без обзира на правни основ брисања (чл. 180 ЗСП).⁵⁶ И сва друга стварна права престају уписом брисања и кад правни основ њиховог престанка није правни посао (одрицање, истек рока или испуњење раскидног услова, неизвршавање, укидање на основу судске одлуке, растерећење на основу закона или одлуке државног органа итд.).⁵⁷

Упис права својине и других стварних права у катастар непокретности има још једну функцију – (лакше) доказивање постојања стварних права. Обезбјеђење поузданог доказа о својини, односно другим правима на непокретностима је, између осталог, сврха евиденције непокретности.⁵⁸ Постојање књижног права доказује се искључиво исправом (лист непокретности или потврда) да је одређена непокретност или право уписано у катастар непокретности (чл. 55 и 70 ЗПКРС).⁵⁹ Лице у чију корист је уписано право на непокретностима не мора ни на који други начин, осим доказивањем да је у евиденцији непокретности уписан као носилац права, доказивати да је носилац тог права.⁶⁰

5. Закључак

Катастар непокретности треба да буде ажурна, функционална, ефикасна и поуздана евиденција о непокретностима како би се омогућио њихов сигуран правни промет. У том смислу посебан значај имају начело

⁵⁶ Једино пропаст непокретности *ipso iure* доводи до престанка хипотеке и без брисања, в. Бабић, И. и др., *op. cit.*, стр. 520.

⁵⁷ В. чл. 255, ст. 5; 256, ст. 3; 257, ст. 5; 258, ст. 5; 261, ст. 4; 284, ст. 1; 298, ст. 1 ЗСП

⁵⁸ Цветић, Раденка, *Домашај начела уписа и начела поуздања у катастар непокретности у нашој судској пракси*, стр. 1019.

⁵⁹ Исто и Јосиповић, Т., *Земљишнокњижно право*, стр. 125.

⁶⁰ *Ibidem*, стр. 51.

уписа и начело поуздања (повјерења) како би се ускладило ванкњижно, ванрегистарско (фактичко) и књижно, регистарско (правно) стање непокретности. Упис доприноси усклађивању само у случају ако има конститутивно правно дејство. То подразумијева да се право својине и друга стварна права стичу тек уписом, што није увијек случај јер у одређеним правним ситуацијама упис има само декларативно дејство. Само кад је правни основ њиховог стицања правни посао, упис има апсолутно (конститутивно) дејство, док стицање по неком другом правном основу доводи до ограниченог дејства уписа, тј. до његовог декларативног дејства.

Хипотека је у том смислу изузетак, јер упис овдје има апсолутно дејство без обзира на правни основ њеног настанка. Ванкњижна хипотека доводи до несигурности правног промета непокретности јер се, за разлику од других стварних права код којих се публицитет манифестује кроз државину ствари, публикавање хипотеке може остварити само уписом у катастар непокретности. Конститутивно дејство уписа хипотеке посебно је значајно у случају законске хипотеке јер преференцијални хипотекарни повјерилац (најчешће држава) самим тим нема предност у односу на друге хипотекарне повјериоце, те се ранг хипотека успоставља по принципу *Prior tempore potior iure* без обзира на правни основ настанка хипотеке.

Правно дејство хипотеке разликује се у случају натхипотеке и уступања путем уговора о цесији. Натхипотека је „хипотека на хипотеци“ и у погледу њеног конституисања важи све оно што и за хипотеку. Међутим, у случају уступања хипотекарног потраживања путем уговора о цесији долази до преноса и хипотеке као споредног права, при чему се не оснива нова хипотека поред већ постојеће старе хипотеке, него се постојећа хипотека преноси на новог повјериоца без посебног правног основа и без посебног начина стицања.

Уписом се остварују различити прерогативи – успјешно супротстављање ванкњижно стеченог права трећим савјесним лицима је могуће само ако је извршен упис стварних права; књижно располагање је могуће само ако је стварно право уписано; право првенства хипотекарног повјериоца одређује се према временском редослиједу подношења захтјева за упис; уписом брисања (екстабулација) остварује се конститутивно дејство без обзира на правни основ настанка права; уписано право се успјешно доказује изводом из катастра непокретности (лист непокретности).

Литература

Бабић, И. и др., *Коментар закона о стварним правима Републике Српске*, Сарајево, 2011.

Васиљевић, З., *Права и обавезе из уговора о кредиту*, Бања Лука, 2015.

Вукотић, Ј., *СТИЦАЊЕ ЗЕМЉИШНОКЊИЖНИХ ПРАВА УПИСОМ У ЈАВНЕ РЕГИСТРЕ*, докторска дисертација, Београд, 2012.

Гавела, Н. и др., *Стварно право*, Информатор, Загреб, 1998.

Јосиповић, Т., *Земљишнокњижно право*, Информатор, Загреб, 2001.

Јосиповић, Т., „Изванкњижно стјецање и престанак стварних права на некретнинама – усклађивање земљишнокњижног стања“ у: Брежански, Ј. и др.: *Некретнине као објекти имовинских права – актуалности у стјецању и располагању правима на некретнинама*, Народне новине, Загреб, 2005.

Јотановић Р. и Чубриловић, Б., „Хипотека на праву грађења“, Зборник радова „Универзално и особено у праву“, Том II, 2018.

Јотановић, Р., „Legal mortgage *modus acquirendi*“, *Yearbook Faculty of law University of Banja Luka*, бр. 40/2018.

Јотановић, Р., „Начело повјерења у катастар непокретности у праву Републике Српске“, *Правна ријеч*, бр. 40/2014.

Јотановић, Р., „Начело уписа у катастар непокретности у праву Републике Српске“, *Правна ријеч*, бр. 47/2016.

Јотановић, Р., „Правни оквир електронизације нотарских канцеларија и услуга у Републици Српској“, *Правна ријеч*, бр. 36/2013.

Кошутић, М., *Грунтовно право*, Тисак Кр. Земаљске тискаре, Загреб, 1910.

Мутапчић, Х. и Бркић, А., „Однос нормативног и стварног стања уписа права на некретнинама у земљишну књигу у Босни и Херцеговине, с освртом на упоредно законодавство“, Зборник радова – Међународна научна конференција „Јавни и приватни аспекти нужних правних реформи у БиХ: Колико далеко можемо ићи?“, Тузла, 2014.

Планојевић, Н., „Начела катастра непокретности у Србији и Републици Српској“, *Правна ријеч*, бр. 32/2012.

Повлакић, М., „Начело уписа и стјецање права власништва на некретнинама према новом земљишнокњижном и стварном праву у БиХ“, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*, LIII (2010).

Повлакић, М., „Неки актуелни проблеми залагања некретнина у ентитетима БиХ“, *Правна ријеч*, 8/06.

Повлакић, М., „Стварноправно осигурање кредита у БиХ“, у Јосиповић, Татјана (редактор): *Стварноправна уређења транзицијских земаља – стање и перспективе*, Загреб, 2009, Закон о електронском пословању Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 59/09 и 33/16.

Симонети, П., „Стјецање права власништва на некретнини на темељу правног посла“ у: *Расправе из стварног права*, Правни факултет Свеучилишта у Риједи, Ријека, 2001.

Станковић, О. и Орлић, М., *Стварно право*, девето издање, Номос, Београд, 1996.

Хамидовић, Р., „Законска хипотека у свјетлу актуелних нормативних рјешења материјалног порезног права Федерације Босне и Херцеговине“, *Правна мисао*, бр. 5-6/2016.

Хибер, Д. и Живковић, М., *Обезбеђење и учвршћење потраживања – Књига прва*, Београд, 2015.

Цветић, Р., „Домашај начела уписа и начела поуздања у катастар непокретности у нашој судској пракси“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду*, бр. 3/2015.

Цветић, Р., *Савремена евиденција непокретности*, Нови Сад, 2009.

Цветић, Р., *Савремена евиденција непокретности*, Нови Сад, 2016.

Закон о електронском документу Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 106/15.

Закон о електронском потпису Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 106/15.

Закон о земљишним књигама, „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 19/03 и 54/04.

Закон о земљишним књигама, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 67/03, 46/04, 109/05 и 119/08.

Закон о одржавању премера и катастра земљишта, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 19/96 и 15/10.

Закон о пореском поступку Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 102/11, 108/11 и 67/13.

Закон о премјеру и катастру непокретности, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 34/06, 110/08 и 15/10.

Закон о премјеру и катастру Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 6/12, 110/16, 22/18 – одлука УС и 62/18.

Закон о стварним правима Федерације БиХ, „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 66/13 и 100/13.

Закон о стварним правима, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 124/08, 3/09 – испр., 58/09, 95/11, 60/15 и 18/16 - одлука УС.

Закона о нотарима, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 86/04, 2/05, 74/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11, 20/14 и 68/17.

Закона о порезној управи Федерације БиХ, „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 33/02, 28/04, 57/09, 40/10, 27/12, 7/13, 71/14 и 91/15.

Правилник о вођењу књиге уложених уговора о откупу стамбених зграда и станова, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 45/01 и 6/02.

Правилник о успостављању и вођењу књиге уложених уговора о продаји пословних зграда, пословних просторија и гаража, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 60/05.

Пресуда Окружног привредног суда у Бањој Луци, бр.: 57 0 Ps 090309 15 Ps 2.

Пресуда Окружног суда у Бањој Луци, бр.: 71 0 I223114 15 Gž.

CONSTITUTIONAL VERSUS DECLARATIVE EFFECT OF ENROLLMENT IN THE UNIFORM RECORD (CADASTRE) OF REALITY

Radenko Jotanović*
Bosiljka Čubrilović**

Summary

In the Republic of Srpska, a reform of the real and land registry law was carried out, which, among other things, was aimed at establishing an up-to-date, functional, efficient and reliable record of immovable property and rights to those immovables. In order to achieve this goal, the particular effect is the legal effect of the principle of enrollment and with him regarding the principle of trust in the unique record (cadastre) of real estate. Enrollment may have a different legal effect - constitutive or declarative, depending on the legal basis of the acquisition of the real right, as well as on the type of real right. The enrollment is of a constitutive character when the legal basis of acquisition is legal work, while in other cases it is a declarative character. Mortgage is a literary law par excellence which means that the constitutive effect here is accomplished exclusively by enrollment. In this context, the legal effect of a statutory mortgage and a super mortgage should be considered in relation to the transfer of a mortgage in the event of a transfer by a cession contract. The constitutive effect of enrollment has its advantages in relation to its declarative character.

Key words: *entire record (cadastre) of immovable property, constitutive effect, declarative effect, principle of enrollment, principle of trust (trust), mortgage.*

* LL.D, associate professor at the Faculty of Law, University of Banja Luka

** LL. B, assistant at the Faculty of Law, University of Banja Luka

УДК 347.447.52/.54:347.426

doi 10.7251/PR5518233S

Прегледни научни чланак

PREDUGOVORNA ODGOVORNOST ZA ŠTETU (*CULPA IN CONTRAHENDO*)

Prof. dr Slobodan Stanišić*

***Apstrakt:** U radu se izlažu opšte napomene o pregovorima kao procesu u kojem se formira volja budućih ugovarača, pojam, razvoj, pretpostavke i vrste predugovorne odgovornosti za štetu koja nastaje kao posljedica odsustva namjere za zaključenja ugovora, nedostatka osnovanih razloga za prekid pregovora, te povrede opštih načela obligacionog prava u fazi pregovaranja. Cilj rada je da ukaže na značaj predugovorne odgovornosti u našem obligacionom pravu i potrebu detaljnijeg uređenja ove vrste građanske odgovornosti za štetu.*

***Ključne riječi:** pregovori, savjesnost i poštenje, predugovorna odgovornost, šteta.*

1. Opšta razmatranja o pregovorima

Pregovori su voljne aktivnosti budućih kontrahenata koje oni preduzimaju u cilju saznanja i usaglašavanja međusobnih stavova o svim relevantnim okolnostima budućeg ugovora kao što su kvalitet i kvantitet predmeta ugovora, parametri za određivanje cijene, mjesto, vrijeme i način isporuke predmeta ugovora, solventnost ugovarača, način i rokovi plaćanja i slično.¹ Riječ je o nizu radnji i izjava budućih ugovornih strana koje se preduzimaju radi razjašnjenja okolnosti od kojih zavisi njihov pristanak na zasnivanje ugovornog pravnog posla. Budući ugovornici, dakle, pregovaraju

* Panevropski univerzitet „Apeiron“ Fakultet pravnih nauka ul. Pere Krece br.13, Banja Luka, e-mail:advokat@blic.net

Vidi S. Perović, *Obligaciono pravo...*, str. 264; Uporedi: M. Orlić, *Zaključenje ugovora*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1993, str. 13.

kako bi saznali kakva prava i obaveze će zasnovati ako zaključe ugovor. Pregovori se, dakle, vode da bi se zaključio ugovor. I iz samog zakonskog teksta kojima se uređuju pregovori proističe pretpostavka da buduće ugovorne strane vode pregovore u namjeri zaključenja ugovora, dakle da se postojanje *animus contrahendi* u toj predugovornoj fazi – pretpostavlja.²

Pregovori shvaćeni kao aktivnosti budućih ugovornika koje se preduzimaju u vremenu koje prethodi zaključenju ugovora, kao i poslije zaključenja ugovora u cilju njegove izmjene ili gašenja, nužno uspostavljaju izvjesni odnos između pregovarača.

Ovaj odnos pregovarača determinisan je ciljem koji oni žele da postignu vođenjem pregovora, ali i zahtjevima javnog poretka koji nalažu da se pregovarači u tom odnosu ne mogu ponašati kako hoće, bez uvažavanja interesa drugog pregovarača i uzdržavanja da se takvim postupcima čini šteta drugoj strani³, nego da se moraju pridržavati *načela savjesnosti i poštenja*.⁴

2. Pravna priroda pregovora

Upravo navedeni razlozi ukazuju na to da odnos koji se uspostavlja između pregovarača, bez obzira na to kada se pregovorili vodili, nije neki metapравни društveni odnos koji ne uživa pravnu zaštitu, već predstavlja **pravni odnos sui generis**⁵ zaštićen pravom, koji stvara specifične obaveze za pregovarače koje se odnose na njihovo držanje odnosno postupanje za vrijeme pregovora.

Pravni odnos koji se uspostavlja između pregovarača rezultat je njihove slobodne volje da međusobno saznaju i usaglase stavove o svim relevantnim okolnostima budućeg ugovora. U tom smislu, pregovori nisu ništa drugo do sporazum pregovarača da raspravljaju o svim okolnostima budućeg ugovora koji imaju namjeru da zaključe. Drugim riječima, pregovori predstavljaju poseban ugovor koji nastaje saglasnošću volja pregovarača (*ugovor o pregovorima*) kojim se oni obavezuju da pregovaraju u cilju zaključenja određenog ugovora.⁶ Ponašanje samo jedne od strana, samo

² „Ali, strana koja je vodila pregovore bez namjere da zaključi ugovor odgovara za štetu nastalu vođenjem pregovora“ (čl. 30 st. 2 ZOO).

³ Vidi čl. 16 ZOO.

⁴ Vidi čl. 12 ZOO.

⁵ Lat. *sui generis* – svojevrsan, poseban.

⁶ Z. Stefanović, „Culpa in contrahendo – Metodološki ogled“, *Pravni zapisi*, Pravni fakultet Union, Beograd, God. I, 2 (2010) str. 318.

jednog pregovarača, kojim on izražava namjeru da pregovara sa drugom stranom o eventualnom zaključenju nekog ugovora ispoljeno putem usmenih ili pismenih izjava ili konkludentnih radnji upućenih drugoj strani, samo za sebe ne zasniva ugovor o pregovorima, jer je za njegov nastanak potrebna saglasnost druge strane kojoj je takav prijedlog za zaključenje ugovora o pregovorima upućen. Tek ako se druga strana pozitivno izjasni i saglasi sa prijedlogom za vođenje pregovora o eventualnom zaključenju nekog ugovora, možemo reći da je nastao *ugovor o pregovorima*, a sa njime prava i obaveze koje na osnovu njega za pregovarače nastaju. Ovaj ugovor o pregovorima moramo strogo razlikovati od ugovora u cilju čijeg zaključenja se pregovori vode.

Predmet ugovora o pregovorima predstavljaju određene obaveze pregovarača, i to: *obaveza informisanja* i *obaveza sprečavanja stvaranja rizika prouzrokovanja štete*.⁷

Obaveza informisanja podrazumijeva obavezu pregovarača da odgovori na izjavu volje shvaćenu kao prijedlog koji mu je uputio drugi pregovarač. Odgovor pregovarača na izjavljenu volju drugog pregovarača može biti pozitivan ili negativan, u smislu prihvatanja ili odbijanja prijedloga drugog pregovarača, ali i u obliku stavljanja kontraprijedloga. S obzirom na to da se izjave kontrahenata čine u cilju saznanja i usaglašavanja međusobnih stavova o okolnostima budućeg ugovora, ne može se postaviti pravilo ko od pregovarača treba prvi da dâ izjavu odnosno stavi prijedlog drugoj strani, ali onoga trenutka kada to jedan od njih učini, drugi pregovarač se o njoj mora izjasniti bilo pozitivno ili negativno. Izjašnjenje drugog pregovarača mora imati sve atribute slobodne i ozbiljne volje o predmetu ugovora koji pregovarači namjeravaju zaključiti.

Obaveza sprečavanja rizika prouzrokovanja štete podrazumijeva preduzimanje radnji u cilju izbjegavanja nastanka štete ili suzdržavanje od radnji kojima se drugi pregovarač izlaže opasnosti nastanka štete.

3. Predugovorna odgovornost za štetu

Propuštanje pregovarača da ispune navedene obaveze u toku pregovora povlači odgovornost za pregovore ili, tačnije rečeno, odgovornost za neizvršavanje obaveza koje proističu iz ugovora o pregovorima kao specifičnu vrstu građanske odgovornosti za štetu (predugovorna odgovornost, *culpa in*

⁷ Z. Stefanović, op. cit. str., 319.

contrahendo) koja se u našem obligacionom pravu sankcioniše nametanjem odgovornom licu obaveze naknade štete.

Mada zakon propisuje da pregovori ne obavezuju pregovarače i da ih svaka strana može prekinuti kad hoće⁸, to ne znači da pregovarači mogu voditi pregovore neozbiljno i da zbog takvog vođenja pregovora neće snositi nikakve posljedice.

Naime, niti jednom od pregovarača nije dozvoljeno da započinjanjem i vođenjem pregovora o zaključenju budućeg ugovora kod drugoga izaziva lažnu nadu da će zaključiti ugovor koji u stvari nikada nije ni imao namjeru da zaključi.

Njima je, dakle, zabranjeno da jedan drugoga dovode u zabludu u pogledu ozbiljnosti namjere da zaključe ugovor o čijem zaključenju pregovaraju, odnosno da vode pregovore prividno.⁹

Takvo postupanje pregovarača suprotno je načelu savjesnosti i poštenja i mora biti sankcionisano utoliko što će savjesnom oštećenom pregovaraču biti pružena pravna zaštita.

Strana koja je vodila pregovore bez namjere da zaključi ugovor (prividno vođenje pregovora) ili ih je vodila u namjeri da zaključi ugovor, pa je od te namjere, bez osnovanog razloga, odustala, odgovaraće za štetu koju druga strana zbog toga pretrpi.¹⁰ Ova vrsta građanske odgovornosti za štetu pregovarača naziva se predugovorna odgovornost (pregovorna odgovornost, *culpa in contrahendo*).

⁸ „Pregovori što prethode sklapanju ugovora ne obavezuju stranke (čl. 30 st. 1 ZOO)“ – Viši privredni sud Hrvatske, Pž-282/78 od 11. 7. 1978 godine, Sudska praksa br. 9/1981, str. 40; „Pregovori stranaka ne obavezuju ako nije zaključen ugovor (čl. 30 st. 1 ZOO)“ - Vrhovni sud BiH br. Rev-261/79 od 9. 7.1979, Informator br. 2672/1979, str. 5.

⁹ Više o tome vidi kod: J. Radišić, *Predugovorna odgovornost (Culpa in contrahendo)*, Uporednopravna studija, Institut društvenih nauka, Centar za pravna i politikološka istraživanja, Beograd, 1991, str. 73–76.

¹⁰ Vidi čl. 30 st. 2 i 3 ZOO: „Pregovarač koji vodi pregovore bez namjere da sklopi ugovor, kao i onaj koji vodi pregovore tako da jasno ispoljava namjeru da zaključi ugovor, pa od te namjere odustane bez opravdanog razloga, dužan je da nadoknadi štetu drugom pregovaraču koji je postupajući korektno u tim pregovorima pretrpio štetu“. Odluka Saveznog suda br. Gzs-51/77 od 11. 7. 1977. godine; „I strana koja je vodila samo pregovore u namjeri da zaključi ugovor (u ovom slučaj ugovor o izradi projekta za izgradnju poslovnog prostora odgovora drugoj strani za štetu koju je ova pretrpjela zbog neopravdanog odustanka od zaključenja ugovora (čl. 30 st. 2 i 3 ZOO).“ – Odluka Vrhovnog suda BiH br. Rev-82/80 od 20. 3. 1980. godine, Zbirka sudskih odluka, 1980, knjiga 5, sv. 2, str. 135; Vidi i odluku Vrhovnog suda Hrvatske br. Rev-928/88 od 20. 12. 1988, Pregled sudske prakse br. 43/1989, odluka br. 67; odluke Vrhovnog suda Srbije br. Rev-1888/90 od 25. 9. 1990. godine, br. Rev-4115/97 od 25. 11. 1997. i br. Rev. 1700/99 od 1. 12. 1999. godine – navedeno prema H. Hajdarević, H. Tajić, V. Simović, *Zakon o obligacionim odnosima – tri decenije sudske prakse*, Knjiga I, Privredna štampa, Sarajevo, 2011, str. 36, sent. br. 3 i br. 7 i str. 37–38, sent. br. 15, 19, str. 39, sentence br. 25 i 26.

Predugovorna odgovornost podrazumijeva odgovornost pregovarača za štetu koja je nastala nekome od njih prilikom vođenja pregovora. Ona može nastupiti kako iz razloga što su pregovarači vodili pregovore, iako uopšte nisu imali namjeru da zaključe ugovor, ili su imali takvu namjeru, ali su od iste odustali i pregovore prekinuli bez osnovanog razloga, tako i zbog povrede opštih načela obligacionog i ugovornog prava u fazi pregovaranja, a naročito načela savjesnosti i poštenja kroz neizvršavanje predugovorne obaveze zaštite (obaveze lojalnosti i diskrecije).¹¹ Pravni osnov odgovornosti krivica je jednog od pregovarača.

3.1. Nastanak i istorijski razvoj *culpa in contrahendo*

Odgovornost za štetu zbog nesavjesnog vođenja pregovora u *rimskom pravu* nije bila izričito predviđena, ali se neki njeni rudimentarni oblici mogu prepoznati u ovlašćenju kupca da podnese tužbu protiv prodavca zbog što mu je ovaj, u toku pregovora, prečutao materijalne ili pravne nedostatke stvari (*actio empti*). Postupanje prodavca (ćutanje i neobavješćavanje kupca o nedostacima predmeta prodaje) imalo je obilježja delikta i moglo je biti namjerno (*dolus*) ili nehatno (*culpa*). Odgovornost prodavca za prečutkivanje o nedostacima predmeta prodaje u toku pregovora tretirana je kao deliktna (vanugovorna) odgovornost.

U *novije vrijeme*, shvatanje o predugovornoj odgovornosti za štetu pojavljuje se u njemačkoj pravnoj nauci. Doktrinu o odgovornosti za štetu zbog prekida pregovora postavio je poznati njemački profesor Rudolf von Jering¹².

Prema Jeringu, predugovorna odgovornost ima ugovorno porijeklo i prirodu koju on vidi u *prečutnom sporazumu* pregovarača kojim se oni međusobno obavezuju da će odgovarati „za svaku krivicu učinjenu povodom predloga ugovora (kad se radi o pregovorima), kao i da osigura da ugovor o čijem se zaključenju radi pruža sve uslove za traženu punovažnost (kad

¹¹ „Ako je jedna strana pristupila ugovoru u dobroj vjeri da će on biti realiziran, pa je pouzdavajući se u to pretrpjela štetu koju inače ne bi pretrpjela, a predstavnici druge strane nisu postupali u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja pri zaključivanju ugovora, onda je druga strana odgovorna za štetu nastalu ponašanjem svojih predstavnika (čl. 30 ZOO).“ – Odluka Vrhovnog suda Jugoslavije Gz-1/69 od 10. 12. 1969. godine – navedeno prema H. Hajdarević, H. Tajić, V. Simović, *Zakon o obligacionim odnosima – tri decenije sudske prakse*, Knjiga I, Privredna štampa, Sarajevo, 2011, str. 36, sentenca br. 1.

¹² Caspar Rudolf Ritter von Jering (1818–1892), njemački pravnik, osnivač sociološke i istorijske škole prava i univerzitetski profesor, predstavio je svoja shvatanja o odgovornosti za pregovore u svom članku pod nazivom „*Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*“ objavljenom 1861. godine u časopisu *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* Bd. 4, S. 1–112.

se radi o ništavosti ugovora).¹³ Svaka strana u pomenutom prećutnom sporazumu se obavezala drugoj strani da će prilikom zaključenja ugovora pokazati tzv. ugovornu dilegenciju (*diligentia in contrahendo*), što znači da su se budući ugovornici obavezali da će se, jedan prema drugom, ponašati lojalno i korektno.¹⁴

U okviru proučavanja spornih pitanja o odgovornosti za štetu usljed poništenja ugovora zbog zablude, Jering je postavio pitanje da li strana koja je zbog vlastite nepažnje sebe dovela u bitnu zabludu i time prouzrokovala poništenje ugovora, treba da odgovara za štetu koju zbog takve skrivljene radnje trpi druga strana. S obzirom na to da je ugovor osporen zbog zablude jednog od ugovornika ili je poništen zbog nesporazuma, postavio je pitanje: ko će nadoknaditi nepotrebne troškove pripreme izvršenja ugovora (na primjer troškove utovara i transporta), s obzirom na to da, prema tadašnjem pruskom pravu, strana koja je imala izdatke za izvršenje ugovora nije imala pravo na naknadu štete ni po pravilima o ugovornoj niti vanugovornoj (deliktnoj odgovornosti) za štetu? Jering je s pravom kritikovao tadašnje zakonsko rješenje kao neodrživo i nepravično ukazujući na jednu ozbiljnu zakonsku prazninu koja je morala biti popunjena. Strana koja je vlastitom nepažnjom prilikom sklapanja ugovora prouzrokovala troškove drugoj strani, trebalo bi za to da odgovara, jer bi, po Jeringu, bilo nepravično da ona, kao nepažljiva, prođe bez posljedica, a da istovremeno „nevina strana postaje žrtva tuđe krivice.“¹⁵ S obzirom na to da je osnov odgovornosti vidio u krivici jedne od strana, odnosno odsustvu potrebne pažnje (*culpa*¹⁶), on je za ovu specifičnu vrstu građanske odgovornosti za štetu upotrijebio sintagmu *culpa in contrahendo*.

Inače, pitanje predugovorne odgovornosti Jering posmatra u cjelini uzimajući u obzir kako situaciju kada ugovor još nije zaključen tako i situaciju kada je ugovor zaključen, ali je kasnije poništen.

Svoju teoriji o predugovornoj odgovornosti i postavku o njenoj ugovornoj prirodi, Jering je u najkraćim crtama izrazio rečenicom: „Dužnost ugovorne dilegencije važi kako za ugovorne odnose koji su postali, tako i za one postajuće, pa kršenje te dužnosti, i ovdje, kao i tamo, rađa ugovornu tužbu za naknadu štete.“¹⁷

¹³ M. Draškić, *Zaključivanje ugovora o prodaji*, Beograd, 1986, str. 23.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ “Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen”, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Band. 4*, 1861. godine, str. 2.

¹⁶ Lat. *culpa* – greška, nepažnja, krivica.

¹⁷ Rudolf von Jering, “Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection

Ugovornu prirodu predugovorne odgovornosti Jering zasniva na postojanju prećutno zaključenog ugovora o vođenju pregovora na osnovu kojeg budući kontrahtenti moraju, prilikom vođenja pregovora, pokazati odgovarajuću ugovornu diligenciju (*diligentia in contrahendo*) shvaćenu u smislu obaveze da se u toku pregovora, u tzv. predugovornoj fazi, dakle dok ugovor još nije nastao, jedna prema drugoj ponašaju u skladu sa opštim načelima savjesnosti i poštenja i zabrane prouzrokovanja štete. Jeringova teorija *culpa in contrahendo* nije prošla bez kritike. Tako, poznati njemački pravnik Fridrih Momsen prigovara da je Jeringova teorija zasnovana na pogrešnoj interpretaciji rimskog prava prebacujući mu da „rimске правне изводе не тумачи према њиховој објективној садржини, него према жељи да из њих прочита оно што му је потребно“.¹⁸

Osnovni nedostatak Jeringove, kao i svih drugih teorija koje porijeklo predugovorne odgovornosti vide u ugovoru, jeste u tome „što vidi sporazum tamo gde ga nema“.¹⁹

3.2. Pravna priroda predugovorne odgovornosti za štetu

O pravnoj prirodi predugovorne odgovornosti za štetu postoji više različitih gledišta, koja se označavaju kao *deliktna*, *ugovorna* i *kvaziugovorna teorija*.

3.2.1. Deliktna teorija

Zagovornici tzv. *deliktne teorije*²⁰ smatraju da je predugovorna odgovornost *deliktne prirode* i da skrivljeno ponašanje u toku pregovora koje drugom pregovaraču prouzrokuje štetu predstavlja delikt ili ponašanje koje se može izjednačiti sa deliktom.²¹ Prema ovoj teoriji, odgovornost za štetu nastaje kao posljedica deliktne radnje i *odnosi se na slučajeve kada još ugovor nije zaključen ili je kasnije poništen*.²²

gelangten Verträgen”, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* Band. 4, 1861. godine, str. 52.

¹⁸ F. Momsen, *Die Haftung der Contrahenten bei der Abschlussung von Schuldverträgen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht II*, 1879. godine, str. 33 i dalje – navedeno prema J. Radišić, op. cit., str. 16, bilj. 36.

¹⁹ M. Draškić, op.cit., str. 24.

²⁰ M. Draškić, op.cit., str. 37.

²¹ P. Gottwald, „Die Haftung für culpa in contrahendo“, *Juristische Schulung*, br. 12/1982, str. 362.

²² J. Radišić, op. cit., str. 56–58.

Kao deliktno ponašanje prilikom pregovora smatra se svako nemarno, nečasno ili zlonamjerno postupanje jednog od pregovarača koje se manifestuje u odsustvu ozbiljne namjere za zaključenje ugovora ili neosnovanom odustajanju od namjere zaključivanja ugovora i povlačenju iz pregovora koji su u toku.

Radi se o postupcima pregovarača koji su u suprotnosti sa osnovnim načelima obligacionog prava, a pogotovu sa *načelom savjesnosti i poštenja (povjerenja)* i načelom *zabrane prouzrokovanja štete*. Obaveze pregovarača u toku pregovora ne svode se na određene prestacije prethodno utvrđene nekim pravnim poslom, već se odnose na određeno ponašanje koje je u duhu pomenutih opštih pravnih načela i koje se očekuje od pregovarača. Ako se pregovarači ne ponašaju u duhu pomenutih opštih načela obligacionog prava, njihovo ponašanje se tretira kao deliktno i kao takvo povlači vanugovornu odgovornost za štetu.

U deliktne teorije bi se mogla svrstati i *teorija objektivne odgovornosti* pregovarača koju je razvio njemački pravnik Bernhard Windscheid²³, prema kojoj lice koje preuzima inicijativu za zaključenje ugovora snosi i rizik odgovornosti za štetu prouzrokovanu drugom pregovaraču, ali i trećem licu i to bez obzira na krivicu. Za postojanje odgovornosti za štetu lica koje je iniciralo pregovore nije potrebno dokazivati njegovu krivicu za neuspjeh pregovora, već je dovoljno da oštećeni dokaže postojanje štete i uzročnu vezu između nastale štete i inicijative za zaključenje ugovora. Windscheidova teorija je ubrzo odbačena jer bi njena primjena bitno sputavala ugovornu inicijativu, a time i sam promet robe i usluga.

Deliktnu prirodu predugovorne odgovornosti zagovara i pretežan dio francuske pravne teorije o predugovornoj odgovornosti. Osnov predugovorne odgovornosti francuska doktrina vidi u opštem pravilu o odgovornosti za štetu sadržanom u Code Civil koje glasi: „Svaki ljudski čin koji drugome prouzrokuje štetu obavezuje onoga čijom krivicom je nastupio, da je naknadi.“²⁴ Prema tome, porijeklo predugovorne odgovornosti nije ugovoru, nego u deliktu. Odgovornost se zasniva na krivici. Dakle, predugovorna odgovornost je subjektivna i vezana je za krivicu štetnika koja proističe iz situacije koju je on (štetnik) proizveo svojom radnjom.²⁵

²³ (Düsseldorf, 26. 7. 1817. – Leipzig, 16. 10. 1892), *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Fankfurt am Mein 1887.

²⁴ Vidi čl. 1382 Code Civil.

²⁵ Raymond Salleiles, *A propos d'une nouvelle étude sur la matière*, Revue trimestrielle de droit civil, 1907, str. 697; H. et L. Mazeaud, op. cit., str. 127–145.

Shvatanje da je *culpa in contrahendo* deliktne prirode zastupa se i u jugoslovenskoj pravnoj nauci²⁶ i sudskoj praksi.²⁷

3.2.2. Ugovorna teorija

Pristalice *ugovorne teorije* zagovaraju ugovorno porijeklo predugovorne odgovornosti za štetu. Predugovorna odgovornost za štetu povezana je sa ugovornom prirodom pravnog odnosa koji se zasniva pregovorima i pravima i obavezama koje iz njega proističu za pregovarače.²⁸ Međutim, valja ukazati i na to da neki naši autori odstupaju od prvobitnog stava o ugovornoj prirodi predugovorne odgovornosti izražavajući mišljenje da „...*culpa in contrahendo* predstavlja graničnu oblast između ugovorne i neugovorne odgovornosti...“ i da se ona „...s dobrim razlozima može svrstati i u jednu i u drugu.“²⁹

U zavisnosti od toga da li se pregovori nalaze u *stadijumu koji prethodi davanju ponude ili u stadijumu nakon davanja ponude* važe različita pravila o predugovornoj odgovornosti.

Kad se pregovori nalaze u stadijumu koji prethodi davanju ponude, strana koja je učinila ozbiljnu ponudu u pogledu predmeta ugovora, sa sebe je otklonila odgovornost za štetu jer je svoju obavezu iz ugovora o pregovorima ispunila i time ujedno stvorila mogućnost da dođe do zaključenja ugovora kroz prihvatanje ponude od strane ponuđenog.

U našem pravnom sistemu koji pripada onoj grupi pravnih sistema u kojima učinjena ponuda obavezuje ponudioca, stavljanjem ponude, pregovori su, sa aspekta ponudioca – završeni.

Ukoliko drugi pregovarač (ponuđeni) na ovakvu izjavu odgovori, makar i negativno, on je sa sebe takođe otklonio odgovornost za štetu koja eventualno nastupi. Međutim, ako pregovarači u stadijumu pregovaranja prije davanja ponude ne odgovore na izjavu koja im je upućena, bez obzira na

²⁶ M. Draškić, *Zaključivanje ugovora o kupoprodaji*, Beograd, 1972, str. 21; M. Draškić, *Zaključivanje ugovora o prodaji*, Beograd, 1986, str. 34 i 37; V. Krulj, „Ugovorna i vanugovorna (deliktna) odgovornost“ – Referat na Simpozijumu o građanskoj odgovornosti koji je održan 1965. godine u Beogradu – navedeno prema M. Draškić, *Zaključivanje ugovora o prodaji*, Beograd, 1986, str. 34; J. Barbić, *Sklapanje ugovora po Zakonu o obveznim odnosima*, Zagreb, 1980, str. 18; I. Jankovec, „Pregovori za zaključenje ugovora“, *Privredno-pravni priručnik* br. 3/1986, str. 8; S. Perović, *Obligaciono pravo...*, str. 265; M. Orlić, op. cit., str. 71.

²⁷ Vidi presudu Saveznog suda br. Gzs 51/77 od 11. 7. 1977, Zbirka sudskih odluka – nova serija – knjiga V, sveska br. 1, odluka br. 48.

²⁸ R. Jering, op. cit., str. 52, J. Radišić, *Obligaciono pravo*, Opšti deo, IV izdanje, S.A.M consulting centar, Beograd, 1990, str. 101; Z. Stefanović, op. cit., str. 321.

²⁹ J. Radišić, *Obligaciono pravo*, Opšti deo, V izmenjeno i dopunjeno izdanje, S.A.M consulting centar, Beograd, Beograd, 1993, str. 102.

to da li ta izjava predstavljala ponudu ili samo neke njene elemente ili ne odgovore na istinit i ozbiljan način, pa usljed toga za drugu stranu nastupi šteta, odgovaraće drugoj strani za štetu koja ova zbog toga trpi.³⁰

Prema ugovornoj teoriji koju je zasnovao Rudolf fon Jering, predugovorna odgovornost zasniva se dvostranim pravnim poslom – tj. punovažnim ugovorom o vođenju pregovora koji se nastaje prećutno ili jednostranim pravnim poslom, koji nastaje stupanjem u pregovore (poziv na pregovore, ponuda za zaključenje ugovora).³¹ Šteta koja pogađa pregovarača pojavljuje se u obliku *pozitivnog ili negativnog ugovornog interesa*. Da bi se što bolje razumjeli pojmovi „pozitivni imovinski interes“ i „negativni imovinski interes“ i razlika koja postoji između ovih pojmova, potrebno je prethodno objasniti pojam „imovinskog interesa“ u odnosu na opšti pojam štete. Prema našem obligacionom pravu, šteta je umanjenje nečije imovine (obična šteta) i sprečavanje njenog povećanja (izmakla korist), kao i nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha (nematerijalna šteta)³². Umanjenje nečije imovine i sprečavanje njenog povećanja su oblici tzv. materijalne štete. Svako je zainteresovan da sačuva postojeće stanje svoje imovine, što znači da mu je u interesu da se njegovo imovinsko stanje ne pogoršava, da mu se imovina ne umanjuje. S obzirom na to da imovinska šteta prije svega podrazumijeva negativan rezultat u postojećoj imovini, onda je logično da je svako zainteresovan da mu se ne nanosi šteta. Nanošenje štete znači ugrožavanje imovinskog interesa nekog lica putem umanjenja postojeće imovine ili sprečavanja njenog povećanja, pa se stoga imovinska šteta s pravom označava kao „povreda imovinskog interesa“.³³ „Reći da je neko pretrpio štetu (u najširem smislu) isto je što i kazati da je nekome povređen neki imovinski interes.“³⁴ Kada se posmatra kao povreda imovinskog interesa, šteta se manifestuje kao razlika između stanja u kojem se imovina nekog lica nalazila prije i poslije štetnog događaja. Prouzrokovanje štete shvaćene kao povrede imovinskog interesa nekog lica povlači odgovornost za štetu, odnosno *obavezu štetnika da nadoknadi štetu*. Obaveza naknade štete se zbog toga „...može posmatrati i kao naknada povređenog imovinskog interesa.“³⁵

³⁰ Tako i Z. Stefanović, op. cit., str. 323.

³¹ J. Radišić, op. cit., str. 58–61; I. Zindović, *Odgovornost za pregovore (Culpa in contrahendo) – Pravni osnov i pretpostavke odgovornosti*, Trideset godina ZOO – *de lege lata i de lege ferenda* – Zbornik radova, Kragujevac, 24–27. 9.2008, Jugoslovenski pregled, Beograd, 2008, str. 231.

³² Vidi čl. 155 ZOO.

³³ Tako i M. Orlić, op. cit., str. 75.

³⁴ M. Konstantinović, *Obligaciono pravo* (prema beleškama sa predavanja M. Konstantinovića), Beograd, 1959, str. 69 – citirano prema M. Orlić, op. cit., str. 75.

³⁵ M. Orlić, op. cit., str. 75.

Zbog toga prof. Konstantinović i kaže da je lice koje je prouzrokovalo štetu „dužno da naknadi oštećenom licu onaj interes koji je ovo imalo da se ne desi događaj iz koga je proizašla povreda njegove stvari ili prava ili ličnosti.“³⁶

Позитивни уговорни интерес je šteta koja nastaje kada je ugovor punovažno zaključen, a pretrpi jedna ugovorna strana iz razloga što druga nije ispunila svoju obavezu ili ju je neuredno ispunila ili je zadocnila sa njenim ispunjenjem i manifestuje se u razlici između imovinske situacije u kojoj bi se povjerilac našao da je dužnik svoju obavezu iz ugovora ispunio i situacije u kojoj se trenutno nalazi iz razloga što dužnik nije ispunio svoju obavezu.³⁷ Dužnik (štetnik) naknade pozitivnog imovinskog interesa ima obavezu da povjeriocu (oštećenom) nadoknadi interes koji je isti imao da ugovor bude ispunjen. Isti princip i obaveza naknade pozitivnog imovinskog interesa postoji i u slučaju da je dužnik svoju obavezu ispunio, ali neuredno ili sa zakašnjenjem.

Негативни уговорни интерес je šteta koja nastaje u imovini oštećenog (imovinska šteta) kada ugovor nije punovažno zaključen, a prouzrokovana je jednoj od ugovornih strana prekidom pregovora. Негативан уговорни интерес je i šteta koja nastaje i kada je zaključen ništav ili rušljiv ugovor koji je naknadno poništen.

Šteta se manifestuje u razlici između imovnog stanja u kome bi se oštećeni nalazio da nije započeo i vodio pregovore koji su se završili neuspjehom (prekidom pregovara, povlačenjem iz pregovora i slično) i situacije u kojoj se trenutno nalazi zbog toga što su pregovori prekinuti krivicom drugog pregovarača. Povreda negativnog ugovornog interesa nastaje zbog toga što se oštećeni pouzdao u to da će se pregovori završiti uspješno i dovesti do zaključenja ugovora.³⁸ Polazeći od uvjerenja da će se pregovori uspješno okončati i da će rezultirati zaključenjem ugovora sa konkretnim pregovaračem, on prekida pregovore koje je vodio sa nekim trećim licem, ili pak raskida neki već zaključen ugovor, zbog čega trpi štetu. U ovom slučaju je povrijeđen njegov negativni ugovorni interes, što mu daje pravo da od drugog pregovarača zahtijeva naknadu štete u vidu povrijeđenog negativnog ugovornog interesa koja se ogleda u razlici između imovnog stanja u kome bi se nalazio da pregovore nije vodio i stanja u kome se nalazi nakon što su pregovori prekinuti.³⁹

³⁶ M. Konstantinović, *Obligaciono pravo* (prema beleškama sa predavanja M. Konstantinovića) – Sredio Dr. V. Kapor, Beograd, 1952, str. 94.

³⁷ I. Babić, *Građansko pravo*, Knjiga 4 – *Obligaciono pravo* – Opšti deo, JP Službeni glasnik, Beograd, 2016, str. 261.

³⁸ M. Orlić, op.cit., str. 77.

³⁹ Ibidem.

Kad se pregovori nalaze u stadijumu nakon davanja ponude, ponuđač će odgovarati samo za stvarnu штету kao oblik imovinske штете, ali isto tako i za eventualnu neimovinsku штету jer iz ugovora o pregovorima proističe i obaveza ponudioca da odgovara za штету koju drugi pregovarač pretrpi za vrijeme pregovora, ali neće odgovarati za negativan ugovorni interes ponuđenog, s obzirom na to da je na ponuđenom pravo izbora odnosno donošenje odluke o tome da li će ponudu prihvatiti ili ne.

Od momenta činjenja ponude ponudilac neće odgovarati ni za izmaklu dobit niti pozitivni ugovorni interes ponuđenog.

S obzirom na to da je nakon davanja ponude pravo izbora donošenja odluke o prihvatanju ili neprihvatanju ponude na ponuđenom, on će biti odgovoran za sve vidove штете koje trpi ponuđač.

3.2.3. Kvaziugovorna teorija

Kvaziugovorna teorija zasniva predugovornu odgovornost na kvaziugovornoj odgovornosti kao zakonskom obligacionom odnosu koji izvire iz načela savjesnog i poštenog postupanja u zasnivanju obligacionih odnosa i ostvarivanju prava i obaveza iz tih odnosa. Zastupnici ovog shvatanja koje svoje korijene ima u njemačkoj i švajcarskoj pravnoj doktrini ne zagovaraju čisto ugovorno porijeklo predugovorne odgovornosti, već smatraju da se predugovorna odgovornost zasniva na načelu savjesnosti i poštenja kojeg se budući ugovornici moraju pridržavati i u toku pregovora.

Obaveze koje nastaju za pregovarače u toku pregovora veoma su slične ugovornim obavezama, pa se na prekršioce valjaju primijeniti pravna pravila koja važe za prekršioce ugovornih obaveza, a sve to uz uvažavanje načela savjesnosti i poštenja.⁴⁰

3.2.4. Teorija o heterogenoj prirodi odgovornosti za штету u fazi pregovora

U okviru kvaziugovorne teorije, valja ukazati i na jednu njenu podvrstu koja se inače naziva *teorija o heterogenoj prirodi odgovornosti za штету u*

⁴⁰ Više o tome vidi kod: K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I; Allgemeiner Teil, 13. Auflage (Munchen, 1982, str. 102–104; Teodor Buchler-Reimann, *Zum Problem der „culpa in contrahendo“*, Schweizerische Juristen Zeitung, Heft 23/1979, str. 361–362; Koziol-Welser, *Grundriss des burgerlichen Rechts*, Band I. Allgemeiner Teil und Schuldsrcht, 4. Auflage (Wien, 1976, str. 167); J. Radišić, *Obligaciono pravo*, Opšti deo, V izmenjeno i dopunjeno izdanje, „S.A.M. Consalting Centar“ , Beograd, 1993, str. 103.

fazi pregovora. Prema zagovornicima ove teorije, priroda predugovorne odgovornosti za štetu u fazi pregovora određuje se prema okolnostima konkretnog slučaja. U slučaju kada su od strane pregovorača prekršena opšta načela obligacionog prava i opšte obaveze koja važe u svako vrijeme i za svakoga, onda se imaju primijeniti pravila o vanugovornoj odgovornosti za štetu, a ukoliko su prekršene međusobne obaveze koje pregovarači imaju jedan prema drugome u pregovorima, imaju se primijeniti pravila o ugovornoj odgovornosti za štetu.⁴¹ Shvatanje o heterogenoj prirodi predugovorne odgovornosti imalo je odjeka i u jugoslovenskoj pravnoj nauci. U tom smislu valja ukazati na shvatanja prof. Mihajla Konstatinovića o predugovornoj odgovornosti za štetu, koja je izrazio još 1965. godine u okviru predavanja na Opštem seminaru iz Građanskog prava na postdiplomskim studijama na Pravnom fakultetu u Beogradu, kada je, između ostalog, rekao: „Kad jedna strana prekine sporazumevanje o nekom sporednom pitanju odgovaraće drugoj strani za *culpa in contrahendo*. Svako ima pravo da pregovore prekine. Ali opšte pravilo poštenja i savesnosti zahteva od svakog da ne pristupa pregovorima ako nema nameru da zaključi ugovor. Nas pregovori ne vezuju, ali nas vezuje pravilo o poštenju, te stoga onaj ko prekine pregovore odgovora za štetu koju druga strana usled toga trpi. Ugovorna i vanugovorna odgovornost se prepliću. Ako je isključena ugovorna odgovornost, onda još uvek može postojati druga, deliktna odgovornost.“⁴²

„Predugovorna“ odgovornost se „ne može isključivo tretirati kao povreda neke određene i postojeće ugovorne obveze, jer ona u stadiju pregovora ne postoji, ni kao neke vanugovorne, deliktne obveze, pošto ni u jednom slučaju ne postoji određenost činidba, prestacija ovih obaveza, pa se da se takvim slučajevima radi o povredi očekivanog ispravnog ponašanja pregovorača – koji je pokrećući i vodeći pregovore bez namjere sklapanja očekivanog ugovora, odnosno odustajući od ovako postojeće namjere bez osnovanog razloga – time povrijedio“... „...načelo savjesnosti i poštenja (čl. 12), kao i načelo po kojem je svatko dužan uzdržati se od postupka kojim se drugom može uzrokovati šteta (čl. 16).“⁴³

I neki drugi pravni teoretičari ukazuju na to da je „za naše pravo prihvatljiv stav o heterogenoj prirodi odgovornosti za štetu u fazi vođenja pregovora“.⁴⁴

⁴¹ Više o tome vidi kod I. Babić, *Građansko pravo...*, Beograd 2016, str. 262.

⁴² M. Orlić, op.cit., str. 55, bilješka br. 155.

⁴³ B. Vizner, *Komentar Zakona o obligacionim (obveznim) odnosima*, Knjiga prva, Zagreb 1978, str. 169–169.

⁴⁴ I. Babić, *Građansko pravo...*, 2016, str. 262.

3.3. Oblici i pretpostavke predugovorne odgovornosti

Predugovorna odgovornost za štetu obuhvata slučajeve: *povrede opštih načela obligacionog i ugovornog prava u fazi pregovaranja*, a naročito *načela savjesnosti i poštenja*, kroz neizvršavanje svoje predugovorne obaveze zaštite (*obaveze lojalnosti i diskrecije*), slučajeve skrivljenog prekida pregovara zbog *odsustva namjere zaključenja ugovora* i *odsustva osnovanih razloga za prekidanje pregovora koji su u toku*.

3.3.1. Povreda opštih načela obligacionog i ugovornog prava u fazi pregovaranja – neizvršavanje predugovorne obaveze zaštite (obaveze lojalnosti i diskrecije)

U toku pregovora, pregovarači su dužni da se međusobno obavještavaju i daju potrebna objašnjenja:

- o okolnostima koje bi mogle osujetiti valjanost budućeg pravnog posla (na primjer, da je činidba nemoguća, da je za zaključenje ugovora potreban nečiji pristanak, da ugovor mora biti zaključen u određenoj formi i slično);
- o okolnostima koje su od ključnog značaja za donošenje odluke druge strane da zaključi ugovor;
- o sadržaju i dometu i dejstvu opštih uslova na koje se ugovor poziva često naznačavajući da su navedeni opšti uslovi sastavni dio ugovora;
- o naročito opasnim svojstvima predmeta ugovora,
- o mogućim ugovornim rizicima.⁴⁵

Ukoliko neki od pregovarača, za vrijeme pregovora, krši naprijed navedene predugovorne obaveze zaštite (*obaveze lojalnosti i diskrecije*), njegovo ponašanje nije u skladu sa načelima savjesnosti i poštenja i zabrane prouzrokovanja štete, zbog čega mora biti pozvan na odgovornost za štetu koju drugi pregovarač zbog toga trpi.

3.3.2. Vođenje pregovora bez namjere zaključenja ugovora

Ako je neki od pregovarača vodio pregovore bez namjere da zaključi ugovor, onda je za ustanovljenje njegove građanske odgovornosti za štetu

⁴⁵ Više o tome vidi kod: J. Radišić, op. cit., str. 11.

koju druga strana pretrpi vođenjem pregovora nužno dokazati *odsustvo namjere drugog pregovarača da zaključi ugovor* povodom kojeg su se pregovori vodili, kao i postojanje same štete. Teret dokazivanja odsustva namjere drugog pregovarača je na oštećenom pregovaraču. Kako će oštećeni pregovarač dokazati odsustvo namjere drugog pregovarača ako, kao što smo već pomenuli, zakon pretpostavlja da takva namjera postoji zbog same činjenice što su pregovori započeti? Oštećeni će to postići tako što će odgovarajućim dokaznim sredstvima pokušati da ovu zakonsku pretpostavku obori.

U tom pravcu, on će morati da ponudi dokaze da druga strana (štetnik) ne ispunjava ili *pravne ili faktičke uslove za ispunjenje obaveza iz ugovora* o čijem zaključenju su se pregovori vodili.

Slučaj odsustva pravnih uslova za ispunjenje ugovornih obaveza će postojati ako pregovarač, na primjer, nije registrovan za konkretnu djelatnost u koju ulazi ugovor o kojem se pregovara, odnosno ako nema dozvolu za promet određene vrste robe, dok će *slučaj odsustva faktičkih uslova za ispunjenje ugovornih obaveza* postojati ako štetnik-pregovarač, na primjer, ne raspolaže potrebnim sredstvima za plaćanje cijene robe koja je predmet ugovora.⁴⁶

3.3.3. Prekid pregovora zbog odustanka od namjere zaključenja ugovora bez osnovanog razloga

Međutim, ako je druga strana ipak vodila pregovore u namjeri za zaključenje ugovora, ali ih prekine jer je od takve namjere u međuvremenu odustala *bez osnovanog razloga*, pa usljed toga druga strana pretrpi štetu, onda je za postojanje građanske odgovornosti strane koja je prekinula pregovore oštećenom potrebno da dokaže krivicu štetnika, odnosno odsustvo osnovanih razloga za odustanak od namjere za zaključenje ugovora kao i postojanje same štete.

U ovom drugom slučaju predugovorne odgovornosti za štetu, oštećeni ne mora dokazivati odsustvo namjere druge strane za zaključenje ugovora, jer se njeno postojanje pretpostavlja, ali mora dokazati da je druga strana od te namjere *bez osnovanog razloga* odustala.

Kada će na strani nekog od pregovarača postojati „osnovani razlozi“ za odustanak namjere za zaključenje ugovora moraće se utvrditi i dokazati

⁴⁶ O tome više vidi kod: M. Draškić u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Glavni redaktor prof. dr Slobodan Perović, Savremena administracija, Beograd, 1995, str. 72.

u svakom pojedinom slučaju jer je to faktičko pitanje (*questio facti*)⁴⁷ od kojeg zavisi zaključak o tome da li pregovarač koji je prekinuo pregovore kriv za odustanak od zaključenja konkretnog ugovora ili nije. Svakako da u takve razloge mogu spadati samo ozbiljni razlozi⁴⁸, koji nekoga objektivno sprečavaju da nastavi započete pregovore u koje spadaju prije svega oni *ekonomske prirode* (na primjer, kada neko drugi nudi povoljnije uslove od onih od kojih polazi jedna strana u pregovorima, iznenadno pogoršanja finansijskog položaja pregovarača), *administrativne* (zabrane uvoza ili izvoza ili druge upravne mjere koje bi mogle otežati ili onemogućiti izvršenje ugovornih obaveza), ali i *lične prirode* (porodični razlozi, bolest). Prilikom ocjene osnovanosti razloga za odustanak od namjere za zaključenje ugovora, odnosno prekida pregovora, sud će posebno cijeniti da li je ponašanje pregovarača u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja.⁴⁹ Konačno, imajući u vidu opšte pravilo da pregovori ne obavezuju i da ih svaka strana može prekinuti kad god hoće, u pravnoj nauci se zagovara da se sintagma „bez osnovanog razloga“ tumači restriktivno (usko).⁵⁰

U slučaju da nema drugačijeg sporazuma budućih kontrahenata, svaka strana snosi svoje troškove učinjene u vezi sa pripremama za zaključenje ugovora, dok zajedničke troškove stranke snose na jednake dijelove.⁵¹

4. Obim predugovorne odgovornosti za štetu

U pravnoj nauci postoje različita mišljenja i o obimu naknade štete zbog povrede pravila u fazi pregovaranja odnosno obimu predugovorne odgovornosti i svodi se na pitanje da li se odgovara samo za stvarnu štetu ili se pak odnosi kako na stvarnu štetu tako i na izmaklu korist, kao i na pitanje da li je odgovornošću za pregovore obuhvaćena i neimovinska šteta.

Prema jednom shvatanju, predugovorna odgovornost obuhvata samo

⁴⁷ S. Perović, *Obligaciono pravo...*, str. 265.

⁴⁸ „Ugovor o alotmanu je strogo formalan ugovor. Nepostizanje saglasnosti o cijeni je opravdan razlog za odustanak od namjere zaključenja ugovora.“ – Odluka Vrhovnog suda BiH br. Rev-51/87 od 15. 10. 1987, Bilten Vrhovnog suda BiH br. 4/1987, odluka br. 23.

⁴⁹ Više o obavezama koje proističu iz pregovora i odgovornosti pregovarača za prekid pregovora vidi kod M. Draškić, op. cit., str. 21–36.

⁵⁰ S. Perović, *Obligaciono pravo...*, str. 265; M. Draškić u: *Komentar ZOO...*, Beograd 1980, str. 114 i M. Draškić, *Zaključivanje ugovora o kupoprodaji*, Beograd, 1972, str. 22; J. Radišić, op. cit., str. 81.

⁵¹ Vidi čl. 30 st. 4 ZOO; „Ako se drugačije ne sporazumiju, svaka stranka snosi svoje troškove oko priprema za sklapanje ugovora (čl. 30 st. 4 ZOO).“ – Odluka Višeg privrednog suda Srbije br. Pž.-253/82 od 12. 2. 1982. godine, navedeno prema H. Hajdarević, H. Tajić, V. Simović, *Zakon o obligacionim odnosima – tri decenije sudske prakse*, Knjiga I, Privredna štampa, Sarajevo, 2011, str. 36, sentenca br. 9.

stvarnu (običnu) štetu koja obuhvata troškove pregovaranja, troškove naknade štete koje duguje pregovarač koji je u dobroj vjeri duguje trećem licu i troškove parničnog postupka. Stvarnu štetu čine samo vanredni troškovi koje pregovarač ima u određenoj djelatnosti, a ne i troškovi koje on uobičajeno i redovno ima u toj djelatnosti.

Ovakav zaključak potvrđuje i zakonska odredba prema kojoj svaka strana sama snosi svoje troškove u vezi sa pripremanjem za zaključenje ugovora, dok zajedničke troškove dijele na jednake dijelove.⁵² Predugovorna odgovornost ne obuhvata i izmaklu korist.

Prema drugom shvatanju, predugovorna odgovornost za štetu obuhvata i stvarnu štetu i izmaklu korist.⁵³ Relevantan je dobitak koji se osnovano mogao očekivati po redovnom toku stvari ili posebnim okolnostima, ali je izostao zbog radnje ili propuštanja pregovarača – štetnika.⁵⁴

Prema trećem shvatanju, predugovorna odgovornost do trenutka davanja ponude obuhvata kako imovinsku, tako i neimovinsku štetu. U našoj pravnoj literaturi⁵⁵ se opravdano kritikuje teza što se izlaganje u trgovinama (marketima, samoposlugama, tržišnim centrima), budući da je riječ o jednoj vrsti opšte ponude, subsumira pod pojam pregovora, kao što je to učinjeno u anglosaksonskoj sudskoj praksi u slučaju pada kupca zbog klizavog poda u samoposluzi (Lettuce case)⁵⁶.

Izlaganje robe u samoposlugama u smislu jedne opšte i stalne ponude uređeno je opštim uslovima poslovanja trgovačkih društava koji imaju karakter ugovora po pristupu u kom slučaju su bilo kakvi pregovori isključeni⁵⁷, već je na ponuđenom da se o ponudi izjasni bez mogućnosti bilo kakvog uticaja na uslove ugovora – po principu „uzmi ili ostavi“. Ukoliko kupac pretrpi štetu u samoposluzi prilikom razgledanja i odlučivanja o tome šta će kupiti, odgovaraće samoposluga po pravilima o vanugovornoj odgovornosti za štetu.⁵⁸

⁵² I. Babić, *Građansko pravo...* 2016, str. 262; Vidi i čl. 30 st. 4 ZOO.

⁵³ „Kod predugovorne odgovornosti šteta se može sastojati iz pretrpljenog gubitka (obična šteta, *damnum emergens*) i izmaklog dobitka (izmakla korist, *lucrum cessans*).“ (Viši privredni sud Srbije br. Sl-654/69 od 7. 1. 1970. godine – navedeno prema H. Hajdarević, H. Tajić, V. Simović, *Zakon o obligacionim odnosima – tri decenije sudske sudske prakse*, Knjiga I, Privredna štampa, Sarajevo, 2011, str. 36, sentenca br. 2; M. Orlić, „Negativni ugovorni interes“, *Pravni život* br. 9-10/19932, str. 193.

⁵⁴ M. Orlić, „Ogled o odgovornosti za prekid pregovora“, *Pravni život*, br. 10/96, str. 542.

⁵⁵ I. Babić, I. Babić, *Građansko pravo...* 2016, str. 263.

⁵⁶ Više o tome vidi kod Z. Stefanović, op. cit., str. 323.

⁵⁷ Tako i I. Babić, *Građansko pravo...* 2016, str. 263.

⁵⁸ Ibidem.

5. Osnov predugovorne odgovornosti

Predugovorna odgovornost zasniva se na krivici pregovarača-štetnika koja je posljedica određenih radnji pregovarača, i to: vođenja pregovora u odsustvu namjere zaključenja ugovora ili vođenja pregovora u namjeri zaključenja ugovora, s tim da je u toku pregovora, od namjere zaključenja ugovora, bez osnovanog razloga odustao.

U prvom slučaju, krivica štetnika se ogleda u tome što je vodio pregovore bez namjere zaključenja ugovora, već u namjeri da kroz pregovore dođe do nekih drugih informacija, zbog čega za drugu stranu – savjesnog pregovarača, nastupi šteta. To će, na primjer, biti slučaj kada neko putem oglasa objavi prodaju automobila, ali to ne čini da bi ga zaista i prodao, nego da dođe do informacije o realnoj cijeni tog automobila na tržištu. Ako zbog toga po drugog pregovarača nastane šteta (na primjer, troškovi putovanja u mjesto i boravka u mjestu gdje se stvar nalazi i slično), pregovarač koji je izdao oglas, pa potom prekinuo pregovore, odgovaraće za štetu koju je drugi pregovarač zbog toga pretrpio.

U drugom slučaju, krivica se ogleda u odustajanju od namjere zaključenja ugovora o kojem se vode pregovori – bez osnovanog razloga. Kada će se smatrati da je pregovarač koji je imao namjeru zaključiti ugovor od iste odustao bez osnovanog razloga je *questio facti* i zavisi od okolnosti konkretnog slučaja koje će oštećeno lice morati dokazati da bi štetnik odgovarao za štetu koju je oštećeni prekidom pregovora pretrpio.

6. Povreda povjerenja

Osim toga, u toku pregovora budući pregovarači dolaze do raznih informacija koji za drugu stranu u pregovorima mogu da predstavljaju povjerljive informacije ili pak poslovnu tajnu. Povreda tajnosti (povjerenja) će postojati kada druga strana – učesnik pregovora iskoristi ili drugima učini dostupnim informacije koje za drugu stranu predstavljaju povjerljive informacije ili poslovnu tajnu. Odgovornost za povredu tajnosti je vanugovorna i zasniva se na povredi obaveze svakog lica da se uzdržava aktivnosti koje drugome mogu prouzrokovati štetu.

7. Ostali slučajevi predugovorne odgovornosti

Pored slučajeva predugovorne odgovornosti zbog kršenja načela savjesnosti i poštenja kroz neizvršavanje obaveze zaštite, prekidanja pregovora usljed odsustva namjere za zaključenje ugovora i slučajeva prekidanja pregovora bez osnovanog razloga, o kojima je do sada bilo riječi, postoje i drugi slučajevi odgovornosti zbog *culpa in contrahendo* koje predviđa ZOO, i to: odgovornost za štetu zbog neprihvatanja ponude od lica koje je pozvano da učini ponudu⁵⁹; odgovornost za štetu za prekoračenje pravne sposobnosti od strane pravnog lica koje povlači nevažnost ugovora⁶⁰; odgovornost za štetu u slučaju da do zaključenja ugovora ne dođe zbog toga što je izostala saglasnost pravnog lica za zaključenje ugovora⁶¹; odgovornost za štetu zbog poništenja ugovora zaključenog zbog bitne zablude⁶²; odgovornost za štetu zbog poništenja ugovora zaključenog zbog prevare⁶³; odgovornost za štetu zbog prekoračenja ovlašćenja od strane zastupnika⁶⁴; odgovornost za štetu zbog zaključenja ugovora od strane neovlašćenog lica⁶⁵; odgovornost za štetu lica koje je krivo za ništavost ugovora⁶⁶; odgovornost za štetu zbog poništenja ugovora⁶⁷; odgovornost za štetu koju zaključenjem ugovora pričini ograničeno poslovno sposobni ugovornik⁶⁸; odgovornost prodavca tuđe stvari.⁶⁹

⁵⁹ Vidi čl. 35 st. 2 ZOO.

⁶⁰ Vidi čl. 54 st. 3 ZOO.

⁶¹ Vidi čl. 55 st. 5 ZOO.

⁶² Vidi čl. 61 st. 3 ZOO.

⁶³ Vidi čl. 65 st. 2 ZOO.

⁶⁴ Vidi čl. 87 st. 5 ZOO.

⁶⁵ Vidi čl. 88 st. 4 ZOO.

⁶⁶ Vidi čl. 108 ZOO.

⁶⁷ Vidi čl. 115 ZOO.

⁶⁸ Vidi čl. 116 ZOO.

⁶⁹ Vidi čl. 460 ZOO.

Zaključak

Iz prethodnih izlaganja smo vidjeli da se predugovorna odgovornost za štetu ne odnosi samo na slučajeve štete koja je nastupila zbog vođenja pregovora bez *namjere zaključenja ugovora* i štete koja je nastala zbog prekida pregovora bez osnovanog razloga iako su isti vođeni u namjeri zaključenja ugovora, kako je to uređeno postojećim zakonskim rješenjem, već i na sve druge slučajeve pregovaranja ili prekida pregovora koji su u suprotnosti sa načelima savjesnosti i poštenja i zabrane prouzrokovanja štete kao opštim načelima našeg obligacionog prava. Odgovornost pregovarača, po našem mišljenju, nije ugovornog, već je vanugovornog, odnosno deliktne porijekla. Ona izvire iz skrivljene aktivne ili pasivne radnje pregovarača koja se kosi sa načelima savjesnosti i poštenja (povjerenja) i zabrane prouzrokovanja štete i sastoji u neizvršavanju predugovorne obaveze zaštite (*obaveze lojalnosti i diskrecije*).

Predugovorna obaveza, prema tome, samo nalaže pregovaračima da pregovore vode uz uvažavanje pomenutih načela kao opšte dužnosti svakog od učesnika pregovora sve dok isti traju.

Predugovorna odgovornost obuhvata sve oblike imovinske štete, dakle kako stvarnu štetu, tako i izmaklu korist. Predugovorna odgovornost se zasniva na krivici pregovarača-štetnika.

Literatura

Orlić, M., *Zaključenje ugovora*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1993.

Stefanović, Z., „Culpa in contrahendo – Metodološki ogled“, *Pravni zapisi*, Pravni fakultet Union, Beograd, God. I, 2, 2010.

Simović, V., *Zakon o obligacionim odnosima – tri decenije sudske prakse*, Knjiga I, Privredna štampa, Sarajevo, 2011.

Hajdarević, H., Tajić, H., Simović, V., *Zakon o obligacionim odnosima – tri decenije sudske prakse*, Knjiga I, Privredna štampa, Sarajevo, 2011.

Caspar Rudolf Ritter von Jhering, „Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen“, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* Bd. 4, 1861.

Draškić, M., *Zaključivanje ugovora o prodaji*, Beograd, 1986.

Momsen, F., *Die Haftung der Contrahenten bei der Abschlussung von Schuldverträgen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht II*, 1879, navedeno prema J. Radišić bilj. 36.

Gottwald, P., „Die Haftung für culpa in contrahendo“, *Juristische Schulung*, br. 12/1982. (Düsseldorf, 26. 7. 1817 – Leipzig, 16. 10. 1892), *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main 1887.

Raymond Salleilles, *A propos d'une nouvelle étude sur la matière*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1907.

Draškić, M., *Zaključivanje ugovora o kupoprodaji*, Beograd, 1972.

Draškić, M., *Zaključivanje ugovora o prodaji*, Beograd, 1986; V. Krulj, „Ugovorna i vanugovorna (deliktna) odgovornost“ – Simpozijum o građanskoj odgovornosti, Beograd, 1965. – navedeno prema M. Draškić, *Zaključivanje ugovora o prodaji*, Beograd, 1986.

Barbić, J., *Sklapanje ugovora po Zakonu o obveznim odnosima*, Zagreb, 1980.

Jankovec, I., „*Pregovori za zaključenje ugovora*“, *Privredno-pravni priručnik* br. 3/1986.

Radišić, J., *Obligaciono pravo*, Opšti deo IV izdanje, S.A.M consulting centar, Beograd, 1990.

Radišić, J., *Obligaciono pravo*, Opšti deo, V izmenjeno i dopunjeno izdanje, S.A.M consulting centar, Beograd, 1993.

Zindović I., *Odgovornost za pregovore (Culpa in contrahendo) – Pravni osnov i pretpostavke odgovornosti*, Trideset godina ZOO - *de lege lata i de lege ferenda* - Zbornik radova, Kragujevac 24-27 09.2008, *Jugoslovenski pregled*, Beograd, 2008.

Konstantinović, M., *Obligaciono pravo* (prema beleškama sa predavanja M. Konstantinovića), Beograd, 1959.

Konstantinović, M., *Obligaciono pravo* (prema beleškama sa predavanja M. Konstantinovića), srediо dr V. Kapor, Beograd, 1952.

Babić, I., *Građansko pravo*, Knjiga 4 – *Obligaciono pravo*, Opšti deo, JP Službeni glasnik, Beograd, 2016.

Larenz, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I; Allgemeiner Teil, 13. Auflage, Munchen, 1982.

Teodor Buchler-Reimann, *Zum Problem der „culpa in contrahendo“*, Schweizerische Juristen Zeitung, Heft 23/1979.

Koziol-Welser, *Grundriss des burgerlichen Rechts*, Band I. Allgemeiner Teil und Schuldsrecht, 4. Auflage, Wien, 1976.

Vizner, B., *Komentar Zakona o obligacionim (obveznim) odnosima*, Knjiga prva, Zagreb 1978.

Draškić, M. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, glavni redaktor prof. dr Slobodan Perović, Savremena administracija, Beograd, 1995.

Odluka Vrhovnog suda BiH br. Rev-51/87 od 15. 10. 1987. godine, Bilten Vrhovnog suda BiH br. 4/1987, odluka br. 23.

Draškić, M., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd 1980.

Draškić, M., *Zaključivanje ugovora o kupoprodaji*, Beograd, 1972.

Orlić, M., „Ogled o odgovornosti za prekid pregovora“, *Pravni život*, br. 10/96.

**PRECONTRACTUAL LIABILITY FOR DAMAGE
(Culpa in contrahendo)**

Slobodan Stanišić, PhD*

***Abstract:** This paper presents the general principles of the negotiations as a process in which form will future contractor; concept, development, assumptions and types of pre-contractual liability for damage that occurs as a result of the absence of intent for the conclusion of the contract, the lack of reasonable grounds for the termination of negotiations, and breach of general principles law of contract being negotiated. The aim is to stress the importance of pre-contractual liability in our law of obligations and the need for more detailed regulation of this kind of civil liability for damage.*

***Keywords:** negotiations, conscientiousness and honesty, precontractual liability, damage.*

* Pan-European University “Apeiron”, Faculty of Law, Banja Luka

РАСКИД И НИШТАВОСТ УГОВОРА О КРЕДИТУ СА ВАЛУТНОМ КЛАУЗУЛОМ У ПРАКСИ СУДОВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Др Владимир Козар*

Апстракт: Закон о облигационим односима (ЗОО) не прописује друге правне последице раскида уговора због промењених околности, осим обавезе тужиоца да накнади другој страни правичан део штете коју трпи због тога. Питање дејства раскида добило је на значају доношењем пресуде о усвајању тужбеног захтева за раскид уговора о кредиту са валутном клаузулом због промењених околности, а којом није одлучено о правним последицама раскида. У раду је анализирана актуелна судска пракса, пре свега правноснажна пресуда Апелационог суда у Новом Саду о раскиду којом је суд, усвајајући тужбени захтев, изрекао раскид уговора о дугорочном стамбеном кредиту „услед битно промењених околности“, као и супротно правно схватање, изражено у другој пресуди истог суда, према коме „повећање курса швајцарског франка у односу на моменат закључења уговора ... у смислу чл. 133 ст. 1 ЗОО не представља оправдан разлог за тражени раскид уговора“. Такође, приказани су и ставови Врховног касационог суда из решења Рев 321/2016 од 25. 1. 2017. године и решења Рев 2373/2016 од 21. 6. 2018. године, која су донета у споровима о раскиду уговора о кредиту, затим најновија „пилот“ пресуда Апелационог суда у Београду за уговор о стамбеном кредиту у швајцарским францима, као и решење Апелационог суда у Новом Саду Гж. 4345/17 од 13. априла 2018. године, у коме је изражен став о пуноважности истовременог уговарања (кумуляције) валутне клаузуле у EUR и камате по стопи вишој од затезне камате.

* Правни факултет за привреду и правосуђе Универзитета Привредна академија у Новом Саду, Ул. Гери Кароља 1, 21000 Нови Сад, e-mail: kozarv@yahoo.com

Кључне речи: раскид уговора, промењене околности, кредит, валутна клаузула, *Clausula rebus sic stantibus*, швајцарски франак, ништавост, камата.

Увод

Валутна клаузула је уговарање вредности обавезе у девизама (валута обавезе), с тим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима (валута исплате).¹ Валутна клаузула не представља начин мерења динарског износа (није валориметар) који је корисник кредита примио и који треба да врати, већ представља његову девизну обавезу, која се као таква исказује и пословним књигама банке,² односно представља девизну имовину банке.³ Валутна клаузула дакле није валориметар, којим се мери висина обавеза уговорних страна, већ је преузета обавеза.

Валутна клаузула у уговорима о кредиту, посебно у швајцарским францима, изазвала је велики број спорова, о пуноважности ове клаузуле или правног посла у целини због нарушавања начела једнаке вредности давања услед наглог пораста курса швајцарског франка у односу на евро и динар. Такође, поставило се и питање могућности примене других правних института на уговоре о кредиту са валутном или сличним клаузулама (индексном, девизном), пре свега раскида уговора због промењених околности, а такође и поништаја уговора због прекомерног оштећења, као и ништавости зеленашких уговора. Закон о облигационим односима⁴ и ЗДП дозвољавају уговарање валутне клаузуле.

Правни став о пуноважности, односно дозвољености уговарања валутне клаузуле у уговорима о кредиту индексираним у валути CHF, а посебно у кумулацији са уговорном каматом, заузет је од стране домаћих судова,⁵ уз напомену да у случају „енормног скока курса валуте, може

¹ Закон о девизном пословању, „Службени гласник РС“, бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012, 139/2014), члан 2 тачка 24 (даље у тексту и фуснотама: ЗДП).

² Ћатић, П. (2016а). „Валутна клаузула, раскид и последица раскида уговора о кредиту са валутном клаузулом“, *Правни живот*, бр. 11, стр. 439.

³ Одлука о адекватности капитала банке, „Службени гласник РС“, бр. 103/2016, тач. 363 ст. 3.

⁴ „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99 (даље у тексту и фуснотама: ЗОО).

⁵ Kozar, V. (2017). “Violation of the Principle of Equality of Consideration by Contracts with Currency or Index clause in Banking Operations“, Sixth International Scientific Conference Employment, Education and Entrepreneurship (EEE2017), Book of Abstracts Belgrade Serbia, Editors: Vladimir Ristanović, et al., pp. 90.

бити повређен циљ такве одредбе и тада уговорена валутна клаузула може довести до нееквивалентности узајамних давања уговарача, и то на штету корисника кредита“.⁶ Став о законитости валутне клаузуле узет је у најновијој одлуци Врховног касационог суда: „Није спорно да је закључен пуноважни уговор о стамбеном кредиту са валутном клаузулом у швајцарским францима ... на основу чл. 1065 и 1066 у вези са чланом 395 ЗОО и чланом 25 став 1 у вези са чланом 2 тачка 24 Закона о девизном пословању (‘Службени гласник РС’, бр. 62/06).“⁷

Заштита начела еквивалентности клаузулом *rebus sic stantibus*

Раскид уговора због промењених околности (*Clausula rebus sic stantibus*) је могућност да једна уговорна страна тражи промену своје престације (давања, чињења, нечињења) и то услед наступања околности које угрожавају првобитну вољу уговорних страна, а нису се могле предвидети, све у циљу постизања еквиваленције узајамних давања. По клаузули *rebus sic stantibus* сваки уговор важи само дотле док се прилике које су постојале у време његовог закључења битније не промене. Начело једнаке вредности давања, као основно правило двострано теретних уговора, заштићено је, поред прекомерног оштећења и забране зеленашких уговора, још и могућношћу раскида или измене уговора због промењених околности. Док се код прекомерног оштећења несклад узајамних престација процењује у моменту закључења уговора, овде је хипотеза да је до тог несклада дошло после закључења уговора, тачније у току његовог извршења.⁸ Ово начело има карактер претпоставке. Наиме, претпоставља да субјекти, при заснивању облигационих односа, садржину тих односа постављају на начелу једнаке вредности давања. Ова претпоставка је оборива (*praesumptio iuris tantum*), што значи да заинтересовано лице може доказивати, у случајевима у којима то није искључено законом, да не постоји једнакост вредности давања.⁹ У модерној правној теорији преовлађује схватање да клаузулу *rebus sic*

⁶ Одговори на питања привредних судова – Судска пракса привредних судова – билтен бр. 4/2015, објављен у Електронској правној бази Paragraf lex, <http://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/10.5.2018>

⁷ Из решења Врховног касационог суда, Рев 2373/2016 од 21.06.2018. године, доступно на адреси: <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev-23732016-obligaciono-pravo-ugovor-o-kreditu-raskidanje-ili-izmene-ugovora-zbog-promenjenih>, 28. 8. 2018.

⁸ Перовић, С. (1986). *Облигационо право*, Београд, стр. 421 и 422.

⁹ Ђорђевић, Ж., Станковић В. (1986). *Облигационо право*, Београд, стр. 61

stantibus треба третирати као правно средство, чија је функција заштита начела еквивалентности кад оно буде нарушено услед промењених околности.¹⁰ Институт раскидања или измене уговора због промењених околности, који је прихваћен и у нашем праву (чл. 133–136 ЗОО) коси се са начелом *pacta sunt servanda*. Начело *pacta sunt servanda* јесте једно од основних начела уговорног права, према коме су стране дужне да изврше своје обавезе онако како су их и уговориле, увек када је то могућно.¹¹ Начело *pacta sunt servanda* садржано је у чл. 17 ст. 1 ЗОО, који прописује да су стране у облигационом односу дужне да изврше своју обавезу и одговорне су за њено испуњење. Ово начело је основица сигурности правног промета.¹²

Пресуде Апелационог суда у Новом Саду о раскиду уговора о кредиту са валутном клаузулом у CHF због промењених околности

Поређењем кретања курса валута РСД, CHF и EUR у периоду од септембра 2008. године, када је закључен уговор о дугорочном стамбеном кредиту са валутном клаузулом у CHF, до октобра 2015. године, када је сачињен налаз и мишљење вештака у парничном поступку,¹³ судови су заузели правни став да су испуњени законом предвиђени услови за раскид уговора о дугорочном стамбеном кредиту услед битно промењених околности, уз образложење да је „након закључења уговора дошло до великог скока валуте CHF“, услед чега је и висина обавезе корисника кредита ... тужилаца, а која је предметним уговором условљена курсом валуте CHF, увећана у тој мери да не одговара очекивањима тужилаца као корисника кредита, јер отежава испуњење њихових уговорних обавеза, па је самим тим доведена у питање и сврха предметног уговора...“¹⁴ Иако је заузео став да је у тренутку закључивања предметног уго-

¹⁰ *Ibid.*, стр. 266.

¹¹ Начело *pacta sunt servanda* садржано је у члану 17 став 1 ЗОО, који прописује да су стране у облигационом односу дужне да изврше своју обавезу и одговорне су за њено испуњење.

¹² Ђорђевић, Ж., Станковић В., стр. 266.

¹³ Поређењем курса валута РСД, CHF и EUR, утврђено је да је у периоду од септембра 2008. године до октобра 2015. године курс CHF порастао за 129% у односу на РСД, а да је курс евра порастао за 57% у односу РСД, односно да је „ниво ап्रेसијације CHF у односу на евро у периоду од дана потписивања уговора (5. 9. 2008. године) до дана вештачења (29. 10. 2015. године) износи 1,46 што значи да је курс CHF повећан за 46% више у односу на раст курса евра у истом периоду.

¹⁴ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж. бр. 1781/16 од 1. 9. 2016. године, којом се одбија жалба туженог (банке) и потврђује пресуда Вишег суда у Новом Саду број П. 27/2015 од 11. 2. 2016. године (доступно на адреси: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/50391>, 10. 4. 2017). Против наведене пресуде изјављена је ревизија која је усвојена решењем Врховног

вора било дозвољено уговарање валутне клаузуле, као и да уговор није ништав од закључења, дакле да је у питању у целини пуноважан правни посао, суд је применом института „раскидања или измене уговора због промењених околности“ из чл. 133–136 ЗОО, пресудом којом усваја тужбени захтев, изрекао раскид уговора о дугорочном стамбеном кредиту „услед битно промењених околности“, закључивши да су услед раста курса CHF у односу на EUR и РСД испуњени услови за раскид уговора из члана 133 став 1 ЗОО (да су после закључења уговора наступе околности које отежавају испуњење обавезе једне стране – корисника кредита, као и да се због њих не може остварити сврха уговора, односно да уговор више не одговара очекивањима корисника кредита). Овом правноснажном пресудом није одлучивано о правним последицама раскида.¹⁵

Споран је начин на који су судови применили правне стандарде и начела облигационог права. Наиме, суд је без утврђивања општег мишљења о неправичности одржавања на снази таквог уговора, и не водећи рачуна о општем интересу, применио правила из члана 133 став 1 и члана 135 ЗОО и то само поједине одредбе, односно услове, а не у целини, како закон прописује.¹⁶ Јер, институт раскидања уговора због промењених околности, познат још у римском праву, јесте изузетак, који се мора веома рестриктивно тумачити. Увођење клаузуле *rebus sic stantibus* може бити корисно једино ако се она примењује у случајевима кад постоје оправдани разлози за дерогирање начела *pacta sunt servanda*. У том случају сва законодавства, па и ЗОО, допуштају примену ове клаузуле само ако се испуне веома строги услови.¹⁷ У члану 133 став 1 ЗОО прописане су четири претпоставке за раскидање, с тим што за усвајање тужбеног захтева за раскид уговора морају бити испуњене најмање три. Прве две су у алтернативном међусобном односу (наступање „околности које отежавају испуњење обавезе једне стране“ или „ако се због њих не може остварити сврха уговора“) док су друге две међусобно и са

касационог суда, Рев 2373/2016 од 21. 6. 2018. године, и обе пресуде су укинуте, а предмет је враћен првостепеном суду на поновно суђење, доступно на адреси: <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev-23732016-obligaciono-pravo-ugovor-o-kreditu-raskidanje-ili-izmene-ugovora-zbog-promenjenih>, 28. 8. 2018.

¹⁵ О правним последицама раскида више у: Козар, В., Алексић, Н. (2017) „Правне последице раскида уговора о кредиту са валутном клаузулом због промењених околности“, *Право и привреда*, бр. 1-3, стр. 83.

¹⁶ О претпоставкама за раскид уговора више у: Врховшек, В., Козар, В. (2017). „Материјалне и процесне претпоставке за раскид уговора о кредиту са валутном клаузулом у швајцарским францима због промењених околности“, *Правни живот*, бр. 11, стр. 469–483.

¹⁷ Ђорђевић, Ж., Станковић В., стр. 267.

једном о прве две у кумулативном односу („а у једном и у другом случају у тој мери да је *очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна*“ и „*да би по општем мишљењу било неправично одржати га на снази такав какав је*“).¹⁸ У упоредном праву земаља у региону, као што је нпр. Република Хрватска, где је проблем кредита у CHF још израженији, у поређењу са нашим ЗОО из 1978. године, уочљив је мањи број претпоставки за раскид: Закон о обвезним односима¹⁹ у члану 369 не прописује немогућност остваривања сврхе уговора, и не тражи да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би по општем мишљењу било неправично одржати га на снази такав какав је. Али уводи *наношење претерано великог губитка*, као алтернативни услов уз претерано отежано испуњење обавезе.²⁰

У другој одлуци истог суда заузет је супротан правни став, према коме „повећање курса швајцарског франка у односу на моменат закључења уговора 13. 11. 2007. године... у смислу члана 133 став 1 ЗОО, не представља оправдан разлог за тражени раскид уговора...“ Према ставу заузетом у наведеној другостепеној пресуди: „Основано се жалбом тужене указује да је првостепени суд одлуку о евентуалном тужбеном захтеву донео погрешном применом одредаба материјалног права. Промена курса швајцарског франка не представља околност коју тужила, у време када је закључила предметни уговор о кредиту и анекс истог, није могла очекивати и предвидети, будући да промена курса страних валута у односу на динар није неуобичајена појава на домаћем девизном тржишту. Бирајући швајцарски франак за валуту везивања износа месечног ануитета отплате свог динарског кредита, тужила је свесно прихватила ризик да током будућег периода отплате од 204 месеца, може доћи до промене курса, тако да околност наглог скока CHF у односу на динар, и друге валуте, супротно закључку првостепеног суда, у смислу одредбе члана 133 став 1 ЗОО, не представља оправдан разлог за тражени раскид уговора због отежаног испуњења обавезе, нити је испуњен услов за раскид уговора због немогућности остварења сврхе уговора, будући да је тужила остварила сврху уговора куповином куће средствима предметног кредита.“²¹

¹⁸ Козар, В., Алексић, Н., Пантелић, Н. (2017). *Раскид уговора о кредиту са валутном клаузулом због промењених околности и правне последице раскида*, Београд, стр. 13.

¹⁹ Прочишћени текст закона, „Народне новине“, бр. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, на снази од 1. 8. 2015.

²⁰ Козар В., Божић В. (2017). „Институт раскида уговора о кредиту кроз призму клаузуле *rebus sic stantibus* и права на накнаду штете“, *Одговорност за штету, накнада штете и осигурање* (ур. Здравко Петровић и Владимир Чоловић), Београд, стр. 277.

²¹ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж. бр. 3042/2015 од 3. 11. 2015. године, необјављена, из архиве аутора.

Ставови Врховног касационог суда о претпоставкама за раскид, каузи уговора и изворима финансирања

У поступку по ревизији, Врховни касациони суд је решењем Рев 321/2016 од 25. 1. 2017. године, укинуо цитирану пресуду Апелационог суда у Новом Саду Гж 3042/2015 од 3. 11. 2015. године, и предмет вратио истом суду на поновно одлучивање.²² У поновљеном поступку другостепени суд још није донео нову одлуку.²³ Врховни касациони суд није заузео став о основаности или неоснованости захтева за раскид уговора о кредитима са валутном клаузулом у швајцарским францима. Уместо тога, укинуо је другостепену пресуду и предмет вратио истом суду на поновно одлучивање, уз образложење да „с обзиром да другостепени суд није имао у виду напред наведене законске одредбе те у складу са њима није у потпуности и правилно утврдио чињенично стање, то је одлука тог суда морала бити укинута на основу члана 416 став 2 ЗПП. У поновном поступку, другостепени суд ће имати у виду све што је напред наведено, па ће сам, или преко првостепеног суда, правилном применом материјалног права употпунити чињенично стање, односно поуздано утврдити да ли је и у којој мери дошло до промењених околности од закључења спорног уговора између странака, па ће, водећи рачуна и свим осталим околностима конкретног случаја и међусобног уговора странака оценити да ли су испуњени услови да се исти раскине и у складу са тим донети на закону засновану одлуку.“

С друге стране, ревизијски суд у наведеном решењу јесте дао одређена тумачења правних норми, којима се нижестепени судови морају руководити приликом одлучивања о захтевима за раскид уговора, односно при утврђивању испуњености кумулативних законских услова за раскид, која ћемо анализирати на овом месту:

„Правилна примена цитираних законских одредби захтева да се, пре него што се закључи да нема основа за раскид уговора, најпре утврди да ли је уопште дошло до промене околности, па ако јесте у којој мери и да ли је због тога очигледно неправично да се уговор одржи на снази јер више не одговара очекивању уговорних страна или се због промењених околности не може остварити сврха уговора. У члану 135 закон је утврдио и околности од значаја за одлуку суда и то су начела поштеност, циљ уговора, нормални ризик код одређене врсте уговора, општи интерес као и интерес обеју уговорних страна.“

²² Доступно на адреси: <http://www.vk.sud.rs/> 23. 6. 2017.

²³ Према подацима са портала судова Србије, доступно на адреси: <http://www.portal.sud.rs> (10. 5. 2018).

Такође, Врховни касациони суд се изјаснио да промењене околности не могу довести до губитка каузе која представља правни циљ уговора, односно циљ уговарања који обе странке имају у виду и она чини саставни део уговора, закључивши да другостепени суд с правом није прихватио одлуку првостепеног суда у делу који се „пре свега базирана на губитку каузе уговора.“ Наиме, код двострано обавезних уговора, обавеза једне стране има за своју каузу обавезу друге стране. Обавеза једне, основ је обавезе друге стране. Кауза је један од битних услова за настанак пуноважног уговора.²⁴ Другим речима, основ је правни циљ правног посла – разлог обавезивања у уговору, дакле разлог због којих се уговор закључује, односно због којег се преузима одређена уговорна обавеза.²⁵

Првостепени судови се у образложењу својих пресуда, по правилу, не осврћу на изворе финансирања односно „на који је начин банка дошла до средстава која су тужили одобрена“, иако се тужене банке позивају на чињенице да су повлачиле средства у СНФ и у иностранству задужиле у СНФ и сл. Међутим, највиша судска инстанца је заузела став да је „за поштовање начела једнаких вредности свакако битно да се утврди и на који је начин банка дошла до средстава која су тужили одобрена.“ Банке у Србији, приликом одобравања кредита са валутном клаузулом у СНФ, према прописима који регулишу банкарско пословање, нису могле поступити на другачији начин, осим да се задужују преко међубанкарских кредитних линија у швајцарским францима. Банке које кредитне активности нису могле да задовоље из постојеће депозитне базе, своју потребу су задовољавале повлачењем класичних међубанкарских кредитних линија у швајцарским францима. Развој финансијских тржишта је омогућио свим учесницима да, кроз дериватне послове, вишкове ликвидности једне валуте, замене за неку другу дефицитарну валуту. Замена валута се врши на начин истовремене међусобне куповина и продаја две валуте у два различита временска периода. Таква врста дериватног посла назива се *валутни swap*. Идентичан поступак су следиле и банке у Србији које су располагале са вишком евро девизне ликвидности, коју су кроз своп трансакције замењивали у швајцарски франак.²⁶ Дакле, за сваки одобрени кредит са валутном клаузулом у швајцарским францима, банка је морала обезбедити извор финансирања у швајцарским францима, и то на један од три следећа начина: или из депозита у тој ва-

²⁴ Перовић, С., стр. 325, 331 и 333.

²⁵ Ђорђевић Ж., Станковић В, стр. 88. и 226

²⁶ Пантелић, Н. (2016). „Природа задуживања банака у иностраној валути“, *Правни живот*, бр. 11, стр. 443 – 458.

луту (што такође представља облик задуживања банке, јер банка има обавезу према депонентима да им по истеку рока орочења врати депозит), а ако није имала депозите у швајцарским францима, банка је морала и сама узети кредит у швајцарским францима од друге домаће или стране финансијске институције, или је морала заменити – купити валуту швајцарски франак уз истовремену продају евра или друге валуте. Четвртог начина, односно извора финансирања није било. Из наведених разлога не могу се прихватити ни ставови правне теорије према којима „посебан проблем везан за ове уговоре јесте чињеница да се банке углавном нису задуживале у швајцарским францима, односно да ти пласмани нису имали одговарајуће изворе у истој валути.“²⁷ Наведени став није прихватљив, јер се заснива на једностраним подацима, тј. само на подацима о висини обавеза банака по основу њиховог задуживања у швајцарским францима, док није узео у обзир трећи извор финансирања у швајцарским францима – *валутни swap*.

Ставови Врховног касационог суда о правичној измени уговора, предвидљивости и начелу савесности и поштења

Врховни касациони суд је решењем Рев 2373/2016 од 21. 6. 2018. године²⁸ усвојио ревизију тужене банке, укинуо цитиране пресуде Апелационог суда у Новом Саду Гж 1781/16 од 1. 9. 2016. године и Вишег суда у Новом Саду П 27/2015 од 11. 2. 2016. године, којим је раскинут уговор, и предмет вратио првостепеном суду на поновно суђење, на основу члана 416 став 2 ЗПП. Врховни касациони суд је нашао да је ревизија основана због погрешно примењеног материјалног права, услед чега је чињенично стање остало непотпуно утврђено, уз образложење да је „изостала оцена претпоставки за измену уговора из члана 133 став 4 ЗОО којим је прописано да се уговор неће раскинути ако друга страна понуди или пристане да се одговарајући услови уговора правично измене. С тим у вези, напомиње се да је чланом 6 наведеног уговора о стамбеном кредиту закљученог 5. 9. 2008. године била прописана могућност за кориснике кредита да у току периода отплате кредита поднесу банци захтев да се преостали износ главнице искаже у еврџу и да у том смислу

²⁷ Опачић, А. (2015). „Заштита корисника финансијских услуга у контексту хармонизације са правом ЕУ“, *Услуге и заштита корисника* (уредник Миодраг Мићовић), Крагујевац, стр. 328.

²⁸ Доступно на адреси: <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev-23732016-obligaciono-pravo-ugovor-okreditu-raskidanje-ili-izmene-ugovora-zbog-promenjenih>, 28. 8. 2018.

банка изврши конверзију преосталог износа главнице у евро, у складу са својом пословном политиком која буде важила у тренутку подношења захтева за конверзију. Нижестепени судови се уопште нису бавили овим питањем, па није утврђено да ли су се тужиоци обраћали туженој банци са таквим захтевом (за измену своје уговорне обавезе конверзијом преосталог износа главнице у евро) у смислу члана 6 наведеног уговора о кредиту, а у ком смислу су у ствари и поставили свој евентуални тужбени захтев. Зато ће првостепени суд у поновном поступку утврдити да ли су се тужиоци као корисници кредита користили овом могућношћу и, ако нису, који су разлози за то. Поред тога, оваква обавеза, односно дужност банке: да кредит индексиран у швајцарским францима и другој страниј валути конвертује у кредит индексиран у евро, по курсу и на начин предвиђен овом одлуком, прописана је и Одлуком Народне банке Србије о мерама за очување стабилности финансијског система у вези са кредитима индексираним у страниј валути ('Службени гласник РС', бр. 21/15 и 51/2015) донетом 24. 2. 2015. године. Тачком 3 ове одлуке прописана је дужност и обавеза банке (за уговоре о кредиту који су закључени пре почетка примене Закона о заштити корисника финансијских услуга) да корисницима стамбених кредита индексираних у швајцарским францима, најкасније 30 дана од дана ступања на снагу ове одлуке, понуди четири конкретно наведена модела закључења анекса уговора којим би се изменили услови отплате кредита. Због тога ће првостепени суд такође утврдити да ли је тужена банка доставила тужиоцима понуду за закључење анекса уговора о кредиту у смислу одредаба цитиране одлуке.“

Одредба о праву корисника кредита на конверзију садржана је у уговорима многих банака, а поред тога и цитирана одлука Народне банке Србије обавезивала је све банке да понуде четири модела конверзије, што су банке и учиниле. То у суштини онемогућава суд да изрекне раскид у смислу члана 133 став 4 ЗОО, осим ако не оцени да није реч о правичној измени.

Поред тога, Врховни касациони суд је заузео јасан став да се промене курса CHF у односу на евро, не могу *a priori*, саме по себи узети као разлог за раскид уговора, већ је потребно да постоје и друге законске претпоставке, а нарочито оне које се односе на предвидивост промењених околности: „Такође се за сада не може прихватити као правилно становиште нижестепених судова да се искључиво из разлога енормне ап्रेसијације CHF у односу на евро настале после закључења

уговора о кредиту, не може остварити сврха уговора и да би зато било неправично одржати га на снази, с обзиром да су пропустили да цене претпоставке из члана 133 став 2 ЗОО, којим је прописано да раскид уговора не може захтевати страна која се позива на промењене околности, а која је била дужна да их узме у обзир у време закључења уговора или их је могла избећи“...

Такође, према ставу Врховног касационог суда приликом оцене могућности корисника кредита да предвиди валутни ризик, морају се узети у обзир његове индивидуалне особине, укључујући и његову професију: „С тим у вези неопходно је утврдити све околности у вези са закључењем уговора, односно да ли су корисници кредита ваљано разумели садржину уговорних одредаба и да ли су могли да у пуној мери оцене економске последице закључења уговора о швајцарским францима, односно тај девизни ризик. Због тога је потребно утврдити и које су професије корисници кредита јер је та чињеница од значаја за примену начела савесности и поштења из члана 12 ЗОО.“

На крају, у решењу Врховног касационог суда заузет је став о праву на информисање као саставном делу начела савесности и поштења: „Начело савесности и поштења подразумева право на информисање и на дужност обавештавања, што је уграђено у правила из Закона о заштити потрошача (‘Службени гласник РС’ број 79/2005). Чл. 3, 17 и 46 овог закона прописано је право потрошача да буде информисан (што подразумева располагање чињеницама од значаја за правилан избор), а та информација мора бити јасна, потпуна и недвосмислена.“²⁹

„Пилот“ пресуда Апелационог суда у Београду о предвидљивости раста курса швајцарског франка

Првом, односно „пилот“ пресудом Апелационог суда у Београду³⁰ одбијена је жалба тужиоца и потврђена првостепена пресуда којом

²⁹ Слична правила садржи и важећи Закон о заштити потрошача – „Службени гласник РС», бр. 62/2014, 6/2016, 44/2018).

³⁰ Грађанско одељење судске праксе Апелационог суда у Београду напомиње да се ради о „пилот“ пресуди (прва пресуда) која је експедована из суда, јер се очекује изјављивање ревизије незадовољне странке како би Врховни касациони суд заузео правни став о овим спорним питањима. До доношења одлуке Врховног касационог суда, судијама овог одељења је предложено да застану са одлучивањем по жалбама ради једнаког поступања у једнаким стварима који се заснивају на истом чињеничном стању и правном основу. Доступно на адреси: <http://www.bg.ap.sud.rs/cr/articles/sluzba-za-odnose-sa-javnoscu/aktuelni-predmeti/drugostepeno-gradjansko/dg-donete-odluke/>, 18. 4. 2018.

је одбијен тужбени захтев за раскид уговора о стамбеном кредиту у швајцарским францима због промењених околности, уз образложење да нису испуњени ни објективни ни субјективни услови за раскид уговора.

У погледу тужбеног захтева којим је због промењених околности тражен раскид уговора о стамбеном кредиту у швајцарским францима у динарској противвредности по куповном курсу банке на дан пуштања кредита у течај, од 3. јануара 2008. године, Апелациони суд је закључио да промена курса швајцарског франка „није неуобичајена појава ни на домаћем ни на међународном девизном тржишту“. Такође, суд закључује: „Раст курса било које валуте, па и швајцарског франка у односу на динар, који се већ догодио у прошлости, могао се предвидети. Ово посебно када се има у виду историјско кретање вредности динара у односу на немачку и остале валуте у протеклим деценијама јер је општепознато да је депресијација динара током хиперинфлације у периоду од 1992. до 1994. године постојала на дневном нивоу и иста је износила преко 300.000.000%. Код такве историје кретања курса динара у односу на светске валуте у блиској прошлости депресијација динара у односу на швајцарски франак није непредвидива, па се та чињеница могла предвидети у време закључења уговора. То значи да је за закључак о постојању промењених околности недовољна чињеница то што је увећан курс швајцарског франка у односу на динар, већ је требало утврдити да ли је у истом периоду дошло и до пораста цене. Такође је требало доказати постојање субјективних околности због којих је очигледно да предметни уговор више не одговара очекивањима тужиље и да би било неправично држати га на снази, а које чињенице тужиља није доказала до закључења главне расправе. На ове околности тужиља је предложила нове доказе у жалби (слабо имовно стање), али они не могу бити предмет разматрања другостепеног суда јер није учињено вероватним да их тужиља без своје кривице није могла изнети у првостепеном поступку.“³¹

У наведеној правноснажној пресуди основни аргумент у прилог неоснованости тужбеног захтева за раскид уговора о стамбеном кредиту у швајцарским францима, позивом на институт промењених окол-

³¹ Пресуда Апелационог суда у Београду Гж 1751/18 од 15. марта 2018. године којом је одбијена жалба тужиље и потврђена првостепена пресуда Вишег суда у Београду П бр. 3222/17 од 12. децембра 2017. године, којом је, између осталог, због недостатка правног интереса одбачена тужба у погледу захтева да се утврди да је уговор о стамбеном кредиту ништав, одбијен је тужбени захтев да се тужена банка обавезе да исплати одређени износ са законском затезном каматом, а такође одбијен је и евентуални тужбени захтев да се раскине уговор о стамбеном кредиту. Доступно на адреси: <http://www.bg.ap.sud.rs/cr/articles/sluzba-za-odnose-sa-javnoscu/aktuelni-predmeti/drugostepeno-gradjansko/dg-donete-odluke/>, 18. 4. 2018.

ности, јесте предвидивост депресијације курса динара, базирана на историјским искуствима, односно да се раст курса било које валуте, па и швајцарског франка у односу на динар, који се већ догодио у прошлости, могао предвидети у време закључења спорног уговора. Суд је, дакле, применио правило из члана 132 став 2 ЗОО, у коме је прописано да се раскид уговора не може захтевати ако је страна која се позива на промењене околности била дужна да у време закључења уговора узме у обзир те околности. Такође, за раскид је неопходно да тужилац докаже и постојање објективних и субјективних околности, на које је указано у правној теорији,³² односно законских претпоставки из члана 133 став 1 ЗОО, о којима је било речи, а што, по оцени суда, тужилац није учинио.

Кретање курса франка у односу на евро и динар током 2017. и 2018. године, као разлог против примене института раскида уговора због промењених околности

Кретање курса франка у односу на евро, током последњих 10 година, одликовале су осцилације. Било је раста, са изразитим скоковима (врх, енгл. *peak*) и пада курса франка у односу на евро. У последње две године франак је у паду односу на евро.³³ Пад франка у односу на евро изражен је од почетка 2017. године.³⁴ Пад франка у односу на динар од почетка 2017. године још је израженији него пад евра у односу на динар.³⁵ Т оком последњих 10 година било је раста, али и оштрих падова кура франка у односу на динар, с тим што је од почетка 2017. године франак у константом паду.³⁶

Закључак је да су и франак и евро од почетка 2017. године у паду у односу на РСД, с тим што је пад курса франка израженији, из чега следи да у и рате кредита (ануитети) који се отплаћују у динарској противвредности знатно мање него прошле и претпрошле године. Стога, није основан покушај појединих корисника кредита са валутном клаузулом у СНФ да тренутни скок курса франка у односу на евро и РСД (врху-

³² Козар, В., Алексић, Н. (2017). „Нарушавање начела једнаке вредности давања уговарањем валутне, девизне или индексне клаузуле“, *Услуге и одговорност* (ур. Миодраг Мићовић), Крагујевац, стр. 279–303.

³³ <https://www.xe.com/currencycharts/?from=CHF&to=EUR&view=10Y>, 10. 5. 2018.

³⁴ <https://www.xe.com/currencycharts/?from=CHF&to=EUR&view=2Y>, 10. 5. 2018.

³⁵ <https://www.kamatica.com/kursna-lista/analiza-eur>, 10. 5. 2018.

³⁶ <https://www.kamatica.com/kursna-lista/analiza-chf>, 10. 5. 2018.

нац, енгл. *peak*) искористе као разлог за раскид уговора због промењених околности. Јер једно тренутно стање, које је постојало током 2016. године, престало је да постоји од почетка 2017. године, од када је франак у константном паду, а тиме и разлози за евентуални раскид уговора, који је неоснован и због непостојања других кумулативних законских разлога. Промењене околности морају се посматрати током целог уговореног периода кредита, односно трајања уговора, а не у једном моменту флукуације кретања курса појединих валута на девизном тржишту, који тужиоци неосновано покушавају да искористе као разлог за раскид.

Правне последице раскида уговора

ЗОО не прописује правне последице раскида уговора због промењених околности, осим посебног правила о накнади правичног дела штете другој страни, коју трпи због тога (члан 133 став 5), које искључује примену општих правила о уговорној одговорности, јер се заснива на идеји правичности.³⁷ О том питању готово да нема устаљене судске праске, јер за готово 40 година важења овог закона, у судској пракси није забележено усвајање тужбеног захтева за раскид уговора због промењених околности, а још мање да су донете релевантне одлуке о последицама раскида.

Судови, у случају спора о правним последицама раскида, требало би да се послуже аналогijом ради попуњавања правне празнине... Најближе раскиду уговора због промењених околности јесте дејство раскида уговора због неиспуњења из члана 132 ЗОО, у коме је прописана обавеза враћања датог, с тим што је страна која враћа новац дужна платити затезну камату од дана кад је исплату примила. Такође, након раскида наступа правно-техничко стање које одговара стицању без основа (уговор као основ стицања је отпао), у смислу члана 210 став 2 ЗОО³⁸. У том случају примењује се правило о обиму враћања из члана 214 ЗОО, у коме је прописано: „Кад се враћа оно што је стечено без основа, морају се вратити плодови и платити затезна камата, и то, ако је стицалац несавестан, од дана стицања, а иначе од дана подношења захтева.“³⁹

³⁷ Шолаја И. (2017)., „Накнада правичног дела штете у случају раскида уговора због промењених околности“, *Независност правосуђа* (ур. Милорад Беатовић), Нови Сад, стр. 308.

³⁸ Патић, П. (2016а), стр. 437

³⁹ Козар, В., Алексић, Н., Пантелић, Н., стр. 28.

У споровима у којима је једна од парничних странака истакла захтев за враћање датог, судови се нису мериторно изјаснили о основаности и висини таквог тужбеног захтева, односно нису дефинитивно одлучили о праву на реституцију као последици раскида, већ су тужбени захтев одбили „као преурањен“, уз образложење да је у конкретном случају уговор раскинут у судском поступку, преображајем ранијег правног односа међу странкама, неправноснажном пресудом, па ће правне последице раскида уговора и захтеви за враћање онога што је примљено и евентуални захтеви за накнаду правичне штете, наступити правноснажношћу пресуде, од када се ови захтеви могу сматрати доспелим.⁴⁰ Суд је, одбијајући „као преурањен“ тужбени захтев за реституцију, односно враћање датог, у суштини применио правило из члана 343 став 1 ЗПП, у коме је прописано да „суд може да наложи туженом да изврши одређену чинидбу само ако је она доспела до закључења главне расправе.“ Иако закон не разликује одбијање тужбеног захтева „као неоснованог“ од одбијања тужбеног захтева „као преурањеног“, у судској пракси се прави таква разлика која захтева уношење разлога одбијања у изреку пресуде. У правној теорији постоји мишљење да сувишно уношење у изреку пресуде да се захтев због недоследности чинидбе одбија „као преурањен“, јер се изрека о неоснованости везује за тренутак закључења главне расправе на основу које се одлучује. А чињенице које наступају после тог тренутка, а које мењају материјалноправно стање, отварају могућност нове парнице. Таква чињеница је доспелост.⁴¹ Стога нова тужба, поднета после доспелости потраживања, односно чинидбе, не би могла бити одбачена због пресуђене ствари, без обзира на то да ли је у изреку пресуде којом је одбијен тужбени захтев због недоследности чинидбе у време закључења главне расправе, унет израз „као преурањен“, или не. Према томе, није било сметње да суд првостепеном, неправноснажном, пресудом истовремено мериторно одлучује и о захтеву за раскид уговора, као о основаности захтева за реституцију – за враћање онога што је дато у испуњењу таквог уговора, јер ако таква пресуда поста-

⁴⁰ Пресудом Основног суда у Шапцу ЗП 73/14 од 12. 4. 2017. године, усвојен је евентуални тужбени захтев, тако што је ставом II изреке раскинут уговор о стамбеном кредиту закључен у августу 2007. године између тужене банке и тужиоца – физичког лица Д.Ј. из Ш..., због битно промењених околности. Међутим, у ставу IV изреке одбијен је као преурањен „тужбени захтев тужиље да се обавезу тужилац и тужени да врате супротној страни оно што су примиле по основу уговора о стамбеном кредиту и то да тужиља туженом износ од 3.688.206,95 динара а тужена тужиљи износ од 1.930.780,00 динара“ – Необјављена, из архиве аутора. Након доношења првостепене пресуде поступак је окончан повлачењем тужбе.

⁴¹ Познић, Б. (1987). *Грађанско процесно право*, Београд, стр. 281..

не правноснажна наступиће истовремено раскид уговора и његова правна последица – реституција. А и раскид уговора и реституција јесу последица материјалне правноснажности пресуде, дакле њеног дејства – важења као правног акта.⁴²

Насупрот изложеном ставу о „преурањености“ захтева за реституцију, донета је нова, такође првостепена, неправноснажна пресуда⁴³ о тужбеном захтеву за враћање датог, као последици раскида, „сходном“ применом правила из цитираног члана 132 ЗОО о дејству раскида уговора због неиспуњења. Наиме, суд је утврдио да „разлика између примљеног и враћеног кредита на дан израде налаза и мишљења вештака 28. 11. 2017. године у валути CHF износи 28.138,00 CHF односно 2.880.126,89 динара... Имајући у виду да је разлика између примљеног и враћеног кредита у CHF 2.880.126,89 динара или 28.138,00 CHF, то су у конкретном случају потраживања туженог према тужиоцу како је опредељено евентуалним тужбеним захтевом у наведеном износу законском каматом како је одлучено у ставу 3 изреке пресуде.“ Суд је, дакле, од износа кредита (главнице) од 74.722,58 CHF који је тужена банка исплатила тужиоцу, пуштањем у течај 28. 12. 2007. године одбио (одузео) износ од 46,584,58 CHF колико је тужилац платио – вратио туженој банци до дана вештачења 28. 11. 2017. год, закључивши да тужилац банци треба да врати само разлику „између примљеног и враћеног кредита“ ... која износи 28.138,00 CHF. При томе, у ставу III изреке ожалбене пресуде, утврдио је „да постоји потраживање“ тужене банке према тужиоцу, на име враћања датог због раскида Уговора о стамбеном кредиту за изградњу непокретности од 27. 12. 2007. године, у износу од 28.138,00 CHF у динарској противвредности, по средњем курсу евра на дан вештачења 28. 11. 2017. године, са затезном каматом по стопи прописаној чланом 4 став 1 Закона о затезној камати, која се има обрачунавати почев од 29. 11. 2017. године, до исплате. Значи, суд туженој банци признаје право на било какву камату (у конкретном случају на затезну камату) тек почев од дана вештачења, односно од 29. 11. 2017. године, до исплате, омогућивши на тај начин тужиоцу „бесплатан новац“ у периоду од скоро 10 година, односно дајући право тужиоцу да сред-

⁴² Козар, В., Божић, В. (2017). „Институт раскида уговора о кредиту кроз призму клаузуле *rebus sic stantibus* и права на накнаду штете“, *Одговорност за штету, накнада штете и осигурање* (ур. Здравко Петровић и Владимир Чоловић), Београд–Зрењанин, стр. 266.

⁴³ Пресуда Вишег суда у Краљеву 1 П. 5/17 од 29. 1. 2018. године, необјављена, из архиве аутора. Против наведене пресуде тужена банка изјавила је жалбу, о којој још није одлучено, према подацима са портала судова Србије, доступно на адреси: <https://tpson.portal.sud.rs/tposvs/10.05.2018>.

ства која су му уплаћена 28. 12. 2007. године (из имовине банке, а посредно и из имовине штедиша – грађана Републике Србије, чији депозити износе око 9 милијарди EUR, односно других депонената, као и власника капитала тужене банке), користи без икакве накнаде 9 година и 11 месеци. Таква одлука првостепеног суда не само што је неправична, већ је и у директној супротности са одредбама члана 132 ЗОО, који регулише дејство раскида.⁴⁴ Наиме, суд се позвао на одредбе овог члана, наводећи: „Сходно одредбама чл. 132 ЗОО-а раскидом уговора обе стране су ослобођене својих обавеза, а у ставу 3 је предвиђено да ако обе стране имају право захтевати враћање датог, узајамна враћања се врше по правилима за извршење двостраних уговора“. Међутим, суд јесте применио одредбе из ст. 1 и 3, али није применио одредбу из става 5 тога члана, која гласи: „Страна која враћа новац дужна је платити затезну камату од дана кад је исплату примила.“ Упркос томе што је суд правилно утврдио да је тужилац цео износ новца – кредита примио пуштањем у течај 28. 12. 2007. године и то у износу од 74.722,58 CHF у динарској противвредности, он туженој банци признаје право на затезну камату тек од дана вештачења у поступку, тј. од 29. 11. 2017. године, до исплате, чиме је погрешно применио материјално право, и то одредбу из цитираног става 5 члана 132 ЗОО, на који се позвао у образложењу ожалбене пресуде, јер је требало да туженом призна право на затезну камату почев од 28. 12. 2007. године.

Такође, поставља се питање какве би биле последице раскида уговора о стамбеним кредитима на односе између банака и Националне корпорације за осигурање стамбених кредита (НКОСК).⁴⁵ Код НКОСК је осигурано 90.000 кредита вредности 3,35 милијарди евра. За десетак година, колико постоји ова институција, преузела је плаћање за 1.300 доспелих кредита. До сада је продато око 240 непокретности. Чињеница је да је све више дужника који имају проблема у отплати стамбених позајмица јер је, само у последње две године, њихов број удвостручен. Међутим, овакви кредити чине свега 1,45 одсто осигураних позајмица, што значи да је реч о малом броју доспелих, а неплаћених кредита у односу на укупан портфолио. Тачних података колико је активираних хипотека у Србији заправо нема, зато што нису сви кредити осигурани код НКОСК. Ова институција осигурава само стамбене зајмове, али не и

⁴⁴ Козар, В. (2018). „Раскид уговора о кредиту са валутном клаузулом због промена курса швајцарског франка“, *Култура полиса* бр. 36, стр. 607.

⁴⁵ Ђатић, П. (2016). „Уговор о кредиту и савремени проблеми који га прате“, *Право и привреда*, вол. 54, бр. 1-3, стр. 124.

кредите за бизнис код којих је неко као средство обезбеђења давао стан, кућу, пословни простор.⁴⁶

Кумулација валутне клаузуле и уговорне камате

У судској пракси заузет је правни став о дозвољености кумулације валутне клаузуле (CHF или EUR) и уговорне камате у уговорима о кредиту: „Нема незаконитог поступања банке у уговарању вредности обавезе у девизама (валута обавезе), уз истовремено уговарање да се плаћање и наплаћивање такве уговорне обавезе врши у динарима (валута исплате), нити у задуживању корисника кредита уговореним износом камате. Валутна клаузула је саставни део уговора, те је тиме подвргнута нормама облигационог права и његовим основним начелима. Једно од тих начела је начело једнаке вредности узајамних давања, садржано у чл. 15 ЗОО. Повреда овог начела постојала би уколико једна уговорна страна, применом валутне клаузуле, добија много више него што је дала, тј. уколико она за последицу има значајно увећање дуга изнад реалне вредности (нпр. ако се раст номиналне вредности главнице у динарима пореди са осталим параметрима – растом курса других валута, стопом инфлације, тржишном ценом некретнина које су биле предмет куповине наменског кредита, итд.). У том случају, нужно је размотрити њено дејство сходно начелу једнаке вредности узајамних давања из чл. 15 ЗОО. У случају када је применом валутне клаузуле – овде CHF (која у суштини треба да штити потраживање повериоца од последица инфлације домаћег новца) банка остварила много више него што је дала, и то само због енормног скока курса валуте, може бити повређен циљ такве одредбе и тада уговорена валутна клаузула може довести до нееквивалентности узајамних давања уговарача, и то на штету корисника кредита“ (одговор утврђен на седницама Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда од 3. 11. 2015, 4. 11. 2015. и 26. 11. 2015. године и Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове од 30. 11. 2015. године).

Изложени правни став не даје изричит одговор на питање правне судбине валутне клаузуле, односно уговора о кредиту, уколико је дошло до повреде начела једнаке вредности узајамних давања из чл. 15 ЗОО услед пораста курса валуте у којој је индексирање извршено, већ само сугерише да је „нужно је размотрити њено дејство“ сходно наведеном

⁴⁶ <https://www.kamatika.com/vest/na-dobos-otislo-1300-stanova/54349> 18. 8. 2017.

начелу. Међутим, свака нееквивалентност узајамних давања уговарача, односно евентуална повреда начела једнаке вредности узајамних давања из чл. 15 ЗОО, сама по себи нужно не доводи до непуноважности валутне клаузуле или уговора о кредиту у целини, односно до његовог раскида. Јер, према ст. 1 овог члана, „у заснивању двостраних уговора стране полазе од начела једнаке вредности узајамних давања.“ Међутим, према ст. 2, „законом се одређује у којим случајевима нарушаваће тога начела повлачи правне последице.“ Према томе, закон је на овај начин прихватио начело еквивалентне размене код двостраних уговора, а конкретна правна средства којима штити ово начело детаљно је регулисао посебним одредбама (Перовић, 1986, пп. 65). Једно од тих правних средстава јесте и институт раскид уговора због промењених околности из чл. 133 ЗОО. Дакле, правне последице могу наступити само у изричито законом прописаним случајевима, уз испуњење свих услова предвиђених за примену конкретног правног средства којим се штити начело једнаке вредности давања, односно претпоставки које закон тражи, нпр. за раскид уговора због промењених околности (ЗОО, чл. 133), или за поништај уговора због прекомерног оштећења (ЗОО, чл. 139) односно за утврђење ништавости зеленашког уговора (ЗОО, чл. 141), што значи да за усвајање тужбеног захтева за раскид уговора или за поништај, односно утврђење ништавости уговора или поједине његове одредбе, није довољан само закључак суда да је дошло до повреде начела једнаке вредности давања из чл. 15 ЗОО.

Став о пуноважности уговора о динарским кредитима са валутном клаузулом прихваћен је и у закључку са округлог стола – „О спорним питањима примене права у грађанској материји“ – Банкарски уговор о динарском кредиту са валутном клаузулом – Пуноважност и раскид, према коме: „У погледу утврђења ништавости ових уговора у целини, судска пракса је уједначена, и то тако што судови сматрају да су пуноважни уговори о динарским кредитима са валутном клаузулом, који су закључени између пословних банака, као давалаца кредита и физичких или правних лица, као корисника кредита, јер испуњавају услове прописане Законом о облигационим односима у погледу форме и садржине уговора.“⁴⁷

Став о законитости девизне клаузуле заузет је и у судској пракси суседних земаља. Наиме, Врховни суд Републике Хрватске потврдио је правноснажну одлуку којом је потврђено да је девизна клаузула легал-

⁴⁷ Субић, В. (2016), *Билтен Врховног касационог суда*, 3: <http://www.propisionline.com>.

на (па и она у CHF), али и да је једнострана промена каматне стопе, без унапред утврђених критеријума, нелегална.⁴⁸

Пуноважност истовременог уговарања валутне клаузуле у EUR и камате по стопи вишој од затезне камате

Изложени став о дозвољености кумулације валутне клаузуле са уговореном каматом, по стопи вишој од стопе законске затезне камате, примењен је у пракси судова, приликом одлучивања у конкретном спору о основаности тужбеног захтева за ништавост уговорне одредбе о валутној клаузули у EUR, и последицама ништавости – захтеву за враћање „преплаћеног“ износа кредита, односно више плаћених ануитета, као и враћање средстава обезбеђења – заложне изјаве и меница: Ожалбеном пресудом првостепеног суда усвојен је тужбени захтев и утврђено је да су ништаве одредбе уговора о стамбеном кредиту из 2002. године о валутној клаузули у EUR, односно да је ништава одредба која гласи: „Усклађивање ануитета са растом средњег курса за девизе за евро се врши сваког 1. у месецу само ако је промена курса евра већа од 5% у односу на последњу измену ануитета”. Такође, обавезана је тужена банка да тужиоцу, кориснику кредита, исплати износ од 460.355,26 динара на име више плаћених ануитета, са затезном каматом од 1. 12. 2015. године до исплате, као и да тужиоцу преда све оригиналне примерке заложне изјаве и оригиналне примерке меница потписаних од стране тужиоца лично и трећих лица у сврху обезбеђења потраживања по наведеном уговору, те је утврђено да исти не производе правно дејство након правноснажности ове пресуде.

Другостепени суд је закључио да је жалба тужене банке основана. Првостепени суд је с позивом на одредбе чл. 103, ст. 1 и чл. 1065 ЗОО и чл. 20 Закона о девизном пословању („Службени лист СРЈ“, бр. 23/02) усвојио у целости тужбени захтев сматрајући да је у конкретном случају стопа уговорене камате већа од стопе затезне камате и истовремено је уговорена и валутна клаузула, те је целокупан валутни ризик пребачен на клијента, чиме се нарушавају начело равноправности странака и начело једнаке вредности узајамних давања, те се не може признати ваљаност уговорених одредаба којима је установљена обавеза клијента да врати динарску противвредност износа стране валуте, а као последица ништа-

⁴⁸ Качер, Х., Иванчић Качер, Б. (2016), „Проблеми познати као CHF case у 2016. год. – quo vadis CHF“, у Мићовић, М. (ур.), *Услуге и услужна правила*, Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, стр. 190.

ности тужени је у обавези да тужиоцу по основу више плаћених ануитета исплати износ од 460.355,26 динара, као и да тужиоцу преда све оригиналне примерке средстава обезбеђења. Доносећи ожалбену одлуку, првостепени суд је због погрешне примене материјалног права непотпуно утврдио чињенично стање. Правилно првостепени суд налази да је сагласно одредбама чл. 1065 ЗОО тужилац био у обавези да туженом плаћа уговорену камату и добијени износ новца врати у време и на начин како је утврђено уговором, као и да је одредбама чл. 20 тада важећег Закона о девизном пословању („Службени лист СРЈ“, бр. 23/2002 и 34/2002) било прописано да овлашћена банка не може резиденту одобрити кредит у девизама. Међутим, сагласно одредбама чл. 21 истог закона, било је дозвољено уговарање у девизама у земљи, с тим што се плаћање и наплаћивање врши у динарима. Стога, тужени је био овлашћен да приликом закључења уговора о кредиту уговара валутну клаузулу, чија је сврха очување вредности међусобних потраживања. Супротно становишту првостепеног суда, уговарање валутне клаузуле и каматне стопе која је већа од стопе законске затезне камате не представља двоструку заштиту вредности кредита. Наиме, валутна клаузула, како је напред наведено, представља заштитну клаузулу чија је сврха очување вредности кредита, док је уговорена камата накнада коју корисник кредита плаћа банци као цену коришћења новчаних средстава одобреног кредита. При том банка са физичким лицем може слободно да уговара каматну стопу, која само мора да буде одређена и одредива, а није противно принудним прописима да стопа уговорене камате буде већа од стопе законске затезне камате. Не може се за сада прихватити становиште првостепеног суда да је предметни кредит у целости исплаћен и да је тужилац исплатио туженом више од своје уговорне обавезе, јер првостепени суд, полазећи од погрешне примене материјалног права, није утврдио све чињенице од значаја за пресуђење. Тако изостаје утврђење о томе када је тужени прогласио кредит доспелим и колико је износио дуг туженог на тај дан обрачунат у складу са уговорним одредбама, узимајући у обзир извршене уплате на име рата кредита. У поновљеном поступку првостепени суд ће разјаснити све наведене околности и поново одлучити о тужбеном захтеву, као и о трошковима целокупног поступка.⁴⁹

Изложени став суда од велике је важности за читав банкарски сектор, јер је у нашој земљи највећи број кредита одобрен са валутном клаузулом у EUR, и стога, далеко превазилази значај појединачног спора, у коме је изражен. Када се посматра валутна структура кредита банкар-

⁴⁹ Из решења Апелационог суда у Новом Саду Гж. 4345/17 од 13. априла 2018. године, необјављено, из архиве аутора.

ског сектора Србије, на крају првог тромесечја 2017. године, удео девизних и девизно индексираних кредита износи 69,7%. Доминантна валута индексације кредита у банкама у Србији је евро, са уделом од 63,0% (односно 90,3% у укупним бруто девизним и девизно индексираним кредитима), што представља, поред номиналног, и релативно смањење у односу на крај 2016. године. Следе кредити у швајцарским францима и америчким доларима са уделима од 4,9% (7,0% укупних бруто девизних и девизно индексираних кредита) односно 1,6% (2,3% укупних бруто девизних и девизно индексираних кредита), респективно, релативно и номинално смањење кредита у швајцарским францима и повећање у америчким доларима.⁵⁰

Закључак

Валутна клаузула је уговарање вредности обавезе у девизама (валута обавезе), с тим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима (валута исплате). Валутна клаузула не представља начин мерења динарског износа (није валориметар) који је корисник кредита примио и који треба да врати, већ представља његову девизну обавезу.

Начело једнаке вредности давања, као основно правило двострано теретних уговора, заштићено је, поред прекомерног оштећења и забрањене зеленашких уговора, још и могућношћу раскида или измене уговора због промењених околности.

Судска пракса о захтевима за раскид уговора о кредиту због промењених околности није уједначена. Постоји пресуда о раскиду којом је суд, усвајајући тужбени захтев, изрекао раскид уговора о дугорочном стамбеном кредиту „услед битно промењених околности“, као и супротно правно схватање, изражено у другој пресуди, према коме „повећање курса швајцарског франка у односу на моменат закључења уговора у смислу чл. 133, ст. 1 ЗОО, не представља оправдан разлог за тражени раскид уговора.

Закон не прописује правне последице раскида уговора због промењених околности. О том питању нема устаљене судске праксе. Према једном мишљењу, тужбени захтев за враћање датог треба одбити „као преурањен“ док одлука о раскиду не постане правноснажна.

⁵⁰ https://www.nbs.rs/internet/latinica/55/55_4/kvartalni_izvestaj_I_17.pdf, 23. 5. 2018.

С друге стране, постоји супротан став, према коме се о враћању датог одлучује истовремено, дакле уз захтев за раскид уговора, сходном применом правила о дејству раскида уговора због неиспуњења.

У уговорима о кредиту дозвољена је кумулација валутне клаузуле (CHF или EUR) са уговорном каматом по стопи вишој од затезне камате.

Литература

Ћатић, П. (2016а). „Валутна клаузула, раскид и последица раскида уговора о кредиту са валутном клаузулом“, *Правни живот*, бр. 11, стр. 439.

Kozar, V. (2017). “Violation of the Principle of Equality of Consideration by Contracts with Currency or Index clause in Banking Operations“, Sixth International Scientific Conference Employment, Education and Entrepreneurship (EEE2017), Book of Abstracts Belgrade Serbia, Editors: Vladimir Ristanović, et al., pp. 90.

Перовић, С. (1986). *Облигационо право*, Београд.

Ђорђевић, Ж., Станковић В. (1986). *Облигационо право*, Београд.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж. бр. 1781/16 од 01.09.2016. број П. 27/2015 од 11. 2. 2016. године. (доступно на адреси: <http://www.rporisonline.com/Practice/Decision/50391>, 10. 4. 2017)

Козар, В., Алексић, Н. (2017) „Правне последице раскида уговора о кредиту са валутном клаузулом због промењених околности“, *Право и привреда*, бр. 1-3.

Врховшек, В., Козар, В. (2017). „Материјалне и процесне претпоставке за раскид уговора о кредиту са валутном клаузулом у швајцарским францима због промењених околности“, *Правни живот*, бр. 11.

Козар, В., Алексић, Н., Пантелић, Н. (2017). *Раскид уговора о кредиту са валутном клаузулом због промењених околности и правне последице раскида*, Београд.

Козар В., Божић В. (2017). „Институт раскида уговора о кредиту кроз призму клаузуле *rebus sic stantibus* и права на накнаду штете“,

Одговорност за штету, накнада штете и осигурање (ур. Здравко Петровић и Владимир Чоловић), Београд.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж. бр. 3042/2015 од 3. 11. 2015.

Пантелић, Н. (2016). „Природа задуживања банака у иностраној валути“, *Правни живот*, бр. 11.

Опачић, А. (2015). „Заштита корисника финансијских услуга у контексту хармонизације са правом ЕУ“, *Услуге и заштита корисника* (уредник Миодраг Мићовић), Крагујевац.

Козар, В., Алексић, Н. (2017). „Нарушавање начела једнаке вредности давања уговарањем валутне, девизне или индексне клаузуле“, *Услуге и одговорност* (ур. Миодраг Мићовић), Крагујевац.

Шолаја И. (2017). „Накнада правичног дела штете у случају раскида уговора због промењених околности“, *Независност правосуђа* (ур. Милорад Беатовић), Нови Сад.

Познић, Б. (1987). *Грађанско процесно право*, Београд.

Козар, В. и Божић, В. (2017). „Институт раскида уговора о кредиту кроз призму клаузуле *rebus sic stantibus* и права на накнаду штете“, *Одговорност за штету, накнада штете и осигурање* (ур. Здравко Петровић и Владимир Чоловић), Београд–Зрењанин.

Субић, В. (2016), *Билтен Врховног касационог суда*, 3: <http://www.rgopisionline.com>.

Качер, Х. & Иванчић Качер, Б. (2016), „Проблеми познати као CHF case у 2016. год. – quo vadis CHF“, у Мићовић, М. (ур.), *Услуге и услужна правила*, Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, стр. 190.

Козар, В. (2018). „Раскид уговора о кредиту са валутном клаузулом због промена курса швајцарског франка“, *Култура полиса* бр. 36.

Ћатић, П. (2016). „Уговор о кредиту и савремени проблеми који га прате“, *Право и привреда*, вол. 54, бр. 1-3.

Решење Врховног касационог суда, Рев 2373/2016 од 21. 6. 2018. године, доступно на адреси: <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev-23732016-obligaciono-pravo-ugovor-o-kreditu-raskidanje-ili-izmene-ugovora-zbog-promenjenih>, 28. 8. 2018.

Судска пракса привредних судова – билтен бр. 4/2015, објављен у Електронској правној бази Paragraf lex, <http://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/> 10. 5. 2018

„Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99 (Даље у тексту и фуснотама: ЗОО)

Одлука о адекватности капитала банке, „Службени гласник РС“, бр. 103/2016, тач. 363 ст. 3.

Закон о девизном пословању, „Службени гласник РС“, бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012, 139/2014), члан 2 тачка 24 (Даље у тексту и фуснотама: ЗДП)

Закон о заштити потрошача – „Службени гласник РС“, бр. 62/2014, 6/2016, 44/2018)

Пресуда Апелационог суда у Београду Гж 1751/18 од 15. марта 2018. Доступно на адреси: <http://www.bg.ap.sud.rs/cr/articles/sluzba-za-odnose-sa-javnoscju/aktuelni-predmeti/drugostepeno-gradjansko/dg-donete-odluke/>, 18. 4. 2018.

Пресуда Основног суда у Шапцу ЗП 73/14 од 12. 4. 2017.

Пресуда Вишег суда у Краљеву 1 П. 5/17 од 29. 1. 2018. доступно на адреси: <https://tpson.portal.sud.rs/tposvs/10.05.2018.>

Решења Апелационог суда у Новом Саду Гж. 4345/17 од 13. априла 2018. године, необјављено, из архиве аутора.

<https://www.kamatica.com/vest/na-dobos-otislo-1300-stanova/54349> 18. 8. 2017.

https://www.nbs.rs/internet/latinica/55/55_4/kvartalni_izvestaj_I_17.pdf, 23. 5. 2018

<https://www.xe.com/currencycharts/?from=CHF&to=EUR&view=10Y>, 10. 5. 2018.

<https://www.xe.com/currencycharts/?from=CHF&to=EUR&view=2Y>, 10. 5. 2018.

<https://www.kamatica.com/kursna-lista/analiza-eur>, 10. 5. 2018.

<https://www.kamatica.com/kursna-lista/analiza-chf>, 10. 5. 2018.

<https://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev-23732016-obligaciono-pravo-ugovor-o-kreditu-raskidanje-ili-izmene-ugovora-zbog-promenjenih>, 28. 8. 2018.

TERMINATION AND VOIDNESS OF LOAN CONTRACTS WITH CURRENCY STIPULATION IN PRACTICE OF REPUBLIC OF SERBIA'S COURTS

Vladimir Kozar, PhD*

Conclusion

The currency clause is the contracting of the value of the obligation in foreign currency (the currency of the obligation), but the payment and collection under these contracts is done in dinars (currency of payment). The currency clause does not represent the method of measuring the dinar amount (not the valorimeter) that the borrower received and who should return, but represents his foreign currency obligation.

The principle of equal value of payments, as the basic rule of double-sided onerous contracts, is protected, apart from excessive damage and banning of loansharking contracts, also by the possibility of termination or change of contract due to changed circumstances.

The court practice on requests for termination of the loan contract due to changed circumstances is not uniform. There is the verdict on the termination by which the court, adopting the claim, pronounced the termination of the contract on a long-term housing loan “due to significantly changed circumstances”, as well as the opposing legal view, expressed in second judgment, according to which “the increase of the Swiss franc exchange rate relative to the moment of conclusion of the contract in the sense of Art. 133 para. 1 The Law on Contracts and Torts, does not constitute a valid reason for the termination of the contract requested.

* Faculty of Law for Commerce and Judiciary of the University Business Academy in Novi Sad

The law does not prescribe the legal consequences of the termination of the contract due to changed circumstances. There is no settled court practice on this issue. In one opinion, the claim for restitution of the given should be rejected “as premature” until the termination decision becomes legally effective. On the other hand, there is a contrary position, according to which the return of the given is decided at the same time with the request for termination of the contract, in accordance with the application of the rule on the termination of the contract due to non-fulfilment.

In the loan agreements, cumulation of a foreign currency clause (CHF or EUR) with a contractual interest rate is permitted at a rate higher than the default interest.

УСВОЈЕЊЕ ПУНОЉЕТНИХ ЛИЦА

Доц. др Димитрије Ђеранић*

Сажетак: Аутор у раду говори о усвојењу пунољетних лица, као једном од облика усвојења који је предвиђен у неким савременим правима. Иако је након Другог свјетског рата у домаћем праву укинута могућност усвојења пунољетних лица, аутор закључује да овај адоптивни облик још увијек има своје оправдање и да би могло доћи до његовог поновног нормирања у неким законодавствима. Разлоге за то треба тражити у промијењеним друштвеним околностима – владајућој филозофији индивидуализма, слабљењу породичних веза, расту социјалних потреба старих и изнемоглих лица, паду наталитета, учесталим миграцијама, кризи брака и породице, итд. У раду је коришћен нормативни, историјскоправни, социолошкоправни и упоредноправни метод.

Кључне ријечи: усвојење, пунољетна лица, индивидуализам, криза породице.

1. Увод

Усвојење пунољетних лица постојало је одвајкада и претеча је свих облика усвојења. У првобитној друштвеној заједници усвајани су ратни заробљеници, а усвојење је коришћено и као замјена за крвну освету.¹ У старим цивилизацијама попут Асирије и Вавилона претежно су усвајане одрасле особе како би био настављен породични култ или породични

* Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Алексе Шантића бр. 3, 71420 Пале, Република Српска, БиХ, e-mail: dimitrijeceranic@yahoo.com

* Приликом писања рада, корисним савјетима помогоше ми колеге са Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, проф. др Горан Марковић, виши асистент мр Драгана

¹ Вид. А. Прокоп, *Породично право – Usvojenje*, Školska knjiga, Zagreb 1963, 9–11.

посао, уколико усвојиоци нису имали рођених синова.² У римском праву, усвојење пунољетних било је прихваћено од давнина,³ да би касније започело и усвајање дјецe.⁴

Током средњег вијека, усвојење није било умногоме коришћено.⁵ Разлог томе били су правна и политичка партикуларност, низак ниво опште писмености, слабо правничко умијеће ондашњег живља, лош животни стандард усљед честих ратова и болести, привредна неразвијеност и др. Неки веле да је усвојење у средњовјековним правним системима било скрајнуто и због култа крвне везе, односно поријекла по крви које је било одлучујуће у много чему.⁶ Малобројна усвојења заснивана су према обичајним правилима која су била допуњавана римским правним схватањима. Ипак, у неким градским статутима, па и у статутима српских приморских градова попут Будве, Котора и Дубровника, постојале су одредбе о усвојењу, с тим да поступак заснивања и правна дејства усвојења нису били детаљно уређени.⁷

² О усвојењу у старој Асирији и Вавилону, више вид. R. Paulissian, "Adoption in Ancient Assyria and Babylonia", *Journal of Assyrian Academic Studies*, Vol. XIII, No. 2, 1999, 5–34.

³ У старом Риму дешавало се и да усвојеник буде старији од усвојиоца, али је у посткласично доба уведено изричито правило по коме усвојиоца мора бити најмање 18 година старији од усвојеника. Вид. О. Станојевић, *Римско право*, Правни факултет Универзитета у Српском Сарајеву, Српско Сарајево 2000, 144. Оваква пракса постојала је доскора и у неким савезним државама у САД. Вид. W. J. Wadlington, "Minimum Age Difference As a Requisite for Adoption", *Duke Law Journal* 1966, 392–414.

⁴ Вид. Ж. Бујуклић, *Римско приватно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 158.

⁵ Риједак примјер бриге о дјеци без родитељског старања током средњег вијека представљају ставови и дјелатност хришћанске цркве, како Западне, тако и Источне. С тим у вези, чини нам се да су у историји људског рода хришћанска учења била прва, а у средњем вијеку и једина, која су дијете без заштите стављала у први план када је ријеч о усвојењу и уопште друштвене бриге о њему. О настојањима Западне цркве да се супротстави пракси одбацивања дјецe, која је водила њиховој сигурној погибелји у приликама које су владале у средњем вијеку у Европи, вид. D. Pollack et al., "Classical Religious Perspectives of Adoption Law", *Notre Dame Law Review*, Vol. 72, Iss. 2, 2004, 121–128. О пракси усвојења дјецe у средњовјековној Русији под патронатом Цркве, вид. О. Н. Быкова, Т. В. Склярова, „Призрение детей в России: патронат, опека, усыновление“, *Вестник Православного Свято-Тихоновского гуманитарного университета, Серия 4: Педагогика, Психология* 3/2007, 104–105.

⁶ Вид. Т. Китановић, М. Игњатовић, „Еволуција установе усвојења од римског до савременог права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2013, 168–169.

⁷ Поједини аутори, у том смислу, наводе податке по којима је у Будванском статуту мужу и жени без дјецe било допуштено усвојење брата брачног друга или његовог сина, а ако ових не би било, могли су се усвојити сестра брачног друга односно њен син, а у крајњем даљи рођаци супружника. Усвојење је настајало у форми нотарске исправе пред свједоцима, а усвојеник је стицао сва права и дужности као рођено дијете. Слично је било предвиђено и у Которском статуту. И њиме је форма усвојења била прописана у виду јавне исправе, а усвојити је могао само онај ко није имао свог рођеног потомства. У Дубровачком статуту пак била је предвиђена могућност посињења (*affiliatus*) зета од стране пунца који није имао рођених синова. Вид. V.

Буржоаским грађанским законима институт усвојења изнова се регулише. Углавном бива предвиђено усвојење одраслих,⁸ а рјеђе и малољетних лица.⁹ Циљ свих ових облика усвојења било је обезбјеђење наслједника лицима која нису имала сопственог потомства,¹⁰ као и брига у старости.¹¹ Усвојење је коришћено и ради очувања остатака феудалног друштвеног уређења, да би племићке титуле остале унутар породица. Некада је било мотивисано и изражавањем захвалности, а понекад је било и нека врста замјене за признање ванбрачног очинства,¹² чак и установа за стицање бесплатне радне снаге.¹³

У XIX вијеку била су ријетка законодавства у којима је било предвиђено усвојење малољетних лица. Преузет је класични римски модел усвојења, чија је сврха продужење усвојичеве породице, а што се најбоље могло остварити усвојењем пунољетне особе.¹⁴ Друштвене потребе и друштвена схватања одређивали су сврху усвојења.¹⁵ Тадашња друштвена схватања и друштвене прилике биле су такве да се овим правним институтом жељело помоћи усвојоцима, а не усвојеницима.¹⁶

Lachner, „Institut posvojenja prema Općem građanskom zakoniku na hrvatsko-slavonskom pravnom području”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 5-6/2013, 1169.

⁸ Вид.: Француски грађански законик из 1804. год. – ФГЗ, *Code civil*, <http://codes.droit.org/CodV3/civil.pdf>, § 360(1); Њемачки грађански законик из 1896. год. – ЊГЗ, *Bürgerliches Gesetzbuch*, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p6051, § 1767.

⁹ Вид.: Аустријски грађански законик из 1811. год. – АГЗ, *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, <https://www.jusline.at/gesetz/abgb>, некадашњи § 180 и 181, садашњи § 194 и 195; Швајцарски грађански законик из 1907. год. – ШГЗ, *Zivilgesetzbuch*, <http://www.admin.ch/ch/f/sr-/c210.html>, § § 264 и 266; Српски грађански законик из 1844. год. – СГЗ, § 141.

¹⁰ И на нашим просторима одвајкада је постојало снажно друштвено одређење за заснивањем усвојења зарад обезбјеђивања потомства које ће наставити породичну традицију. Вид.: V. Vogišić, *Pravni običaji u Slovena*, Zagreb 1867, 140–141; O. Антић, „Наследноправне последице усвојења“, *Анали Правног факултета у Београду* 1-3/1977, 153. – „...Нијесам рад да ми туђа рука на самртном часу очи заклопи и да се моја свијећа утрне (...) па сам наумио да ово дијете узмем под своје...“.

¹¹ M. Derenčin, *Tumač k Općem austrijskom građanskom zakoniku*, knjiga I, Zagreb 1880, 544.

¹² Према АГЗ-у, ванбрачну дјецу природни родитељи нису могли усвојити него само позаконити, јер се настојала очувати брачна вјерност и спријечити рађање ванбрачне дјече. О овоме, више вид. V. Lachner, 1175.

¹³ С обзиром на то да је у царској Русији установа усвојења неријетко коришћена с циљем обезбјеђења бесплатне и незаштићене радне снаге, у првим годинама настанка Совјетског Савеза, усвојење је било забрањено (од 1918. до 1926. год.). Вид. В. Бакић, *Породично право*, Савремена администрација, Београд 1971, 263.

¹⁴ О могућности усвојења малољетних и пунољетних лица у грађанским законима током XIX и XX вијека, више вид. А. Прокоп, 23–24.

¹⁵ Вид. O. Антић, 151.

¹⁶ О различитим циљевима усвојења у историји људског рода, више вид: Н. Ђуретић, *Усвојење – теорија и законодавна пракса*, Аугуст Цесарец, Загреб 1982, 7–9; С. Панов, *Право на родитељство*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1998, 193–194.

Каснијим развојем друштвених схватања, по којима би ова правна установа превасходно требало да служи за заштиту дјече без родитељског старања, а не за заштиту интереса усвојилаца, усвојење пунољетних постаје изузетак, а усвојење дјече правило.¹⁷

Одмах након Другог свјетског рата, у социјалистичкој Југославији усвојен је закон којим је на јединствен начин регулисана област усвојења.¹⁸ Усвојење је постало институт пружања заштите дјечи без родитељског старања.¹⁹ Укинута је могућност усвајања пунољетних лица што је било у складу са постављеним циљем, а посредно је прописано и да усвојење мора бити у интересу усвојеника,²⁰ с тим да пуноважност предратних и у рату заснованих усвојења није доведена у питање.²¹

2. Усвојење пунољетних лица у упоредном праву

Иако је у многим земљама овај облик усвојења изгубио значај који је имао у ранијем периоду, и даље постоје законодавства у којима је он предвиђен. Између осталог, тако је у праву Њемачке, Аустрије, Француске, Грчке и САД.²²

¹⁷ У последње вријеме, институт усвојења неријетко се користи зарад задовољења интереса усвојилаца, па тек онда и усвојеника. Вид. Д. Теранић, „Усвојење као бијег из сиромаштва или куповина дјече“, *Зборник радова са Научног скупа са међународним учешћем Правна средства за смањење сиромаштва дјече*, Правни факултет Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Мостар 2015, 247–258.

¹⁸ Вид. Закон о усвојењу – ОЗУ, „Службени лист ФНРЈ“, бр. 30/47 и 24/52, и „Службени лист СФРЈ“, бр. 10/65. Измјенама и допунама из 1965. год., Закон је преименован у Основни закон о усвојењу.

¹⁹ До промјене основне функције усвојења, између осталог, дошло је и због мноштва дјече која су услед рата остала без одговарајућег родитељског старања. Према подацима са пописа из 1946. год., 283.252 ратна сирочета су остала без својих родитеља. О овоме, са упућивањима, више вид. Н. Ђуретић, 59. Међутим, сам институт усвојења није био основни инструмент збрињавања сирочади јер је у складу са социјалистичким идејама преовлађујући облик било домско збрињавање.

²⁰ Иако у Основном закону о усвојењу нема ни говора о данашњем институту најбољег интереса дјетета као основном начелу којим се руководи сваки орган који одлучује о правима дјетета, ипак можемо рећи да је заштита и руковођење интересом дјетета било прописано. Међу одредбама у којима се прописују случајеви када ће орган старатељства одбити захтјев за заснивањем усвојења, јасно је речено да ће то учинити и ако „усвојење није корисно за усвојеника“. Вид. ОЗУ, чл. 10.

²¹ „Усвојење засновано за време окупације пред органима који су били надлежни у том времену и у поступку који је тада важио, пуноважно је засновано и производи правно дејство.“ – Пресуда ВСМ, Гзз. 71/81, од 3. децембра 1981. године, ЗСО, VI, 4, 377. Наведено према: И. Бабић, *Коментар Закона о браку и породичним односима*, Службени лист, Београд 2002, 196.

²² Усвојење одраслих, између осталог, могуће је и у праву Италије, Шпаније, Швајцарске, Украјине, Туркменистана, а до 2005. године било је могуће и у Летонији. О законским рјешењима

2.1. Усвојење пунољетних лица у њемачком праву

Пунољетна лица могу се усвојити у њемачком праву (*Annahme Volljähriger*). У принципу, овај облик усвојења регулисан је истим законским одредбама као и усвојење дјецe,²³ с тим да су предвиђена посебна правила у погледу неких услова.²⁴ Овај вид усвојења данас се изузетно примјењује у њемачкој правној пракси. У погледу узраста, нема ограничења ко може бити усвојен. Пунољетно лице може бити усвојено само ако је то „морално оправдано“ (*sittlich gerechtfertigt*), и ако то није у супротности са интересима усвојоачеве или усвојеникове дјецe.²⁵ Усвојење ће бити дозвољено ако се између усвојоца и усвојеника већ развио однос родитељ–дијете.²⁶ Одлуку, као и код усвојења дјецe, доноси старатељски суд на захтјев усвојоца и усвојеника.²⁷

У принципу, усвојење пунољетне особе у њемачком праву производи ограничене правне последице. Не заснива се сроднички однос између усвојоачевих сродника и супружника са усвојеником. Правне везе између усвојеника са његовим биолошким сродницима не престају. Сроднички однос настаје само између усвојоца и усвојеника. Међу њима постоји обавеза издржавања, као и законско наслеђно право. Међусобна права и дужности усвојоца и усвојеника имају првенство у односу на права и дужности између усвојеника и његових природних родитеља.²⁸

Изузетно, у њемачком праву, усвојењем пунољетног лица могу се успоставити потпуни сроднички односи између усвојоца и његових сродника и усвојеника и његових потомака, чиме престају све правне везе, па и наслеђноправна веза између усвојеника и његових биолошких сродника. Основни услов је да усвојење не штети интересима природних

у неким од поменутих законодавстава, више вид.: И. С. Басалыга, „Особенности правовой регламентации института усыновления в государствах – участниках СНГ“, *Актуальные проблемы международного публичного и международного частного права: сб. науч. тр. – Выпуск 6*, Минск 2014, 82–83; И. С. Басалыга, „Специфика правового регулирования института усыновления в европейских государствах (Италии, Латвии, Франции)“, *Актуальные проблемы международного публичного и международного частного права: сб. науч. тр. – Выпуск 5*, Минск 2013, 104–114.

²³ О поступку и условима за заснивање усвојења у њемачком праву, више вид. А. Човић, „Усвојење у немачком и аустријском праву“, *Страни правни живот* 3/2014, 285–291.

²⁴ Вид. НГЗ, § 1767–1772.

²⁵ Вид. НГЗ, § 1767(1) и 1769.

²⁶ Вид. НГЗ, § 1767(1).

²⁷ Вид. НГЗ, § 1768.

²⁸ Вид. НГЗ, § 1770.

родитеља усвојеника.²⁹ Поред овог услова, мора бити испуњена и нека од следећих претпоставки: 1) Потпуно се може усвојити пунољетно лице када се истовремено усвајају браћа и/или сестре од којих су неки пунољетни, а неки малољетни; 2) Потпуно усвојење је могуће ако се усваја лице које је као малољетно одрасло у породици усвојиоца; 3) Потпуна дејства производи и усвојење пунољетног усвојеника ако га усвоји супружник природног родитеља; 4) Усвојење ће производити сва правна дејства као код рођеног дјетета ако је захтјев поднесен док је дијете било малољетно, а у међувремено је постало пунољетно.³⁰

2.2. Усвојење пунољетних лица у аустријском праву

Слично као у њемачком, и у аустријском праву је усвојење пунољетних лица било преовлађујући облик у ранијим временима. Међутим, за разлику од њемачког права, у Аустријском грађанском законику је од почетка његове примјене било дозвољено и усвојење дјецe. У праву Аустрије усвојење одраслих особа је изузетак, док је усвојење дјецe правило. У погледу узраста усвојеника нема ограничења, тако да се може усвојити било ко. Услов је да је усвојење у складу са оправданим интересима усвојиоца и усвојеника, те да не штети интересима усвојичеве природне дјецe, при чему економски интереси по правилу нису одлучујући.³¹ С обзиром на то да су прилично благи услови за усвојење одраслих особа неријетко злоупотребљавани за досељење и добијање држављанства у Аустрији, законском реформом из 2005. год. предвиђено је да између усвојиоца и усвојеника мора бити развијен однос родитељ–дијете да би усвојење било одобрено. Тачније, лица у овом односу морају најмање пет година живјети заједно, или међу њима мора постојати старатељски однос.³²

Усвојење пунољетне особе у аустријском праву производи ограничене правне посљедице, уосталом као и усвојење дјецe. Сроднички однос настаје само између усвојиоца и његових потомака и усвојеника и његових потомака. Обавеза издржавања, као и насљедноправна веза постоји само међу њима, а не и између осталих усвојичевих сродника

²⁹ У правној књижевности наглашава се да је усвојење област права у којој је најтеже постићи потпуно задовољење интереса свих страна. Увијек постоји неко чији су интереси чином заснивања усвојења оштећени, с тим да су ти интереси различите природе. Вид. F. Burton, *Family Law*, Cavendish Publishing Limited, London–Sydney–Portland–Oregon 2003, 486.

³⁰ Вид. НГЗ, § 1772.

³¹ Вид. АГЗ, § 194(2).

³² Вид. АГЗ, § 194(1).

и усвојеника. Заснивањем усвојења остају извјесна права и дужности између усвојеника и његових природних сродника, између осталог и међусобно право наслеђивања. Право наслеђивања између усвојиоца и усвојеника има предност у односу на наслеђивање између усвојеника и његових природних родитеља,³³ док обавеза усвојеника да издржава природне родитеље постоји упоредо са његовом обавезом да издржава усвојиоце.³⁴

2.3. Усвојење пунољетних лица у француском праву

У савременом француском праву такође је могуће усвојити одраслу особу, иако је законском реформом из 1923. године дозвољено и усвојење малолетних лица. Међутим, ова лица се могу усвојити само у виду обичног (*l'adoption simple*),³⁵ а не и потпуног усвојења (*l'adoption plénière*). Заснивањем обичног усвојења усвојеник не губи права и дужности према својим природним сродницима, па ни наследно право, нити они према њему.³⁶ Настанком овог адоптивног облика успоставља се правни однос између усвојиоца и усвојеника као што је то између родитеља и дјетета, тј. усвојилац стиче родитељско право над дјететом, с тим да родитељско право природних родитеља престаје. Заснивањем обичног усвојења, осим родитељског односа, између усвојиоца и усвојеника и његових потомака успостављају се сроднички односи са свим осталим правима и дужностима. Тако, усвојилац је дужан да издржава усвојеника, као и обрнуто. Међутим, обавеза издржавања постоји и између усвојеника и његових природних родитеља, с тим да је она секундарног карактера. У погледу наследних права, усвојеник и његови потомци стичу право да законски наслиједе усвојиоца, али не и његове сроднике.³⁷

2.4. Усвојење пунољетних лица у грчком праву

У грчком праву, од реформе грађанског законодавства из 1996. године, усвојење пунољетних особа је само изузетно дозвољено. Према Грчком грађанском законнику, усвојити се може само крвни или тазбински сродник до четвртог степена. Усвојеник и његови потомци који су рођени након усвојења постају дјеца и потомци усвојиоца са свим

³³ Вид. АГЗ, § 199.

³⁴ Вид. АГЗ, § 198.

³⁵ Вид. ФГЗ, § 360(1).

³⁶ Вид. ФГЗ, § 364.

³⁷ Вид. ФГЗ, § 368.

међусобним правима и дужностима, па тако и правом наслеђивања. Међутим, заснивањем усвојења не успостављају се односи сродства, па ни наследноправна веза између усвојеника и усвојичевих сродника. Правне везе између усвојеника и његовог другог природног родитеља се не гасе.³⁸

2.5. Усвојење пунољетних лица у праву САД

У праву САД усвојење пунољетних лица постоји од краја XIX вијека. Овај облик усвојења био је споран на почетку његове примјене. У неким савезним државама, постављано је питање да ли пунољетно лице може бити усвојено с обзиром на то да су у тадашњим правним прописима помињана „дјеца“ као субјекти који могу бити усвојени.³⁹ Међутим, у судској пракси, која је извор права у САД, заузето је становиште да се под „дјететом“ подразумијева и одрасла особа, јер пунољетством човјек не престаје бити нечије „дијете“.⁴⁰

Данас, у већини савезних држава САД дозвољено је усвојење одраслих особа под одређеним условима.⁴¹ У принципу, овај облик усвојења се од усвојења малолетних особа разликује по мотиву, поступку заснивања, као и правним посљедицама које производи.⁴² Мотиви су прије свега имовинске природе, процедура је једноставнија,⁴³ а правне посљедице су понекада уже него код усвојења дјеце мада се у посљедње вријеме изједначавају.

³⁸ Вид: Грчки грађански законик, *Αστικός Κώδικας*, http://www.dimosnet.gr/images/nodes/2/1455_astikos-kodikas.doc, чл. 1579–1588; P. Agallopoulou, *Basic conceptions of greek civil law*, Athens 2005, 475.

³⁹ Пошто у енглеском прецедентном праву нису постојала правна правила о усвојењу, поготово не о усвојењу одраслих особа, савезне државе САД веома рано су донијеле законе којима је ова област регулисана. Примјера ради, у Масачусетсу је први свеобухватан законски текст о усвојењу донесен 1851. године, иако су усвојења и раније била заснивана у различитим облицима, на различите начине и са различитим правним дејствима. О облицима усвојења који су постојали прије усвајања општих правних аката којима је уређена област усвојења у неким савезним државама у САД, више вид. N. Cahn, “Perfect Substitutes or the Real Thing“, *Duke Law Journal*, Vol. 55, Issue 6, April 2003, 1102–1126.

⁴⁰ Supreme Court of Indiana, 1892: “It is, however, also true that one’s child does not cease to be his child when it attains its majority...” – Вид. R. E. Utter Jr., “The Benefits and Pitfalls of Adult Adoption in Estate Planning and its Likely Future in Missouri“, *UMKC Law Review*, Vol. 80, Issue 1, Fall 2011, 5.

⁴¹ Вид. R. E. Utter Jr., 6.

⁴² The Note, “Adult Adoption“, *Washington University Law Quarterly* 2/1972, 255.

⁴³ Приликом заснивања усвојења пунољетног лица, социјалне службе по правилу не сачињавају социјалну анамнезу породичних прилика на страни усвојоца како би утврдили „најбољи интерес“ по усвојеника. Претпоставља се да је пунољетно лице довољно зрело да процијени да ли му одговарају породичне прилике код усвојоца. Међутим, у неким државама захтијева се социјална анамнеза код свих облика усвојења. Вид. C. Adames, L. C. Miller, M. D., *The Encyclopedia of Adoption*, Third Edition, New York 2007, 33.

Усвојење пунољетних лица, по правилу, дозвољено је уколико су развијени односи између усвојиоца и усвојеника као код односа родитељ–дијете.⁴⁴ Посебан вид усвојења одраслих постоји код усвојења пасторчади. Најчешћи разлози за усвојење одраслих у америчком праву су: 1) формализовање постојећих односа који сличе односима родитељ–дијете; 2) стицање одређених права која немају невјенчани парови; 3) спречавање евентуалног оспоравања завјештајног располагања у корист неког лица тако што се то лице усваја како би постало законски, а не само тестаментарни наследник; 4) стицање одређених права од усвојиоца; 5) стицање одређених права од усвојичевих сродника.⁴⁵

У појединим државама САД, судови дозвољавају усвојење једног супружника од стране другог супружника, с циљем побољшања наследноправног положаја надживјелог брачног друга након смрти супружника-усвојиоца. Оваква усвојења некада служе и за изигравање прописа у погледу располагања правом својине на непокретним стварима, како би се избјегло плаћање пореза по вишим пореским стопама.⁴⁶ Међутим, овакав вид усвојења је у многим савезним државама онемогућен постојањем законских забрана у погледу родоскрвнућа, с обзиром на то да оваквим усвојењем, примјера ради, супруг својој жени постаје и отац.⁴⁷

У већини држава САД, заснивањем усвојења стичу се сва права и дужности између усвојиоца и усвојеника као из природног односа родитељ–дијете, укључујући и међусобна наследна права. Притом, у већини савезних држава престаје наследноправна веза између природних родитеља и усвојеног лица. У законодавствима неких држава САД у којима су пунољетни усвојеници задржавали наследна права према крвним сродницима, у последње вријеме дошло је до промјена, тако да сада у многим државама овакви усвојеници могу насљеђивати само усвојиоце и њихову породицу, а не и своје биолошке сроднике.⁴⁸ У

⁴⁴ У неким савезним државама судови не дозвољавају усвојење пунољетних лица уколико се однос родитељ–дијете није развио током дјетињства усвојеника, него тек након његовог пунољетства. Вид. R. E. Utter Jr., 12.

⁴⁵ О разлозима за усвојење одраслих лица у правима савезних држава у САД, више вид. R. C. Ausness, "Planned Parenthood: Adult Adoption and the Right of Adoptees to Inherit", *ACTEC Law Journal*, Winter 2016, 243–246, 299–303.

⁴⁶ У правној књижевности, оваква усвојења су критикована и због тога што су коришћена из истих разлога као у примитивним правним системима, ради располагања непокретном имовином. Вид. W. Wadlington, "Adoption of Adults a Family Law Anomaly", *Cornell Law Review* 54/1969, 577.

⁴⁷ Вид. R. E. Utter Jr., 8.

⁴⁸ О критикама законских рјешења у вези са оваквим правилима, вид. G. W. Beyer, "The Basics of Texas Intestate Succession Law", *5th Annual Texas Tech Law School Faculty Update for Legal Services Attorneys, Public Interest Practitioners, and Pro Bono Attorneys*, Lubbock, Texas 2010, 10.

законима многих савезних држава, под одређеним условима, пунољетни усвојеник стиче и законска наследна права према осталим сродницима усвојиоца, па и његовим прецима.⁴⁹ Иако су наследна права један од чешћих разлога због којих се заснива усвојење, судови су обазриви приликом давања дозволе за усвојење у овим случајевима.⁵⁰ Ако је основни мотив усвојиоца и усвојеника изигравање наследноправних прописа, онда судови у принципу не дозвољавају оваква усвојења.⁵¹

3. Усвојење пунољетних лица у нашем праву *de lege lata* и *de lege ferenda*

У праву Републике Српске, као и у правима свих новонасталих држава на простору бивше СФРЈ, усвојење пунољетних лица није дозвољено. Институт усвојења искључиво служи за пружање породичноправне заштите малољетној дјечи, било да је ријеч о потпуном или непотпуном усвојењу.⁵² За заштиту права и интереса пунољетних лица која нису у стању да се старају о својим правима и интересима служе други инструменти породичноправне и социјалноправне заштите.

С обзиром на то да је Законом о рјешавању сукоба закона предвиђено да је домаћи орган искључиво надлежан да одлучује о заснивању усвојења домаћег држављанина који има пребивалиште код нас,⁵³ да ће страна одлука о статусним питањима нашег држављанина бити призната кад је примијењено страно право само ако битно не одступа од нашег права које се примјењује на такав однос,⁵⁴ као и да се страна одлука, између осталог, може признати само ако није у супротности са

⁴⁹ Вид. R. C. Ausness, 268–269.

⁵⁰ Поједини правни писци заговарају усвајање једнообразних правила која би важила за све државе САД, по којима би усвојена пунољетна лица била у потпуности изједначена са природним потомством без икаквих ограничења. Вид. J. Messler, “The Inconsistent Inheritance Rights of Adult Adoptees and a Proposal for Uniformity“, *Marquette Law Review* 3/2012, 1081.

⁵¹ Вид. R. E. Utter Jr., 22–24.

⁵² О потпуном и непотпуном усвојењу у законодавствима насталим на простору некадашње Југославије, као и о неким упоредноправним рјешењима, више вид. Д. Теранић, „Потпуно vs. непотпуно усвојење“, Зборник радова са Научног скупа „Однос права у региону и права Европске уније“, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2015, 170–184.

⁵³ Вид. Закон о рјешавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима – ЗРСЗ, „Службени лист СФРЈ“, бр. 43/82 и 72/82 – испр. и „Службени гласник РС“, бр. 21/92, чл. 74, ст. 1.

⁵⁴ Вид. ЗРСЗ, чл. 93.

домаћим јавним поретком,⁵⁵ одлука о усвојењу пунољетног лица, нашег држављанина, донесена у некој од држава које признају овај адоптивни облик не би могла бити призната код нас.⁵⁶ Ипак, могла би се признати одлука страног суда о усвојењу пунољетног лица уколико су и усвојеник и усвојилац држављани државе поријекла одлуке, с обзиром на то да се ради о статусном питању, када се не преиспитују услови који се тичу међународне надлежности суда, узајамности и заштите домаћег јавног поретка.⁵⁷

Иако је усвојење пунољетних лица у нашем праву забрањено, може се расправљати о цјелисходности таквог законског рјешења. С тим у вези, поменућемо неколико разлога зашто би вриједило размислити о поновном увођењу овог адоптивног облика у наше позитивно право. Притом, оградајуемо се у погледу коначног става о овом питању. Оставићемо научној и стручној јавности да у складу са већинским друштвеним схватањима донесе коначан суд о овом питању.⁵⁸

Пошто усвојење пунољетних лица није у средишту занимања међународних организација, заразliku од неких других породичноправних института,⁵⁹ остављено је националним законотворцима да ово питање уреде у складу са традицијским и осталим друштвеним потребама. На ово питање, шире гледано, односе се међународни документи који на уопштен начин јамче људска права и слободе,⁶⁰ или заговарају заштиту пунољетних лица.⁶¹ Међутим, ниједан од ових докумената изричито не уређују ово питање. Стога, не постоје међународноправна ограничења

⁵⁵ Вид. ЗРСЗ, чл. 91.

⁵⁶ У неким законодавствима изричито су регулисани услови под којима се може признати страна одлука о усвојењу пунољетног лица иако у домаћем праву није прихваћен овај облик усвојења. Између осталог, тако је учињено у законодавству Бјелорусије. Вид. Н. С. Анцух, „Актуалне проблемы в области международного усыновления“, *Актуалне проблемы международного публичног и међународног частного права: сборник научных трудов. Выпуск 4*, Минск 2012, 74–75.

⁵⁷ Вид. ЗРСЗ, чл. 94, ст. 1.

⁵⁸ Поједини аутори сматрају како усвојење пунољетних лица може довести до различитих видова злоупотребе како од стране усвојоца, тако и од стране усвојеника, те да се противи основној сврси института усвојења. Вид. И. С. Басалыга, (2014), 92–93.

⁵⁹ „Raznoliki europski međunarodni dokumenti, bez obzira na njihovu snagu obvezivanja, donose se *in ultima linea* radi prilagodbe nacionalnih pravnih sustava njihovim zahtjevima, što nerijetko podrazumijeva odstupanja od ukorijenjene tradicije pravnog uređenja pojedinog instituta.” Вид. Д. Нрабар, „Posvojenje na razmeđi interesa posvojitelja i posvojenika”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 5/2008, 1135.

⁶⁰ Примјера ради, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 005, 213 UNTS 222 (No. 2889), <https://rm.coe.int/1680063765>.

⁶¹ Примјера ради, Convention HCCN of 13 January 2000 on the International Protection of Adults, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=71>.

да се ово питање регулише у националним оквирима, као што су то учиниле државе попут Њемачке, Аустрије, Француске, Грчке или САД.

Уставом зајамчена слобода планирања породице, као и уставна обавеза обезбјеђивања посебне заштите породици и лицима која нису у стању да се старају о својим правима и интересима,⁶² такође остављају могућност да се законом установи посебан облик усвојења којим би се додатно обезбиједила права и интереси пунољетних лица за случај да међу њима постоје друштвени односи који су слични односу родитељ–дијете. Пошто у нашем праву за заснивање усвојења над малољетним дјететом није потребно да постоје већ установљени друштвени односи између усвојоца и усвојеника, не видимо разлог зашто се не би обезбиједила потпунија правна заштита постојећим друштвеним односима међу пунољетним лицима (примјера ради, очухом и пасторком) који су у социолошком, психолошком и економском виду веома слични или истовјетни односу родитељ–дијете.

Наравно, постоји битна разлика између усвојења дјетета и усвојења одрасле особе, јер дјеца нису у стању да се сама брину о себи, али и код пунољетних лица може постојати потреба за појачаном породичном или социјалном бригом. Стога, чини нам се да не гријеше аутори који заговарају могућност усвојења пунољетног лица над којим је продужено родитељско право, а које је у међувремену остало без ваљаног родитељског старања.⁶³

Уколико постоје одређена лица између којих је успостављен однос који по својој садржини одговара породичном односу, тачније односу родитељ–дијете, зашто се таквим лицима не би омогућило заснивање породичне заједнице која би производила потпунија правна дејства, па и у погледу законских наслѣдних права. Очит примјер таквог односа постоји код очуха и маћехе и њихове пунољетне пасторчади.⁶⁴ Уколико би било могуће заснивање усвојења међу њима, отклонила би се потреба за међусобним завјештајним располагањем, које је подложно ограничењу

⁶² Устав Републике Српске, „Службени гласник РС“, бр. 3/92, 6/92, 8/92, 15/92, 19/92, 21/92 – пречишћени текст, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05 и 117/05, чл. 36.

⁶³ Вид. С. Панов, „Дилеме у концепту усвојења“, *Реформа породичног законодавства*, Београд 1996, 263.

⁶⁴ О потреби нормирања облика усвојења пунољетних лица писали су многи аутори. Неки од њих напомињу како се правни стандард „најбољи интерес дјетета“ може проширити и на пунољетну пасторчад, а наводе још многе правне и психолошке разлоге због којих би требало дозволити усвојење пунољетника. Вид. К. Blore, “A Gap in the Adoption ACT 2009 (QLD): The Case for Allowing Adult Adoption”, *Queensland University of Technology Law & Justice Journal*, Vol. 10, Issue 1, 2010, 62–86.

у виду права на нужни дио, а увијек је могућа и непуноважност таквог располагања које може бити посљедица пуког непознавања права, а не одсуства стварне, озбиљне, слободне и изричите изјаве воље.

Да можда постоји потреба за нормирањем овог облика усвојења у нашем праву, указују и етнолошка истраживања на нашим просторима по којима појединци који немају сопствено потомство, у одсуству могућности заснивања усвојења над њима блиским лицима (најчешће даљим пунољетним крвним сродницима), посежу за уговором о доживотном издржавању, с намјером да те особе стекну дио или сву њихову имовину након смрти.⁶⁵ Иако су имовинскоправне посљедице закључења оваквог уговора сличне насљедноправним посљедицама које би настале евентуалним заснивањем усвојења, ипак постоје свеобухватне правне разлике, а о психолошким да не говоримо.

С обзиром на ослабљене породичне везе у нашем друштву, није мали број старачких домаћинстава, поготово на селима, у којима стари и изнемогли живе сами, без бриге и помоћи својих најближих сродника. Уколико постоје особе које су спремне да се старају о њима, па чак и да установе заједницу живота, можда не би било лоше када би било могуће заснивање усвојења међу њима. Одвајкада је на нашим просторима постојала потреба за продужењем породичне лозе, имена и крсне славе, а ни данас нису малобројни они којима је то битно.⁶⁶ Свима њима би значило када би иза себе могли оставити некога ко се сматра њиховим дјететом, макар и усвојеним. Када већ нису могли стећи природно потомство, или када су их њихови биолошки потомци оставили саме у старости и болести, зашто не би могли правно да установе породичну заједницу са неким ко их прихвата као своје и брине се о њима.⁶⁷

⁶⁵ Вид. Ј. Ђорђевић Црнобрња, „Насљедноправни положај усвојеника и усвојиоца, На примеру из Врања“, *Гласник Етнографског института САНУ* 1/2008, 172–176.

⁶⁶ О смислу и трајању живота који надилази овоземаљска надања говорили су многи, и овдје није ријеч о томе. Један међу великима, вели да се: „Јунак решава на трку, и баца све варљиве наде под ноге и гази по њима као по суву лишћу. Многе су премноге препоне до његове наде – и смрт је једна од препона. Но он их све прескаче, прескаче и смрт, и жури за својом надом.“ – Вид. Св. Николај Велимировић, *Молитве на језеру*, Линц 2000, 58.

⁶⁷ Чак и ако изузмемо богонадахнуту љубав ка ближњем као разлог бриге о другоме („Заповијест нову дајем вам: да љубите једни друге, као што ја вас љубих, да и ви љубите једни друге.“ – Јн. 13, 34), постоје и једноставнији, меркантилистички разлози за овакво поступање. Пошто смо на Западу постали препознатљиви као нација марљивих његоватеља, зашто ту колективну спортску дисциплину не бисмо примјењивали и у домаћем првенству, у борби за титулу усвојеника-наслједника. Ако смо већ прихватили хуманистичку мисао да је човјек мјера свих ствари, самјеримо се и у својој кући. Додуше, православни теолози ће рећи да човјек треба да се подвигом уздиже на ниво Бога, а не да се Бог спушта на ниво човјека, па свако људско дјелање треба да је са богонадахнутим циљем! Али имамо ми довољно увезене хуманистичке НВО памети па нам не треба хиљадугодишња светоотачка мудрост. Или пак треба?!

Иако су друштвене прилике у земљама у којима постоји облик усвојења пунољетних лица прилично другачије од наших домаћих прилика, чини нам се да разлози емотивне блискости на које указују теоретичари из тих земаља могу послужити као оправдање увођења овог вида усвојења и у наше законодавство.⁶⁸ Ово је посебно очигледно у случајевима када је блискост настала још док је пунољетно лице било дијете, а одрасло је у породици могућег усвојиоца. Друштвена међузависност која се огледа у заједничком живљењу и посљедичном заједничком мишљењу, те осјећај обитељске припадности као правно-политички основ многих правних правила у породичном и наследном праву, указују на овакав закључак.⁶⁹

И разлози правне традиције говоре у прилог могућности прописивања облика усвојења пунољетних лица у нашем праву. Наиме, тек од Другог свјетског рата на нашим просторима је укинута ова могућност, док је до тада овај вид усвојења био преовлађујући у правној пракси, како према одредбама Српског грађанског законика, тако и према одредбама Аустријског грађанског законика.⁷⁰

4. Закључак

Иако су општа стремљења у упоредном праву ишла у правцу постепеног укидања могућности усвојења пунољетних лица, чини нам се да овај адоптивни облик још увијек има своје оправдање и да би чак могло доћи до поновног нормирања у неким законодавствима. Разлоге за то треба тражити у промијењеним друштвеним околностима у посљедњих неколико деценија. Ту прије свега мислимо на наметнуту филозофију индивидуализма, слабљење породичних веза, раст социјалних потреба старих и изнемоглих лица, пад наталитета, учестале миграције, кризу брака и породице, и све остале нимало пријатне посљедице васпостављања идеја „овога свијета“.

⁶⁸ О разлозима који оправдавају постојање облика усвојења пунољетних лица у америчком праву, више вид. Р. Wendel. "The Succession Rights of Adopted Adults Trying to Fit a Square Peg Into a Round Hole", *Creighton Law Review*, Vol. 43, Issue 3, Apr 2010, 815–854.

⁶⁹ О осјећају обитељске припадности као правно-политичком основу правних правила о законском наслеђивању и усвојењу, као и разлозима за такво језичко и правнотеоријско одређење, више вид. Д. Ђеранић, *Наследноправна дејства усвојења*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2016, 413–420.

⁷⁰ Поједини аутори који су били заговорници усвојења само малолетних лица, ипак су наглашавали како се усвојењем пунољетних лица пружа могућност да се лакше задовоље потребе и жеље и једне и друге стране приликом заснивања усвојења. Вид. М. Беговић, *Породично право*, Научна књига, Београд 1959, 165.

Уколико би се дозволило усвојење пунољетних лица у нашем законодавству, требало би водити рачуна да се пропишу прецизна правна правила у погледу услова за заснивање и правних дејстава тако заснованог усвојења. Мислимо да би нека врста непотпуног усвојења са ограниченим дејствима на усвојиоца и усвојеника била најпријемчивија за овај вид усвојења. Као образац за правно нормирање могла би нам послужити законодавства земаља која су и до сада служила као ослонац нашој законодавној пракси – њемачко и аустријско, односно француско право.

Да ли би овај облик усвојења требало дозволити само између очуха, маћехе и пасторчади, или и за случај да је над неким лицем продужено родитељско старање без кога је оно у међувремену остало, или пак за сва пунољетна лица међу којима је установљен однос попут односа родитељ–дијете, питања су о којима би се могло расправљати. Да ли усвојилац пунољетног лица може да има природно потомство или не, као и колико година може да има у тренутку заснивања усвојења, такође су питања за разматрање.

Листа референци

Библиографске референце

Свето писмо, Нови завет, Свети архијерејски синод Српске православне цркве, Београд, 2002.

Антић, О., „Наследноправне последице усвојења“, *Анали Правног факултета у Београду* 1-3/1977.

Анцух, Н. Сергеевна, „Актуалне проблеме в области междунaродного усыновления“, *Актуалне проблемы междунaродного публичного и междунaродного частного права: сборник научных трудов. Выпуск 4*, Минск 2012.

Agallopoulou, P., *Basic contepts of greek civil law*, Athens 2005.

Adamec, Ch. Miller, M. D., Laurie C., *The Encyclopedia of Adoption*, Third Edition, New York 2007.

Ausness, R. C., “Planned Parenthood: Adult Adoption and the Right of Adoptees to Inherit“, *ACTEC Law Journal Winter* 2016.

Бабић, И., *Коментар Закона о браку и породичним односима*, Службени лист, Београд 2002.

Бакић, В., *Породично право*, Савремена администрација, Београд 1971.

Басалыга, И. Сергеевна, „Специфика правового регулирования института усыновления в европейских государствах (Италии, Латвии, Франции)“, *Актуальные проблемы международного публичного и международного частного права: сб. науч. тр. – Выпуск 5*, Минск 2013.

Басалыга, И. Сергеевна, „Особенности правовой регламентации института усыновления в государствах – участниках СНГ“, *Актуальные проблемы международного публичного и международного частного права: сб. науч. тр. – Выпуск 6*, Минск 2014.

Беговић, М., *Породично право*, Научна књига, Београд 1959.

Быкова, О. Н., Склярова, Татьяна Владимировна, „Призрение детей в России: патронат, опека, усыновление“, *Вестник Православного Свято-Тихоновского гуманитарного университета, Серия 4: Педагогика, Психология* 3/2007.

Бујуклић, Ж., *Римско приватно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011.

Burton, F., *Family Law*, Cavendish Publishing Limited, London–Sydney–Portland–Oregon 2003.

Beyer Gerry, W., “The Basics of Texas Intestate Succession Law“, *5th Annual Texas Tech Law School Faculty Update for Legal Services Attorneys, Public Interest Practitioners, and Pro Bono Attorneys*, Lubbock, Texas 2010.

Blore, K., “A Gap in the Adoption ACT 2009 (QLD): The Case for Allowing Adult Adoption“, *Queensland University of Technology Law & Justice Journal*, Vol. 10, Issue 1, 2010.

Bogišić, V., *Pravni običaji u Slovena*, Zagreb 1867.

Велимировић, Св. Николај, *Молитве на језеру*, Линц 2000.

- Derenčin, M., *Tumač k Obćem austrijskom građanskom zakoniku*, knjiga I, Zagreb 1880.
- Ђорђевић Црнобрња, Ј., „Наследноправни положај усвојеника и усвојица, На примеру из Враћа“, *Гласник Етнографског института САНУ* 1/2008.
- Ђуретић, Н., *Усвојење – теорија и законодавна пракса*, Аугуст Цесарец, Загреб 1982.
- Китановић Т., Игњатовић М., „Еволуција установе усвојења од римског до савременог права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2013.
- Lachner, V., „Institut posvojenja prema Općem građanskom zakoniku na hrvatsko-slavonskom pravnom području“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 5-6/2013.
- Messler, J., “The Inconsistent Inheritance Rights of Adult Adoptees and a Proposal for Uniformity“, *Marquette Law Review* 3/2012.
- Панов, С., „Дилеме у концепту усвојења“, *Реформа породичног законодавства*, Београд 1996.
- Панов, С., *Право на родитељство*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1998.
- Paulissian, R., “Adoption in Ancient Assyria and Babylonia“, *Journal of Assyrian Academic Studies*, Vol. XIII, No. 2, 1999.
- Pollack, D. et al., “Classical Religious Perspectives of Adoption Law“, *Notre Dame Law Review*, Vol. 72, Iss. 2, 2004.
- Прокоп, А., *Породично право – Усвојење*, Школска књига, Загреб 1963.
- Станојевић, О., *Римско право*, Правни факултет Универзитета у Српском Сарајеву, Српско Сарајево 2000.
- The Note, “Adult Adoption“, *Washington University Law Quarterly* 2/1972.
- Теранић, Д., *Наследноправна дејства усвојења*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2016.

Ђеранић, Д., „Потпуно vs. непотпуно усвојење“, Зборник радова са Научног скупа „Однос права у региону и права Европске уније“, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2015.

Ђеранић, Д., „Усвојење као бијег из сиромаштва или куповина дјецe“, Зборник радова са Научног скупа са међународним учешћем „Правна средства за смањење сиромаштва дјецe“, Правни факултет Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Мостар 2015.

Utter, Jr., Russell E., “The Benefits and Pitfalls of Adult Adoption in Estate Planning and its Likely Future in Missouri“, *UMKC Law Review*, Vol. 80, Issue 1, Fall 2011.

Hrabar, D., „Posvojenje na razmeđi interesa posvojitelja i posvojenika“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 5/2008.

Cahn, Naomi R., “Perfect Substitutes or the Real Thing“, *Duke Law Journal*, Vol. 55, Issue 6, April 2003.

Човић, А., „Усвојење у немачком и аустријском праву“, *Страни правни живот* 3/2014.

Wadlington, W. J. III, “Minimum Age Difference As a Requisite for Adoption“, *Duke Law Journal* 1966.

Wadlington, W., “Adoption of Adults a Family Law Anomaly“, *Cornell Law Review* 54/1969.

Wendel, P., “The Succession Rights of Adopted Adults Trying to Fit a Square Peg Into a Round Hole“, *Creighton Law Review*, Vol. 43, Issue 3, Apr 2010.

Правни прописи

Аустријски грађански законик из 1811. год., *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, <https://www.jusline.at/gesetz/abgb>.

Грчки грађански законик, *Αστικός Κώδικας*, http://www.dimosnet.gr/images/nodes/2/1455-_astikos-kodikas.doc.

Закон о рјешавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима, „Службени лист СФРЈ“, бр. 43/82 и 72/82 – испр. и „Службени гласник РС“, бр. 21/92.

Закон о усвојењу, „Службени лист ФНРЈ“, бр. 30/47 и 24/52, и „Службени лист СФРЈ“, бр. 10/65.

Њемачки грађански законик из 1896. год., *Bürgerliches Gesetzbuch*, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p6051.

Српски грађански законик из 1844.

Устав Републике Српске, „Службени гласник РС“, бр. 3/92, 6/92, 8/92, 15/92, 19/92, 21/92 – пречишћени текст, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05 и 117/05.

Француски грађански законик из 1804. год., *Code civil*, <http://codes.droit.org/CodV3/civil.pdf>

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 005, 213 UNTS 222 (No. 2889), <https://rm.coe.int/1680063765>.

Convention HCCH of 13 January 2000 on the International Protection of Adults, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=71>

Швајцарски грађански законик из 1907. год., *Zivilgesetzbuch*, <http://www.admin.ch/ch/f/sr-/c210.html>.

THE ADOPTION OF FULL AGE PERSONS

Dimitrije Ćeranić, Ph.D*

Abstract: *The author analyzes the adoption of full age persons, which is one of forms of adoption enacted in some of modern legal systems. Although after the WWII in domestic law the possibility of the adoption of full age persons had been abolished, the author concludes that this form of adoption still can be justified, and it could be again enacted in some legal systems. The reasons for this solution have to be found in the changed social circumstances - the dominant philosophy of individualism, the weakening of the family ties, the growth of social needs of the aged and bedridden persons, the decrease of the birthrate, frequent migrations, the crisis of marriage and family, etc. The author has used normative, historical, sociological, and comparative methods.*

Key words: *Adoption; Full age Persons; Individualism; Crisis of Family.*

* University of East Sarajevo

* Faculty of Law East Sarajevo

УРЕЂЕЊЕ МЕЂА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Мр Борислав Јеличић*

Апстракт: Уређење међа представља вема важно питање у хармонизацији књижног (евиденцијског) са фактичким стањем непокретности. У Републици Српској материјалноправна питања уређења међа прописана су Законом о стварним правима, што представља одређену новину, с обзиром на то да је до његовог доношења и ступања на снагу овај поступак био предмет само процесног закона. Међе се уређују у два случаја – кад су међашки знаци оштећени или уништени тако да нису видљиви на терену, као и у случају ако је међа између сусједа спорна.

Кључне ријечи: међа, непокретност, катастарска парцела, надлежност, ванпарнични поступак.

Summary

The arrangement of the border is an important issue in the harmonization of public records of real estate with a factual situation. In the Republic of Srpska, the arrangement of the border is prescribed by the Law on Real Rights, which represents a certain novelty, considering that until its adoption and entry into force this procedure was the subject of a procedural law. Borders are arranged in two cases, when the border signs are damaged or destroyed so that they are not visible on the ground and in case the border between the neighbors is disputable.

Key words: border, immovable property, cadastral plot, jurisdiction, out-of-court procedure.

* Правобранилаштво Републике Српске, Вука Караџића бр. 4, 78000 Бања Лука, e-mail: borislav-jelicic@gmail.com

1. Увод

Једна од најпознатијих интервенција правног система у својинском односима на непокретностима јесте поступак уређења међа. Актуелност овог поступка намеће потребу за његовом савременом законском регулативом¹.

Историјски посматрано питање међе (лат. *finis*) уређивао је већ Законик XII плоча у римском праву. Ово правило је преузето из обичајног права и у почетку је гласило да се између земљишта мора оставити простор од 5 стопа, који би служио за пролаз и окретање плуга приликом обраде земљишта. Наведени принцип је важио и код разграничења зграда (лат. *ambitus*), да би касније код обнове Рима исти био напуштен због недостатка земљишта за градњу². Настало као предјуричко правило понашања, односно обичај³, уређење међе постало је дио свих модерних правних система, па тако и дио правног система Републике Српске.

Међа представља границу основних територијалних јединица, које представљају катастарске парцеле. Свака катастарска парцела је јединствена територијална јединица и означена је посебним бројем. Појам међе представља се као линија раздвајања између двије катастарске парцеле и дефинисана је граничним тачкама које су одређене координатама прописане тачности. На лицу мјеста међе су означене међним биљегама⁴.

Међе се уређују на непокретним стварима, а непокретности представљају све оно што је на површини земљишта, изнад или испод њега изграђено, а намијењено је да тамо трајно остане, или у непокретност уграђено, њој дограђено, на њој надограђено или било како другачије с њом трајно спојено и дио те непокретности док се од њега не одвоји. Биљни свијет као што је: трава, дрвеће и плодови, такође представља саставне дијелове земљишта, док се од њега не одвоји⁵.

У поступку уређења међа код сваког конкретног случају утврђује

¹ Ј. Узелац, „Уређење међа“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта Ријека*, бр. 1, Ријека, 2007, 2.

² М. Хорват, *Римско право*, Школска књига, 6. изд., Загреб 1969, 125.

³ Д. М. Митровић (ур.), *Држава и право у теорији државе и права*, Службени лист СФРЈ, Београд 1992, 230.

⁴ Члан 37 Закона о премјеру и катастру Републике Српске, „Сл. гласник Републике Српске“ бр. 6/12 и 110/16.

⁵ Члан 14 ст. 1 и 2 Закона о стварним правима, „Сл. гласник Републике Српске“, бр. 124/08, 3/09, 58/09, 95/11, 60/15 и 18/16 – Одлука Уставног суда Републике Српске.

се да ли се ради о исправљању границе између сусједних парцела или о заузећу сусједне парцеле, што се мјерењем прецизно утврђује⁶.

2. Материјалноправне одредбе и надлежност за уређење међа

У правним системима намеће се потреба за доношењем закона који обухватају цијелу једну област или чак више правних области сродних друштвених односа. Ови закони називају се законици или кодекси, а њихово доношење назива се кодификацијом⁷.

Кодификација стварног права у Републици Српској извршена је доношењем Закона о стварнима правима (ЗСП), којим су и дефинитивно укинута ранији социјалистички својински односи на стварима. Уставни основ за доношење ЗСП-а је садржан у амандману XXXII Устава Републике Српске⁸. Ова одредба Устава је нормирала да Република уређује и обезбјеђује својинске и облигационе односе⁹. Интересантно је да ЗСП као материјални закон садржи одредбе које нормирају уређење међа, што је до његовог доношења једино било прописано законом који уређује ванпарнични поступак¹⁰.

Међе се у Републици Српској уређују у случајевима уколико су међашки знакови између двије непокретности због било каквих околности толико оштећени, на начин да се међа не може више распознати. Такође, међе се уређују и у случајевима уколико су спорне. Право да поднесе приједлог и покрене поступак за уређење међа има сваки од сусједа. Мјесно надлежни основни суд, одређен према том гдје се непокретност налази, у ванпарничном поступку доноси одлуку о обнови или исправљању међе¹¹.

Стварна надлежност за поступање у правним стварима уређења међа одређена је Законом о судовима Републике Српске¹², док је мјесна

⁶ В. Рајовић, М. Живановић, Р. Момчиловић, *Грађанско процесно право*, Универзитет у Бањој Луци, Правни факултет, Бања Лука, 2001, 181.

⁷ Р. Д. Лукић, *Увод у право*, ЈП Службени лист СРЈ, Београд, 1999, 212.

⁸ „Сл. гласник Републике Српске“, бр. 21/92 – пречишћени текст, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05, 48/11.

⁹ Д. Медвић, *Ново стварно право Републике Српске*, Паневропски универзитет „Апеирон“, Удружење правника Републике Српске, Бања Лука, 2011, 9.

¹⁰ *Ibid.*, 26.

¹¹ Члан 69 став 1 ЗСП-а.

¹² Чланом 30 став б тачка 2 Закона о судовима Републике Српске („Сл. гласник РС“ бр. 111/04, 109/05, 37/06, 119/08 и 58/09), нормирано је да је основни суд надлежан да у првом степену суди у ванпарничним предметима.

надлежност одређена Законом о парничном поступку (ЗПП)¹³, на основу супсидијарне примјене овог закона у односу на Закон о ванпарничном поступку (ЗВП)¹⁴. Код расправљања одређених спорних питања у вези са некретнинама одређена је искључива мјесна надлежност основног суда који обухвата територију гдје се некретнина налази. Тако да странке не могу споразумом одређивати надлежност у поступку уређења међа. Треба свакако нагласити да је на искључиву мјесну надлежност суд обавезан пазити по службеној дужности¹⁵. Надлежност суда за рјешавање питања око уређења међа одређена је према подручју гдје се налази некретнина. Међутим, у случају да се непокретност налази на подручју више судова, за провођење поступка уређења међе надлежан је сваки од тих судова¹⁶.

У вези са ванпарничним поступком уређења међа на градском грађевинском земљишту одлучивао је и Уставни суд Републике Српске заузевши став да је прописивање поступања суда у ванпарничном поступку уређења међа, а у оквиру тога и уређења међа на грађевинском земљишту на коме постоји право својине, ствар законодавне политике и цјелиходне процјене законодавца да у оквиру уставног овлашћења уређује поступак пред судом. Уставни суд је оцијенио да законодавац оспореним прописивањем није изашао из оквира својих уставних овлашћења¹⁷.

2.1. Споразумно уређење међа

У поступку уређења међа суд ће прије свега настојати да странке дођу до споразумног рјешења, водећи рачуна о њиховим интересима. ЗСП-ом је прије свега одређено да ће суд на лицу мјеста означити међу међашким знаковима и обновити или исправити међу према споразуму сусједа чија је међа у питању¹⁸. У овом случају суд не доноси рјешење о уређењу међе, него о томе саставља поравнање, које се уноси у записник¹⁹. Поравнање се може закључити у току цијелог ванпарничног по-

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

¹⁴ Одредбом члана 2 Закона о ванпарничном поступку („Сл. гласник Републике Српске“, бр. 36/09 и 91/16), нормирано је да се ванпарничном поступку сходно примјењују одредбе ЗПП-а, ако законом није другачије одређено.

¹⁵ З. Куленовић et al., *Коментар закона о парничном поступку у Федерацији БиХ и Републици Српској*, 2. изд., Мостар, 2011, 106.

¹⁶ Члан 42 став 2 ЗПП-а.

¹⁷ Пресуда Уставног суд Републике Српске бр. У-32/13 од 24. 4. 2014. године.

¹⁸ Члан 69 став 2 ЗСП-а.

¹⁹ Л. Велић et al., *Коментар закона о стварним правима*, Привредна штампа д.о.о., Сарајево, 2011, 302.

ступка, до његовог правоснажног окончања²⁰. Странке се могу поравнати и само дјелимично, односно само за дио међе²¹, у ком случају би суд доносио одлуку у вези са преосталом међом.

2.2. Уређење међа према посљедњој мирној државини

У случају да не буде постигнут споразум између сусједа, надлежни суд уређује међу према посљедњој мирној државини²², односно према посљедњој мирној фактичкој власти на ствари²³, која чињеница се доказује у поступку. Државина је мирна уколико није вициозна, *possessio vitiosa*, тј. уколико није стечена принудом, преваром и злоупотребом повјерења, *vi, clam, precario*.

Пред судом је неопходно извести доказе, као што је вјештачење вјештака геодетске струке, који би извршио снимање лице мјеста геодетским инструментима и идентификацију, затим увиђај на лицу мјеста, као и саслушање странака, те свједока који би на се изјаснили на околности фактичке власти на некретнинама и њиховој граничној линији, односно међи. Поред наведених, ЗПП је још од доказа прописао и исправе²⁴, на основу којих би се могла утврђивати истинитост навода странака. На основу слободне оцјене доказа суд одлучује које ће чињенице узети као доказане. Сви докази се савјесно и брижљиво оцјењују засебно, као и сви заједно²⁵. Странке тј. међаши у пракси највише вјере полажу исказу вјештака геодетске струке, мада је он само стручни помагач, а не арбитар у овом поступку, јер је међа правно, а не геодетско питање и суд одређује куда се предметна међа уистину пружа²⁶.

2.3. Уређење међа по правичности

Од Платона који у „Држави“ објашњава појам правичности, те тврди да је склад који је нужан како би се код појединца развила правичност, транспонира на државу, која треба осигурати правичност и повезује је са појмом моралности, па све до Келзена као највећег правног теоре-

²⁰ Члан 87 ЗПП-а.

²¹ Члан 89 ЗПП-а.

²² Члан 69 став 2 ЗСП-а.

²³ Члан 303 став 1 ЗСП-а.

²⁴ Исправе су прописане одредбама чл. 132–136 ЗПП-а.

²⁵ Члан 8 ЗПП-а.

²⁶ Д. Медић, „Сусједска права“, XI савјетовање из области грађанског права, Бистрица 2016, 14 in. 60.

тичара XX вијека, који правичност дијели на апсолутну и сматра је недостижним идеалом, те релативну, за коју сматра да се може остварити само у демократији, у којој се претпоставља слобода и толеранција, правна теорија и пракса су у непрестаном трагању²⁷. Примјена принципа правичности код уређења међа долази до изражаја тек у случају да нема могућности за мирно уређење међе и да се међа не може утврдити по стању посљедњег мирног посједа²⁸.

У случају уређења међе по правичности ради се о арбитрарном судовању и та рјешења морају бити посебно детаљно образложена да би се, поводом евентуалне жалбе, могла испитати и оцијенити у другостепеном поступку. У правилу су законодавства иначе врло опрезна у односу на увођење правичности као основе за пресуђење грађанскоправних односа. Правна теорија подржава њихову оријентацију да се по правичности може судити само ако за то постоји изричито овлашћење законодавца. По овом основу суђење је теже него у другим облицима, јер се код осталих облика унапријед зна материјалноправна норма према којој ће се донијети одлука. Код суђења на основу правичности суд се суочава са објективном ситуацијом која је за суђење много тежа јер сам ствара норму и према њој проводи доказе²⁹. Суд се позива на правичност код доношења одлуке кад међу странкама није постигнут споразум, а посљедња мирна државина се не може утврдити³⁰.

2.4. Уређење међа на грађевинском земљишту

Међа на грађевинском земљишту уређује се у складу са просторнопланском документацијом у судском ванпарничном поступку³¹. Одређени аутори³² сматрају да је уређење међе према катастарском нацрту најтачније, најпоузданије и најпрецизније, али то се у неким случајевима показало погрешним. Наиме, катастарски планови су због различитих разлога непоуздани. Што су старији и мањег мјерила, то су

²⁷ М. Ђупурдија, „Однос права и правде као битна претпоставка развоја уставности“, *Јавни и приватни аспекти нужних правних реформи у БиХ: Колико далеко можемо ићи?*, Тузла, 2014, 288–295.

²⁸ Члан 69 став 2 ЗСП-а.

²⁹ Д. Медић, „Уређење међа у Босни и Херцеговини“, 7, <http://www.rs.cest.gov.ba/index.php/seminari-2009/36-0106banja-luka-zakon-o-vanparnicnom-postupku/43-materijal/file> (5. март 2018. године).

³⁰ Рјешење Окружног суда у Бијељини бр. 80 0 В 031714 12 Гж од 11. 5. 2012. године.

³¹ Члан 69 став 3 ЗСП-а.

³² Као нпр. Ј. Црнић у раду „Поступак за уређење међа“, *Информатор*, 3397 од 27. 9. 1986.

непрецизнији, а треба нагласити и чињеницу да се папир на којем су планови израђени под утицајем протеча времена и температуре ваздуха скупља или шири, док нераван терен значи уједно и мању прецизност. Прецизност зависи и од средства којим су подаци уношени на нацрт (врста тинте, дебљина средства за писање и сл.). Супротно томе, негира се да начин уређења међе у складу са просторнопланском документацијом има својство најпоузданијег, те ову документацију сматрају само једним од доказних средстава у поступку уређења међе³³. Треба узети у обзир и то да је катастарски план настао претежно као одраз стања на терену какво је постојало у тренутку извршеног мјерења. У највећој мјери имаоци права на непокретностима су извршили обиљежавање на терену, па стога катастарски план који је израђен на основу детаљне скице премјеране би требало да буде апсолутно поуздан доказ о међи³⁴, већ само један од доказа у поступку уређења међа.

3. Поступак уређења међа

3.1. Уређење међа у ванпарничном поступку

Поступак уређења међа у Републици Српској прописан је одредбама ЗВП-а³⁵. Иако има више ванпарничних поступака који су потпуно јединствени, за њих ипак важе одређена заједничка правила. Поред супсидијарне примјене ЗПП-а у ванпарничним поступцима, општим правилима ЗВП-а прописана је јавност поступка уређења међа, право на изјављивање жалбе против првостепеног рјешења, суспензивно дејство жалбе, одлучивање суда о претходном питању, итд.³⁶

Ванпарнични поступак уређења међа заснован је на начелу диспозиције³⁷ у погледу покретања поступка, одржавања поступка у току, одређивања предмета поступка и располагања процесним материјалом. Уређење међа се заснива и на расправном начелу, начелу обостраног саслушања, начелу слободне оцјене доказа, писмености и усмено-

³³ Ј. Узелац, 11.

³⁴ Члан 40 став 3 Закона о премјеру и катастру Републике Српске.

³⁵ Од 179 до 185 члана Закона о ванпарничном поступку.

³⁶ Уводне одредбе ЗВП-а обухватају одредбе чланова 1–27.

³⁷ Начело диспозиције испољава се на начин да странка слободно подноси приједлог за уређење међа и да са тим приједлогом слободно располажу у току поступка, уколико исти није противан принудним прописима.

сти, јавности и непосредности. У складу са супсидијарном примјеном ЗПП-а, за уређење међа важе и друга фундаментална процесна начела³⁸.

Мјесно надлежни³⁹ основни суд уређује међу између сусједних катастарских парцела у случајевима кад су међашњи знаци уништени, оштећени или помјерени⁴⁰. Приједлог за уређење међа између сусједних земљишних парцела може поднијети сваки од власника односно посједника тих парцела, а када је то законом одређено и овлашћени орган⁴¹. Потребно је да приједлог садржи податке о власницима односно посједницима сусједних парцела, земљишним парцелама између којих се међа уређује, са ознакама тих парцела из земљишних и катастарских књига, разлоге због којих се поступак покреће, као и вриједност спорне међашње површине⁴².

По пријему приједлога суд може заказати рочиште на које ће позвати учеснике ради покушаја споразумног уређења међа. Ако учесници не постигну споразум, суд ће заказати рочиште на лицу мјеста на које ће, поред учесника, позвати вјештака геодетске, односно друге одговарајуће струке, а по потреби и предложене свједоке. Уз позив за рочиште учесници се позивају да поднесу све исправе, скице и друге доказе од значаја за уређење међа. У позиву ће учесници бити упозорени на посљедице недоласка на рочиште⁴³.

Ако предлагач не дође на рочиште, а био је уредно позван, рочиште ће се одржати уколико то предложи противник предлагача. У ситуацији да противник предлагача не предложи одржавање рочишта, понесени приједлог ће се сматрати повученим⁴⁴.

На рочишту за уређење међа, обавезно је да суд на лицу мјеста утврди међу између земљишних парцела учесника. Тако утврђена међа биће обиљежена трајним и видним међашњим знацима. О радњама

³⁸ Г. Станковић, „Основна начела ванпарничног поступка“, *Правна ријеч*, бр. 28/11, Бања Лука 2011, 390–391.

³⁹ Одредбом члана 22 Закона о судовима Републике Српске прописана су сједишта и подручја надлежности основних судова.

⁴⁰ Члан 179 Закона о ванпарничном поступку.

⁴¹ Овдје се прије свега мисли на Правобранилаштво Републике Српске, које у складу са датим овлашћењима на основу Закона о Правобранилаштво Републике Српске („Сл. гласник Републике Српске“, бр. 7/18), пред судовима и другим надлежним органима предузима правна средства ради заштите и остваривања имовинских права и интереса Републике Српске, јединица локалне самоуправе и осталих субјекта које заступа, па тако у њихово име и за њихов рачун може подносити приједлог за уређење међа.

⁴² Члан 180 ЗВП-а.

⁴³ Члан 181 ЗВП-а.

⁴⁴ Члан 182 ЗВП-а.

предузетим на рочишту за уређење међа саставља се записник у који се уноси нарочито: опис затеченог стања и садржај изјава учесника, вјештака и свједока. Уз записник се прилажу скица затеченог стања и скица стања успостављеног уређењем међа⁴⁵. У рјешењу о уређењу међа суд описује међу између земљишних парцела учесника, позивајући се на скицу успостављеног стања која је саставни дио рјешења⁴⁶.

3.2. Уређење међа у управном поступку

Иако је ЗСП извршио кодификацију стварних права и несумњиво прописао да је за поступке уређења међа надлежан суд⁴⁷, према одредбама ЗВП-а, као процесног закона, одређено је да суд неће уређивати међу на грађевинском земљишту на коме постоји право својине, осим у случају ако није извршена парцелација земљишта у складу са одредбама Закона о просторном уређењу⁴⁸.

Као што је неминовност да долази до колизије⁴⁹ права власника сусједних катастарских парцела⁵⁰, тако је и код уређења међа дошло и до колизије законских норми између одредаба ЗСП-а и ЗВП-а. Наведена колизија свакако није једина у области стварних права и компликованог стања имовинских односа у Републици Српској. Ове ситуације су управо производ реформе стварних права у складу са новим друштвеним уређењем.

⁴⁵ Члан 183 ЗВП-а.

⁴⁶ Члан 184 ЗВП-а.

⁴⁷ Као што је већ наведено одредбом члана 69 ЗСП-а, прописано је уређење међа. Наведена одредба била је и предмет оцјене Уставног суда Републике Српске (Пресуда Уставног суд Републике Српске бр. У-32/13 од 24. 4. 2014. године). Уставни суд је у образложењу поред осталог навео да „законским прописивањем ограничења права својине на непокретности, односно услова и начина уређења сусједског права међа, по оцјени Суда, не повређује се члан 56 Устава, којим је утврђено да се законом може ограничити или одузети право својине, уз правичну накнаду, већ се штити право својине на непокретности. Имајући у виду да институт уређења међе чини дио правног режима својине, Суд је оцијенио да се оспореним прописивањем ова субјективна права доводе у однос равнотеже и омогућава се њихова реализација. Стога је неоснована тврдња даваоца иницијативе да се оспореном одредбом Закона о стварним правима врши ограничавање, односно одузимање права власништва без правичне накнаде“.

⁴⁸ У одредби члана 185 ЗВП-а, наведен је Закон о просторном уређењу – Пречишћени текст („Сл. гласник Републике Српске“ бр. 84/02, 14/03, 112/06 и 53/07), у међувремену овај закон је стављен ван снаге доношењем Закона о уређењу простора и грађењу („Сл. гласник Републике Српске“, бр. 55/10), да би и овај закон био стављен ван снаге доношењем новог Закона о уређењу простора и грађењу („Сл. гласник Републике Српске“, бр. 40/13 и 106/15).

⁴⁹ Колизија потиче од латинске ријечи *collisio* и значи судар, сукоб, борба. Колизија закона представља ситуацију кад два или више закона различито нормирају исто правно питање. Колизија закона уноси хаотично стање у правни поредак.

⁵⁰ Л. Велић et al., 301.

Одредбе ЗСП-а и ЗВП-а које се односе на уређење међа, односно на сукоб надлежности суда и органа управе⁵¹ у поступку уређења међа, биле су и предмет одлучивања Уставног суда Републике Српске. Наиме, Уставом Републике Српске је прописано да Уставни суд Републике Српске, поред осталог, рјешава и сукоб надлежности између органа законодавне, извршне и судске власти⁵². Суд је у конкретном случају утврдио да је код уређења међа дошло до негативног сукоба надлежности за одлучивање између основног суда и органа управе, с обзиром на то да су оба органа одбила да ријеше о истој правној ствари. Приликом овакве оцјене Суд је имао у виду да је ЗСП-ом, као системским законом, на цјеловит начин уређено стицање, коришћење, располагање, заштита и престанак права својине и других стварних права и државине. Да је ЗСП-ом прописано⁵³ поступање суда у ванпарничном поступку уређења међа и с тим у вези надлежност суда да у складу са просторнопланском документацијом у судском ванпарничном поступку, уреди међу на грађевинском земљишту. Дакле, наведеним одредбама ЗСП-а прописана је надлежност суда за поступање у ванпарничном поступку уређења међа, а у оквиру тога и уређење међа на грађевинском земљишту на коме постоји право својине. Наведеним прописивањем је, по оцјени Суда, за уређење међа на градском грађевинском земљишту, независно од врсте спроведбеног акта просторног уређења, сада искључиво надлежан суд у ванпарничном поступку. Суд је такође у својој одлуци истакао да је одредбом члана 13 Закона о измјенама и допунама ЗСП-а⁵⁴, прецизирано да ће се прописи о грађевинском земљишту, пољопривредном земљишту, шумама и шумском земљишту и други прописи који уређују имовинска права на непокретностима ускладити са ЗСП-ом у року од шест мјесеци од дана ступања на снагу овог закона. Суд је такође, имао у виду да је ЗВП-ом прописано да се овим законом утврђују правила ванпарничног поступка по којима судови или други органи поступају и одлучују о личним, породичним, имовинским и другим правима и правним интересима који се по закону рјешавају у ванпарничном поступку⁵⁵, да у поступку уређења међа мјесно надлежни основни суд уређује међу између сусједних непокретности кад су међашњи знаци уништени, оштећени

⁵¹ Мисли се на Републичку управу за геодетске и имовинско-правне послове Републике Српске у складу са Законом о републичкој управи, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 118/08, 11/09, 74/10, 86/10, 24/12 и 121/12.

⁵² Члан 115 тачка 3 Устава Републике Српске.

⁵³ Мисли се на одредбу члана 69 ЗСП-а.

⁵⁴ „Службени гласник Републике Српске“ број 95/11.

⁵⁵ Члан 1 ст. 1 Закона о ванпарничном поступку.

или помјерени, док је овим законом прописано да суд неће уређивати међу на грађевинском земљишту на коме постоји право својине, осим у случају ако није извршена парцелација земљишта по одредбама Закона о просторном уређењу. Уставни суд Републике Српске у вези са сукобима надлежности између основног суда и органа управе, је за одлучивање по приједлогу странака донио одлуку да је за уређење међа надлежан основни суд⁵⁶.

3.3. Уређење међа у парничном поступку

Основна функција суда је да пружи правну заштиту правним субјектима. У грађанском процесном праву сматра се да парнични поступак означава редован пут судске правне заштите, а ванпарнични поступак као ванредан пут. Стога се ова два поступка међусобно допуњују⁵⁷.

Како у ванпарничном поступку уређења међа ЗВП-ом није дата могућност незадовољном сусједу да против правоснажног рјешења другостепеног суда, којим је одлучено о жалби, изјави ревизију⁵⁸, судска заштита је обезбијеђена у парничном поступку. Од тренутка кад је суд међу означио међашким знаковима, сматра се да постоји својина до те међе, а ко тврди супротно, треба то да докаже⁵⁹. Након што је суд у поступку уређења међа обновио или исправио међу, свако од међаша може у парници доказивати својину подношењем власничке тужбе, *rei vindicatio*, те захтијевати да се у складу са донесеном пресудом означи међа⁶⁰.

Доказивање права својине на спорном дијелу некретнине свака од странака из ванпарничног поступка, може покренути пред мјесно надлежним основним судом⁶¹. Незадовољна странка, овај пут у улози тужиоца, покреће парнични поступак подношењем тужбе⁶², док парница између међаша почиње достављањем тужбе туженом⁶³. Да би успио са тужбеним захтјевом, односно да би остварио право на враћање некретнине, тужилац мора доказати да је некретнина коју захтијева његова

⁵⁶ Пресуда Уставног суда Републике Српске бр. У-70/14 од 23. 12. 2015. године.

⁵⁷ В. Рајовић, М. Живановић, Р. Момчиловић, 174.

⁵⁸ Чланом 25 ЗВП-а је нормирано да је ревизија у ванпарничном поступку допуштена само у поступку у коме се одлучује о стамбеним стварима и накнади за експрописану непокретност, под условима предвиђеним ЗПП-ом.

⁵⁹ Члан 69 став 4 ЗСП-а.

⁶⁰ Члан 69 став 5 ЗСП-а.

⁶¹ Члан 30 став б) тачка 1 Закона о судовима Републике Српске.

⁶² Члан 53 став 1 ЗПП-а.

⁶³ Члан 60 ЗПП-а.

својина и да се налази у државини туженог. Тужилац мора некретнину чије враћање тражи описати по њеним особинама или знацима⁶⁴.

Иако је ЗСП-ом прописано да право на враћање ствари у посјед не застаријева⁶⁵, сусјед који је учествовао у поступку уређења међа не може захтијевати заштиту након што прође рок од шест мјесеци од дана правноснажности одлуке донесене у поступку уређења међа⁶⁶. Уколико би након протеча законског рока дошло до подношења тужбе за враћање некретнине у својину, таква тужба би требало да буде одбачена као недопуштена. Пресуда којом би био усвојен тужбени захтјев у парници произашлој из ванпарничног поступка уређења међа, имала би јаче правно дејство у односу на рјешење о уређењу спорне међе, када је у питању својина на спорној међашњој површини⁶⁷.

У одређеним практичним ситуацијама наилазимо на дилему да ли водити државинску парницу или поступак за уређење међе, јер се сметања државине често дешавају на међи земљишта заинтересованих страна. Овдје је потребан веома суптилан приступ како би се поуздано одредило шта је, у ствари, прави интерес неке странке у разноврсним животним ситуацијама. Ако међашњи знаци и поред учињене радње на лицу мјеста постоје и ако не пријети опасност да се убудуће неће моћи распознати, треба водити поступак за сметање државине, а у случају да је дјеловањем сусједа међа уништена или толико повријеђена да се једва распознаје и да пријети опасност да се више неће моћи утврдити, потребно је водити ванпарнични поступак ради уређења међе⁶⁸.

3.4. Трошкови поступка уређења међа

У ванпарничним стварима које се односе на имовинска права учесника, исти сносе трошкове на једнаке дијелове, али ако постоји знатна разлика у погледу њиховог удјела у имовинском праву о коме се одлучује, суд ће према сразмјеру тог удјела одредити колики ће дио трошкова сносити сваки учесник⁶⁹.

Међутим, суд може одлучити да све трошкове поступка сноси учесник у чијем се интересу поступак води, односно учесник који је својим понашањем искључиво дао повода за покретање поступка⁷⁰.

⁶⁴ Члан 127 ЗСП-а.

⁶⁵ Члан 126 став 2 ЗСП-а.

⁶⁶ Члан 69 став 6 ЗСП-а.

⁶⁷ Из образложења Рјешења Округног суда у Добоју бр. Гж. 299/01, од 4. 9. 2001. године.

⁶⁸ Л. Велић et al., 748.

⁶⁹ Члан 27 став 2 ЗВП-а.

⁷⁰ Члан 27 став 3 ЗВП-а.

4. Уређење међа у хибридном поступку оснивања катастра непокретности

Доношењем Закона о премјеру и катастру⁷¹, у Републици Српској је између осталог започело и оснивање новог катастра непокретности и успостављање јединствене евиденције права и премјера. Нови катастар се оснива у поступку излагања на јавни увид података о непокретностима и утврђивања права на непокретностима⁷². Треба рећи и то да се овим поступком коначно остварује идеја настала крајем 70-их година XX вијека, која је подразумијевала јединствено вођење права на непокретностима и фактичке власти у складу са новим премјером.

Границе катастарских парцела су једно од најважнијих питања које се јавља у поступку формирања новог катастра непокретности, који се проводи кроз излагања на јавни увид и утврђивању права на непокретностима. Закон о премјеру и катастру катастарску парцелу представља као основну катастарску територијалну јединицу, односно дио земљишта у катастарској општини одређен међом и означен бројем на којем постоји право својине. Међе се дефинишу граничним тачкама које су одређене координатама прописане тачности и означене међним биљегама на терену⁷³. Приликом вршења катастарског премјера у катастарској општини или једном њеном дијелу обиљежавају се границе катастарских парцела, односно међе⁷⁴. Промјена границе катастарске парцеле се евидентира и спроводи одржавањем новог катастра непокретности⁷⁵. На терену ове промјене проводи геодетска управа или геодетска организација⁷⁶.

Излагање се врши за цијелу катастарску општину. Међутим, излагање се може вршити и појединачно и то за дио катастарске општине, а најмање за једну катастарску парцелу⁷⁷. У случају појединачног

⁷¹ „Сл. гласник Републике Српске“ бр. 6/12 и 110/16.

⁷² Члан 2 Правилника о начину оснивања и одржавања катастра непокретности Републике Српске („Сл. гласник Републике Српске“, бр. 11/14 и 25/14).

⁷³ Члан 37 Закона о премјеру и катастру.

⁷⁴ Члан 40 ст. 1 т. в) Закона о премјеру и катастру.

⁷⁵ Члан 120–121 Закона о премјеру и катастру.

⁷⁶ Члан 122 Закона о премјеру и катастру.

⁷⁷ Народна скупштина Републике Српске је на 25. сједници одржаној дана 21. 6. 2018. године усвојила измјене и допуне Закона о премјеру и катастру, којим је брисан чл. 71 став 3 да се може вршити појединачно излагање. Као разлози за брисање ове одредбе наведени су прије свега технички подаци који се односе на површину изложене катастарске општине, као и недовољна транспарентност самог поступка излагања једне парцеле и оснивања катастра непокретности за ту једну парцелу. Измјене закона су у процедури пред Вијећем народа Републике Српске.

излагања, поред лица која су уписана у привремени лист непокретности, позивају се и лица чије непокретности међе са непокретношћу која је предмет излагања⁷⁸. На овај начин сусједи добијају могућност да се у већ поступку излагања изјасне о стању међа, те споровима око истих.

У случају да се не усвоје евентуалне примједбе међаша и комисија утврди право својине у противно изнесеним примједбама, незадовољне странке из поступка излагања могу у року од 30 дана од дана пријема рјешења покренути парнични или ванпарнични поступак пред надлежним судом⁷⁹. Ако је неко од сусједа већ поднио приједлог за уређење међа код надлежног суда, Комисија оснива катастар непокретности и у привремени лист непокретности уписује право у корист лица које је уписано у јавне евиденције, док се о вођењу ванпарничног поступка врши забиљежба⁸⁰.

5. Закључак

Представљена је својеврсна анализа материјалних и процесних норми које се односе на уређења међа у Републици Српској. Највише је наравно посвећена пажња ЗСП-у, као кодификацији стварних права, те ЗВП-у као процесном закону. Такође, у раду су наведени и ставови Уставног суда Републике Српске, који се односе на оцјену уставности норми које уређују ово питање, као и на сукоб надлежности између суда и органа управе.

Из изложених законских одредаба може се утврдити да исте пружају могућност да се уређење међа изврши по више правних основа. Па тако у пракси може доћи до ситуације да се међа у једном дијелу уреди на основу споразума, а у другом дијелу на основу правичности. У ванпарничним поступцима потребно је да странке, односно предлагач и противник предлагача изнесу све чињенице на којима заснивају своје приједлоге, те предложе и изведу неопходне доказе.

⁷⁸ Члан 32 ст. 2 Правилника о начину оснивања и одржавања катастра непокретности Републике Српске.

⁷⁹ Члан 87 Закона о премјеру и катастру.

⁸⁰ Члан 85 Закона о премјеру и катастру.

6. Литература

Узелац Ј., „Уређење међа“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта Ријека*. бр. 1, Ријека, 2007.

Хорват М., *Римско право*, Школска књига, 6. изд., Загреб 1969.

Медић Д., *Ново стварно право Републике Српске*, Паневропски универзитет „Апеирон“, Удружење правника Републике Српске, Бања Лука, 2011.

Медић Д., „Сусједска права“, XI савјетовање из области грађанског права, Бистрица 2016, 7-23.

Медић Д., „Уређење међа у Босни и Херцеговини“, 7, <http://www.rs.cest.gov.ba/index.php/seminari-2009/36-0106banja-luka-zakon-o-vanparnicnom-postupku/43-materijal/file> (5. март 2018. године).

Куленовић З. et al., *Коментар закона о парничном поступку у Федерацији БиХ и Републици Српској*, 2. изд., Мостар, 2011.

Рајовић В., Живановић М., Момчиловић Р., *Грађанско процесно право*, Универзитет у Бањој Луци, Правни факултет, Бања Лука, 2001.

Лукић Р. Д., *Увод у право*, ЈП Службени лист СРЈ, Београд, 1999.

Црнић Ј., „Поступак за уређење међа“, *Информатор*, 3397 од 27. 9. 1986.

Устав Републике Српске, „Сл. гласник Републике Српске“, бр. 21/92 – пречишћени текст, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05, 48/11.

Закон о ванпарничном поступку, „Сл. гласник Републике Српске“, бр. 36/09 и 91/16.

Закон о стварним правима, „Сл. гласник Републике Српске“, бр. 124/08, 3/09, 58/09, 95/11, 60/15 и 18/16 – Одлука Уставног суда Републике Српске.

Закон о парничном поступку, „Сл. гласник Републике Српске“, бр. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09 и 61/13.

Закон о судовима Републике Српске, „Сл. гласник РС“ бр. 111/04, 109/05, 37/06, 119/08 и 58/09.

Закон о републичкој управи, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 118/08, 11/09, 74/10, 86/10, 24/12 и 121/12.

Закон о премјеру и катастру Републике Српске, „Сл. гласник Републике Српске“ бр. 6/12 и 110/16.

Правилник о начину оснивања и одржавања катастра непокретности Републике Српске, „Сл. гласник Републике Српске“, бр. 11/14 и 25/14.

Пресуда Уставног суд Републике Српске бр. У-32/13 од 24. 4. 2014.

Пресуда Уставног суда Републике Српске бр. У-70/14 од 23. 12. 2015.

Рјешење Округног суда у Добоју бр. Гж. 299/01 од 4. 9. 2001.

Рјешење Округног суда у Бијељини бр. 80 0 В 031714 12 Гж од 11. 5. 2012.

REGULATION OF ABUTTALS IN REPUBLIC OF SRPSKA

Borislav Jeličić, LL.M.*

Conclusion

A peculiar analysis of material and procedural norms related to the arrangement of the border in the Republic of Srpska is presented in this paper. Of course, most attention is paid to the Law on Real Rights, such as the codification of real rights, and the Law on Extrajudicial Procedure as a procedural law.

The paper also presents the views of the Constitutional Court of the Republic of Srpska regarding the assessment of the constitutionality of the norms regulating this issue, as well as the conflict of jurisdiction between the court and the administrative body.

* Public Attorney's Office of Republic of Srpska

From the stated legal provisions, it can be determined that they do not prevent the arrangement of the border on several legal grounds. So in practice, the situation may arise in order to arrange the border in one part on the basis of the agreement, and in the second part on the basis of justice. In extrajudicial procedures, the parties, that is, the proposer and the opponents of the proposer, need to state all the facts on which their proposals are based, and propose and carry out the crucial evidence.

BRAČNA STEČEVINA U VEZI SA NAČELOM POVJERENJA U ZEMLJIŠNE KNJIGE U ZAKONODAVSTVU I PRAVNOJ PRAKSI

Mr Đemaludin Mutapčić*

***Sažetak:** Zakonska presumpcija da su bračni partneri u jednakim dijelovima suvlasnici u bračnoj stečevini ako nisu drukčije ugovorili podrazumijeva uknjižbu suvlasničkog dijela nekretnina u bračnoj stečevini u zemljišnim knjigama. To se posebno odnosi na pitanje bračne stečevine i zalaganja nekretnine iz bračne stečevine. U tom pogledu na bračnu stečevinu primjenjuju se i odredbe stvarnog, zemljišnoknjižnog i obligacionog prava, imajući u vidu da je hipoteka jedno od najsavremenijih sredstava stvarnopravnog osiguranja novčanog potraživanja, a koja isto tako nastaje uknjižbom u zemljišnim knjigama.*

Predmet istraživanja ovog rada sastoji se u analiziranju pravnih posljedica u slučaju da bračni partner nije iskoristio zakonsku mogućnost da izvrši ispravku upisa u zemljišnim knjigama, s obzirom na to da je isključivo od inicijative bračnog partnera zavisilo da li će se preduzeti odgovarajuće pravne radnje.

U sudskoj praksi redovnih sudova u Federaciji Bosne i Hercegovine, kao i u apelacionoj jurisdikciji Ustavnog Suda Bosne i Hercegovine, razmatrano je pitanje da li odredbe Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine koje se odnose na bračnu stečevinu imaju jaču snagu od odredaba Zakona o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine koje se odnose na načelo povjerenja u zemljišne knjige.

U ovom radu se došlo do rezultata da je, radi osiguranja pravnog prometa, načelo povjerenja u zemljišne knjige jače od odredaba Porodičnog zakona kojim je regulirana bračna stečevina, te da mu treba dati prednost .

* Notar, Sarajevo, e-mail: notarmutapcic@bih.net.ba

Ključne riječi: *брачна стечевина, hipoteka, načelo povjerenja u zemljišne knjige, suvlasništvo, bračni ugovor.*

1. Uvod

Promet nekretninama može se ostvarivati samo prometom prava na njima i zato služe zemljišne knjige kao javni registri, u koje se upisuju nekretnine i stvarna prava na njima te drugi pravni odnosi s njima vezani. Značaj registara u pravu je u tome što se evidentiranjem određenih činjenica osigurava veća sigurnost pravnog prometa i olakšava stjecanje izvjesnih prava.

U tom smislu, između instituta bračne stечевine i načela povjerenja (pouzdanja) u zemljišne knjige postoji međusobna uslovljenost i povezanost u zakonodavstvu i pravnoj praksi. Po svojoj pravnoj prirodi, bračna stечевina je suvlasništvo, ukoliko nije drukčije uređeno bračnim ugovorom u porodičnopравnim odnosima u pravnom sistemu u Federaciji Bosne i Hercegovine¹. Načelo povjerenja u zemljišne knjige jedno je od najvažnijih načela zemljišnoknjžnog prava. „U interesu pravnog prometa ваži načelo povjerenja u таčnost zemljiшних knjiga, te upisano pravo ваži као таčno, а neupisano као nepostojeće“.²

2. Брачна стечевина

Na teritoriji Bosne i Hercegovine, zbog специфичног државног устројства одређеног њеним Уставом као саставним дијелом Дејтонског мировног споразума³, постоји неколико закона којима се уређује материја брачне стечевине. Сви су они доњети на нивоу ентитета и Брчко дистрикта Босне и Херцеговине, јер надлежност за њихово доношење имају управо и ти организационо-територијални дијелови Босне и Херцеговине. Због прихваћеног метода позитивне еnumerације у подјели надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета, на нивоу државе Босне и Херцеговине нема „кroвног закона“ којим би се регулирала материја брачне стечевине. У доношењу

¹ Постоје различитости у породичноправним односима у правним системима у Босни и Херцеговини.

² Weike Jörg, Tajić Larisa, *Komentar Zakona o zemljiшnim knjigama u Bosni i Hercegovini*, Privredna štampa d.d. Sarajevo, 2005, str. 43.

³ Споразум је политичко-правни акт парафиран у Дејтону (USA) 21. 11. 1995. године, а потписан у Паризу 14. 12. 1995. године, када је stupio на снагу. Устав Босне и Херцеговине садржан је у Анексу 4 Опћег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини.

entitetskih zakona i Porodičnog zakona Brčko distrikta BiH nije prihvaćen metod sadržajnog ujednačavanja zakonskih tekstova, pa je zato bračna stečevina suvlasništvo u Federaciji Bosne i Hercegovine i Brčko distriktu Bosne i Hercegovine, a u Republici Srpskoj ona je zajedničko vlasništvo.

Koristeći se svojim ustavnim, a Brčko distrikt Bosne i Hercegovine statutarnim nadležnostima, ove političko-teritorijalne jedinice Bosne i Hercegovine donijele su zakonske propise kojima su regulirale materiju bračne imovine.⁴

U Republici Srpskoj donesen je Porodični zakon 2002. godine,⁵ u Federaciji Bosne i Hercegovine donesen je Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine 2005. godine,⁶ a u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine donesen je Porodični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine 2007. godine.⁷

Iz toga je isto tako vidljivo da se institut bračne stečevine propisuje u tri posebna porodična zakona u Bosni i Hercegovini⁸, a umjesto jednog jedinstvenog Porodičnog zakona iz 1979. godine, koji se primjenjivao do početka primjene navedenih zakona.

Pred nama su, dakle, prvi put u pravnoj historiji Bosne i Hercegovine, tri posebna porodična zakona kojima se propisuje institut bračne stečevine. To je bez sumnje važan događaj u pravnoj historiji Bosne i Hercegovine. Ovo posebno zbog toga što je u novom zakonodavstvu, pored primjene zakonskog imovinskog režima bračne stečevine, uređena primjena ugovornog imovinskog režima bračne stečevine.

Historijski gledano, primjena instituta bračne stečevine u zakonodavstvu i pravnoj praksi u Bosni i Hercegovini može se razdvojiti u dva posebna perioda, i to: 1. period primjene Porodičnog zakona iz 1979. godine, i 2. period nakon donošenja novog porodičnog zakonodavstva.

U nastavku ovog rada, ukratko, izlaže se: 1. zakonski imovinski režim bračne stečevine i 2. ugovorni imovinski režim bračne stečevine.

⁴ Redoslijed navođenja pojedinih zakona je prema redoslijedu njihovog donošenja kada je kompetentna vlast donijela svoj zakon.

⁵ „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 54/02, 41/08 i 63/14.

⁶ „Službene novine Federacije BiH“, br. 35/05, 41/05 i 31/14. U pogledu naziva, naziv „Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine“ odgovara nazivu „Obiteljski zakon Federacije Bosne i Hercegovine“.

⁷ „Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“ broj 23/07.

⁸ U terminološkom smislu, termin „bračna stečevina“ koristi se u Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine; termin „zajednička imovina bračnih supružnika“ koristi se u Porodičnom zakonu, koji se primjenjuje u Republici Srpskoj, a termin „bračna tekovina“ koristi se u Porodičnom zakonu Brčko distrikta BiH. Ta imovina u doktrini naziva se još i zajedničkom imovinom ili zajedničkom tekovinom. Nakon donošenja novog porodičnog zakonodavstva u savremenoj Bosni i Hercegovini prestao se koristiti termin „zajednička imovina bračnih drugova“ iz Porodičnog zakona iz 1979. godine.

2.1. Zakonski imovinski režim bračne stečevine prema Porodičnom zakonu iz 1979. godine

Imovinski odnosi bračnih drugova u Porodičnom zakonu iz 1979. godine bili su uređeni u obliku zakonskog imovinskog režima.

Zakonski imovinski režim znači da bračnim drugovima⁹ nije ostavljena mogućnost da ove odnose ugovorom urede na način koji bi bio drugačiji od onoga koji je određen u Zakonu. Nije normirana mogućnost derogiranja zakonskog imovinskog režima, pa bračnim drugovima tako nije pružena prilika da imovinske odnose reguliraju onako kako njima odgovara, isključivši primjenu zakonskog imovinskog režima.¹⁰

Zajednička imovina bračnih drugova je imovina koju su bračni drugovi stekli radom tokom bračne zajednice, kao i prihodi iz te imovine (čl. 264 PZ).¹¹

„Brojne, teške i dugotrajne parnice koje se vode pred sudovima povodom zahtjeva za podjelu zajedničke imovine, kao i nova ekonomska kretanja u našoj zemlji, uz iskustva u stranim zemljama u kojima je prihvaćen režim podjele na jednake dijelove, nameću potrebu drukčijeg normiranja ovog pitanja, bilo tako da se prihvati sistem podjele na jednake dijelove, bilo da se usvoje neki njegovi elementi“.¹²

Udio bračnih drugova nije bilo jednostavno odrediti, pa upravo u vezi s tim u praksi nastaju sporovi.¹³ Zakonodavac je, radi uspješnijeg i bržeg rje-

⁹ U terminološkom smislu, termin „bračni partneri“ koristi se u Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine i Porodičnom zakonu Brčko distrikta BiH, a termin „bračni supružnici“ u Porodičnom zakonu, koji se primjenjuje u Republici Srpskoj. Ovim terminima zamjenjuje se termin „bračni drugovi“ iz Porodičnog zakona („Službeni list SRBiH“, 21/79 i 44/89 i „Službeni list R BiH“, br. 6/94 i 13/94). Istina, na jednom mjestu u Porodičnom zakonu Brčko distrikta BiH iznad člana 238. „G) Odgovornost bračnih drugova za obaveze prema trećim osobama“ zadržan je termin „bračni drugovi“, a što je očigledno omaška u pisanju (*lapsus calami*). Treba ukazati na to da se termin „bračni drugovi“ koristi u članu 73 stav 1 tačka 1 Zakona o notarima („Službene novine Federacije BiH“, broj 45/02), kojim je izričito propisano da pravni poslovi za koje je obavezna notarska obrada isprave uključuju pravne poslove o reguliranju imovinskih odnosa između bračnih drugova, a u protivnom su ništavi. Zadržavanje termina „bračni drugovi“ u navedenom Zakonu o notarima ujedno ukazuje na nužnost međusobne pravne harmonizacije između važećih porodičnih i zakona o notarima u Bosni i Hercegovini i u terminološkom smislu.

¹⁰ Nerimana Traljić, Suzana Bubić, *Porodično pravo*, II izdanje, „Magistrat“ Sarajevo, 2001, str. 292.

¹¹ Skraćenica “PZ” koristi se za označavanje Porodičnog zakona iz 1979. godine.

¹² Pojedini profesori porodičnog prava u našoj zemlji su već 2001. godine ukazivali na nužnost reforme instituta bračne stečevine. Tako dr Suzana Bubić u udžbeniku *Porodično pravo*, II izdanje, “Magistrat” Sarajevo, 2001, str. 301.

¹³ Kao što je poznato iz sudske prakse, u parnicama za podjelu zajedničke bračne imovine bračni drugovi se bore za “iglu”.

šavanja sporova, regulirao neka od pitanja koja su se u sudskoj praksi javljala kao sporna.

2.2. Ugovorni imovinski režim i bračna stečevina

Među koncepcijskim novinama u relevantnim propisima nove zakonske regulative bračne stečevine u Bosni i Hercegovini, mogu se izdvojiti novine koje se odnose na uvođenje ugovornog imovinskog režima bračne stečevine u porodičnom zakonodavstvu.

Iz toga slijedi da je dio Porodičnog zakona Republike Srpske koji se odnosi na zajedničku supružničku imovinu pretrpio značajne izmjene¹⁴, posebno uvođenjem bračnog ugovornog režima.

Porodičnim zakonom Federacije Bosne i Hercegovine, kao i Porodičnim zakonom Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, isto tako se uvodi bračni ugovorni režim u pogledu imovinskih odnosa. Ugovorom se, do sada, nije mogao mijenjati prinudni imovinski režim bračne stečevine uređen zakonom. Sada se prednost daje ugovornom režimu u pogledu imovinskih odnosa u braku.

2.3. Bračni ugovor

U entitetskim porodičnim zakonima propisana je uloga notara tako da bračni ugovor ima formu notarski obrađene isprave. U članu 271 stav 5 Porodičnog zakona Republike Srpske izričito je propisano da bračni ugovor mora biti notarski obrađen.¹⁵ U članu 258 Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine koji se odnosi na bračni ugovor, u stavu 2 zakonodavac je za formu bračnog ugovora propisao sljedeće: “Za punovažnost ugovora nužno je da isprava bude notarski obrađena.”

U članu 235 Porodičnog zakona Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, koji se odnosi na bračni ugovor, u stavu 2 zakonodavac je za formu bračnog ugovora propisao sljedeće: “Za pravosnažnost ugovora neophodno je da isprava bude sastavljena i ovjerena kod nadležnog organa ili bilježnički obrađena”.

¹⁴ Prof. dr Branko Morait, *Porodični zakon Republike Srpske sa predgovorom*, Banja Luka, 2003, str. 43.

¹⁵ U prvobitnom tekstu Porodičnog zakona („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 54/02 od 27. 8. 2002. godine) nije bila propisana obligatorna notarska obrada bračnog ugovora i član 271 stav 5 je glasio: “Bračni ugovor zaključuje se u pismenoj formi, a potpisi bračnih supružnika moraju biti ovjereni od strane suda ili notara.” Međutim, polazeći od pravnog značaja notarske isprave nastale notarskom obradom, zakonodavac je izmijenio navedenu odredbu u skladu sa članom 271 stav 5 Zakona o izmjenama i dopunama Porodičnog zakona („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 41/08 od 15. 4. 2008. godine).

Analizom navedene formulacije tog zakona može se zapaziti da zakonodavac koristi termin „pravosnažnost ugovora“, a što nije osnovano i uputno. Kako se termin „pravosnažnost“ koristi za odluke nadležnih organa, a ne u ugovornom pravu, nužno je u toj normi umjesto toga unijeti termin „punovažnost ugovora“. Osim toga, može se zapaziti uvođenje alternative u pogledu isprave tako da zakonodavac propisuje: „neophodno je da isprava bude sastavljena i ovjerena kod nadležnog organa ili bilježnički obrađena“. Takva formulacija unosi nejasnoće. Ona ne sadrži odgovor na pitanje prvog dijela te alternative: ko je nadležni organ? Osim toga, koristi se termin „bilježnički obrađena“¹⁶, čime se dovodi u pitanje latinski tip notarijata, koji je prihvaćen u Bosni i Hercegovini, za razliku od javnog bilježništva u Republici Hrvatskoj.

Istina, u praktičnoj primjeni te zakonske odredbe radi se notarski obrađena isprava, ali je navedenu zakonsku odredbu nužno normativno urediti i uskladiti sa Zakonom o notarima.

Analizom navedenih odredaba o formi bračnog ugovora u entitetskim porodičnim zakonima i u Porodičnom zakonu Brčko distrikta Bosne i Hercegovine zapažaju se određene razlike, posebno u normativnom smislu.

Upoređujući nove zakonske aspekte pravnog normiranja, treba ukazati na to da je jasna i nedvosmislena odredba da bračni ugovor mora biti notarski obrađen, a koja je sadržana u članu 271 stav 5 Porodičnog zakona Republike Srpske.¹⁷ Takva formulacija ne ostavlja nikakve nejasnoće.

2.4. Pravna priroda bračne stečevine u Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine

Jedna od niza novina koje su unesene u Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine regulirana je u njegovoj odredbi člana 252, koji glasi:

„(1) Bračni partneri su u jednakim dijelovima suvlasnici u bračnoj stečevini ako nisu drukčije ugovorili.

(2) Budući bračni partneri, odnosno bračni partneri mogu bračnim ugovorom drukčije urediti svoje odnose vezane za bračnu stečevinu.

¹⁶ U članu 134 Zakona o notarima („Službene novine Federacije BiH“, broj 45/02) propisano je da danom stupanja na snagu tog zakona prestaje da važi Zakon o javnom bilježništvu („Službene novine Federacije BiH“, broj 49/99), iz čega slijedi da je već tada napušten koncept javnog bilježništva, a prihvaćen koncept latinskog tipa notarijata.

¹⁷ To je rezultat rada prvih notara u savremenoj Bosni i Hercegovini, koji su počeli da rade od 4. 5. 2007. godine u Federaciji Bosne i Hercegovine, a nešto kasnije u Republici Srpskoj i Brčko distriktu Bosne i Hercegovine.

(3) Ukoliko je u zemljišne knjige kao vlasnik stečevine upisan jedan bračni partner, drugi bračni partner može zahtijevati ispravku upisa, sukladno Zakonu o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine.“

Iz naprijed navedene zakonske formulacije slijedi da je u Federaciji Bosne i Hercegovine bračna stečevina suvlasništvo, a ne zajedničko vlasništvo.

U vezi s tim, a radi pojmovne jasnoće, nužno je ukazati na razliku između suvlasništva i zajedničkog vlasništva.

Iz odredbe člana 25 stav 1 Zakona o stvarnim pravima¹⁸ vidljiva je zakonska definicija suvlasništva tako da suvlasništvo postoji kada dvije ili više osoba imaju pravo vlasništva na istoj stvari svaki prema svom udjelu srazmjerno cjelini (idealni dio). Suvlasništvo (susvojina, suvlaština, smesništvo) – pravo privatne svojine koje ima dva ili više titulara (suvlasnika, smesničara). Za razliku od zajedničke imovine, gdje se do diobe ne zna kome koliko pripada, dijelovi suvlasnika su određeni, i to alikvotno, razlomkom, npr. jedna polovina, jedna trećina, tri četvrtine, dvije trećine itd. Suvlasničke kvote odnose se na cijelu stvar, na svaku njenu česticu. Suvlasnik može samostalno raspolagati svojim dijelom, može ga založiti, zavještati, pokloniti.

Prema odredbi člana 43 stav 1 navedenog Zakona o stvarnim pravima, zajedničko vlasništvo je vlasništvo dvije ili više osoba (zajedničari) na istoj stvari čiji udjeli nisu određeni, ali su određivi. Zajednička imovina (svojina zajedničke ruke, zajednička svojina) – pravo svojine koje imaju dva ili više titulara, čiji udjeli u zajedničkoj imovini nisu određeni, niti se, po pravilu, mogu otuđiti dok se ne podijeli zajednička imovina. Kod zajedničke imovine udjeli vlasnika – zajedničara nisu unaprijed određeni i ovlašćenje raspolaganja je sasvim isključeno ili bitno ograničeno. To je suštinska razlika u odnosu na suvlasništvo, kod kojeg se dio svakog suvlasnika zna i svaki suvlasnik može slobodno raspolagati svojim udjelom (pokloniti ga, založiti, prodati kako drugom suvlasniku tako i licu van suvlasničke zajednice).¹⁹

Same formulacije naprijed navedenih odredaba Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine kao i Porodičnog zakona Brčko distrikta Bosne i Hercegovine ukazuju na to da je imperativno određeno uvođenje zakonske presumpcije suvlasništva na jednake dijelove u bračnoj stečevini.

¹⁸ Zakon o stvarnim pravima pravima („Službene novine Federacije BiH“, br. 66/13 i 100/13).

¹⁹ Vidjeti zakonsku definiciju suvlasništva iz odredbe člana 25 stav. 1 Zakona o stvarnim pravima („Službene novine Federacije BiH“, br. 66/13 i 100/13), prema kojoj suvlasništvo postoji kada dvije ili više osoba imaju pravo vlasništva na istoj stvari svaki prema svom udjelu srazmjerno cjelini (idealni dio).

Takvo zakonsko određenje ima materijalno-pravni i procesno-pravni aspekt u zakonodavstvu i pravnoj praksi.²⁰

2.5. Materijalno-pravni i procesno-pravni aspekt uvođenja zakonske presumpcije suvlasništva na jednake dijelove u bračnoj stečevini

Sa materijalno-pravnog aspekta, uvođenje zakonske presumpcije suvlasništva na jednake dijelove u bračnoj stečevini u Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine, kao i u Porodičnom zakonu Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, sadrži imperativnu zakonsku odredbu i neoborivu zakonsku presumpciju i protiv takvog zakonskog određenja ne postoji nikakvo pravno sredstvo, budući da zakonodavac polazi od kategoričkog stanovišta da su bračni partneri u jednakim dijelovima suvlasnici u bračnoj stečevini, ako nisu drukčije ugovorili.

Gledano sa procesno-pravnog aspekta na zakonsku imperativnu normu navedenu na početku ovog dijela rada jasno je i nedvosmisleno da su u tom slučaju bračni partneri u jednakim dijelovima suvlasnici u bračnoj stečevini. Iz takve formulacije, može se zaključiti da je propis o bračnoj stečevini kao suvlasništvu bračnih partnera na jednake dijelove („pola-pola“) imperativnog karaktera i predstavlja normu *ius cogens* („ovako i nikako drukčije“). Na takav pravni značaj presumpcije bračne stečevine u nedostatku notarski obrađenog ugovora bračnih partnera posebno ukazuju i zakonski propisi u kojima je izričito propisano da, ukoliko je u zemljišne knjige kao vlasnik bračne stečevine upisan jedan bračni partner, drugi bračni partner može zahtijevati ispravku upisa u zemljišnim knjigama, a na osnovu i u okviru člana 252 stav 3 Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine. Imajući pri tome u vidu da je zemljišna knjiga javna knjiga u kojoj važe načela konstitutivnosti upisa i javnog povjerenja, vidljivo je da su pri tome došla do izražaja i načela sadržana u Zakonu o ravnopravnosti spolova u Bosni i Hercegovini²¹.

²⁰ Kao primjer iz pravne prakse u primjeni novog porodičnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini, može se izdvojiti slučaj iz presude Općinskog suda u Širokom Brijegu broj 064-0-P-06-000129 do 13. 12. 2007. godine, presude Županijskog suda u Širokom Brijegu broj 008-0-GŽ-08-000 106 od 26. 5. 2008 i presude Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj 070-0-Rev-08-001301 od 12. 1. 2010. godine, a koji se nalazi u apelacionoj jurisdikciji Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. Naime, nižestepeni sudovi su odlučili da se u okviru pravnog instituta bračne stečevine može utvrđivati da u bračnu stečevinu ulazi udio u sticanju „udjela“ u društvu sa ograničenom odgovornošću i nakon osamnaest godina od osnivanja društva i njegovog upisa u sudski registar, tužiteljicu proglasili suosnivačem privrednog društva i omogućili naknadni upis tužiteljice kao novog člana društva u sudski registar.

²¹ Zakon o ravnopravnosti spolova u Bosni i Hercegovini („Službeni glasnik BiH“, broj 16/03).

Uvođenje takvog zakonskog rješenja ima i procesnopravne posljedice, s obzirom na to da će sud odbaciti tužbu kao nedopuštenu na osnovu Zakona o parničnom postupku²², ako je tužba podnesena protivno tom imperativnom propisu (na primjer, ako bi jedan bračni partner u tužbi tražio više od jedne polovine u bračnoj stečevini). U takvom slučaju tužba je nedopuštena. Drugo je pitanje utvrđenja šta ulazi u bračnu stečevinu, i to može biti predmet parničnog postupka.

Osim toga, iz sva tri važeća porodična zakona u Bosni i Hercegovini može se izvući zaključak da kroz notarski obrađene bračne ugovore bračni partneri mogu naći drugo rješenje u pogledu imovinskih odnosa od onog koje propisuje zakon. Naime, definirana je uloga notara²³ u oblasti imovinskih odnosa bračnih partnera u bračnoj stečevini. Za punovažnost bračnog ugovora nužno je da isprava bude notarski obrađena. Zakoni o notarima u Bosni i Hercegovini predviđaju značajnu nadležnost notara²⁴ i određuju da je pod prijetnjom ništavosti obavezna notarska obrada bračnog ugovora.

2.6. Osnovne razlike u pogledu određenja bračne imovine u porodičnim zakonima Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine

Očigledno je iz naprijed navedenog da u pogledu bračne stečevine nije ostvarena međuentitetska pravna harmonizacija. U tom pogledu postoje značajne razlike između Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske, a posebno u sljedećem:

²² Zakon o parničnom postupku („Službene novine Federacije BiH“, br. 53/03, 73/05, 19/06 i 98/15).

²³ Služba notara je javna služba koju obavljaju notari, koji su samostalni i neovisni nosioci te službe. Notarske isprave su: isprave nastale notarskom obradom, notarske ovjere i notarske potvrde. Notarske isprave su javne isprave i važe kod svih organa vlasti, pravnih osoba i drugih institucija neovisno od toga od kojeg su notara izdate. Notarski obrađene isprave, koje je notar sačinio u granicama svojih službenih ovlaštenja u propisanoj formi, imaju punu dokaznu snagu javne isprave o izjavama datim pred notarom.

²⁴ Provedena javna rasprava o Nacrtu porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, koju je 2004. godine organiziralo Federalno ministarstvo pravde Sarajevo (kao ovlašteni obrađivač tog zakona) u svih deset kantona obrazovanih u Federaciji Bosne i Hercegovine, pokazala je da u toj javnoj raspravi u cjelini podržane odredbe Nacrta zakona, kojima je definirana uloga notara u oblasti porodičnopravnih odnosa, a podržan je koncept Nacrta zakona da je u pogledu imovinskih odnosa za punovažnost bračnog ugovora nužno da isprava bude notarski obrađena pod prijetnjom ništavosti. O tome vidjeti Izvještaj o organiziranoj i provedenoj javnoj raspravi o Nacrtu porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, koji je sačinio Đemaludin Mutapčić u svojstvu pomoćnika gospođe Borjane Krišto, ministrice pravde u Vladi Federacije BiH (Publikacija Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine i Zakon o zaštiti od nasilja u porodici, priređivač Đemaludin Mutapčić, Federalno ministarstvo pravde Sarajevo, DES, Sarajevo, 2005).

U Federaciji Bosne i Hercegovine bračna stечевина je сувласништво, а u Republici Српској је заједничко власништво, ако није drukчије уговорено и

U Federaciji Bosne i Hercegovine svaki брачни партнер не може захтијевати да му суд одреди већи дио од једне половине, а таква могућност постоји у члану 273 став 1 Породичног закона Републике Српске.

Имајући у виду да су провођењем Анекса 7 Опћег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини створене претпоставке за слободно кретање људи на цијелом простору Босне и Херцеговине, као и уставну обавезу да се свим грађанима осигура једнака заштита права и слобода, чини се оправданим покретање активности у правцу хармонизације законских рјешења ентитета у погледу правног режима брачне стечевине.

2.7. Истраживање о тузбима ради утврђења и диобе брачне стечевине

О увођењу императивне норме сувласништва на једнаке дијелове у брачној стечевини, у периоду од 24. 1. до 24. 3. 2005. године обављено је истраживање у Федерацији Босне и Херцеговине²⁵ путем двадесет осам опћинских и десет кантоналних судова и Врховног суда Федерације Босне и Херцеговине. Истраживање се односило на судске предмете за период од три године (од 2002. до 2004. године) за тузбе ради утврђења и диобе брачне стечевине.

Уједно су прикупљени подаци од кантоналних судова за другостепени парнични поступак по тим тузбама. Од Врховног суда Федерације Босне и Херцеговине прикупљени су подаци за ревизијске предмете односно захтјеве за заштиту законитости у таквим предметима.

Истраживање је показало да судије парничних одјелjenja подржавају увођење новог законског рјешења, односно законске презумпције сувласништва на једнаке дијелове у брачној стечевини, ако није drukчије уговорено, са ожекиванјима да ће се смањити број тузби које се односе на брачну стечевину.

Међутим, у литератури се наводе предности и недостаци института брачне стечевине у законодавствима Федерације Босне и Херцеговине и Брчко дистрикта Босне и Херцеговине, те Републике Хрватске. Тако се у погледу брачне стечевине из тих законодавстава наводи: „Свакако да посматрани модел брачне имовине гарантује једноставност у расправљању имовинских односа између супрушника; али ефикасност у судском поступку, која подразумијева ослобађање суда обавезе да утврђује удјеле супрушника, не може бити оправдање

²⁵ Spis Federalnog ministarstva pravde Sarajevo broj: 03-06-111/05.

za nastupanje potencijalno nepravičnog pravnog finala koje se ogleda u neoborivoj jednakosti udjela“.²⁶ Međutim, postavlja se pitanje da li je citirani stav prihvatljiv, s obzirom na to da takav stav uglavnom zanemaruje nužnost rastećenja redovnih sudova od dugotrajnih parnica za utvrđenje i podjelu bračne stečevine, te uvođenje notara kao preventivnih sudija u pravni sistem u Bosni i Hercegovini, a koji imaju široko polje djelovanja u imovinskim odnosima u braku. Osim toga, uvođenje raspravnog načela parničnog postupka nakon reforme parnične procedure u Bosni i Hercegovini iz 2003. godine ukratko ukazuje na to da je citirani stav manje-više neprihvatljiv.

2.8. Prednosti izvršne notarske isprave

Notarski obrađene isprave se sačinjavaju u posebnom, zakonom propisanom postupku. U okviru postupka notarske obrade isprave notar mora provjeriti da li su stranke sposobne i ovlaštene za poduzimanje određenog pravnog posla. Notar je dužan da ispita pravu volju stranaka, zatim da izjave volje stranaka jasno i nedvosmisleno pismeno sastavi u obliku notarskog izvornika. On je dužan da zaštiti neiskusne i nevješte stranke, kao i uopće da pouči stranke usmeno o pravnim posljedicama poslova koje poduzimaju i to na način da i lica nevješta pravu shvate o kakvim se pravnim posljedicama radi. Zapisnik o izjavama se mora pročitati strankama, kao i svi prilozi, osim ako stranke ne odustanu od čitanja priloga. Svaka radnja koju je notar poduzeo mora biti konstatirana u notarski obrađenoj ispravi, kao npr. da je zapisnik o izjavama strankama pročitao, da su odustale od čitanja priloga i sl. Bitno je, pored obaveza pouke, da notar ima zadatak da oblikuje izjave volje stranaka tako da se postignu željeni pravni učinci. On ne zapisuje samo ono što mu drugi prezentiraju, već uređuje pravni odnos.²⁷

U notarski obrađenoj ispravi se stranka koja duguje određeno novčano

²⁶ Tako i Radić Darko, *Imovinski odnosi u braku*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, 2016. str. 105. Autor komparira različitosti u porodičnopравnim odnosima u pogledu bračne stečevine u pravnim sistemima u Republici Hrvatskoj, u Federaciji Bosne i Hercegovine i Brčko distriktu Bosne i Hercegovine u Bosni i Hercegovini sa jedne strane, sa pravnim sistemima Republike Srpske u Bosni i Hercegovini, Republike Srbije i Republike Crne Gore, u kojim zainteresirana strana, preuzimajući na sebe teret dokazivanja, može tražiti veći udio u bračnoj imovini od zakonom pretpostavljenog ½ dijela. Komparirajući navedena pravila o bračnoj stečevini sa istovrsnom regulativom u evropskim zakonodavstvima (Francuska, Italija), pa čak i sa onim zakonodavstvima, gdje tokom braka egzistira i dejstvuje isključivo režim odvojenosti imovina (Njemačka, Švedska, Švajcarska), autor smatra da je autonomija supružnika prevelika.

²⁷ Prof. dr Meliha Povlakić, *Uloga notara u zaštiti potrošača*, Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“ br. 8, Mostar, 2010, str. 254.

potraživanje može podvrgnuti neposrednom prinudnom izvršenju na osnovu te isprave.²⁸

Svoјstvo izvršne isprave iz člana 23 stav 1 tačka 3 u vezi sa čl. 27 i 35 Zakona o izvršnom postupku²⁹ može imati samo notarski obrađena isprava.³⁰

Već početkom primjene Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine³¹, Federalno ministarstvo pravde kao resorno ministarstvo, dana 23. 1. 2006. godine dostavilo je svim deset ministara pravde kantona obrazovanih u Federaciji Bosne i Hercegovine mišljenje tog ministarstva u vezi sa primjenom člana 252 stav 3 tog zakona, uz molbu da ga dostave područnim općinskim sudovima i kantonalnom sudu, a to mišljenje dostavljeno je i Vrhovnom sudu Federacije Bosne i Hercegovine. Zbog važnosti tog mišljenja, objavljujemo ga u cijelosti u ovom radu³², kako slijedi:

„PREDMET: Dostava mišljenja u svezi primjene članka 252 stavak 3 Obiteljskog zakona Federacije Bosne i Hercegovine

Poznato je da je primjena Obiteljskog zakona Federacije Bosne i Hercegovine (‘Službene novine Federacije BiH’, br. 35/05 i 41/05), koji je stupio snagu 28. 6. 2005. godine, počela 28. 12. 2005. godine.

Jedna od niza novina koje su unesene u ovaj zakon je regulirana u njegovoj odredbi članka 252 koji glasi:

‘(1) Bračni partneri su u jednakim dijelovima suvlasnici u bračnoj stečevini ako nisu drukčije ugovorili.

(2) Budući bračni partneri, odnosno bračni partneri mogu bračnim ugovorom drukčije urediti svoje odnose vezane za bračnu stečevinu.

(3) Ukoliko je u zemljišne knjige kao vlasnik stečevine upisan jedan bračni partner, drugi bračni partner može zahtijevati ispravku upisa, sukladno Zakonu o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine.’

Polazeći od toga, a u povodu upita većeg broja općinskih sudova, ocijenili smo svrsishodnim da kantonalni ministri pravde područnim

²⁸ Doc. dr Meliha Povlakić, *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2009, str. 84.

²⁹ Zakon o izvršnom postupku (‘Službene novine Federacije BiH’, br. 32/03, 52/03, 33/06, 39/06, 39/09 i 35/12);

³⁰ Meliha Povlakić, Christoph Schallast, Vesna Softić, *Komentar Zakona o notarima u Bosni i Hercegovini*, GTZ, Sarajevo, 2009, str. 25.

³¹ Ovaj zakon počeo je da se primjenjuje od 28. 12. 2005. godine.

³² Vidjeti predmet Federalnog ministarstva pravde Sarajevo, broj 03-02-1504/05, u kome se nalazi navedeno mišljenje.

опćинским судовима и кантоналном суду за поступанје код примјене одредбе чланка 252 ставак 3 наведеног закона доставе слједеће:

MIŠLJENJE

Iz odredaba чланка 252 наведеног закона произлази да су брачни партнери у брачној стећевини сувласници у једнаким дијеловима ако нису drukčije уговорили, с тим што је остављена могућност да будући брачни партнери, односно брачни партнери, могу брачним уговором уредити своје односе везане за брачну стећевину (чланак 252 ст. 1 I 2)

Међутим, у одредби чланка 252 ставак 3 наведеног закона дата је могућност да, у случају ако је у земљишне књиге као власник стећевине уписан један брачни партнер, други брачни партнер може захтијевати исправку уписа у складу са Законом о земљишним књигама Федерације Босне и Херцеговине ('Службене новине Федерације БиХ' бр. 19/03 и 54/04).

Сматрамо да би код примјене одредба чланка 252 ставак 3 тог закона, у поступку уписа у земљишне књиге, земљишно-књижни уред надлежног опćинског суда, прије извршене исправке уписа у форми прописаној у члану 61 Закона о земљишним књигама Федерације Босне и Херцеговине, морао осигурати да брачни партнер који је поднио захтјев, уз исти приложи извод из матичне књиге вјенчаних, на основу којег се на поуздан начин може утврдити да је у браку са брачним партнером, који је уписан у земљишној књизи као власник брачне стећевине, као и ваљано овјерену suglasnost тог брачног партнера да се не противи пријеносу сувласничког дијела брачне стећевине на подносиоца захтјева, као другог брачног партнера, односно уношењу исправке у том смислу у земљишне књиге.

Слиједом тога, а полазећи од напријед изложеног, те цијенећи stipulaciju same norme, као и njen smisao, по нашем мишљењу, одредба чланка 253 став 3 наведеног закона може наћи своју примјену само код уписа сувласничког дијела брачне стећевине када су у питању живи брачни партнери, под увјетом да међу њима у том смислу нема ништа спорно.

Ако брачни партнер који је уписан као власник стећевине не да suglasnost за такав упис односно оспорава да та имовина, дијелице или у цијелости, чини у смислу чланка 251 тог закона брачну стећевину, тада би странку требало упутити да своје право доказује односно остварује у парничном поступку.

О тому molimo информирајте подручне опćинске судове и кантонални суд.“

Navedeno mišljenje objavljeno je prije početka primjene Zakona o notarima³³, tako da su u pogledu forme u njemu sadržane riječi: „kao i valjano ovjerenu saglasnost tog bračnog partnera“. Međutim, nakon početka primjene notarskog prava, u zakonodavstvu i pravnoj praksi duboko se uvriježilo stanovište da se takva saglasnost bračnog partnera daje u formi notarski obrađene isprave, a ne njene ovjere.

Pravni posao iz člana 252 stav 3 Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine

Odredba člana 252 stav 3 Porodičnog Zakona Federacije Bosne i Hercegovine podrazumijeva derivativno stjecanje, s obzirom na to da glasi: „Ukoliko je u zemljišne knjige kao vlasnik stečevine upisan jedan bračni partner, drugi bračni partner može zahtijevati ispravku upisa, sukladno Zakonu o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine.“ Naime, derivativnim (posrednim, izvedenim, dvostranim) načinom stječe se suvlasništvo voljom dosadašnjeg vlasnika. Postoje tri pretpostavke za derivativno stjecanje vlasništva odnosno suvlasništva, i to: 1. vlasništvo prednika, 2. pravni naslov (*titulus acquirendi*) i 3. pravni način (*modus acquirendi*).

Pravni naslov je, dakle, po pravilu takav pravni posao, koji u prvom redu mora biti pravno valjan (*iustus titulus – iusta causa*) i po kojemu je izražena volja dvaju pravnih subjekata da prenesu vlasništvo jedan na drugoga, pa je to u stvari zahtjev za prijenos vlasništva. ravni naslov, odnosno takav pravni posao, koji je *titulus* za prijenos vlasništva, ne daje još nikakvo pravo na samu stvar, koja se prenosi u vlasništvo, nego se njime tek dobiva subjektivno pravo na činidbu, koju je dužan izvršiti ugovorni dužnik, na što ga se stečenjem takvog subjektivnog prava može prisiliti. Osim toga, *titulus* za stjecanje prava vlasništva mora biti takav pravni posao, koji je sposoban za takvo stjecanje, a to će biti onda ako se njime može postići da unutarnji razlog odnosno svrha (*causa acquirendi*) za stjecanje vlasništva bude ekonomski, kao što su npr. kupoprodaja, zamjena, darovanje, jer je njima svrha stjecanje vlasništva, pa to neće biti npr. posudba, ostava, najam, jer njima nije svrha stjecanje vlasništva.

Koliko je istine, logičnosti i pozivanja na razmišljanje u vezi načela upisa i načela konstitutivnog dejstva upisa u zemljišne knjige, uključujući i

³³ Prvi notari u savremenoj Bosni i Hercegovini počeli su da rade od 4. 5. 2007. godine, kada je počela primjena Zakona o notarima, koji se primjenjuje u Federaciji Bosne i Hercegovine.

ispravku upisa pravnim poslom kod instituta bračne stečevine iz člana 252 stav 3 Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, vidi se i iz riječi iz literature, koje je u ovom radu osnovano i uputno citirati, kako slijedi:

„Konstitutivne pravne učinke za stjecanje, promjenu ili prestanak stvarnih prava na nekretnini upis ima onda kada se ta prava stječu, prenose, ograničavaju ili ukidaju na temelju pravnog posla. Tada je upis u zemljišnu knjigu jedna od materijalnopравnih pretpostavki ili *modus* izvedenog (derivativnog) stjecanja prijenosa, ograničavanja ili ukidanja stvarnih prava na nekretninama. U tom slučaju *titulus* je pravni posao. Stjecatelj neće postati nositelj stvarnog prava na nekretnini sve dok se ne upiše u zemljišnu knjigu. Dok ne ostvari upis, imat će samo pravni temelj za stjecanje tog prava.“³⁴

U notarskoj praksi relevantni dio te notarski obrađene isprave glasi:

**„SAGLASNOST
ZA ISPRAVKU UPISA U ZEMLJIŠNOJ KNJIZI RADI UKNJIZBE
BRAČNOG PARTNERA SA IDEALNIM SUVLASNIČKIM DIJELOM
OD 1/2 NA BRAČNOJ STEČEVINI (TABULARNA IZJAVA)**

**(član 252 stav 3 Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine
(‘Službene novine Federacije BiH’, br 35/05, 41/05 i 31/14)**

Kojom ja, -----, rođen dana ---.---.----. godine, JMBG: -----
-----, nastanjen u Sarajevu, ulica -----,

OVIM NEOPOZIVO IZJAVLJUJEM

a) da sam nekretninu:

iz poduloška: ----, Općina Centar, Izvadak iz KPU, Općinskog suda u Sarajevu, Zemljišno-knjižni ured, troiposoban stan koji se nalazi u zgradi izgrađenoj u ulici -----, sprat 2, broj stana 14, a sastoji se od 3,5 sobe, kuhinje i pomoćne prostorije, površine 100 m²; stekao u toku trajanja bračne zajednice sa svojim bračnim partnerom -----
---- rođ. -----, rođena dana ---.---.----. godine, JMBG: -----
---, nastanjena u Sarajevu, ulica -----, te da predstavlja našu bračnu stečevinu u jednakim dijelovima

b) s tim u vezi izjavljujem da sam u cijelosti saglasan i izričito zahtijevam da se, bez mog daljnjeg prisustva ili odobrenja po osnovu zahtjeva mog bračnog partnera iz ove izjave i na osnovu ove izjave

³⁴ Alena Jurić, *Načelo upisa u zemljišne knjige*, Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, br. 15/17, Mostar 2017. godine, str. 420.

IZVRŠI ISPRAVKA UPISA U ZEMLJIŠNOJ KNJIZI

za nekretninu upisanu kod Općinskog suda u Sarajevu:----- u podulošku: ----- KPU_CENTAR, Izvadak iz KPU, Općinskog suda u Sarajevu, Zemljišno-knjižni ured, troiposoban stan koji se nalazi u zgradi izgrađenoj u Ulici Avde Hume broj 1, sprat 2, broj stana 14, a sastoji se od 3,5 sobe, kuhinje i pomoćne prostorije, površine 100 m²; tako što će se izvršiti upis prava suvlasništva sa idealnim suvlasničkim dijelom od 1/2 u korist mog bračnog partnera ----- rođ. -----, rođena dana ---.---.----.godine, JMBG: ----
-----.

Naprijed navedenu izjavu i saglasnost dajem kao bračni partner, s obzirom na to da predmetna nekretnina čini bračnu stečevinu, pa zahtijevam da se, u skladu sa odredbama Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine i Zakona o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine, izvrši ispravka tako što će se moj bračni partner na predmetnim nekretninama upisati kao suvlasnik sa idealnim suvlasničkim dijelom od 1/2, a ja kao suvlasnik sa idealnim suvlasničkim dijelom od 1/2 na preostalim dijelovima.

Zahtijevam da Zemljišnoknjižni ured Općinskog suda u Sarajevu, bez mog daljeg pitanja, prisustva ili saglasnosti, ovu izjavu prihvati i na gore navedenim nekretninama upiše mene i mog bračnog partnera kao suvlasnike, svaki sa po 1/2.“

3. Načelo povjerenja u zemljišne knjige

U materijalnopravnom smislu, među najvažnija temeljna načela zemljišnoknjižnog prava spadaju načelo javnosti (*publiciteta*) i na njemu zasnovano načelo povjerenja (pouzdanja) u zemljišne knjige. Po načelu javnosti zemljišne knjige su javne knjige, uvid u njih je svakome slobodan (sloboda uvida u zemljišne knjige) i one uživaju javno povjerenje.

Prema načelu javnog povjerenja iz člana 9 Zakona o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine³⁵ upisano pravo u zemljišnoj knjizi smatra se tačnim, a smatra se da brisano pravo iz zemljišne knjige ne postoji. Formalna

³⁵ Zakon o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, br. 58/02,19/03 i 54/04).

strana načela javnosti je u ovlaštenju svakome da može razgledati zemljišne knjige i uzimati izvode iz njih, pa onaj koji vrši uvid ne mora dokazivati da za to ima neki pravni interes. Iz slobode uvida proističe i dužnost svakoga da se obavijesti o zemljišnoknjižnom stanju, jer nepoznavanje tog stanja nikoga ne opravdava, pa se poznavanje zemljišnoknjižnog stanja za svakoga pretpostavlja i protiv te pretpostavke nije dopušten dokaz. Materijalna strana načela javnosti je u tome da se zemljišne knjige smatraju vjerodostojnim u pogledu istinitosti i potpunosti njihovog sadržaja, u čemu uživaju javno povjerenje (*fides publica*). To je fikcija vjerodostojnosti jer na nekretninama koje su upisane mogu nastati u naravi promjene koje nisu upisane, pa ta fikcija ima relativni pravni učinak tj. u korist onog stjecatelja koji je u pogledu istinitosti i potpunosti zemljišne knjige bio u dobroj vjeri, a u njoj će biti ako nije znao ni morao znati da zemljišne knjige u pogledu nekog upisa nisu ni istinite ni potpune.

Iz materijalne strane načela javnosti proizlazi načelo povjerenja u zemljišne knjige. To načelo znači da se sadržaj zemljišnih knjiga ima smatrati istinitim i potpunim, što je, kako je rečeno, fikcija o postojanju upisanih prava i o nepostojanju neupisanih prava. Svrha je tog načela da se zaštite oni stjecatelji koji svoje pravo osnivaju isključivo se oslanjajući na zemljišnoknjižno stanje, a za tu svrhu je bitna pretpostavka dobra vjera (*bona fide*), što je neskrivljeno neznanje da je vanknjižno stanje drukčije od stanja u zemljišnim knjigama. Prema tome, dobra vjera može postojati samo u pogledu nepoznavanja vanknjižnog stanja jer nepoznavanje zemljišnoknjižnog stanja nikog ne opravdava, a nepoznavanje vanknjižnog stanja bit će samo onda neskrivljeno ako se ne može pripisati gruboj nemarnosti (*culpa lata*) stjecatelja tj. ako on nije znao, ni prema okolnostima nije mogao znati za vanknjižno stanje³⁶.

Vođenje zemljišnih knjiga vrši se po određenim načelima. Načelo javnosti zemljišnih knjiga znači da su ove knjige svakome pristupačne, odnosno da svako ima pravo uvida u njih i bez dokazivanja da za to ima neki pravni interes. Posljedica ovog načela je neoboriva pretpostavka da je sadržaj zemljišnih knjiga svakome poznat. U našem pravu zemljišne knjige stvaraju tzv. fikciju apsolutne tačnosti, što znači da treća savjesna lica koja se oslanjaju na stanje u zemljišnim knjigama ne mogu biti oštećena u pravnom prometu. Fikcija apsolutne tačnosti zemljišnih knjiga nastupa poslije proteka objektivnog roka od tri godine od dana upisa, pod uslovom da u tom roku nije pokrenuta parnica za brisanje upisa.

³⁶ Vidjeti član 55 Zakona o stvarnim pravima, koji se primjenjuje u Federaciji Bosne i Hercegovine, a odnosi se na zaštitu povjerenja u zemljišne knjige.

„Načelom povjerenja štite se poštenu stjecatelji koji su postupali s povjerenjem u potpunost i istinitost zemljišnoknjižnog stanja kad se zemljišnoknjižno stanje razlikuje od stvarnog, zbiljskog pravnog stanja nekretnina.“³⁷

„Najkraće rečeno, savesni sticaoci prava na nepokretnostima ne mogu trpeti bilo kakvu štetu zbog činjenice da se registrovano stanje razlikuje od stvarnog stanja nepokretnosti.“³⁸

3.1. Zaštita povjerenja u zemljišne knjige

Odredbama člana 55 Zakona o stvarnim pravima afirmirano je načelo povjerenja u zemljišne knjige u vezi sa načelom javnog povjerenja iz odredaba člana 9 Zakona o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine.³⁹ Razlikuje se činjenično i pravno stanje nekretnine. U literaturi se činjenično stanje nekretnine naziva tehničkim opisom zemljišta⁴⁰, a u suštini se odnosi na podatke iz A lista (posjedovni list – posjedovnica) zemljišnoknjižnog uloška o klasi, kulturi i površini nekretnine. Pravno stanje nekretnine su upisi iz B lista (vlasnički list – vlastovnica) i C lista (teretni list – teretovnica) u pogledu nosilaca prava i tereta odnosno uknjižbe, predbilježbe i zabilježbe. To što u tehničkom opisu nekretnine postoji nesklad zemljišnoknjižnog i katastarskog stanja, nema nikakvog uticaja na pravno stanje nekretnine i upisi iz B i C lista su neupitni, istiniti i potpuni, bez obzira na katastarsko stanje nekretnine, pa i ko je upisan posjednikom u katastru. Na ovakav zaključak jasno upućuje i zaštitna odredba da se nedostatak dobre vjere ne može predbaciti nikome samo iz razloga što nije istraživao vanknjižno stanje.⁴¹

4. Bračna stečevina i hipoteka

Odnos između bračne stečevine i načela povjerenja u zemljišne knjige može se sagledati na primjeru odnosa bračne stečevine i hipoteke, s obzirom na to da hipoteka nastaje uknjižbom u zemljišne knjige, kao i suvlasništvo u bračnoj stečevini.

³⁷ Tatjana Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Informator Zagreb, 2001, str. 133.

³⁸ Radenka Cvetić, *Savremena evidencija nepokretnosti*, Izdavač „3D+“ Beograd, Novi Sad, 2009, str. 124.

³⁹ “Službene novine Federacije BiH”, br. 58/02 i 54/04.

⁴⁰ Babić, Ilija, Medić Duško, Hašić Enes, Povelkić Meliha, Velić Larisa, *Komentar Zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine*, Privredna štampa d.o.o., Sarajevo, 2014, str. 285.

⁴¹ U notarskoj praksi u Federaciji Bosne i Hercegovine izvod iz zemljišne knjige je relevantan dokaz o tome da je nekretnina upisana kao vlasništvo odnosno suvlasništvo.

Hipoteka je založno pravo na nekretninama na osnovu kojeg njen *titular* – hipotekarni povjerilac može tražiti namirenje svog potraživanja iz hipotekarne stvari, ako to potraživanje ne bude isplaćeno o roku, a pri tome stvar koja je predmet hipoteke ostaje u posjedu dužnika. Hipoteka je, dakle, akcesorno (dodatno, nesamostalno, zavisno)⁴² pravo vezano za potraživanje za čije obezbjeđenje služi. Ona je, za razliku od jemstva koje predstavlja lično obezbjeđenje, jedna vrsta stvarnog obezbjeđenja duga. To je jedan od dva osnovna oblika založnih prava, pored ručnog zaloga (*pignus*) kao založnog prava na pokretninama.

Kao založno pravo, hipoteka je stvarno pravo na tuđoj stvari (*ius in re aliena*) i apsolutno pravo, jer djeluje prema svakome (*erga omnes*) po kojem pravu (koje je i jedna vrsta osiguranja) ovlaštenik tog prava (založni povjerilac) čije je potraživanje zalogom osigurano, može to potraživanje iz vrijednosti založene nekretnine namiriti, ako mu to potraživanje po dospijeću ne bude podmireno⁴³. To je naplatni (onerozan) pravni posao, pa se zalog smatra da je to naplata za kredit. Svrha hipoteke je da se povjerilac namiri iz založene nekretnine ako dužnik ne ispuni obavezu koja je dospjela.

Subjekti založnog prava su: založni povjerilac i založni dužnik. Potraživanje založnog povjerioca osigurano je zalogom, a on ima pravo namirenja iz zaloga ako potraživanje po dospijeću ne bude namireno.

U sticanju založnog prava na nekretninama treba razlikovati da li su nekretnine upisane u zemljišnim knjigama ili nisu. Hipoteka se može zasnovati samo na određenim uknjiženim nekretninama u zemljišnim knjigama i za određeno potraživanje, a za sticanje tog prava potrebne su pretpostavke, i to:

1. vlasništvo zemljišnoknjižnog prethodnika, s obzirom na to da nekretnine može opteretiti hipotekom samo zemljišnoknjižni vlasnik, a ne i vanknjižni vlasnik,

2. intabulaciona isprava bez koje nema upisa u zemljišnim knjigama, a koja mora sadržavati: određeno potraživanje koje se hipotekom osigurava, te obligacionopravni osnov na kome se temelji potraživanje (na primjer, ugovor o kreditu) i stvarnopravni osnov kojim nastaje založnopravni odnos temeljem kojeg se zalog daje na nekretninama upisom u zemljišne knjige i

3. način (*modus*) na koji se stječe založno pravo na nekretninama upisanim u zemljišnim knjigama, a to je upis založnog prava u teretnom listu založenih nekretninama (teretovnica – list C zemljišnoknjižnog uložka).

⁴² Medić, Duško, *Novo stvarno pravo Republike Srpske*, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Panevropski univerzitet „Apeiron“, Banja Luka, 2016, str. 198.

⁴³ Vidjeti zakonsku definiciju založnog prava iz člana 139 i ugovor o davanju u zalog iz člana 147 Zakona o stvarnim pravima (“Službene novine Federacije BiH”, br. 66/13 i 100/13), čija je primjena počela 6. 3. 2014. godine.

Sudska praksa o bračnoj stečevini i načelu povjerenja u zemljišne knjige

Kao što je istaknuto u sažetku ovog rada, u sudskoj praksi redovnih sudova u Federaciji Bosne i Hercegovine, kao i u apelacionoj jurisdikciji Ustavnog Suda Bosne i Hercegovine, razmatrano je pitanje da li odredbe Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine koje se odnose na bračnu stečevinu imaju jaču snagu od odredaba Zakona o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine koje se odnose na načelo povjerenja u zemljišne knjige.

U odgovoru na to pitanje, Ustavni sud Bosne i Hercegovine ukazao je sljedeće:

„Ustavni sud je u svojim ranijim odlukama, pa tako i odlučujući o konkretnoj apelaciji primijetio da su redovni sudovi, uzimajući u obzir primjenu načela zaštite povjerenja u sadržaj zemljišne knjige, pravilno ocijenili da na valjanost stečenog prava vlasništva ne bi imalo utjecaja to što je prvotuženi raspolagao zajedničkom imovinom bračnih partnera, smatrajući da u takvim slučajevima prednost treba dati odredbama Zakona o vlasničkopravnim odnosima i Zakona o zemljišnim knjigama kao *lex specialis*. Također, Ustavni sud zapaža da iz obrazloženja osporenih presuda proizlazi da je prvotuženi uknjižio hipoteku na cjelokupnu nekretninu iako je znao i da je samo formalni zemljišnoknjižni vlasnik sa dijelom 1/1, a da se, u stvari, radi o zajedničkoj nekretnini – bračnoj stečevini u kojoj i apelantica ima svoj udio, redovni sudovi ocijenili da ti navodi ne utječu na stečeno pravo vlasništva drugotuženog, već joj samo daju pravo da potražuje naknadu štete od prvotuženog. U zaključnom dijelu svog obrazloženja Ustavni sud BiH je zaključio da osnovno načelo zemljišnoknjižnog prava ‘načelo upisa’ (čl. 5 st. 1 Zakona o zemljišnim knjigama) je načelo prema kojem se vlasništvo i dr. prava na nekretninama stiče upisom u zemljišnu knjigu kada se konstituiraju prava vlasništva, te da je načelo povjerenja u zemljišne knjige sadržano u odredbama čl. 9 Zakona o zemljišnim knjigama, tako da ono što nije upisano u z.k. se smatra da ne postoji. Nadalje, Ustavni sud zaključuje da se utvrđivanje savjesnosti u pravnom prometu ne može ograničiti samo na drugotuženog – banku (da li je postupao s povjerenjem u zemljišne knjige) već i na apelanticu koja nije iskoristila mogućnost da izvrši ispravku upisa u zemljišnim knjigama a koja joj je data odredbom člana 252 stav (3) Porodičnog zakona. Dakle, apelantica je imala mogućnost da zaštiti svoje pravo (zajedničkog) vlasništva na predmetnoj nekretnini, jer je isključivo od njene inicijative zavisilo da

li će se preduzeti odgovarajuće pravne radnje. Međutim, apelantica nije preduzela nijednu pravnu radnju, već je tužbu za utvrđivanje ništavosti ugovora o hipoteci (koji su prvotuženi i drugotužena zaključili 23. jula 2007. godine) podnijela tek 13. juna 2009. godine, a prvotuženi, njezin suprug, u tom parničnom postupku priznao je tužbeni zahtjev. Ustavni sud zaključuje da nema kršenja prava na pravično suđenje, niti kršenja prava na imovinu niti kršenja prava na djelotvoran pravni lijek.⁴⁴

Zaključak

Imajući u vidu sve naprijed navedeno, u vezi sa bračnom stečevinom i hipotekom u zakonodavstvu i pravnoj praksi, jasno je i nedvosmisleno da je bračni partner, koji nije upisao suvlasnički dio u bračnoj stečevini u zemljišnim knjigama, dužan preduzeti određene pravne radnje u skladu sa Porodičnim zakonom radi očuvanja prava iz bračne stečevine. Taj bračni partner je dužan da podnese zahtjev za ispravku upisa u zemljišne knjige, ukoliko je u zemljišne knjige kao vlasnik bračne stečevine upisan jedan bračni partner. Podnošenje tog zahtjeva jeste radnja koju je taj bračni partner dužan izvršiti. U slučaju propuštanja preduzimanja takve radnje i uknjižbe suvlasničkog dijela u zemljišnim knjigama mogu nastupiti štetne pravne posljedice o kojima je bilo riječi u ovom radu.

Shodno tome, u sudskoj praksi, koja je izložena u ovom radu, zauzeto je stanovište da je, radi osiguranja pravnog prometa, načelo povjerenja u zemljišne knjige jače od odredaba Porodičnog zakona kojim je regulirana bračna stečevina.

⁴⁴ Vidjeti odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine o dopustivosti i meritumu u predmetu broj AP 666/14 od 15. 2. 2017. godine („Službeni glasnik BiH“ broj 16/17), kao i njen komentar od strane notara Merdžane Škaljić, objavljen u Biltenu Notarske komore Federacije Bosne i Hercegovine, Sarajevo, izdanje broj 1, septembar/rujan 2017, str. 84–86.

Литература и извори

- Weike, J., Tajić L., *Komentar Zakona o zemljišnim knjigama u Bosni i Hercegovini*, Privredna štampa d.d. Sarajevo, 2005.
- Traljić, N., Bubić S., *Porodično pravo*, II izdanje, „Magistrat“ Sarajevo, 2001.
- Bubić, S., *Porodično pravo*, II izdanje, „Magistrat“ Sarajevo, 2001.
- Morait, B., *Porodični zakon Republike Srpske sa predgovorom*, Banja Luka, 2003.
- Radić, D., *Imovinski odnosi u braku*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, 2016.
- Povlakić, M., *Uloga notara u zaštiti potrošača*, Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, br. 8, Mostar, 2010.
- Povlakić, M., *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2009.
- Povlakić, M., Schalast C., Softić V., *Komentar Zakona o notarima u Bosni i Hercegovini*, GTZ, Sarajevo, 2009.
- Jurić, A., *Načelo upisa u zemljišne knjige*, Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, br. 15/17, Mostar 2017.
- Josipović, T., „Zemljišnoknjižno pravo“, *Informator*, Zagreb, 2001.
- Cvetić, R., *Savremena evidencija nepokretnosti*, Izdavač „3D+“ Beograd, Novi Sad, 2009.
- Babić, I., Medić D., Hašić E., Povlakić M., Velić L., *Komentar Zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine*, Privredna štampa d.o.o., Sarajevo, 2014.
- Medić, D., *Novo stvarno pravo Republike Srpske*, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Panevropski univerzitet „Apeiron“, Banja Luka, 2016.
- Mutapčić, Đ. (priređivač), *Publikacija Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine i Zakon o zaštiti od nasilja u porodici*, Federalno ministarstvo pravde Sarajevo, DES, Sarajevo, 2005.)

Bilten Notarske komore Federacije Bosne i Hercegovine, Sarajevo, izdanje broj 1, septembar/rujan 2017.

Opći okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini, parafiran u Dejtonu (USA) 21. 11. 1995. godine, a potpisan u Parizu 14. 12. 1995. godine, kada je stupio na snagu; Ustav Bosne i Hercegovine sadržan je u Aneksu 4 Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini.

Porodični zakon („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 54/02, 41/08 i 63/14).

Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, br. 35/05, 41/05 i 31/14).

Porodični zakon Brčko distrikta BiH („Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“ broj 23/07).

Porodični zakon („Službeni list SRBiH“, 21/79 i 44/89) i („Službeni list R BiH“, br. 6/94 i 13/94).

Zakona o notarima („Službene novine Federacije BiH“, broj 45/02).

Zakon o javnom bilježništvu („Službene novine Federacije BiH“, broj 49/99).

Zakon o stvarnim pravima („Službene novine Federacije BiH“, br. 66/13 i 100/13).

Zakon o ravnopravnosti spolova u Bosni i Hercegovini („Službeni glasnik BiH“, broj 16/03).

Zakon o parničnom postupku („Službene novine Federacije BiH“, br. 53/03, 73/05, 19/06 i 98/15).

Zakon o izvršnom postupku („Službene novine Federacije BiH“, br. 32/03, 52/03, 33/06, 39/06, 39/09 i 35/12).

Zakon o zemljišnim knjigama Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, br. 58/02, 19/03 i 54/04).

Presuda Općinskog suda u Širokom Brijegu broj 064-0-P-06-000129 od 13. 12. 2007. godine.

Presuda Županijskog suda u Širokom Brijegu broj 008-0-GŽ-08-000 106 od 26. 5. 2008. godine.

Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj 070-0-Rev-08-001301 od 12. 1. 2010. godine

Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine o dopustivosti i meritumu u predmetu broj AP 666/14 od 15. 2. 2017. godine („Službeni glasnik BiH“ broj 16/17)

Spis Federalnog ministarstva pravde Sarajevo broj: 03-06-111/05.

Spis Federalnog ministarstva pravde Sarajevo, broj 03-02-1504/05.

MARITAL ASSETS IN CONTEXT OF PRINCIPLE OF TRUST IN THE LAND REGISTRY IN LEGISLATURE AND LEGAL PRACTICE

Đemaludin Mutapčić, LL.M.*

Summary

In view of the described facts about marital property and mortgage within the context of the legal framework and the case law, it is clear and unambiguous that a spouse who has failed to have his or her co-ownership in the marital property registered in the land registry, is obliged to take certain legal steps according to the Family Law to preserve his or her rights arising from the marital property. The affected spouse has to file a request for correction of the land registry entries, in cases where only the other spouse is registered as the owner of the marital property. Filing such request is a mandatory action for the affected spouse. In case of failure to take that action and failure to have the co-ownership entered in the land registry, the negative consequences described in this paper may occur.

Accordingly, when it comes to ensuring legal relations, the case law described in this paper is guided by the opinion that the principle of trust in the land registry is stronger than the marital property provisions of the Family Law.

Keywords: *marital property, mortgage, the principle of trust in the land registry, co-ownership, marriage agreement.*

* Notary

ФИКЦИЈА ДОСТАВЕ ТУЖБЕ У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

Ђорђе Димитријевић*

Апстракт: У овом раду се анализира (не)оправданост и (не)уставност фикције доставе тужбе у парничним поступцима у Босни и Херцеговини и у упоредном праву. Босна и Херцеговина и све сусједне државе садрже правила по којима се као *ultima ratio* ствара фикција о уредној достави тужбе туженом. Ово у ситуацијама када се не може утврдити стварна адреса туженог, а код надлежних органа постоји податак о (последњем) пребивалишту или боравишту туженог. Оваква законска рјешења се правдају потребом убрзања поступка, обезбјеђивањем гаранција суђења у разумном року, санкционисањем странака које избјегавају пријем писмена и сл.

Фикцијом доставе тужбе се нарушавају, уставна и Европском конвенцијом заштићена права туженог физичког лица на правично суђење, односно право на приступ суду као један сегмент права на правично суђење. Такође, нарушава се и уставом заштићено право туженог на „једнакост оружја“ у парничном поступку. Оваквом регулацијом створена је могућност да се парнични поступак проведе без учешћа туженог усљед чега тужени може да трпи несагледиве посљедице.

Кључне ријечи: достава писмена, физичка лица, парнични поступак, приступ суду.

1. Уводни дио

Уредно и законито достављање писмена у парничном поступку има за циљ: (А) остварење начела контрадикторности као једног од

* Адвокат, Стевана Булајића 74, 78 000 Бања Лука, Република Српска, Босна и Херцеговина, e-mail: advokat_dimitrijevic@yahoo.com

темељних начела парничног поступка; и (Б) заштиту права физичких и правних лица на приступ суду, као једном сегменту права на правично суђење загарантованом у члану 6 став 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода¹ („Конвенција“) и у члану II/3 е) Устава Босне и Херцеговине („Устав БиХ“).

Моментом уредног достављања поднесака почињу тећи преклузивни рокови. Пропуштањем преклузивних рокова странка губи одређено право (нпр. право на изјављивање редовног или ванредног правног лијека). Управо због ових озбиљних посљедица, уредност достављања је изузетно значајна за остваривање права странака у парничном поступку². Стога не чуди да је у домаћој и упоредној судској пракси виших судова одавно заузет јасан и правилан став да неуредност достављања или потпуно пропуштање достављања има за посљедицу немогућност почетка³ и истека преклузивних рокова⁴, као и немогућност наступања правоснажности првостепених судских одлука⁵.

Посебан значај у заштити права туженог у парничном поступку има уредна достава тужбе. Доставом тужбе: (А) тужени, у правилу, по први пут добија сазнање о постојању парничног поступка у којем има положај странке и у којем тужилац према њему истиче одређене грађанскоправне захтјеве; и (Б) суд обавјештава туженог на ризик да суд донесе пресуду због пропуштања ако тужени пропусти да у законском року поднесе суду одговор на тужбу.

Из овог разлога, правила парничног процесног права у Босни и Херцеговини („БиХ“), земљама региона и готово свим европским земљама прописују обавезну личну доставу тужбе туженом, те налажу већу опрезност код доставе тужбе. Већа опрезност и обавезна лична достава је, у правилу, предвиђена и код достављања поднесака од чијеј

¹ Права и слободе предвиђени у Конвенцији и њеним протоколима директно се примјењују у Босни и Херцеговини и имају приоритет у односу на све остале законе у Босни и Херцеговини на основу члана II/2 Устава Босне и Херцеговине.

² Куленовић, Микулић и др., *Коментари Закона о парничном поступку у Федерацији Босне и Херцеговине и Републици Српској*, Заједнички пројекат Савјета Европе и Европске Комисије, Сарајево, 2005, стр. 570.

³ Тако се у Одлуци Врховног суда СР БиХ, број: Рев 61/89, од 4. августа 1989. године наводи следеће: „Када према подацима списка достављање првостепеног рјешења друготуженом није извршено на законом прописан начин, има се сматрати да рок за подношење жалбе у односу на овог туженог није почео да тече...“

⁴ Тако се у Одлуци Врховног суда Републике Хрватске, број: Рев 2904/2000, од 4. јануара 2001. године наводи следеће: „Када првоступањска пресуда није пуномоћнику странке уредно достављена, жалба коју је он изјавио је правовремена без обзира на вријеме њеног подношења.“

⁵ Куленовић, Микулић и др., *Коментари Закона о парничном поступку у Федерацији Босне и Херцеговине и Републици Српској*, Заједнички пројекат Савјета Европе и Европске Комисије, Сарајево, 2005, стр. 432.

достављања се рачунају преклузивни рокови (нпр. достава пресуде, рјешења против којих је допуштена посебна жалба и сл.).

Правила о достављању у парничном поступку би требало да: (А) са једне стране заштите права странака на приступ суду тако што ће им пружити довољне гаранције да сазнају за судски поступак и да одлуче хоће ли узети учешће у том поступку; и (Б) са друге стране, да заштите и тужиоца који има право да путем суда добије адекватну заштиту свог повријеђеног или угроженог грађанског права и да на тај начин отклоне сваку злоупотребу која евентуално може настати у поступку заштите грађанског права (нпр. неоснованим одбијањем пријема писмена се може одуговлачити поступак и тиме знатно отежати остваривање основаних права тужиоца).

2. Фикција доставе тужбе у БиХ

Правила парничног процесног права у БиХ (са изузетком Брчко дистрикта) предвиђају, као *ultima ratio*, фикцију доставе тужбе туженом. У овим ситуацијама се са великом вјероватноћом зна да тужени није могао сазнати за тужбу, али се ипак примјењује фикција да је туженом „уредно“ достављена тужба на одговор. Тако је достава тужбе туженим физичким лицима путем огласне табле суда („ОТС“) у парничним поступцима у Републици Српској („РС“) и Федерацији Босне и Херцеговине („ФБиХ“) предвиђена као могућност у члану 348 став 3 Закона о парничном поступку РС⁶ („ЗПП РС“), односно члану 348 став 3 Закона о парничном поступку ФБиХ⁷ („ЗПП ФБиХ“).

Према овим одредбама парничног поступка (одредбе практично идентичне садржине и у ЗПП РС и у ЗПП ФБиХ) тужба се физичком лицу може доставити објавом на ОТС првостепеног суда ако су кумулативно испуњена слједећа два услова: (А) тужени не станује на адреси свог посљедњег познатог пребивалишта; и (Б) садашње боравиште или радно мјесто туженог се не могу утврдити. Поред објаве тужбе на ОТС, потребно је тужбу објавити и у најмање једним дневним новинама које се дистрибуирају на територији РС, односно ФБиХ. У случају да су испуњени сви горе наведени услови и да се овако поступи, ЗПП РС и ФБиХ тужбу сматрају уредно достављеном истеком 15 дана од дана објављивања⁸, у складу са чланом 348 став 4 ЗПП РС и ЗПП ФБиХ.

⁶ „Службени гласник РС“, бројеви: 58/2003, 85/2003, 74/2005, 63/2007, 49/2009 и 61/2013.

⁷ „Службене новине ФБиХ“, бројеви: 53/2003, 19/2006 и 98/2015

⁸ Иако цитирана одредба не дефинише јасно када ће се сматрати да је достава извршена

Слична ситуација је предвиђена и у парничном поступку пред Судом БиХ. Тужба ће се туженом доставити објавом на ОТС уколико се кумулативно испуне сљедећа два услова: (А) тужени не станује на адреси свог посљедњег познатог пребивалишта или боравишта; и (Б) садашње боравиште или радно мјесто туженог се не могу утврдити. Ови услови су прописани чланом 287 став 3 Закона о парничном поступку пред Судом БиХ⁹. У овом случају није потребно објављивати тужбу ни у дневним новинама.

Правила парничног поступка у Брчко дистрикту БиХ не познају фикцију доставе тужбе. Ако се тужба не може доставити туженом на одговор лично или посредством овлашћених приматеља (пунољетни чланови домаћинства, радне колеге и сл.) суд је дужан туженом поставити привременог заступника у складу са чланом 45 став 2 тачка д) Закона о парничном поступку Брчко дистрикта Босне и Херцеговине¹⁰.

3. Фикција доставе тужбе у сусједним државама

Фикција доставе тужбе постоји у правилима парничног поступка Републике Хрватске и Црне Горе. Правила парничног поступка Републике Србије, по мишљењу аутора, не пружају јасан закључак о постојању фикције доставе тужбе.

У наставку се детаљније анализира под којим условима ће постојати фикција доставе тужбе у свакој од сусједних држава.

1. Фикција доставе тужбе у Републици Хрватској

У Републици Хрватској ће се, под одређеним условима, тужба објавити на ОТС и тако ће се, након истека одређеног рока од објаве тужбе на ОТС, створити фикција да је тужба „уредно“ достављена туженом. Доставу тужбе објављивањем на ОТС суд ће извршити тек након што обавезно изврши све сљедеће радње и то хронолошким редом како су овдје наведене¹¹:

• покушај да се тужба лично уручи туженом. Ако не успије лична достава, достављач ће се распитати кад ће тужени бити код куће, па ће

у ситуацијама када је објављивање на ОТС-у и у дневним независним новинама извршено у различитим периодима, основано се може претпоставити да је достава извршена истеком 15 дана од дана каснијег објављивања.

⁹ „Службени гласник БиХ“, бројеви: 36/2004, 84/2007, 58/2013 и 94/2016.

¹⁰ „Службени гласник Брчко дистрикта БиХ“, број: 28/2018.

¹¹ Видјети одредбе члана 142 и 143 Закона о парничном поступку Републике Хрватске, објављен у „Народним новинама Републике Хрватске“, бројеви: 148/2011 – пречишћени текст, 26/2013 и 89/2014.

морати оставити обавијест пунољетном члану домаћинства туженог којом се тражи да тужени у тај одређени дан и сат буде код куће (или на радном мјесту) ради пријема тужбе. Ова обавијест се може оставити комшијама, односно радним колегама туженог (кад се достава покушава на радном мјесту туженог) ако пристану на то;

- ако је достава по претходном ставу неуспјешна, тад се тужба доставља пунољетним члановима породице туженог који су дужни примити тужбу, или комшијама, односно радним колегама (кад се достава обавља на радном мјесту туженог) ако пристану да приме тужбу;

- ако је достава по претходном ставу неуспјешна, тад се тужба доставља на адресу пребивалишта туженог која се налази у евиденцији код Министарства унутрашњих послова Републике Хрватске. Доставу на ову адресу је потребно два пута покушати. Ако се у овој евиденцији налазе подаци о другој адреси коју је тужени навео, тада би доставу требало покушати и на ту адресу(е).

Достава тужбе објавом на ОТС-у није могућа у било која од сљедећа два случаја: (А) боравиште туженог је непознато и тужени нема пуномоћника у Републици Хрватској; (Б) тужени или његов законски заступник, који немају пуномоћника у Републици Хрватској, налазе се у иностранству, а достава се није могла обавити. У ова два случаја суд је дужан поставити туженом привременог заступника који ће заступати туженог док се он не појави, односно док се не појави тужеников законски заступник или пуномоћник¹².

Оваква регулација није добра јер практично отвара могућност да суд поступи на два различита начина у истој ситуацији. С једне стране, достава тужбе објавом на ОТС-у се врши ако се достава не може извршити на пријављену адресу пребивалишта – ту се уопште не налаже суду обавеза да провјери код надлежног органа да ли тужени има боравиште. С друге стране, ако је боравиште туженог непознато, тада се мора туженом поставити привремени заступник – овдје се дакле налаже обавеза суду да провјери податак и о боравишту туженог, јер једино тако може утврдити да ли су испуњени услови за постављање привременог заступника. Пребивалиште и боравиште су различити институти¹³. Из тог разлога, суд практично има на располагању две опције – да

¹² Видјети одредбе члана 84 став 2 тачке 4) и 5) Закона о парничном поступку Републике Хрватске, објављен у „Народним новинама Републике Хрватске“, бројеви: 148/2011 – пречишћени текст, 26/2013 и 89/2014.

¹³ Видјети одредбе члана 2 став. 1 и 2 Закона о пребивалишту и боравишту грађана Републике Хрватске, објављен у „Народним новинама Републике Хрватске“, бројеви: 144/2012 и 158/2013.

достави тужбу објавом на ОТС или да туженом постави привременог заступника, ово ако добије податак од надлежног органа да тужени нема боравиште или да је оно непознато. Оваква регулација није добра јер су права туженог када му се постави привремени заступник кудикамо заштићенија, од ситуације када му се тужба доставља објавом на ОТС.

Напосљетку, битно је истаћи да су услови за доношење пресуда због ослухе и пресуда због изостанка предвиђених у праву Републике Хрватске доста строжи од услова за доношење пресуде због пропуштања предвиђених у ЗПП РС и ЗПП ФБиХ. Наиме, у Републици Хрватској није довољно само утврдити да тужбени захтјев није очигледно неоснован, већ је потребно утврдити да основаност тужбеног захтјева произлази из чињеница наведених у тужби, као и да чињенице наведене у тужби нису супротне доказима уз тужби или да се ради о општепознатим чињеницама¹⁴. Иако се веома тешко може оправдати достава тужбе објавом на ОТС у било којем правном систему, права туженог су у Републици Хрватској због ових строжих услова за доношење пресуде због ослухе или пресуде због изостанка заштићенија од права тужених у БиХ, гдје је потребно само утврдити да тужбени захтјев није очигледно неоснован. Наиме, у највећем броју случајева доставе тужбе објавом на ОТС ће доћи и до доношења пресуда због пропуштања.

II. Фикција доставе тужбе у Републици Србији

Као што је напријед речено, правила парничног поступка Републике Србије, по мишљењу аутора, не пружају јасан закључак о постојању фикције доставе тужбе. Наиме, достава тужбе објавом на ОТС ће се извршити под условом да је покушана лична достава на тачну адресу туженог¹⁵. Оваква регулација отвара могућност да се под „тачном адресом“ подразумијева: (А) адреса на којој тужени стварно борави, односно пребива; или (Б) адреса која је назначена као пребивалиште или боравиште туженог код надлежног органа унутрашњих послова, чак и ако се утврди да тужени на тој адреси не борави.

Уколико би се прихватило да је правилна дефиниција „тачне адресе“, како је то наведено под (Б) изнад, тада и у Републици Србији постоји фикција доставе тужбе.

¹⁴ Видјети одредбе члана 331б и 332 Закона о парничном поступку Републике Хрватске, објављен у „Народним новинама Републике Хрватске“, бројеви: 148/2011 – пречишћени текст, 26/2013 и 89/2014.

¹⁵ Видјети одредбе члана 141 став 2 Закона о парничном поступку Републике Србије, објављен у „Службеном гласнику Републике Србије“, бројеви: 72/2011, 49/2013, 74/2013 и 55/2014.

С друге стране, уколико би се прихватило да је правилна дефиниција „тачне адресе“ како је то наведено под (А) изнад, тада се не може говорити о постојању фикције доставе тужбе. Наиме, тада је претпоставка, а не фикција, да је тужени сазнао за тужбу ако му се она достави на адресу на којој стварно пребива.

По мишљењу аутора, правилније је закључити да у Републици Србији не постоји фикција доставе тужбе. Аргументи за одбрану става да је дефиниција „тачне адреса“ дефиниција под (А) изнад су сљедећи:

- правила парничног поступка не садрже изричиту одредбу која прописује да је тачна она адреса која се прибави од надлежног органа;
- доставница, као јавна исправа, доказује да адреса туженог није тачна. У том случају постоје двије јавне исправе контрадикторних садржаја – допис надлежног органа о пријављеној адреси туженог и доставница која побија тачност података из дописа надлежног органа. Ту би требало закључити да је поузданији податак из доставнице јер је тај податак „новијег“ датума и прибављен је непосредном „провјером на терену“.

Према старијој судској пракси Вишег привредног суда у Београду (истина, донесена по раније важећим правилима парничног поступка) тачна адреса је она адреса на којој тужени стварно борави, што не мора увијек да буде адреса која је пријављена код надлежног органа¹⁶.

И овдје је потребно истаћи да су права тужених у Републици Србији доста заштићенија и када им се тужба достави објавом на ОТС. За разлику од БиХ, у Републици Србији није довољно утврдити само да тужбени захтјев није очигледно неоснован како би се донијела пресуда због пропуштања. Суд мора утврдити да основаност тужбеног захтјева произлази из чињеница наведених у тужби, као и да чињенице наведене у тужби нису супротне доказима поднесеним уз тужбу или да се ради о општепознатим чињеницама¹⁷ – тек тада се може донијети пресуда због пропуштања.

¹⁶ Видјети Одлуку Вишег привредног суда у Београду, број: Пж. 5989/07, од 3. септембра 2008. године.

¹⁷ Видјети одредбе члана 350 Закона о парничном поступку Републике Србије, објављен у „Службеном гласнику Републике Србије“, бројеви: 72/2011, 49/2013, 74/2013 и 55/2014.

III. Фикција доставе тужбе у Црној Гори

У Црној Гори постоји фикција доставе тужбе. По правилима о парничном поступку Црне Горе, да би наступила ова фикција, тужбу није чак потребно ни објавити на ОТС или у дневним новинама.

Наиме, уколико се тужба ни на који начин посредно или непосредно не може уручити туженом, тада се на адреси пребивалишта туженог (односно поштанском сандучету) оставља обавјештење гдје тужени може подићи тужбу. Тужба се сматра уредно достављеном оног дана када је остављено ово обавјештење на адреси пребивалишта туженог – ово под условом да тужени не подигне тужбу у року од 15 дана од дана остављања овог обавјештења на његовом поштанском сандучету, односно адреси пребивалишта¹⁸.

4. Неуставност фикције доставе тужбе у Републици Словенији

Правила парничног поступка Републике Словеније познавала су фикцију доставе тужбе док одлуком Уставног суда Републике Словеније нису проглашена неуставним. Наиме, Уставни суд Републике Словеније је још 2009. године донио одлуку којом су као неуставне проглашене одредбе парничног поступка по којима се сматрала уредном достава тужбе на адресу пребивалишта туженог прибављену од стране надлежног органа, чак и кад тужени не живи на датој адреси¹⁹.

Предметном одлуком Уставног суда Републике Словеније уједно је наложено редовним (првостепеним) судовима да туженом поставе привременог заступника када се у поступку доставе тужбе не може утврдити стварна адреса на којој тужени заиста станује и да том привременом заступнику доставе тужбу на одговор²⁰.

Фикција о уредној достави тужбе на „пријављену“ адресу туженог није у складу са чланом 22 Устава Републике Словеније, по којој је свакоме загарантована једнака заштита његових права у поступку пред судом и другим државним органима, органима локалне самоуправе и носиоцима јавних овлашћења који одлучују о његовим правима, дужностима и правним интересима.

¹⁸ Видјети члан 141 Закона о парничном поступку, објављен у „Службеном листу Републике Црне Горе“, бројеви: 22/2004, 28/2005 и 76/2006, те „Службеном листу Црне Горе“, бројеви: 73/2010, 47/2015, 48/2015, 51/2017 и 75/2017.

¹⁹ Одлука Уставног суда Републике Словеније, број: У-И-279/08-14, од 9. јула 2009. године.

²⁰ Видјети одјељак 22 образложења Одлуке Уставног суда Републике Словеније, број: У-И-279/08-14, од 9. јула 2009. године.

Цитирана одредба члана 22 Устава Републике Словеније садржински одговара члану 16 Устава Републике Српске, према којем свако има право на једнаку заштиту својих права у поступку пред судом и другим државним органом и организацијом. Могло би се закључити да цитирани члан 22 Устава Републике Словеније кореспондира и са чланом 3 Устава Федерације Босне и Херцеговине, према којем: „... правила поступка потребна да би се осигурала једнакост у поступању као и основни принципи правичности у поступцима пред судовима и организацијама свих судова, биће утврђени законима Федерације.“

Тако се у образложењу предметне одлуке наводи и да тренутком уредне доставе тужбе туженом започиње парница. Достава тужбе туженом уједно је и моменат када тужени у правилу добија прво сазнање да је покренут парнични поступку у којем тужилац истиче неки захтјев према њему. Зато је неопходно, ради очувања горе наведених уставних права туженог, обезбиједити доставу тужбе на адресу његовог стварног становања²¹ или ако то није могуће поставити туженом привременог заступника.

5. Фикције доставе тужбе у праву ЕУ

Правила поступка доставе поднесака у грађанским и привредним поступцима из једне државе чланице Европске уније („ЕУ“) у другу државу чланицу ЕУ регулисан је Уредбом, број: 1393/2007 Европског парламента и савјета, од 13. новембра 2007. године о достави, у државама чланицама, судских и вансудских писмена у грађанским или привредним стварима²² („Уредба ЕУ“).

Пресуда се не може изрећи све док се не утврди да је достава или уручење тужбе учињено правовремено како би тужени могао припремити своју одбрану²³. У ситуацији када је пресуда изречена против туженог који се није упустио у поступак, судија може ослободити туженог правних посљедица истека рока за улагање жалбе ако су испуњени сљедећи услови: (А) тужени, без своје кривице, није сазнао за постојање писмена правовремено да би могао припремити своју одбрану пред судом или правовремено да би могао уложити жалбу; и (Б) тужени је предложио достатан доказ одбране у погледу главног тужбеног захтјева²⁴.

²¹ Видјети одјељак 17 образложења Одлуке Уставног суда Републике Словеније, број: У-И-279/08-14, од 9. јула 2009. године.

²² „Службени лист Европске уније“, број: 171 (19/Св. 007), од 13. новембра 2007. године.

²³ Видјети члан 19 став 1 Уредбе ЕУ.

²⁴ Видјети члан 19 став 4 Уредбе ЕУ.

Захтјев за овај специфичан поврат у пријашње стање може бити поднесен само у разумном року након што је тужени сазнао садржај пресуде. Разуман рок за подношење овог захтјева одређује свака држава чланица ЕУ, с тим да тај рок ни у којем случају не може бити краћи од годину дана од датума изрицања пресуде²⁵.

Дакле, и законска рјешења из Уредбе ЕУ иду у правцу да се достава тужбе изврши на адресу на којој тужени заиста борави, односно да се предузме све како би се тужени заиста упознао са тужбом.

Европска комисија је у мају ове године припремила приједлог за измјену Уредбе ЕУ. Међутим, ни предложеним измјенама се „не дира“ у горе наведена законска рјешења из Уредбе ЕУ. Једино се предлаже да се горе наведени приједлог за поврат у пријашње стање може поднијети најкасније у року од двије године од дана доношења пресуде и да се тај рок примјењује у свим држава чланицама ЕУ²⁶.

6. Фикција доставе тужбе у свјетлу права на правично суђење из члана 6 став 1 Европске конвенције

Фикција доставе тужбе је, по мишљењу аутора, у супротности са чланом 6 став 1 Европске конвенције, по којем свако има право на правично суђење и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним, законом установљеним судом. Овом фикцијом туженом се повређује право на приступ суду као један сегмент права на правично суђење.

Да би право на приступ суду било дјелотворно, појединац мора имати јасну и стварну могућност оспоравања акта којим се нарушавају његова права²⁷. Европски суд за људска права у Стразбуру („Европски суд“) у својој пракси сматра да постоје ограничења приступа суду која не крше члан 6 став 1 Конвенције. Ипак, та ограничења не смију ограничавати или смањити приступ који је дат појединцу на начин или у мјери који би довели у питање саму бит тог права. Такође, ограничење приступа суду неће бити сагласно члану 6 став 1 Конвенције ако нема легитиман циљ и ако не постоји разуман однос размјерности између средстава и циља који

²⁵ Видјети члан 19 став 4 Уредбе ЕУ.

²⁶ Видјети Приједлог Уредбе Европског парламента и савјета о измјени Уредбе ЕУ објављен на веб-страници: <http://www.ipex.eu>.

²⁷ Видјети Одлуке Европског суда за људска права у Стразбуру: Лесјак против Хрватске, 2010. година, и Bellet против Француске, 1995. година.

се жели постићи²⁸. Тако у словеначкој правној теорији постоје схватања да фикција доставе тужбе не успоставља разуман однос размјерности између средстава и циља који се жели постићи²⁹.

У својој богатој пракси Европски суд је заузео стајалиште да је одлучујуће зајамчити странци да се изјасни о свим поднесцима који могу на њезину штету утицати на одлуку суда чак и кад долазе од неког непристрасног тијела³⁰.

Фикцијом доставе тужбе туженом неће бити пружена стварна могућност оспоравања тужбе. Наиме, у највећем броју случајева, кад дође до примјене фикције доставе тужбе, тужени неће благовремено сазнати за тужбу и пропустиће да, у преклузивним роковима, изнесе своје изјашњење и доказе. Дакле, примјеном ове фикције правило је да тужени нема стварну могућност оспоравања тужбе, а изузетак је да ће тужени имати стварну могућност оспоравања тужбе (нпр. ако „пуким“ случајем или „срећним околностима“ сазна за тужбу или „случајно“ посјети суд и ОТС који се код неких судова налази и у подрумима судских зграда).

Сходно наведеном, а посебно имајући у виду горе цитирану праксу Европског суда, аутор закључује да процесна одредба о фикцији доставе тужбе онемогућава туженог права на стваран и реалан приступ суду, те стога није у складу са чланом 6 став 1 Конвенције.

7. Критике фикције доставе тужбе у правној теорији

Фикција доставе тужбе је потпуно оправдано и аргументовано критикована и у правној теорији. Тако неки домаћи правници сматрају да се доставом тужбе објавом на ОТС-у повређује члан 6 став 1 Конвенције³¹. Даље, овакав начин доставе тужбе је критикован и од стране правних теоретичара из Републике Хрватске³².

²⁸ Видјети Одлуку Европског суда за људска права у Стразбуру: *Stubbings* и други против Уједињеног Краљевства, 1996. година.

²⁹ Видјети Dr. Jerca Kramberger Škerl, *Vročanje osebam z neznanim prebivališčem de lege lata in de lege ferenda*, Pregledni znanstveni članek 347.931-057.66.

³⁰ Видјети Одлуку Европског суда за људска права у Стразбуру: *Niederöst –Huber, Van Orshoven* против Белгије, 1997. година.

³¹ Mr sc. Асмира Бешић, „Проблеми у достављању писмена у ФБиХ с приједлозима *de lege ferenda*“, *Нова правна ревија*, број: 1/2014, стр. 31.

³² Доц. др sc. Милијан Сесар, *Достављање огласном плочом суда у парничном поступку*, Правни факултет у Сплиту, Катедра за грађанско право, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 43, 2/2006, стр. 44.

Угледни правни теоретичари из Републике Словеније нарочито истичу потребу стварног и реалног очувања права туженог на приступ суду, те да то право не може бити очувано у случају постојања и примјене фикције о достави тужбе, већ је потребно омогућити туженом да се стварно упозна са тужбом или ако то није могуће поставити туженом привременог заступника³³.

8. Закључак

Заштита права на приступ суду, загарантованог Уставом БиХ и Конвенцијом, не може се остварити уколико се туженом тужба не достави на његову стварну адресу. Уколико то није могуће, тада је потребно туженом поставити привременог заступника који ће штитити права и интересе туженог док се он не појави. Постављањем привременог заступника ће се, у најмању руку, спријечити доношење пресуда због пропуштања. Фикција доставе тужбе може најтеже да угрози права тужених у БиХ, гдје су услови за доношење пресуда због пропуштања (која најчешће слиједи након фикције доставе тужбе) доста блажи него што је то случај у сусједним државама³⁴. Наиме, у случају постављања привременог заступника тужилац ће највјероватније бити принуђен да докаже основаност и висину тужбеног захтјева. Примјеном фикције доставе тужбе, тужени се ставља у веома тешку ситуацију. Након фикције доставе тужбе најчешће слиједи доношење пресуде због пропуштања и њена даља објава на ОТС-у. Тужени овакву пресуду због „пропуштања“ рокова не може побити ни жалбом, а у великом броју случајева ни ванредним правним средствима (приједлогом за повраћај у пређашње стање или приједлогом за понављање поступка). Приједлог за повраћај у пређашње стање се не може ни у којем случају поднијети уколико је од пропуштања протекло 60 дана – дакле већ деведесет и првог дана након „доставе“ пресуде објавом на ОТС-у овај приједлог

³³ Тако др Јерца Крамбергер Шкерл са Правног факултета у Љубљани истиче да: „Ограничење његовог права (оп. а. права туженог) на давање изјаве у поступку је у таквим примјерима готово неспразна циљу који се жели достићи“. Детаљније видјети др Jerca Kramberger Škerl, *Vročanje osebam z neznanim prebivališčem de lege lata in de lege ferenda*, Pregledni znanstveni članek 347.931-057.66, стр. 96.

³⁴ Оправдано се у домаћој правној теорији истиче и критика да је институт пресуде због пропуштања у домаћем праву неуставан. Више о овоме видјети код проф. др Милан Благојевић, „Замке усаглашавања домаћих прописа са правном тековином Европске уније“, *Правна ријеч*, број: 51/2017, стр. 145–159.

би био неблаговремен. Такође, приједлог за повраћај у пређашње стање (чак и да је благовремен) би се, у правилу, одбијао као неоснован – ово нарочито ако се прихвати фикција „уредности“ доставе тужбе. Веома тешко би се могло доказати да је тужени свих 30 дана био спријечен да поднесе жалбу на пресуду. Даље, и приједлог за понављање поступка би, у правилу и у већини ситуација, био неблаговремен и неоснован. Рок за улагање овог ванредног правног средства због ускраћивања странци права да расправља пред судом рачуна се од достављања одлуке. Дакле, ако се закључи да је првостепена пресуда „уредно“ достављена путем ОТС-а, тај би рок истекао тридесетог дана након наступања правоснажности пресуде, односно шездесетог дана од дана „уредне“ доставе пресуде. Једино што у овом случају остаје туженом јесте да се „нада“ да је суд начинио грешке код доставе тужбе и пресуде, те да уложи жалбу на пресуду и тврди да услед неуредне доставе пресуда није могла ни стећи својство правоснажности. Ова фикција се не може правдати ни немарним или намјерним пропустом туженог да обавјештава надлежни орган о стварној адреси на којој борави, односно о свим промјенама адресе. Санкција за пропуштање ове обавезе предвиђена је прописима о пребивалишту и боравишту и то је новчана казна која се изриче у прекршајном поступку. Дакле, фикција доставе тужбе најчешће има за посљедицу доношење пресуде против које тужени неће имати ефикасног правног лијека. Стога је *de lege ferenda* потребно укинути ову фикцију и уредити да се тужба мора доставити на адресу стварног пребивалишта туженог или, ако то није могуће, прописати да се туженом тада обавезно поставља привремени заступник.

Литература

Куленовић, Микулић и др., *Коментари Закона о парничном поступку у Федерацији Босне и Херцеговине и Републици Српској*, Заједнички пројекат Савјета Европе и Европске Комисије, Сарајево, 2005.

Бешић, А., „Проблеми у достављању писмена у ФБиХ с приједлозима *de lege ferenda*“, *Нова правна ревија*, број: 1/2014.

Сесар, М., *Достављање огласном плочом суда у парничном поступку*, Правни факултет у Сплиту, Катедра за грађанско право, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 43, 2/2006.

Kramberger Škerl, J., *Vročanje osebam z neznanim prebivališčem de lege lata in de lege ferenda*, Pregledni znanstveni članek 347.931-057.66.

Извод из Одлуке Врховног суда СР БиХ, број: Рев 61/89, од 4. августа 1989.

Извод из Одлуке Врховног суда Републике Хрватске, број: Рев 2904/2000, од 4. јануара 2001.

Извод из Одлуке Вишег привредног суда у Београду, број: Пж. 5989/07, од 3. септембра 2008.

Одлука Уставног суда Републике Словеније, број: У-И-279/08-14, од 9. јула 2009.

Приједлог Уредбе Европског парламента и савјета о измјени Уредбе број: 1393/2007 Европског парламента и савјета, од 13. новембра 2007. године о достави, у државама чланицама, судских и вансудских писмена у грађанским или привредним стварима, објављена на веб-страници: <http://www.ipex.eu>.

Одлука Европског суда за људска права у Стразбуру: Лесјак против Хрватске, 2010. година и Bellet против Француске, 1995.

Одлука Европског суда за људска права у Стразбуру: Stubbings и други против Уједињеног Краљевства, 1996.

Одлука Европског суда за људска права у Стразбуру: Niederoest–Huber, Van Orshoven против Белгије, 1997.

FICTION ON „PROPER“ SERVICE OF THE LAWSUIT IN CIVIL PROCEDURE

Đorđe Dimitrijević*

Summary

This paper examines justification and constitutionality of the fiction on „proper“ service of the lawsuit in civil procedures in Bosnia and Herzegovina, as well as in comparative legal systems. Rules regulating civil procedure in Bosnia and Herzegovina and neighbouring countries provide fiction on “proper” service of the lawsuit to the defendant as an ultima ratio measure. This fiction is used when it is not possible to determine „real” address of the defendant and when there exist (last known) permanent or temporary residence of the defendant recorded before the competent state authority. This regulation is justified by the need for acceleration of the procedure, securing of the guarantees for trial within reasonable trial, sanctioning of the parties that avoid reception of the documents etc..

Fiction on „proper“ service of the lawsuit violates defendants rights on fair trial, respectively right on access to justice as a part of right on fair trial protected by the EU Convention on Human Rights and Constitution of B&H. This regulation also violates defendant’s constitution right on Equality of Arms. Finally, this regulation provides possibility to conduct civil procedure without defendants participation. This provokes unforeseeable consequences for the defendant.

Key words: *service of documents, natural persons, civil procedure, access to justice.*

* Attorney at Law with registered seat in Banja Luka Republika Srpska, B&H

ПРИВРЕДНОПРАВНА ОБЛАСТ

КОНВЕРЗИЈА ДУГА У ВЛАСНИЧКИ УДИО

Проф. др Марко Рајчевић*

Резиме: У овом чланку аутор разматра примјену установе конверзије као начина рјешавања односа између дужника и повјериоца у областима компанијског, стечајног и пореског права по законима Републике Српске. Претварањем дуга у власнички удио, односи између дужника и повјериоца трансформишу се у однос у коме повјерилац стиче имовинска и неимовинска права као члан, односно акционар привредног друштва, ранијег дужника. Да ли ће се, у коликој мјери и са каквим садржајем конверзија користити, примарно зависи од економских интереса повјериоца који тако преузима и ризик власника чланског удјела, односно акција.

Конверзија се као метод може успјешно примјењивати у стечајном праву, било у поступку реструктурирања, како би се избјегао стечај, било у поступку реорганизације, како би се избјегао банкрот. Овај метод регулисања дужничко-повјерилачког односа није адекватан у области пореског права.

Кључне ријечи: конверзија, дуг, власнички удио, привредно друштво.

Увод

У свакодневном животу физичка и правна лица често ступају у разне имовинскоправне односе те тиме постају носиоци права и обавеза. То могу бити стварноправни и облигациони односи. Код стварноправних односа праву једног лица одговара обавеза неодређеног броја лица да та права (својине, службености, залог) поштују.

* Правни факултет Бања Лука, Булевар војводе Степе Степановића 77, 78000 Бања Лука, e-mail: marko.rajcevic@pf.unibl.org

Међутим, поред стварноправних односа, субјекти права ступају у другу врсту имовинскоправних односа, код којих (за разлику од стварних права) праву једног лица (повјериоца) одговара обавеза одређеног лица (дужника) да ту обавезу (дуг) и испуни. Основ настанка обавезе може да буде различит. То може бити једнострана изјава воље, причињавање штете, разна правна стања и правни акти, а најчешће су то разноразни уговори. С друге стране, дуг треба испунити повјериоцу, тј. учинити оно на што се дужник обавезао. За означавање појма испуњења користи се више израза: исплата, извршење, намирење. Облигација (обавеза) може престати на више начина, као што су: компензација, конфузија, опроштај дуга, новација, немогућност испуњења, смрт уговорне стране, протек времена, али је најчешће и уобичајено да она престаје испуњењем.¹ С обзиром на то да у вези са питањима испуњења дуга стране у облигационом односу могу уговором регулисати предмет његовог испуњења, оне могу то урадити на начин како то желе. Могу се договорити и о замјени испуњења (*datio in solutum*). Замјена испуњења је споразум између повјериоца и дужника на основу којег се дужник може ослободити своје обавезе тако што ће, умјесто дуговане, извршити неку другу престацију. Установа замјене испуњења може бити корисна у свакодневној пословној пракси јер омогућава странама у облигационом односу да га модификују у погледу предмета испуњења на начин како то најбоље одговара њиховим интересима. Ово нарочито онда ако је предмет испуњења случај да дужник дугује повјериоцу исплату одређене суме новца, што је уобичајено у привредноправним односима.

У овом раду бавићемо се управо питањем конверзије (претварања) новчаног дуга у власнички удио² у привредном друштву, што је типични случај замјене испуњења, јер повјерилац, умјесто да прими дуговану новчану суму, пристаје у договору са дужником да му се та новчана сума претвори у власнички удио у дужнику, привредном друштву. То претварање има своје реперкусије на статус дужника, али и повјериоца, и може се сагледавати са више аспеката.

Ова установа се може посматрати са аспекта облигационог, компанијског, стечајног те пореског права, што ће се учинити у овом раду. Но, претходно је потребно нешто рећи о термину, појму и садржају ове установе.

¹ О престанку облигације, више М. Рајчевић, *Пословно право I*, Бањалука, 2007, стр. 183–190, Ж. С. Ђорђевић и В. С. Стевановић, *Облигационо право*, Општи део, Београд, 1974, стр. 581–602.

² Под појмом „власнички удио“ подразумејемо акције, односно чланске удјеле у привредном друштву.

1. Термин, појам и садржај конверзије дуга у власнички удио

Терминолошки, ова установа је у свакодневном говору и пословној пракси позната као „дуг за улог“. Ранији прописи су говорили о томе да се може извршити „конверзија дуга предузећа у дужнички капитал или трајни улог“³, „претворити потраживање у трајни улог“⁴, „претворити потраживање повјерилаца у улог и конвертирати кредит у основни капитал“⁵, „претворити дуг у власнички удио“.⁶ Важећи прописи говоре о „претварању потраживања у удио односно акције“⁷, „претварању потраживања у основни капитал“⁸ и „претварању потраживања у улоге“.⁹

Ако се са аспекта појма и садржаја сагледа ова правна установа, доћи ће се до закључка да наведени термини, ма који од њих био коришћен, одражавају, мање или више, њену суштину.

Појмовно посматрано, улог у привредно друштво веже се за оснивача, односно осниваче друштва. Наиме, то је основна обавеза коју они преузимају на основу оснивачког акта (уговора о оснивању или акта о оснивању). Уношењем улога у друштво обезбјеђује се његов основни капитал. Улози могу бити новчани или неновчани, а неновчани морају имати имовинску вриједност. Када се унесе улог, онда онај који га је унио заузврат постаје власником удјела у друштву, тј. његов члан, односно акционар. Удио је скуп права и обавеза члана у релацији према друштву, и он се изражава процентуално или у разломцима у односу на вриједност основног капитала, а ако је у питању акционарско друштво, изражава се бројем акција у власништву акционара. Основано друштво пословањем може направити дуг према трећем лицу – повјериоцу, а дође ли до конверзије, онда се тај дуг претвара у власнички удио, јер за вриједност дуга повјерилац добија удио или одговарајућу вриједност у акцијама. Отуда је исправније говорити о конверзији дуга у власнич-

³ Члан 6 Закона о промету и располагању друштвеним капиталом („Службени лист СФРЈ“, бр. 84/89).

⁴ Члан 34а, ст. 22 Закона о условима и поступку претварања друштвене својине у друге облике својине („Службени гласник Републике Србије“), бр. 51/94.

⁵ Закон о предузећима („Службени гласник Републике Српске“, бр. 24/98, 62/02 и 38/03), члан 252 и 297.

⁶ Закон о посебним начинима измирења пореског дуга („Службени гласник Републике Српске“, бр. 66/13), члан 5.

⁷ Закон о привредним друштвима („Службени гласник Републике Српске“, бр. 127/08, 58/09, 100/11, 67/13 и 100/17), члан 243а и 228 ст. 7.

⁸ Закон о стечају („Службени гласник Републике Србије“, бр. 104/2009, 99/2011 и 83/2014), члан 237.

⁹ Закон о стечају („Службени гласник Републике Српске“, бр. 16/16), члан 202, ст. 2 т. 6.

ки удио него о конверзији дуга у улог. Међутим, за вриједност дуга, као што ћемо видјети, треба повећати основни капитал друштва, па би вриједност дуга тада могла да се посматра као повећање капитала новим улогом, што би значило да је и израз „дуг за улог“ исправан. Такође, и израз „конверзија дуга у основни капитал“ има своје пуно оправдање из разлога који је претходно наведен.

Конверзија, односно претварање једне престације у другу, као што смо и видјели, јесте установа облигационог права, али њеном примјеном у области права привредних друштава долази до посљедица које су производ правила компанијског права и односе се на статус како дужника тако и повјериоца. Појам конверзије, најопштије посматрано, подразумијева претварање одређеног правног посла у други правни посао, што значи да долази до измјене уговора, па се између повјериоца и дужника стварају одређена нова права и обавезе.¹⁰ Конверзија мора имати правни основ у сагласности воља како повјериоца, тако и дужника, тј. о томе се мора сачинити уговор. Уговор је извор права и обавеза за уговорне стране, па је конверзија, односно замјена испуњења, теретни уговор са свим посљедицама које такви уговори редовно производе. Извршењем нове чинидбе, дужникова обавеза се гаси.¹¹

Најсложеније питање у вези са предметом испуњења облигације поставља се у ситуацији кад дужник дугује повјериоцу исплату одређене суме новца, што је најчешћи случај код конверзије дуга у власнички удио. Отуда, пресуђујући за закључење уговора о конверзији морају бити економски параметри и анализе конкретне ситуације, Тако, на примјер, мора се знати тренутно финансијско стање и перспективе дужника, степен утрживости и тржишна вриједност власничких удјела, степен утрживости и тржишна вриједност конкретног потраживања, квалитет и способност управе друштва дужника и слично.¹²

О томе да ли ће пристати на конверзију у првом реду одлучује повјерилац, наравно, уз претходну понуду дужника. До конверзије долази вољном радњом повјериоца и дужника, зато се њиховим сагласним вољама не може наметнути правно дејство које они неће.¹³ По начелу аутономије воље и правилима облигационог права садржаним у Зако-

¹⁰ М. Велимировић, „Конверзија потраживања у трајни улог“, *Правни живот*, бр. 11, том III, Београд 1986, стр. 47

¹¹ Ђорђевић и Стевановић, н.д., стр. 573–574.

¹² М. Васиљевић, „Основни правни аспекти својинске трансформације предузећа путем конверзије потраживања у акције“, *Право и привреда*, Београд, бр. 3-4/2000, стр. 13–13.

¹³ Велимировић, н.д., стр. 52 и С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1990, стр. 453.

ну о облигационим односима¹⁴ закључиће се конкретан уговор а његова садржина утврдиће се како правилима облигационог, тако и правилима других грана права, у првом реду компанијског, али и стечајног и пореског права. Но, без обзира на то о каквом се конкретном односу ради, мора се имати у виду чињеница да се један облигациони однос претвара у власнички однос, јер повјерилац постаје власник акција односно удјела, а то опет подразумијева коришћење свих оних права и обавеза које такав власник има према друштву и осталим члановима односно акционарима. Дакле, уговор о конверзији има не само облигациона већ и статусна обиљежја, те се поставља питање да ли би био могућ његов раскид или отказ.¹⁵ На овакав уговор би се могла примијенити општа правила ништавости или рушљивости.¹⁶

Конверзија је метод реорганизације основног капитала његовим повећањем новим улозима.¹⁷ Износ дуга је нови улог, јер привредно друштво дужник не враћа дуг. Рачуноводствено посматрано, конверзија представља реорганизацију пасиве билансног стања дужника тако што се за износ дуга повећава основни капитал.

С обзиром на то да се ради о повећању капитала новим улозима потребно је спровести више радњи јер то захтијева Закон о привредним друштвима. У првом реду потребно је донијети одлуку на скупштини друштва дужника.¹⁸ Такву одлуку може донијети и управни одбор акционарског друштва ако се ради о тзв. условном повећању основног капитала. С тим у вези треба рећи да Закон о привредним друштвима не говори о условном повећању основног капитала претварањем дуга у улог, али сматрамо да је то могуће на уговорној основи уз коришћење општих правила условног повећања основног капитала из Закона о привредним друштвима. У одлуци се мора навести износ повећања, а то је онај износ који су договорили друштво, дужник и повјерилац. Затим, потребно је мијењати оснивачки акт, јер се у том акту мора навести вриједност основног капитала, а након тога треба поднијети пријаву ради регистрације и објављивања повећања основног капитала. То би били основни и на-

¹⁴ „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и „Службени гласник Републике Српске“, бр. 17/93, 3/96 и 39/03.

¹⁵ Васиљевић (н. д. стр. 10) сматра да код модалитета конверзије који се врши на добровољној основи не би био могућ његов раскид или отказ због статусног дјеловања уговора.

¹⁶ Исто.

¹⁷ М. Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2015, стр. 276.

¹⁸ Подразумијева се да скупштина друштва доноси претходну одлуку да се конвертује дуг у власнички удио под условима који су јој предложени од стране управе, те да у том смислу овласти управу да закључи уговор.

челни кораци предузети на основу уговора о конверзији а по захтјеву норми Закона о привредним друштвима.

Конверзија има реперкусије на статус друштва дужника и његових чланова, односно акционара, али исто тако и на статус повјериоца.

Статус дужника се мијења јер добија новог члана, односно акционара. Када се у редовним околностима у друштвима капитала преносом власничког удјела на друго или друга лица мијења члан, односно акционар, то нема реперкусије на односе према друштву и члановима, односно акционарима. Међутим, када се повећава капитал конверзијом, то има одређене веће или мање посљедице, зависно од тога о коликом се повећању ради. Ако је повећање значајно, то може да има одраза на расподјелу моћи и утицај на доношење одлука у друштву. Ово нарочито ако се има у виду да дужник, да би приволио повјериоца на конверзију, мора дати одговарајуће уступке као што је нуђење акција или удјела по цијени испод тржишне, чиме долази до тзв. разводњавања права постојећих акционара, односно чланова.

Статус повјериоца се мијења, јер стицањем власничког удјела конверзијом он прихвата имовинска и неимовинска права која му припадају као члану, односно акционару, али и обавезе које подразумијева члански однос. У сваком случају, прихватио је ризик који се подразумијева за сваког власника власничког удјела – да дође до смањења његове вриједности или чак до његовог потпуног губитка у случају стечаја. Овакви ризици су реални с обзиром на то да се ради о дужнику који, у немогућности да врати дуг, нуди конверзију под условима који морају бити примамљиви за повјериоца.

2. Примјена конверзије као метод рјешавања односа дужника и повјериоца

Као што је напоменуто, конверзија је примарно начин рјешавања односа дужника и повјериоца у свакодневним односима физичких и правних лица. Замјена испуњења дуга погодан је начин да се у недостатку новца умјесто плаћања изврши нека друга престација. Та погодност коришћена је и користи се у разним гранама права као метод који је у законским прописима регулисан. У компанијском праву конверзија је као метод примијењена у поступку приватизације, тј. претварању државног и друштвеног капитала у „трајни улог“, тј. акције и удјеле.

Разни закони дозвољавали су и регулисали неколико модалитета конверзије у циљу претварања облигационог у власнички однос. Тако је било могуће уговорно претварање у „трајни улог“ дугова по разним основама, чиме је, као једним од начина, мијењана власничка структура учешћа у основном капиталу предузећа.¹⁹

Као установа облигационог права она се, на основу принципа аутономије воље, може користити у границама и на начин како то дозвољавају императивне норме компанијских прописа, у првом реду Закона о привредним друштвима и Закона о тржишту хартија од вриједности.²⁰

При томе се, као основно, поставља питање да ли се конверзија може користити и односити на све правне форме привредних друштава регулисане Законом о привредним друштвима.

Начелно посматрано, она је могућа како у друштвима капитала, тако и, у мањој мјери, друштвима лица.

Код друштва лица ограничење примјене конверзије проистиче из природе таквих друштава, као друштва *intuitu personae*, тј. затворених средина. Затвореност је резултат хтијења чланова друштва да се ограничи приступ трећих лица, па је мало вјероватно, мада није искључено, да се дуг друштва претвори у власнички удио. Ово тим прије што за таква дуг одговарају неограничено солидарно ортаци, односно комплементари, те је повјерилац у доброј позицији да дуг друштва наплати од тих лица, чиме избјегава конверзију а тиме и ризик који чланство у друштву са собом носи.

Код друштва капитала примјеренија је примјена ове установе. То се посебно односи на друштво са ограниченом одговорношћу и затворено акционарско друштво. Међутим, ситуација је другачија ако се ради о примјени конверзије на отворено акционарско друштво. То друштво је у посебном правном статусу који је различит од статуса затвореног акционарског друштва, што је последица чињенице да ово друштво има основни капитал формиран, и евентуално увећаван, учешћима трећих лица који, као инвеститори у акције, морају бити заштићени императивним правилима компанијских прописа и сталном контролом посебног регулаторног тијела – Комисије за хартије од вриједности. Зато је, на примјер, у вријеме важења Закона о привредним друштвима Републике Србије из 2004. године, Комисија за хартије од вриједности Републике Србије имала став да отворена акционарска друштва не могу, у складу

¹⁹ Видјети, Васиљевић, *Основни правни аспекти...*, н.д., стр. 6, Велимировић, н.д., стр. 48–50.

²⁰ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 47/06 и 3/17.

са Законом о привредним друштвима, условно повећавати капитал по основу конверзије дуга, нити по том основу дистрибуирати акције без јавне понуде, али је то било могуће чинити кад су у питању затворена акционарска друштва.²¹ Важећи Закон о привредним друштвима Републике Србије²² експлицитно одређује да се капитал акционарског друштва може повећати новим улозима, под чиме се сматра и конверзија дуга у основи капитал, с тим да се такав начин повећања не може спровести ако се ради о јавном акционарском друштву.²³ Разлоге зашто је то тако треба тражити у томе што би код отворених (јавних) акционарских друштава на тај начин могло доћи до тзв. разводњавања права постојећих акционара, посебно мањинских, јер би у друштво ушли акционари који би добили акције под повољнијим условима од тржишних (што се спречава и правилом које важи код отворених друштава да се акције нових емисија не смију продавати испод тржишне цијене).²⁴

Закон о привредним друштвима Републике Српске нема одредаба које би спречавале повећање основног капитала отвореног акционарског друштва претварањем дуга у акције, као што је то случај са Законом о привредним друштвима Републике Србије. То је ипак било могуће уколико се радило о пореском дугу, када се дуг могао претворити у акције, али само у складу са посебним законом којим је било уређено питање измирења пореског дуга, о чему ћемо говорити касније.

С друге стране, Закон изричито одређује да се капитал друштва са ограниченом одговорношћу може повећати и претварањем потраживања у удио,²⁵ што је случај и са повећањем капитала затвореног акционарског друштва.²⁶ Ограничење конверзије је у томе што повећање капитала у конкретним случајевима може бити до висине једне половине основног капитала у тренутку доношења одлуке скупштине друштва о конверзији.

Отворено акционарско друштво може, осим акција, издавати и друге хартије од вриједности, укључујући и замјенљиве обвезнице и вараunte.²⁷ Замјенљиве обвезнице омогућавају имаоцу да их конвертује у

²¹ Необјављен став заведен под бројем 3/0-04-589/2-05 од 5. октобра 2005. године – према М. Васиљевић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, Београд, 2006, стр. 474.

²² „Службени гласник Републике Србије“, бр. 36/2011 и 99/2011.

²³ Члан 295 ст. 1, 2 и 3.

²⁴ У том смислу Васиљевић, *Компанијско право*, н.д., стр. 276.

²⁵ Члан 2 Закона о измјенама и допунама Закона о привредним друштвима („Службени гласник Републике Српске“, бр. 100/17).

²⁶ Исто, чл. 3.

²⁷ Члан 205 ст. 1 Закона о привредним друштвима.

акције или му дају право прече куповине акција, што је разлика у односу на обичне обвезнице које такође друштво може да емитује.

Варанти су, у смислу Закона о привредним друштвима, хартије од вриједности које њиховом имаоцу дају право на стицање одређеног броја акција одређене врсте и класе и по одређеној цијени.²⁸ Када друштво изда замјенљиве обвезнице и варанте онда постаје дужник оних лица која су купила такве хартије од вриједности са обавезом да их конвертује у акције, и на тај начин, за износ вриједности одобрених (неиздатих) акција, које су њихово покриће, повећа свој основни капитал. Према томе, и у овом случају се ради о конверзији дуга у власнички удио, али се то врши на начин прописан Законом о привредним друштвима, Законом којим се уређује тржиште хартија од вриједности и актима Комисије за хартије од вриједности. Повјерилац, тј. ималац таквих хартија од вриједности имаће интерес да их конвертује у акције када процијени да је то корисно, јер друштво добро послује и исплаћује дивиденде, а расте и вриједност акција у мјери која превазилази добит од процента камате која се исплаћује за обвезницу. При добровољној конверзији дуга у власнички удио, дужник и повјерилац се накнадно договарају о условима конверзије. Код претварања замјењивих обвезница и вараната у акције (условног повећања основног капитала) односи између друштва дужника и повјерилаца (ималаца замјењивих обвезница и варанта) су унапријед регулисани и познати. Они су утврђени одлуком скупштине акционара о условном повећању капитала отвореног акционарског друштва. Тако се том одлуком одређује намјена условног повећања основног капитала, лица која се могу користити правом првенства при упису акција (имаоци вараната и замјењивих обвезница), рок остваривања и услови за коришћење права, цијена по којој се издају акције, а уз то се мора поштовати правило да износ условног повећања основног капитала не може прећи половину основног капитала отвореног акционарског друштва који послује у моменту доношења те одлуке.²⁹ Дакле, дужник је тај који утврђује услове конверзије. Поред наведеног, акционарско друштво као дужник може да изда варанте или замјењиве обвезнице под условима који обезбјеђују да друштво има обавезу и/или право, кад располаже одговарајућим резервама које се могу употријебити за те намјене, да повуче и поништи такве хартије од вриједности у одређеном периоду или у одређеним случајевима, у цјелини или дјелимично.³⁰

²⁸ Члан 205 ст. 2.

²⁹ Чланови 241 и 242 Закона о привредним друштвима.

³⁰ Члан 222 ст. 2 Закона о привредним друштвима.

Са аспекта конверзије као облигационоправног односа, издавање замјењивих обвезница и вараната са циљем претварања у акције није замјена испуњења (*datio in solutum*), јер се ради о обавези друштва која ће се извршити на начин како је то унапријед предвиђено. Нема замјене испуњења зато што су замјењиве обвезнице и варанти купљени са циљем да се конвертују у акције, што је и била сврха њиховог издавања.

Другачија је ситуација када друштво издаје обвезнице. Обвезница је дуг друштва и ималац обвезнице има само имовинска права – да од дужника захтијева исплату главнице и припадајуће камате. Уколико друштво које је емитовало обвезнице не би могло да врати тако позајмљена средства, могло би предложити имаоцима обвезница да свој дуг конвертују у власничке удјеле, а завршетком процедуре претварања, за износ дуга, повећао би се основни капитал друштва дужника. Издавањем обвезница не повећава се основни капитал, већ варијабилни, а издавањем нових акција повећава се основни капитал.³¹

Примјена метода конверзије дуга у основни капитал могућа је у стечајном праву, па закони који регулишу стечај изричито наводе да се односи између стечајног дужника и повјерилаца могу ријешити на овај начин. Закон о стечају³² даје могућност да се то учини како у поступку реструктурирања тако и у току стечајног поступка. Поступак реструктурирања спроводи се ради уређивања правног положаја дужника и његовог односа према повјериоцима, који се као судски поступак води прије покретања и вођења стечајног поступка, а због финансијског и оперативног реструктурирања дужника како би се побољшала његова ликвидност и отклонио стечај над њим.³³ Реструктурирање се спроводи на основу закљученог споразума између повјерилаца и стечајног дужника. С друге стране, реорганизација, као посебна процедура, спроводи се у оквиру покренутог стечајног поступка ради утврђивања правног положаја стечајног дужника и његовог односа према повјериоцима, а нарочито ради одржавања његове дјелатности и очувања радних мјеста.³⁴ То се чини на основу стечајног плана као акта (споразума) који је донесен сагласношћу квалификоване већине стечајних повјерилаца уз сагласност дужника и потврђивање суда.³⁵

³¹ О разлици између обвезница и акција детаљније: Д. Марковић Бајаловић, *Право привредних друштава*, Источно Сарајево, 2011, стр. 224 и Васиљевић, Коментар, н.д., стр. 418–419.

³² „Службени гласник Републике Српске“, бр. 16/16

³³ Члан 2 ст. 1 и чл. 15 ст. 2 Закона о стечају.

³⁴ Члан 15 ст. 1 т. 22 Закона о стечају.

³⁵ Исто, т. 23.

Поступак реструктурирања детаљно је регулисан главом трећом Закона о стечају. Уређени су органи поступка, његово трајање, услови под којима се може реструктурирање провести, садржај плана реструктурирања и услови под којима се може закључити, односно одбацити и обуставити.³⁶ Иако Закон не говори детаљно о начинима на које се може извршити реструктурирање, поред навођења да се то може чинити смањењем дуга, у двије одредбе се наводи да се то може чинити претварањем потраживања кредитне институције у основни капитал дужника. Тако ће суд одбацити приједлог за отварање поступка реструктурирања ако Агенција за банкарство Републике Српске не изда претходну сагласност за претварање потраживања кредитне институције у основни капитал дужника, а дужник не приложи нови план финансијског и оперативног реструктурирања.³⁷ У члану 52, који регулише претварање потраживања у основни капитал, наводи се да: „ако је планом финансијског и оперативног реструктурирања или измијењеним планом финансијског и оперативног реструктурирања предложено претварање потраживања кредитне институције у основни капитал дужника, којим би кредитна институција, прешла ограничење улагања у капитал финансијских институција, прије заказивања рочишта за гласање кредитна институција дужна је да затражи претходну сагласност Агенције за банкарство Републике Српске.“³⁸ Закључујемо из наведеног да је метод претварања дуга у основни капитал погодан начин да се изврши својеврсна санација дужника коме пријети стечај. Тиме и дужник али и повјерилац расподељују ризик стања у коме се дужник налази, а повјерилац прихвата да својим учешћем на скупштини дужника и, евентуално, учешћем у његовој управи, допринесе опоравку дужника, те тиме и већој могућности да се успјешним пословањем дужника остваре пословна очекивања да ће се његово потраживање индиректно намирити (дивидендом и порастом вриједности акција или удјела које је стекао у дужнику).

Процедура реструктурирања је једна врста принудне конверзије. Наиме, ако суд рјешењем прихвати план финансијског и оперативног реструктурирања и потврди оно што је договорено, у шта спада и конверзија потраживања у власнички удио, односно претварање у основни капитал, онда ће се то догодити ако је за план гласала најмање једна четвртина повјерилаца и ако је збир износа потраживања повјерилаца

³⁶ Видјети чланове 27 до 53 Закона о стечају.

³⁷ Члан 34 ст. 1 т. 4 Закона о стечају.

³⁸ Ст. 1.

који су гласали за план већи од збира износа потраживања повјерилаца који су гласали против плана, изузев из разлога таксативно набројаних законом.³⁹ Дакле, споразум обавезује све повјериоце, па и оне који су се на рочишту за гласање о плану изјаснили да су против таквог плана. Треба напоменути да се у најновије вријеме покушај редефиниције дужничко-повјерилачких односа, а у циљу спречавања или отклањања стечајних разлога, законски регулише у националним законодавствима.⁴⁰

Реорганизација је поступак који се, за разлику од реструктурирања, спроводи кад је већ стечајни поступак покренут. И у оквиру такве процедуре користи се метод конверзије као један од начина да се спријечи банкрот стечајног дужника. Наиме, Закон о стечају каже да је „након отварања стечајног поступка допуштено израдити стечајни план у којем се може одступити од законских одредаба о уновчењу и расподјели стечајне масе“.⁴¹ Овај пропис одређује и које се мјере реорганизације стечајног дужника могу спровести да би се остварила реорганизација. Наводи се тринаест мјера реорганизације, па би се дало закључити да се стечајни дужник и повјериоци могу договарати само у вези с њима.⁴² Међутим, треба сматрати да су дозвољене и друге мјере јер је стечајном дужнику дозвољено „издати акције и вршити друге радње у корист стечајног дужника.“⁴³ Планом се могу мјере реорганизације комбиновати, или се може предвидјети само једна мјера, што је у пракси риједак случај. Као што је наведено, једна мјера стечајног плана може се састојати у томе да се „изврши претварање потраживања у улоге.“⁴⁴ Овом мјером може се помоћи дужнику тако што ће се конверзијом повећати његова ликвидност јер не мора враћати дуг. Да ли ће повјерилац прихватити конверзију, зависи од низа економских показатеља стања и перспективе стечајног дужника који ће се наћи у процесу реорганизације, што ће се моћи сагледати из припремљеног стечајног плана. Поред тога, за такву одлуку може бити од великог значаја и одговор на питање да ли ће се на њега као будућег имаоца власничког удјела примијенити оптерећујућа прави-

³⁹ Члан 45 ст. 7 Закона о стечају.

⁴⁰ Тако В. Радовић, *Стечајно право*, Књига прва, Београд, 2017, стр. 31. Видјети и Закон о споразумном финансијском реструктурирању привредних друштава („Службени гласник Републике Србије“, бр. 36/11) као и Закон о споразумном финансијском реструктурирању („Службени гласник Републике Србије“, бр. 85/15).

⁴¹ Члан 202 ст. 1 Закона о стечају.

⁴² Исто, ст. 2 Закона о стечају.

⁴³ Исто, ст. 2, т. 13. Видјети и М. Рајчевић, *Опције стечајног плана*, у: *Законодавство и пракса – Зборник радова са регионалне конференције о стечају*, ГТЗ, Београд, 2008, стр. 167–174.

⁴⁴ Исто, т. 6 Закона о стечају.

ла тржишта капитала, између осталих и институт јавне понуде.⁴⁵ Законодавац је, имајући у виду позицију повјериоца у стечајном поступку, сматрао да би наметање овакве додатне обавезе била отежавајућа околност која би га могла одвратити од прихватања метода конверзије, одредио да повјерилац није дужан, ако стекне акције емитента као стечајног дужника у стечајном поступку које му дају више од 25% од укупног броја гласова, емитовати понуду за преузимање.⁴⁶ Закон о стечају Републике Српске нема одредаба које би подробније регулисале реорганизацију конверзијом потраживања у основни капитал. Закон о стечају Републике Србије у том смислу је коректнији, бар за одредбу која даје право стечајном судији да, у случају конверзије као метода реорганизације, може, по службеној дужности или на приједлог стечајног управника, ангажовати независно стручно лице да изврши процјену капитала стечајног дужника, о трошку подносиоца плана.⁴⁷

Узимајући у обзир оно што је Законом о стечају предвиђено, односно да се као метод реструктурирања и реорганизације користи конверзија, законодавац Републике Српске је Законом о измјенама и допунама Закона о привредним друштвима из 2017. године изричито одредио да се основни капитал свих правних форми привредних друштава може повећати, између осталих начина, и „претварањем потраживања повјерилаца у удјеле, односно акције, без ограничења у односу на висину основног капитала, у складу са законом којим се уређује поступак реструктурирања и реорганизације дужника у стечајном поступку“.⁴⁸

Метод конверзије дуга у власнички удио могао се примијенити и у области пореског права.

Наиме, овај метод је својевремено био коришћен у Републици Српској на основу Закона о посебним начинима измирења пореског дуга.⁴⁹ Његов циљ је био да олакша финансијски положај привредних субјеката погођених ефектима економске кризе, одржавање текуће ликвидности и подстицање запошљавања.⁵⁰ На поступак измирења пореског дуга прописаним тим законом сходно су се примјењивале одредбе закона

⁴⁵ Радовић, н. д., књига друга, стр. 236.

⁴⁶ Члан 8 ст. 1 т. 4 Закона о преузимању акционарских друштава („Службени гласник Републике Српске“, бр. 46/06, 107/09, 99/11 и 108/16). Такво рјешење постоји и у одговарајућим законима Републике Србије, видјети Радовић, н. д., књига друга, стр. 236.

⁴⁷ Члан 157 ст. 2. Дилеме у вези са тим правилом постоје – видјети Радовић, н. д., књига I, стр. 236–237.

⁴⁸ Члан 1 Закона о измјенама и допунама Закона о привредним друштвима.

⁴⁹ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 66/13 и 52/14.

⁵⁰ Члан 2 Закона о посебним начинима измирења пореског дуга.

којим се уређује порески поступак и општи управни поступак. Порески дуг се могао измирити на три начина, и то: одгађањем плаћања пореског дуга једнократно најдуже до годину дана или у једнаким мјесечним ратама, најдуже до 60 мјесеци, затим, измирењем цјелокупног износа главног дуга плаћањем у новцу, уз отпис камате, те, на крају, и „претварањем пореског дуга у власнички удио у привредном друштву“.⁵¹ Под појмом „власнички удио“ подразумијевале су се акције, односно члански удјели у привредном друштву, пореском дужнику, како је објашњено у члану 4 Закона. Право на измирење пореског дуга конверзијом имали су сви порески дужници који су основани као привредна друштва и који су испуњавали услове прописане Законом и законом којим се уређује оснивање и рад привредних друштава, тј. Законом о привредним друштвима. Поступак измирења пореског дуга конверзијом покретао се приједлогом надлежном министарству, а уз приједлог се, између осталог, морала поднијети и одлука надлежног органа пореског дужника о намјери конверзије. Одлуку о одобрењу конверзије доносила је Влада Републике Српске на приједлог надлежног министарства. Ако је одлука била позитивна, органи управљања пореског дужника сазивали су његову скупштину и на њој доносили одлуку о повећању капитала претварањем пореског дуга у власнички удио, по процедури предвиђеној прописима којима се уређује начин и услови повећања основног капитала. Закон је одређивао и да се конверзија код акционарских друштава могла вршити само у случају да скупштина акционара донесе одлуку о стицању акција са правом гласа, без обавезе објављивања понуде за преузимање у складу са прописом којим се уређује преузимање акционарских друштава.⁵² Министар је на крају поступка доносио рјешење о измиривању пореског дуга, конверзијом у власнички удио у конкретном пореском дужнику са тачно утврђеним износом претвореног пореског дуга, удјела Републике у основном капиталу по основу конверзије, што је морало бити уписано у судски регистар и Централни регистар хартија од вриједности.⁵³ Након извршених промјена у пореским евиденцијама, Пореска управа издавала је увјерење о коначном стању обавеза након извршеног измирења пореског дуга конверзијом. Закон о посебним начинима измирења пореског дуга престао је да важи ступањем на снагу Закона о одгођеном плаћању пореског дуга⁵⁴ у којем се конверзија не регулише.

⁵¹ Члан 5 Закона о посебним начинима измирења пореског дуга.

⁵² Члан 21.

⁵³ Члан 14 Закона.

⁵⁴ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 94/15

С обзиром на то да је конверзија приватноправни однос, могло би се поставити питање да ли је она примјерена односима у којима је једна од страна субјект јавног права, што је случај са пореским поступком као врстом управног поступка. Нема дилеме о томе да је уставно право законодавца да у оквиру одговарајуће пореске политике уређује порески систем и све битне елементе опорезивања, међу којим и питање наплате пореских обавеза односно измирења пореског дуга. Међутим, да ли конверзија као метод наплате пореског дуга има карактеристику конверзије облигационог права? И код конверзије у пореском праву долази до замјене испуњења, али услови те конверзије су законом унапријед одређени, тако да сваки порески дужник који испуњава услове има право да се његов порески дуг претвори у власнички удио јавноправног субјекта у основном капиталу. Но, и у овом односу је повјерилац, субјект јавног права, могао одбити приједлог за покретање поступка конверзије у случају кад је оцијенио да се тим поступком неће остварити циљ Закона о посебним начинима измирења дуга, што би значило да је повјерилац, слично као и у приватноправном односу конверзије, био слободан да цијени да ли конкретна понуда пореског дужника задовољава законом постављене циљеве. Ту је својеврстан проблем представљала чињеница да је јавноправни субјект, конверзијом, као и сваки субјект, физичко или правно лице, прихватао ризик резултата пословања пореског дужника, а да се поред тога, у буџет не уплаћују средства из пореског дуга. Порез је, наиме, свака обавеза плаћања прописана пореским прописима коју је порески дужник дужан да уплати у корист Буџета Републике Српске, општина, градова и фондова, а која представља неповратно, принудно давање.⁵⁵ Ако је порески дужник измирио обавезу на такав начин, онда је он стављен у неравноправни положај у односу на оне пореске дужнике који су своје пореске обавезе регулисали посебним начинима измирења пореског дуга.⁵⁶ То је и био разлог да Уставни суд Републике Српске, на основу дате иницијативе, донесе одлуку којом је утврдио да конверзија пореског дуга у власнички удио у привредном друштву, као начин измирења пореског дуга није у сагласности са Уставом Републике Српске, па се данас плаћање пореског дуга може само одгодити, али не и конвертовати. Треба напоменути да је у одговарајућим одредбама Закона о привредним друштвима Републике Српске, које регулишу повећање

⁵⁵ Члан 2 ст. 1 т а) Закона о пореском поступку Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 102/11).

⁵⁶ То је утврђено одлуком Уставног суда Републике Српске, бр. У-57/13 од 22. децембра 2014. године којом су члан 5 ст. 1 т б) и в), члан 11 и члан 21 ст. 1 и 3 Закона о посебним начинима измирења пореског дуга, као неуставни, стављени ван снаге.

основног капитала друштва са ограниченом одговорношћу, затвореног и отвореног акционарског друштва, као начин повећања, предвиђена и конверзија пореског дуга у основни капитал, и да ће се то вршити у складу са посебним законом којим се уређује питање измирења пореског дуга. С обзиром на то да је тај пропис стављен ван снаге, те одредбе су непримјењиве. Међутим, интересантно је напоменути да је Законом о измјенама и допунама Закона о привредним друштвима из 2017. године изричито искључена могућност конверзије пореског дуга у улог код отворених акционарских друштава⁵⁷, али тако није поступљено када се ради о друштву са ограниченом одговорношћу и затвореним акционарским друштвима. Но, без обзира на то, наведеном одлуком Уставног суда Републике Српске метод конверзије као начин измирења пореског дуга више није примјењив.

Закључак

Конверзија дуга у власнички удио у привредном друштву је по својој суштини установа облигационог права. Ради се о замјени испуњења једне престације, дуга, другом престацијом, са циљем да на тај начин дође до престанка дужничко-повјерилачког односа. Када се дуг конкретног привредног друштва претвори у власнички удио повјериоца у том друштву, онда се облигациони однос гаси, али се успоставља други, чињеницом да ранији повјерилац постаје члан или акционар друштва. Стицањем власничког удјела он стиче одређена, имовинска и неимовинска права према друштву и осталим члановима или акционарима друштва. Тиме се његова позиција квалитативно мијења јер пристаје на ризик који са собом чланство у друштву носи.

Конверзија је погодан начин рјешавања односа између дужника и повјериоца па је зато нашла широку примјену, нарочито у компанијском и стечајном праву, али није адекватан метод за рјешавање односа између пореског дужника и јавноправног повјериоца.

У компанијском праву она се примјењује онда кад повјерилац нађе да постоје економски разлози и показатељи корисности конверзије. Повјерилац је тај који на основу понуде дужника одлучује да ли му се то економски исплати. Дужник се конверзијом ослобађа дуга и за његову висину мора повећати свој основни капитал. То може реметити до тада постојеће односе учешћа у основном капиталу, па се зато она може за-

⁵⁷ Чл. 4 Закона.

бранити или условно примјењивати нарочито кад су у питању отворена акционарска друштва.

Конверзија се као метод рјешавања односа дужника и повјериоца примјењује и законом регулише у области стечајног права. У поступку реструктурирања она је погодна јер се њеном примјеном може избјећи стечајни поступак и последице које он са собом носи. Кад је стечајни поступак отворен, конверзијом се као методом реорганизације може избјећи банкрот стечајног дужника.

Литература

Васиљевић, М., *Коментар Закона о привредним друштвима*, Београд, 2006.

Васиљевић, М., *Компанијско право*, Београд, 2015.

Васиљевић, М., „Основни правни аспекти својинске трансформације предузећа путем конверзије потраживања у акције“ *Право и привреда*, Београд, бр. 3-4/2000, стр. 13-13.

Велимировић, М., „Конверзија потраживања у трајни улог“, *Правни живот*, бр. 11, Београд 1986, Том III, str. 47

Ђорђевић, Ж.С. и Стевановић В.С., *Облигационо право*, Општи део, Београд, 1974.

Марковић Бајаловић, Д., *Право привредних друштава*, Источно Сарајево, 2011.

Перовић, С., *Облигационо право*, Београд, 1990.

Радовић, В., *Стечајно право*, Књига прва, Београд.

Рајчевић, М., „Опције стечајног плана“, у: *Законодавство и пракса-Зборник радова са регионалне конференције о стечају*, ГТЗ, Београд, 2008.

Рајчевић, М., *Пословно право I*, Бањалука, 2007.

A DEBT-TO-EQUITY SWAP

Marko Rajčević, PhD, Full Professor*

Abstract

In this article author is considering application of institute of conversion, as a method of handling relations between the debtor and creditor in areas of business, bankruptcy and tax law, according to the statutes of Republic of Srpska. By converting the debt into ownership stake, relations between the debtor and creditor are transformed into relation in which creditor gains asset and non-asset rights as a member or a stock owner of the company of a former debtor. To what extent, and with what content conversion will be used, primarily depends on economic interests of creditor which also overtakes the risk of the members ownership, or stocks.

Conversion as a method can also be successfully applied in the bankruptcy law, either during the process of restructuring, to avoid the insolvency, or during the reorganization, to avoid bankruptcy. This type of method of regulation of relations between the creditor and the debtor is not the adequate one in the area of tax law.

Keywords: *Conversion, debt, ownership stake, company*

* Full Professor Faculty of Law Banja Luka

УДК 347.778.2:347.736/.739

doi 10.7251/PR5518383M

Прегледни научни чланак

САСТАВЉАЊЕ И ОДОБРАВАЊЕ ПЛАНА РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА

Проф. др Данче Манолева Митровска*
Мр Владимир Митревски**

Апстракт: У праву Републике Македоније постоји могућност спровођења реорганизације стечајног дужника. При томе, исказано је опредељење да се првенствено реорганизује стечајни дужник уместо да се одмах иде у стечај. Пре свега, из разлога што реорганизација представља најадекватнији облик заштите правних и економских интереса стечајних поверилаца. На тај се начин постиже вишеструка корист за све субјекте на које се односи план реорганизације.

Реорганизација трговачког друштва – дужника је облик и начин његове санације која се састоји из предузимања више појединих или заједничких мера или метода опоравка које могу да буду организационе, правне, финансијске и кадровске природе. Путем тих мера или метода на нови начин се утврђује правни положај дужника и његов пословни однос с повериоцима.

Кључне речи: стечај, стечајни поступак, стечајни поверилац, стечајни дужник, реорганизација, план реорганизације, инсолвентност.

Увод

Реорганизација је нови облик санације стечајног дужника, Она је знатно шири и функционалнији правни пут санације стечајног дужника у односу на њој сличан правни институт – принудно поравнање.

*Правни факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Скопље, e-mail: d.manoleva@yahoo.com

**Адвокатска канцеларија Радвановиќ, Скопље.

Санацију стечајног дужника путем његове реорганизације¹ прихватили су сви закони с бившег југословенског простора². У њима је исказано јасно опредељење првенствено за реорганизацију стечајног дужника, а кад то није могуће, и његов банкрот. На тај начин, у овој материји извршена је потпуна унутрашња и спољна хармонизација стечајног права. Тиме је санација стечајног дужника путем његове реорганизације добила функционалну предност у односу на стечајну ликвидацију. Ово због тога што реорганизација представља најадекватнији облик заштите правних и економских интереса стечајних поверилаца. На тај начин се постиже вишеструка корист за све субјекте на које се односи план реорганизације. Она је пре свега корисна за стечајног дужника јер се њеном реализацијом уклања стечајни разлог. Она је и у интересу поверилаца, јер води ка успешном намирењу њихових потраживања у већој мери од оног што би добили банкротством стечајног дужника. Несумњиву корист од реорганизације имају и запослени радници стечајног дужника као и друштвена заједница. Ово из разлога што се реорганизацијом чува правни субјективитет стечајног дужника и обезбеђује да исти настави са својим привредним активностима.

Реорганизација се може реализовати како у предстечајном, тако и у стечајном поступку. У случају да се стечајни дужник одлучи за реорганизацију у предстечајном поступку, то ће представљати најбржи и најефикаснији пут његовог економског оздрављења. Идентични циљ се постиже и реорганизацијом у стечајном поступку, али се до њега долази кроз знатно дужи временски период и кроз неколико фаза у самом поступку стечаја.

¹ Реорганизација као правни институту први је пут уведена Законом о стечају у САД из 1978. године, одакле је преузета у поједина европска стечајна права. Поглављем XI овог закона (*bankruptcy reorganization*) предвиђено је да судија може оставити дужнику рок од 120 дана за подношење плана реорганизације са циљем избегавања стечаја под условом да план буде прихваћен (David G. Epstein, Steve H. Nickles et al: *Bankruptcy – Volume I Sections 1-1 to 6-45*, 1992, стр. 111).

² Тако: Закон о стечајном поступку Србије, „Службени гласник Републике Србије“ бр. 84/2004, чл. 127–144; Хрватски стечајни закон од 1996, „Народне новине“ бр. 44/96 и бр. 129/2000, чл. 213–300; Закон о стечају и ликвидацији Федерације Босне и Херцеговине од 1998, односно Закон о стечајном поступку из 2003, „Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“ бр. 29/2003, чл. 142–194; Закон о стечајном поступку Републике Српске од 2002, „Службени гласник Републике Српске“ бр. 67/2002, чл. 142–194; Закон о инсолвентности привредних друштава Републике Црне Горе од 2002, „Службени лист Републике Црне Горе“ бр. 6/2003, чл. 61/79.

І. Реорганизација у праву Републике Македоније

У праву Републике Македоније постоји могућност да се кроз посебан поступак – поступак о реорганизацији трговачких друштава у стечају – спроведе санација тог трговачког друштва. Ово је нова могућност коју даје стечај, а која је повезана са процесом трансформације привреде, односно њене приватизације³.

Наиме, стварање услова за приватну својину у привреди, створило је услове и потребу да се донесе нови закон о стечају, с обзиром на то да Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији од 29. децембра 1989. године није могао следити настале промене. Наиме, Скупштина Републике Македоније 22.10.1997. године донела је Закон о стечају⁴ који је садржао укупно 350 чланова груписаних у 13 делова.⁵

Увођење стечајног плана је новина и могућност за реорганизацију предузећа над којим је отворен стечајни поступак, којем прети ликвидација.

Закон о стечају Републике Македоније из 1997. године је до доношења новог закона о стечају, мењан и допуњаван у четири наврата: 2000, 2001, 2002. и 2004. године. Допуне и измене закона односиле су се на брзину и ефикасност стечајног поступка и фактичког третирања стечаја као института тржишне привреде са конкретном прецизном и ефикасном правном регулативом.⁶ У међувремену, донете су нове директиве Европске уније, препоруке Светске банке о примени стечаја као и правилник закона о стечају UNICITRAL. Због тога се и приступило доношењу новог закона о стечају Републике Македоније 2006. са допунама и изменама у више наврата: 2007, 2011, 2013. И 2014. године.

Реорганизација се спроводи над стечајним дужником који је неспособан за плаћање својих обавеза.⁷ Сматра се да неспособност плаћања

³ Више о томе: Д. Манолева Митровска, „Правна регулатива на стечајног во пазарното стопанство“, Научни пројект: Конституирање на Република Македонија како модерна правна држава, Правен факултет, Скопје, декември 1996, стр. 71; „Трансформација на претпријатијата во стечај според македонското право“, Први загребачко-скопски правни колоквиј, Зборник радова, Загреб, 2000, стр. 257 и др.

⁴ Видети: „Службене новине РМ“ бр. 55/1997.

⁵ Више о томе: Д. Манолева-Митровска, „Нови правни рамки за стечајот во македонското право“, Научен скуп, Ново привредно законодавство, Крагујевац, 2005, стр. 169.

⁶ Више о томе: Д. Манолева-Митровска, „Институт стечаја у новом македонском стечајном праву“, Меѓународна научна конференција, Ниш, 2006, стр. 52.

⁷ Више о томе: Д. Манолева-Митровска, „Услови стечаја у македонском праву“, Советовање „Октобарски правнички дани“, Бања Лука, *Правна ријеч* бр. 20/2009, стр. 457; Д. Манолева-Митровска, В. Митревски, „Санација трговачког друштва дужника у праву Републике

обавеза дужника настаје након 45 дана од доспевања обавеза.

Стечајни поступак који обухвата реорганизацију спроводи се према плану о реорганизацији који се саставља у писменој форми⁸. Притом, треба да буду испуњени услови предвиђени законом о подношењу плана о реорганизацији као и начин спровођења плана о реорганизацији. Законом је предвиђено више могућности у овом смислу, а оне су следеће: допушта се дужнику да управља делом или целом својом имовином, дужник ће се ујединити с једном или више особа, продаће се један део или цела имовина са или без права одвојеног намирења, определиће се начин намирења стечајних поверилаца, подмириће се нека или све обавезе дужника према повериоцима са уделима и акцијама које поседују садружници то јест акционари; додатно улагање; обавезе дужника претвориће се у кредите⁹ итд.

Све ове могућности могу постати реалне ако су реализоване одређеном процедуром која садржи више фаза које су неопходне за реализацију циља, и то: даје се предлог о покретању поступка о реорганизацији; расправа и изјашњење поверилаца по предлогу покренутог поступка о реорганизацији; припрема плана о реорганизацији; испитно рочиште, скупштина расправе и гласање предложеног плана о реорганизацији; закључење стечајног поступка; извршавање одобреног плана о реорганизацији и надзор и контрола његовог спровођења.

Предмет овог рада биће припрема и одобравање плана реорганизације стечајног дужника у македонском праву.

Македоније“, Саветовање „Октобарски правнички дани“, Бања Лука, *Правна ријеч* бр. 43/2015, стр. 361.

⁸ Покретање поступка према поглављу 11 Америчког стечајног закона је добровољна активност преузета од стране стечајног дужника у циљу заштите његових актуелних послова од доспелих потраживања. Када је инициран сам поступак реорганизације, истог трену се стопирају сва потраживања и прекидају се све покренуте парнице према компанији. David G. Epstein, Steve H. Nickles et al., *Bankruptcy – Volume 1, Sections 1-1 to 6-45*, 1992, стр. 69.

⁹ Члан 215 Закона о стечају у Републици Македонији бр. 34/29006.

II. План о реорганизацији и његово састављање

План о реорганизацији стечајног дужника је сложени правни акт. У теорији преовлађује мишљење да је план о реорганизацији (стечајни план) основни акт (споразум) који је донесен сагласношћу квалификоване већине стечајних поверилаца о модалитетима реорганизације дужника, а који потврђује надлежни суд и за повериоце има снагу извршног акта. Планом о реорганизацији потврђују се мере које се предузимају према стечајном дужнику како би он наставио са пословањем. Стечајни план се доноси у судском поступку и према одређеним начелима као што су начело добровољности, начело равноправности учесника у поступку, начело ограничења права дужника и начело јавности. Реализација плана о реорганизацији састоји се од неколико фаза:

1. Предлог плана о реорганизацији

Предлог којим се покреће поступак о реорганизацији стечајног дужника могу поднети субјекти овлашћени законом: дужник, повериоци и скупштина повериоца. Дужник и поверилац могу поднети предлог којим се покреће поступак о реорганизацији у истом тренутку када достављају и предлог којим се покреће стечајни поступак.¹⁰

Поверилац даје предлог о покретању реорганизацијског поступка и након отварања самог стечајног поступка, све до дана одржавања обавештајне скупштине. Такође, повериоци имају могућност да дају предлог о реорганизацији на скупштини поверилаца, која доноси одлуку и даје инструкције стечајном управнику како би припремио и донео предлог о покретању реорганизацијског поступка.¹¹

Наиме, повериоци могу поднети план о реорганизацији након настанка правних последица отварањем стечајног поступка, све до извештајне скупштине, када ће се поред одлуке о продужењу пословног подухвата или његовог затварања гласати и након поднетог плана о реорганизацији. У овом случају, у зависности од тога када је поднет план

¹⁰ Након покретања поступка о реорганизацији по америчком стечајном праву следи: формирање одбора повериоца, припрема извештаја о финансијском стању и плановима, одржавање састанка поверилаца, развијање стратегије примене реализационог плана са стране менаџера и борда директора, успостављање сарадње менаџмента са повериоцима, имплементација плана реорганизације, David G. Epstein, Steve H. Nickles et al., *Bankruptcy – Volume 1, Sections 1-1 to 6-45, 1992, str. 184.*

¹¹ Члан 216 Закона о стечају у Републици Македонији.

о реорганизацији, повериоци на извештајној скупштини поверилаца могу одлучити да продуже пословни подухват дужника, а да овласте повериоца који је поднео предлог плана, да исти поднесе у року од 45 дана стечајном судији због спровођења поступка и његовог одобрења. Рок од 45 дана почиње да тече првог наредног радног дана након одржавања извештајне скупштине поверилаца на којој је била донета одлука о спремању плана о реорганизацији. Овај рок није преклузиван и може бити продужен за још 15 дана ако буде поднет захтев стечајном судији и он га одобри. У особито сложеним поступцима овај се рок може продужити за још додатних 60 дана, али се за то мора донети одлука од стране одбора поверилаца која треба бити изгласана двотрећинском већином чланова одбора поверилаца.

Битно је да стечајни поступак који се води према дужнику постигне основни циљ, а то је да предложи такав план који ће испунити две претпоставке:

Прва претпоставка је да предложени план буде спроводљив и да има економски ефекат који је повољнији за повериоце у односу на оно што би било постигнуто уновчавањем имања дужника.

Друга претпоставка је да предложени план о реорганизацији буде прихватљив за све повериоце. У стечајном поступку, по правилу, сви повериоци имају заједнички интерес који се састоји у подмиривању својих потраживања. Међутим, немају сви повериоци једнак положај у стечајом поступку у односу на приоритет подмиривања потраживања. Потраживања поверилаца могу се класификовати у више група, што са своје стране ствара додатни проблем у прихватању плана о реорганизацији, јер немају сви повериоци исти интерес.¹²

Све ово води отежавању припрема и одобрења прихватљивог плана о реорганизацији. Потребно је сакупити довољно информација о стању у којем се налази дужник, односно његов фактички економско-финансијски положај, да би се могла имати добра основа о припреми плана о реорганизацији.

¹² Тако у зависности од тога да ли повериоци имају обезбеђено потраживање или не, могу се поделити на две групе. У прву групу спадају повериоци који имају право на одвојено подмиривање предметом или правом. У другу групу спадају други повериоци. Постоји и друга деоба потраживања са високим или ниским наплатним редом, као и деоба потраживања повериоца са малим потраживањима и повериоци са великим потраживањима. У сваком случају, интерес малих поверилаца је да се потраживања исплате одмах, за разлику од поверилаца са великим потраживањима који имају за циљ намирити што већи део свог потраживања што се може извршити у дужем року. Више о томе: Данче Манолева-Митровска, „Разлацни права на доверителите во стечај“, Годишник на Правен факултет „Јустинијан Први“, том 43, 2007, стр. 130.

Након што скупе доволно чињеница о економском стању дужника, односно ако он сам оцени да предузеће има могућност да продужи пословни подухват, уколико је исти заједно са предлогом о отварању стечајног поступка поднео и план о реорганизацији, приступа се његовој припреми.

2. Садржај плана реорганизације

Након доношења одлуке о продужењу пословног подухвата од стране скупштине повериоца и стечајног управника задуженог да спреми план, треба да се утврди начин за спровођење реорганизације и одреде њени инструменти.

Током припреме плана битан је моменат састављања плана.¹³ Наиме, и поред свих дужности, стечајни управник је непосредно повезан са припремом плана.

План о реорганизацији има два дела: припремни и спроводљив део, који се још називају декларативан и садржајни.

Поред ова два дела, план реорганизације садржи и исправке које се односе на садржајни део плана као и исправке који се односе на власничка права.

а) Припремни део плана реорганизације

У овом делу плана реорганизације описују се мере које су преузете након отварања стечајног поступка са циљем да се створе услови за задовољење права учесника, мере које треба предузети након отварања стечајног поступка са циљем да се створе услови за задовољење учесника у поступку, подаци о основама и ефектима плана реорганизације, друге информације које би могле бити релевантне о одлуци повериоца у вези са прихватањем плана и његовог одобравања од стране стечајног одбора.

Овај део садржи више података информативног карактера који су неопходни за све учеснике у стечајном поступку. У овом делу плана о реорганизацији налазе се подаци који се односе на: стање у којем се налазио дужник пре отварања стечајног поступка, разлоге који су довели до отварања стечајног поступка, анализу рада дужника пре отварања стечајног поступка.

¹³ Више о томе: Д. Манолева-Митровска, „Реорганизација на трговските друства во стечај според правото на Република Македонија“, Науцен собир, „Актуелните прасања на државата и правото во Република Македонија и Руската федерација“, том II, Скопје, 2007, стр. 324.

Овај део, посебно, треба да садржи ефекте који се постижу планом реорганизације и какве ће ефекте имати на дужника након отварања стечајног поступка.

б) Спровођљив (садржајни) део плана реорганизације

Овај део плана реорганизације је у ствари његов основни део. У овом делу треба се на јасан и недвосмислен начин одредити и прецизирати како ће предложени план утицати на постојећи правни статус дужника и других учесника у стечајном поступку и тачно утврдити промене у њиховом правном статусу.

Обавезни елементи овога садржинског дела су прецизно одређени у закону.¹⁴ Могући су и допунски елементи плана реорганизације, а то су документи о власничким и стварним правима. Наиме, кад у вези са спровођењем плана о реорганизацији треба прибавити пренесена или одстрањена власничка или друга стварна права на покретним предметима или на непокретностима, садржајни део плана реорганизације мора имати све потребне правне изјаве о вољи учесника.

Када се план о реорганизацији односи на некретнине и права на непокретностима, он мора садржати и потребна упутства о свим акцијама које треба предузети у вези са регистрацијом тих права или дужности у јавним књигама у којима су укњижена права на непокретности.

Треба напоменути да у вези са спровођењем плана о реорганизацији треба прибавити, изменити, пренети или одстранити власничка или дру-

¹⁴ Обавезни елементи плана су: мере и средства за реализацију плана: мере и средства за реализацију плана, као и детаљан опис мера које је потребно преузети и начин на који ће се спровести реорганизација, висина новчаних износа или имања које ће служити потпуном или непотпуном надмиривању по исплатном реду, укључујући и обезбеђене и необезбеђене повериоце, као и поступак о намирњу потраживања и временску разлику њиховог плаћања (надмиривања), опис поступка продаје имања са навођењем имања који ће се продавати са или без заложног права и намена прихода од те продаје, рокови у којима ће се извршити план реорганизације и рокови за реализацију главних елемената плана реорганизације, списак чланова органа управљања и износ њихових надоместака, списак стручних лица који ће бити ангажовани и износ награде за њихов рад, као и износ награде за рад стечајног управника, годишњи финансијски извештај за претходних пет година, финансијске пројекције, укључујући пројектоване билансе успеха, билансно стање и извештај о парничним токовима за наредних пет година, процена о парничним износима који се очекују после продаје имања у стечајном поступку, ако је субјекат у стечају, могућност за стварање новог дуга од стране дужника и избор гаранција које могу да буду понуђене повериоцима – кредиторима и инвеститорима, износ до којег ће дужник бити ослобођен од постојних обавеза, дефинисање начина и дистрибуције понуђене компензације, дефинисање организацијских, менаџерских, законских, финансијских, техничко-технолошких и других мера за спровођење плана реорганизације, делови који могу да продуже са радом, запослење и обим задовољења повериоца ако план реорганизације садржи делимично уновчавање имања и ефекти који ће бити постигнути тиме.

га стварна права покретних предмета или права на непокретностима, садржајни део плана реорганизације мора бити приложен заједно са свим потребним правним изјавама воље учесника. Када се план реорганизације односи на некретнине и права на некретнинама, он мора садржати неопходна упутства за све акције које треба предузети у вези са регистрацијом тих права или дужности у јавним књигама у којима су укњижена права на непокретностима.

3. Изјашњавање о плану и његово депоновање

Током утврђивања права учесника у плану о реорганизацији, прави се разлика између поверилаца са правом одвојеног надмиривања и поверилаца вишег платног реда, ако су њихова права засегнута планом.

Други повериоци се могу организовати у групама у зависности од њихових интереса.

У оквирима сваке групе повериоца, свим учесницима морају бити дата једнака права. Сваки различит третман учесника који формирају једну групу тражиће сагласност свих заинтересованих учесника.

Битно је што одмах након подношења плана реорганизације од стране овлашћеног субјекта исти мора да буде достављен одбору поверилаца и овлашћеним представницима радника. План одбору повериоца и стечајном управнику, доставља стечајни судија, а они о плану треба да се изјасне у року од 15 дана од примања истог.

Поред достављања плана реорганизације овлашћеним субјектима у стечајном поступку као и представнику радника, стечајни судија је обавезан да план достави и суду у којем се води поступак због увида заинтересованих у тај план у року од осам дана од доставе.

Стечајни суд може, после увида у припремни део и основе за спровођење плана о реорганизацији, одбацити реорганизациони план по службеној дужности због непоштовања прописа о праву на подношење реорганизационог плана, затим ако нема изгледа да реорганизациони план прихвате повериоци или потврди суд, као и ако се права субјеката у поступку не могу остварити у складу са основом за спровођење.

Оваква одлука стечајног суда зависиће од врсте мера која је предложена у стечајном плану, као и на основу мишљења стечајног управника и повериоца који имају важну улогу и код доношења одлуке о одбацивању плана. Наиме, стечајни суд може одбацити реорганизациони план и на

основу њиховог захтева, кад то затражи стечајни управник, уз сагласност одбора повериоца у тачно одређеним ситуацијама, посебно када се ради о подношењу новог плана. Чини се да у овом делу закона недостају прецизније одредбе.

III. Прихватање и одобравање плана реорганизације

1. Рокови за позивање, одржавање и извештавање повериоца

Овај део у закону је регулисан на прецизан начин. Тако, стечајни судија после истека трећег дана од последњег дана за увид у план реорганизације поднесен у стечајном досијеу суда, сазиваће скупштину поверилаца због расправе и изјашњавања око поднетог плана реорганизације.

Скупштина ће се одржати у року који није краћи од 21 дан, нити дужи од 30 дана од дана сазивања скупштине. Повериоци ће о овоме бити обавештени оглашавањем у дневним новинама на територији Републике Македоније и оглашавањем на огласној табли у суду и код дужника. На заказаној скупштини гледа се предложени план реорганизације, утврђују се гласачка права поверилаца и гласа се за предложено право реорганизације. Скупштина не сме расправљати и гласати око плана реорганизације, нити бити уопште позвана пре него буде одржано испитно (верификацијско) рочиште, али они могу бити одржани у исто време.

2. Гласање по плану реорганизације и гласачка права стечајних поверилаца

Предлог реорганизације плана треба да прихвати већина поверилаца стечајног дужника. Повериоцима је дато да одлуче о томе како да се односе према инсолвентности дужника. То овом плану даје карактер института *sui generis*.

Стечајни судија одмах након констатовања присутних поверилаца започиње са утврђивањем гласачких права стечајних поверилаца.

Право гласа на скупштини поверилаца за изјашњавање и гласање по плану реорганизације имају стечајни повериоци којима је стечајни судија признао потраживања.

Уколико је правни статус повериоца са правом одвојеног надмиривања садржан у плану реорганизације, на скупштини за расправљање и гласање, поред другог, расправљаће се и о гласачким правима сваког од ових поверилаца. Сваком повериоцу са правом одвојеног надмиривања биће дато право гласа уколико то право није било оспорено нити од стране стечајног управника, нити од стране повериоца са правом одвојеног надмиривања, као ни од стране стечајних поверилаца.

Повериоци који своје потраживање заснивају на основу раскидивог услова, имају право на глас на основу предложеног плана реорганизације само уколико су дали новац као гаранцију да ће вратити оно што су узели из стечајне масе када наступи тај услов.

Повериоци који своје потраживање заснивају на основу заједничког власништва над одређеним правом, током гласања ће се сматрати једним повериоцем. У истом стању биће и повериоци који су своје потраживање стекли на основу залога или плодуживања.

Повериоци који су до појављивања разлога о отварању стечајног поступка заједнички поседовали једно одређено право, или чија су права представљала једно заједничко право, током гласања ће се сматрати једним повериоцем. Одредба из овог става ће се примењивати и када је право оптерећено правом залога или плодуживања.

3. Потребна већина

Након утврђивања гласачких права поверилаца и изјашњавања поверилаца с предложеним планом реорганизације, стечајни судија који руководи скупштином поверилаца је дужан да обезбеди свим повериоцима са правом гласа да гласају у сагласности са предложеним планом.

Сматра се да је план реорганизације усвојен уколико буде прихваћен простом већином од укупног износа потраживања од стране поверилаца присутних на скупштини, осим ако са планом није опредељена већина или изјашњавање по групама. Ипак, за правилно утврђивање резултата, гласањем прво треба да се утврди колико поверилаца је присутно на скупштини, односно да се утврде њихова укупна потраживања. Након утврђивања присутних и њихових потраживања, приступа се гласању.

4. Сагласност дужника

У закону о стечају нормирана је одредба којом је сагласност дужника око прихватања предложеног плана нормирана на негативан начин, тј. сматраће се да се дужник сагласио са предложеним планом реорганизације, ако се најкасније до дана одржавања скупштине о расправи и гласању о плану реорганизације није супротставио плану у писменој форми, нити је дао посебну писмену изјаву стечајном судији.

Правило налази примену само када план није поднет од стране дужника. Уколико је исти поднет од стране дужника, онда је беспредметна примена ове одредбе.

Уколико дужник упуту приговор против предложеног плана о реорганизацији стечајном судији, могуће су две ситуације: стечајни судија ће формално прихватити писмени приговор дужника и констативати да, и поред тога што је усвојен од стране поверилаца, не постоје услови за одобравање, или друга ситуација када се стечајни судија упушта у оцену приговора дужника. Током оцене приговора, стечајни судија ће посебно водити рачуна о томе у каквој ће ситуацији бити дужник када се план прихвати и какве ће ефекте имати на њега уколико исти буде прихваћен.

Свакако да ће, осим овога, стечајни судија водити рачуна о томе у каквом се положају налазе повериоци и на који ће начин њихова потраживања бити наплаћена у што већем износу.

5. Одобравање плана реорганизације

Након изгласавања плана реорганизације, као и оцена писменог оспоравања, прелази се на одобравање од стране стечајног судије, а у том делу предмет оцењивања су: испуњавање процесноправних претпоставки о доношењу плана и оцена материјалноправних претпоставки на којима се заснива план реорганизације.

Уколико је план реорганизације донет сагласно закону и постигнута је потребна већина од стране поверилаца током гласања о предложеном плану, и дужник није то оспорио¹⁵, стечајни судија ће донети решење о одобравању плана реорганизације. Ово решење је саставни

¹⁵ Дужник се не може супротставити плану реорганизације ако: прихватањем плана реорганизације дужник није стављен у неповољнији положај у поређењу са његовом ситуацијом без тог плана и нити један поверилац неће примити корист у облику имања или другу погодност која надмашује пуни износ његовог потраживања, у случају да је дужник поднео изјаву са којом наводи да није сагласан са предложеним планом, а стечајни судија је и поред тога одобрио и усвојио, могуће је поднети приговор против решења стечајног судије.

део садржајног дела плана.

Решење стечајни судија доноси у року од три дана након закључивања скупштине поверилаца на којој су расправљали и гласали по предложеном плану, и истим може одбити или одобрити план реорганизације.

Стечајни судија по службеној дужности неће одобрити предложени план реорганизације: ако у основи нису биле поштоване одредбе које регулишу садржај плана реорганизације и поступка његовог доношења, као и одредбе које регулишу прихватање плана од стране поверилаца и од стране дужника, и прикладни се не могу одстранити, ако је предложени план био прихваћен на недозвољени начин или помоћу недозвољених средстава, а посебно ако предложени план реорганизације ставља у повољнији положај неког од поверилаца, ако није поштовано право приоритета, осим ако се повериоци другачије не сагласе, ако сви повериоци једне групе нису били подједнако третирани, ако је нека група поверилаца лошије третирана, у случају да дужник буде ликвидираан, односно имовина дужника буде уновчена, план нема припремљену сагласност са овим законом.

Све док стечајни судија не утврди да су током доношења плана реорганизације учињене повреде поступка, изгласани план не производи правно дејство. Разлог томе је улога суда да обезбеди заштиту интереса свих учесника у поступку, без могућности да се обави било каква промена плана.

Против решења стечајног судије којим се одобрава или одбија одобравање предложеног плана реорганизације, повериоци, односно дужник могу поднети приговор стечајном савету у року од осам дана.

Правоснажно судско решење, чиме се одобрава план реорганизације, јесте извршна исправа. Решење стечајног судије је правоснажно ако против њега није изјављена жалба или је одбијена као неоснована.

Усвојени план реорганизације стечајног дужника потврђује суд пред којим се води стечајни поступак. Потврда стечајног плана од стране стечајног суда потребна је да би се одржао правни значај тог правног института, јер се мења правни положај дужника и потраживања поверилаца који губе део својих тражбина, па и у случају када су се неки од њих противили доношењу тог акта. Суд овде има задатак да обезбеди заштиту интереса свих заинтересованих субјеката те да омогући доношење реорганизационог плана у легалном поступку и уз претпоставку да он обећава већу корист но што би се она постигла ликвидацијом дужника.

Литература

David G. Epstein, Steve H. Nickles at all: Bankruptcy-Volume I Sections 1-1 to 6-45, 1992.

Манолева Митровска, Д., „Правна регулатива на стечајот во пазарното стопанство“, Научни пројект: *Конституирање на Република Македонија како модерна правна држава*, Правен факултет, Скопје, декември 1996.

Манолева Митровска, Д., „Трансформација на претпријатијата во стечај според македонското право“, *Први загребачко-скопски правни колоквиј*, Зборник радова, Загреб, 2000.

Манолева-Митровска, Д., „Нови правни рамки за стечајот во македонското право“, Научен скуп, Ново привредно законодавство, Крагујевац, 2005.

Манолева-Митровска, Д., „Институт стечаја у новом македонском стечајном праву“, Меѓународна научна конференција, Ниш, 2006.

Манолева-Митровска, Д., „Услови стечаја у македонском праву“, Советовање „Октобарски правнички дани“, Бања Лука, Правна ријеч бр. 20/2009.

Манолева-Митровска, Д., Митревски В., „Санација трговачког друштва дужника у праву Републике Македоније“, Советовање „Октобарски правнички дани“, Бања Лука, *Правна ријеч бр. 43/2015*.

David G. Epstein, Steve H. Nickles at all-Bankruptcy – Volume 1, Sections 1-1 to 6-45, 1992.

Манолева-Митровска, Д., „Разлацни права на доверителите во стечај“, Годишник на Правен Факултет „Јустинијан Први, том 43, 2007.

Манолева-Митровска, Д., „Реорганизација на трговските друштва во стечај според правото на Република Македонија“, Науцен собир, „Актуелните прасања на државата и правото во Република Македонија и Руската федерација“, том II, Скопје, 2007.

Закон о стечају у Републици Македонији бр. 34/29006.

Хрватски стечајни закон од 1996. Народне новине бр. 44/96 и бр. 129/2000.

Закон о стечају и ликвидацији Федерације Босне и Херцеговине од 1998, Закон о стечајном поступку из 2003, „Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“ бр. 29/2003.

Закон о стечајном поступку Републике Српске од 2002., „Службени гласник Републике Српске“ бр. 67/2002.

Закон о инсолвентности привредних друштава Републике Црне Горе од 2002, „Службени лист Републике Црне Горе“ бр. 6/2003.

„Службени гласник Републике Србије“ бр. 84/2004.

PREPARATION AND ACCEPTANCE OF BANKRUPTCY DEBTOR'S PLAN OF REORGANIZATION

Danče Manoleva Mitrovska, PhD*
Vladimir Mitrevski, LL.M.**

Abstract: *Law of the Republic of Macedonia stipulates an option for a reorganization of a debtor to be performed. In that, the general determination is to primarily have the debtor reorganized instead of immediately declaring bankruptcy. Primarily because the reorganization represents the most adequate form of protection of creditors' legal and economic interests. This way all parties involved in the plan of reorganization would have multiple benefits.*

Reorganization of the market association - the debtor is a form and manner of its recovery process, which consists of undertaking several individual or joint measures or methods of recovery that might be organizational, legal, financial, or related to human resources in nature. By means of those measures and methods the new legal position of the debtor is being established, as well as its business relationship with the creditors.

Keywords: *bankruptcy, bankruptcy procedure, creditor, debtor, reorganization, plan of reorganization, insolvency.*

* Professor at „Justinianus Primus“ Faculty of Law, Saints Cyril and Methodius University of Skopje

**Law Office Radvanović, Skopje

АНАЛИЗА ЕФЕКТА ЗАКОНА О УЛАГАЊИМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Др Мирјана Кнежевић*
Горан Павловић**

***Апстракт:** Предмет анализе рада су стране директне инвестиције посматране као облик прекограничног улагања у којем привредно друштво једне земље стиче власништво над материјалном и нематеријалном активом лоцираној у другој земљи. Поред капитала, стране директне инвестиције се анализирају као реални трансфер од посебног значаја за мање развијене националне економије и као бољи извор финансирања у односу на међународне кредите. Будући да се ради о трансферу значајне количине капитала, стране директне инвестиције се морају уредити посебним законским прописима, тако да је циљ рада да покаже ефекте законског устројства предметне области. Законом о улагањима уређује се правни оквир страних улагања у Републици Србији, који поред њега чини и читав низ других закона којима се уређују поједина питања у области страних улагања. Испитујући постављени циљ, у раду се закључује да се националним третманом страних инвеститора, од којег полази Закон о улагањима, ствара повољно инвестиционо окружење, пружа већа правна сигурност и заштита интереса страних улагача, што истовремено позитивно делује на обим прилива страног капитала на територији Републике Србије.*

***Кључне речи:** стране директне инвестиције, Закон о улагањима, национални третман, Србија*

*Економски факултет Универзитета у Крагујевцу, Јована Цвијића бр. 1, 34000 Крагујевац, e-mail: mknezevic@kg.ac.rs

**Економски факултет Универзитета у Крагујевцу

Увод

Стране директне инвестиције (у даљем тексту: СДИ) представљају једну од кључних карактеристика међународног економског система, чија је улога посебно значајна у мање развијеним економијама. У Републици Србији, у којој процес транзиције још увек није завршен, постоји ниска акумулациона способност капитала, тако да су СДИ од великог значаја за одвијање процеса привредног развоја.¹ Како је реч о великим износима средстава који се трансферишу између земаља, потребно је дати однос уредити извесним законодавним мерама. У Републици Србији постоји низ различитих закона и уредби којима се уређују СДИ. Први закон којим се регулише ова област, познат као Закон о страним улагањима, појавио се 1988. године, а следеће итерације закона ишле су у правцу даље заштите интереса страних инвеститора и привлачења страног капитала. Најновији закон појављује се крајем 2015. године са новим именом – Закон о улагањима, чије је основни принцип једнак третман домаћих и страних инвеститора.

Правни оквир за страна улагања у Републици Србији

Као резултат процеса глобализације, либерализације светске трговине и међународног трансфера добара и услуга, јавља се све већа економска и финансијска повезаност светског тржишта. Једна од кључних карактеристика таквог тржишта јесте међународно кретање капитала. Не постоји универзална дефиниција СДИ. Може се рећи да СДИ представљају један од три основна облика међународног кретања капитала (поред међународних кредита и портфолио инвестиција),² који се јавља када инвеститор који се налази у једној земљи стиче активу у другој земљи.³ Други,⁴ СДИ дефинише као пословни подухват трајнијег карактера, у којем пословни партнери из различитих земаља улажу заједничка средства, међусобно деле ризик и добит. Према Oatley-у,

¹ Веселиновић, П. (2004). Утицај страних директних инвестиција на развој националне економије. *Економски Хоризонти*, 6(1-2), 29–43.

² Ковачевић, Р. (2016). *Међународне финансије*. Београд: Центар за издавачку делатност Економског факултета у Београду.

³ Курбеговић, И. (2014). Стране директне инвестиције као фактор раста и развоја привреде. *Acta Eoconomica*, 12(20), 283–298. DOI: 10.7251/AE1420283K

⁴ Јовановић Гавриловић, П. (2010). *Међународно пословно финансирање*. Београд: Центар за издавачку делатност Економског факултета у Београду.

СДИ представљају облик прекограничне инвестиције у којој резидент или привредно друштво лоцирано у једној земљи стиче власништво над имовином у другој земљи.⁵ Дефинисане на тај начин, СДИ се могу реализовати путем заједничких улагања, мерцера, аквизиција, *greenfield* и *brownfield* инвестиција.⁶ Заједничка улагања представљају споразум о заједничком подухвату двају или више привредних друштава. Мерцери представљају спајање два, најчешће по делатности једнака партнера, док аквизиције представљају стицање већинског удела у власништву над другим привредним друштвом како би се над њим остварила контрола. *Greenfield* инвестиције представљају изградњу потпуно новог производног погона, док *brownfield* инвестиције представљају оснаживање и модернизацију, односно улагања у постојеће производне погоне. Обим и динамика прилива СДИ зависе од многобројних фактора, при чему се као доминантни истичу величина тржишта, ресурси и могућности које страна држава може да понуди, квалификована и јефтина радна снага, степен инфраструктурне развијености и сл.⁷ У студији реализованој од стране UNCTAD-а у току 2017. године, као кључни фактори који утичу на токове СДИ истичу се: економска ситуација азијских земаља у развоју, стање америчке привреде, цене нафте, технолошке промене, раст каматних стопа итд.⁸

СДИ обезбеђују низ различитих предности, будући да поред капитала страни инвеститор доноси и савремену технологију, нове методе менаџмента, обезбеђује бољу снабдевеност тржишта производима и услугама, раст квалитета производа, већи обим производње, извоза и запослености. СДИ су посебно корисне за мање развијене земље, којима је потребан капитал за остваривање привредног прогреса. Као такве, СДИ су много бољи извор финансирања од међународних кредита, за које постоји обавеза отплате главнице и камата.⁹ Јасно је да СДИ имају

⁵ Oatley, T. (2012). *International political economy: Interests and institutions in the global economy*, 5th edition. Boston: Longman.

⁶ Стојадиновић Јовановић, С. (2013). Стране директне инвестиције као облик финансирања глобалне економије. *Банкарство*, 1, 34–57.

⁷ Demirhan, E., & Masca, M. (2008). Determinants of foreign direct investment flows to developing countries: A cross – sectional analysis. *Prague Economic Papers*, 4, 356–369.

⁸ Дугалић, В. (2017). Стране директне инвестиције – трендови и очекивања. *Банкарство*, 46(3), 6–13.

⁹ Бубњевевић, Д. (2009). Ефекти страних директних инвестиција по земљу домаћина. *Школа бизниса*, 9(4), стр. 70–79; Kastrati, S. K. (2013). The effects of foreign direct investments for host country's economy. *European Journal of Interdisciplinary Studies*, 5(1), 26–38; Маџар, Љ. (2016). Стране инвестиције у економској политици Србије. *Стране директне инвестиције и привредни раст у Србији*. Београд: Научно друштво економиста Србије са Академијом економских наука и Економски факултет у Београду, 11–35.

и неких негативних страна. Као најчешћи недостаци СДИ наводе се губитак суверености у одлучивању, експлоатација ресурса и радне снаге, изношење профита из земље и смањивање акумулације по том основу, брига о сопственим интересима страних инвеститора, стварање разлике у нивоу развијености привредних грана, трансферне цене које умањују пореске добитке земље итд.¹⁰

У економским трансакцијама, СДИ се регулишу на различите начине, при чему свака држава има развијен систем закона. У Републици Србији, ту улогу до 2015. године има Закон о страним улагањима, да би од 2015. године област СДИ била покривена законским оквиром са новим именом. Закон о улагањима уређује општи правни оквир улагања у Републици Србији, који је успостављен како би се унапредило инвестиционо окружење, створио привлачнији амбијент за улагање, пружила заштита интереса страних инвеститора чији капитал доприноси јачању привредног и економског система земље. Страни капитал јесте онај капитал који долази изван граница Републике Србије у виду ефективног новца или у облику хартија од вредности, а који на тржишту Србије може бити пласиран самостално или у сарадњи са домаћим привредним друштвом. У односу на досадашње верзије закона, Закон о улагањима се заснива на принципу националног третмана. То значи да страни и домаћи инвеститори имају потпуно једнака права и гарантује се правна заштита и сигурност њихових улагања.

Поред новог закона, Република Србија има читав низ других закона којима се регулише пословање са страним инвеститором. Свакако један од најзначајнијих закона Републике Србије којим се регулише целокупно пословање привредног субјекта јесте Закон о привредним друштвима. Овим законом уређују се оснивање, управљање, промене, престанак рада и друга питања релевантна за функционисање друштва.¹¹ Значај овог закона огледа се у томе што дефинише права, одговорности и обавезе друштва према држави, партнерима и конкурентима, ограничења, имовину, капитал и начин управљања друштвом. Када је реч о СДИ, значајан је једанаести део Закона о привредним друштвима где се дефинише начин формирања, функционисања и престанка рада страног привредног друштва у Републици Србији. Закон о привредним друштвима уређује пословање страног субјекта, које третира као ограданак или као представништво страног привредног друштва које обавља делатност у Србији.¹²

¹⁰ Ковачевић, Р. (2016). *Међународне финансије*. Београд: Центар за издавачку делатност Економског факултета у Београду.

¹¹ Закон о привредним друштвима, "Службени гласник РС", бр. 5/2015, чл. 1.

¹² Закон о привредним друштвима, чл. 567 и 574.

Страна привредна друштва која наступају на територији Републике Србије трансферишу капитал како из матичне земље, ради изградње капацитета, улагања у постојећи, или ради спајања или преузимања домаћег друштва, тако и из домаће земље, односно Србије у виду профита, дивиденди и сл. Ове активности уређују се посебним Законом о девизном пословању. Закон уређује плаћања, преносе, куповине, текуће и депозитне рачуне, кредитне послове између субјеката унутар и изван територије Републике Србије, као и једностране трансфере земље.¹³ Посебан значај за СДИ представља део који се односи на капиталне послове, којим се регулише пренос капитала по основу СДИ. Према наведеном закону, најзначајнија одредба за СДИ каже да страном привредно друштво може трансферисати профит у иностранство само под улловом да су измирене претходно настале пореске обавезе према Републици Србији.¹⁴

Будући да страна предузећа на тржишту Србије производе одређена добра која ће се извозити у иностранство, али и увозе потребне сировине како би се та добра произвела, један од релевантних закона за СДИ представља и Закон о спољнотрговинском пословању. У послератној Југославији, као и у свакој другој планској економији, обављање спољнотрговинске активности обављало се под строгим контролом државе, при чему је постојала само неколицина привредних друштава која је могла да извози производе. Повећање броја ових друштава и већи обим спољнотрговинске размене са иностранством омогућен је шездесетих година прошлог века, када је тадашња Југославија донела законе који се у извесној мери баве страним улагањима. Закон о спољнотрговинском пословању Републике Србије данас је усклађен са правилима Светске трговинске организације, што поред свега осталог подразумева једнак третман страних производа, услуга и привредних друштава (принцип најповлашћеније нације), о чему говоре и посебни чланови овог закона.¹⁵ Страни и домаћи инвеститори могу слободно увозити и извозити добра и услуге, све док то не ремети спољнотрговинску равнотежу земље.

Како страна привредна друштва приликом трансфера капитала углавном доносе и нова знања, вештине, методе рада и облике организовања, за које у домаћој земљи још увек не постоји довољна компетентност, заједно са страним инвестицијама долазе и људи који ће управљати тим друштвима. Ова област покрива се посебним републичким законом – Законом о запошљавању странаца. Странац је свако лице

¹³ Закон о девизном пословању, “Службени гласник РС”, бр. 139/2014, чл. 1.

¹⁴ Закон о девизном пословању, чл. 29.

¹⁵ Закон о спољнотрговинском пословању, “Службени гласник РС”, 89/2015, чл. 6 и 7.

које нема пребивалиште на територији Републике Србије. Да би боравио и радио на територији Републике Србије, страни држављанин мора поседовати дозволу, при чему постоје две врсте дозвола. Личне радне дозволе¹⁶ издају се за слободно запошљавање и оне се најчешће дају избеглицима, посебним категоријама странаца, за спајање породица и странцима који имају дозволу за трајно настањење у Србији. Са друге стране, радна дозвола се издаје на захтев послодавца.¹⁷ Ова дозвола издаје се и за слободне професионалце, кретања у оквиру привредних друштава, усавршавање итд. Република Србија може донети одлуку да ограничи број странаца на тржишту рада уколико дође до поремећаја тржишта рада, а што се врши у складу са миграционом политиком.

Да би привукла страни капитал, држава врло често дефинише подстицајне мере, које су углавном финансијског карактера и које подразумевају значајне износе финансијских средстава. Како држава додељује ова средства страним инвеститорима, домаћи привредни субјекти аутоматски остају без истих. У дугом року, ово може довести до неравнотеже на домаћем тржишту и угрожавања конкуренције. Треба имати у виду да давањем велике количине финансијских средстава, држава путем селективног индивидуалног помагања може да фаворизује страна привредна друштва у односу на домаћа, што може довести до нарушавања конкуренције на домаћем тржишту.¹⁸ Како би се то спречило, СДИ се морају подвести под посебан закон – Закон о контроли државне помоћи. Веза између наведеног закона и СДИ посебно је видљива у петом члану закона, према којем држава може одобрити средства ради унапређења економског положаја и отклањања привредног поремећаја.¹⁹ Као што је познато, страни инвеститор поред капитала доноси и савремена технолошка решења и бројне друге могућности које могу бити значајне за националну економију. Да би се максимизирао ефекат СДИ и спречила могућност нарушавања тржишне равнотеже, Комисија за контролу државне помоћи треба правилно да процени ефекте додељених субвенција на функционисање тржишта, односно тржишну конкуренцију.

СДИ најчешће реализују велика мултинационална привредна друштва. Реч је о друштвима значајне снаге, које остварују високе нове прихода и профита. Како би ојачале позицију, ова друштва врло често измештају пословање изван националних граница. Имајући у

¹⁶ Закон о запошљавању странаца, “Службени гласник РС”, бр. 113/2017, чл. 11.

¹⁷ Закон о запошљавању странаца, “Службени гласник РС”, бр. 113/2017, чл. 14.

¹⁸ Варга, С. (2007). *Право конкуренције*. Нови Сад: Прометеј.

¹⁹ Закон о контроли државне помоћи, “Службени гласник РС”, бр. 51/2009, чл. 5.

виду наведено, наступ ових друштава на страним тржиштима, посебно у случају једне слабо развијене националне економије, може имати значајног утицаја на постојећу тржишну утакмицу. Путем мерцера, аквизиција или заједничког улагања, стране привредно друштво може остварити значајно тржишно учешће, односно снагу која му може омогућити утицај на услове пословања, цене и постојећу и потенцијалну конкуренцију (злоупотреба доминантног положаја). Поред тога, мултинационална привредна друштва имају велику преговарачку моћ, на основу које са другим привредним друштвом врло лако могу реализовати неки од облика рестриктивних споразума, који додатно могу дестабилизovati тржиште. Да би се очувала здрава тржишна утакмица, СДИ се због тога морају уредити и Законом о заштити конкуренције. Ово је посебно битно у случају хоризонталних споразума, када дође до сарадње двају или више друштава која се налазе на истом нивоу ланца пословања. Такви споразуми за циљ имају ограничавање конкуренције путем цена, обима производње, бојкотовања других привредних друштава, поделе тржишта итд.,²⁰ од којих пре свега штету трпе потрошачи, а у дугом року и сама држава, будући да може доћи до значајне дестабилизације у функционисању појединих привредних грана.

Развој правног оквира за страна улагања Републике Србије

Привреда Социјалистичке Федеративне Републике Југославије (СФРЈ) је, за разлику од других социјалистичких привреда, била релативно отворена за страна улагања, која су се посматрала као један од начина да се привреда модернизује и унапреди. Иако планска, привреда СФРЈ разликовала се од других планских привреда по томе што је била релативно отворена за прилив страног капитала. Законским одредбама из 1967. и 1973. године (Закон о средствима привредних организација и Закон о улагању средстава страних лица у домаће организације удруженог рада), СФРЈ је створила основ за прилив СДИ. Прилив страног капитала у том периоду био је могућ једино у виду заједничких улагања, при чему државна контрола, као једна од основних карактеристика планских привреда, није била искључена. Држава није дозвољавала улагања странаца у области осигурања, трговине, банкарства, саобраћаја и комуналних услуга, док у дозвољеним делатностима улог страног привредног

²⁰ Марковић Бајаловић, Д. (2016). Право конкуренције Европске уније – Општа питања и антитруст. Сарајево: Т & Т concept.

друштва није могао бити већи од 49%. Другим речима, тамо где су била дозвољена заједничка улагања, страни инвеститори нису могли имати већинско власништво над привредним друштвом, па самим тим ни могућност управљања њиме.²¹ Одлуку да ли ће прихватити заједничко улагање са страним инвеститором такође је доносила држава, односно Савезни комитет за енергетику и индустрију. Уговор се не би прихватио уколико је супротан националним интересима, друштвеном плану, безбедности земље и организацији удруженог рада.²²

Крајем осамдесетих година прошлог века донет је први озбиљнији закон који се искључиво бави СДИ. У питању је Закон о страним улагањима из 1988. године, којим су омогућени сви облици страних улагања.²³ На основу нових законских решења, страни улагачи могли су преузимати, вршити спајање или заједничко улагање са домаћим привредним друштвима, отворати сопствене капацитете или улагати у постојеће домаће погоне. Како је привреда у том периоду још увек била планског карактера, извесна ограничења за стране улагаче и даље су постојала. Они нису могли инвестирати у области осигурања, трговине, производње оружја и друштвених делатности. Како би се привукао капитал потребан за оснаживање привреде, која је постепено почела да упада у кризу која је кулминирала хиперинфлацијом, Закон о страним улагањима је предвиђао одређене подстицаје страним инвеститорима како би они били мотивисани да улажу у југословенску привреду. Једна од подстицајних мера јесте бесцарински увоз опреме и средстава која су потребна за обављање пословне активности. Ипак, улога државе у тадашњој планској привреди није изостављена. Уколико су се средства потребна за пословање могла прибавити или произвести на подручју СФРЈ, онда се она нису могла увозити.

Крајем прошлог века на територији СФРЈ долази до ратова, хиперинфлације и распада јединственог економског тржишта. Упркос новом Закону о страним улагањима из 1994. године, због санкција, велике друштвено-економске нестабилности и ризика, прилив СДИ је готово стао. На почетку 21. века долази до новог таласа СДИ које се првенствено заснивају на приватизацији друштвених и државних привредних друштва, а које су подржане Законом о страним улагањима из 2002. године.²⁴

²¹ Новаковић, М., Рапаић, С. (2016). “Утицај закона о улагањима на прилив страних директних инвестиција у Србију.” *Српска политичка мисао*, 23(52), 167–188.

²² Јовановић Гавриловић, П. (2010). *Међународно пословно финансирање*. Београд: Центар за издавачку делатност Економског факултета у Београду.

²³ Закон о страним улагањима, “Службени лист СФРЈ” бр. 77/88.

²⁴ Закон о страним улагањима, “Службени лист СРЈ”, бр. 3/2002.

Нови закон, као и његове претходне верзије, подразумева да страни инвеститор може улагати у постојеће или оснивати ново привредно друштво, било самостално или са домаћим партнером. Будући да је тадашња Савезна Република Југославија (СРЈ) започела процес транзиције, односно кретала се од планске ка тржишној економији, контролна улога државе која је постојала у претходној републици била је знатно умањена. Па тако, области које раније нису биле дозвољене за улагање, попут телекомуникација, јавног информисања, наоружања, банкарства, осигурања и сл., сада су отворене за страни капитал, с тим што страном привредно друштво не може имати већинско управљање у њима, већ то чини домаће привредно друштво. Новина закона у односу на претходне верзије односи се на давање концесија. Страном улагачу може бити уступљена концесија (дозвола) за коришћење природног богатства или обављање делатности од општег интереса, најчешће у периоду до 30 година. Према истом члану, страном улагачу се може одобрити да изгради и користи одређене капацитете, погоне и објекте, а које ће након истека уговора о улагањима предати држави на коришћење. У питању је тзв. БОТ систем (*Build, Operate, Transfer – БОТ*). Оно што је закон из 2002. године преузео од претходних законских верзија, тиче се решавања спорова, тако да предвиђа да се у случају појаве спора он решава пред домаћим, а не пред страним судом. Оваква одлука највероватније проистиче из неповерљивости према страним судовима, али и чињенице да је у периоду састављања закона држава тек почела да улази у демократски и либерални економски и друштвени систем. У циљу привлачења капитала, који је овог пута потребан не само за оснаживање и модернизацију привреде, већ и за прелазак на нови модел привређивања, држава је као и у претходним случајевима обезбеђивала подстицајна средства. Као и његови преходници, закон такође омогућава бесцарински увоз опреме, али овог пута без аутомобила и апарата за игру на срећу. Од осталих новина треба нагласити да ЗОСУ предвиђа заштиту животне средине, гарантује већу сигурност улагања и заштиту интереса страних улагача, која се огледа у слободној репатријацији профита, заштити имовине од експропријације и могућности комплетног трансфера остварене зараде у иностранство (након измиренних пореских обавеза према Републици Србији).

У међувремену долази до даље еволуције закона. Новембра 2015. године, Република Србија усваја нова законска решења, овог пута под новим именом – Закон о улагањима.²⁵ Ново национално законодавство о СДИ већ у уводним напоменама дефинише као основни циљ

²⁵ Закон о улагањима, “Службени гласник РС”, бр. 89/2015.

изједначавање третмана домаћих и страних улагача.²⁶ Закон инсистира на једнакости, што значи да је за све улагаче предвиђен исти третман, без обзира на то да ли су страни или не, што сам наслов закона показује. У односу на претходне верзије, у закон доноси низ новина. Пре свега, нов закон је у односу на претходне обимнији, садржајнији, потпунији, што се види и у самом броју законских одредаба. Нова законска решења полазе од значаја страног капитала за процес модернизације српске привреде. Посебну новину представљају одредбе у трећем делу у којем се идентификују улагања од посебног значаја и критеријуми тих улагања. Улагање од посебног значаја јесте оно улагање које позитивно може деловати на привреду Републике Србије, њену запосленост, конкурентску позицију и регионални развој.

Да би се таква улагања реализовала, Република Србија наставља претходну праксу и обезбеђује одређене подстицајне мере. Овог пута те мере су бројније и односе се на пореске олакшице, финансијску помоћ, царинске повластице и сл. Мере и критеријуми за доделу средстава објашњене су посебним документом, односно Уредбом о условима и начину привлачења директних инвестиција. Оно што је посебно карактеристично за Закон о улагањима јесте то да одлуку о врсти, висини и обиму подстицајних мера могу донети и локална самоуправа и аутономна покрајина на чијој се територији врши улагање. На тај начин сам процес улагања може се реализовати знатно брже. Велика новина закона огледа се и у оснивању одређених институција. У дотадашњој пракси предвиђено је да помоћ у обављању инвестиционих активности обављају Агенција за страна улагања и промоцију извоза (СИЕПА) и Национална агенција за регионални развој.

Са ступањем на снагу Закона о улагањима, наведене агенције престају да функционишу, док њихову улогу преузима РАС. Поред новоосноване агенције, постоје Савет за економски развој и други органи власти који су дужни да прате и региструју страна улагања, образују пројектне тимове, пружају помоћ приликом улагања итд. Новина закона огледа се и у новој одредби према којој постоји слободан приступ информацијама у области улагања од јавног значаја.²⁷ Закон се, за разлику од верзије из 2002. године, не бави питањем концесија. Издавање појединих дозвола страним инвеститорима сада потпада под Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама.²⁸ Исто се може рећи и за

²⁶ Дивљак, Д. Љ. (2015). Примена националног третмана у праву страних улагања Србије. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3, 1037–1052.

²⁷ Закон о улагањима, чл. 24.

²⁸ Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, “Службени гласник РС”, бр. 104/2016.

производњу оружја. Према претходним законским верзијама, страни улагачи нису могли самостално оснивати привредна друштва у индустрији наоружања, већ су могли улагати искључиво са домаћим партнером, с тим што страни улагачи не могу имати већинско право гласа. Овим питањем више не бави Закон о улагањима, већ ће ту улогу преузети Закон о производњи и промету наоружања и војне опреме, који се тренутно налази у фази припреме.

Анализа ефеката Закона о улагањима

Како су СДИ од посебног значаја за привредни развој и завршетак процеса транзиције, Република Србија мора понудити одговарајућу заштиту интереса страних улагача како би они били мотивисани да пласирају свој капитал. Новим законским решењем о СДИ из 2015. године наставља се даља либерализација политике привлачења страних инвестиција. Национални третман, као посебна карактеристика Закона о улагањима, предвиђа изједначавање положаја домаћих и страних улагача. Међутим, постоје извесна мишљења у којима се истиче да закон обилује непрецизним формулацијама и да као такав ствара простор за спровођење коруптивних мера. Тако нпр. Агенција за борбу против корупције сматра да следећа решења Закона о улагањима стварају ризик за реализацију корупције: критеријуми за доделу подстицајних мера, одредбе које се тичу Савета за економски развој и РАС, критеријуми за именовање чланова управног одбора и директора РАС, функционисање претходно наведених агенција итд.²⁹ Да би се идентификовали ефекти Закона о улагањима, потребно је извршити детаљну анализу законских одредаба.

Да је Република Србија посвећена привлачењу страног капитала, који је потребан за модернизацију привреде, може се увидети још на самом почетку закона. Република Србија жели да новим законским решењем унапреди сопствено инвестиционо окружење, како би пружила већу заштиту интереса и подстакла стране улагаче да пласирају значајне количине капитала.³⁰ Принципом националног третмана, држава настоји да пружи већу сигурност и правну заштиту страних улагача,

²⁹ Агенција за борбу против корупције, (2015), Мишљење о процени ризика корупције у одредбама Предлога закона о улагањима. Приступљено 28.12.2017. <http://www.acas.rs/wp-content/uploads/2012/12/Misljenje-o-Predlogu-zakona-o-ulaganjima-final-.pdf>

³⁰ Закон о улагањима, чл. 2.

што је видљиво и у одредби која се односи на експропријацију имовине. Наиме, према Закону о улагањима држава гарантује да улагање неће бити предмет експропријације. Међутим, уколико је због општег, односно јавног интереса, експропријација неизбежна, држава се обавезује да страном улагачу исплати не само експроприсану вредност, већ и накнаду за умањење вредности која тим случајем може настати.³¹ СДИ подразумевају велике количине капитала, велика и скупа постројења и опрему. Ризик од преузимања имовине од стране државе може значајно демотивисати стране улагаче да инвестирају свој капитал. Овом законском одредбом држава тежи да елиминише такав ризик и да докаже да је посвећена привлачењу капитала и заштити интересе страних улагача. На тај начин, јавља се већа мотивисаност страних привредних друштава да пласирају свој капитал на тржишту Србије.

Када су у питању улагања са посебним значајем, која имају велики утицај на привредни развој Републике Србије, предвиђено је да држава даје одређена подстицајна средства. Агенција за борбу против корупције сматра да критеријуми и услови око доделе тих средстава нису прецизно формулисани. Међутим, висина средстава која се могу добити, критеријуми и начини доделе средстава детаљно су објашњени у посебном документу који се бави СДИ. Реч је о Уредби о условима и начину привлачења директних инвестиција. Овом уредбом су први пут у законодавству Републике Србије представљени услови, критеријуми и карактеристике средстава која се могу добити. На тај начин, држава пружа прецизне информације страним улагачима и елиминише неизвесност у погледу улагања, што свакако делује позитивно на привлачење страног капитала. У наставку закона говори се о томе да одлуку о претходно поменутих подстицајним мерама може донети и аутономна покрајина или локална самоуправа.³² По узору на развијене националне економије, Република Србија настоји да овом одредбом олакша и убрза процес привлачења СДИ. У складу са овом одредбом, страни улагач директну комуникацију врши са оним органом на чијој територији инвестира капитал. Прилив страног капитала се на тај начин убрзава, док се сама процедура и бирократичност знатно олакшавају и умањују. У коначном, то може деловати мотивишуће на стране улагаче и довести до већег прилива СДИ. Као недостатак ове одредбе, Агенција за борбу против корупције сматра да аутономне покрајине и локалне самоуправе

³¹ Закон о улагањима, чл. 6.

³² Закон о улагањима, чл. 13

немају довољно компетентности за реализацију оваквих активности, па због тога оне морају бити реализоване у оквиру министарства. Међутим, треба имати у виду да свака локална самоуправа има Канцеларију за економски развој која се у значајној мери бави политиком привлачења СДИ. Сарадњом ове канцеларије са Развојном агенцијом и Саветом за економски развој унапређује се комуникација локалне самоуправе са министарством. На тај начин, може доћи до формирања посебних тела која ће се бавити политиком СДИ на нивоу самоуправе и покрајине, али се исто тако могу омогућити додатне едукације којима ће се покрити дефицитна знања, као и средства неопходна за бављење политиком СДИ.

Одлука о бесцаринском увозу преузета је из ранијих законских верзија. Одобравањем увоза без царина држава настоји да подстакне стране улагаче да слободним увозом опреме, машина, технологије и сировина отворе нове или унапреде постојеће погоне и отпочну пословни процес. Са друге стране, ова могућност није предвиђена за домаћа привредна друштва. Уколико су домаћа привредна друштва успешна, јасно је да бесцарински увоз одобрен страним улагачима неће погоршати њихову позицију, али би ипак могао бити од користи. Зато, уместо бесцаринског увоза, држава може одређеним мерама спољнотрговинске политике деловати на увоз средстава, а самим тим и на државни приход. Постављањем ниже стопе ефективне заштите, која је посебно значајна за производна привредна друштва, смањењем царина или дефинисањем посебних квота, држава неће дестимулисати и одвратити стране улагаче од пласирања капитала, док истовремено стиче додатни приход у буџету.

Све до 2015. године, послове страних улагања обављале су Агенција за страна улагања и промоцију извоза и Национална агенција за регионални развој. Ступањем на снагу ЗОУ, предвиђа се престанак функционисања ових институција и формирање нове – РАС.

На први поглед, стиче се закључак да се нова агенција бави истим пословима као и старе, тако да њено формирање није било потребно. Међутим, обим активности РАС знатно је већи. РАС не само да обједињује послове претходних двију агенција, већ их и знатно проширује, као што се може видети у шестом делу закона.³³ Формирањем РАС, знатно је умањена бирократија и самим тим олакшан и убрзан процес привлачења и реализације СДИ, што опет делује мотивишуће на стране улагаче. Агенција за борбу против корупције као посебан простор за спровођење коруптивних мера управо види рад РАС. Наиме, Агенција наводи да

³³ Закон о улагањима, чл. 36.

критеријуми за чланство у управном одбору и именовање директора нису прецизно дефинисани.

С обзиром на то да ови критеријуми нису унети у Закон о улагањима, потребно је позвати се на Закон о јавним предузећима, у којем су детаљно описани критеријуми и услови приликом именовања директора и чланова одбора јавних привредних друштава. Када је у питању рад РАС, подразумева се да ова институција реагује на захтев страног улагача по праву првенства и у најкраћем могућем року.³⁴ То значи да се захтеви страних улагача решавају пре захтева домаћих, чак и уколико су они знатно мањег значаја у односу на домаћа. Овом одредбом се заправо елиминише принцип националног третмана и фаворизују интереси страних привредних друштава. Ову законску одредбу треба преформулисати тако да се право првенства елиминише и да се захтеви обрађују хронолошким редом. Није пожељно чак ни решавати их према значају, с обзиром на то да то такође елиминише принцип једнаког третмана. О свом раду РАС мора водити уредну евиденцију. Закон предвиђа да поред РАС, евиденцију о реализованим СДИ обавља и локална самоуправа. Ово је корисно са аспекта транспарентности, као једног од најбитнијих критеријума за реализацију страног улагања, будући да се у сваком моменту може стећи увид у информације о СДИ. У том погледу, посебно је значајна одредба којом се обезбеђује приступ информацијама од јавног значаја.³⁵ Ова законска одредба је новина у односу на претходне верзије закона. Њен значај огледа се у транспарентности улагања, која има велики значај за СДИ јер подразумева сигурност и извесност улагања, па самим тим мотивише стране улагаче да пласирају свој капитал. Истовремено, пружањем информација на увид, становништво и стручна јавност могу давати своје мишљење у погледу улагања, али и стећи увид у рад Владе Републике Србије.

Поједине одредбе које су постојале у претходним законским верзијама сада су у домену других закона. Тако нпр., Закон о улагањима више не предвиђа да страни улагачи не могу самостално улагати у привредна друштва за производњу оружја и стицати већинско право гласа. Ово питање сада је у домену Закона о производњи и промету наоружања и војне опреме, где једну од новина представља и одредба према којој страном привредно друштво може вршити улагања и постати већински власник у управљању друштвом које производи наоружање. Међутим, добро решење је што код одбрамбене индустрије страни инвеститори

³⁴ Закон о улагањима, чл. 16.

³⁵ Закон о улагањима, чл. 24.

не могу имати више од 15% власништва.³⁶ Закон о улагањима се за разлику од старијих верзија не бави концесијама. Питањем концесија сада се бави Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама. Издвајање концесија из Закона о улагањима и његово дефинисање у посебном закону је корисно, будући да се давање концесија на тај начин законски знатно прецизније дефинише. Исто се може рећи и за заштиту животне средине. Према Закону о заштити животне средине, један од субјеката система животне средине представљају и домаћа и страна привредна друштва, чије су обавезе у погледу утицаја на животну средину законски одређене.³⁷

Закључак

СДИ, које представљају трансфер капитала, материјалне и нематеријалне активе између субјеката у свету, кључна су карактеристика процеса глобализације и савремене пословне, односно економске и финансијске умрежености. Користи које једна земља, а посебно она у развоју, има од СДИ јесу приступ додатном капиталу, савременој технологији, савременом менаџменту итд. У транзиционим економијама се јавља дефицит капитала, па су стога СДИ које обезбеђују страни улагачи од великог значаја за економски опоравак, раст и развој.

Будући да је код СДИ реч о великим износима капитала који се трансферише између субјеката из различитих земаља, јасно је да је неопходан одређен законодавни оквир који ће ту активност уредити. Када је реч о Србији, први озбиљнији Закон о страним улагањима донет је 1988. године у тадашњој СФРЈ. Након распада СФРЈ и јединственог економског тржишта, појављује се неколико верзија овог закона. Од новембра 2015. године, област страних улагања уређује се новим законодавним оквиром који чини Закон о улагањима. Основна идеја новог закона јесте даља либерализација страних улагања и изједначавање положаја домаћих и страних инвеститора. У односу на старије верзије, Закон о улагањима има много више одредаба. Управо тим новим одредбама држава тежи да пружи већу сигурност и правну заштиту не само страних, већ и домаћих улагача и настоји да покаже значај који СДИ могу

³⁶ Дивљак, Д. Љ. (2015). "Примена националног третмана у праву страних улагања Србије". *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3, 1037–1052.

³⁷ Закон о заштити животне средине, "Службени гласник РС", бр. 36/2009, чл. 4 и 5.

имати за даљи економски развој. Како би подстакла на улагање, држава дефинише сет подстицајних мера, образује посебне институције које се баве страним улагањима, делегира одговорност за бављење политиком СДИ на ниво локалне самоуправе и аутономне покрајине, умањујући на тај начин бирократију, олакшавајући и убрзавајући процедуру. Истовремено, пружањем релевантних информација о СДИ, јавност и стручњаци имају увид у политику и способност рада Владе Републике Србије и повећава се транспарентност која је посебно значајна за привлачење страног капитала, будући да умањује неизвесност и ризик, па самим тим делује позитивно на привлачење страног капитала.

ANALYSIS OF THE EFFECTS OF THE LAW ON INVESTMENTS OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Mirjana Knežević*
Goran Pavlović**

Symmary

The subject of the analysis of this paper is the foreign direct investments observed as a form of cross-border investment in which a company in a country acquires the ownership of tangible and intangible assets located in another country. In addition to capital, foreign direct investment is analyzed as a real transfer of special importance to less developed national economies and as a better source of financing than international loans. Since this is a transfer of a significant amount of capital, foreign direct investments must be regulated by specific legal regulations, so that the aim of this work is to show the effects of the legal structure of the subject area. The Law on Investments regulates the legal framework of foreign investments in the Republic of Serbia, which, beside it, is a series of other laws regulating certain issues in the field of foreign investments. In examining the set goal, the paper concludes that the national treatment of foreign investors, from which the Law on Investments start, creates a favorable investment environment, provides greater legal

* Faculty of Economics, University of Kragujevac, Serbia

** Ph.D. student, Faculty of Economics, University of Kragujevac, Kragujevac, Serbia

certainty and protection of interests of foreign investors, which at the same time positively influences the volume of foreign capital inflows in the territory of the Republic of Serbia.

Key words: *foreign direct investments, Law on Investments, national treatment, Serbia*

УДК 347.768:340.143
doi 10.7251/PR5518417M
Прегледни научни чланак

**БЛАНКО МЕНИЦА –
ПРИМЕРИ ЊЕНЕ ЗЛОУПОТРЕБЕ
У ПРАВНОЈ И ПОСЛОВНОЈ ПРАКСИ**

Др Мирослав Милосављевић*
Мср Јелена Милосављевић**

***Апстракт:** У раду, аутори се баве анализом бланко менице и њене злоупотребе у правној и пословној пракси.*

На примеру који се у стварности десио, који је приказан и анализиран у раду, указује се на могућност злоупотребе бланко менице, начине и поступке како се то ради, као и неке мотиве због којих се то ради. Посебно је наглашен проблем недовољне правне могућности да се дужник из основног посла, који је издао бланко меницу, заштити од злоупотребе имаоца менице.

На крају рада, дат је одговарајући закључак у коме се сугерише избегавање издавања бланко менице, упозорава на могуће последице и проблеме који настају приликом покушаја заштите од злоупотребе. Објашњена је могућност и делотворност „ванправне“ заштите у наведеној ситуацији.

***Кључне речи:** бланко меница, злоупотреба, заштита, дужник, последице.*

* Факултет за правне и пословне студије „Др Лазар Вркатић“ из Новог Сада, Универзитет „Унион“ у Београду, m.milosavljevic-ns@hotmail.com

** Докторанд Правног факултета за привреду и правосуђе у Новом Саду.

Уводно разматрање

О бланко меници се доста говорило и пуно писало.¹ У правној и пословној пракси ова врста менице је веома изучена и скоро да нема непознаница о њој.

Меница се користи као средство обезбеђење плаћања, као средство плаћања и представља веродостојну исправу која потврђује постојање неког дуга.² У наведене сврхе могуће је издати и бланко меницу.

Бланко меница се дефинише као менична исправа која садржи потпис меничног дужника, док су остали битни менични елементи изостављени у часу њене предаје повериоцу и њих накнадно попуњава менични поверилац, најчешће у складу са меничним овлашћењем које му је дао дужник.³

Дакле, то је меница која у моменту издавања, вољом самог издаваоца (трасанта), не садржи све меничне елементе, а која је предата меничном повериоцу (ремитенту) са овлашћењем да је касније попуни у складу са споразумом са дужником.⁴ Ова врста менице се користи када у моменту њеног издавања нису познати сви елементи из основног посла, као што су рок доспелости, износ меничне своте и др.

Код бланко менице постоји законска претпоставка да је меница попуњена у сагласности са уговором између ремитента и трасанта.

Минимум обавезног садржаја бланко менице је: ознака да је то меница, потпис издаваоца менице (трасанта) и овлашћење за попуњу менице. Приговори који могу да се истакну код ове менице су: да је меница попуњена супротно споразуму са издаваоцем менице, да је ништаван основни посао на основу кога је издата бланко меница и да је иста фалсификована. Став судске праксе потврђује могућност трасанта да оспорава на меници уписан износ, односно да указује на то да је иста попуњена супротно уговору и да је у том случају терет доказивања наведених чињеница на трасанту.⁵

¹ Писали су професори: Милан Бартош, Ивица Јанковец, Михајло Велимировић, Дијана Марковић Бајаловић, Мирко Васиљевић и др.

² Данче Манолова Митровска, „Принудна исплата потраживања банке из уговора о кредиту на основу менице“, *Правна ријеч*, бр. 51/2017, стр. 339.

³ Дијана Марковић Бајаловић, „Бланко меница у светлу меничних начела“, *Правна ријеч*, Бања Лука, 2017, стр. 283.

⁴ Мирослав Милосављевић, *Пословно право за менаџере*, Нови Сад, 2014, стр. 188.

⁵ Решење Вишег суда у Новом Саду посл. бр. Гж. 2291/2013 од 18. 3. 2014. године.

Општеприхваћен је став да бланко меница, све док се не попуни, не представља меницу у пуном смислу те речи и на њу се не могу применити правила меничног права.⁶ У моменту када се меница попуни, бланко меница постаје трасирана или сопствена и примењују се правна правила за ту врсту менице.⁷ Уколико је меница, која је у време издања била непотпуна, накнадно испуњена противно постојећем споразуму, повреда овог споразума не може се приговорити имаоцу менице, осим ако ју је стекао зломислено или ако је при стицању менице поступио с великом немарношћу.⁸

У пословној пракси уочава се тенденција да се трасант одриче права на приговор на начин како је попуњена меница.⁹ Одривање је у супротности са императивним прописима Закона о меници са којима се утврђује да се може уложити приговор да је меница попуњена супротно споразуму са издаваоцем менице.¹⁰

Бланко меницу треба разликовати од непотпуне менице. Бланко меница не садржи битне састојке за које постоји овлашћење од стране издаваоца да их накнадно попуни ремитент, док код менице која је изда-та без неког од битних састојака не постоји овлашћење да их ремитент накнадно упише.

1. Пример из праксе

1.1. Заснивање пословног односа

Привредно друштво, у правној форми акционарског друштва, са седиштем у Новом Саду, у сталном је пословном односу са привредним друштвом из Београда, чији је оснивач физичко лице из Македоније.

Физичко лице из Македоније у исто време је и акционар, са већинским бројем акција, једног акционарског друштва у Македонији, које је настало у поступку приватизације друштвене својине предузећа. АД из Македоније производи сировине и исте, преко ПД из Београда, продаје ПД из Новог Сада, које их користи обављајући своју делатност, а која се огледа у изради финалног производа за потрошаче.

⁶ Исто.

⁷ Дијана Марковић Бајаловић, исто, стр. 283.

⁸ Члан 16 став 2 Закона о меници, „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 – Уставна повеља.

⁹ <http://npssrbije.rs/wp-content/uploads/2016/09/Ovla%C5%A1%C4%87enje-za-koti%C5%A1%C4%87enje-blanko-menice.pdf>

¹⁰ Члан 16 став 2 Закона.

Дакле, успостављен је купопродајни пословни однос који је трајао више година, без проблема и несугласица. У овом пословном односу ПД из Новог Сада је купац, док је продавац ПД из Београда.

1.2. Издавање менице

У циљу обезбеђења извршења својих уговорних обавеза, тј. исплате цене за сукцесивне испоруке робе, ПД из Новог Сада, као дужник из основног посла, издало је, у својству трасанта, десет бланко меница ПД из Београда, као повериоцу из основног посла, које је сада ремитент (корисник менице). Бланко менице је трасант предао ремитенту и као доказ о томе сачињена је потврда о пријему истих. У потврди су наведени серијски бројеви свих меница, без посебног овлашћења на основу којег би ремитент (корисник менице) могао исте да попуни и преда трасату на наплату. Овде настаје прва грешка коју је учинио трасант, што ће се касније потврдити као тачно и што ће изазвати вишеструке проблеме између уговорних страна.

Наиме, у пословној пракси често се бланко менице издају без посебног писменог споразума у коме би се прецизирало: о ком пословном односу се ради, односно у вези са којим уговором се издаје бланко меница; овлашћење ремитента да је попуни на одређени износ, као и време подношења менице на наплату. Наведени елементи нису предвиђени ни у уговору са којим се регулише основни пословни однос, већ се само наводи да ће дужник издати одређен број бланко меница, као средство обезбеђења плаћања.

Оваква лоша пракса, нарочито, изазива проблеме када се ради о дугорочним пословним односима између уговорних страна и са сукцесивним испорукама различите робе или пружања више различитих услуга на основу више уговора. Овом приликом издају се бланко менице, које се користе за све и свашта, и то као обезбеђење плаћања и као средство плаћања и за све могуће пословне односе, којих у једном моменту има више.

Став судске праксе је да, када је у питању бланко меница, постоји законска претпоставка да је меница, укључујући и износ који је у њу унет, попуњена у складу са уговором између ремитента (корисника) менице и трасанта (издаваоца).¹¹ Међутим, то не искључује могућност трасанта да оспорава на меници уписан износ, односно да указује на то да

¹¹ Виши суд у Новом Саду посл. бр. Гж. 2291/2013 од 18. 3. 2014. год.

је иста попуњена супротно уговору, с тим што је у том случају терет доказивања наведених чињеница на трасанту.¹²

Предајом бланко менице повериоцу из основног посла (ремитенту), дужник (трасант) преузима ризик да ће поверилац (ремитент) попунити меницу елементима који не одговарају садржају њиховог материјалноправног односа.¹³

1.3. Скривени мотив за издавање меница

Законска претпоставка је да се меница издаје као средство обезбеђења извршења обавезе или као средство плаћања.

Међутим, у случају који се у раду наводи, постоји сасвим другачији мотив за издавање десет бланко меница, а који знају само бивши генерални директор ПД из Новог Сада и оснивач ПД из Београда и његов директор.

Наиме, ПД из Новог Сада, у поступку приватизације, поделило је бесплатне акције запосленим, бившим запосленим и пензионерима у висини 60% друштвеног капитала, а остатак од 40% пренело је, у складу са законом, Агенцији за приватизацију.¹⁴ Агенција је имала задатак да тај део друштвеног капитала прода преко Берзе као тржишта за хартије од вредности, заинтересованим купцима.

За куповину 40% друштвеног капитала ПД из Новог Сада, био је заинтересован и оснивач ПД из Београда, као и више других правних и физичких лица.

Уколико би се продаја 40% друштвеног капитала ПД из Новог Сада спровела преко берзе цена би била далеко већа од процењене вредности, која је била потцењена, с обзиром на то да је процена вршена како би целокупан капитал откупили запослени. Међутим, 60% друштвеног капитала, као што је речено, добили су запослени и бивши запослени бесплатно, док су остатак требали да откупе са попустом који је износио за све 20% + за сваку навршену годину стажа још по 0,5%. У међувремену, промењен је закон, тако да је остатак од 40% друштвеног капитала пренет Агенцији за приватизацију.

¹² Исто.

¹³ Дијана Марковић Бајаловић, исто, стр. 283.

¹⁴ Приватизација је вршена у дужем временском периоду на основу: Закона о друштвеном капиталу („Службени лист СФРЈ“, бр. 84/89 и 46/90), Закона о условима и поступку претварања друштвене својине у друге облике својине („Службени гласник РС“, бр. 48/91, 75/91, 48/94 и 51/94) и Закона о својинској трансформацији („Службени гласник РС“, бр. 32/97 и 10/2001).

Издатих 10 бланко меница требало је да послуже да се у једном тренутку попуне на веома високе износе и доведу ПД из Новог Сада у вишемесечну блокаду жиро-рачуна и да се на тај начин створе материјалноправни услови (тј. неспособност за плаћање својих обавеза) за покретање стечајног поступка.

У то време, законом је било утврђено да је стечајни дужник неспособан за плаћање ако: не може одговорити својим обавезама у року од 45 дана од дана доспелости обавезе или је потпуно обуставио своја плаћања у периоду од 30 дана.¹⁵

Подносилац захтева за покретање стечајног поступка било би ПД из Београда, које испуњава формалноправне услове да то учини. У претходном стечајном поступку би се, сходно закону о стечају, констатовало да је покушана принудна наплата путем доспелих меница и да се није успело због недостатка средстава ПД из Новог Сада, те би био отворен стечајни поступак. Са подношењем захтева за покретање стечајног поступка, предлагач ПД из Београда (иза кога стоји оснивач из Македоније), поднео би **план реорганизације, са предлогом да се дуг, који проистиче из меница, конвертује у акције**.¹⁶ Пошто би предлагач за покретање стечаја имао већинско потраживање, као и доминантан утицај на доношење одлука на скупштини поверилаца, односно одбору поверилаца, тада не би било проблема да се усвоји план реорганизације и исти спроведе.¹⁷

На овај начин би ПД из Београда постало већински власних ПД из Новог Сада и извршило поступак приватизације далеко од очију јавности и контроле, као и без икакве конкуренције, мимо берзе.

Да је продаја остатка друштвеног капитала извршена и преко Берзе хартија од вредности, тада би, због вишемесечне блокаде рачуна привредног друштва услед покушаја принудне наплате путем меница и зато што се продаје мањински капитал, као и због елиминације осталих заинтересованих купаца и непостојања конкуренције, цена била занемарљиво мала.

¹⁵ Члан 2 Закона о стечајном поступку, „Сл. гласник РС“, бр. 84/2004 и 85/2005 – др. закон.

¹⁶ Члан 128, ст. 1 тач 11 Закона о стечајном поступку.

¹⁷ Према чл. 129 Закона о стечајном поступку, План реорганизације могли су поднети стечајни дужник, стечајни управник, повериоци који имају најмање 30% обезбеђених потраживања, стечајни повериоци који имају најмање 30% необезбеђених потраживања, као и лица која су власници најмање 30% капитала стечајног дужника.

1.4. Попуњавање меница, покретање поступка за њихову наплату и привремене мере

У циљу реализације наведених скривених намера које су постојале приликом издавања меница, ремитент је попунио једну бланко меницу на веома висок новчани износ, у висини процењене вредности друштвеног капитала од 40% ПД у Новом Саду и предао, у то време још увек постојећој, Служби друштвеног књиговодства – одељењу принудне наплате, ради реализације исте.

Видећи шта се дешава, новопостављено руководство ПД из Новог Сада, да би спречило спровођење планиране намере, поднело је тужбу суду против ремитента са захтевом да се изда привремена мера и обустави наплата менице. Сходно Закону о извршном поступку Републике Србије¹⁸ да би се издала привремена мера било је неопходно поднети тужбу са образложеним тужбеним захтевом. Образложење тужбеног захтева и потребе доношења привремене мере било је: да се меница поништи пошто је попуњена супротно споразуму са издаваоцем менице¹⁹ и како би се спречила ненадокнадива штета за трасанта. Дежурни судија²⁰ у привредном суду донео је одговарајуће решење и удовољио захтеву трасанта, као тужиоца. Исто решење је достављено Служби друштвеног књиговодства која је привремено обуставила наплату менице, до окончања судског поступка.

У тужбеном захтеву није тражено да се поништи и осталих девет бланко меница, с обзиром на то да исте нису менице у смислу Закона о меници, све док се не попуне.

Сутрадан је ремитент попунио нову бланко меницу и предао је на наплату. Трасант је поднео нову тужбу суду са истим захтевом и исходом као и претходног дана.

Наредног дана, ремитент подноси трећу попуњену бланко меницу на наплату. Трасант подноси нову тужбу дежурном судији са захтевом да се привремено обустави извршење наплате менице, што је нови дежурни судија и учинио.

О наведеном случају, од стане дежурних судија који се сваки дан смењују и немају сазнања шта се дешавало претходних дана по питању

¹⁸ Члан 291 Закона о извршном поступку, „Сл. гласник Р. Србије“, бр. 125/2004.

¹⁹ Заправо није ни било споразума у коме је постојало овлашћење за попуњавање менице.

²⁰ Правило је да сваког дана буде други дежурни судија за одлучивање о захтевима за доношење привремених мера, те да, уколико није тог дана имао решавање о привременим мерама, настави са дежурством и следећег дана.

привремених мера, обавештен је председник привредног суда, који забрањује да се више издају привремене мере обуставе од извршења меница.

1.5. Обраћање инспектору за привредни криминал и решење проблема

Заступник трасанта (дужника из основног посла) увиђа да више неће постојати заштита од стране суда у наведеној ситуацији²¹ и принуђен је да мења начин решавања проблема, тако што се обраћа инспектору за привредни криминал.

Након што је инспектор упознат са случајем издавања бланко меница и са претходним дешавањима, исти предлаже да се остатак меница огласи неважећим, што је и учињено. Наиме, седам осталих бланко меница је одмах пописано (серијски бројеви, датум издавања, имена трасанта и ремтента) и предат је оглас најближем представништву Службеног гласника Републике Србије, да се хитно огласе неважећим, за шта је добијена одговарајућа потврда.

Поставља се питање да ли је исправно поступљено и у складу са законом, када су бланко менице оглашене неважећим (поништеним) у Службеном гласнику.

Може се констатовати да не постоји правни основ за овакав поступак трасанта, с обзиром на то да меница може само да се амортизује (поништи) у складу са законом²² као и свака хартија од вредности, уколико је изгубљена, уништена у пожару или поплави, украдена или слично, што овде није случај, а и да јесте, онда се то не ради у поступку оглашавања у јавном гласилу од стране трасанта.

Једино „оправдање“ за оглашавање меница неважећим, на начин како је то учинио трасант, јесте да се „адекватно одговори“ на незаконито понашање ремтента и спречи његова намера да на дужи рок блокира рачун трасанта и створи услове за отварање стечајног поступка и остварење својих циљева приватизације на неморалан начин. Наиме, стечајни поступак би се даље водио од стране суда, у складу са законом, и тако би се прикриле и „опрале“ незаконитости које су довеле до стечаја.

²¹ Овде се мисли на немогућност издавања привремене мере забране наплате менице до окончања судског поступка, који (поступак) би могао да траје дужи временски период.

²² Члан 90–93 Закона о меници.

Уколико смо заузели став да бланко меница, све док се не попуни, не представља меницу у пуном смислу те речи, тада се појављује дилема да ли је можда и могуће овакву меницу поништити само објављивањем у Службеном гласилу. У сваком случају, гледано само за себе, противно је начелу савесности и поштења. С друге стране, ако се поништење стави у контекст циља који је требало да се постигне са оваквим начином поништења, тј. да се спречи приватизација на један неморалан начин, тада постоји оправдање за то, без обзира на кршење принципа савесности и поштења.

Инспектор је даље инсистирао да одмах буде обавештен уколико ремитент изда још коју бланко попуњену меницу, у ком случају ће он покренути поступак против лица које је попунило меницу и предало је на наплату.

Такође је инсистирао да се истог дана сазове отворена седница управног одбора ПД из Новог Сада које је издало меницу и да се информшу његови чланови и сви присутни о томе које ће радње предузети инспектор.

Сугестије и инструкције инспектора су хитно спроведене.

Информација о могућности покретања поступка од стране инспектора и хапшења је доспела до представника ремитента, који је одустао од даљег попуњавања бланко меница и њихове предаје на наплату.

Дакле, оно што није могло да се реши у законом прописаној процедури, у поступку пед судом, решено је на један специфичан начин, који се огледа у претњи да ће неко бити ухапшен и сносити последице попуњавања бланко меница на начин који није уговорен.

2. Садашњи прописи и могућност злоупотребе бланко менице

Да су 2004. године постојали прописи који су касније донети у Републици Србији, свакако не би могао да се деси случај који је описан у раду.

Ово из разлога што данас постоји **Одлука о ближим условима, садржини и начину вођења регистра меница и овлашћења**,²³ са којом су прописани детаљнији услови под којима Народна банка Србије води регистар меница и овлашћења које је трасант дао својој банци и свом повериоцу, садржина регистра, као и начин брисања података из регистра.²⁴

²³ „Сл. гласник РС“, бр. 56/2011, 80/2015, 76/2016 и 82/201.

²⁴ Тачка 1 Одлуке.

Одлуком је утврђено да се у регистру евидентирају менице по којима су трасанти правна лица и физичка лица која обављају делатност и које су издате у складу са законом којим се уређује меница, односно евидентирају се овлашћења издата у складу са одлуком којом се прописују општа правила за обављање директних задужења по основу овлашћења.²⁵

Захтев за регистрацију менице подноси се банци непосредно, уз давање на увид меницу коју региструје, односно електронски доставља њена копија. У захтев за регистрацију бланко менице, која садржи само потпис издаваоца или акцептанта, уноси се серијски број менице, основ по коме је издата и износ из основа. Уколико није могуће утврдити износ из основа, уноси се само серијски број менице и основ издавања, док уколико је дужник по једном основу издао више меница, оне се у захтеву за регистрацију менице уносе под једним редним бројем и везују за један основ.²⁶

Банка проверава да ли су подаци из захтева за регистрацију менице идентични подацима на меници и да ли потпис на меници одговара потпису лица које је картоном депонованих потписа одређено као лице овлашћено да потпише меницу. После тога, банка доставља податке за евидентирање менице у регистар, док податке о издатј меници Народна банка Србије објављује на својој интернет страници.²⁷

Менице које су исплаћене кроз принудну наплату или повучене из принудне наплате бришу се из регистра, док менице за које није покренут поступак принудне наплате бришу се из регистра после истека осам дана од датума доспећа менице.²⁸

Разлог због кога наведена ситуација не би могла да се деси, јесте што би бланко менице морале бити регистроване код Народне банке Србије и објављене на њеној интернет страници, тако да би постојала евиденција о издавању, и то: датум издавања, серијски број менице, износ менице, валута, датум доспећа и основ издавања. Као основ издавања уноси се разлог издавања менице, пример: уговор о промету робе и услуга, уговор о кредиту, јемство, учешће на тендеру, гаранција за квалитетно обављен посао и др. Уколико је у питању бланко меница, поред основа издавања, уноси се и износ из основног посла.²⁹

²⁵ Тачка 2 Одлуке.

²⁶ Тачка 3 и 4 Одлуке.

²⁷ Чланови 5, 6 и 7 Одлуке.

²⁸ Члан 9 Одлуке.

²⁹ Образац за подношење захтева за регистрацију и брисање менице, који је објављен у „Сл. гласник РС“, бр. 56/2011, 80/2015, 76/2016 и 82/201.

Ремитент не би могао да попуни меницу за наплату суме по другом основу од оног који је уписан у регистар, нити већи износ од оног који уписан у регистар, што је у наведеном случају учињено. Уколико би то ипак учинио, извршио би кривично дело које је предвиђено у КЗ Србије.³⁰ Одлуком о ближим условима, садржини и начину вођења регистра меница и овлашћења, зарад појачања правне сигурности, **значајно је занемарено начело апстрактности и самосталности меничне обавезе** пошто је у истој предвиђено да се у регистар уписује основ издавања менице и износ из основног посла.

Такође, трасант не би могао да оглашава менице неважећим по било ком основу, на пример као изгубљене, уништене и сл., с обзиром на то да су исте регистроване у регистру, као издате и које се налазе код ремитента или трасата. Меница би могла да се амортизује само на начин како је то предвиђено прописима о амортизацији хартија од вредности судским путем и уколико би постојао одговарајући правни основ за то и од стране овлашћеног лица, које није трасант.

С обзиром на то да 2004. године у Републици Србији ова област није била регулисана на адекватан начин, бланко менице су се могле попуњавати по сопственој вољи ремитента, мимо споразума између њега и трасанта и исте злоупотребљавати као апстрактне хартије од вредности. С друге стране, трасант је и сам имао прилику да се ванправним средствима супротстави оваквом понашању ремитента,

Новим прописима у Републици Србији смањен је простор за злоупотребу бланко меница. Ипак, и даље постоје низ могућности за злоупотребу менице било које врсте, што се види из следећег примера.

Данас у Републици Србији има случајева злоупотребе менице (било које врсте), који се огледају у следећем: особа са лажном (фалсификованом) или украденом личном картом овлашћеног лица (најчешће директора) неког привредног субјекта или установе и пропратном документацијом³¹ одлази у банку за коју зна да у њој тај привредни субјект или установа нема отворен свој пословни рачун (то зна увидом у јавну евиденцију о принудној уплати Народне банке Србије, доступној

³⁰ Посебни случајеви фалсификовања исправе, члан 356 ст. 1 тач. 1 КЗ Србије: „Сматраће се да чини дело фалсификовања исправе ко хартију, бланкет или други предмет на којем је неко лице ставило свој потпис неовлашћено попуни изјавом која има вредност за правне односе.“

³¹ Пропратна документација, као што су изводи из регистра који води Агенција за привредне регистре, са којом се доказује својство директора, назив привредног субјекта, седиште, делатности и др. може прибавити у писаној форми свако заинтересовано лице које плати одговарајућу таксу, на основу начела јавности и доступности података.

на интернет-страници) и отвара пословни рачун у тој банци на име привредног субјекта или установе. После неколико дана у истој банци лице које је отворило рачун, као „овлашћени заступник трасанта“ (дужника из основног посла), подноси захтев за регистрацију менице коју је издало. Након тога „поверилац“ (ремитент, које је привредни субјект регистрован од стране лажних оснивача) активира ту меницу и подноси је на наплату, а пошто је систем такав да се новац скида са других рачуна на којима дужник има новац, онда нема везе што на том рачуну, који је лажни директор отворио, нема новца. Након тога, лице које је овлашћено да располаже са новцем на рачуну ремитента – „повериоца“ из основног посла, подиже новац и губи му се траг.³² Ради се о веома великим износива средстава, исказним у вишемилионским сумама.

Народна банка Србије потврдила је да је обавештена о наведеној појави, пошто је добила примедбе неких субјеката као и да је одељење принудне наплате при НБС свим банкама упутило допис са обавештењем и упозорењем на опрез али не постоји системско решење против оваквих злоупотреба, осим што се препоручују да сваки субјект свакодневно проверава регистар меница на сајту НБС и бројеве рачуна на списку банака.³³

Из наведених разлога треба бити веома опрезан приликом коришћења не само бланко менице, већ и потпуно попуњених меница.

Закључак

Бланко меница се може дефинисати као појединачна апстрактна хартија од вредности која садржи потпис меничног дужника (трасанта), док су остали битни менични елементи изостављени у тренутку њене предаје повериоцу и њих накнадно попуњава менични поверилац (ремитент), најчешће у складу са меничним овлашћењем које му је дао дужник.

Примери из праксе указују на то да бланко меница може да се злоупотреби на више начина, како од стране трасанта, тако и од стране ремитента, као и од других битних меничних лица.

У раду је приказан и анализиран пример такве злоупотребе и то како од стране ремитента, тако и од стране трасанта. Ремитентова злоу-

³² С. Булатовић Д. Крстић, *Лажним меницама до краће пара*, Вечерње новости, <http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/ekonomija/aktuelno.239.html:618427-Laznim-menicama-kradu-pare>

³³ Исто

потреба се исказује приликом попуњавања бланко менице супротно споразуму, на већи износ и противно намени коришћења менице у циљу приватизације друштвеног капитала.

Трасант, пошто наведену злоупотребу није могао да спречи правним путем, уз помоћ суда, прибегао је заштити својих права на начин који није предвиђен законом, односно огласио је бланко менице неважећим у Службеном гласнику Републике Србије као изгубљене и као да нису издате ремитенту. Ово из разлога, да је вођен редован судски поступак, ПД из Новог Сада (трасант) би било у блокади рачуна дуже од 45 дана непрекидно, што би представљало испуњење материјалноправног услова (разлога) да се покрене стечајни поступак и кроз механизам реорганизације, ремитент као поверилац из основног посла, конвертује потраживање у уделе (акције) у друштву и тако постане власник дела неприватизованог друштвеног капитала, заобилазећи Берзу хартија од вредности. Други сценарио је био да се иде у банкрот и ремитент купи ПД из Новог Сада, као правно лице, по багателној цени на Берзи.

Прописи који су донети касније у Републици Србији смањују могућност злоупотребе менице, али је чине мање апстрактном.

Наведени пример злоупотребе бланко и менице уопште указује на потребу опрезности приликом издавања менице и поштовања свих прописа који се односе на њу, али и на потребу да се ова област регулише у потпуности, с обзиром на карактер односа који се уређују, како би имала функцију која је предвиђена законом, тј. да буде средство обезбеђења плаћања или средство плаћања.

Литература

Манолова Митровска Д., „Принудна исплата потраживања банке из уговора о кредиту на основу менице“, *Правна ријеч*, бр. 51/2017.

Марковић Бајаловић Д., „Бланко меница у светлу меничних начела“, *Правна ријеч*, Бања Лука, 2017.

Милосављевић М., *Пословно право за менаџере*, Нови Сад, 2014.

Булатовић С. и Крстић Д., *Лажним меницама до крађе пара*, Вечерње новости <http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/ekonomija/aktuelno.239.html:618427-Laznim-menicama-kradu-pare>

Прописи

Закон о извршном поступку, „Сл. гласник Р. Србије“, бр. 125/2004.

Закон о меници, „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 – Уставна повеља

Закон о друштвеном капиталу, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 84/89 и 46/90.

Закон о условима и поступку претварања друштвене својине у друге облике својине, „Сл. гласник РС“, бр. 48/91, 75/91, 48/94 и 51/94.

Закон о својинској трансформацији, „Сл. гласник РС“, бр. 32/97 и 10/2001.

Закон о стечајном поступку, „Сл. гласник РС“, бр. 84/2004 и 85/2005.

Кривични законик Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

Одлука о ближим условима, садржини и начину вођења регистра меница и овлашћења, „Сл. гласник РС“, бр. 56/2011, 80/2015, 76/2016 и 82/201.

Образац за подношење захтева за регистрацију и брисање менице, који је објављен у „Сл. гласник РС“, бр. 56/2011, 80/2015, 76/2016 и 82/201

ОСТАЛИ ИЗВОРИ

Решење Вишег суда у Новом Саду посл. бр. Гж. 2291/2013 од 18. 3. 2014.

Овлашћење за коришћење бланко менице – <http://npssrbije.rs/wp-content/uploads/2016/09/Ovlašćenje-za-korišćenje-blanko-menice.pdf>

BLANK BILL OF EXCHANGE - EXAMPLE OF MISUSE IN LEGAL AND BUSINESS PRACTICE

Dr Miroslav Milosavljević*
Jelena Milosavljević**

Summary

The paper deals with the analysis of the blank bill of exchange and its abuse in legal and business practice.

In the case that happened in reality, which is shown and analyzed in the paper, it points to the possibility of misusing a blank bill of exchange, ways and procedures for doing so, and some motives for doing so. Particularly emphasized is the problem of the impossibility of protecting the debtor from the basic business, who has recklessly issued a blank bill, against the abuse of the bills holder.

On the way to work, an appropriate conclusion is given suggesting avoidance of issuing blank bills, warning of possible consequences and problems arising from attempts to protect against abuse. The possibility and effectiveness of “non-institutional” protection in the mentioned situation is explained.

Keywords: *blank bill of exchange, misuse, protection, debtor, consequences.*

* Professor Faculty of Legal and Business Studies “Dr Lazar Vrkatić“, Novi Sad

** master of economics, doctoral student at the Faculty of Economics and Justice in Novi Sad

PRAVNI OKVIR ZA ZAŠTITU OSOBNIH PODATAKA U POSLOVIMA BANKOOSIGURANJA

Dr Katica Tomić*

Apstrakt: Udruživanje banaka i osiguravajućih društava na zajedničkom poslu prodaje osiguravajućih proizvoda putem široko rasprostranjene mreže bankovnih poslovnica uključuje materijalnu pravnu obavezu za zaštitu podataka o svim činjenicama i vrijednosnim sudovima koji se odnose na klijenta, kao i dalju obradu podataka u skladu s propisima koji uređuju zaštitu osobnih podataka. Banke i osiguravajuća društva suočavaju se sa mnogim izazovima u poslovima bankoosiguranja, a među najveće probleme spada njihov nepovezani IT sistem i zaštita osobnih podataka tj. zaštita privatnosti klijenata. Uredba (EU) 2016/679 stvara obavezu primjene mjera zaštite osobnih podataka klijenata za banke i osiguravajuća društva i predstavlja izazov za menadžment ovih poslovnih subjekata s obzirom na to da je potrebno provesti opsežne i zahtjevne radnje u procesu usklađivanja poslovanja sa obavezama utvrđenih Uredbom. Cilj ovog rada je analiza glavnih karakteristike bankoosiguranja, pojam bankarske tajne u odnosu na poslove bankoosiguranja, kao i analiza odredaba Uredbe (EU) 2016/679 koje se primjenjuju u poslovanju sa proizvodima bankoosiguranja.

Ključne riječi: bankoosiguranje, osobni podaci, Uredba (EU) 2016/679, bankarska tajna, baza podataka, Zakon o bankama.

Uvod

Strateško partnerstvo banaka i osiguravajućih društava tj. bankoosiguranje označava poslovni model integracije bankarske i osiguravajuće po-

* Rechtsanwältin BVM, Beč, Austrija, e-mail: katicatomic123@gmail.com

nude na zajedničkom financijskom tržištu i prodaju proizvoda osiguranja u podružnicama i poslovnica banaka.¹ Za banke glavni motiv za razvoj bankoosiguranja je način diversifikacije proizvoda, dodatni izvor prihoda od provizija (naknada), smanjene marže na tradicionalne bankarske proizvode i mogućnost zadržavanja postojećih klijenata. Osiguravajuća društva putem bankoosiguranja imaju mogućnost da ostvare niže troškova distribucije proizvoda osiguranja, disperziju operativnih rizika, pristup novim kupcima svojih proizvoda, kao i veću konkurenciju na tržištu.² Bankoosiguranje pruža prednosti i za klijente banaka kao što su: pristup većem broju usluga na jednom mjestu, kupovina proizvoda koji su krojeni prema specifičnim potrebama i vrijednostima svakog pojedinog klijenta, korištenje već uspostavljenog načina komunikacije i poslovanja sa bankom, redukovane cijene proizvoda osiguranja koji sadrže financijske i osiguravajuće elemente zaštite za osiguranike.³

Digitalna transformacija poslovanja neposredno zadire u prava svih sudionika obaveznih odnosa u poslovanju sa proizvodima bankoosiguranja. Banka prikuplja osobne podatke izravno od klijenta (npr. radi sklapanja ugovora) ili može osobne podatke pribaviti i od drugih fizičkih ili pravnih lica⁴, a također, podatke prikupljaju i osiguravajuća društva u slučaju postojanja ugovora o poslovnoj suradnji između banke i osiguravajućeg društva o distribuciji proizvoda osiguravanja.

Podaci o klijentovim osobnim podacima (npr. matičnom broju, zaposlenju) navedeni u ugovoru potpisanom sa bankom, stoje na raspolaganju banci, a bankarsko poslovanje uključuje zaštitu osobnih podataka, a i slobodan protok informacija.⁵ Također, klijentovi osobni podaci s kojima raspolažu banke mogu biti korišćeni u evidencijama osiguravajućeg društva u svrhu obrade podataka ukoliko su svrha i sadržaj obrade/prenosa podataka obuhvaćeni zakonskim ovlaštenjima ili legitimnom mjerodavnošću relevantnog voditelja obrade podataka i ukoliko se time ne krši interes osoba na koje se podaci odnose vezan za tajnost i povjerljivost.⁶

¹ H. Schierenbeck, R. Hölscher, *BankAssurance*, Schäffer-Poeschel Verlag, 4. Auflage., Stuttgart 1998, str. 9.

² K. Tomic, *Bankoosiguranje na tržištu osiguranja zemalja EU*, XVIII savetovanje „Srazmernost i pravna izvesnost u pravu osiguranja“ – Zbornik radova, Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Palić/Srbija, 2017, str. 199–213.

³ N. Genetay, P. Molyneux, *Bancassurance*, London: Palgrave Macmillan, 1998, str. 5.

⁴ Npr. kod osiguranja života pojavljuje se i „treća“ ugovorna strana u čiju korist se takav ugovor i zaključuje, a čiji se podaci koriste.

⁵ P. Miladin, *Odgovornost za zaštitu osobnih podataka u bankarstvu*; V. Alaburić, *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti*; V. Baretić, M. Crnić, I. Dika, M. Gavella, N. Klarić, P. Miladin, P. Nikšić (ur.), Zagreb, 2006, str. 315–338.

⁶ D. Warne, N. Elliott, *Banking Litigation*, Sweet & Maxwell, London, 2005, str. 67.

Korišćenja moderne tehnologije, organizacije informatičke podrške u poslovanju sa proizvodima bankoosiguranja, prikupljanje, obrada i dijeljenje osobnih podataka klijenata između banaka i osiguravajućih društava otvara niz pitanja vezanih za sigurnost podataka i odgovornost za zaštitu podataka. U tom kontekstu neophodno je da se upoznamo sa pojmom bankoosiguranja, značajem informatičkog povezivanja tehnologije rada banke s tehnologijom rada osiguravajućeg društva u vezi sa cjelokupnom obradom i prijenosom osobnih podataka klijenata u poslovanju sa proizvodima bankoosiguranja, kao i odredbama nove Uredbe (EU) 2016/679 koja se primjenjuje od 25. travnja 2018. godine, a koja ima direktan utjecaj na osiguravajuću industriju i bankarski sektor na primjeru austrijskog prava.⁷

1. Pojam i regulatorni okvir bankoosiguranja

Bankoosiguranje kao zajednički proizvod banaka i osiguravatelja predstavlja kanal distribucije proizvoda osiguranja sa pozitivnim ekonomskim učincima za banke i osiguravajuća društva.⁸ Glavni koncept koji stoji iza bankoosiguranja je bolja iskorišćenost raznih kanala prodaje i smanjenje troškova sa fokusom na stvaranje vrijednosti kroz identificiranje, praćenje, prilagođavanje modela prodaje klijentu i uspostavljanje snažnog partnerstva između banaka i osiguravajućih društava na obostranu korist.⁹

Banke koje se bave poslovima bankoosiguranja moraju da usklade svoje poslovanje sa regulativom kao što je: Bazel III – BIS-ove smjernice za upravljanje rizicima kojima su izložene financijske institucije kapitalom,¹⁰ kao i Basel IV,¹¹ Direktiva 2013/36/EZ o superviziji kreditnih institucija

⁷ Direktiva 95/46/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 24. listopada 1995. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka, Službeni list Europske unije, L 281/31.

⁸ U proizvode bankoosiguranja spadaju npr.: osiguranje korisnika kredita – hipotekarni i gotovinski krediti, osiguranje korisnika računa/paketa računa, osiguranje korisnika kreditnih kartica.

⁹ M. Ćurak, D. Pojatina, *Bankoosiguranje – novi izazov*, Suvremena financijska pitanja i izazovi razvitka hrvatskog financijskog sektora, u I. Lovrinović, Lj. Vidučić, Split 2004, str. 258.

¹⁰ Banka za međunarodna poravnanja (Bank for International Settlements – nadalje BIS) je međunarodna organizacija osnovana 1930. godine od strane središnjih banaka Belgije, Francuske, Njemačke, Italije, Japana, Velike Britanije te grupe banaka Sjedinjenih Američkih Država. Danas BIS ima 60 članica središnje banke (podatak od 6. 7. 2018) koje predstavljaju zemlje iz cijelog svijeta, koje zajedno čine oko 95% svjetskog BDP-a.

¹¹ Bank for international settlement, Basel Committee on Banking Supervision, High-level summary of Basel III reforms, December 2017. Dostupno na: https://www.bis.org/bcbs/publ/d424_hlsummary.pdf (zadnji pristup 4. 7. 2018).

i investicionih kompanija koja slijedi Bazel III smjernice;¹² Uredba (EU) br. 575/2013 o bonitetnim zahtjevima za kreditne institucije i investicijska društva¹³ koji predstavlja regulatorni akt za sve članice EU o detaljima prudencijalnih zahteva o kapitalu. Također, Europsko nadzorno tijelo za bankarstvo (engl. European Banking Authority – EBA) je 21. srpnja 2016. godine objavilo regulatorno tehničke standarde o metodologiji procjene IRB pristupa (engl. Internal Rating Based);¹⁴ BIS-ovi principi za efektivnu agregaciju podataka o rizicima i njihovo izvještavanje, a što podrazumijeva definiranje, prikupljanje i procesiranje podataka u skladu sa potrebama izvještavanja i mjerenja performansi prema definiranoj toleranciji na rizike. Takođe, u to su uključeni i procesi sortiranja, spajanja i raščlanjivanja skupova relevantnih podataka.¹⁵ Banke, po prirodi svog poslovanja, koriste osobne podatke klijenata i neophodno je da usklade svoje poslovanje sa obavezama utvrđenih Uredbom (EU) 2016/679.¹⁶

Postoje brojni problemi sa kojima se suočavaju banke i osiguravajuća društva u poslovanju sa proizvodima bankoosiguranja, a neki od njih su ručni procesi obrade podataka i zastarjeli silos sistemi koje su nefleksibilni i ne odgovaraju razvijenom modelu bankoosiguranja. Podaci zarobljeni u sistemu silos sprečavaju banke od pružanja usluga usmjerenih na kupca, a što predstavlja neophodnu kariku za uspjeh u poslovanju sa proizvodima bankoosiguranja na tržištu finansijskih usluga. Integrisani IT sistemi su postali konkurentna neophodnost u transformisanom poslovnom okruženje koje karakterizira povećan pritisak tržišta i regulatorna aktivnost kao što je npr. SEPA¹⁷ i

¹² Direktiva 2013/36/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o pristupanju djelatnosti kreditnih institucija i bonitetnom nadzoru nad kreditnim institucijama i investicijskim društvima, „Službeni list Europske unije“, L 176/338.

¹³ Uredba (EU) br. 575/2013 Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o bonitetnim zahtjevima za kreditne institucije i investicijska društva („Uredba o kapitalnim zahtjevima” ili „CRR”)

¹⁴ IRB pristupi omogućavaju zavidan nivo preciznosti u kalkulaciji potrebnog ekonomskog kapitala u odnosu na izloženost banke kreditnom riziku. European Banking Authority, Discussion Paper, Future of the IRB Approach, EBA/DP/2015/01, 04 March 201. Dostupno na: <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1003460/EBA-DP-2015-01+DP+on+the+future+of+IRB+approach.pdf> (zadnji pristup 4. 7. 2018).

¹⁵ Bank for International settlement, Basel Committee on Banking Supervision, Principles for effective risk data aggregation and risk reporting, January 2013. Dostupno na: <https://www.bis.org/publ/bcbs239.pdf>(zadnji pristup 4. 7. 2018).

¹⁶ E.Mraznica, „GDPR – novi izazov zaštite podataka o ličnosti“, *Bankarstvo*, Vol. 46, br. 4, 2017, str. 166–176.

¹⁷ Glavni cilj SEPA (engl. Single Euro Payments Area) je uspostava jedinstvenog sistema platnog prometa na kojemu potrošači, poslovni subjekti i tijela javne vlasti mogu uplaćivati i primati plaćanja u eurima pod jednakim uvjetima, pravima, obavezama, neovisno o njihovoj lokaciji. C. Skinner, *The Future of Finance after SEPA 1st Edition*, Wiley, 2008, str. 55 i dalje.

PSD2¹⁸. Također, za razvoj poslovanja sa proizvodima bankoosiguranja na financijskom tržištu neophodno je izvršiti segmentaciju klijenata po prihodu, NACE kodu¹⁹, starosti, zaposlenju jer su klijenti različitih segmenata u suštini kupci različitih bankarskih proizvoda i proizvoda osiguranja.²⁰

Za uspjeh bankoosiguravajućeg partnerstva sama suradnja banaka i osiguravajućih društva nije dovoljna ako cjelokupni posao distribucije osiguranja, izvještavanje i zaštita podataka klijenata nije podržano od strane moderne tehnologije. Banke i osiguravajuća društva trebaju rješenje koje može stvoriti bolju povezanost između njihovih poslovnih sistema za razmjenu informacija, data quality (kontrola kvalitete podataka)²¹, data governance (upravljanje podacima)²² koji uključuje definiranje uloge i odgovornosti za podatke (utvrđivanje voditelja i izvršitelja obrade osobnih podataka),²³ uspostavljanje internih standarda kvaliteta podataka, definiranje pravila za kreiranje podataka i arbitraža u situacijama dijeljenja podataka (shared data) između banke i osiguravajućeg društva. Također, osiguravajuća društva i banke trebaju rješenje koje će im pomoći da ponude i prodaju odgovarajući proizvod osiguranja koji odgovara potrebama kupaca i koji će obezbijediti uspješno upravljanje sinergijom između bankarskog sektora i osiguravajućih društava prilikom zaključenja ugovor o osiguranju, kao i jednostavniji, ubrzaniji, bez prepreka cjelokupni proces izdavanja polica osiguranja.²⁴ Prilikom korišćenja baze podataka klijenata, banka mora uskladiti poslovanje sa pro-

¹⁸ Direktiva (EU) 2015/2366 Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2015. o platnim uslugama na unutarnjem tržištu, "Službeni list Europske unije", L 337/35. PSD2 unapređena je verzija PSD (Payment Service Directive), tj direktive koja postavlja temelje jedinstvenog sistema novčanih transakcija i obavezujuća je na teritoriji EEA (European Economic Area).

¹⁹ NACE je akronim koji se koristi za imenovanje različitih verzija statističkih klasifikacija ekonomskih djelatnosti koje se od 1970. razvijaju u Europskoj uniji. NACE osigurava okvir za prikupljanje i prikazivanje velikog opsega statističkih podataka prema ekonomskim djelatnostima, kako u području ekonomskih statistika tako i u drugim statističkim područjima.

²⁰ N.S. Jovanović, *Bankoosiguranje – usluge i konkurencija između proizvoda osiguranja i bankarskih proizvoda* (master rad), Beograd 2011, str. 29. Većina osobnih podataka koje posjeduju banke i društva za osiguranje smatraju se osjetljivim osobnim podacima, a segmentacijske analize podataka o klijentima dovode do profiliranja. Npr. prije izdavanja police životnog osiguranja često su neophodne informacije o zdravlju potencijalnih osiguranika i tehnike profiliranja se koriste u određenim funkcijama osiguranja (kao što je preuzimanje rizika).

²¹ E. Bruno, G. Lacoviello, A. Lazzini, *Data Quality and Data Management in Banking Industry. Empirical Evidence from Small Italian Banks, Reshaping Accounting and Management Control Systems*, Springer, 2017, str. 21–40.

²² S. Traulsen, M. Tröbs, *Implementing Data Governance within a Financial Institution*, Informatik 2011 - Informatik schafft Communities 41. Jahrestagung der Gesellschaft für Informatik, 4–7. 10. 2011, Berlin. Dostupno na: <http://www.user.tu-berlin.de/komm/CD/paper/050141.pdf> (zadnji pristup 3. 7. 2018).

²³ Čl. 4 st. 2 i 3 Uredbe (EU) 2016/679

²⁴ H. Kern, *Bancassurance: Modell der Zukunft?*, VVW Karlsruhe, 1999, str. 120.

pisima o transparentnosti bankarskih proizvoda i načinu korišćenja baze podataka klijenata.

Većina banaka koje posluju sa proizvodima bankoosiguranja nisu organizirale sistem edukacije bankarskih službenika o proizvodima bankoosiguranja kako bi oni mogli preporučiti optimalni oblik osiguranja koji najbolje odgovara klijentovim potrebama i finansijskim mogućnostima. Izostanak kvalitetne segmentacije klijenata banaka prilikom distribucije proizvoda bankoosiguranja ima za posljedicu da mnogi kupci osiguranja ne dobijaju najbolji savjet prilagođen njihovim potrebama i finansijskoj situaciji. U nekim zemljama, povećao se broj tužbi klijenata vezanih za neprikladne police osiguranja prodane putem banaka.²⁵

Sljedeći problem predstavlja nedostatak automatizacije postupka prilikom ispunjavanja zahtjeva za osiguranje, evidencije (police), fakturisanje provizija. Banka kao zastupnik osiguranja mora svaki pojedinačni zahtjev proslijediti svom partneru (osiguravajućem društvu) na dalju obradu. Budući da je cjelokupni postupak u papirnom obliku, postoji velika arhiva papira, a potraga papirnatih datoteka je dugotrajan postupak i troškovi skladištenja i distribucije skupi. Društva za osiguranje vrše obradu zahtjeva za izdavanje police osiguranja klijentu, a što otežava komunikaciju između banaka i osiguravajućih društava.²⁶

Kod bankoosiguranja mnogi osiguravatelji plaćaju direktno banci naknadu (npr. provizija za administraciju kredita, naknada za korišćenje paketa (uvećanu u odnosu na standardne pakete računa), naknada za administraciju dodatnih servisa i monitoring po kreditnim karticama itd.) po osnovu prodatih proizvoda osiguranja, a ne plaćaju pojedinačno finansijske savjetnike.²⁷ Sva banka koja posluje sa proizvodima bankoosiguranja trebalo bi da uspostavi interni sistem koji prati i upravlja te naknade.

²⁵ Američki osiguravatelj Prudential Financial Inc (PRU.N) suspendirao je distribuciju polica životnog osiguranja preko banke Wells Fargo & Co (WFC.N) u 2016. godini iz razloga što su bankari koji rade sa fizičkim licima upisivali klijente za police životnog osiguranja bez njihove dozvole. Protiv banke Wells Fargo & Co (WFC.N) pokrenut je veliki broj zajedničkih tužbi (engl. class action – tužba u kojoj jedna osoba ili manja grupa ljudi predstavlja interese veće grupe) od septembra 2016. godine od strane klijenata i bivših zaposlenika banke Wells Fargo.

²⁶ Npr. ako klijent želi znati status zahtjeva ili napraviti neke promjene u zahtjevu, finansijski savjetnik treba kontaktirati osiguravajuće društvo da bi se dobile ove informacije. U slučaju da nedostaje određeni podatak u zahtjevu, banka treba kontaktirati klijenta, a onda informacije proslijediti natrag osiguravajućem društvu itd.

²⁷ Prema Direktivi (EU) 2016/97 o distribuciji osiguranja (u nastavku IDD) od 20. siječnja 2016. godine, potrošači bi trebalo unaprijed da dobiju jasne informacije o statusu osoba koje prodaju proizvode osiguranja i o vrsti naknade koju primaju. Te bi informacije trebalo da pokažu (prema potrebi) odnos između društva za osiguranje i posrednika, kao i vrstu naknade koju posrednik prima (Preambula 40 Direktive IDD).

Iz ovoga se može zaključiti da razvoj informatičke tehnologije, inovacije u pogledu novih usluga osiguranja, napredna softverska rješenja za cjelokupan postupak bankoosiguranja su faktori od uticaja na jačanje konkurentne sposobnosti, a time stvaraju veći pritisak na troškove i prihode banke i osiguravajućih društava.

2. Bankoosiguranje i zaštita osobnih podataka klijenata

Potencijalni klijenti u rijetkim slučajevima odlaze u banku samo s ciljem da dobiju informacije o proizvodima osiguranja bez prethodne veze sa određenom bankom ili namjerom otvaranja računa u njoj. U većini slučajeva radi se o postojećim klijentima banke ali u drugoj vrsti financijskog odnosa sa bankom. Upravo iz tih razloga banka posjeduje njihove podatke i te se informacije nalaze u elektroničkoj bazi podataka u kojoj se osobni podaci obrađuju (bilježe, pohranjuju, pronalaze, mijenjaju, brišu, prilagođavaju, prosljeđuju itd.) i prenose se u druge programske sisteme koje banka koristi. Na ovaj način se omogućuje bankarskim službenicima da klijentima ponude široke palete proizvoda osiguranja.

Važno pitanje u poslovima bankoosiguranja jeste zaštita prava ličnosti (sa jedne strane su banke koje nedovoljno obazrivo pristupaju zaštiti interesa svojih klijenata) i pravo o zaštiti osobnih podataka klijenata banke (klijenti svoja prava doživljavaju kao apsolutna prava).²⁸ Radi se o protivpravnim povredama ličnosti, i banke su izložene većem sigurnosnom riziku (npr. neautorizovan pristup sistemu) u slučajevima kada prenose podatke bez izričite suglasnosti klijenata na koje se podaci odnose.²⁹

Banka u poslovanju sa proizvodima bankoosiguranja ima funkciju posrednika osiguranja, radi u ime i za račun osiguravatelja i ima iste obaveze kao i osiguravatelj.³⁰ Informacije koje banka mora pružiti budućem ugovorniku osiguranja u pismenom obliku su sljedeće: podaci o općim uvjetima

²⁸ U toč. 48. presude Suda EU-a od 9. studenog 2010. godine u spojenim slučajevima Volker und Markus Schecke GbR (C-92/09) and Hartmut Eifert (C-93/09) v Land Hessen, ECLI:EU:C:2010:662 se navodi sljedeće: „The right to the protection of personal data is not, however, an absolute right, but must be considered in relation to its function in society.“; Prava ličnosti su subjektivna, a samim tim i relativna, ograničena tuđim pravima ličnosti, a temeljno pravo na zaštitu osobnih podataka nije apsolutno pravo, nego pravo koje je podložno određenim ograničenjima koja su uvjetovano općim interesima i zaštitom prava i sloboda drugih osoba.

²⁹ M. Bevanda, M. Čolaković, *Pravni okvir za zaštitu osobnih podataka (u vezi sa zdravljem) u pravu Europske unije*, Zbornik pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka, vol. 37, br. 1, 2016, str. 127.

³⁰ J. Pak, *Pravo osiguranja*, Univerzitet Singidunum, Beograd 2011, str. 173 i nastavak.

osiguranja, vremenu trajanja ugovora o osiguranju, pravilima i uvjetima za odstupanje od ugovora, visini premije, načinu plaćanja premije, visini poreza i drugih troškova koji se zaračunavaju pored premije i o ukupnom iznosu plaćanja, pravu na opoziv odnosno odstupanje od ugovora, načinu rješavanja sporova s osiguranikom.³¹ Kada se radi o osiguranju života, neophodne su informacije o osnovici i mjerilima sudjelovanja u dobiti, tablicama otkupne vrijednosti, pravu na kapitalizaciju, poreznom sistemu koji se odnosi na takvo osiguranje. Ako se radi o tzv. investicijskom osiguranju života (npr. unit-lined životno osiguranje), pored navedenih podataka ulaze i informacije o prospektu fonda i strukturi ulaganja. Osobni podaci uključeni u bazu podataka klijenata mogu se prenijeti samo u svrhe direktne povezanosti sa legitimnim interesom prenosioca i sticaoca i predmet su prethodne suglasnosti klijenata banke. Prije dobijanja suglasnosti, klijent mora biti obaviješten o razlozima prenosa podataka, kao i o identitetu sticaoca.

1.1. Bankarska tajna i zaštita ličnih podataka klijenata

Pravnim tumačenjem bankarske tajne može se uočiti njezino izvorno privatnopravno značenje, a razlike se ogledaju u njenom ograničenju u pojedinim pravnim sistemima, kao i s obzirom na vrstu i stupanj pravne zaštite bankarske tajne. Gotovo sva zakonodavstva stranih zemalja propisuju (s većim ili manjim razlikama) da obaveza čuvanja bankarske tajne ne postoji kada postoje razlozi privatnopravnih ili javnopravnih interesa, odnosno ako to nije propisano posebnim zakonima. Također, banke odgovaraju i za nematerijalnu štetu pravnih i fizičkih lica,³² a obaveza tajnosti ne postoji ako klijent „izričito i pismeno“ pristaje na otkrivanje tajni.³³

Ugovori o bankoosiguranju moraju biti pažljivo dizajnirani i implementirani u skladu s propisima zaštite osobnih podataka. Banke ne mogu jednostavno prenijeti bazu podataka svojih klijenata na osiguravajuće društvo na osnovu samog postojanja ugovora o poslovnoj saradnji sa osiguravajućim društvom. Zbog toga je važno da prodaju proizvoda bankoosiguranja obavljaju bankarski službenici koji kontroliraju svoje baze podataka klijenata.

³¹ Banka je dužna prije sklapanja ugovora o bankoosiguranju klijentu pružiti sve informacije potrebne za usporedbu istih ili sličnih ponuda na tržištu kako bi klijent donio informiranu i razumnu odluku o ugovoru koji sklapa.

³² D. Pichler, *Problematika opsega naknade neimovinske štete zbog povrede poslovnog ugleda pravne osobe javnog prava*, Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku, No. 3-4, 2015, str. 7–23.

³³ Čl. 38 st. 2 Austrijskog zakona o bankama. Prema austrijskom zakonu, objavljivanje informacija vezanih za klijente ne može se opravdati sa usmenim ili implicitnim pristankom klijenta.

U austrijskoj praksi, ugovorom u bankoosiguranju, osiguravatelj ulazi u ugovorni odnos sa bankom kao ugovarateljem osiguranja. Po pravilu, većina prava i obaveza između ugovornih strana – osiguravatelja i banke, regulirani su i nastaju iz ovog ugovora. Ovakvi ugovori često sadrže odredbu o objavljanju informacija o klijentima. U posljednjih nekoliko godina, austrijske banke uvele su klauzule o “pristanku objave informacija” u njihovim standardnim ugovorima sa potrošačima. Austrijske banke su stranke u velikom broju ugovara sa potrošačima koji ne sadrže izričit pristanak potrošača za objave informacija. Ove klauzule moraju biti u skladu i sa čl. 864a³⁴ i čl. 879³⁵ Austrijskog općeg građanskog zakonika (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*– ABGB)³⁶ i austrijskim Zakonom o zaštiti potrošača (*Konsumentenschutzgesetz*)³⁷ koji predviđaju prilično stroge zahtjeve za pravičnosti i transparentnost obrade i prijenosa osobnih podataka.

Kršenje obaveze čuvanja bankarske tajne i zaštite podataka o ličnosti ozbiljno narušava povjerenje klijenata u banku. Prema osnovnim principima austrijskog privatnog prava, ovakva povreda prava daje pravo klijentu da raskine ugovor sa bankom sa trenutnim dejstvom.³⁸ Namjerno ili nemarno kršenje bankarske tajne može stvoriti odgovornost za naknadu štete. Austrijska sudska praksa ukazuje na to da ugovorne odredbe koje su u suprotnosti sa bankarskom tajnom čak mogla biti poništene u skladu sa čl. 879 st. 1 ABG³⁹.

Također, kršenje obaveze čuvanja bankarske tajne daje pravo klijentu da pokrene postupak za zabranu nezakonitog pribavljanja, korišćenja ili

³⁴ Prema toj odredbi, neobične klauzule u standardnim odredbama koje koriste jedne stranke ne postaju dio ugovora, ako druga strana ne može očekivati takve odredbe ili su one napisane npr. sitnim slovima na kraju ugovora i ako su klauzule nepovoljne za drugu stranu. Čl. 864a ABGB “Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, werden nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte; es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen.” Pogledati: P. Rummel, *ABGB Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, 3. Auflage, 2003, Manz, Vienna 2003, § 864a

³⁵ Npr. čl. 879 (3) ABGB pruža zaštitu od klauzula koje ne definiraju glavne obaveze jedne od stranaka i koje neosnovano pogoršavaju položaj druge strane. § 879 (3) “Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.”

³⁶ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie StF: JGS Nr. 946/1811

³⁷ Konsumentenschutzgesetz, StF: BGBl. Nr. 140/1979 (NR: GP XIV RV 744 AB 1223 S. 122. BR: AB 2003 S. 385.)

³⁸ P. Apathy, G. Iro, H. Koziol, *Österreichisches Bankvertragsrecht*, 2. Auflage, Springer, Wien, 2007, str. 320.

³⁹ OGH 19.9.2000, 10 Ob 91/00 f. Vrhovni sud Njemačke je smatrao da to nije slučaj prema njemačkom zakonu ((BGH 27.2.2007, XI ZR 195/05).

otkrivanja informacija koje predstavljaju poslovnu tajnu. Zaštita prava klijenta može da se ostvari u skladu sa čl. 381 austrijskog Zakona o izvršenju (*Exekutionsordnung*),⁴⁰ putem privremene mjere preliminarnе zabrane daljeg otkrivanja podataka. Također, kršenja obaveze čuvanja bankarske tajne može, na predlog klijenta, dovesti do njezinog kaznenopravnog sankcionirana u skladu sa čl. 101 austrijskog Zakona o bankama.

1.2. Bankarska tajna u austrijskom pravu i bankoosiguranje

Odnos između banke i klijenata je obavezno pravni odnos. Klijenti, pored prava na bankarsku tajnu, imaju pravo i na zaštitu svojih osobnih podataka.⁴¹ U praksi bankarstva, a posebno u poslovanju sa proizvodima bankoosiguranja, postoje tri suprotna pristupa zaštiti osobnih podataka klijenata. Sa jedne strane stoje klijenti čiji interes je zaštita njihovih osobnih podataka, a sa druge strane, pored banke su i osiguravajuća društva koja, također, imaju pristup osobnim podacima klijenata na osnovu ugora o poslovnoj suradnji između banke i osiguravatelja.⁴²

Banke u Austriji su dužne uvažavati standarde zaštite osobnih podataka na temelju Saveznog zakona o zaštiti osobnih podataka i austrijskog Zakona o bankama (*Bankwesengesetz – BWG*).⁴³ Austrija je implementirala Direktivu 95/46/EZ od 24. oktobra 1995. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka,⁴⁴ putem Saveznog zakona o zaštiti podataka o ličnosti (*Bundesgesetz über den Schutz personenbezogener Daten – Datenschutzgesetz 2000 – DSG 2000*).⁴⁵ Ovaj zakon se odnosi i na privatni i javni sektor.⁴⁶ Novi Zakon o zaštiti podataka (*Datenschutzgesetz 2018 – DSG 2018*) stupio je na snagu 25. travnja 2018. godine, u isto vrijeme kao i kao i Uredba (EU) 2016/679.

Jedno od kontroverznih pitanja vezanih za DSG 2018 je opseg primjenjivosti. Uredba (EU) 2016/679 je jasno ograničena u svom opsegu na

⁴⁰ Gesetz vom 27. Mai 1896, über das Exekutions- und Sicherungsverfahren (*Exekutionsordnung – EO*). StF: RGBl. Nr. 79/1896

⁴¹ D. Rehbein, *Rechtsfragen zum Bankgeheimnis*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 149 Band, 1985, str. 139–150 (140)

⁴² H. Schimansky, H.-J. Lwowski, *Bankrechts-Handbuch*, Bd. I, München, 1997, str. 641.

⁴³ Bankwesengesetz, BGBl. Nr. 532/1993.

⁴⁴ Direktiva 95/46/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 24. listopada 1995. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka, „Službeni list Europske unije“, L 281/31.

⁴⁵ Datenschutzgesetz 2000, BGBl. I Nr. 165/1999.

⁴⁶ Europski parlament je 27. travnja 2016. godine izglasao Uredbu (EU) 2016/679 o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka.

zaštitu osobnih podataka fizičkih lica. Nasuprot tome, DSG 2000 eksplicitno predviđa zaštitu fizičkih i pravnih lica kao nositelje podataka. Iako DSG 2018 mijenja i ukida većinu odredaba iz DSG 2000, čl. 1 nije ukinut i ostaje na snazi nakon 25. travnja 2018. godine, a temeljno pravo zaštite osobnih podataka i dalje se primjenjuje na pravna lica.

Ovakva odredba može biti problematičan iz više razloga. DSG 2000 je mnogo jasnije definira osobne podatke kao “podatke o ispitanicima”, dok su “ispitanici” izričito definirani kao fizička i pravna lica. Međutim, ove definicije su bile predviđene u čl. 4 DSG 2000, a koji je sada ukinut. Jedina definicija osobnih podataka koja se primjenjuje u austrijskom pravu nakon 25. travnja 2018. godine je definicija predviđena u Uredbi (EU) 2016/679 koja je ograničena na informacije o fizičkim licima. Odredba DSG 2018 i rečenica “svatko ima pravo na zaštitu osobnih podataka koji se na njih odnose” može se tumačiti na dva načina. Riječ “svatko” iz ove odredbe može se tumačiti tako da uključuje pravna lica, a cijela rečenica ove odredbe ograničena je na fizička lica zbog riječi “osobnih podataka”, koji se odnose samo na fizička lica.

Također, ovo otvara sumnju da li je proširenje prava na zaštitu podataka na pravna lica u skladu s Uredbom (EU) 2016/679. Cilj Uredbe (EU) 2016/679 je harmonizacija zaštite podataka o ličnosti na nivou EU, što je jasno vidljivo na osnovu različitih odredaba (npr. pozivanja na slobodno kretanje osobnih podataka predviđenih u čl. 1 st. 1 Uredbe (EU) 2016/679) i same njene pravne prirode kao EU uredbe i ne dopušta različitu implementaciju rješenja u nacionalne zakone osim ako je to izričito dopušteno u uvodnim napomenama Uredbe.

Prema prevladavajućem mišljenju u Austriji, čl. 1 DSG 2000 nije izmijenjen, jer ovaj član predstavlja ustavnu odredbu i za njeno ukidanje zahtijeva se kvalificirana većina zastupnika u parlamentu koja u vrijeme donošenja DSG 2000 nije bila ostvariva. Iako Uredba (EU) 2016/679 predstavlja opću uredbu o zaštiti podataka, ne primjenjuje se na pravna lica koja žele da posluju u Europskoj uniji ili da posluju sa licima iz Europske unije. Treba napomenuti da europsko pravo pruža i osnovnu zaštitu osobnih podataka pravnih lica jer zaštita osobnih podataka iz čl. 8 Povelje Europske unije o temeljnim pravima se odnose na “sve”.⁴⁷ Zaštita osobnih podataka, također, proizlazi iz čl. 8 Evropske konvencija o ljudskim pravima, a koju

⁴⁷ Čl. 8 Povelja Europske unije o temeljnim pravima 2007/C 303/01: “Svatko ima pravo na zaštitu osobnih podataka koji se na njega ili nju odnose.”

Europski sud za ljudska prava primjenjuje i na pravna lica.⁴⁸ Iz tog razloga, iako DSG 2018 može biti u suprotnosti s Uredbom (EU) 2016/679, on ima pravno utemeljenje u drugim propisima EU.

Austrija je implementirala Direktivu 2002/58/EZ od 12. jula 2002. o obradi osobnih podataka i zaštiti privatnosti u području elektroničkih komunikacija⁴⁹ putem Zakona o telekomunikacijama (*Telekommunikationsgesetz* 2003 – TKG 2003).⁵⁰ Odredbe o zaštiti podataka iz Zakona o telekomunikacijama i dalje se primjenjuju ali se očekuju izmjene ovog zakona kada Uredba o e-privatnosti stupi na snagu.⁵¹ Odredbe koje se odnose na privatnost podataka mogu se pronaći u austrijskom Zakonu o radu (*Arbeitsverfassungsgesetz* – ArbVG) u vezi s obradom podataka o zaposlenicima. Također, austrijski Kazneni zakon sadrži nekoliko kaznenih djela koja se odnose na osobne podatke (npr. kazne koja se primjenjuju u slučaju zloupotrebe i presretanja prenesenih podataka.

Čl. 4 st. 2 i 3 Uredbe (EU) 2016/679 sadrži odredbu u kojoj se navodi razlika između „voditelja obrade” i „izvršitelja obrade” podataka. Banke, djelujući kao posrednici u osiguranju, moraju se smatrati kao “voditelj obrade podataka” kada se radi o podacima klijenata koji se već nalaze u njihovim bazama podataka.⁵² Sa druge strane, banke se treba smatrati kao “izvršitelje obrade podataka” kada se radi o podacima prikupljenim od kupaca proizvoda bankoosiguranja, a sa ciljem dostavljanja podataka društvu za osiguranje kako bi se zaključio odgovarajući ugovor o osiguranju. Ključni element odnosa banaka i osiguravajućih društava je baza podataka klijenta i pronalaženje legalnih načina kako bi se omogućilo osiguravajućim društvima da zarade profit od baze podataka o klijentima koju posjeduje banka.

Zakon o bankama (*Bankwesengesetz* – u nastavku BWG) uređuje opseg i izuzetke bankarske tajne tj. uspostavlja ograničenja o postupanju i prijenosu osobnih podataka, a što uključuje bilo kakve informacije koje se odnose na fizička ili pravna lica.⁵³ Prema čl. 38 BWG: “Banke, njihovi dioničari, članovi

⁴⁸ Čl. 8 Evropska konvencija o ljudskim pravima: “Svatko ima pravo na poštivanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske.”

⁴⁹ Direktiva 2002/58/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. srpnja 2002. o obradi osobnih podataka i zaštiti privatnosti u području elektroničkih komunikacija, „Službeni list Europske unije“, L 201/37.

⁵⁰ BGBl. I Nr. 70/2003

⁵¹ Nacrt Uredba o e-privatnosti dostupan na: https://iapp.org/media/pdf/resource_center/ePriv-reg_03-2018.pdf (zadnji pristup 29. 6. 2018).

⁵² Prema čl. 2 Direktive o distribuciji osiguranja, posrednici osiguranja su fizička i pravna lica koja uz naknadu obavljaju poslove distribucije osiguranja, a koji nisu osiguravajuća društva, zaposleni u osiguravajućim društvima, kao ni pomoćni posrednici u osiguranju.

⁵³ Bundesgesetz über das Bankwesen (Bankwesengesetz – BWG) StF: BGBl. Nr. 532/1993 idF BGBl. Nr. 639/1993 (DFB) (NR: GP XVIII RV 1130 AB 1170 S. 127. BR: AB 4571 S. 573.)

organa, opunomoćenici, zaposlenici kao i druge osobe koje povremeno obavljaju poslove u bankama ne smiju otkrivati ili iskorištavati tajne koje su im isključivo na temelju poslovne suradnje s klijentom povjerene ili učinjene pristupačnima (...) (bankarska tajna).⁵⁴ Ova odredba se odnosi na financijske institucije i društva za osiguranje.

Banka i njeni klijenti su slobodni da ugovorom odrede koje činjenice se smatraju tajnima, a kao osnov bankarske tajne zahtijeva se da je banka o tim činjenicama i vrijednosnim sudovima doznala unutar poslovne veze s klijentom, npr. klijent može zahtijevati da se podaci vezani za bankarsku tajnu ne mogu prenositi dalje na treća lica. U austrijskom pravu ne postoje posebne odredbe o zaštiti osobnih podataka prilikom distribucije osiguranja i zbog tog razloga moraju se primijeniti odredbe Uredbe (EU) 2016/679.

U skladu sa članom 38 (2) BWG, obaveza tajnosti ne postoji ako postoji izričito i pismeno odobrenje klijenta na otkrivanje tajne. Također, ovim članom se izričito određuje da obaveza čuvanja bankarske tajne ne postoji naspram krivičnog suda u povodu započetog krivičnog postupka i naspram financijskih vlasti u povodu privrednih prijestupa koji su počinjeni s namjerom. Iz ovoga se može zaključiti da je, za razliku od zaštite bankarske tajne kao profesionalne tajne bankarskog poziva u građanskopravnim odnosima, javni interes u krivičnopravnim odnosima nadređen interesima čuvanja bankarske tajne.

Popis izuzetaka od obaveze čuvanja bankarske tajne prema čl. 38 (2) BWG nisu iscrpno navedeni.⁵⁵ Postoji dosta primjera u slučajevima u kojima je interes banke u otkrivanju informacija koje su predmet bankarske tajne obično ima prednost u odnosu na interese svojih klijenata o neotkrivanju informacija.⁵⁶ Uzimajući u obzir zakonske primjere, u svakom pojedinačnom slučaju mora se ocjenjivati da li je cilj priopćavanja povjerljivih podataka interes banke, u mjeri koja zahtijeva objavljivanje, nadjačava interes klijenta o neotkrivanju informacija.⁵⁷

⁵⁴ § 38 BWG “Kreditinstitute, ihre Gesellschafter, Organmitglieder, Beschäftigte sowie sonst für Kreditinstitute tätige Personen dürfen Geheimnisse, die ihnen ausschließlich auf Grund der Geschäftsverbindungen mit Kunden oder auf Grund des § 75 Abs. 3 anvertraut oder zugänglich gemacht worden sind, nicht offenbaren oder verwerten (Bankgeheimnis).“

⁵⁵ P. Apathy, Abtretung von Bankförderungen und Bankgeheimnis, Österreichische Bankwissenschaftliche Gesellschaft – ÖBA, Heft 1, 2006, str. 33-44

⁵⁶ P. Jabornegg, Aktuelle Fragen des Bankgeheimnisses, BankArchiv – ÖBA: : Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen., Wien : Linde-Verlag, Vol. 45.1997, str. 663-676(665)

⁵⁷ P. Apathy, G. Iro, H. Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht, 2. Auflage, Springer, Wien, 2007, str. 313–14.

Austrijski parlament je 23. srpnja 2015. godine usvojio veliku reformu poreskog sistema putem Zakona o reformi poreza (*Steuerreformgesetz 2015/2016 – StRefG 2015/2016*)⁵⁸ koji je stupio na snagu 1. siječnja 2016. godine. Austrija je pored Luksemburga bila jedina članica EU koje je imala bankarsku tajnu i zaštitu identiteta klijenata svojih banaka. Reforma poreskog sistema okončava praksu bankarske tajne u Austriji u poreznim pitanjima radi jačanja mjera u sprečavanju poreznih utaja i prijevara.⁵⁹

Od 1. listopada 2016 godine uspostavljen je Centralni registar bankovnih računa (njem. *Zentrale Kontenregister – KontRegG*) iz svih austrijskih banaka koji sadrže naziv, datum rođenja i adresu vlasnika računa, ali ne i informaciju o stanju na računu.⁶⁰ Poreska uprava će imati pristup informaciji o bankovnom računu ako mogu dokazati da imaju legitimnu zabrinutost o ispravnosti poreske prijave, ili je pokrenuta istraga, a poreskom obvezniku je data prilika da dostavi odgovor.⁶¹ Pristup podacima će biti odobren samo uz sudski nalog.⁶²

Zaključak

Bankoosiguranje predstavlja model poslovnog povezivanja bankarskog i osigurateljnog sektora kao dio opće financijske konvergencije i prodaju osiguranja putem poslovnica i podružnica banaka. Između klijenata i banaka postoji odnos povjerenja zasnovan na temelju bankarske tajne kao profesionalne tajne bankarskog poziva. Poslovanje sa proizvodima bankoosiguranja i pristup bazi podataka o klijentima banke pojačava sigurnosni rizik za prava i slobode pojedinaca povezan s postupcima obrade i prenosa podataka. Zaštita klijentovih osobnih podataka ne smije biti dovedena u pitanje zbog dijeljenja osobnih podataka u poslovanju sa proizvodima bankoosiguranja između bankarskog i osigurateljnog sektora. Da bi se osigurala zaštita osobnih podataka klijenata, preporučljivo je ugovorom o bankoosiguranju detaljnije urediti spomenuta pitanja. Uredba (EU) 2016/679 primjenjuje se na sve države članice EU, a odnosi se i na sve banke i osiguravajuća društva koja obrađuju

⁵⁸ Steuerreformgesetz 2015/2016, Bundesgesetzblatt Nr. BGBl. I Nr. 118/2015

⁵⁹ G. Mayr, C. Lattner, C. Schlager, Steuerreform 2015 – Umfassende Aufbereitung durch Experten des BMF, Linde Verlag, 2015.

⁶⁰ § 2 Bundesgesetz über die Einrichtung eines Kontenregisters und die Konteneinschau (Kontenregister- und Konteneinschaugesetz – KontRegG

⁶¹ Čl 5 i čl. 8 KontRegG

⁶² Čl. 9 KontRegG

osobne podatke građana EU. Ova uredba će značajno utjecati na način na koji poslovni subjekti obrađuje osobne podatke, a sve banke i osiguravajuća društva morat će se suočiti s izazovom usklađenosti s Uredbom (EU) 2016/679. Sam proces usklađivanja s Uredbom (EU) 2016/679 zahtijevat će usvajanje poslovnih strategija i administrativne promjene, a banke i osiguravajuća društva morat će uskladiti svoje organizacijske strukture, poslovne procese, IT sistem, kao i izvješćivanje. Ovaj proces će biti praćen visokim troškovima u relativno kratkom vremenskom okviru, a za usklađivanje poslovanja će biti potrebni multidisciplinarni timovi s posebnim znanjima vezanim za obaveze i zahtjeve predviđeni u Uredbi (EU) 2016/679. Također, s obzirom na složenost organizacije zajedničkog rada banke i osiguravajućeg društva, važan faktor za razvoj bankoosiguranja predstavlja informatičko povezivanje i usklađivanje tehnologije rada banke sa tehnologijom rada osiguravajućih društava. Zbog toga je neophodno definirati i uspostaviti organizaciju informacijskih sistema specijaliziranih za bankoosiguranje.

Literatura

Bank for International settlement, Basel Committee on Banking Supervision, Principles for effective risk data aggregation and risk reporting, January 2013. Dostupno na: <https://www.bis.org/publ/bcbs239.pdf> (4. 7. 2018).

Bank for international settlement, Basel Committee on Banking Supervision, High-level summary of Basel III reforms, December 2017. Dostupno na: https://www.bis.org/bcbs/publ/d424_hlsummary.pdf (4. 7. 2018).

C. Skinner, *The Future of Finance after SEPA* 1st Edition, Wiley, 2008.

D. Pichler, "Problematika opsega naknade neimovinske štete zbog povrede poslovnog ugleda pravne osobe javnog prava", *Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku*, No. 3-4, 2015.

D. Rehbein, *Rechtsfragen zum Bankgeheimnis*, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 149 Band, 1985.

D. Warne, N. Elliott, *Banking Litigation*, Sweet & Maxwell, London, 2005.

E. Bruno, G. Lacoviello, A. Lazzini, *Data Quality and Data Management in*

Banking Industry. Empirical Evidence from Small Italian Banks, Reshaping Accounting and Management Control Systems, Springer, 2017.

E.Mraznica, GDPR – novi izazov zaštite podataka o ličnosti, *Bankarstvo*, Vol. 46, br. 4, 2017.

European Banking Authority, Discussion Paper, Future of the IRB Approach, EBA/DP/2015/01, 04 March 201. Dostupno na: <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1003460/EBA-DP-2015-01+DP+on+the+future+of+IRB+approach.pdf> (4. 7. 2018).

G. Mayr, C. Lattner, C. Schlager, Steuerreform 2015 – Umfassende Aufbereitung durch Experten des BMF, Linde Verlag 2015.

H. Kern, Bancassurance: Modell der Zukunft?, VVW Karlsruhe, 1999.

H. Schierenbeck, R. Hölscher, BankAssurance, Schäffer-Poeschel Verlag, 4. Auflage., Stuttgart 1998.

H. Schimansky, H-J. Lwowski, *Bankrechts-Handbuch*, Bd. I, München, 1997.

J. Pak, *Pravo osiguranja*, Univerzitet Singidunum, Beograd 2011.

K.Tomič, *Bankoosiguranje na tržištu osiguranja zemalja EU*, XVIII savetovanje “Srazmernost i pravna izvesnost u pravu osiguranja” – Zbornik radova, Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Palić/Srbija, 2017.

M. Bevanda, M. Čolaković, “Pravni okvir za zaštitu osobnih podataka (u vezi sa zdravljem) u pravu Europske unije”, *Zbornik pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka*, vol. 37, br. 1, 2016.

M. Ćurak, D. Pojatina, “Bankoosiguranje – novi izazov”, *Suvremena financijska pitanja i izazovi razvitka hrvatskog financijskog sektora* u I. Lovrinović, Lj. Vidučić, Split 2004.

N. Genetay, P. Molyneux, Bancassurance, London: Palgrave Macmillan, 1998.

N. S. Jovanović, *Bankoosiguranje – usluge i konkurencija između proizvođa osiguranja i bankarskih proizvođa* (master rad), Beograd 2011.

P. Jabornegg, Aktuelle Fragen des Bankgeheimnisses, BankArchiv – ÖBA: Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen., Wien: Linde-Verlag, Vol. 45.1997.

P. Apathy, Abtretung von Bankforderungen und Bankgeheimnis, Österreichische Bankwissenschaftliche Gesellschaft – ÖBA, Heft 1, 2006.

P. Apathy, G. Iro, H. Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht, 2. Auflage, Springer, Wien, 2007.

Petar Miladin, *Odgovornost za zaštitu osobnih podataka u bankarstvu*, V. Alaburić, *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti*, V. Baretić, M. Crnić, I. Dika, M. Gavella, N. Klarić, P. Miladin, P. Nikšić (ur.), Zagreb, 2006.

P. Rummel, ABGB Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, 2003, Manz, Vienna 2003, § 864a.

S. Traulsen, M. Tröbs, Implementing Data Governance within a Financial Institution, Informatik 2011 - Informatik schafft Communities 41. Jahrestagung der Gesellschaft für Informatik, 4.-7.10.2011, Berlin. Dostupno na: <http://www.user.tu-berlin.de/komm/CD/paper/050141.pdf> (3. 7. 2018).

Spisak korišćenih izvora

Direktive i uredbе

Direktiva (EU) 2015/2366 Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2015. o platnim uslugama na unutarnjem tržištu, „Službeni list Europske unije“, L 337/35.

Direktiva (EU) 2016/97 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. siječnja 2016. o distribuciji osiguranja, L 26/19.

Direktiva 2013/36/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o pristupanju djelatnosti kreditnih institucija i bonitetnom nadzoru nad kreditnim institucijama i investicijskim društvima, „Službeni list Europske unije“, L 176/338.

Direktiva 95/46/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 24. listopada 1995. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka, „Službeni list Europske unije“, L 281/31.

Direktiva 2002/58/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. srpnja 2002. o obradi osobnih podataka i zaštiti privatnosti u području elektroničkih komunikacija, „Službeni list Europske unije“, L 201/37.

Europska konvencija o ljudskim pravima, Rim, 4. XI 1950

Nacrt Uredba o e-privatnosti dostupan na: https://iapp.org/media/pdf/resource_center/ePriv-reg_03-2018.pdf (29.06.2018).

Povelja Europske unije o temeljnim pravima 2007/C 303/01

Uredba (EU) br. 575/2013 Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o bonitetnim zahtjevima za kreditne institucije i investicijska društva, L 176/1.

Uredba (EU) 2016/679 o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka, L 119/1.

Zakoni i podzakonski akti

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie StF: JGS Nr. 946/1811

Bankwesengesetz, StF: BGBl. Nr. 532/1993 idF BGBl. Nr. 639/1993 (DFB) (NR: GP XVIII RV 1130 AB 1170 S. 127. BR: AB 4571 S. 573.)

Datenschutzgesetz – DSG, Bundesgesetz zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, StF: BGBl. I Nr. 165/1999 (NR: GP XX RV 1613 AB 2028 S. 179. BR: 5992 AB 6034 S. 657.) [CELEX-Nr.: 395L0046]

Exekutionsordnung , Gesetz vom 27. Mai 1896, über das Exekutions- und Sicherungsverfahren, StF: RGrBl. Nr. 79/1896

Konsumentenschutzgesetz, Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden, StF: BGBl. Nr. 140/1979 (NR: GP XIV RV 744 AB 1223 S. 122. BR: AB 2003 S. 385.)

Kontenregister- und Konteneinschaugesetz, StF: BGBl. I Nr. 116/2015 (NR: GP XXV RV 685 AB 749 S. 83. BR: 9401 AB 9413 S. 844.)

Steuerreformgesetz 2015/2016, Bundesgesetzblatt Nr. BGBl. I Nr. 118/2015 (NR: GP XXV RV 684 und Zu 684 AB 750 S. 83. BR: 9402 AB 9414 S. 844.)

Telekommunikationsgesetz, StF: BGBl. I Nr. 70/2003 (NR: GP XXII RV 128 AB 184 S. 29. BR: 6800 AB 6804 S. 700.)

Sudske odluke

C-92/09 - Volker und Markus Schecke and Eifert, ECLI:EU:C:2010:662

C-93/09 Hartmut Eifert v Land Hessen, C-92/09 , C-93/09

OGH 19.9.2000, 10 Ob 91/00 f. (BGH 27.2.2007, XI ZR 195/05).

LEGAL FRAMEWORK FOR THE PROTECTION OF PERSONAL DATA IN BANCASSURANCE

Dr Katica Tomić*

Summary

The cooperation between banks and insurance companies to jointly sell bancassurance products through a widespread network of banking branches includes a material obligation to protect information on all facts and value judgments pertaining to the client as well as further processing of personal data in accordance with regulations on data protection and privacy. Banks and insurance companies are facing many risks associated with bancassurance and one of the biggest issues are the incoherent IT system and the protection of personal data i.e. privacy of clients. Regulation (EU) 2016/679 establishes the obligation to apply measures for the protection of clients' personal data for banks and insurance companies and presents a challenge for the management of these business entities as it is necessary to carry out extensive and demanding operations in the process of business alignment with the obligations established by Regulation. The aim of this paper is to analyze the main characteristics of bancaassurance, the concept of bank secrecy in relation to bancassurance, as well as the analysis of the provisions of Regulation (EU) 2016/679 applicable to bancaassurance products.

Keywords: *bancaassurance, privacy, personal data, Regulation (EU) 2016/679, banking secrecy, database, Banking Act.*

* Rechtsanwältin BVM, Vienna, Austrija

О НЕКИМ ПИТАЊИМА ПРОБЛЕМАТИКЕ ИМОВИНСКОПРАВНИХ ОДНОСА У СТЕЧАЈУ

Мр Војо Павичић*
Зоран Гвозденовић**

***Апстракт:** Законом о стечају у Републици Српској, стечајни управник је дужан, без одгађања, да предузме све потребне радње ради рјешавања имовинскоправних односа и уписа права власништва и других права на непокретностима, а ради разрјешења ових питања дужан је да покрене и води судске и управне поступке, уз претходну сагласност повјерилачких органа.*

Ради спречавања наступања застареле потраживања, стечајни управник је дужан покренути ове поступке и накнадно прибавити сагласност повјерилачких органа. Уколико не поступи на напријед наведен начин, чини тежу повреду дужности стечајног управника.

Овим је пред стечајне управнике стављен веома тежак задатак рјешавања имовинскоправних односа, с обзиром на неусклађено стање уписа у јавним евиденцијама о правима на некретнинама.

Због тога је у раду указано на могуће начине рјешавања ових питања, те на значај тачне идентификације имовине која улази у стечајну масу.

***Кључне ријечи:** имовинскоправни односи, некретнине, општа и јавна добра, добра од општег интереса, својина, судски и управни поступци, стечај, приватизација.*

* Правобранилаштво Републике Српске

** Правобранилаштво Републике Српске

I Увод

Законом о стечају Републике Српске¹ у потпуности је уређен поступак стечаја над дужником против којег је поднесен приједлог за отварање стечајног поступка.

Један од главних циљева стечајног поступка јесте групно намирење повјерилаца стечајног дужника, уновчењем његове имовине и подјелом прикупљених средстава повјериоцима.²

Стога се, као кључно питање у стечају, поставља питање шта је то имовина стечајног дужника. Од тачне идентификације имовине зависи величина стечајне масе, за што су највише заинтересовани повјериоци, а и даљи ток стечајног поступка зависи од овог питања.

На основу овлашћења датих Законом о стечају, стечајни управник је дужан ући у посјед имовине стечајног дужника која спада у стечајну масу и имовину обезбиједити.³

За разлику од ранијих рјешења у Закону о стечајном поступку,⁴ нови Закон о стечају знатно поопштава одговорност стечајног управника код уновчења имовине која улази у стечајну масу.

Наиме, према новом законском рјешењу, стечајни управник је дужан, без одгађања, да предузме све потребне радње ради рјешавања имовинскоправних односа и уписа права власништва и других права на непокретностима у јавним евиденцијама. Ради разрјешења ових питања дужан је да покрене и води судске и управне поступке, уз претходно прикупљену сагласност одбора повјерилаца, односно скупштине повјерилаца, ако одбор повјерилаца није основан. Ради спречавања наступања застареле потраживања, стечајни управник је обавезан покре-

¹ Закон о стечају Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“ број 16/16).

² Члан 2 став 2 Закона о стечају Републике Српске.

³ Члан 73 став 1 тачка 1 Закона о стечају Републике Српске.

⁴ Закон о стечајном поступку („Службени гласник Републике Српске“ број 26/10 – пречишћен текст) у члану 106 прописао је да стечајни управник имовину продаје у фактичком и правном стању у каквом се та имовина налази у моменту продаје и на купца преноси обим права којим стечајни дужник располаже у моменту продаје. Слиједом овога, стечајни управници су релативно лако продавали и уновчавали ову имовину, али је проблем настао касније, за купца имовине, јер се исти нису могли уписати као власници купљене имовине или су то постизали врло тешко у дуготрајним управним и судским поступцима. Ово је за посљедицу касније имало смањен интерес купца за куповину имовине у стечају па се имовина није могла продати ни након 15 или 20 безуспјешних продаја. Ово је произвело велике трошкове стечајној маси и повећало дужину трајања стечајног поступка, а са друге стране доводило до слабог намирења повјериоца. Због оваквих ефеката ова одредба је новим законом замијењена.

нути ове поступке и накнадно прибавити сагласност повјерилачких органа.⁵

Овакав начин прописивања обавеза стечајног управника у поступку уновчавања стечајне масе значајно је поопштрио одговорност стечајног управника, јер уколико не поступи на напред наведен начин чини тежу повреду дужности стечајног управника. На овај начин стављен је пред стечајне управнике веома тежак задатак рјешавање имовинскоправних односа у судским и управним поступцима.

Због тога смо у овом раду жељели да укажемо на могуће начине рјешавања ових питања према важећим прописима, да укажемо на значај тачне идентификације имовине дужника која улази у стечајну масу, да укажемо на оно што може и посебно на оно шта не може ући у стечајну масу.

Посебно ћемо се у раду бавити некретнинама као дијелу имовине дужника која улази у стечајну масу.

II Имовина и стечајна маса

Као што смо раније навели, најважније питање које се поставља пред стечајног управника јесте која то имовина дужника улази у стечајну масу.

Закон о стечају овлашћује стечајног управника да без одлагања уђе у посјед имовине која спада у стечајну масу, управља њоме и уновчи је у складу са одредбама тог закона.⁶

Закон само одређује да стечајну масу чини цјелокупна имовина која припада стечајном дужнику у вријеме отварања стечајног поступка, као и имовина коју стечајни дужник стекне током стечајног поступка, ако другим прописима није предвиђено другачије,⁷ али не даје одговор шта све чини имовину дужника.

Због тога ћемо на овом мјесту указати на појам имовине и садржај овог појма, јер је имовина услов постојања привредног друштва и гаранција сигурности повјерилаца.

У теорији постоје доста дефиниција овог појма. Тако, једни имовину дефинишу као „скуп имовинских права која припадају једном лицу.

⁵ Члан 155 Закона о стечају.

⁶ Члан 72 став 1 Закона о стечају.

⁷ Члан 84 став 1 Закон о стечају.

Имовину једног лица чине његова стварна права (својина, право залогe и др.), његова потраживања тј. облигациона права и евентуално ауторско и проналазачко право. То значи да имовину неког лица чине само права која имају имовински карактер, која се могу изразити у новцу⁸.

Други наводе да „имовину предузећа чини право својине на покретним и непокретним стварима, новчана средства и хартије од вриједности, као и друга имовинска права.“⁹

Према Закону о привредним друштвима Републике Српске, имовину друштва чине права својине и друга имовинска права које друштво има на улозима или је стекло пословањем.¹⁰

Важно је напоменути да се код нас понекад ријеч имовина погрешно употребљава, па се користи у смислу који има израз својина, али у праву то нису исти појмови, јер је имовина шири појам од својине.¹¹

Почетну имовину привредно друштво стиче уплатом или уношењем улога од стране оснивача, у складу са законом.¹²

Касније, након регистрације, предузеће односно привредно друштво стиче имовину својим пословањем из добити на начин прописан законом и актима предузећа односно друштва.

У тим пословним односима субјекти ступају у правни и економски промет који треба разликовати¹³. Док код економског промета долази до фактичког преноса добара ради остваривања економске користи, код имовинскоправног промета долази до преноса права.

Из овога произлази да у неким случајевима имовина предузећа не може ући у стечајну масу, ради свог посебног статуса, предвиђено другим прописима, па због тога законодавац у Закону о стечају овлашћује и обавезује стечајног управника да уђе у посјед имовине која спада у стечајну масу, а истовремено прописујући да стечајну масу чини цјелокупна имовина која припада стечајном дужнику као имовина коју стекне током стечајног поступка, ако другим прописима није предвиђено другачије.

⁸ Опширније види: Рајчевић, М., *Пословно право*, Бања Лука, 2007, стр. 52–53.

⁹ Опширније види: Велимировић, М., *Привредно право*, Српско Сарајево, 2001, стр. 31–33.

¹⁰ Закон о привредним друштвима Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“ број 127/08, 100/11, 67/13).

¹¹ Опширније види: Рајчевић, М., *Пословно право*, Бања Лука, 2007, стр. 52.

¹² Према Закону о привредним друштвима Републике Српске, постоји више форми привредних друштава, па се посебно за сваку форму привредног друштва прописује начин уношења улога у друштво. Опширније види члан 54–58 за ортачко друштво, члан 107–109 за друштво ограничене одговорности и члан 185–188 за акционарско друштво.

¹³ Опширније види: Рајчевић, М., *Пословно право*, Бања Лука, 2007, стр. 53.

III Шта не улази у стечајну масу

Раније смо истакли да је дефиниција стечајне масе дата у члану 84 Закона о стечају и према истој, по правилу, стечајну масу чини цјелокупна имовина која припада стечајном дужнику ако другим прописом није предвиђено другачије. Слиједом тога, стечајни управник је обавезан и овлашћен да без одгађања уђе у посјед само имовине која спада у стечајну масу.

На овом мјесту ћемо размотрити питање шта све не улази у стечајну масу и који су то други прописи којима је предвиђено да нека имовина дужника не улази у стечајну масу.

3.1. Излучна и разлучна права

У стечајну масу не улазе ствари на којима је стечено излучно право. Разлучна права такође не улазе у стечајну масу¹⁴.

Што се тиче разлучног права, оно не улази у стечајну масу јер се разлучни повјериоци сврставају у привилеговане повјериоце, с тим што имају право одвојеног намирења из некретнина којима је обезбијеђено намирење њиховог права.

С обзиром на то да је новим Законом о стечају Републике Српске предвиђена продаја стечајног дужника као правног лица¹⁵, није јасно назначено да ли разлучна права остају на снази после продаје дужника као правног лица с обзиром на то да и у члану 159 у ставу 5 прописано да разлучни повјериоци који су имали обезбијеђено право на било ком дијелу имовине стечајног дужника имају право приоритета у диоби средстава остварених продајом, према рангу приоритета коју су стекли у складу са законом, а сразмјерно процијењеном учешћу у вриједности имовине која је предмет обезбијеђеног права у односу на процијењену вриједност правног лица.

Ово донекле нарушава универзални принцип да разлучна права не спадају у стечајну масу, и чини се да ће ова одредба у пракси створити одређене проблеме, али то питање на овом мјесту нећемо детаљније об-разлагати.

¹⁴ Опширније види: Козар, В., *Коментар Закона о стечајном поступку – прво издање*, Београд, 2004, стр. 105.

¹⁵ Члан 158–160 Закона о стечају

3.2. Имовина из пасивног подбиланса

Проблем идентификације и тачног пописа имовине је веома изражен код свих бивших друштвених предузећа, као и код предузећа насталих претварањем друштвеног капитала и својинском трансформацијом у поступку приватизације друштвеног капитала у предузећу.

За вријеме постојања заједничке државе СФРЈ бројна предузећа из једне републике имале су имовину на територији друге републике. Већа предузећа, чије је сједиште било у једној републици, оснивала су своја представништва у другим републикама. То је стварало потребу да имају своје пословне просторе, канцеларије, производне и продајне просторе и друго. Многа предузећа су имала своја одмаралишта, производне хале, бензинске пумпе и друго. Сва та имовина и данас се налази на подручју бивших република, а сада суверених самосталних држава. Код ових новонасталих држава указала се потреба да се ова имовина сачува и заштити, што је и чињено на различите начине, и кроз различита рјешења.

У Босни и Херцеговини, то јест у њена два ентитета, прописано је да се та имовина преноси у пасивни подбиланс¹⁶, док су остале земље бивше СФРЈ имовину предузећа која се налази ван територије државе оставили даље у активним билансима тих предузећа.

Крајем 90-их година у БиХ (у Републици Српској и ФБиХ) започео је поступак приватизације државног капитала у предузећима и банкама доношењем, у оба ентитета и на нивоу БиХ, читавог низа закона који су уредили овај поступак.¹⁷

На нивоу БиХ донесен је оквирни закон о приватизацији предузећа и банака у БиХ.¹⁸ Овај закон изричито признаје право ентитета да приватизују предузећа и банке смјештене на њиховој територију које нису у приватном власништву.¹⁹

Овакво законско одређење је на двосмислен начин потврђено у даљем тексту закона, гдје је прописано да ће се законима које доно-

¹⁶ Опширније види: Павичић, В., Видић, Л., „Улога Правобранилаштва Републике Српске у заштити имовине из пасивног подбиланса“, *Правна ријеч*, број 36/2013, Бања Лука, 2013.

¹⁷ Тако је у Републици Српској донесен Закон о приватизацији државног капитала у предузећима („Службени гласник РС“ број 24/98, 62/02, 38/03, 65/03, 109/05), Закон о почетном билансу стања у поступку приватизације државног капитала у предузећима („Службени гласник РС“ број 24/98), Закон о приватизацији државног капитала у банкама („Службени гласник РС“ број 24/98) и Закон о почетном билансу стања у поступку приватизације државног капитала у банкама („Службени гласник РС“ број 24/98).

¹⁸ „Службени гласник БиХ“ број 14/98, 12/99, 14/00, 16/02, 88/05.

¹⁹ Члан 2 Оквирног закона о приватизацији предузећа и банка у БиХ

се ентитети који проводе приватизацију обухватити само имовина и потраживања у вези са том имовином, која се налазе на територији тог ентитета.²⁰

Предузећа у Републици Српској су темељем ових закона била у обавези да припреме програм приватизације, те да га доставе Дирекцији за приватизацију Републике Српске на одобрење.

Да би се предузећа направила атрактивнија за продају, било је потребно да се сачини почетни биланс, у коме би се предузеће очистило од свих спорних ставки и позиција.

Због тога се почетни биланс састојао од три подбиланса:

- активни подбиланс
- пасивни подбиланс и
- неутрални подбиланс.

Предмет приватизације фактички је чинио активни подбиланс.

Пасивни подбиланс и неутрални подбиланс нису били предмети приватизације.

Међутим, у пракси се касније испоставило да су поједина предузећа у активни подбиланс уносила и означавала имовину која није могла бити у активном подбилансу на основу изричитих законских норми, о чему ћемо детаљније у наставку овог рада.

Овдје морамо нагласити да предмет продаје у поступку приватизације нису биле некретнине, већ државни капитал, односно акције предузећа па на купца се није пренијела својина на некретнинама већ својина на акцијама предузећа.

Овакав став заузела је и судска пракса²¹, иако су многи купци државног капитала сматрали да су купили имовину односно некретнине предузећа па је у овом периоду о овом питању вођено доста судских спорова.

С обзиром на неријешен статус имовине бивших друштвених предузећа односно различитих уписа на ову имовину у евиденцијама о којима се воде права на некретнинама, купцима државног капитала створило је доста проблема.

Купци државног капитала у предузећима морали су касније у управним и судским поступцима, на законом прописан начин, вршити

²⁰ Члан 3 став 2 Оквирног закона о приватизацији предузећа и банака у БиХ

²¹ Опширније види пресуду Врховног суда Републике Српске број 57 0 Пс 009394 11 Рев од 1. 11. 2012. године.

упис одређених права на овој имовини, о чему ће у наставку бити више ријечи.

Изричитим законским одредбама предмет приватизације нису могла бити природна богатства, добра у општој употреби, објекти од општег културног и историјског значаја, која су предузећу дата на коришћење, док се статус грађевинског пољопривредног земљишта утврђује посебним законима.²²

На ово посебно указујемо из разлога што је у пракси било доста покушаја да се у разним поступцима пред судским и управним органима докаже да су и ова добра била предмет приватизације, иако је напријед поменута одредба изричитог карактера па сви правни послови закључени супротно овој – императивној правној норми (принудни пропис) су ништави²³.

Одредбе Закона о приватизацији државног капитала у предузећима у својој суштини су ограничавајуће одредбе у погледу могућности стицања права својине на непокретностима које су биле предмет поступка приватизације државног капитала у предузећима. Оне су ограничавајуће из разлога што одређени субјекти права који могу бити титулари непокретности, то не могу бити на непокретностима које нису ушле у програм приватизације државног капитала у предузећима, односно на непокретностима које суштински не могу бити објекат права својине, јер је другим посебним законским прописима тј. основним законом (у вријеме доношења Закона о приватизацији државног капитала у предузећима на снази је био Закон о основним својинско-правним односима, те Закон о промету непокретности, који су ступањем на снагу Закона о стварним правима стављени ван снаге), искључена могућност стицања права својине на тим непокретностима у поступку приватизације државног капитала у предузећима. Чак и да су те непокретности ушле у програм приватизације државног капитала у предузећима, право својине на истим се није могло стећи, управо из разлога што је Закон о приватизацији државног капитала у предузећима ограничавајући у погледу могућности стицања права власништва на непокретностима које су ушле у програм приватизације државног капитала у предузећима, и то из разлога што је стицање власништва над истим било ограничено другим законским прописима. Доношењем Закона о стварним правима децидирано је пропи-

²² Члан 8 Закона о приватизацији државног капитала у предузећима („Службени гласник Републике Српске“ број 51/06, 1/07, 53/07,41/08,58/09,79/11 и 28/13).

²³ Члан 103 Закона о облигационим односима („Сл. лист СФРЈ“ бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89 и „Сл. гласник Републике Српске“ бр. 17/93, 3/96, 37/01 др. закон, 39/03 и 74/04).

сано шта не може бити објекат права својине и других стварних права. Такође, истим законом је дефинисано да добра од општег интереса, а која нису општа добра, могу бити објекат права својине и других стварних права, с тим да су носиоци тих права дужни да иста остварују у складу с начином употребе и коришћења, прописани посебним законима, односно добра од општег интереса уживају посебну заштиту. Наведено само потврђује тезу да непокретности наведене у програму приватизације државног капитала у предузећима, а које у нарави представљају општа добра, односно добра у општој употреби, а не односе се на изграђено грађевинско земљиште, нису могле постати својина правног лица које је било обухваћено својинском трансформацијом државног капитала у предузећима.

С обзиром на ограничавајући карактер одредаба Закона о приватизацији државног капитала у предузећима, те имајући у виду одредбе Закона о стварним правима, потребно се осврнути на поједине одредбе законских прописа који су одређивали поједине непокретности као општа добра, односно добра у општој употреби, како у периоду извршене приватизације тако и у периоду доношења Закона о стварним правима. Из појединих одредаба које ће услједити биће видљиво ко се може сматрати титуларом појединих непокретности чији је статус регулисан посебним законским прописима.

3.3. Општа и јавна добра

Општа и јавна добра на основу посебних законских прописа, а у вези с основним законским прописом који регулише стварна права на одређеним стварима, не могу бити дио стечајне масе.

Нису објекат права својине и других стварних права они дијелови природе који по својим особинама не могу бити у власти физичког или правног лица појединачно, него су на употреби свима под једнаким условима, као што су: ваздух, вода у ријекама, изворима, језерима и мору (општа добра).

Јавна добра су ствари које су по закону намијењене да служе свима под једнаким условима, као што су: јавни путеви, улице, тргови и друго.

Рудна богатства, воде, дивљач, рибе и други слободни дијелови природе постају предмет својине и других стварних права када се захвате или одвоје од свога лежишта или станишта на основу дозволе или концесије надлежног органа.

Самосталне непокретности су оне зграде, грађевине или направе на општем или јавном добру које су од њега правно одвојене концесијом, те су својина носиоца концесије.

Посебним законом се уређује коришћење и управљање општим и јавним добрима²⁴.

3.3.1. Воде и водно добро

Одредбама Закона о водама²⁵ који је важио у тренутку приватизације државног капитала у предузећима прописано је да су воде добра од општег интереса и под посебном су заштитом, а користе се за задовољавање општих и појединачних потреба, под условима и на начин прописан овим законом односно да воде као добро од општег интереса не могу бити ни у чијем власништву.

Законом о водама из 2006. године²⁶ дефинисано је да су воде опште добро и налазе се под посебном заштитом Републике Српске, као саставног дијела Босне и Херцеговине, да је водно добро у смислу овог закона водно земљиште, воде и водни објекти, који због свог нарочитог значаја јесу добра од општег интереса и под посебном су заштитом, да јавно водно добро чине сви сегменти водног добра наведени у ставу 1 члана 10, а то јавно добро јесте добро од општег интереса и у власништву је Републике Српске.

3.3.2. Јавни путеви

Одредбама Закона о јавним путевима²⁷ из 2013. године, као и претходним, прописано је да су јавни путеви јавно добро, у општој употреби, у својини Републике Српске, а управљање, одржавање, грађење и заштита јавних путева је дјелатност о посебног интереса за Републику.

3.4. Добра од општег интереса

За разлику од општих и јавних добара, добра од општег интереса могу бити предмет и објект права својине.

²⁴ Члан 7 Закона о стварним правима („Сл. гл. РС“ број 124/08, 95/11 и 60/15).

²⁵ Чл 1 Закона о водама („Сл. гл. РС“ бр. 10/98).

²⁶ Чл. 8, чл. 9, став 2 члана 10 Закона о водама („Сл. гл. РС“ бр. 50/06).

²⁷ Закон о јавним путевима („Сл. гл. РС“ бр. 89/13).

Добра од општег интереса која нису општа добра, као што су грађевинска земљишта, пољопривредна земљишта, шуме и шумска земљишта, заштићени дијелови природе, биљни и животињски свијет, ствари од културног, историјског и еколошког значаја, могу бити објекат права својине и других стварних права.

Носиоци права својине и других стварних права на добрима од општег интереса дужни су да остварују своја права у складу са начином употребе и коришћења, прописаним посебним законима.

Добра од општег интереса уживају посебну заштиту²⁸.

3.4.1. Грађевинско земљиште

Закон о грађевинском земљишту²⁹ који је важио у тренутку доношења Закона о приватизацији државног капитала у предузећима прописао је да грађевинско земљиште, као добро од општег интереса, служи потребама радних људи и грађана и користи се према његовој намјени на начин и под условима прописаним наведеним законом, којима се обезбеђује његово рационално искоришћавање и други општи интереси утврђени Законом или на основу закона (члан 2); да на градском грађевинском земљишту не може постојати право својине (члан 4); да се грађевинско земљиште не може утврђивати из друштвене својине (члан 5); да општина управља и располаже градским грађевинским земљиштем на начин и под условима предвиђеним законом и прописима донесеним на основу закона (члан 6); да градско грађевинско земљиште одређује општина и то на основу услова наведених у члану 14, да ступањем на снагу одлуке о одређивању градског грађевинског земљишта на изграђеном и неизграђеном грађевинском земљишту обухваћеном том одлуком, престаје право својине и друга стварна права на то земљиште осим права стварне служности (члан 16); да скупштина општине може неизграђено градско грађевинско земљиште додјелјивати физичким и правним лицима на коришћење ради изградње трајних грађевина (члан 17); да друштвено-правно лице може пренијети неизграђено градско грађевинско земљиште ради привођења трајној намјени предвиђеној одговарајућим планом, само на општину, односно и на друго друштвено-правно лице прије привођења трајној намјени, а пренос земљишта се врши без накнаде, односно уз накнаду само до висине вриједности улагања у земљиште

²⁸ Члан 8 Закона о стварним правима („Сл. гл. РС“ број 124/08, 95/11 и 60/15).

²⁹ Закон о грађевинском земљишту („Сл. лист СРБиХ“ број 34/86, 1/90, 29/90, „Сл. гл. РС“ број 29/94, 23/98, 5/99).

које се преноси (члан 19). Такође, тим законским прописом су дефинисана и изведена права својине на непокретностима које се налазе у режиму друштвене својине, као што су право коришћења ради грађења, привремено право коришћења неизграђеног градског грађевинског земљишта до преузимања (привремено право коришћења земљишта), првенствено право коришћења земљишта ради грађења, право коришћења изграђеног градског грађевинског земљишта док на њему постоји грађевина (трајно право коришћења), с тим да је ранијим законским прописом дефинисано право коришћења, односно право располагања градским грађевинским земљиштем у друштвеној, односно државној својини.

Закон о грађевинском земљишту Републике Српске из 2003. и Закон о грађевинском земљишту из 2006. године прописали су да се изградња градова и насеља градског карактера на градском грађевинском земљишту и осталом грађевинском земљишту обавља у складу са регулационим планом или просторно-планском и урбанистичком документацијом, сматра се да је у општем интересу, те је дефинисано да скупштина општине, односно скупштина града може неизграђено грађевинско земљиште у државној својини додјелјивати физичким и правним лицима на коришћење ради изградње трајних грађевина у складу са регулационим планом³⁰, односно скупштина јединице локалне самоуправе продаје посредством лицитације или даје у замјену физичким и правним лицима неизграђено градско грађевинско земљиште у државној својини ради изградње трајних грађевина у складу са Регулационим планом или га даје у закуп ради изградње привремених грађевина³¹.

Закон о грађевинском земљишту Републике Српске из 2006. године стављен је ван снаге доношењем Закона о уређењу простора и грађењу, осим одредаба члана 44, које су преузете и постале су саставни дио Закона о уређењу простора и грађењу³².

3.4.2. Пољопривредно земљиште

Закон о пољопривредном земљишту у различитом временском периоду је прописао да је пољопривредно земљиште добро од општег интереса, па је тако одредбама Закона о пољопривредном земљишту прописано да се истим законом уређује заштита, коришћење, унапређивање и уређење пољопривредног земљишта, као природног богатства и добра

³⁰ Чл. 3 и 16 Закона о грађевинском земљишту Републике Српске („Сл. гл. РС“ број 86/03).

³¹ Чл. 15 Закона о грађевинском земљишту Републике Српске („Сл. гл. РС“ број 112/06).

³² Чл. 198 став 2 Закона о уређењу простора и грађењу („Сл. гл. РС“ број 40/13).

од општег интереса³³; одредбама Закона о пољопривредном земљишту из 2004. године прописано је да пољопривредно земљиште, као добро од општег интереса, ужива посебну заштиту и користи се под условима и начин прописан наведеним законом³⁴, а одредбама Закона о пољопривредном земљишту из 2006. године прописано је да се истим уређује планирање, заштита, уређење, коришћење, као и друга питања од значаја за пољопривредно земљиште као добро од општег интереса³⁵.

3.4.3. Шумско земљиште

Законом о шумама у различитом временском периоду је прописано да шуме и шумска земљишта представљају добра од општег интереса, па је тако прописано да су шуме и шумска земљишта, због својих општекорисних функција и привредног значаја, добро од општег интереса и уживају посебну бригу и заштиту државе³⁶, односно прописано је да су шуме и шумско земљиште природна добра од општег интереса и уживају посебну бригу и заштиту Републике Српске³⁷.

Дакле, из горе наведених законских прописа произлази да су добра у општој употреби регулисана одредбама Закона о грађевинском земљишту, одредбама Закона о пољопривредном земљишту, односно одредбама Закона о шумама, с тим да је подзаконским прописом³⁸ дефинисано да се пољопривредно земљиште и шуме исказују у ванбилансној евиденцији, на терет државног капитала, док ће се начин и услови коришћења те имовине регулисати посебним законским прописима, а неизграђеним градским грађевинским земљиштем у друштвеној, односно државној својини, располагала је јединица локалне самоуправе у складу са важећим законским прописима како у тренутку приватизације државног капитала у предузећима, тако и након извршеног процеса приватизације.

Став да добра у општој употреби не могу бити предмет приватизације државног капитала у предузећима потврдила је и судска пракса.

³³ Чл 1 Закона о пољопривредном земљишту („Сл. гл. РС“ број 13/97).

³⁴ Чл 2 Закона о пољопривредном земљишту („Сл. гл. РС“ број 14/04).

³⁵ Чл 1 Закона о пољопривредном земљишту („Сл. гл. РС“ број 93/06).

³⁶ Чл. 1 став 1 Закона о шумама („Сл. гл. РС“ број 13/94).

³⁷ Чл. 2 став 1 Закона о шумама („Сл. гл. РС“ број 75/08).

³⁸ Уредба о утврђивању методологије за израду почетног биланса стања у поступку приватизације државног капитала у предузећима („Сл. гл. РС“ број 28/98 и 37/99).

Позивајући се на горе наведене законске прописе, Окружни привредни суд Бања Лука констатује чињеницу да је у вријеме приватизације државног капитала у предузећима пољопривредно земљиште већ тада било својина Републике Српске, те да исто није могло бити унесено у капитал правних лица у поступку приватизације „у вријеме приватизације пољопривредни комбинати, односно њихови правни сљедници нису више имали никаква права из друштвене својине (право располагања, коришћења или управљања)³⁹.

Уставни суд Босне и Херцеговине, рјешавајући по апелацији, доноси одлуку којом се апелација изјављена против одлуке Окружног суда Бања Лука бр. 11 0 У 011126 13 У од 6. 3. 2014. године, одбија као неоснована. У конкретном предмету Уставни суд констатује да није било повреде права апеланта приликом доношења одлука надлежних органа, с тим да децидирано наводи: „Будући да пољопривредно земљиште, као добро од општег интереса, није било предмет приватизације, те да је то земљиште власништво Републике Српске која га фактички користи и управља њиме, апелант нема право на накнаду⁴⁰.

IV Начин претварања друштвене својине у право својине с освртом на начин стицања права својине на непокретностима које су биле предмет својинске трансформације државног капитала у предузећима

Упис права на овој имовини, односно претварање уписаних права из бившег друштвеног система и претварања у право својине могло се вршити у посебним управним и судским поступцима на основу Закона о стварним правима и другим посебним прописима, на начин прописан тим прописима, на што се детаљније осврћемо у наставку овог рада. Овом приликом указујемо на одређене одредбе Закона о стварним правима, при том доводећи их у везу с другим одредбама посебних законских прописа, што је неопходно учинити у сврху упознавања с комплексношћу рјешавања имовинскоправних ствари пред надлежним органима, нарочито у погледу непокретности које се налазе у режиму друштвене, односно државне својине. Рјешавањем имовинскоправних

³⁹ Опширније види пресуду Окружног привредног суда Бања Лука бр. 57 0 Пс 121541 17 Пс од 1. 6. 2018. године.

⁴⁰ Опширније види Одлуку Уставног суда Босне и Херцеговине бр. АП- 2108/14.

односа на непокретностима које се налазе у режиму друштвене, односно државне својине, стварају се претпоставке за уновчење имовине у стечајном поступку над правним лицем који се појављује као титуларних непокретности.

4.1. Укратко о својини у смислу одредаба Закона о стварним правима

Законом о стварним правима извршена је кодификација⁴¹ законских прописа који су важили у временском периоду прије његовог доношења, а који су регулисали различита својинска права на покретним и непокретним стварима.

Најзначајнија одредница одредаба Закона о стварним правима тиче се јасног назначења стварних права, односно дефинисано је да постоји само једна врста власништва над стварима, а то је својина.

Својина је стварно право, које власнику даје овлашћење да слободно и по својој вољи ствар држи, користи и да с њоме располаже, а свакога од тога права искључи у границама одређеним законом.

Свако је дужан да се уздржава од повреде права својине другог лица⁴².

Законом о стварним правима уређује се стицање, коришћење, располагање, заштита и престанак права својине, других стварних права и државине.

Стварна права су: право својине, право грађења, заложно право, право стварне и личне службености и право реалног терета.

Одредбе овог закона које се односе на право својине сходно се примјењују на сва друга стварна права, осим ако посебним законом није другачије прописано или то произлази из њихове правне природе.

Право својине и друга стварна права могу се против власникове воље одузети или ограничити, само у јавном интересу и под условима предвиђеним законом, у складу с принципима међународног права.

Законом се, у јавном интересу, а нарочито ради заштите природних богатстава, животне средине, здравља људи, културноисторијске баштине и другог, може ограничити или посебно уредити начин коришћења и располагања одређеним стварима.

⁴¹ Медић, Душко, *Ново стварно право Републике Српске*, Бања Лука, 2011.

⁴² Члан 17 Закона о стварним правима („Сл. гл. РС“ број 124/08, 95/11 и 60/15).

Свако физичко и правно лице може бити носилац права својине и других стварних права.

Само је једна врста права својине, без обзира на то о којем се носиоцу права својине ради.

Ствари у смислу овог закона су материјални дијелови природе, који могу бити у власти физичког или правног лица, осим ако због својих природних својстава или ограничења на основу посебног закона нису подобне да буду објекат права својине и других стварних права.

Ствари у смислу овог закона су и скуп ствари и права која су законом изједначена са стварима⁴³.

Предмет права својине је индивидуално одређена непокретна (непокретност) или покретна (покретност) ствар, осим оних које нису за то подобне или је законом другачије одређено.

Непокретности су честице земљишне површине, заједно са свим оним што је са земљиштем трајно спојено на површини или испод ње, ако законом није другачије одређено.

Покретности су ствари које се могу премјестити са једног мјеста на друго без промјене њихове суштине.

Ствари које су по својој природи покретне сматрају се у правном смислу непокретним стварима ако припадају непокретности или их закон изједначава са непокретностима.

Законом одређене врсте права или нетјелесне ствари могу бити изједначене са стварима и тада се убрајају у покретне ствари, а у непокретне само ако су спојене са својинама непокретних ствари, или су њихов терет, или су законом проглашене као непокретне.

Ако постоји сумња у то да ли је нешто покретна или непокретна ствар, сматра се да је покретна ствар.

Животиње нису ствари, али за њих вриједи све што и за ствари, ако законом није другачије одређено⁴⁴.

Све горе наведено, доводећи се у везу с посебним законским прописима наведеним у досадашњем дијелу текста, управо указује на чињеницу да, осим одредаба Закона о стварним правима које регулишу начин стицања стварних права на непокретностима, стицање одређених стварних права на непокретностима може бити регулисано и посебним законским прописима.

⁴³ Чл. 1, 2, 3, 5 Закона о стварним правима („Сл. гл. РС“ број 124/08, 95/11 и 60/15).

⁴⁴ Члан 6 Закона о стварним правима („Сл. гл. РС“ број 124/08, 95/11 и 60/15).

4.2. Стицање права својине на непокретностима које су биле предмет својинске трансформације државног капитала у предузећима

С обзиром на то да је предмет стечајног поступка уновчење имовине стечајног дужника неопходно је обратити пажњу на уновчење имовине стечајног дужника који је у претходном временском периоду био обухваћен својинском трансформацијом државног капитала у предузећима, за разлику од уновчења имовине стечајног дужника који није прошао кроз тај процес. Разлог прављења разлике у наведеном смислу лежи у чињеници да правна лица обухваћена процесом својинске трансформације државног капитала у предузећима имовину на основу те трансформације стичу под одређеним условима, односно законски оквир је ограничавајући у погледу имовине која се могла стећи тим путем, за разлику од другог начина стицања од правних лица која нису били обухваћена предметом својинске трансформације државног капитала у предузећима, која одређена права на непокретностима су стицала по општим правилима, ако посебним законом није другачије одређено.

Стечајни дужник који је у претходном временском периоду био обухваћен својинском трансформацијом државног капитала у предузећима имовину која може бити предмет одређеног стечајног поступка је стекао у складу с одредбама Закона о приватизацији државног капитала у предузећима, који је претрпио одређене измјене кроз одређени временски период, с тим да су основни постулати остали исти.

Закон о приватизацији државног капитала у предузећима је прописао да се истим уређују услови и поступак за продају и преношење државног капитала у предузећима Републике Српске у својину домаћих и страних физичких и правних лица. Предмет приватизације је државни капитал у предузећима у државној и мјешовитој својини. Предметом приватизације сходно наведеном закону не могу бити природна богатства, добра у општој употреби, објекти од општег културног и историјског значаја која су предузећу дата на коришћење, као и земљиште, осим изграђеног грађевинског земљишта. Изграђено грађевинско земљиште које предузеће користи у складу са законом, даном ступања на снагу овог закона улази у имовину предузећа и постаје његовом својином, осим градског грађевинског земљишта на коме се стиче трајно право коришћења. Такође, наведеним законом се дефинише да приватизација предузећа од стратешког интереса приватизују на основу овог закона,

по посебним приватизационим програмима владе, односно истим се одређује да се друга државна својина наведена у члану 9, која није предмет приватизације по основу овог закона, приватизује на основу посебних закона⁴⁵.

Законом о приватизацији државног капитала у предузећима из 2006. године, као и каснијим измјенама и допунама истог, битније се не мијења суштина Закона из 1998. године. Тим законом се такође одређује које непокретности не могу бити предмет приватизације (природна богатства, добра у општој употреби, објекти од опште културног и историјског значаја која су предузећу дата на коришћење), док ће се статус пољопривредног и грађевинског земљишта уредити посебним законским прописима, тј. одређује се да се непокретности из чл. 9 приватизују по основу посебних законских прописа. Одредбом члана 8а дефинише се поступак пред надлежним органом управе, који након проведеног поступка доноси рјешење којим се одлучује о праву својине подносиоца захтјева на објекту који је био предмет приватизације и на земљишту неопходном за редовну употребу тог објекта⁴⁶.

Из горе наведеног произлази да се одредбама члана 8а суштински заокружује непокретност која је била и могла бити предмет приватизације државног капитала у предузећима, што у вези с одредбама чл. 4 Закона о приватизацији државног капитала у предузећима из 1998. године, односно у вези с одредбама Закона о стварним правима, у дијелу који се односи на означавање објеката који не могу бити предметом права својине и других стварних права, односно у дијелу који указује на постојање посебних законских прописа, доводи до закључка да је само изграђено грађевинско земљиште и могло бити предмет приватизације државног капитала у предузећима.

Судска и управна пракса је потврдила начин примјене одредаба ових закона па су у пракси отклоњене нејасноће у погледу примјене наведених одредаба у одређеним правним стварима.

Тако и Врховни суд Републике Српске у својој одлуци, констатује „да је програм приватизације одобрен рјешењем дирекције за приватизацију бр. 01-1116-4/99 од 12. 7. 2001. године“; „да је у поглављу осам програма приватизације предузеће исказало податке о некретнинама међу којима се налази привредна зграда стојећа на парцели 841/26 у површини од

⁴⁵ Чл. 1, 3, 4, 7 и 9 Закона о приватизацији државног капитала у предузећима („Сл. гл. РС“ бр. 24/98).

⁴⁶ Чл. 4, 9 Закона о приватизацији државног капитала у предузећима („Сл. гл. РС“ бр. 51/2006, 1/2007, 53/2007, 41/2008, 58/2009, 79/2011 и 28/2013).

2.924 м², да је вјештак геометар истакао да је предметна к. ч. бр. 841/26 цијепана на к. ч. бр. 841/128 у површини од 1.960 м²“, да „је правилно од стране првостепеног органа тужене утврђено да су „Ч.....“ АД Бања Лука и „Н.....“ д.о.о Бања Лука стекли право својине куповином државног капитала у предузећима чија је вриједност утврђена рјешењем Дирекције за приватизацију РС бр. 01-1168-4/99 од 12. 7. 2001. године на некретницама означеним као к. ч. бр 841/128 (нп 2114/1) у површини од 1960 м² уписане у зкул бр. 12039 КО Бања Лука“⁴⁷.

Такође, Врховни суд Републике Српске у својој одлуци⁴⁸ наводи: „према члану 8а Закона о приватизацији, на основу службене евиденције о извршеној приватизацији државног капитала у предузећима по одредбама Закона о приватизацији државног капитала у предузећима (Сл. гл. РС број 24/98, 62/02, 38/03 и 109/05) и одредбама оквирног Закона о приватизацији предузећа и банака у Босни и Херцеговини (Сл. гл. БиХ број 14/98), Инвестиционо-развојна банка Републике Српске АД Бања Лука, по службеној дужности или по захтјеву заинтересованог лица, издаје увјерење којим се означавају непокретности које су у почетном билансу стања (активни биланс), исказане у имовини предузећа које је било предмет извршене приватизације. На основу тог увјерења, земљишно-књижне, катастарске документације и извода из судског регистра о оснивању предузећа, а по захтјеву заинтересоване странке, Републичка управа за геодетске и имовинско-правне послове Бања Лука ће спровести поступак и након извршеног увиђаја и изјашњења од стране лица геодетске струке у погледу идентификовања земљишта испод објекта и земљишта које је неопходно за редовну употребу објекта, према регулационом плану, односно мишљењу органа јединице локалне самоуправе надлежног за уређење простора на подручју за које није донесен регулациони план донијеће рјешење којим се утврђује права власништва у корист подносиоца захтјева. Наведено рјешење ће послужити као основ за провођење у јавним регистрима“. Суд приликом доношења пресуде истиче да „Т.....“ АД није приложио исправу⁴⁹ која представља ваљан правни основ за утврђење права својине на предметном пословном простору, па само увјерење Инвестиционо-развојне банке не може

⁴⁷ Опширније види пресуду Врховног суда Републике Српске бр. 11 0 У 013508 15 Увп од 7. 9. 2017. године.

⁴⁸ Опширније види пресуду Врховног суда Републике Српске бр. 11 0 У 014113 15 Увп од 15. 11. 2017. године.

⁴⁹ Опширније види пресуду Врховног суда Републике Српске бр. 11 0 У 014113 15 Увп од 15. 11. 2017. године.

представљати основ за примјену члана 8а Закона о приватизацији, због чињенице да су у катастарској и земљишно-књижној евиденцији са одређеним правима уписана друга лица која су се изјаснила да је потребно да „Г.....“ АД предочи купопродајни уговор којим је наводно његов правни претходник купио предметни пословни простор од инвеститора. Према наведеном, у проведеном управном поступку нису утврђене одлучне чињенице за правилну примјену члана 8а Закона о приватизацији, због чега је оспорени акт донијет на основу непотпуно и неправилно утврђеног чињеничног стања и неправилне примјене материјалног права“.

Указујемо на то да орган управе непосредно примјењује одредбе Закона о приватизацији државног капитала у предузећима, па тако Републичка управа за геодетске и имовинско-правне односе ПЈ Прњавор својом одлуком одбија захтјев подносиоца за утврђивање права власништва на дренажном систему, одводним и доводним каналима у земљишту које служи за њихову редовну употребу, позивајући се на одлуку Уставног суда БиХ, донијету у предмету АП-473/14, односно Окружног суда Бања Лука бр 11 0 У 018560 16 У од 8. 12. 2016. године, из којих произилази да „када се ради о пољопривредном земљишту, које се налази под посебним правним режимом и као такво представља добро од општег интереса у смислу одредбе члана 8 Закона о стварним правима, што је прописано и посебним законом, Законом о пољопривредном земљишту, да пољопривредно земљиште на може бити приватизовано, али се може дати у закуп, замијенити или дати концесија за његово коришћење“. У вези с горе наведеним, захтјев је одбијен из разлога што „дренаже нису грађевински објекти“⁵⁰.

4.3. Претварање друштвене својине у својину

С обзиром на то да је Законом о стварним правима регулисано да су стварна права: право својине, право грађења, заложно право, право стварне и личне службености и право реалног терета, те да је само једна врста права својине, без обзира на то о којем се носиоцу права својине ради, то је регулисан и статус непокретности које се налазе у режиму друштвене, односно државне својине. Наведено је учињено из разлога што и поред неспорне чињенице да су у одређеном временском периоду законски прописи који су важили у том временском пе-

⁵⁰ Опширније види рјешење РУГИПП ПЈ Прњавор бр. 21.36/476-13/12 од 23. 1. 2018. године.

риоду омогућавали стицања права власништва на непокретностима у друштвеној, односно државној својини, од стране лица која су у складу с тим законским прописима полагала право на те непокретности, то право иста нису остварили. То се десило из разлога што исти нису подносили захтјеве надлежном органу управе за конверзију друштвене својине у својину, или из разлога што надлежни орган у тренутку важења законског прописа који је то омогућавао није по службеној дужности извршио конверзију друштвене својине у својину одређеног титулара у погледу непокретности које им припадају сходно законским прописима која су то омогућавала у том временском периоду.

Прелазне и завршне одредбе Закона о стварним правима Републике Српске изузетно су важне за примјену овог закона и по свом значају премашују стандардне оквире оваквих одредаба. Оне садрже одредбе о претварању друштвене својине, успостављању правног јединства некретнине, извршавању овлашћења у погледу цијеле непокретности у прелазном периоду, дејству закона, стеченим правима, престанку важења закона итд. Њима се успостављају и спроводе суштинска начела закона, посебно она о једноврности права својине и успостави правног јединства некретнине⁵¹.

4.3.1. Претварање права управљања, коришћења и располагања у својину

Ако посебним законским прописом није другачије прописано, право управљања, коришћења или располагања као основно право на стварима у друштвеној, односно државној својини, које до ступања на снагу овог закона нису постала својина другог лица, претвара се у право својине његовог досадашњег носиоца или његовог правног сљедника, ако те ствари могу бити предмет својине. Такође, право управљања, коришћења или располагања на непокретностима у друштвеној, односно државној својини, које до ступања на снагу овог закона нису постала својина другог лица, претвара се у право својине јединице локалне самоуправе на чијој се територији налази та непокретност, ако је носилац тог права престао да постоји и нема правног сљедника⁵².

⁵¹ Медић, Душко, „Завршне одредбе Закона о стварним правима Републике Српске“, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци*, година 32, број 31/32, Бања Лука, 2010.

⁵² Чл. 324 став 1 и 3 Закона о стварним правима („Сл. гл. РС“ број 124/08, 95/11 и 60/15).

4.3.2. Претварање привременог права коришћења, трајног права коришћења и права коришћења ради грађења у својину

Привремено право коришћења до преузимања, право коришћења ради грађења и трајно право на градском грађевинском земљишту у друштвеној односно државној својини које до ступања на снагу овог закона није постало својина другог лица, претвара се у право својине његовог досадашњег носиоца, односно његовог правног сљедника⁵³.

Поступак претварања горе наведених тзв. изведених својинских права на непокретностима покреће се од стране заинтересованог лица пред надлежним органом управе⁵⁴, а како то прописују одредбе Закона о стварним правима.

Примјеном одговарајућих одредаба Закона о стварним правима, Републичка управа за геодетске и имовинско-правне односе, односно подручна јединица исте, надлежна за територију гдје се налази непокретност која представља предмет поступка, доноси одлуку о претварању изведеног права својине у својину досадашњег носиоца тог права, под условом да су испуњени услови да се у корист подносиоца захтјева изврши претварање права. Рјешење органа управе је деклараторног карактера.

Тако РУГИПП ПЈ Бања Лука, одлуком, а у складу са одредбама члана 326 у вези са одредбама члана 325 Закона о стварним правима, доноси рјешење којим се претвара привремено право коришћења досадашњег носиоца тог права у право својине на градском грађевинском земљишту у друштвеној својини, констатујући „да је вјештак геодетске струке извршио идентификацију предметних парцела, те установио да се ради о кч. бр. 649 звана кућиште, двориште површине 486 м², помоћна зграда површине 43 м² и стамбена зграда површине 76 м², уписана у зк. ул. бр. 441 к.о. Дервиши, са правом располагања у корист Општине Б....., с 1/1 дијела и привремено право коришћења у корист О..... са 1/1 дијела по новом премјеру односе се на непокретности уписане у лист непокретности број 457 к.о. Д..... с 1/1 дијела“, а „како чињенично стање уписа у земљишној књизи упућује на претварање права коришћења земљишта у право својине, према мишљењу овог органа, испуњени су сви услови прописани чланом 325 Закона о стварним правима“⁵⁵.

⁵³ Чл. 325 Закона о стварним правима („Сл. гл. РС“ број 124/08, 95/11 и 60/15).

⁵⁴ Чл. 326 Закона о стварним правима („Сл. гл. РС“ број 124/08, 95/11 и 60/15).

⁵⁵ Опширније види рјешење РУГИПП ПЈ Бања Лука број 21.11/476-148/18 од 16. 7. 2018. године.

РУГИПП ПЈ Бања Лука одлуком претвара право коришћења земљишта до дана кад га је на основу одлуке надлежног органа дужна предати кориснику (привремено право коришћења), досадашњег носиоца тог права на стварима у друштвеној, односно државној својини, у право својине на градском грађевинском земљишту означеном у диспозитиву рјешења, притом наводећи „да су одлучне чињенице за претварање досадашњих права коришћења уписаних у земљишно-књижној евиденцији, да је земљиште у режиму државне, односно друштвене својине, да је на истом уписано право коришћења на земљишту (привремено, првенствено, односно право коришћења ради грађења и трајно право коришћења на градском грађевинском земљишту), те да исто није постало својина другог лица до ступања на снагу Закона о стварним правима. У конкретној управној ствари неспорно је утврђено да је ријеч о земљишту у режиму друштвене својине на којем је подносилац захтјева, на основу ваљаног правног основа, укњижен с правом коришћења земљишта, те да предметно земљиште није постало својина другог лица до дана ступања на снагу Закона о стварним правима“⁵⁶.

4.3.3. Правно јединство земљишта и зграде

Закон о стварним правима успоставља правно јединство земљишта и зграде ако до ступања на снагу није успостављено, и то у поступку пред надлежним органом управе. Власник зграде који је прибавио одобрење за грађење или одобрење за употребу зграде, стиче право својине на градском грађевинском земљишту у друштвеној, односно државној својини, које служи за редовну употребу те зграде, у складу с регулационим планом који је важио у тренутку изградње те зграде. Ако у тренутку изградње те зграде није постојао регулациони план, власник зграде стиче право својине на градском грађевинском земљишту испод зграде⁵⁷.

Тако Окружни суд у Бањој Луци у управном спору покренутом по тужби П _____ изјављеној против рјешења РУГИПП Бања Лука број 21.05/476-232/16 од 28. 11. 2016. године, доноси пресуду којом се тужба одбија као неоснована, уз став да „је и вјештак геодетске струке, а након извршеног увиђаја на лицу мјеста утврдио да предметно земљиште по Регулационом плану Нова Варош служи за редовну употребу стамбено-пословног објекта изграђеног на земљишту означеном као кч. бр. 680/10, уписан у зк. ул. бр. 13137 к.о. Бања Лука, а Регулациони план

⁵⁶ Опширније види рјешење РУГИПП ПЈ Бања Лука број 21.11/476-165/18 од 2. 8. 2018. године.

⁵⁷ Чл. 330 Закона о стварним правима („Сл. гл. РС“ број 124/08, 95/11 и 60/15).

је важио у моменту изградње, то су неспорно испуњени услови прописани чланом 330 Закона о стварним правима, да се успостави правно јединство земљишта и зграде у овом поступку⁵⁸.

Стечајни дужник који је у претходном временском периоду био обухваћен својинском трансформацијом државног капитала у предузећима, а непокретности истог се налазе у режиму друштвене, односно државне својине, и нису стечене након поступка приватизације државног капитала у предузећима, у сврху рјешавања имовинскоправних односа у погледу непокретности које ће ући у стечајну масу и бити предмет уновчења, требало би пред надлежним органом управе да покрене поступак сходно одредбама чл. 8а Закона о приватизацији државног капитала у предузећима, како би измејствовао од стране истог доношење исправе подобне за упис права својине на непокретностима које ће бити предмет уновчења у стечајном поступку. При том је неопходно да има у виду непокретности које се нису могле исказати у програму приватизације и које правно лице, које је било обухваћено својинском трансформацијом државног капитала у предузећима, на основу одредаба Закона о приватизацији, односно других посебних законских прописа, у вези с основним законом који регулише права на непокретностима, није могло стећи.

Имајући у виду чињеницу да се у стечајном поступку може појавити стечајни дужник који није обухваћен својинском трансформацијом државног капитала у предузећима, а непокретности је стекао по општим правилима о стицању непокретности, у вези с посебним законским прописима, под условом да се непокретности налазе у режиму друштвене, односно државне својине, неопходно је поступити у складу с горе наведеним одредбама Закона о стварним правима (чл. 324, 325, 330, 330а), те поднијети захтјев надлежном органу управе за претварање једног од изведеног права својине с којим је уписан у јавним евиденцијама о непокретностима, у право својине. Наведено у сврху да се измејствује исправа од стране надлежног органа управе која би послужила као основ уписа права својине у корист стечајног дужника у јавним евиденцијама о непокретностима, а које би требало да буду предмет уновчења у стечајном поступку над тим правним лицем.

⁵⁸ Опширније види пресуду Округног суда Бања Лука 11 0 У 019979 17 У од 4. 10. 2017. године.

4.3.4 Улога Правобранилаштва Републике Српске у поступцима претварања друштвене својине

Правобранилаштво Републике Српске у поступцима пред надлежним органом управе покренутим од стране субјеката који имају правни интерес да на основу одредаба Закона о стварним правима, тј. одредаба посебних законских прописа стекну одређена права на непокретности-ма које се налазе у режиму друштвене, односно државне својине, заступа интересе субјеката које, сходно одредбама Закона о Правобранилаштву, Правобранилаштво заступа у поступцима пред судовима и органима управе. Правобранилаштво Републике Српске је самостални орган који у поступку пред судовима и другим надлежним органима предузима правна средства ради заштите и остваривања имовинских права и интереса заступаних субјеката, те врши друге послове одређене законом. Заступани субјекти су Република Српска, јединица локалне самоуправе, њихови органи и организације, те други органи и организације које немају својство правног лица и нису уписани у судски регистар, а финансирају се из буџета⁵⁹.

У Закључак

У раду је указано на поштрену одговорност стечајног управника у погледу обавезе рјешавања имовинскоправних односа и уписа права власништва на имовину која улази у стечајну масу.

За разлику од ранијег законског рјешења, по коме се имовина стечајног дужника уновчавала у фактичком и правном стању у коме се та имовина налазила у моменту продаје, сада је стечајни управник обавезан да упише право власништва и ријеши све имовинскоправне односе у поступцима пред судским и управним органима. У противном, чини тежу повреду дужности стечајног управника.

Ово је тежак и мукотрпан посао, поготово за стечајне управнике који нису правничке струке и немају практичног искуства у рјешавању имовинскоправних односа.

У раду су изнијета рјешења која су садржана у законима који се баве овим питањима, али и рјешења до којих је дошла судска пракса тумачењем појединих спорних одредаба. Све ово како би олакшали посао стечајним управницима.

⁵⁹ Чл. 13 став 1 и члан 9 Закона о Правобранилаштву Републике Српске („Сл. гл. РС“ број 7/18).

С обзиром на то да је у пракси било доста покушаја да се у стечајну масу унесу и јавна добра као и добра у општој употреби, аутори су кроз послове у пракси, које из своје надлежности врши Правобранилаштво Републике Српске, жељели да укажу на ове појаве.

Неопходно је у пракси показати да добра од општег интереса уживају посебну заштиту, па је овим добрима у свим поступцима потребно и дати посебну заштиту. Ово је у интересу свих учесника у поступку, јер иста имају велики значај и за ширу друштвену заједницу а не само за њихове власнике“. Заштита добара од општег интереса обавеза је свих учесника у поступку, па и лица која имају непосредан интерес у погледу одређених непокретности.

Истовремено се жељело указати на који начин се спорна имовинскоправна питања могу разријешити.

Основна литература

Велимировић, Михајло, *Стечајно право*, Нови Сад, 2004.

Рајчевић, Марко, *Пословно право*, Бања Лука, 2007.

Козић, Владимир, *Коментар Закона о стечајном поступку, с прилозима*, Београд, 2004.

Велимировић, Михајло, *Привредно право*, Српско Сарајево, 2001.

Чоловић, Владимир, Милијевић, Недељко, *Стечајни поступак*, Бања Лука, 2004.

Медић, Душко, *Ново стварно право Републике Српске*, Бања Лука, 2011.

Васиљевић, Мирко, *Пословно право*, Београд, 1999.

Весковић, Благоје, *Коментар Закона о грађевинском земљишту Републике Српске*, Бања Лука, 2007.

Wolke, Jorg, Тајић, Лариса, *Коментар Закона о земљишним књигама БиХ*, Сарајево, 2005.

Павлакић, Мелиха, *Трансформација стварног права у БиХ*, Сарајево, 2004.

Извори:

Закон о стечају Републике Српске („Сл. гл. РС“ број 16/16).

Закон о стечајном поступку („Сл. гл. РС“ број 26/10 – пречишћен текст)

Закон о приватизацији државног капитала у предузећима („Сл. гл. РС“ број 24/98, 62/02, 38/03, 65/03, 109/05).

Закон о приватизацији државног капитала у предузећима („Сл. гл. РС“ бр. 51/2006, 1/2007, 53/2007, 41/2008, 58/2009, 79/2011 и 28/2013).

Закон о почетном билансу стања у поступку приватизације („Сл. гл. РС“ број 24/98).

Оквирни Закон о приватизацији предузећа и банака у БиХ („Сл. гл. БиХ“ број 14/98, 12/99, 14/00, 16/02, 88/05).

Закон о облигационим односима („Сл. лист СФРЈ“ број 29/78, 39/85, 45/89 и „Сл. гл. РС“ број 17/93, 3/96, 37/01, 39/03 и 74/04).

Закон о привредним друштвима („Сл. гл. РС“ број 127/08, 100/11 и 67/13).

Закон о стварним правима („Сл. гл. РС2 број 124/08, 95/11 и 60/15).

Закон о водама („Сл. гл. РС“ број 50/06).

Закон о грађевинском земљишту („Сл. лист СРБиХ“ број 34/86, 1/90, 29/90 и „Сл. гл. РС“ број 29/94, 23/98, 5/99).

Закон о грађевинском земљишту Републике Српске („Сл. гл. РС“ број 86/03).

Закон о грађевинском земљишту Републике Српске („Сл. гл. РС“ број 112/06).

Закон о пољопривредном земљишту („Сл. гл. РС“ број 13/97).

Закон о пољопривредном земљишту („Сл. гл. РС“ број 14/04).

Закон о пољопривредном земљишту („Сл. гл. РС“ број 93/06).

Закон о шумама („Сл. гл. РС“ број 13/94).

Закон о шумама („Сл. гл. РС“ број 75/08).

Закон о водама („Сл. гл. РС“ број 10/98).

Закон о водама („Сл. гл. РС“ број 50/06).

Закон о јавним путевима („Сл. гл. РС“ број 89/13).

Закон о Правобранилаштву Републике Српске („Сл. гл. РС“ број 7/18).

REGARDING SOME ISSUES ON PROPERTY-LEGAL RELATIONS PROBLEMS IN BANKRUPTCY

Vojo Pažvičić, LL.M*

Zoran Gvozdеновић**

***Abstract:** According to the Law on Bankruptcy of the Republic of Srpska, the Bankruptcy Trustee is obligated, without any delay, to take all necessary measures regarding solving all property-legal relations and registration of ownership rights and other rights on real estate, and for this purpose the Bankruptcy Trustee is obligated to initiate and conduct court and administrative proceedings, with prior authorization of the bankruptcy bodies.*

In order to prevent the statute of limitation of claims, the Bankruptcy Trustee is obligated to initiate these proceedings and subsequently obtain authorization of bankruptcy bodies. Should the Bankruptcy Trustee fail to act as described, the one shall commit a serious misconduct of the Bankruptcy Trustee duties.

Herewith, the Bankruptcy Trustees are facing very hard task of solving property-legal relations, taking in consideration non-harmonization of registrations in public records on real estate's rights.

For this reason, the Work emphasizes on possible solutions of these issues, and the significance of identification of assets that became the bankruptcy estate.

***Keywords:** Property-legal relations, real estate, general and public goods, public interest goods, ownership, court and administrative proceedings, bankruptcy, privatization*

* LL.M., Deputy Attorney General of the Republic of Srpska

** Assistant to Attorney General of the Republic of Srpska

АКТИВНА ЛЕГИТИМАЦИЈА ЗА ПОБИЈАЊЕ ПРАВНЕ РАДЊЕ ДУЖНИКА ИЗВАН СТЕЧАЈА: НОВЧАНО (И НЕНОВЧАНО) ПОТРАЖИВАЊЕ

Николина Мишчевић*

Сажетак: Правом побијања правне радње дужника изван стечаја овлашћује се поверилац да побија правну радњу којом је дужник располагао у корист трећег лица у случају када је дужникова имовина недовољна за намирење повериоачевог потраживања. У случају успешног побијања дужникове правне радње, она према повериоцу губи дејство у мери колико је потребно да се намери његово потраживање. О томе какво треба да буде потраживање да би поверилац био активно легитимисан за побијање правне радње дужника постоје различита схватања у домаћој теорији и судској пракси. Аутор у раду настоји одговорити на једно од питања која се тичу адекватности повериоачевог потраживања: да ли захтев за побијање могу стећи само повериоци новчаног потраживања или и повериоци неновчаног потраживања? Након излагања различитих решења у упоредном праву и схватања домаћих аутора, анализирани су хипотетички случајеви побијања правних радњи дужника ради намирења неновчаних потраживања.

Кључне речи: побијање правних радњи дужника изван стечаја, паулијанска тужба (*actio Pauliana*), активна легитимација за побијање правних радњи дужника, новчано потраживање, неновчано потраживање.

* Правни факултет, Универзитет у Новом Саду, Трг Доситеја Обрадовића 1, 21000 Нови Сад, e-mail: nmiscevic@pf.uns.ac.rs

Увод

Побијање правне радње дужника или паулијанска тужба један је од инструмената који служе заштити повериоца од несавесног поступања дужника у циљу отежавања намирења повериоцевог потраживања. Ово правно средство стоји на располагању повериоцу у случају када дужник, располагањем у корист трећег лица, учини своју имовину недовољном за испуњење обавезе према повериоцу. Тада поверилац стиче овлашћење да побијањем отклони дејство правне радње дужника предузете у корист трећег лица у оној мери колико је то потребно да намири своје потраживање.¹

Да би поверилац стекао захтев за побијање правне радње дужника потребно је да се испуне четири општа услова: инсолвентност дужника, правна радња дужника, оштећење повериоца правном радњом и могућност да поверилац побијањем дужникове правне радње намири своје потраживање. Уз кумулативно испуњење наведених општих услова, за стицање права побијања потребно је да се испуни и један од специјалних услова предвиђених у ЗОО који се односе на (не)савесност дужника и трећег лица, њихово евентуално сродство и на теретност дужниковог располагања у корист трећег лица.² Према томе који од ових специјалних услова је испуњен, разликују се четири врсте паулијанске тужбе: долозна, кулпозна, породична и паулијанска тужба ради побијања бесплатног располагања (квзипаулијанска тужба).³

Међутим, за активну легитимацију повериоца за побијање правне радње дужника, поред испуњења наведених услова, потребно је и да његово потраживање има за то потребна својства. Према ст. 1 чл. 280 Закона о облигационим односима, „сваки поверилац чије је потраживање доспело на исплату, и без обзира када је настало, може побијати правну радњу свог дужника која је предузета на штету повериоца“. Ипак, и поред наведене, чини се, јасне одредбе ЗОО, у теорији, али и судској

¹ Више о појму, правној природи и предмету права побијања изван стечаја вид. у Николина Мишчевић, „Активна легитимација за побијање правних радњи дужника: Време настанка потраживања“, са даљим упућивањима. Рад је предат за објављивање у *Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)*, бр. 2/2018.

² Чл. 281 Закона о облигационим односима („Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља). У даљем тексту: ЗОО.

³ Више о врстама паулијанске тужбе вид. у Boris Vizner, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb 1978, 1123–1127, Михајло Живковић, *Право побијања дужникових правних радњи*, докторска дисертација, Београд, 2016, 159–221.

пракси наилазимо на различита схватања о томе да ли је за побијање довољна доспелост потраживања или је неопходно и да потраживање буде извршно и да ли је на побијање овлашћен само поверилац чије је потраживање већ постојало у тренутку предузимања побојне правне радње или и поверилац чије је потраживање настало након тога⁴.

У наведеној одредби се законодавац не изјашњава изричито о још једном питању које се односи на својства која повериочево потраживање треба да има да би се у сврху његовог намирења могло вршити побијање правне радње дужника. Наиме, у домаћој правној литератури срећемо различита мишљења о томе да ли право на побијање дужникових правних радњи има само поверилац новчаног потраживања или је на побијање овлашћен и онај поверилац чије потраживање не гласи на новац.

На ово питање се непосредно надовезује и питање када се сматра испуњеним услов инсолвентности дужника. Другим речима, у зависности од тога да ли је побијање могуће само ради намирења новчаних потраживања или и код неновчаних, разликују се и схватања о томе да ли је за побијање потребна општа инсолвентност дужника или је за то довољна и специјална инсолвентност.

Наиме, уколико се узме да је примена правила о побијању дужникових правних радњи дозвољена само у случају када се ради о новчаном потраживању, да би до побијања и дошло, потребно је да је дужник инсолвентан, односно да дужник уопште не поседује имовину из које би ово потраживање могло бити намирено. Са друге стране, када потраживање повериоца гласи на одређену чинидбу која се не састоји у предаји одређеног износа новца, довољна је и специјална инсолвентност. Под тиме се подразумева да дужник, услед правне радње коју је предузео у корист трећег лица, више није у могућности да испуни ту конкретну чинидбу, макар иначе био и солвентан. Према овом схватању, тиме што не може добити испуњење примарне дужникове обавезе, поверилац трпи оштећење, чиме се остварује један од услова за побијање дужникове правне радње.⁵

У наставку рада ће бити изложени различити одговори на постављена питања које можемо срести у упоредном праву, као и у домаћој правној литератури, а потом и сопствено мишљење аутора са анализом могућности примене овог института ради намирења неновчаног потраживања повериоца.

⁴ О времену настанка потраживања ради чијег се намирења може вршити побијање вид. у Н Мишчевић, *Зборник радова ПФНС*, бр. 2/2018.

⁵ Божидар С. Марковић, *Право побијања изван стечаја*, Београд 2014, репринт издања из 1935, 44.

2. Упоредно право

2.1. Немачка

И поред тога што у важећем немачком Закону о побијању правних радњи дужника изван стечајног поступка из 1994. године⁶ то није изричито регулисано, немачка правна теорија јединствена је у ставу да је право побијања резервисано само за повериоце са новчаним потраживањем.⁷ Повериоци неновчаног потраживања могу побијати правну радњу дужника тек онда када се њихово неновчано потраживање претвори у новчано. Дакле, није довољно ни то да се ради о потраживању које може прерасти у новчано.⁸ На исти начин о овом питању изјаснила се и немачка судска пракса.⁹ На претходно изложени одговор немачке теорије и судске праксе о врсти повериоцевог потраживања непосредно се надовезује и одговор на питање о врсти инсолвентности дужника која је неопходна да би поверилац стекао захтев за побијање правне радње дужника. Дакле, за побијање правне радње дужника потребна је општа инсолвентност дужника, то јест да је имовина дужника недовољна за намирење повериоцевог потраживања према правилима о намирењу новчаног потраживања.¹⁰

2.2. Аустрија

Попут немачког, ни аустријски Закон о побијању правних радњи дужника изван стечаја из 1914. године¹¹ не садржи изричит одговор на питање да ли право побијања припада само повериоцу новчаног потраживања или и повериоцима неновчаног потраживања. Међутим,

⁶ *Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens (Anfechtungsgesetz-AnfG)* од 5. октобра 1994. године (*Bundesgesetzblatt I S. 2911*), последњи пут мењан чланом 3 закона од 29. марта 2017. године (*Bundesgesetzblatt I S. 654*).

⁷ Fritz Baur, Rolf Stürner, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Heidelberg 1996, 325, Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, *Zwangsvollstreckungsrecht*, München 2014, 146, Rn. 265, Lutz Haertlein y Kindl/Meller-Hannich/Wolf, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, 3. Auflage 2015, Rn. 10-12, Hans-Peter Kirchhof, *Münchener Kommentar zum Anfechtungsgesetz*, 1. Aufl. 2012, Rn. 13.

⁸ L. Haertlein, Rn. 12., H. Kirchhof, Rn. 14.

⁹ Пресуда немачког Савезног суда (*Bundesgerichtshof – BGH*) бр. V ZR 101/65 од 4. 10. 1968. године, а тако и у: BGH VII ZR 34/68 од 29. 1. 1970, BGH VIII ZR 204/82 од 13.12.1989. и BGH IX ZR 211/89 од 25. 10. 1990. Све пресуде доступне у Beck-online бази података дана 20. 8. 2018. године.

¹⁰ Kirchhof, Rn. 13.

¹¹ *Anfechtungsordnung* од 10. децембра 1914. године (*Reichsgesetzblatt 337/1914*). У даљем тексту: аЗПоб (1914).

одговор теорије и судске праксе на наведено питање исти је као у Немачкој. Тако је у аустријској судској пракси „побијање, у складу са § 8 а ЗПоб (1914), по правилу дозвољено само за новчана потраживања, а за друга потраживања само онда када је захтев за новчану накнаду штете ступио на место првобитног предмета обавезе.“¹² Дакле, поверилац би могао да се позове на правила о побијању тек уколико би због неиспуњења неновчане обавезе стекао право да од дужника захтева исплату одређене своте новца на име накнаде штете. Наравно, за то је неопходно да буду испуњени и сви претходно наведени услови за примену ових правила.¹³ Као што је то случај са врстом потраживања ради чијега намирања се може вршити побијање правне радње дужника, аустријско право побијања се не разликује од немачког ни у погледу услова инсолвентности дужника. То јест, за побијање правне радње дужника потребна је општа инсолвентност дужника.

2.3. Француска

Са друге стране, према ставу француске правне теорије, као и судске праксе, ово право стоји на располагању и повериоцима чије потраживање није новчаног карактера.¹⁴

Сходно томе, француска паулијанска тужба разликује се од немачке и аустријске и у погледу услова инсолвентности дужника. У Француској је за побијање, у одређеним случајевима, довољна и специјална инсолвентност дужника.¹⁵ Тако се у одлуци француског Касационог суда наводи да је „...паулијанска тужба допуштена и када дужник није инсолвентан, уколико је фразулозног правном радњом онемогућио вршење одређеног права које је поверилац имао на отуђеној ствари...“.¹⁶

¹² Пресуда Врховног суда Аустрије бр. OGH 1 Ob702/25 од 4. 11. 1925, доступно на интернет страници <https://www.ris.bka.gv.at/> дана 24. 11. 2017. године, а тако и у: OGH 5 Ob121/74 од 10. 7. 1974; OGH 3 Ob82/74 од 11. 2. 1975; OGH 5 Ob46/83 од 20. 9. 1983; OGH 1 Ob571/94 од 13. 12. 1994; OGH 8 Ob2024/96x од 14. 3. 1996; OGH 9 Ob134/03a од 19. 11. 2003, све одлуке доступне на наведеној интернет страници дана 24. 11. 2017. године.

¹³ Ivo Politeo, *Zakon o pobijanju pravnih djela izvan stečaja od 22. I 1931. godine*, Zagreb 1931, 48–49, Б. С. Марковић, 143–145.

¹⁴ Martin Vedriš, Petar Klarić, *Грађанско право*, Zagreb 1998, 166; М. Живковић, 74–75.

¹⁵ Alain Bénabent, *Droit civil, les obligations*, Montchrestien 2010, 611–612.

¹⁶ Пресуда француског Касационог суда од 6. октобра 2004. године (03–15.392). Слично и у одлуци истог суда од 8. априла 2009. године (08–10.024). Доступно на интернет страници: <https://www.legifrance.gouv.fr> 20. 8. 2018. године.

3. Домаће право

3.1. Схватања према којим се правна радња дужника може побијати само ради намирења новчаног потраживања

У домаћој предратној и новијој теорији наилазимо на различите ставове у погледу допуштености побијања правних радњи дужника ради намирења неновчаног потраживања. Једна група аутора приклања се германском схватању о новчаном потраживању као јединој врсти потраживања које може бити намирено путем побијања дужникове правне радње.¹⁷ У старијој правној литератури поједини аутори изричито истичу да потраживање мора бити новчано или претворено у новчано¹⁸, а други да је у сваком случају сигурно то да се побијање не може вршити ради намирења потраживања које се „уопште не може преобразити у новчану тражбину“¹⁹. Осим тога, у новијој литератури аутори истичу да се већ на основу језичког тумачења одредаба ЗОО може закључити да је примена ових правила ограничена само на случајеве оштећења поверилаца новчаних потраживања. Наиме, део одредбе ст. 1 чл. 280 ЗОО према којем потраживање треба да је „доспело на исплату“ тумачи се тако да се под тиме подразумева да се ради о новчаном потраживању.²⁰ Даље, у прилог овом схватању наводи се и ст. 2 чл. 280 ЗОО према којем се сматра да је радња дужника предузета на штету повериоца уколико дужник, након што је предузме, више „нема довољно средстава за испуњење повериочевог потраживања“. Ово стога што се, према *Визнеру*, под „довољним средствима“ могу подразумевати само новчана сред-

¹⁷ Б. Визнер, 1119, М. Ведриш, П. Кларић, 166.

¹⁸ Adolf Rušnov, *Zakon o pobijanju pravnih djela glede imovine inoslvntna dužnika od 24. ožujka 1897. i Stečajni zakon od 28. ožujka 1897. uz uporabu obrazloženja vladine osnove*, Zagreb 1897, 5.

¹⁹ Фрања Горшић, *Коментар стечајног закона, Закона о принудном поравнању ван стечаја, Закона о увођењу у живот оба закона и Закона о побијању правних дела изван стечаја*, Београд 1934, 488.

²⁰ Б. Визнер, 1119. Тако се и хрватски Жупанијски суд у Пули у пресуди бр. Гж-3912/04-2 од 29. марта 2005. године изјаснио да из ове одредбе „јасно произлази да се правна радња дужника може побијати само ради (или у свези...) новчаног потраживања вјеровника, оног доспјелог за исплату (а доспјети на исплату може само новчано потраживање)“. У докторској дисертацији М. Живковић такође наводи ову пресуду као пример заузимања становишта у прилог тумачењу према којем право на побијање имају само повериоци новчаног потраживања. Међутим, он то чини уз констатацију да судови не придају много значаја овом питању и решавају га применом изричите законске одредбе према којој потраживање повериоца мора бити *доспело*, а то је, како он наводи „према изречним ставовима могуће само код новчаног потраживања“. М. Живковић, 75. Чини се да је ова констатација последица погрешног схватања образложења из наведене судске одлуке. Дакле, суд закључак о новчаним потраживањима као јединим због којих може доћи до побијања не везује за реч „доспела“, већ речи „на исплату“.

ства.²¹ Још један индикатор за то да је намера законодавца да ово право веже само за новчана потраживања, *Визнер* види и у томе што су одредбама 290–294 ЗОО предвиђена права чији је циљ такође заштита поверилаца, али у овом случају само оних чије потраживање не гласи на новац.²²

3.2. Схватања према којим се правна радња дужника може побијати ради намирења како новчаних, тако и неновчаних потраживања

Другу групу аутора чине они који сматрају да нема оправданог разлога за сужавање круга примене правила о побијању само на потраживања која гласе на предају одређеног новчаног износа. Према мишљењу ових аутора, такво решење би било неоправдано и неправично према повериоцима неновчаног потраживања. Као пример у предратној литератури се наводи потраживање које гласи на предају индивидуално одређене ствари. Треба, сматрају присталице овог схватања, узети у обзир и то да поверилац жели управо ствар која је требало да му буде предата, а не њен новчани еквивалент. Такође, поверилац трпи оштећење већ у тренутку када његов дужник другом правном радњом располаже предметном ствари у корист трећег лица и тиме учини немогућим испуњење повериочевог потраживања. Самим тим се испуњава један од услова за побијање, а то је оштећење повериоца. Такође, то значи да за испуњење услова инсолвентности дужника није потребно да је он уопште инсолвентан, већ је довољно само то да не може да испуни конкретну чинидбу, тј. да је специјално инсолвентан.²³ У правној теорији из времена важења Закона о побијању правних дела изван стечаја из 1931. године²⁴ се истиче да се у § 8 нигде не наводи изричито да потраживање мора бити новчано, нити се уопште говори о природи и врсти потраживања, већ само о повериоцу, намирењу његовог потраживања и оштећењу.²⁵ А како и у овом случају поверилац има одређено потраживање чије се

²¹ Б. Визнер, 1119.

²² Ibid.

²³ Б. С. Марковић, 44 и 143–145.

²⁴ Закон о побијању правних дела изван стечаја од 5. марта 1931. године („Службене новине Краљевине Југославије“, бр. 26/1931). У даљем тексту: ЗПоб. Одредбе овог закона примењивале су се до доношења ЗОО. ЗПоб је донет по угледу на аустријски аЗпоб(1914), при чему је садржао одредбе готово идентичне одредбама свог изворника. Доношењем овог закона се српско право побијања сврстало у круг права побијања германског типа. Више о томе вид. у Н. Мишчевић, *Зборник радова ПФНС*, бр. 2/2018.

²⁵ И. Политео, 48–51.

намирење правном радњом дужника онемогућава, чиме последично поверилац трпи оштећење – право побијања припада и повериоцу неновчаног потраживања. Схватање *Марковића* се није променило ни након ступања на снагу ЗОО, те за побијање ни према одредбама овог закона није потребно да потраживање буде новчано. Самим тим инсолвентност може бити и само специјална.²⁶ Као *Политео* код ЗПоб, тако и *Марковић* код ЗОО аргументе налази у томе што се у ЗОО не говори изричито о новчаном потраживању, односно о општој инсолвентности, већ само о намирењу повериочевог потраживања, правним радњама дужника, „а то су изрази који својом ширином обухватају све обавезе дужника и сва права и овлашћења повериоца“.²⁷ Осим тога, у прилог овом тумачењу, према *Марковићу*, говори и чињеница да је начином на који је институт побијања регулисан у ЗОО његова примена у значајној мери проширена. Према томе, о овој тенденцији ширења његове примене треба водити рачуна и код оцене постојања активне легитимације повериоца неновчаног потраживања за побијање правне радње дужника.²⁸ У хрватској теорији исти став, уз сличне аргументе, дели и *Радоловић*.²⁹

4. Сопствено мишљење

Имајући у виду све аргументе за наведена схватања о (не) дозвољености побијања ради намирења неновчаног потраживања повериоца, чини се оправданијим одредити се за схватање према којем је ово право доступно само повериоцима новчаног потраживања или неновчаног потраживања које је прерасло у новчано. Разлог за то су, с једне стране, уверљиви аргументи *Визнера* који се ослањају на језичко тумачење чл. 280 ЗОО. Такође, и закључак до којег *Визнер* долази системским тумачењем одредаба ЗОО чини се исправним. Наиме, предвиђајући посебна правила за остваривање потраживања која за предмет имају давање ствари одређених по роду, чињење или нечињење, законодавац је повериоца снабдео делотворнијим средствима за остваривање свог неновчаног потраживања него што је право побијања дужникових правних радњи.

²⁶ Божидар С. Марковић у *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Б. Т. Благојевић, В. Круљ). Београд 1980, 703–704 и Божидар С. Марковић у *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Слободан Перовић), Београд 1995, 648.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ Aldo Radolović, „Pobijanje dužnikovih pravnih radnji“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 2, 1991, 636–637.

Чини се да до истог закључка можемо доћи и анализом евентуалне примене овог правног института у случају када потраживање гласи на предају индивидуално одређене ствари, ствари одређене по роду, заменљиво или незамењиво чињење у ужем смислу, нечињење или трпљење.

Узмимо за пример *потраживање које за предмет има предају индивидуално одређене ствари* који се у теорији истиче као аргумент за примену права побијања и на неновчана потраживања. Како *Политео* наводи, могло би се догодити да поверилац закључи уговор о купопродаји у својству купца и тиме стекне право потраживања на предају индивидуално одређене ствари. Уколико би дужник након тога закључио такав уговор и са трећим лицем којем би потом исту ствар и предао, према овом аутору, било би неправично лишити повериоца права да побија уговор који је дужник закључио са трећим лицем и захтева предају предметне ствари.³⁰ Међутим, ово схватање чини се неодрживим јер је треће лице већ стекло право својине, будући да оно, за разлику од повериоца, поред правног основа има и начин стицања. Омогућавањем повериоцу да побија уговор закључен између дужника и трећег лица које је предајом ствари постало власник, нарушила би се, сматрамо, једна од основних карактеристика стварног права као јачег у односу на облигационо право које има поверилац. У овом случају поверилац стиче само захтев на накнаду штете према дужнику и, тек уколико је дужник услед ове правне радње постао инсолвентан, право на њено побијање, али тада ради намирања новчаног потраживања.

Са друге стране, размотрићемо и други пример који наводи *Политео*, када је поверилац власник ствари коју је дао на послугу дужнику, а коју је овај потом на основу друге правне радње предао трећем лицу. Као што овај аутор и сам примећује, поверилац као власник ствари стиче реивиндикациони захтев³¹, те успехом у спору поводом овог захтева може доћи до ствари коју му је дужник био обавезан вратити на основу уговора о послузи. То правно средство је по много основа повољније за повериоца као власника ствари. Ово, прво, из разлога што реивиндикациона тужба не застарева, док је право побијања ограничено преклузивним роковима од годину дана, односно три године.³² Такође, повериочева позиција је код реивиндикационе тужбе утолико повољнија што, за

³⁰ И. Политео, 48–51.

³¹ О природи и настанку реивиндикационог захтева вид. у Марко Кнежевић, „Терет доказивања недозвољености имисија као претпоставке негативног захтева“, *Зборник радова ПФНС*, бр. 4/2013, 362, 371–372.

³² Чл. 285 ЗОО.

успех у спору, не мора да доказује несавесност дужника, односно трећег лица. И још важније, у поступку по реивиндикационој тужби није од значаја инсолвентност дужника што је код побијања један од општих услова који у сваком случају побијања мора бити испуњен.

Уколико би се, пак, радило о *предаји ствари одређених по роду*, повериоцу, како то примећује *Визнер*, на располагању стоји посебно право предвиђено у ЗОО. У складу са чл. 290 ЗОО, када се обавеза састоји у давању ствари одређених по роду, а дужник није на време испунио обавезу, поверилац може сам, по свом избору, прибавити ствар истог рода и захтевати од дужника накнаду плаћеног износа и накнаду штете или захтевати вредност дугованих ствари и накнаду штете. Тиме се повериоцу пружа једноставније решење да стекне ствар која је била предмет потраживања. Ово због тога што се остварује основни повериочев циљ, а то је стицање права својине на одређеној количини ствари одређеног рода и квалитета. Такође, будући да он већ у томе тренутку стиче захтев за накнаду плаћеног износа и штете, односно накнаду вредности ствари и штете, у случају инсолвентности дужника, поверилац може побијати правну радњу услед које је дужник постао инсолвентан ради намирења, али опет новчаног потраживања.

Узмимо, даље, *потраживање повериоца које за предмет има заменљиву чинидбу*, тј. оно потраживање које може бити намирено и уколико предметну чинидбу, уместо дужника, предузме неко други. Под ову категорију можемо навести пример који *Радоловић* користи као аргумент у прилог тврдњи да побијање може да служи намирењу и неновчаних потраживања. Наиме, он наводи пример дужникове обавезе да за повериоца сагради хотел. Даље, он као контрааргумент могућности предвиђања уговорне казне истиче да, уколико дужник отуђи имовину, поверилац остаје без намирења неновчаног, новчаног, као и потраживања на име уговорне казне.³³ Међутим, и за овај случај је законодавац предвидео посебно правило. Слично као и у претходном случају, уколико дужник не испуни своју обавезу у року, поверилац то може учинити сам о трошку дужника, а од дужника захтевати накнаду штете због задоцњења и друге штете коју је имао због оваквог начина испуњења.³⁴ Овде је важно нагласити да је у правној теорији јединствен став о томе да се под речју „сам“ не подразумева само могућност да поверилац предузме дуговану чинидбу, већ и могућност да то повери трећем лицу и од дужника

³³ А. Радоловић, 636–637.

³⁴ Чл. 291 ЗОО.

захтева накнаду тиме проузрокованих трошкова.³⁵ Применом одредбе на *Радловићев* пример долазимо да тога да поверилац до жељене чинидбе може доћи ангажовањем другог извођача да сагради хотел, стичући истовремено захтев за накнаду износа плаћеног трећем лицу, накнаду штете због задоцњења или друге штете која му је проузрокована. Уколико се испостави да накнаду не може остварити од дужника јер је постао инсолвентан, на располагању му је побијање правне радње чијим је предузимањем дужник остао без потребних средстава, али као и у претходном случају, он то чини ради намирења новчаног потраживања.

Присталице схватања да право побијања треба да служи намирењу, како новчаног, тако и неновчаног потраживања, као аргументе наводе само примере потраживања која гласе на предају ствари или заменљиву чинидбу. Међутим, у излагањима ових аутора се могућност побијања ради намирења неновчаног потраживања нигде не ограничава изричито само на ове врсте престација, већ се говори уопште о неновчаним потраживањима. Ипак, тешко је и замислити ситуације у којима би поверилац према којем дужник има обавезу која се састоји у нечињењу или трпљењу могао бити лишен намирења потраживања услед правне радње коју је дужник предузео у корист трећег лица. Којом би правном радњом у корист трећег лица дужник могао учинити немогућим испуњење своје обавезе према повериоцу да се уздржава од одређеног понашања или да трпи одређено понашање повериоца? Исто се питање може поставити и за потраживање које за предмет има незаменљиву чинидбу, тј. ону коју сам дужник мора да предузме да би испунио своју обавезу према повериоцу. Уколико би тако нешто и било могуће, побијање правне радње према трећем лицу којом је дужник онемогућио испуњење своје личне обавезе повериоцу у сваком случају не би могло водити намирењу изворног неновчаног повериочевог потраживања, већ једино новчаног које би ступило на место неновчаног. На крају, да подсетимо, полазна тачка заговорника активне легитимације поверилаца неновчаног потраживања је то да овим повериоцима треба омогућити да дођу до онога што је првобитни, изворни предмет њиховог потраживања, а не само до његове новчане вредности. Управо имајући то у виду, јасно је да примена права побијања у овим случајевима не може довести до жељеног резултата. Штавише, за намирење наведених личних потраживања повериоцу стоје на располагању делотворна правна средства у виду изрицања новчане

³⁵ Ратимир Кашанин у *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Б. Т. Благојевић, В. Круљ), 732–733, Димитар Поп-Георгијев у *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. С. Перовић, Д. Стојановић), Крагујевац 1980, 817.

казне уз могућност њене замене казном затвора, као и судских пенала.³⁶

У домаћој судској пракси чини се неспорним да се право побијања може вршити само ради намирења новчаног потраживања. Мада нисмо наишли на одлуку у којој се суд о томе изричито изјашњава, сматрамо да се закључак може извести већ из тога што ни у једном од анализираних случајева из судске праксе тужбом није ни захтевано побијање ради намирења неновчаног потраживања. Уз то, у хрватској судској пракси, на основу идентичних одредаба, суд се изричито изјаснио о томе да је ово право резервисано само за повериоце новчаног потраживања.³⁷

5. Закључак

Право побијања правне радње дужника изван стечаја је институт облигационог права који служи заштити повериоца у случају када дужник предузимањем правне радње у корист трећег лица учини своју имовину недовољном за намирење повериоцевог потраживања. Побијањем дужникове правне радње отклања се њено дејство према повериоцу у мери колико је потребно за намирење његовог потраживања.

Да би поверилац успео са захтевом за побијање правне радње дужника, неопходно је испуњење свих општих услова и једног од посебних. Уз испуњење наведених услова, неопходно је и да поверилац има за то одговарајуће потраживање.

У раду је анализирано једно од својстава која потраживање треба да има да би његов поверилац био активно легитимисан за побијање правне радње дужника. Тачније, аутор је у раду настојао да одговори на питање да ли је право побијања правне радње дужника резервисано само за повериоце новчаног потраживања или захтев за побијање могу стећи и повериоци потраживања које није новчано. На ово питање непосредно се надовезује и питање да ли је за испуњење услова инсолвент-

³⁶ О могућности принудног извршења личних приватноправних захтева изрицањем новчане казне и њеном заменом казном затвора, односно о потреби одстрањивања судских пенала као паралелног средства вршења притиска на дужника ради извршења ових захтева вид. у Марко Кнежевић, „Поводом враћања казне затвора као средства извршења личних приватноправних захтева: анахроно неуставно решење и системска грешка или корак напред у заштити права?“, *Зборник радова ПФНС*, бр. 4/2015, 1877–1909.

³⁷ Слично образложење као у раније наведеној пресуди Жупанијског суда у Пули дао је и Жупанијски суд у Копривници, позивајући се на то да закон говори о потраживању које је „доспјело на исплату“ из чега је изведен закључак да се „правне радње могу побијати само ради новчаних потраживања вјеровника“, Пресуда бр. ГЖ 962/2000 од 30.11.2000, доступна на интернет страници <http://www.vsrh.hr/> на дан 29. 11. 2017. године.

ности неопходна општа инсолвентност дужника или је за то довољна и његова специјална инсолвентност.

Немачка и аустријска теорија и судска пракса јединствене су у ставу да је право побијања резервисано само за повериоце новчаног потраживања, те да је за испуњење услова инсолвентности неопходна општа инсолвентност дужника. У Француској пак право побијања је доступно и повериоцима неновчаног потраживања, те је, у одређеним случајевима, за побијање дужникове правне радње довољна и специјална инсолвентност, то јест немогућност испуњења дуговане чинидбе, независно од солвентности дужника.

Став домаћих аутора поводом овог питања није јединствен. Узевши у обзир аргументе који су у домаћој литератури изнети у корист оба решења, аутор се у раду определио за решење према којем захтев за побијање правне радње дужника може стећи само поверилац новчаног потраживања, односно поверилац неновчаног потраживања које је прерасло у новчано. У складу с тим, према мишљењу аутора, услов инсолвентности дужника испуњен је само у случају када је имовина дужника, уопштено узев, недовољна за намирење повериочевог потраживања. Ово схватање је, сматрамо, поткрепљено и анализом потенцијалних случајева побијања ради намирења потраживања.

6. Литература

Горшић Ф., *Коментар стечајног закона, Закона о принудном поравнању ван стечаја, Закона о увођењу у живот оба закона и Закона о побијању правних дела изван стечаја*, Београд 1934.

Живковић М., *Право побијања дужникових правних радњи*, докторска дисертација, Београд, 2016.

Кашанин Р., у *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Б. Т. Благојевић, В. Круљ), Београд 1980.

Кнежевић, М., „Терет доказивања недозвољености имисија као претпоставке негативног захтева“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4/2013.

Кнежевић М., „Поводом враћања казне затвора као средства извршења личних приватноправних захтева: анахронно неуставно решење и

системска грешка или корак напред у заштити права?“ *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4/2015.

Марковић Б. С., *Право побијања изван стечаја*, Београд 2014, репринт издања из 1935.

Марковић Б. С., *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Б. Т. Благојевић, В. Круљ), Београд 1980.

Марковић, Б. С., *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Слободан Перовић), Београд 1995.

Мишчевић Н., „Активна легитимација за побијање правних радњи дужника: Време настанка потраживања“, са даљим упућивањима. Рад је предат за објављивање у *Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2018.

Поп-Георгијев Д., *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. С. Перовић, Д. Стојановић), Крагујевац 1980.

Baur, Fritz, Stürner, Rolf, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Heidelberg 1996.

Bénabent, Alain, Droit civil, les obligations, Montchrestien 2010.

Brox H., Walker Wolf-D., *Zwangsvollstreckungsrecht*, München 2014.

Haertlein L., Kindl/M.r-Hannich/W., *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, 3. Auflage 2015, доступно у Beck-online бази података дана 20. 8. 2018.

Kirchhof Hans-P., *Münchener Kommentar zum Anfechtungsgesetz*, 1. Aufl. 2012, доступно у Beck-online бази података дана 20. 8. 2018.

Politeo I., *Zakon o pobijanju pravnih djela izvan stečaja od 22. I 1931. godine*, Zagreb 1931.

Radolović A., „Pobijanje dužnikovih pravnih radnji“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 2, 1991.

Rušnov A., *Zakon o pobijanju pravnih djela glede imovine inoslvntna dužnika od 24. ožujka 1897. i Stečajni zakon od 28. ožujka 1897. uz uporabu obrazloženja vladine osnove*, Zagreb 1897.

Vedriš M., Klarić P., *Građansko pravo*, Zagreb 1998.

Vizner B., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb 1978.

Закон о облигационим односима („Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља).

Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens (Anfechtungsgesetz-AnfG) од 5. октобра 1994. године (*Bundesgesetzblatt I S. 2911*), последњи пут мењан чланом 3 закона од 29. марта 2017. године (*Bundesgesetzblatt I S. 654*).

Anfechtungsordnung од 10. децембра 1914. године (*Reichsgesetzblatt 337/1914*). У даљем тексту: аЗПоб (1914).

Закон о побијању правних дела изван стечаја од 5. марта 1931. године („Службене новине Краљевине Југославије“, бр. 26/1931).

Пресуда немачког Савезног суда бр. BGH V ZR 101/65 од 4. 10. 1968. године доступна у Beck-online бази података дана 20. 8. 2018.

Пресуда немачког Савезног суда бр. BGH VII ZR 34/68 од 29. 1. 1970. доступна у Beck-online бази података дана 20. 8. 2018.

Пресуда немачког Савезног суда бр. BGH VIII ZR 204/82 од 13. 12. 1989. доступна у Beck-online бази података дана 20. 8. 2018.

Пресуда немачког Савезног суда бр. BGH IX ZR 211/89 од 25. 10. 1990. доступна у Beck-online бази података дана 20. 8. 2018.

Пресуда Врховног суда Аустрије бр. OGH 1 Ob702/25 од 4. 11. 1925, доступна на интернет страници <https://www.ris.bka.gv.at/> дана 24. 11. 2017.

Пресуда Врховног суда Аустрије бр. OGH 5 Ob121/74 од 10. 7. 1974, доступна на интернет страници <https://www.ris.bka.gv.at/> дана 24.11.2017. е

Пресуда Врховног суда Аустрије бр OGH 3 Ob82/74 од 11. 2. 1975, доступна на интернет страници <https://www.ris.bka.gv.at/> дана 24. 11. 2017.

Пресуда Врховног суда Аустрије бр OGH 5 Ob46/83 од 20. 9. 1983, од 13. 12. 1994, доступна на интернет страници <https://www.ris.bka.gv.at/> дана 24. 11. 2017.

Пресуда Врховног суда Аустрије бр. OGH 1 Ob571/94 од 13. 12. 1994, доступна на интернет страници <https://www.ris.bka.gv.at/> дана 24. 11. 2017.

Пресуда Врховног суда Аустрије бр. OGH 8 Ob2024/96x од 14. 3. 1996, доступна на интернет страници <https://www.ris.bka.gv.at/> дана 24. 11. 2017.

Пресуда Врховног суда Аустрије бр. OGH 9 Ob134/03a од 19. 11. 2003, доступна на интернет страници <https://www.ris.bka.gv.at/> дана 24. 11. 2017.

Пресуда француског Касационог суда од 6. октобра 2004. године (03-15.392). Доступно на интернет страници: <https://www.legifrance.gouv.fr> 20. 8. 2018.

Пресуда француског Касационог суда од 8. априла 2009. године (08-10.024). Доступно на интернет страници: <https://www.legifrance.gouv.fr> 20. 8. 2018.

Пресуда хрватског Жупанијског суда у Пули бр. Гж-3912/04-2 од 29. марта 2005. године, наведена у раду судије Мирослава Ружића, судије Општинског суда у Пули, „Тужба ради побијања дужникових правних радњи према Закону о обвезним односима“, доступан на интернет страници www.pravnadatoteka.hr/ дана 26. 10. 2017.

Пресуда Жупанијског суда у Копривници бр. Гж 962/2000 од 30. 11. 2000, доступна на интернет страници <http://www.vsrh.hr/> дана 29. 11. 2017.

**ACTIVE LEGITIMATION FOR CONTESTING OF DEBTOR'S
LEGAL ACT OUT OF THE INSOLVENCY PROCEEDINGS:
PECUNIARY (AND NON-PECUNIARY) CLAIM**

Nikolina B. Mišević*

Summary

The right to contest a debtor's legal act out of the insolvency proceedings entitles the creditor to contest the legal act by which the debtor has disposed in favour of third party in case when the debtor's assets are insufficient to satisfy the creditors claim. In case of successful contesting of debtor's legal act the act will be deprived form legal effect vis-à-vis the creditor in as much it is necessary to satisfy creditors claim. There are different views in domestic doctrine and jurisprudence regarding what characteristics claim should have in order for creditor to have active legitimation for contesting debtor's legal act. Author aims to answer one of the questions concerning adequacy of creditor's claim such as: whether the claim to contest can be acquired only by the creditors of the pecuniary claim or it can be extended to creditors of non-pecuniary claims. After examining different solutions in comparative law and the opinions of domestic authors, hypothetical cases of contesting debtor's legal acts for satisfying non-pecuniary claims have been analysed.

Keywords: *contesting of debtors legal act out of the insolvency proceedings, actio Pauliana, active legitimation for contesting of debtor's legal act, pecuniary claim, non-pecuniary claim.*

*University of Novi Sad Faculty of Law Novi Sad

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ОБЛАСТ

О ДЕФИНИСАЊУ АГРЕСИЈЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ

Академик, проф. др Борис Кривокапић*

Апстракт: Рад представља упоредну анализу начина на који је агресија дефинисана у три најважнија међународна документа – Статуту Нирнбершког суда (1945), Резолуцији Генералне скупштине УН 3314 (1974) и Римском статуту (1998) након измена и допуна из Кампале (2010). Аутор указује на специфичности сваке од ових дефиниција, а на крају даје и упоредну табелу. Он констатује да, премда описују исту појаву, ове дефиниције се разликују између себе по низу елемената, с тим да је свака од њих одиграла одређену улогу. Поред осталог, једна је послужила кажњавању ратних злочинаца после Другог светског рата, друга је дата у политичке сврхе као путоказ Савету безбедности, а трећа би требало да послужи за будуће поступке пред Међународним кривичним судом. Ако је она из Статута Нирнбершког суда реално гледајући одавно превазиђена, па и суштински мањкава, дефиниције из Резолуције 3314 (1974) и Римског статута и даље су на снази и задовољавају, свака у својим оквирима, потребе због којих су настале. То, разуме се, не значи да нема простора за њихово усавршавање. Треба, међутим, имати у виду да се ту не ради толико о томе шта правна наука и струка могу да понуде као најбоље решење, већ на шта су државе спремне да пристану.

Кључне речи: међународно право, дефиниција агресије, Нирнберг, Резолуција 3314, Римски статут.

* Руска академија природних наука – РАЕН, Пословни и правни факултет Универзитета „Унион – Никола Тесла“, Београд и Правни факултет Самарског националног универзитета „С. П. Корољов“, Самара, e-mail: krivokapicboris@yahoo.com

1. Проблем дефинисања агресије

У прошлости је употреба силе међу државама биле редовна, нормална појава. Не само да су ратови били дозвољени, већ се сматрало да право на рат (*jus ad bellum*) односно право на вођење рата (*jus belli gerendi*) представља једно од основних права сваке суверене државе.

Током времена међународно право је постепено ограничавало прво слободу начина и средстава ратовања, а затим и слободу започињања и вођења оружаног сукоба. Након трагичних искустава Другог светског рата Повеља УН увела је потпуну забрану рата, утврдивши обавезу држава да све своје спорове решавају мирним средствима и да се у међународним односима уздржавају не само од употребе силе, већ и од претње силом.

И пре те коначне забране рата било је покушаја да се дефинише агресија. Неки од њих су формулисани у међународним уговорима, посебно онима закљученим након усвајања Бријан–Келоговог пакта о одрицању од рата (1928).¹ Ипак, домашјај тих дефиниција био је ограничен, већ и због тога што се радило или о двостраним или о споразумима између уског круга чланица.² Такође, без обзира на своје називе, ти споразуми нису дали дефиницију агресије, већ агресора.³

¹ Њиме су државе чланице осудиле прибегавање рату ради решења међународних спорова, одрекле се рата као инструмента националне политике у својим међусобним односима и обавезале се да ће све међусобне спорове решавати мирним путем. Премда је 1939. везивао чак 63 земље, значај Пакта био је ограничен. Нити је постојао ефикасан механизам који би обезбедио његову примену, нити је одрицање од рата имало општи значај – важило је само између држава потписница, тако да је прибегавање рату са другима било правно допуштено. Уз то, не само да су се многе чланице Пакта оградиле разним уговорним резервама, већ су га неке у пракси отворено прекршиле.

² Пример двостраног споразума ове врсте је Конвенција о дефинисању агресије, закључена у Лондону 5. 7. 1933. између Литваније и СССР. Међу оне са уским кругом чланица спадају Конвенција о дефинисању агресије, закључена између Авганистана, Естоније, Летоније, Персије, Пољске, Румуније, СССР и Турске (1934. приступила је Финска) и Конвенција о дефинисању агресије, чије чланице су биле Југославија, Румунија, СССР, Турска и Чехословачка. Обе су потписане су у Лондону 4. 7. 1933. Текстовете види у: *League of Nations – Treaty Series*, vols. CHLVII & CHLVIII, 1934, No. 3391, 3405, 3414, https://treaties.un.org/pages/Content.aspx?path=DB/LoNOnline/pageIntro_en.xml, 26. 5. 2018.

³ Све три поменуте конвенције из 1933. у својим идентичним члановима 2 прецизирају да ће се агресором у међународном сукобу сматрати држава која прва предузме било који од ових аката: 1) објава рата другој држави; 2) инвазија оружаним снагама, са или без објаве рата, територије друге државе; 3) напад копненим, поморским или ваздушним снагама, без претходне објаве рата на територију, бродове или ваздухоплове друге државе; 4) поморска блокада обала или лука друге државе; 5) опремање или пружање помоћи оружаним бандама формираним на њеној територији које су напале другу државу или одбијање, без обзира на захтев нападнуте државе,

У наше време питање дефинисања агресије је посебно актуелно и то како због посебне улоге и овлашћења Савета безбедности УН, тако и због надлежности Међународног кривичног суда да суди за злочин агресије. У вези са тим, три су основна проблема: 1) како гласе дефиниције агресије које су стекле грађанство у међународном праву, 2) да ли се и по чему разликују и 3) да ли су и које међу њима правно обавезујуће, и за кога.⁴

Одговоре на ова питања потражићемо у анализи и поређењу основних карактеристика трију најважнијих дефиниција агресије које су се јавиле на ширем међународном плану – оних из Статута Међународног кривичног трибунала у Нирнбергу (1945),⁵ из Резолуције генералне скупштине 3314 (1974) и из Римског статута (1998) допуњеног Резолуцијом бр. 6 (2010) Скупштине држава чланица Међународног кривичног суда.⁶ Ови извори ће у даљем тексту бити навођени као Статут Нирнбершког суда (1945), Резолуција 3314 (1974) односно Римски статут (1998/2010).

Прво ће бити дато кратко подсећање на основне особености решења сваког од тих извора, а затим ће најзанимљивији моменти бити приказани у оквиру посебне табеле.

2. Статут Нирнбершког суда (1945)

Међународни војни суд у Нирнбергу био је, поред осталог, надлежан да суди за злочине против мира. Они су у чл. 6/2/а дефинисани као да се у границама сопствене моћи предузму све потребне мере да би се тим бандама ускратила помоћ или заштита.

⁴ Види нпр. Weisboard, Noah, “Conceptualizing Aggression”, *Duke Journal of Comparative & International Law* 1/2009, 1–68; Anderson, Michael, “Reconceptualizing Aggression”, *Duke Law Journal* v. 60, 2010, 411–451; Glennon, Michael J., “The Blank-Prose Crime of Aggression”, *Yale Journal of International Law* 1/2010, 71–114; Kreiß, Claus, von Hotlendorff Leinie, “The Campala Compromise on the Crime of Aggression”, *Journal of International Criminal Justice*, v. 8, 2010, 1179–1217; Cryer, Robert, Friman Håkan, Robinson Darryl, Wilmshurst Elisabeth, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press 2010, 312–333; Trahan, Jennifer, “A Meaningful Definition of the Crime of Aggression: A Response to Michael Glennon”, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 4/2012, 907–969; Grover, Leena, “Interpreting the Crime of Aggression”, in: Kreiß, Claus, Barriga Stefan (eds.), *The Crime of Aggression – A Commentary*, Cambridge University Press 2016, 375–411.

⁵ То решење преузето је у статут Токијског суда, формираног 1946. ради суђења главним окривљенима Јапана. Имајући то у виду и чињеницу да су и Нирнбершки и Токијски процес у основи представљали део исте приче (суђење главним политичким и војним руководиоцима поражених сила), ставићемо акценат на статут суда из Нирнберга, с тим да се подразумева да се све поменуто више-мање односи и на оно што је било предвиђено статутом Токијског суда.

⁶ Resolution RC/Res.6 (2010), *The crime of aggression*, ICC, asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf, 26. 5. 2018.

„планирање, припремање, започињање или вођење агресорског рата или рата којим се крше међународни уговори, споразуми или гаранције, или учествовање у неком заједничком плану или завери за извршење ма ког од горе наведених дела“.

Премда је Суд у пресуди појаснио на шта се мислило,⁷ мора се признати да је овакво дефинисање агресије, посебно њено изједначавање са ратом којим се крше међународни уговори, споразуми и гаранције, с једне стране недовољно прецизно, а са друге, прешироко. Другим речима, далеко је од савршенства. То је и разумљиво када се има у виду да је Нирнбершки суд био на брзину формиран суд победника над пораженима.⁸

Оно што нас овде много више интересује јесте чињеница да је дефиниција злочина против мира била формулисана у сврху остварења конкретног задатка – суђења најодговорнијим политичке и војним личностима нацистичке Немачке. Она није понуђена са идејом да има универзалну важност. Уосталом, никада није примењена на неке друге ситуације које би сходно тој дефиницији такође морале бити окарактерисане као злочини против мира, али у којима су односни акти могли да се припишу највишим званичницима неких других држава, у првом реду војном и политичком руководству великих сила победница у Другом светском рату.⁹

Треба имати у виду и то да је Статут Нирнбершког суда био формулисан у време када међународног право није било ни приближно развијено као данас. Премда је у тренутку када су четири велике силе победнице између себе закључиле Лондонски споразум (8. 8. 1945) чији саставни део је био Статут Суда, Повеља УН која изричито забрањује употребу силе у међународним односима већ била потписана (26. 6. 1945) она још увек није ступила на снагу (то се догодило 24. 10. 1945) нити је, разуме се, дошло до стварног формирања саме ОУН са органима надлежним за очување светског мира.

⁷ Пресуда констатује да су ти уговори изнети у додатку Ц10 оптужнице, а онда даје осврт на уговоре који „су од особите важности“ изричито помињући: Хашке конвенције (1899), Версајски уговор о миру (1918), уговоре о међународној гаранцији, арбитражи и ненападању (Локарниски споразуми из 1925, уговори о арбитражи и измирењу одн. концилијацији са Холандијом и Данском из 1926), Бријан–Келогов пакт (1928), Декларацију о одржању вечитог мира са Пољском (1934) и уговоре о ненападању са Данском и Совјетским Савезом (оба из 1939). *Нирнбершка пресуда*, Београд 1948, 82–84.

⁸ У одбрану творцима ове дефиниције агресије може се рећи да су настојали да превазиђу недоречености тадашњег међународног права, те да је, какве год мањкавости имало, суђење у Нирнбергу било неупоредиво боље решење од онога што је предлагао Черчил – да се нацистички војни и политички прваци једноставно побију без суђења и доказивања кривице.

⁹ Нпр. напад СССР на Пољску (17. 9. 1939) и Финску (30. 11. 1939).

Најзад, битна карактеристика Нирнбершког суда је та да је, уз Токијски суд, који је по много чему представљао само његову копију, то за сада једини међународни кривични суд пред којим је неко заиста суђен и осуђен за агресију.¹⁰ Другим речима, дефиниција агресије из статута Нирнбершког суда нашла је примену у пракси.

3. Резолуција 3314 (1974)

Повеља УН забрањује силу у међународним односима. Пошто је агресија најгрубљи облик такве примене силе, јасно је да се то у првом реду односи на њу. Штавише, Повеља на два места (у чл. 1/1 и 39) и изричито помиње агресију, чинећи несумњивим да је циљ УН њено сузбијање и предвиђајући у ту сврху колективне мере које одређује Савет безбедности. Она, међутим, не даје њену дефиницију односно критеријуме по којима се може закључити да је на делу агресија.

Стога се јавио проблем како поуздано утврдити да ли се у датом случају заиста ради о агресији. Премда су утврђене и мере за сузбијање агресије и поступак којим се до њих долази, недостајала је прецизна дефиниција агресије која би, као једна врста објективног мерила, помогла Савету безбедности у оцењивању сваке конкретне ситуације, а тиме и у доношењу одговарајуће одлуке.

Она је дата у Резолуцији Генералне скупштине УН 3314 (1974) “Дефиниција агресије”.¹¹ Као сви такви акти Генералне скупштине, Резолуција има велику политичку и моралну снагу, али строго узев није правно обавезујућа за државе. Ипак, има разлога да се сматра да су у међувремену решења која су у њој формулисана (не, дакле, сама Резолуција, већ њом утврђена правила) прерасла у универзално обичајно међународно право, што значи да су обавезна за све.¹²

Ова дефиниција односи се само на агресију, а не и друге злочине против мира, на начин као што је то било дефинисано Статутом Нирнбершког суда.

Битна карактеристика ове дефиниције је то да она није формулисана ради кривичног гоњења и кажњавања одговорних лица, већ да би

¹⁰ Суђења пред савезничким окупационим судовима у Немачкој могу се посматрати и као део Нирнбершког процеса, али су ту судили окупациони судови тј. национални судови победничких сила, а не међународни кривични судови.

¹¹ *Definition of Aggression*, United Nations General Assembly, Twenty-ninth session, 142–144, [www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3314\(XXIX\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3314(XXIX)), 26. 5. 2018.

¹² Кривокапић, Борис, „Обичајна правна правила у међународном праву“, *Мегатренд ревија* 3/2012, 35–81.

се на тај начин помогло Савету безбедности УН, који, у складу са чл. 39 Повеље УН, утврђује да постоји претња миру, повреда мира или агресија и даје препоруке или одлучује које ће мере предузети, у складу са члановима 41 и 42 Повеље, да би се одржали или васпоставили међународни мир и безбедност.¹³ Она, дакле, није дефинисана са идејом да правном органу (кривичном суду) омогући остварење правде (кажњавање криваца) већ са циљем да политичком органу (Савету безбедности) олакша доношење и остваривање важних политичких одлука.

Још једна особеност Резолуције је у томе да она прво на општи начин дефинише шта је то агресија (чл. 1) а затим наводи случајеве (примере) аката агресије (чл. 3), с тим да прецизира да листа набројаних аката агресије није потпуна, те да Савет безбедности може одлучити да и други акти представљају агресију (чл. 4).

Дефиниција из Резолуције наглашава да никакви обзири било које природе, политички, економски, војни или други, не могу служити као оправдање за агресију (чл. 5/1). Она изричито утврђује да је агресорски рат злочин против мира, те да агресија повлачи међународну одговорност (чл. 5/2). С тим у вези, важно је приметити да се говори о међународној одговорности (што отвара простор и за разне облике међународне одговорности односне државе што значи и могућу примену разних међународних санкција против ње),¹⁴ а не о индивидуалној кривичној одговорности одговорних лица (мада се она свакако подразумева).

Посебно је занимљива одредба из чл. 2, према којој „прво отпочињање употребе оружане силе од стране једне државе противно Повељи представља *prima facie* доказ извршења акта агресије, с тим што Савет безбедности може у складу с Повељом закључити да проглашење да је извршен један акт агресије не би било оправдано у светлу других релевантних околности, укључујући и чињеницу да односни акти или њихове последице нису довољно опасни.“ Другим речима, ако се утврди да је нека страна прва применила силу, то је довољан доказ да је реч о агресији, сем ако Савет безбедности из напред поменутих разлога не закључи другачије.

Резолуција је донета у време када је при крају био процес деколонизације и када је улога несврстаних земаља у Хладним ратом подељеном свету била врло запажена. Стога је она у чл. 7 предвидела важно решење, према којем ништа из њом утврђене дефиниције агресије не може ни на који начин да нанесе штету Повељом УН предвиђеном

¹³ То је потврђено у ставу 2 преамбуле „Дефиниције агресије“ која чини саставни део Резолуције 3314.

¹⁴ Кривокапић, Борис, *Међународно јавно право*, Београд 2017, 70–92.

праву на самоопредељење, слободу и независност оних народа који су тога права силом лишени, а посебно народа под колонијалним и расистичким режимима или другим облицима страног господства, нити праву тих народа да се у том циљу боре, да траже и примају подршку.

Везано за праксу, чињеница је да је, и поред тога што су му дати врло јасни оквири, Савет безбедности, оптерећен супротстављеним политичким интересима својих сталних чланова, често био паралисан у смислу да није предузео мере предвиђене Повељом УН у циљу заштите светског мира и помоћи жртви агресије. Штавише, он је у многим случајевима, који су несумњиво имали елементе агресије, избегао да јасно укаже на то. Тако је поступио зато што би у супротном морао да означи агресора, што би онда водило тешко сагледивим последицама. Уместо тога, радије је користио термин *кршење мира* (енгл. *breach of peace*) који констатује да постоји оружани сукоб и указује на потребу да се што пре успостави мир, али никога не оптужује за агресију.¹⁵

4. Римски статут (1998) након измена и допуна из Кампале (2010)

Дефиниција агресије која је изменама и допунама Римског статута усвојена у новом члану 8bis, једва да има додирних тачака са оном из статута Нирнбершког суда.¹⁶

Пре свега, стилизација из статута Нирнбершког суда дело је четирију великих сила победница у Другом светском рату. За разлику од тога, измене Римског статута усвојили су у Кампали представници 84 чланице Римског статута,¹⁷ међу којима су били и представници Француске и Уједињеног Краљевства.¹⁸ Другим речима, дефиниција агресије, усвојена у Кампали, дело је пре свега малих и средњих држава, забринутих за очување светског мира.

¹⁵ Gareis, Sven Bernhard, Varwick Johannes, *The United Nations: An Introduction*, New York 2005, 70; Gray, Christine, *International Law and the Use of Force*, New York – Oxford 2004, 85, 116, 146, нав. према: Henderson, Conway W., *Understanding International Law*, Wiley-Blackwell 2010, 221.

¹⁶ *Rome Statute of the International Criminal Court*, The Hague 2011, icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf, 26. 5. 2018.

¹⁷ У том тренутку у чланству Римског статута односно Међународног кривичног суда било је укупно 112 држава, али неке од њих нису послале своје делегације на Конференцију.

¹⁸ Три преостала стална члана Савета безбедности УН – САД, Русија и Кина, нису међу чланицама Римског статута одн. Међународног кривичног суда, те нису ни могли да пуноправно учествују у раду и одлучивању Конференције (учествовали су као посматрачи).

У садржинском смислу, док Статут Нирнбершког суда говори о злочинима против мира и одређује их доста широко, дефиниција из Римског статута ограничена је само на агресију, али је зато прилично прецизно дефинише, а затим даје и дефиницију акта агресије и наводи конкретне случајеве (примере) у којима постоји акт агресије.

Дефиниција из Нирнберга требало је да послужи кажњавању главних злочинаца Немачке због отпочињања и вођења Другог светског рата. У том смислу, она је била дата за сврху конкретног судског поступка и односила се на већ учињене акте, дакле *ex tunc* одн. *ex post facto*. Напротив, дефиниција из Римског статута односи се на неодређен број предстојећих поступака који су у тренутку њеног усвајања недефинисани (не зна се против кога ће бити вођени). Такође, она важи само у погледу будућих аката агресије тј. делује *ex tunc* одн. *pro futuro*.

Дефиниција из Статута Нирнбершког суда нашла је примену у пракси – она је у оквиру свог домашаја била основ за суђење и кажњавање немачких злочинаца. Напротив, дефиниција из чл. 8bis Римског статута до сада није примењена – пред Међународним кривичним судом још увек није покренут ниједан поступак због злочина агресије. Штавише, теоријски је могуће и да никада ниједан такав поступак не буде покренут (ако убудуће не буде случајева агресије, што је, руку на срце, мало вероватно).¹⁹

Дефиниција агресије која је садржана у члану 8bis Римског статута има много сличности са оном из Резолуцију Генералне скупштине УН бр. 3314 (1974) на коју се, уосталом, очигледно ослања, па и непосредно позива.²⁰ Па ипак, постоје и важне разлике.

Резолуцију је усвојила Генерална скупштина УН, консензусом свих тадашњих чланица УН, док је дефиниција из чл. 8bis Римског статута дело ужег круга држава – само чланица Међународног кривичног суда.

Дефиниција из Резолуције усвојена је да би се олакшао рад Савета безбедности на очувању светског мира, тако што би му се предочио јасан став чланица УН о томе шта је агресија и који су критеријуми према којима се одређује њено постојање. Ипак, одлука је у рукама Савета безбедности, који може одлучити да и у Резолуцији непоменути акти

¹⁹ Постоји и друга могућност, а то је да Међународни кривични суд на разне начине буде спречен да води поступак због злочина агресије, посебно ако се он може приписати руководству неке велике силе.

²⁰ У ставу 2 члана 8 bis Римског статута, непосредно пре него што се наводе случајеви (примери) аката агресије, изричито стоји: „Било који од следећих аката, без обзира на објаву рата, биће, у складу са Резолуцијом Генералне скупштине 3314 (XXIX) од 14. децембра 1974, окарактерисан као акт агресије:...“.

представљају агресију, одн. напротив, може закључити да из неког разлога у конкретном случају који се уклапа у Резолуцијом утврђене окви-ре, није у питању агресија.

Другачије је са дефиницијом из Римског статута. Она је донета да би Међународни кривични суд могао да суди за злочин агресије. Стога не предвиђа никаква посебна решења везана за улогу Савета безбедности, сем његовог права да иницира поступак код Суда, упућујући тужиоцу случај и права да затражи одлагање истраге или кривичног гоњења у периоду од 12 месеци, са могућношћу понављања таквог захтева. У питању су компромисна решења, усвојена да би Римски статут био прихватљив за што већи круг држава, а посебно за сталне чланове Савета безбедности. Мимо тога, Савет безбедности нема никаква овлашћења везана за сам поступак пред Судом и коначну одлуку (пресуду).

Ближе гледајући, Савет безбедности не може ни да допуњује дефиницију из Римског статута, ни да одлучује о томе да ли је у датом случају реч о агресији. Међународни кривични суд једини је надлежан да, држећи се дефиниције из члана 8bis Римског статута, цени да ли се у конкретном случају ради о агресији и да сходно томе покрене и води поступак против окривљених.

Строго узев, сама по себи дефиниција из Резолуције није правно обавезујућа, она је једна врста препоруке. Напротив, дефиниција из чл. 8bis Римског статута је правно обавезна за државе које су ратификовале измене Римског статута из Кампале као, разуме се, и за сам Међународни кривични суд.

Постоје и друге разлике. За разлику од Резолуције, чл. 8bis Римског статута не предвиђа да прво отпочињање употребе силе од једне државе противно Повељи УН представља *prima facie* доказ извршењу агресије. То је и разумљиво када се зна да је Савет безбедности, којем Резолуција треба да помогне у раду, заправо извршни орган са посебним задацима и овлашћењима, при чему је његова првенствена улога да у случају агресије што пре реагује и спречи ескалацију сукоба. Напротив, Међународни кривични суд, као и сваки други кривични суд, одлучује на основу поднетих му доказа, а не претпоставки, ма како основане оне биле.

Резолуција, поред осталог, прецизира да није агресија борба за самоопредељење, слободу и независност народа који су тога силом лишени, а посебно народа под колонијалним и расистичким режимима или другим облицима страног господства.

Такве одредбе у Римском статуту нема. Једно од објашњења могло би бити да је, с обзиром на то да је процес деколонизације практично окончан, престала потреба за навођењем таквог решења. Ипак, није то у питању.

Ствар је у томе да решење из Резолуције према којем се борба за национално ослобођење не сматра агресијом има јасну политичку позадину. Оно полази од тумачења да је питању један специфичан облик самоодбране од стране силом наметнуте власти. С друге стране, Римски статут је основа за утврђивање индивидуалне кривичне одговорности, он у фокусу има конкретне акте и конкретне појединце. Ништа мање важно није било то што се у трагању за односним решењима Римског статута која би била прихватљива за све или макар што већи круг држава, морало ићи на одређене компромисе. О томе, уосталом, довољно сведочи и сама чињеница да је злочин агресије дефинисан тек након 12 година од потписивања Римског статута.

Најзад, док с једне стране постоји сличност између Резолуције и чл. 8bis Римског статута у смислу да се у оба случаја прво даје општа дефиниција агресије, а затим и дефиниција акта агресије уз навођење конкретних случајева (примера) постоје и важне разлике.

Резолуција дефинише агресију као употребу оружане силе једне државе, против суверенитета, територијалног интегритета и политичке независности друге државе, односно на било који други начин који није у сагласности с Повељом УН.

Члан 8bis Римског статута одређује агресију много прецизније, тако што заправо даје две дефиниције: прво *злочина агресије*, а онда и *акта агресије*.

Наиме, у ставу 1 тог члана, злочин агресије се одређује на општи начин као: „Планирање, припрема, започињање и извршење, од стране лица које је у позицији да спроведе ефективну контролу и нареди политичку или војну акцију државе, акта агресије који, по свом карактеру, озбиљности и снази представља очигледну повреду Повеље УН.“

То је далеко прецизнија дефиниција од оне из Резолуције, јер обухвата не само употребу оружане силе (започињање и извршење акта агресије) већ и претходне радње (планирање и припрему акта агресије). Такође, док Резолуција говори о употреби оружане силе од стране *једне државе*, дефиниција из чл. 8bis Римског статута захтева да су у питању радње „лица које је у позицији да спроведе ефективну контролу и нареди

политичку или војну акцију државе“. Ова разлика у дефинисању сасвим је разумљива када се има у виду да се Резолуција бави међудржавним односима и треба да олакша реакцију Савета безбедности, док је сврха дефиниције из Римског статута да омогући вођење кривичног поступка на бази индивидуалне кривичне одговорности.

Најзад, док Резолуција у чл. 1/1 дефинише на општи начин агресију, дефиниција из чл. 8bis Римског статута након што је у ставу 1 на описани начин одредила шта је злочин агресије, у наредном ставу прецизира шта, у сврху става 1, сматра актом агресије – и ту заправо скоро дословце понавља Резолуцију, штавише изричито се позивајући на њу.

Коначно, специфичност дефиниције из чл. 8bis Римског статута је и у томе да је она нашла одраз и у Елементима злочина, који су такође допуњени одредбама које се односе на чл. 8bis Римског статута.

Упоредни преглед најважнијих дефиниција агресије				
		Статут Нирибершког суда 1945.²¹	Резолуција 3314 1974.	Римски статут (1998) чл. 8bis (2010)
1.	Међународне прилике у време доношења	Пред сам крај Другог светског рата.	Доба Хладног рата.	Настанак вишеполарног света.
2.	Како гласи дефиниција	„Планирање, припремање, започињање или вођење агресорског рата или рата којим се крше међународни уговори, споразуми или гаранције, или учествовање у неком заједничком плану или завери за извршење ма ког од горе наведених дела“.	„Употреба оружане силе једне државе против суверенитета, територијалног интегритета или политичке независности друге државе, или на било који начин који није у сагласности са Повељом Уједињених нација, како то проистиче из ове дефиниције.“ Затим следи набрајање шта се све подразумева под актом агресије (примери).	„Планирање, припрема, започињање или извршење, од стране лица које је у позицији да спроведе ефективну контролу и нареди политичку или војну акцију државе, акта агресије који, по свом карактеру, озбиљности и снази представља очигледну повреду Повеље УН.“ Акт агресије дефинисан је као „употреба оружане силе једне државе против суверенитета, територијалног интегритета или политичке независности друге државе, или на било који други начин који није у сагласности са Повељом Уједињених нација“. Затим следи набрајање шта се све подразумева под актом агресије (примери).
3.	Аутори дефиниције	Четири велике силе победнице – СССР, САД, Велика Британија и Француска.	Генерална скупштина УН.	Део држава чланица Римског статута.

²¹ Још једном ваља подсетити да у принципу исто вреди и за Токијски суд.

4.	Сврха дефиниције	Да омогући суђење окривљенима у датом поступку. Другим речима, да послужи за дати случај.	Да олакша напоре Савета безбедности УН на очувању и васпостављању међународног мира и безбедности тако што ће му понудити критеријуме за утврђивање када је на делу агресија.	Да омогући покретање и вођење недефинисаног броја будућих кривичних поступака пред Судом.
5.	Државе којих се тиче	Немачка и Јапан	Чланице УН, али под одређеним условима и све остале државе (и нечланице).	Државе чланице Римског статута које су ратификовале његове измене из Кампале (2010) али под одређеним условима и друге државе.
6.	Субјективни домашај (на кога се односи)	Окривљени пред Судом у датом поступку.	На све.	Окривљени пред Судом у поступцима који се пред њим воде због агресије.
7.	Временски домашај (трајање)	До завршетка суђења.	Нема ограничења.	Нема ограничења.
8.	Стварни домашај (случајеви на које се односи)	Повратно дејство у смислу да се односи на претходне догађаје.	Нису дефинисани, али подразумева се да је реч о будућим догађајима.	Будући догађаји, након ступања на снагу чл. 8bis Римског статута.

9.	Правна обавезност	Да, у датом поступку, али не и за државе као такве.	Не као таква. Са друге стране има основа да се сматра делом универзалног обичајног међународног права, што би значило да је обавезна за све.	Да, у поступцима пред Судом, али не и за државе као такве.
10.	Подршка од стране	Држава победница у Другом светском рату.	Чланица УН.	Држава чланица Римског статута. ²²
11.	Однос сталних чланова Савета безбедности	СССР, САД, В. Британија и Француска су Лондонским споразумом (8.8.1945) усвојили Статут Суда и у њему садржану дефиницију агресије. Дакле, иза дефиниције су стала четири од пет данашњих сталних чланова СБ. ²³	Подршка сталних чланова СБ (Резолуција је Генералној скупштини усвојена консензусом).	До данас ниједан стални члан СБ није прихватио формалну обавезу у погледу дефиниције агресије. В. Британија и Француска су потписале Римски статут, али нису ратификовале његове измене које се односе на злочин агресије: САД и Русија су прво потписали Римски статут, али су затим (2002. одн. 2016) повукли своје потписе; а Кина никада није ни потписала Римски статут.

²² Чланице Римског статута су 123 државе. *The States Parties to the Rome Statute*, ICC, asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states parties/Pages/the states parties to the rome statute.aspx, 26. 5. 2018.

²³ Пети данашњи члан СБ је НР Кина, која је тек 1971. преузела место у Савету од Тајвана који је до тада представљао Кину.

12.	Улога Савета безбедности УН	Нема је (у то време УН још нису конституисале своје органе)	Дефиниција: – треба да помогне Савет безбедности у извршењу његовог основног задатка – те очувању и васпостављању међународног мира и безбедности; – дозвољава да СБ закључи да се у датом случају не ради о агресији; – прецизира да СБ може одлучити да и други акти (поред оних наведених у Резолуцији) представљају агресију у смислу Повеље УН.	Савет безбедности: – може да иницира поступак код Суда, па и против лица из државе нечланице Статута; – не може да у поступку пред Судом цени да ли је у датом случају реч о агресији, јер је то посао Суда, али може да затражи одлагање на 12 месеци, с тим да тај захтев може да понови неодређен број пута (чл. 16 Римског статута).
-----	------------------------------------	---	---	--

13.	Улога Генералне скупштине УН	Нема је	Генерална скупштина је својом резолуцијом усвојила ову дефиницију. У пракси, Генерална скупштина може да примени дефиницију нарочито у оним случајевима када, поступајући на основу Резолуције „Уједињени за мир“ (1950) преузима улогу и овлашћења Савета безбедности у одржању светског мира. ²⁴	Нема је, везано за поступке пред судом или акте Суда. Ипак, на основу Споразума о односу између УН и Међународног кривичног суда (2004) Суд преко генералног секретара УН подноси Генералној скупштини годишњи извештај о свом раду, а може и предложити да Генерална скупштина размотри неко питање. Са друге стране, Генерална скупштина одлучује о финансијским средствима која се дају Суду.
-----	------------------------------	---------	---	--

⁴ Резолуцијом „Уједињени за мир“ (1950) Генерална скупштина је извршила фактичку ревизију Повеље УН, створивши механизам који јој омогућује да онда када постоји претња миру, кршење мира или акт агресије, а Савет безбедности је блокиран ветом неког од својих сталних чланова, преузме овлашћења Савета и сама одлучи о колективним мерама које треба предузети, укључујући, када је неопходно, употребу оружаних снага. Резолуција је први пут примењена поводом агресије В. Британије, Француске и Израела на Египат (1956) а касније је на основу ње сазвано још неколико специјалних седница Генералне скупштине. *Emergency special sessions, General Assembly of the United Nations*, un.org/en/ga/sessions/emergency.shtml, 26. 5. 2018.

14.	Особености	<p>Дефиниција је:</p> <ul style="list-style-type: none"> – била део суђења победника над пораженима у Другом светском рату; – обухватила и злочине против мира, како су дефинисани у Статуту. 	<p>Прецизирање:</p> <ul style="list-style-type: none"> – да прво отпочињање употребе силе од једне државе противно Повељи УН представља <i>prima facie</i> доказ о извршењу акта агресије; – да СБ може у неким случајевима употребе силе да закључи да не постоји агресија; – да СБ може да допуни листу набројаних аката агресије; – да није агресија борба за самоопредељење, слободу и независност народа који су тога силом лишени, а посебно народа под колонијалним и расистичким режимима или другим облицима страног господства. 	<p>Постојање посебног тела, Скупштине држава чланица, која је и усвојила дефиницију агресије, а може и да је у неком тренутку измени или допуни.</p>
15.	Примена у пракси	<p>У конкретном поступку – један број окривљених је осуђен по том основу.</p>	<p>У политичким одн. политичко-правним документима.</p>	<p>Још увек није примењена у поступцима пред Судом.</p>

5. Закључак

Премда описују исту појаву, три најважније дефиниције агресије које су се јавиле у међународним документима разликују се између себе по многим елементима.

То је логична последица чињенице да је свака од њих донета са одређеним циљем. Прва је била у функцији кажњавања ратних злочинаца после Другог светског рата, друга је дата у политичке сврхе као путоказ Савету безбедности, а трећа би требало да послужи за будуће поступке пред Међународним кривичним судом. Ако је она из статута Нирнбершког суда одавно превазиђена, па и суштински мањкава, дефиниције из Резолуције 3314 (1974) и Римског статута су и даље на снази и задовољавају свака у својим оквирима потребе због којих су настале.

То, разуме се, не значи да нема простора за њихово усавршавање. Такође, не може се искључити ни појава нових званичних дефиниција агресије – нпр. за потребе неке регионалне међународне организације или регионалног међународног кривичног суда. По логици ствари, свака нова дефиниција требало би да је прецизнија од претходних. Треба, међутим, имати у виду да се ту не ради толико о томе шта правна наука и струка могу да понуде као најбоље решење, већ на шта су државе спремне да пристану.

Литература

League of Nations – Treaty Series, vols. CHLVII & CHLVIII, 1934, No. 3391, 3405, 3414, https://treaties.un.org/pages/Content.aspx?path=DB/LoNOnline/pageIntro_en.xml, 26. 5. 2018.

Weisboard, Noah, “Conceptualizing Aggression”, *Duke Journal of Comparative & International Law* 1/2009.

Anderson, Michael, “Reconceptualizing Aggression”, *Duke Law Journal* v. 60, 2010.

Glennon, Michael J., “The Blank-Prose Crime of Aggression”, *Yale Journal of International Law* 1/2010.

Kreiß, Claus, von Holtzendorff Leinie, “The Campala Compromise on the Crime of Aggression”, *Journal of International Criminal Justice*, v. 8, 2010.

Cryer, Robert, Friman Håkan, Robinson Darryl, Wilmshurst Elisabeth, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press 2010.

Trahan, Jennifer, “A Meaningful Definition of the Crime of Aggression: A Response to Michael Glennon”, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 4/2012.

Grover, Leena, “Interpreting the Crime of Aggression”, in: Kreiß, Claus, Barriga Stefan (eds.), *The Crime of Aggression – A Commentary*, Cambridge University Press 2016.

Resolution RC/Res.6 (2010), *The crime of aggression*, ICC, asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf, 26. 5. 2018.

Definition of Aggression, United Nations General Assembly, Twenty-ninth session, 142–144, [www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3314\(XXIX\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3314(XXIX)), 26. 5. 2018.

Кривокапић, Борис, „Обичајна правна правила у међународном праву“, *Мегатренд ревија* 3/2012.

Кривокапић, Борис, *Међународно јавно право*, Београд 2017.

Gareis, Sven Bernhard, Varwick Johannes, *The United Nations: An Introduction*, New York 2005.

Gray, Christine, *International Law and the Use of Force*, New York – Oxford 2004, нав. према: Henderson, Conway W., *Understanding International Law*, Wiley-Blackwell 2010.

Rome Statute of the International Criminal Court, The Hague 2011.

The States Parties to the Rome Statute, ICC, [asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states parties/Pages/the states parties to the rome statute.aspx](http://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx), 26. 5. 2018.

Emergency special sessions, General Assembly of the United Nations, un.org/en/ga/sessions/emergency.shtml, 26. 5. 2018.

ON DEFINITION OF AGGRESSION IN INTERNATIONAL LAW

Professor Boris Krivokapić*

Summary

The paper presents a comparative analysis of the way in which aggression is defined in the three most important international documents - the Statute of the Nuremberg Tribunal (1945), the UN General Assembly Resolution 3314 (1974) and the Rome Statute (1998) after the Kampala amendments (2010). The author points to the specificity of each of these definitions, and in the end gives a comparative table. He states that although they describe the same phenomenon, these definitions differ among themselves by many elements, with each of them having its own place in history and practice. Among other things, one served the punishment of war criminals after the Second World War, the other for political purposes as a roadmap to the Security Council, and the third one should serve for future proceedings before the International Criminal Court. If the one from the Statute of the Nuremberg Tribunal has long since been overcome, and is fundamentally flawed, the definitions of Resolution 3314 (1974) and the Rome Statute remain in effect and satisfy, each in its own frames, the needs for which they were formulated. This, of course, does not mean that there is no room for their improvement. However, it should be noted that this is not so much about what legal science and profession can offer as the best solution, but on what states are willing to accept.

Keywords: *International law, Definition of aggression, Nuremberg, International Criminal Court, Rome Statute*

* Academician (Russian Academy of Natural Sciences – RAEN), Full Professor and Scientific Councillor, Business and Law Faculty, University „Union – Nikola Tesla“, - Belgrade and Law Faculty of the Samara National University „S.P. Korolev“, Samara

УДК 340.137:341.98(4-672EU)

doi 10.7251/PR5518521S

Оригинални научни чланак

МОГУЋИ ПРОБЛЕМИ У ПРИМЈЕНИ МЕЂУНАРОДНИХ ИЗВОРА (МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ) ПРАВА

Проф. др Валерија Шаула*

Сажетак: Рад указује на могуће практичне проблеме у примјени различитих извора међународног права. Овим проблемима су се бавили Европски суд за људска права и Европски суд правде у предметима који су се односили на међусобни однос Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода и уредби Европске уније (нпр. Уредбе Брисел I о надлежности, признању и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима, као и Уредбе Брисел IIа о надлежности, признању и извршењу одлука у брачним стварима и стварима родитељске одговорности), као и односом према другим међународним мултилатералним уговорима које обавезују исте државе, као нпр. Хашкој конвенцији о грађанскоправним аспектима међународне отмице (незаконитог одвођења или задржавања) дјете.

Разматрана су два случаја из праксе: један се тиче незаконитог одвођења дјетета из Италије у Аустрију (случај пред Европским судом за људска права у предмету Повсе против Аустрије), а други признањем и извршењем стране судске одлуке (случај пред Европским судом за људска права у предмету Авотини против Летоније).

На основу успостављених стандарда из праксе угледних европских судских инстанци, као што је Европски суд за људска права, могуће је извући одређене закључке и препоруке за поступање у пракси.

Кључне ријечи: међународни уговори, пракса Европског суда за људска права, међународна отмица дјете, признање и извршење страних пресуда, уредбе Европске уније.

*Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Булевар Војводе Степе Степановића 77, Бања Лука, e-mail:valerija.saula@pf.unibl.org

I Увод

Савремени свијет карактерише све већи број односа који прелазе границе једне државе, границе важења њеног суверенитета, па тако и границе примјене њеног правног система и поступања њеног правосудног система. Елеменат иностраности или међународни елеменат у овим односима налаже и другачије поступање у поређењу са односима који га немају. То се манифестује у сфери примјене материјалног права али и у погледу процедуре за расправљање спорова из таквих односа. Специфичан начин поступања у оваквим односима, који подразумијева примјену домаћег или страног права, зависно од садржаја колизионих норми, гарантује признавање и стабилност резултата у свим државама са којима правни однос има везу, смањује трошкове и пружа странкама неопходну правну сигурност и предвидљивост.

Поменути процеси наметнули су и потребу њиховог међународног регулисања, било на универзалном, а много чешће на регионалном плану, гдје се унификација норми показала као лакше остварљива, ефикаснија и са дуготрајним резултатима. Државе се споразумијевају о томе у којим областима, на који начин и са колико одступања од својих интерних законодавних рјешења ће формулисати међународно прихваћена рјешења која ће се на једнак начин примјењивати у односима са међународним елементом и која ће имати предност у примјени у односу на њихове унутрашње правне норме. Постигнута сагласност манифестује се кроз усвајање међународних конвенција тј. споразума двију или више држава, који знатно олакшавају стварање, реализацију и заштиту права из правних односа са међународним елементом између субјеката који су подвргнути надлежности и праву држава уговорница.

Овај значајан позитивни аспект међународне регулативе, међутим, носи бројне проблеме за практичаре, о којима ће бити више ријечи у наставку.

II Мјесто међународних уговора у правном систему државе уговорнице

Устави држава садрже одредбе о хијерархији правних извора а посебно о мјесту међународних извора у тој хијерархији. Упоредно проучавање даје основа за констатацију да су присутни различити мода-

литети формулисања тог односа у унутрашњем правном систему, зависно од тога да ли се усваја концепција монизма или дуализма¹.

Тако нпр. Устав Босне и Херцеговине (БиХ)² експлицитно регулише само питање мјеста Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода у њеном правном систему, на начин да ће се права и обавезе из те конвенције и њених протокола директно примјењивати у Босни и Херцеговини, те да ће ови извори имати предност над свим осталим законима.

Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода, као и њени протоколи, регулише широк спектар права и слобода која задиру у све области права, те се може рећи да ова одредба Устава БиХ има далекосежне последице у правном систему Босне и Херцеговине са којима правници треба да буду квалитетно и детаљно упознати, те да се континуирано образују у том правцу, посебно имајући у виду да се одредбе Конвенције тумаче искључиво кроз пресуде Европског суда за људска права.

О осталим међународним изворима Устав БиХ не говори експлицитно. Ипак, треба имати у виду да је Босна и Херцеговина, као и остале државе настале након распада Социјалистичке Федеративне Републике Југославије (СФРЈ), преузела комплетан ранији правни поредак до доношења властитих прописа, па је разумно тумачити да се и ранија пракса по питању мјеста међународних уговора у правном систему наставља на исти начин како је било регулисано у Уставу СФРЈ из 1974. године, тј. да судови непосредно примјењују објављене међународне уговоре³.

Док Устав Босне и Херцеговине оставља значајан простор за различита тумачења односа међународних и унутрашњих извора норми због своје недоречености а дјелимично и чињенице да је његова изворни текст писан на енглеском језику, због чега се намеће дилема да ли се израз „law“ који користи у овом контексту треба превести као „право“, што је знатно шири појам, или „закон“ („The rights and freedoms set forth in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its protocols shall apply directly in Bosnia and Herzegovina. These shall have priority over all other law“ (п. а.)). Устави других држава у окружењу су прецизнији.

¹ Више о томе нпр. Аврамов, Смиља-Крећа, Миленко, *Међународно јавно право*, Београд, 2006, стр. 462 и 493.

² Анекс 4 Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини (Дејтонски споразум), чл. II, т. 2.

³ Члан 210. Устава СФРЈ („Службени лист СФРЈ“ бр. 30/1974).

Тако Устав Републике Србије из 2006. године⁴ предвиђа да су потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права дио правног поретка Републике Србије. Потврђени међународни уговори не смију бити у супротности са уставом, док закони и други општи акти донесени у Републици Србији не смију бити у супротности са потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права.⁵

Супрематича ратификованих и објављених међународних уговора, била она прокламована и потврђена у самом уставу државе чланице или не, произлази из норми међународног јавног права, тј. Конвенције о праву међународних уговора из 1969. године⁶, која предвиђа да сваки уговор који је на снази везује странке и оне треба да га извршавају у доброј вјери (опште правно начело али и норма међународног права „*pacta sunt servanda*“⁷), као и да се странка не може позивати на одредбе свог унутрашњег права да би оправдала неизвршавање уговора (осим на одредбе унутрашњег права које се односе на надлежност за закључивање уговора)⁸. У супротном, сврху, циљ и ефекте закљученог међународног уговора не би било могуће провести у пракси.

Бечка конвенције о праву међународних уговора из 1969. године преузета је у правни систем БиХ, на основу чл. 2 Анекса II уз Устав БиХ, који предвиђа континуитет прописа који су до тренутка ступања на снагу Устава БиХ били на снази на територији БиХ, као и на основу чл. 5 истог анекса који говори о континуитету важења међународних уговора који су ратификовани од стране БиХ у периоду од 01.1.1992. године до ступања на снагу Устава БиХ, уколико нису отказани на начин предвиђен у тој одредби. Листа ратификованих међународних уговора које је БиХ наставила да примјењује након распада СФРЈ, која их је ратификовала, укључујући и Бечку конвенцију о праву међународних уговора, објављена је у неколико наврата у Службеном гласнику БиХ⁹.

⁴ „Службени гласник Републике Србије“ бр. 98/2006.

⁵ Чл. 194, став. 4, 5, 6.

⁶ „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“ бр. 30/1972.

⁷ Видјети опширније у Аврамов, Смиља, Крећа, Миленко, *op.cit.*, стр. 484–487; Dika, Mihajlo, Knežević, Gašo, Stojanović, Srđan, *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Номос, Београд, 1991, стр. 13; као и Станивуковић, Маја, Живковић, Мирко, *Међународно приватно право – Општи део*, четврто измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2010, стр. 63.

⁸ Чл. 42 Конвенције.

⁹ Исти се примјењују у Републици Српској и Босни и Херцеговини по основу изјаве о сукцесији, прихватању или приступању („Службени лист РБиХ“ бр. 25/93, стр. 621, т. 54), а

III Сазнавање садржаја међународног уговора

И када нема дилеме о томе да се потврђен и објављен међународни уговор треба непосредно примјењивати, појављују се друге тешкоће. Једна од њих се односи на постојање свијести о важењу неког међународног извора и проналажење његовог текста ради правилне примјене, а могући су и проблеми тумачења његових норми.

Веома корисно средство, које је лако доступно захваљујући модерним технологијама, јесте преглед важећих уговора објављен на интернет страницама њених надлежних органа. Када је Босна и Херцеговина у питању, то је Министарство правде Босне и Херцеговине¹⁰, које ажурира и презентује податке о важећим међународним уговорима, као и текстове самих тих уговора.

Раније је постојала пракса објављивања текстова међународних уговора у посебне публикације, тачније збирке или приручнике, са подацима о томе гдје су и када објављени, када су ступили на снагу, које државе чланице обавезују, као и краћих коментара садржаја или коришћених института из материје о којој је ријеч¹¹. Овакве збирке међународних извора свакако су веома корисне и олакшавају рад онима који су у обавези да их примјењују али треба имати у виду да се исте могу показати као неажурне, уколико се од тренутка објављивања до тренутка поступања надлежног органа промијени стање у погледу важења тог међународног извора права, како евентуалног отказивања или измјене садржаја, тако и промјене у погледу држава уговорница.

Чини се да најактуелније податке о стању међународних уговора дају интернет странице међународних организација под чијим окриљем се међународни уговори закључују. Тако Хашка конференција за међународно приватно право¹² или Савјет Европе¹³ дневно освјежавају стање на својим интернет страницама, те је консултовање тако презентованих информација најпоузданији извор података, како о садржају, тако

чија уговорница је била СФРЈ од ступања те конвенције на снагу 1980. године („Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“ бр. 30/1972) а листа осталих конвенција преузетих на исти начин објављивана је и у истом службеном гласилу бр. 15/1995, те „Службеном гласнику БиХ“ бр. 26/1998.

¹⁰ http://www.mpr.gov.ba/organizacija_nadleznosti/medj_ppravna_pomoc/bilateralni_ugovori/Konvencije.aspx?langTag=bs-BA.

¹¹ Видјети нпр. Тодоровић, Владимир, *Међународна правна помоћ*, Службени лист, Београд, 2000.

¹² <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions>; <https://www.coe.int/en/web/conventions/>

¹³ <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list>

и о статусу међународних извора, о државама уговорницама, резервама које су изјављење, датумима ступања на снагу у односу на поједину државу уговорницу и др. Употреба ових извора информација подразумијева способност корисника да посједује потребан ниво знања једног од службених језика ових организација (најчешће су то енглески и француски језик). Иако нам није познато да ли су вршена истраживања на тему квалитета унутрашњих капацитета у државним органима, јавним и приватним установама, по питању потребног нивоа знања страних језика, слободни смо констатовати да се на том плану треба још много учинити. Не само повећати обим и квалитет изучавања знања страних језика од основне школе до високошколских институција, него познавање одређених страних језика поставити као услов за запошљавање у органима који у свом раду примјењују међународне изворе норми.

И када се превазиђу проблеми сазнавања података о постојању и садржају међународних извора норми, остаје питање њиховог међусобног односа тј. редослиједа у њиховој примјени.

Бечка конвенција о праву међународних уговора из 1969. године садржи правило о тумачењу међународних уговора, које у овој ситуацији може бити од изузетне важности, као и правила о примјени узастопних уговора о истом предмету¹⁴.

Сматрамо да је у овом процесу од примарног значаја правилно тумачење одредаба самих међународних уговора којима се регулише њихов однос према другим изворима међународног права (то су најчешће опште или завршне одредбе).

Сасвим је разумљиво да ће се приликом примјене међународних извора норми, у случају потребе за рјешавањем сукоба између тих извора и нејасноћа око првенства примјене, примјењивати правила међународног јавног права у материји међународних уговора, а то је поменута Бечка конвенција. Ипак, може се десити да и даље нека питања остану неријешена и да доводе до недоумица или да тумачење њиховог односа

¹⁴ У члану 30 Бечке конвенције о праву међународних уговора се предвиђа: „...2. Ако неки уговор јасно одређује да је подређен пријашњем или каснијем уговору или да не треба да се сматра несагласним са тим другим уговором, одредбе тог другог уговора имају предност. 3. Ако су све странке пријашњег уговора исто тако странке каснијег уговора, с тим што пријашњи уговор није престао, нити је његова примјена обустављена... пријашњи уговор се примјењује само толико колико су његове одредбе сагласне с одредбама каснијег уговора. 4. Ако све странке пријашњег уговора нису странке каснијег уговора: а) у односима између држава странака оба уговора, примјењује се правило из става 3; б) у односима између држава странака оба уговора и државе странке само једног од тих уговора, уговор којег су странке обе државе регулише њихова узајамна права и обавезе...”

врше међународни форуми на начин како то каснији развој међународног права налаже а понекад и другачије од до тада уобичајеног тумачења, што ћемо касније илустровати неким примјерима.

Проблеми су посебно изражени у ситуацији када се појаве извори права који су по поријеклу међународни али произлазе из овлашћења за доношење прописа од стране међународне организације на коју су државе чланице пренијеле дио свог суверенитета и који прописи имају непосредно дејство на територији држава чланица тј. у пракси њених органа. Такав случај је са секундарним комунитарним правом тј. правом Европске уније.

Аутоматска примјена универзалних правила и начела тумачења, као што су да каснији пропис дерогира ранији (*lex posterior derogat legi priori*), да посебни пропис дерогира општи (*lex specialis derogat legi generali*) у овом случају не доводи увијек до рјешења проблема, као ни правило о примјени најповољнијег права или максималне ефикасности¹⁵. Илустроваћемо то на примјерима из праксе међународних судова.

IV Међусобни однос међународних извора норми – могући проблеми

Питање које ћемо разматрати у наставку текста једно је од најкомпликованијих у савременој примјени међународних извора права, а његова тежина се огледа и у бројним примјерима из праксе о којима су расправљале и највише међународне судске инстанце у Европи: Европски суд за људска права у Стразбуру и Европски суд правде (Суд правде Европске уније) у Луксембургу.

Ради се о односу између права Европске уније, тачније уредби, које се, као секундарни извори комунитарног права, непосредно примјењују пред органима држава чланица, те других међународних обавеза које су те државе преузеле улазећи у уговорне односе са другим државама, како чланицама Европске уније, тако и онима које то нису.

Илустроваћемо проблематику једним примјером из области међународног породичног права и једним примјером који се тиче

¹⁵ Ове принципе тумачења сугеришу у својим уџбеницима аутори: Muminović, Edin, *Međunarodno privatno pravo*, Sarajevo, 2006, стр. 31–32; Varadi, Tibor, Bordaš, Bernadet, Knežević, Gašo, Pavić, Vladimir, *Međunarodno privatno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2007, стр. 78 и 79; Станивуковић, Маја, Живковић, Мирко, *op. cit.*, стр. 65–66; Kostić Mandić, Маја, *Međunarodno privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore, Podgorica, 2017, стр. 45.

признања страних судских одлука. Примјери су превасходно везани за материју међународног приватног права али се могу појавити и у другим правним областима.

Оба примјера се тичу истовремене примјене секундарног комуни-тарног законодавства и мултилатералних међународних споразума.

1. Предмет Повсе против Аустрије

Први случај се тиче односа Уредбе 2201/2003 о надлежно-сти, признању и извршењу одлука у брачним стварима и стварима родитељске одговорности (тзв. Уредба Брисел IIa) и Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународног одвођења (отмице) дјецe из 1980. године, која данас обавезује скоро 100 држава свијета. Посебна околност у вези са овом проблематиком је и чињеница да се Европски суд за људска права бавио овим случајем одговарајући на представку у којој је наведено да су, примјењујући одредбе ових међународних ин-струмената, надлежни органи државе уговорнице повриједили људска права и основне слободе заштићене Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода, која их такође обавезује.

Предметом Повсе против Аустрије бавили су се Европски суд за људска права¹⁶ али прије тога и Европски суд правде¹⁷. Након пресуда ових судова, развила се научна и стручна полемика о ефикасности тј. недостацима постојећих међународних процедуралних механизма којима се различитим међународним изворима права регулише питање враћања незаконито одведеног/задржаног дјетета.

Предмет се тиче спора између држављанина Италије (г. Мауро Алпаго) и његове бивше ванбрачне партнерке, држављанке Аустрије (Дорис Повсе), са којом има заједничку кћерку, рођену у Италији 2006. године, гдје су партнери живјели до разлаза, јануара 2008. године. Према италијанском праву, оба родитеља су се заједнички сматрала овлашћеним за бригу и старање (custody¹⁸) о дјетету. У фебруару 2008. године гђа По-

¹⁶ Povse v. Austria, Надлежно вијеће Европског суда за људска права одлуку о прихватљивости донијело је 18.6.2013. године.

¹⁷ C-211/10, пресуда Суда правде Европске уније од 01.7.2010. године.

¹⁸ Додатну компликацију у рјешавању ових предмета ствара и чињеница да се коришћени термини не тумаче, тј. не квалификују на исти начин у различитим правним порецима чији органи поступају. Тако нпр. највећи проблем ствара термин „custody“, који својим садржајем не одговара нужно терминима „guardianship“ (старање или старатељство), или „parenteral rights

все је са кћерком отпутовала у Аустрију, истог дана када је надлежни суд у Италији донио одлуку којом искључиво право на бригу и старање о дјетету додјељује оцу дјетета. Истом одлуком, суд је изрекао забрану мајци да одводи дијете ван Италије без сагласности оца. У поступцима по правним лијековима, ова одлука је укинута а суд је привремено одобрио да дијете борави у Аустрији са мајком до доношења коначне одлуке. Истом одлуком, привремено је право на бригу и старање о дјетету додијељено заједнички оба родитеља. Отац и кћерка су одржавали редовне сусрете и контакте све до јуна 2009. године. Након тога, отац је захтијевао да се дијете врати у Италију. Надлежни суд у Аустрији, поступајући по одредбама Хашке конвенције из 1980. године, одбио је враћање дјетета у Италију, позвао се и на одлуку надлежног суда у Аустрији који је дозволио да дијете борави са мајком у Аустрији, те је донио привремену мјеру забране приласка, због пријетећих порука које је отац слао мајци дјетета.

У другом поступку, аустријски суд је, засновавши своју надлежност на Уредби Брисел IIa, одлучио да искључиво право на бригу и старање о дјетету додијели мајци дјетета. На истој уредби, суд у Венецији је засновао своју међународну надлежност и донио одлуку којом се налаже враћање дјетета. Венецијански суд је сматрао да је суд у Аустрији своју надлежност засновао погрешно. Сходно одредбама Уредбе Брисел IIa, суд у Италији је издао и сертификат о извршности¹⁹ своје одлуке. Тражено је извршење налога за враћање дјетета у Италију, на што је суд у Аустрији, позивајући се на релевантне одредбе Хашке конвенције из 1980. године, одговорио тако што је одбио повратак дјетета, позивајући се на озбиљну опасност којој би дијете било изложено у случају повратка. У поступцима по правним лијековима, највиша судска инстанца Аустрије се обратила Европском суду правде за претходно мишљење тј. претходно тумачење у вези са одредбама Уредбе Брисел IIa, која је примијењена у овом предмету.

Након мишљења Европског суда правде из 2010. године да су судови државе уговорнице у којој је незаконито одведено дијете имало редовно боравање прије одвођења надлежни да рјешавају питање

and duties“ (родитељска права и дужности) а ништа мање дилема не изазива ни термин „редовно боравање“ (habitual residence), као основни критеријум за заснивање међународне надлежности у овим предметима према Уредби Брисел IIa.

¹⁹ Члан 42 Уредбе Брисел IIa („Предаја дјетета из чл. 40, став 1, тачка (б), као резултат извршне судске одлуке донесене у држави чланици, признаје се и извршна је у другој држави чланици без потребе прибављања потврде о извршности и без могућности оспоравања њеног признања ако је судска одлука потврђена у држави чланици поријекла, у складу са ставом 2...“).

повјеравања дјетета, те да привремена одлука не представља одлуку о повјеравању дјетета, поступци у обје државе су се наставили.

Венецијански суд је опозвао своју одлуку из 2008. године и додијелио искључиво право на бригу о дјетету оцу, на шта се мајка није жалила. У новембру 2011. године отац је поднио сертификат о извршности те одлуке, издан на основу Уредбе Брисел Па, након чега су надлежни органи Аустрије наложили мајци да дијете преда оцу. У Италији је нешто раније покренут и кривични поступак против мајке дјетета због незаконитог одвођења дјетета и непоступања по одлукама суда.

Европски суд правде се бавио питањем односа Уредбе Брисел Па и Хашке конвенције из 1980. године, посебно питањем признања и извршења одлука о враћању дјетета међу државама чланицама ЕУ али и питањима међународне надлежности по питању одлучивања о праву на бригу и старање о дјетету, надлежности у вези са налогом за враћање дјетета у случају незаконитог одвођења, питањем извршења налога за враћање и др.

Због лимитираног обима и садржаја овог рада, нећемо улазити у детаље одлуке ове међународне судске инстанце, него само указати на дијелове који су изазвали полемику у стручној и научној јавности.

Уредба регулише питање међународне надлежности за одлучивање о повјеравању дјетета на бригу и старање у случају незаконитог одвођења²⁰, на начин да обесхрабри одвођење дјетета и омогући брз повратак у државу у којој је оно имало редовно боравиште непосредно прије одвођења²¹. Зато Уредба предвиђа задржавање међународне надлежности суда државе редовног боравишта дјетета непосредно прије одвођења да одлучи о повјеравању дјетета на бригу и старање (custody), без обзира на то да ли се дијете и даље налази у тој држави. Појам „незаконитог одвођења“, који Уредба користи, сагласан је са оним у Хашкој конвенцији из 1980. године, па чак и нешто шири. Уредба модификује Хашку конвенцију ради повећања њене ефикасности, а државе чланице Европске уније имају обавезу да поступају по Уредби, која има јачу правну снагу, што доводи до ситуације да се примјена Хашке конвенције у њеним уговор-

²⁰ Члан 10 Уредбе („У случају незаконитог одвођења или задржавања дјетета, судови државе чланице у којој је дијете имало редовно боравиште непосредно прије незаконитог одвођења или задржавања, задржавају своју надлежност све док дијете не стекне редовно боравиште у другој држави чланици...“).

²¹ Видјети исцрпно о овим питањима у Lazić, Vesna, Legal Framework for International Child Abduction in the European Union-the Need for Changes in the Light of Povse v. Austria, Зборник радова са међународне конференције одржане у Осијеку (Župan, Mirela, ed.) Međunarodno privatno pravo u praksi međunarodnih sudova – obitelj u fokusu, Осијек, 2015, стр. 298–308.

ницама разликује ако су те државе истовремено и чланице Европске уније, у поређењу са њеном примјеном међу државама чланицама Хашке конвенције које нису државе чланице Европске уније.

Та разлика посебно долази до изражаја када је у питању могућност одбијања враћања дјетета јер су разлози за одбијање према Уредби ужи него они из Хашке конвенције. Наиме, ако постоји бојазан да ће дијете бити изложено опасности од насиља, што је разлог који се најчешће користи међу државама чланицама Хашке конвенције када одлуче да одбију захтјев за враћање дјетета у државу из које је одведено, тај разлог се, према Уредби Брисел IIа, може користити само ако се утврди да нису успостављени ефикасни механизми који обезбјеђују да ће дијете бити довољно заштићено у држави поријекла након повратка²².

Такође, најзначајније одступање од Хашке конвенције односи се на обавезу извршења налога за враћање дјетета без могућности његовог одбијања²³. Овим рјешењем Уредба пребацује надлежност за доношење коначне одлуке о захтјеву за враћање са судова државе чланице од које се враћање тражи, како предвиђа Хашка конвенција, на државу чланицу која тражи враћање тј. државу редовног боравишта дјетета прије одвођења (државу поријекла). Тиме се додатно ствара проблем „двоструког поступања“, тј. на један начин када су у питању државе које нису чланице Европске уније али су државе уговорнице Хашке конвенције, гдје суд државе у коју је дијете одведено може да одбије повратак дјетета, под условима које Хашка конвенција предвиђа, а на други начин ако су обе државе чланице Хашке конвенције али истовремено и чланице Уредбе Брисел IIа, која ту могућност судовима државе у коју је дијете одведено не допушта. Овакво стање ствара нејасноћу код поступајућих органа по питању хијерархије примјењивих међународних извора норми тј. рјешавања њиховог међусобног односа тј. сукоба.

Посебно је тај положај незавидан ако држава чији органи поступе по примјењивим међународним обавезама буде оптужена да је, проводећи једну међународну обавезу, повриједила другу тј. дјеловала супротно одредбама Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода пред Европским судом за људска права, како је било у неколико случајева до сада²⁴.

²² Члан 11 (2–5). Уредбе.

²³ Члан 11 (8) Уредбе „Независно од судске одлуке којом је одређено да се дијете не предаје у складу са чл. 13 Хашке конвенције, свака каснија судска одлука којом се захтијева предаја дјетета, коју донесе надлежан суд у складу са овом уредбом, извршна је у складу са одредбама дијела 4 поглавља III, с циљем обезбјеђења предаје дјетета.“

²⁴ У предметима *Ignaccolo-Zenide v. Romania* (2000), *Maire v. Portugal* (2003), *Maumousseau and*

У пракси Европског суда за људска права из области међународног приватног права управо је највише предмета који се тичу породичноправне материје са међународним елементом, гдје подносиоци представки истичу повреду права на приватни или породични живот из члана 8 Европске конвенције, а неријетко и питање процедуралних гаранција при одлучивању у тој материји, које регулише члан 6 Европске конвенције.

Тако је и предмет Повсе против Аустрије стигао пред ову угледну међународну инстанцу за заштиту људских права и основних слобода²⁵. Подносилац представке, гђа Повсе, у своје име и у име своје кћерке, жалила се да су аустријски судови, извршавајући налог за враћање италијанских судова, повриједили њихово право на поштовање приватног и породичног живота из члана 8 Европске конвенције. Посебно су сматрале да је неприхватљиво што судови у Аустрији нису улазили у суштину њихове аргументације да би повратком у Италију настала опасност по дијете јер оно до тада није комуницирало са оцем већ четири године, те да након враћања дјетета у Италију оно неће моћи комуницирати ни са мајком јер су у тој држави против исте покренути кривични поступци због незаконитог одвођења дјетета и непоступања по одлукама надлежних италијанских органа.

Зато се Европски суд за људска права, кроз овај случај, бавио питањем да ли држава чланица ЕУ, поступајући одредбе комунитарног права, може да буде одговорна за кршење обавеза које за њу произлазе из Европске конвенције.

Суд је, према устаљеној пракси и методологији за овакве случајеве гдје се наводи повреда права на породични живот, утврдио да је овдје неспорно дошло до мијешања државе у то право. Ово мијешање је имало законити циљ (спајање дјетета са оцем) и било у складу са правом, тј. Уредбом Брисел Па, која се директно примјењује у свакој држави чланици ЕУ, па тако и у Аустрији.

Европски суд је још морао да се осврне на питање неопходности установљеног мијешања и његовој пропорционалности, како би одлучио да ли је било повреде права из чл. 8 Европске конвенције.

Према већ раније установљеном тесту у предмету Босфор²⁶

Washington v. France (2007), Neulinger and Shuruk v. Switzerland (пресуда Великог вијећа, 2010), X. v. Latvia (пресуда Великог вијећа, 2013)

²⁵ Пресуда надлежног вијећа о томе да је представка неприхватљива јер је очигледно неоснована, донесена 18.6.2013. године. Текст одлуке је доступан на <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122449>.

²⁶ Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Ananim Sirketi v. Ireland, представка 45036/98, пресуда Великог вијећа од 30.6.2005, када се Европски суд први пут бавио питањем повреде Европске конвенције приликом провођења прописа Европске уније гдје државе немају слободу поступања.

поштовање основних права која гарантује Европска унија је, у принципу, еквивалентно ономе које гарантује систем установљен Европском конвенцијом. Поготово ће се сматрати да је тако ако судови држава чланица нису имали никакву дискрецију у поступању, нису могли ништа осим да проведу налог за враћање тј. нису имали дискрецију да оцјењују да ли ће враћањем дјетета бити обезбијеђен његов најбољи интерес.

На тим основама, Европски суд за људска права у овом случају није утврдио повреду људских права и слобода госпође Повсе и њене кћерке од стране судова у Аустрији.

Ова одлука је наишла на бројне критике и коментаре²⁷ али, колико год оне биле оправдане, одлука надлежног судског вијећа само потцртава сву сложеност система регулисања питања незаконитог одвођења дјетета. Та породичноправна ситуација захтијева ангажман правосудних система, као и система других органа у државама које су заинтересоване, који, уз обавезу примјене својих интерних правила, имају обавезу да правилно и на конзистентан начин примјењују понекад конфликтне изворе норми међународног права, а веома често да се баве питањем тумачења појмова које ти извори користе а који се различито квалификују у националним правним системима.

Рјешавање конкретног случаја може се свести на дилему да ли предност дати безрезервном хитном повратку незаконито одведеног и задржаног дјетета у државу поријекла (државу из које је одведено) или се упустити у разматрање цјелисходности одобрења повратка, када се има у виду да постоје ситуације које јасно показују да је одвођење дјетета из средине и околности које очигледно нису у најбољем интересу његовог цјелокупног развоја и добробити у конкретном случају боље рјешење (нпр. изложеност насиљу према дјетету и/или мајци; принуђивање на поштовање екстремних религијских пракси; занемаривање дјетета због одсутности због посла, одавање родитеља криминалу, пороцима и сл.).

Суд је установио претпоставку тзв. „еквивалентне заштите“ тј. да је заштита основних права од стране ЕУ, кроз њено право, еквивалентна оној који пружа систем Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода (видјети параграф 165 пресуде). Цјелокупан текст пресуде је доступан на

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=3666597&skin=hudoc-en&action=request>

²⁷ Видјети нарочито о томе у Вајић, Nina, *The Interaction between the European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention*, Зборник радова са међународне конференције одржане у Осијеку, (Župan, Mirela, ed.) *Međunarodno privatno pravo u praksi međunarodnih sudova – obitelj u fokusu*, Осијек, 2015, стр. 285–293; те Lazić, op. cit., стр. 311 и даље.

2. Предмет Авотинш против Летоније

У предмету Авотинш против Летоније²⁸ ради се о признању стране судске одлуке, примјеном Уредбе 44/2001 о надлежности, признању и извршењу одлука у грађанским и трговачким стварима (познатија као „Уредба Брисел I“), која обавезује државе чланице Европске уније на начин да су оне дужне да је непосредно примјењују, и Европске конвенције о заштити људских права и слобода, чије су такође чланице заинтересоване државе у овом случају тј. Летонија и Кипар.

Чињенице овог случаја могу се укратко представити на сљедећи начин: подносилац представке Европском суду за људска права је компанија из Летоније, која је потписала и нотарски овјерила исправу о признању дуга (потврђујући да је од једне кипарске компаније позајмила 100.000 америчких долара, те се обавезала да дуговани износ врати до 30.6.1999. године, са припадајућим каматама). У документу о признању дуга је уговорена надлежност кипарског суда и примјена кипарског материјалног права. Током 2003. године повјерилац је покренуо поступак пред надлежним кипарским судом због невраћања дуваног износа. Због немогућности да се судска писмена доставе на адресу туженог наведену у доступним документима, позивање је, на концу, извршено постављањем позива на огласну таблу надлежног суда. Надлежни суд у Лимасолу је провео поступак и донио кондемпнаторну одлуку против дужника 24.5.2004. године.

Почетком 2005. године повјерилац из пресуде је тражио признање одлуке у Летонији (суду у Риги). Тражена је и привремена мјера обезбјеђења на непокретностима дужника. Почетком 2006. године надлежни суд у Риги је дозволио извршење стране судске одлуке и одобрио привремену мјеру обезбјеђења.

У жалбеном поступку, дужник извршења је истицао да није учествовао у поступку који се против њега водио пред кипарским судом, те да је било могуће сазнати његову адресу преко надлежних регистара за некретнине. Он је навео да су му ускраћена основна права, право на приступ суду и право да изнесе своју одбрану. Дужник извршења се позивао и на кршење Уредбе Брисел I, која регулише ситуацију у случају мањкавости у поступку достављања судских писмена.

У другостепеном поступку, укинута је одлука суда првог степена и одбијен захтјев за признање стране одлуке, а у поступку по ванредном

²⁸ Avotiņš v. Latvia, пресуда Великог вијећа Европског суда за људска права од 23.5.2016. године, доступна на <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-163114%22%5D%7D>.

правном лијеку, пред Сенатом Врховног суда, 2007. године, усвојен је приједлог за признање и извршење одлуке донесене од стране кипарског суда. Извршена је и забиљежба у земљишне регистре. Након издавања налога за плаћање, дужник је измирио дуг а забиљежба је обрисана.

Подносилац представке Европском суду за људска права тј. дужник извршења стране одлуке, наводи да су његова права из чл. 6. (1) Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода повријеђена на начин што му није омогућено да учествује у поступку пред кипарским судом и да изнесе своју одбрану, због чега је поступак био неправичан. Осврнувши се на аргументе тужене државе да су њени судови били у обавези да примјене Уредбу Брисел I и да нису могли да не признају одлуку суда друге државе чланице, што налажу строга правила која произлазе из чланства Летоније у Европској унији, као и да нису имали дискрецију, подносилац представке је навео да судови нису били у обавези да аутоматски признају одлуке страних судова јер Уредба даје широко поље процјене о томе да ли је дошло до повреде процесних права у поступку који је претходио доношењу одлуке страног суда. Зато је подносилац представке сматрао да су судови у Летонији задржали пуну одговорност да обезбиједе поштовање његових процесних права у складу са Европском конвенцијом. Он је тврдио да му никада није достављен ниједан акт о покретању поступка пред кипарским судом.

Уважавајући аргументе обје стране, надлежно седмочлано вијеће Европског суда за људска права је утврдило да повреде права из Европске конвенције у овом случају није било.

Предмет је касније прихваћен на разматрање и од стране Великог вијећа Европског суда за људска права²⁹ јер је то био први случај да се Европски суд за људска права бавио испитивањем поштовања гаранција на правично суђење у поступку признања страних одлука према праву Европске уније. Зато је став Великог вијећа о низу питања из области међународног приватног права која овај случај намеће веома користан за правну науку и праксу. Управо из тог разлога сматрамо да је потребно посебно указати на неколико важних порука које произлазе из пресуде Великог вијећа у овом случају.

²⁹ Према чл. 72 Правила о раду Европског суда за људска права, тај суд ће предмет разматрати у Великом вијећу од 17 судија само ако „... предмет који се разматра поставља озбиљна питања која се тичу тумачења Европске конвенције или њених протокола... или ако рјешење питања од стране неког другог вијећа Европског суда може довести до резултата који није конзистентан са досадашњом праксом Суда...“

Европски суд за људска права је, у првом реду, подсјетио да је члан 6 (1) Европске конвенције примјењив и у ситуацијама које се тичу извршења страних судских одлука. Европски суд је такође подсјетио да се он не бави суштином случаја, начином како су утврђене чињенице и како је примијењено право пред судовима држава чланица Европске конвенције, као ни садржајем закључка који је на основу тога изведен (он није 4. судска инстанца).

Европски суд није надлежан ни да одлучује о сагласности домаћег права са правом Европске уније или осталих међународних споразума. Тумачење Уредбе Брисел I је у надлежности Европског суда правде, у контексту захтјева за претходним одлучивањем, а онда, супсидијарно, одлучивања државних судова чланица као судова Европске уније.

Европски суд за људска права може само да одлучује о сагласности са захтјевима из Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, у овом случају из члана 6 (1). При томе, како Европски суд каже, у одсуству арбитражности која би сама по себи довела до повреде чл. 6 (1), није на том суду да одлучује да ли је Сенат летонског Врховног суда правилно примијенио чл. 34 (2) Уредбе Брисел I или неке друге одредбе права Европске уније.

И у овом случају се Европски суд позвао на начело „еквивалентне заштите“ из случаја Босфор и своју већ развијену праксу у том погледу³⁰. Европски суд је подсјетио да, када примјењују право Европске уније, државе уговорнице остају везане обавезама у које су добровољно ушле приступајући Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода. Оне, дакле, остају одговорне за мјере које чине како би испуниле своје међународне обавезе, чак и када те обавезе произлазе из чланства у међународној организацији на коју су пренијеле дио свог суверенитета. Активности које државе предузимају у складу са таквим обавезама оправдане су ако та организација штити основна права (материјално и процедурално) на начин да је то бар еквивалентно заштити коју гарантује Европска конвенција, тј. ако не идентично, онда „упоредиво“ ономе што Европска конвенција предвиђа.

Ако је заштита еквивалентна, сматраће се, тј. постојаће претпоставка, да држава није одступила од захтјева из Европске конвенције

³⁰ У предметима *Michaud v. France* из 2012. године (<http://hudoc.echr.coe.int/ENG?i=001-115377>), као и предмет *M.S.S. v. Belgium and Greece* из 2011. године (http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/CASE%20OF%20M.S.S.%20v.%20BELGIUM%20AND%20GREECE_0.pdf).

када не чини ништа друго до испуњава обавезу која проистиче из њеног чланства у тој организацији. Супротно томе, држава ће се сматрати одговорном за све акте који не спадају у искључиву правну обавезу тј. које улазе у поље њене дискреције тј. слободне процјене. У оваквим ситуацијама, Суд ће предност дати улози Европске конвенције као документа „европског јавног поретка“³¹ на пољу људских права, насупротив интересима међународне сарадње.

У закључку, Европски суд констатује да право Европске уније штити људска права еквивалентно заштити коју предвиђа Европска конвенција. Такође и механизам за надгледање поштовања људских права у Европској унији пружа упоредиву заштиту, и поред чињенице да је приступ појединца суду у Луксембургу знатно ограничен у поређењу са судом у Стразбуру.

Иако у наведеном ставу Европски суд користи доста термина који су правни стандарди и подлијежу могућности различитог тумачења, његова порука је сасвим јасна, што потврђује и чињеница да је пресуда у случају Авотинш против Летоније, којом је утврђено да није дошло до повреде наведених процесних права, донесена са 16 гласова судија за и једним гласом против.

У Како поступати у пракси

Разматрана проблематика се, због своје комплексности, не исцрпљује у једном прилогу ограниченог обима и садржаја, попут овога. Ипак, слободни смо упутити одређене сугестије за поступање у пракси које би могле отклонити неке од наведених дилема и олакшати положај правника који поступају у сличним предметима.

Када је ријеч о међусобном односу више међународних извора права, у првом реду треба консултовати одредбе самих тих међународних извора (уговора) које регулишу њихов однос према другим изворима међународног права (прелазне и завршне одредбе).

Једнаке правне важности су и одлуке највиших међународних судских инстанци у материји међународних извора које треба пратити и примјењивати, а из образложења тих одлука изводити закључке који ће помоћи у будућој примјени тих истих извора у сличним ситуацијама.

³¹ Видјети параграф 112 пресуде Европског суда за људска права у предмету Авотинш против Летоније.

Пракса ових форума може да укаже и на промјену у дотадашњем поступању и тумачењу принципа међусобног односа међународног извора права, у односу на оне утврђене у конвенцијама, што се може критиковати али се мора прихватити.

Свака држава која је заснована на принципу владавине права³² мора да ствара ефикасне механизме за праћење и примјену међународних извора норми који је обавезују пред њеним органима (људске, материјалне и финансијске капацитете, континуирану обуку и одговарајућу стимулацију за напредовање) јер је то императив у савременим условима сталних промјена а произлази и из потребе стварања и очувања међународног угледа државе и повјерења у њен правни систем. Све ово утиче и на положај приватних лица у остваривању њихових права на територији другог суверенитета.

Потребно је континуирано радити на адекватној припремљености будућих кадрова за значајне промјене у области међународног права, у првом реду кроз образовни систем на свим нивоима, дјелујући на оне појаве које су уочене као мањкавост у овом погледу или се покажу као посебно значајне у датом тренутку.

Пожељно је више користити домаћу правну доктрину у креирању нових законских рјешења, како би она била максимално усклађена са савременим кретањима у области међународног права а истовремено примјенљива у конкретним условима сваке појединачне средине.

³² Под овим појмом подразумијевамо неколико обиљежја такве државе: јасна подјела власти; законитост (квалитет закона и њихова неретроактивна примјена); ограничење јавне власти (одсуство правне несигурности и самовоље); независно судство.

POTENTIAL PROBLEMS IN APPLICATION OF INTERNATIONAL SOURCES OF (PRIVATE INTERNATIONAL) LAW

Valerija Šaula, Ph.D.*

Summary

The paper deals with the possible practical problems of correlation between different sources of international law. This problem has been dealt with by the European Court of Human Rights and the European Court of Justice. These courts have dealt with the cases which raised the issues of the mutual relationship between the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the relevant provisions of the regulations of the European Union (Brussels I Regulation on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters and Brussels II a Regulation concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility), as well as with the provisions of other multilateral treaties binding for the same signatory states, such as the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction.

Two cases were examined in this respect, one dealing with the international child abduction from Italy to Austria (ECHR case of Povse v. Austria) and one dealing with recognition and enforcement of the foreign court judgements (ECHR case of Avotiņš v. Latvia).

On the basis of the established standards in the case law of the distinguished european tribunal such as European Court of Human Rights, it is possible to draw some conclusions and recommendation for the practitioners that could help them in daily practical work. The author of this paper has tried to suggest some guidelines in this respect.

Keywords: *international treaties, case law of the European Court of Human Rights, international child abduction, recognition and enforcement of foreign judgements, EU regulations.*

* Faculty of Law of University in Banja Luka

УДК 342.7:314.151.3(4-672EU)

doi 10.7251/PR5518541M

Оригинални научни чланак

МИГРАНТИ У БиХ – ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА У ОДНОСУ НА КОЛЕКТИВНО ПРОТЈЕРИВАЊЕ СТРАНАЦА

Љиљана Мијовић*

Апстракт: Рад се бави анализом стања у области илегалних миграција у Босни и Херцеговини, те нормативних оквира и судске праксе Европског суда за људска права у погледу забране колективног протјеривања странаца. У вези с тим, у раду је стављен нагласак на значај проблема великог броја миграната који се, услед немогућности уласка на територију држава чланица Европске уније, задржавају на територији Босне и Херцеговине, која, бар засад, нема адекватан правни одговор на овај проблем.

Кључне ријечи: мигранти, забрана колективног протјеривања странаца, Европски суд за људска права.

1. Проблем илегалних миграција у Босни и Херцеговини

Проблематика илегалних миграција, актуелна у односу на земље региона коме припада и Босна и Херцеговина, сваким даном постаје све компликованија – број миграната којима је циљ улазак на територију земаља чланица Европске уније, а преко територије Босне и Херцеговине, сваким даном расте, домаће власти се са овим проблем тешко носе, а органи Европске уније, баш као и много пута у историји овог простора, осим спорадичне финансијске подршке, не предузимају никакву конкретну акцију да би систематски ријешили овај проблем.

* Правни факултету Универзитета у Бањој Луци, Булевар војводе Степе Степановића 77, 78000 Бања Лука, e-mail: ljiljana.mijovic@pf.unibl.org

Према Извјештају FRONTEX-а¹, ранија источноевропска рута, услед јаког отпора нелегалним уласцима који су пружиле мађарске власти, замијењена је западнобалканском рутом, којом мигранти, поријеклом углавном из Афганистана, Пакистана, Палестине, Сирије и Алжира, покушавају ући на територију Европске уније. Притом велики пораст броја илегалних миграната треба посматрати и у свјетлу пораста активности криминалних организација чија је основна дјелатност трговина људима. Имајући на уму посљедња дешавања у вези са овим миграцијама, више је него очито да је фокус илегалних миграција, након србијанско-мађарске, стављен на границу Босне и Херцеговине и Хрватске, као предворја Европске уније. Како је ријеч о граници у дужини од приближно 1.000 километара (укупна дужина државне границе БиХ је 1.604 километара)², као основно, поставља се питање сарадње безбједносних структура ових двију држава у погледу спречавања илегалних имиграција на подручје ЕУ. На другој страни, као много већи проблем по Босну и Херцеговину јавља се питање спречавања илегалних улазака на њену сопствену територију, што Европска унија и не сматра својим проблемом, осим у контексту евентуалне финансијске помоћи БиХ у рјешавању „хуманитарне кризе“. Овдје је потребно указати и на чињеницу која се од стране домаћих органа власти често пренебрегава, а која је, правно посматрано, од есенцијалног значаја. Илегална имиграција великог броја људи, није, наиме, посљедица спонтаног и насумичног индивидуалног преласка граница, већ организована криминална активност трговине људима, што се квалификује као међународно кривично дјело за које је предвиђена универзална јурисдикција, иако је јавна перцепција, бар кад је ријеч о босанскохерцеговачким органима власти, да те чињенице државни органи нису свјесни. Према званичним информацијама Међународне организације за миграције (ИОМ – International Organization for Migration), западнобалканска рута се не користи само за илегалне миграције и трговину људима, већ је ријеч и о коришћењу истих канала за трговину дрогама, првенствено хероином и кокаином³. Према информацијама Канцеларије Уједињених нација за дрогу и криминал (UNODC)⁴, ова рута је првенствено установљена за

¹ *FRONTEX, European Border and Coast Guard Agency, Frontex Risk Analysis Unit, FRAN Quarterly Report No.2, 2017*, https://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Fran_Q2_2017.pdf, приступљено 20. 8. 2018.

² Податак преузет из Стратегије у области миграција и азила за период 2016–2020. године Савјета министара БиХ.

³ <https://bih.iom.int/irregular-migration>, приступљено 20. 8. 2018.

⁴ *2016 UNODC World Drug Report*,

трговину опијатима, а како се дугим низом година показала као сигурна, искоришћена је и за трговину људима, односно илегалне миграције.

Како је више него очито да Босна и Херцеговина, са мањком финансијских и људских ресурса и разједињеном политиком, условљеном сложеном политичком (предизборном) ситуацијом, није у стању да се са овим проблем носи самостално (а не би ни требало, јер њена територија није, бар не очит, циљ ових миграција), јасно је да се без систематских облика сарадње са, првенство србијанским и хрватским органима власти, а уз неопходну подршку органа Европске уније, кривична дјела трговине, како људима, тако и опијатима, не могу сузбити. Талас илегалних миграција у односу на европски континент је феномен који под плаштом хуманитарне кризе креира експанзију озбиљних кривичних дјела, која, бар кад су органи власти БиХ у питању, пролазе без адекватног, прије свега безбједносног, а онда и правног одговора.

2. Правне основе борбе против илегалних миграција

Када је ријеч о правним основама борбе против илегалних миграција, не може се избјећи констатација да се Вијеће министара БиХ овим проблемом није озбиљније позабавило на вријеме, тако да споразуми о реадмисији⁵ које је БиХ потписала не рјешавају у значајној мјери питање правног основа поступања са лицима која су илегално ушла на територију БиХ, односно њиховог враћања на територију земље из које су ушли у БиХ. Ван региона, битно је споменути Споразум са Турском, који, иако потписан, није ратификован, што је можда и добро, јер је у њему неадекватно формулисан појам „треће државе“, чиме је реадмисија држављана „трећих држава“ у Турску практично немогућа, или бар не представља поступак предвиђен овим споразумом.

На другој страни, правни систем БиХ предвиђа несметано враћање илегалних миграната у земље њиховог поријекла уз њихову сагласност (добровољно), мада у пракси ни тај систем не функционише због мањка финансијских средстава. У свјетлу овог проблема, кампања коју одређене политичке опције у БиХ воде, а која се односи на убрзавање

http://www.unodc.org/doc/wdr2016/WORLD_DRUG_REPORT_2016_web.pdf p. xiii, приступљено 20. 8. 2018.

⁵ Према споразумима које је БиХ потписала (са Албанијом, Црном Гором, ЕУ, Хрватском, Македонијом и Србијом), „реадмисија“ се дефинише као „трансфер из Уговорне стране подносиоца захтјева и прихват у Уговорној страни примаоцу захтјева, лица која су ушла, остала или бораве у у Уговорној страни подносиоцу захтјева“, Споразум са Албанијом, чл. 1, <http://sps.gov.ba/dokumenti/medjunarodni/Sporazum%20o%20readmisiji%20BiH%20-%20Albanija.PDF> приступљено 21. 8. 2018.

приступања БиХ Европској унији у својству чланице, чини се у потпуности неутемељеном и безнадежном, јер ће у процесу приступања Европској унији земље региона морати извршити обавезе у погледу поштовања правила EURODAC-а⁶, односно обезбиједити савремену компјутеризовану базу података о свим тражиоцима азила и илегалним мигрантима, као и Директиве ЕУ о статистици миграција⁷ (EC Regulation No. 862/2007), која предвиђа јединствену статистику о броју ових лица и њиховим личним подацима. Овај циљ се чини утолико даљим, уколико имамо на уму чињеницу да у овом тренутку органи власти БиХ немају ни елементарну спознају о самом броју илегалних миграната, а поготово не о њиховом идентитету, отисцима прстију или било којем од личних података. Тренутачно се у Босни и Херцеговини највећим проблемом у односу на мигранте сматра немогућност њиховог враћања у земљу поријекла, услед непостојања механизма за установљивање идентитета тих лица. Једини начин за разрјешење тог проблема представљала би уска сарадња са земљама њиховог поријекла, за коју, у овом тренутку, не постоји правни основ, јер се ради о земљама с којима БиХ нема ову врсту споразума. У међувремену, број миграната расте, а поједини дијелови земље, првенствено сјеверозападни дио, преплављени су људима без идентификационих докумената, хране, основних хигијенских потрепштина. Процјена коју има Међународна организација за миграције, с почетка августа мјесеца 2018. године, јесте да само у Унско-санском кантону борави више од 3.500 миграната⁸, мада је, према извјештајима медија, крајем августа уочен све већи број и оних који се задржавају у источном дијелу БиХ, након илегалног уласка у земљу. Према подацима Министарства унутрашњих послова Републике Српске с почетка августа мјесеца, јединице Министарства су на територији Републике Српске откриле и привеле преко 2.000 миграната из 22 земље, а највећи број је откривен на подручјима Полицијске управе Бијељина, Зворник и Требиње.⁹ Тачан податак о укупном броју ових лица заправо нема нико у Босни и Херцеговини.

⁶ *European Dactyloscopy (Eurodac)* је база података Европске уније о отисцима прстију тражилаца азила и илегалних имиграната

⁷ *Regulation (EC) No 862/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on Community statistics on migration and international protection and repealing Council Regulation (EEC) No 311/76 on the compilation of statistics on foreign workers*, <http://data.europa.eu/eli/reg/2007/862/oj>, приступљено 21. 8. 2018.

⁸ <https://bih.iom.int/pbn/migrants-velika-kladusa-humanitarian-catastrophe-infomigrantsnet>, приступљено 21. 8. 2018.

⁹ <http://www.mup.vladars.net/index.php?vijest=19096&vrsta=novosti>, приступљено 25. 8. 2018.

У вези са свим тим збивањима, потребно је напоменути да је Министарство безбједности БиХ, свјесно проблема чије се димензије на дневној основи увећавају, сачинило Стратегију у области миграција и азила и Акциони план за период 2016–2020. године¹⁰, који је Савјет министара БиХ усвојио 30. марта 2016. године. Иста стратегија, како у самом документу стоји, „резултат је заједничког, координираног рада представника надлежних институција у Босни и Херцеговини које се баве питањима миграција и азила, тачније: Министарства безбједности – Сектора за имиграцију, Сектора за азил, Службе за послове са странцима, Граничне полиције БиХ и Државне агенције за истраге и заштиту БиХ; Министарства спољних послова – Сектора за међународноправне и конзуларне послове; Министарства за људска права и избјеглице – Сектора за исељеништво и Сектора за избјеглице, реадмисију, расељена лица и стамбену политику. Израду Стратегије и Акционог плана подржале су владе Швајцарске и Лихтенштајна кроз пројекат „Подршка систему управљања имиграцијама и азилом у Босни и Херцеговини – Фаза II“¹¹. Иако на први поглед овај документ дјелује као свеобухватан и детаљан, јер, према тексту који садржи, предвиђа „пројекцију стратешких циљева који су постављени тако да буду специфични, мјерљиви, оствариви, реални и временски ограничени“¹², хаотична стварност га у великој мјери демантује, јер у ситуацији у којој не постоји ни прецизан податак о броју илегалних имиграната, који се без контроле крећу територијом Босне и Херцеговине, тешко је говорити о „циљевима који су специфични, мјерљиви, оствариви, реални и временски ограничени“, како стоји у Стратегији.

Као средњорочни циљеви, у Стратегији се наводе унапређење система контроле уласка и боравка странаца у Босни и Херцеговини; јачање капацитета у области азила у Босни и Херцеговини; повећање ефикасности контроле државне границе Босне и Херцеговине; унапређење борбе против незаконитих миграција у Босни и Херцеговини; допринос смањењу трговине људима у Босни и Херцеговини; јачање институционалних капацитета у Босни и Херцеговини с циљем да се повежу миграција и развој; успостављање система за праћење интеграције странаца који законито бораве на територији Босне и Херцеговине и успостављање сталног система координације у реализацији миграционе

¹⁰ <https://bih.iom.int/sites/default/files/Strategy/Strategija%20HRV%202016.pdf>, приступљено 25. 8. 2018

¹¹ *Ibid.*, стр. 5.

¹² *Ibid.*, стр. 6.

политике Босне и Херцеговине, што се, колико год сериозно звучало, посматрано у реалним оквирима тренутачне ситуације не може оцијенити и као примјењиво. Јаз између циљева утврђених Стратегијом и мјера реализованих у пракси још дубљим чини списак од 37 мјера и 173 активности, с одређеним носиоцима и роковима реализације, који садржава Акциони план, као дио поменутог Стратегије, при чему је очигледно да исти списак сваким даном постаје све више листа добрих жеља. На немогућност поштовања Стратегијом и Акционим планом предвиђених мјера знатно утиче и чињеница да Босна и Херцеговина нема међународноправно утврђену и границу обиљежену на билатералној основи¹³. Према подацима из Стратегије, од 83 гранична прелаза, само 14 граничних прелаза у БиХ задовољава стандарде и услове изградње и опремања граничних прелаза у складу с Правилником о стандардима и условима опремљености граничних прелаза („Службени гласник БиХ“ број 6/10), а ради се углавном о новоизграђеним граничним прелазима, као и међународним аеродромима (што чини око 21% од укупног броја граничних прелаза)¹⁴. У вези с тим, а опет, како у самој Стратегији стоји, „послове надзора државне границе Гранична полиција БиХ обавља у граничном појасу, који обухвата подручје од 10 километара од граничне линије у дубини територије Босне и Херцеговине“. Надзор “зелене границе” је отежан, јер на неким њеним дијеловима постоје природне запреке као што су планински масиви, велике ријеке, кањони и слично. Такође, послове надзора државне границе усложњава и постојање великог броја путних комуникација које пресијецају државну границу (магистралне, регионалне, локалне цесте, као и жељезнице), изграђене у периоду кад се на том простору није протезала државна граница, што је чини транзитном земљом за мигранте на путу према земљама Западне Европе и интересантном организованим криминалним групама које се баве прекограничним криминалом.“¹⁵

Додатним проблемом који сваким даном постаје све виднији у пракси, може се сматрати подијељена надлежност органа власти у БиХ, а у тој подјели се ентитетска министарства унутрашњих послова у оквиру своје територије све теже носе са повећаним бројем миграната, а,

¹³ У августу 2015. потписан је Споразум о граници између Босне и Херцеговине и Црне Горе, који је у поступку ратификације, док државна граница с Хрватском и Србијом није међународноправно утврђена и обиљежена.

¹⁴ <https://bih.iom.int/sites/default/files/Strategy/Strategija%20HRV%202016.pdf>, стр. 17, приступљено 25. 8. 2018.

¹⁵ *Ibid.*, стр. 18.

како у одредбама Устава БиХ (члан III, став 1, тачка ф) стоји, институције на државном нивоу имају искључиву надлежност да креирају политике усељавања, избјеглица и азила. На овај начин ствара се „сива зона“ у оквиру које не постоји прецизно одређена одговорност за поступање, а самим тим, ни рјешење за проблем о коме је ријеч. „Сивој зони“ свакако погодује и чињеница да, с политичког аспекта посматрано, не постоји сарадња надлежних ентитетских и органа на нивоу БиХ, с обзиром на то да се ради о политички супротстављеним опцијама, те да су те политичке страсти у предизборном периоду, у коме се налазимо, наглашеније него икад.

Оно што је такође симптоматично кад је ријеч о поменутој Стратегији и Акционом плану, јесте чињеница да, иако Стратегија садржи дио у коме се установљава међународноправни оквир поступања, у истом дијелу Стратегије се наводи читав низ правно релевантних међународних докумената, али се заобилази практично један од најзначајнијих – Европска конвенција о основним људским правима и слободама, прецизније њен 4. протокол, којим се у члану 4 установљава забрана колективног протјеривања странаца, о чему ће нешто касније бити ријечи. Овдје је потребно само иронично указати на то да се у „Прегледу конвенција, протокола и правне тековине Европске уније коришћене у изради Стратегије у области миграција и азила и Акционог плана 2016–2020“, који се налази на крају наведеног документа¹⁶, истине ради, помиње Европска конвенција о основним људским правима и слободама, али се, како је видно из назива Прегледа, она третира као документ Европске уније, иако се ради о Конвенцији донесеној од стране Савјета Европе.

3. Пракса Европског суда за људска права у погледу забране колективног протјеривања странаца

Како је више него очито да број појединаца и група које илегално улазе у Босну и Херцеговину сваким даном расте и како већина њих нема идентификационе исправе, поставља се питање њиховог међународноправног статуса. Међународно право штити својим одредбама категорије избјеглица и азиланата, али не и илегалних имиграната (осим у хуманитарној димензији), а установљавање статуса условљено

¹⁶ *Ibid.*, стр. 162.

је идентификацијом појединца. Са жаљењем се може констатовати да не само да медији у Босни и Херцеговини не праве разлику између ових правних категорија, већ то не чине ни органи власти. Дистинкцију ових категорија потребно је провести у што краћем периоду, јер сви они који се налазе у статусу илегалних имиграната подлијежу мјерама реадмисије, или, у крајњем случају, протјеривања са државне територије. У вези с тим, корисно је указати на правно прихватљиве механизме и принципе за протјеривање странаца, који су успостављени праксом Европског суда за људска права, тако да ће у овом дијелу рада бити ријечи о основним принципима установљеним праксом Европског суда у вези са протјеривањем странаца, случајевима у којима Европски суд није установио повреду забране колективног протјеривања странаца, те вези између забране колективног протјеривања странаца и права на ефикасан правни лијек.

3.1. Основни принципи установљени праксом Европског суда за људска права

Имајући на уму стварно и правно хаотичну ситуацију која у погледу илегалних миграција постоји у Босни и Херцеговини, потребно је указати и на хуманитарне димензије ове кризе. Иако је у уводном дијелу речено да се западнобалканска рута користи за извршење међународних кривичних дијела трговине људима и опијатима, и да највећи дио ових лица не посједује лична документа, потпуно погрешно би било третирали ова лица као учеснике у извршењу међународних кривичних дијела, иако, сасвим сигурно, међу њима има и таквих појединаца. У том контексту је значајно указати на основне постулате поштовања права странаца, установљене међународним правом, понајприје Европском конвенцијом о основним људским правима и слободама, чија је потписница и Босна и Херцеговина.

Наиме, Протоколом бр. 4 на Конвенцију о основним људским правима и слободама, конкретније чланом 4, предвиђена је забрана колективног протјеривања странаца. У периоду кад је сачињен први нацрт овог протокола, који се сматра саставним дијелом Конвенције, и самим тим, правно обавезујућим и надређеним националним прописима земаља потписница, нису постојали други међународни документи који су штитили права странаца. Основни мотив усвајања овог прописа било је спречавање протјеривања странаца без претходног преиспитивања личних околности сваког појединца понаособ. Према ставовима Европ-

ског суда за људска права, „колективним протјеривањем се сматра свака мјера домаћих органа власти којом би странци, као група, (односно колективитет, оп. аут.) били присиљени на напуштање земље, изузев кад се ради о мјери домаћих власти заснованој на разумној и објективној одлуци у односу на сваког појединца понаособ.“¹⁷ Притом, чињеница да је донесен одређен број одлука о протјеривању појединаца не представља „колективно протјеривање“, уколико је свака од тих особа имала правну могућност изношења сопствених аргумената, односно супротстављања одлуци домаћег органа и у појединачно одређеном правном поступку. То, наравно, још увијек не значи да, чак и кад је вођен поступак на индивидуалној основи, нема мјеста даљој оцјени ваљаности такве одлуке домаћих органа, јер је, према пракси Суда, неопходна и процјена усклађености одлуке о протјеривању са Европском конвенцијом, односно чланом 4 Протокола бр. 4.¹⁸ Пракса Европског суда за људска права указује на још један веома битан принцип који је садржан у ставу Суда да се неће радити о повреди члана 4 Протокола бр. 4, уколико је индивидуална одлука о протјеривању изостала усљед преступничког понашања самог апликанта¹⁹, у случају да је апликант био суподносилац заједничког захтјева за азил који је одбијен јединственом одлуком, те уколико је апликант онемогућио утврђивање сопственог идентитета, усљед чега ни одлука о протјеривању није могла бити формализована²⁰.

У одлучивању о постојању повреде члана 4 Протокола бр. 4, Европски суд је изједначио поступке протјеривања на једној, и забране уласка на територију на другој страни²¹, с обзиром на последицу која је, по мишљењу Суда, идентична, а ради се о забрани боравка на територији одређене државе.

У погледу одређивања појма „странац“, пракса Европског суда указује на то да под појам „странца“ потпадају, поред оних лица која легално бораве на територији одређене државе, и сва она лица која „немају право држављанства, без обзира на то да ли се налазе у пролазу или бораве, односно пребивају на територији државе, да ли су избјегли или самоиницијативно ушли на ту територију, или су пак, лица без држављанства или имају држављанство неке друге земље“.²²

¹⁷ *Andric v. Sweden (dec.)*; *Čonka v. Belgium*, § 59; *Sultani v. France*, § 81; and the Commission decisions *Becker v. Denmark*; *K.G. v. Germany*; *O. and Others v. Luxembourg*; *Alibaks and Others v. the Netherlands*; *Tahiri v. Sweden*

¹⁸ *Čonka v. Belgium*, § 59.

¹⁹ *Berisha and Haljiti v. the former Yugoslav Republic of Macedonia (dec.)*

²⁰ *Dritsas v. Italy (dec.)*.

²¹ *Khlaifia and Others v. Italy* [GC].

²² *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC], § 174.

Као једно од битних питања у пракси Суда у односу на забрану колективног протјеривања странаца, појавило се питање територијалне примјене, односно надлежности, и док је питање примјене ријешено на прилично једноставан начин у свим предметима ове врсте гдје се радило о појединцима који су већ боравили на територији одређене државе чланице Конвенције²³, питање територијалне надлежности у односу на оне који су били „у намјери“ уласка на територију појавило се као нешто сложеније, те је стога детаљније и обрађено у једном од водећих предмета ове врсте, предмету *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC]. У овом случају радило се о присилном враћању пловила којим су превозени мигранти из Либије за Италију, а које су италијанске власти на отвореном мору присиле на повратак за Либију. Разматрајући овај случај, Суд је понајприје одлучивао о примјењивости члана 4 Протокола бр. 4 у ситуацији када је дошло до присилног враћања странаца који нису ни ступили на националну територије државе, односно у области отвореног мора. Ово је, посматрајући праксу Суда, био први предмет ове врсте гдје је разматрана „екстериторијална“ примјена Конвенције, односно члана 4 Протокола бр. 4. Једноставније речено, у овом предмету се радило о давању одговора на питање да ли је могуће одлучивати о питању протјеривања странаца у случају у ком они нису ни ступили на територију државе. Суд је стао на становиште да је то могуће и да се у овом предмету радило о колективном протјеривању странаца, без обзира на екстериторијално поступање италијанских органа власти, с обзиром на то да је област отвореног мора предмет универзалне надлежности, уколико се ради о спречавању међународних кривичних дјела²⁴. На исто становиште у погледу примјењивости члана 4 Протокола бр. 4, Суд је стао и у случају спречавања уласка и тренутне депортације од стране граничне полиције у случају миграната који су покушали илегални улазак у земљу²⁵.

Како се ради о заштити државног поретка и јавне безбједности, логичним се чини чињеница да је Европски суд у релативно малом броју предмета²⁶ ове врсте установио кршење забране колективног протјеривања странаца. У четири пресуде ове врсте (*Čonka v. Belgium*, *Georgia v. Russia (I)* [GC], *Shioshvili and Others v. Russia* и *Berdzenishvili and Others v. Russia*) наложена је депортација лица која су се већ нала-

²³ *K.G. v. Germany*, Commission decision; *Andric v. Sweden* (dec.); *Čonka v. Belgium*.

²⁴ *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC], §§ 169–182.

²⁵ *Sharifi and Others v. Italy and Greece*, §§ 210–213.

²⁶ Ради се о свега шест осуђујућих пресуда, према подацима из априла 2018. године.

зила на територији држава, док је у два случаја (*Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC] и *Sharifi and Others v. Italy and Greece*) била ријеч о лицима која нису ни ступила на тло државе, већ су као чланови групе присилно враћени, без утврђивања идентитета и индивидуалне процјене личне ситуације, иако се радило како о мигрантима, тако и о тражиоцима азила. Основ повреде члана 4 Протокола бр. 4 у предмету *Čonka v. Belgium* налазио се у чињеници да су апликанти депортовани из Белгије само због тог што им је истекла тромјесечна дозвола боравка, а да одлуком о протјеривању није узета у обзир чињеница да су апликанти поднијели захтјев за азил, чиме су белгијске власти негирале принцип пружања гаранција усмјерених на обавезу процјене личних околности²⁷, што је и довело до повреде забране колективног протјеривања странаца.

У раније поменутом предмету *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC], радило се о групи држављана Сомалије и Еритреје, при чему је пловило на коме су се налазили од стране италијанских патролних чамаца присилно враћено у Либију, без икаквог индивидуалног преиспитивања њихове позиције или утврђивања њиховог идентитета, што је био основ утврђивања повреде забране колективног протјеривања странаца²⁸.

У предмету *Georgia v. Russia (I)* [GC] радило се о одлукама руских судова о протјеривању лица грузијског држављанства, усљед којих су држављани Грузије у периоду од септембра 2006. до јануара 2007. године на територији Русије били хапшени, притварани и депортовани. Иако се радило о појединачно донесеним одлукама у случају сваког депортованог лица, број одлука донесених од стране домаћих судова²⁹ указивао је на то да приликом одлучивања није било правно утемељене и објективне процјене од стране домаћих судова у сваком појединачном случају, те је Европски суд, без негирања права државе да самостално утврђује сопствену имиграциону политику, стао на становиште да таква пракса домаћих судова представља повреду забране колективног протјеривања странаца³⁰.

Shioshvili and Others v. Russia је предмет у којем је наложена депортација с територије Русије жене у поодмаклој трудноћи, и њене четворо малолетне дјеце грузијског држављанства, а основ³¹ установљене повреде забране колективног протјеривања странаца био је сличан оном

²⁷ *Čonka v. Belgium*, §§ 59–63.

²⁸ *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC], §§ 185–186.

²⁹ Ријеч је о хиљадама појединаца против којих су овакве одлуке донесене.

³⁰ *Georgia v. Russia (I)* [GC], §§ 171–178.

³¹ *Shioshvili and Others v. Russia*, § 71.

установљеном у предмету *Georgia v. Russia (I)* [GC]. Исти став Европски суд је имао и у пресуди *Berdzenishvili and Others v. Russia*³², у коме се радило о протјеривању 14 лица грузијског држављанства.

У предмету *Sharifi and Others v. Italy and Greece*, Италија је депортовала одређена лица афганистанског држављанства у Грчку, позивајући се на „Даблински систем“³³, односно на надлежност Грчке за вођење поступка у односу на та лица. Европски суд је био становишта да су италијанске власти, прије одлуке о депортацији апликаната у Грчку, биле у обавези да изврше индивидуалну процјену ситуације сваког од апликаната, како би установиле стварну, а не прејудицирану надлежност Грчке. Суд је, надаље, утврдио постојање евидентне праксе по којој италијанске обалске власти без икаквог покушаја установљавања индивидуалних околности имиграната врше њихову депортацију, што, без икакве сумње, представља праксу колективног протјеривања странаца, односно повреду члана 4 Протокола бр. 4.³⁴

3.2. Случајеви у којима Европски суд није установио повреду забране колективног протјеривања странаца

Велики број поднесака упућених Европском суду са наводом о повреди забране колективног протјеривања странаца окончан је утврђивањем да не постоји кршење ове забране³⁵. Оно што је заједничко свим овим предметима везано је за чињеницу да је у домаћем поступку доношења одлука о протјеривању разматран сваки појединачни захтјев, у смислу да су уобзириване индивидуалне околности сваког случаја понаособ. У великом броју случајева Суд је био истог става, чак и уколико се радило о великим групама апликаната које су заједно привођене или депортоване.³⁶ У пресуди Великог вијећа *Khlaifia and Others v. Italy*, Европски суд је појаснио да члан 4 Протокола бр. 4 не гарантује право на индивидуални третман (*interview*) у апсолутно свим околностима, те да су критеријуми индивидуалне процјене ситуације сваког лица

³² *Berdzenishvili and Others v. Russia*, §§ 83–84.

³³ Ријеч је о систему који постоји у оквиру Европске уније, а који садржи механизме за утврђивање која од држава је надлежна за разматрање захтјева за азил; детаљније о „Даблинском систему“ види Љ. Мијовић, *Пракса Европског суда за људска права у односу на право Европске уније*, Годишњак Правног факултета у Бањој Луци, бр. 40, Бања Лука, 2018, стр. 53.

³⁴ *Sharifi and Others v. Italy and Greece*, §§ 214–225.

³⁵ *Sultani v. France, Ghulami v. France (dec.), Andric v. Sweden (dec.); Tahiri v. Sweden*, Commission decision.

³⁶ *M.A. v. Cyprus*, §§ 252–255.

задовољени већ уколико је постојала могућност подношења аргумената противљења одлуци о депортацији, који су, уколико је до подношења дошло, ваљано испитани од стране државних органа³⁷. У овом предмету, наиме, апликанти су правилно идентификовани у два наврата, њихово држављанство је установљено, а имали су и могућност улагања приговора на одлуку о депортацији³⁸.

3.3. Веза између забране колективног протјеривања странаца и права на ефикасан правни лијек

Једно од права гарантованих Европском конвенцијом о основним људским правима и слободама које се веома често доводи у везу са забраном колективног протјеривања странаца је право на ефикасан правни лијек, гарантовано чланом 13 Конвенције. Овим правом је предвиђена обавеза државе да, кад је ријеч о мјери протјеривања странаца, обезбиди ефикасан правни лијек којим се лице у питању може супротставити мјери протјеривања, уколико је иста у нескладу са одредбама Европске конвенције. Иста обавеза је потврђена у пракси Европског суда у више наврата ставом да односни правни лијек мора посједовати способност спречавања мјере протјеривања супротне Конвенцији, чији би ефекти били иреверзибилни.

У вези с тим, било би противно члану 13 Конвенције уколико би власти извршиле мјеру протјеривања, прије него што су утврдиле усклађеност исте мјере са Европском конвенцијом³⁹. Овај став практично стипулира обавезу државе да дотични правни лијек посједује суспензивни ефекат у односу на мјеру протјеривања, како би било обезбидијено поштовање права на правни лијек у поступку протјеривања. То истовремено не значи да ће увијек и аутоматски постојати повреда Конвенције уколико односни правни лијек нема суспензивни ефекат, већ се односи само на оне случајеве у којима би апликант навео да би његовим протјеривањем, односно повратком у одређену земљу, у истој земљи наступио озбиљан ризик за повреду права из члана 2 и/или члана 3, односно права на живот и/или забрану мучења, нечовјечног или понижавајућег поступања или кажњавања⁴⁰. У оваквим ситуацијама Конвенција не намеће апсолутну обавезу држава на установљавање правног лијека

³⁷ *Khlaifia and Others v. Italy*, § 248.

³⁸ *Ibid.*, § 248.

³⁹ *Čonka v. Belgium*, § 79.

⁴⁰ *Khlaifia and Others v. Italy* [GC], § 281.

са аутоматским суспензивним ефектом, али захтијева да лице има могућност правног преиспитивања одлуке о протјеривању од стране независног и непристрасног органа⁴¹.

4. Закључак

На основу изложеног, може се закључити да домаћи органи власти у овом тренутку немају адекватан правни одговор, нити механизме рјешавања мигрантске кризе у Босни и Херцеговини, и поред циљева и активности предвиђених у Стратегији и Акционом плану. Подијељена надлежност, те непостојање комуникације и сарадње између ентитетских и органа на нивоу Босне и Херцеговине, омогућавају хаотично стање које се продубљује на дневној основи и поприма размјере хуманитарне кризе. Немогућност установљавања идентитета огромног броја миграната и непостојање споразума о реадмисији упитним чине и могуће протјеривање илегалних имиграната са територије Босне и Херцеговине, јер је, без установљавања идентитета одређене особе, немогуће извршити категоризацију на избјеглице, азиланте и илегалне имигранте, односно установити која лица уживају међународноправну заштиту, а која подлијежу мјерама протјеривања. На другој страни, пораст броја лица о којима је ријеч сасвим извјесно већ сад представља хуманитарну кризу, с којом Босна и Херцеговина не може адекватно да се носи, усљед непостојања адекватних смјештајних капацитета, односно реалних могућности да се мигрантима пружи услови за задовољавање основних животних потреба до рјешавања њиховог правног статуса. Мањак систематичног приступа, у смислу изналажења начина за утврђивање идентитета миграната, заправо се појављује као узрочник свих осталих проблема и представља полазну тачку у рјешењу цјелокупне ситуације, јер би, како је већ у више наврата наглашено, том мјером била извршена категоризација на основу које би државним органима било јасно како поступати са различитим категоријама. Јасна пракса Европског суда у погледу заштите избјеглица и азиланата на једној, и поступка протјеривања илегалних имиграната на другој страни, представља квалитетан путоказ у погледу рјешавања мигрантске кризе у Босни и Херцеговини који би домаће власти морале досљедно слиједити и адекватно примјењивати.

⁴¹ *Ibid.*, § 279.

Коришћена литература**Чланци:**

Мијовић, Љ. *Пракса Европског суда за људска права у односу на право Европске уније*, Годишњак Правног факултета у Бањој Луци, бр. 40, Бања Лука, 2018.

Судске пресуде и одлуке:

Европски суд за људска права:

Andric v. Sweden (dec.) 1999.

Alibaks and Others v. the Netherlands; (dec.) 1988.

Becker v. Denmark (dec.) 1975.

Berdzenishvili and Others v. Russia, (judg.) 2017.

Berisha and Haljiti v. the former Yugoslav Republic of Macedonia (dec.), 2007.

Čonka v. Belgium, (judg.); 2002.

Dritsas v. Italy (dec.), 2011.

Georgia v. Russia (I) (GC judg.), 2014.

Hirsi Jamaa and Others v. Italy (GC judg.), 2012.

K.G. v. Germany, (dec.) 1977.

Khlaifia and Others v. Italy (GC judg.), 2016.

M.A. v. Cyprus, (judg.), 2013.

O. and Others v. Luxembourg (dec.), 1978.

Sharifi and Others v. Italy and Greece, (judg.), 2014.

Shioshvili and Others v. Russia, (judg.), 2016.

Sultani v. France (judg.), 2007.

Tahiri v. Sweden, (dec.), 1995.

Остали извори:

Устав БиХ

Стратегија у области миграција и азила за период 2016–2020. године Савјета министара БиХ.

FRONTEX, European Border and Coast Guard Agency, Frontex Risk Analysis Unit, FRAN Quarterly Report No.2, 2017. https://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Fran_Q2_2017.pdf

2016 UNODC World Drug Report. http://www.unodc.org/doc/wdr2016/WORLD_DRUG_REPORT_2016_web.pdf;

Споразум БиХ и Албаније о реадмисији, <http://sps.gov.ba/dokumenti/medjunarodni/Sporazum%20o%20readmisiji%20BiH%20-%20Albanija.PDF> .

Regulation (EC) No 862/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on Community statistics on migration and international protection and repealing Council Regulation (EEC) No 311/76 on the compilation of statistics on foreign workers, <http://data.europa.eu/eli/reg/2007/862/>

MIGRANTS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA- CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS ON COLLECTIVE EXPULSIONS OF ALIENS

Ljiljana Mijović*

Abstract: *This paper deals with the analysis of illegal migrations in Bosnia and Herzegovina and the normative framework and case law of the European Court regarding collective expulsion of aliens.*

Related to that, the emphasis is placed on the increasing number of illegal immigrants who, failing to enter the European Union State Members' territories, remain on the Bosnia and Herzegovina state territory, without an adequate legal response on the State's side.

Key words: *migrants, collective expulsion of aliens, European Court of Human Rights.*

* Faculty of Law of the University in Banja Luka

**PRAVNI ASPEKTI JAVNO-PRIVATNOG PARTNERSTVA:
IZMEĐU HIJERARHIJSKOG I TRŽIŠNOG DISKURSA¹**

Prof. dr Predrag Cvetković*

***Apstrakt:** Javno-privatno partnerstvo (dalje: JPP) predstavlja okvir za zajedničku akciju javnog sektora i privatnog kapitala sa ciljem obezbeđenja funkcionisanja delatnosti od opšteg interesa. Javno-privatno partnerstvo odgovor je na potrebu fuzije društvenih resursa različitog porekla (privatnih, državnih) u cilju realizacije kolektivnog napretka. Saradnja sa privatnim sektorom pretpostavlja da država prihvati pravila i metode tržišnog delovanja. Polazni osnov pravnog okvira za JPP je eliminisanje dihotomije „hijerarhija-tržište“. Prožimanje pravnih pravila u užem smislu i „tržišno“ zasnovane privatne regulative u kontekstu JPP-a ima svoju formu koja se za potrebe ovog rada naziva „hibridna regulacija“. Neadekvatno realizovana „hibridizacija“ pravnog i tržišnog regulisanja u kontekstu JPP-a može imati za rezultat da privatni sektor pragmatično (u skladu sa sopstvenom tržišnom logikom) obavlja ulogu regulatora na način koji narušava realizaciju javnog interesa. Rezultat takve delatnosti može biti javni interes koji je tržišno modifikovan, pri čemu te modifikacije potencijalno narušavaju integritet i strukturu konkretnog javnog interesa.*

***Ključne reči:** javno-privatno partnerstvo, javni ugovori, „hold-up“ problem, hijerarhijsko upravljanje.*

* Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Trg Kralja Aleksandra br. 11, 18000 Niš,
e-mail: pepicvetkovic@gmail.com

¹ Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, br. 179046, koji sprovodi Pravni fakultet u Nišu, a finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije”.

1. Opšte napomene

Javno-privatno partnerstvo (engl. *Public-Private Partnership*; nem. *Öffentlich-Private Partnerschaft* – *ÖPP*; dalje i: JPP) predstavlja okvir za zajedničku akciju javnog sektora i privatnog kapitala sa ciljem obezbeđenja funkcionisanja delatnosti od opšteg interesa.²

Tenziju i kontroverzu javno-privatnog partnerstva generiše suprotnost bazičnih karakteristika javnog i privatnog sektora. Prvi je svojom strukturom i načinom funkcionisanja usmeren ka zaštiti, ostvarivanju i razvijanju opšteg (javnog) interesa.³ Potonji je, pak, utemeljen na privatnoj inicijativi usmerenoj ka ostvarivanju dobiti. Ova razlika koja se, *prima facie*, čini fundamentalnom, ključna je teškoća u konstruisanju pravnog okvira javno-privatnog partnerstva. Njeno prevazilaženje moguće je kroz postupak postepenog i detaljnog usklađivanja gore navedenih interesa. Pri tome je osnovni cilj i javnopravnih i privatnopravnih aktera da moralni hazard koji preuzimaju bude smanjen na najmanju moguću meru. Moralni hazard na strani javnopravnih subjekata ogleda se u poverenju da će akter iz privatnopravnog sektora težiti ostvarivanju javnog, a ne isključivo privatnopravnog interesa. Privatnopravni subjekt, pak, deluje u uverenju da će biti tretiran ravnopravno u partnerstvu usmerenom ka ostvarivanju javnog interesa (pri čemu će njegov privatni interes biti uvažavan u meri u kojoj služi ostvarivanju, takvog, javnopravnog interesa). Stepen ispunjenja navedenog cilja jeste i mera za kvalifikovanje pravnog okvira JPP-a kao odgovarajućeg ili nefunkcionalnog.

Javno-privatno partnerstvo jedan je od tri načina realizacije projekata infrastrukture i obavljanja delatnosti od javnog interesa. Preostala dva su: realizacija ovih projekata korišćenjem sopstvenih finansijskih, personalnih i drugih resursa (tzv. „in house“ metod) ili finansiranje kroz kreditni kapital.⁴

² Videti: Cvetković, P., Milenković-Kerković, T., „Javno-privatno partnerstvo: polazna razmatranja“, *Pravo i privreda*, br. 4-6, 2011, str. 758–770.

³ Dakle, cilj nastanka javno-privatnog partnerstva je u ostvarivanju ciljeva obe kategorije učesnika (engl. „win-win“ konstrukcija). Ti ciljevi nisu identični. Javnopravni subjekti imaju za cilj ostvarivanje socijalnog blagostanja i kvaliteta života kroz poboljšanje nivoa i kvaliteta usluga od javnog interesa i izgradnje infrastrukture. Cilj privatnopravnih učesnika je ekonomska korist od sopstvene aktivnosti. *Nota bene*: korist javnopravnih aktera nije merljiva kao što je to slučaj sa dobitkom od ekonomske delatnosti. Na političkom „tržištu“ (što jeste mesto gde se ostvaruje „cilj“ javnopravnog aktera) ne deluje egzaktno definisan zakon ponude i potražnje.

⁴ Isplativost javno-privatnog partnerstva u odnosu na druga dva gore navedena metoda razvoja javnog interesa procenjuje se kroz metodologiju komparacije vrednosti koja se dobija primenom sve tri metode za konkretni projekat („Value for Money“ analiza). Komisija za javno-privatna partnerstva i koncesije Republike Srbije, osnovana prema Zakonu o javno-privatnim partnerstvima i koncesijama („Sl. glasnik RS“ br. 88/2011, 15/2016 i 104/2016) usvojila je dokument nazvan „Metodologija za analizu

Javno-privatno partnerstvo je, dakle, direktna posledica potrebe države da, zbog nemogućnosti ili necelishodnosti pribavljanja kreditnog kapitala namenjenog izgradnji i razvoju održivog sistema obavljanja delatnosti od javnog interesa, uspostavi partnerski odnos sa privatnim kapitalom. Pravna refleksija ovakvog pristupa jeste da blede granice između javnopravnog i privatnopravnog sektora. Pri tome, od ključnog je značaja da javni i privatni interes, mada partnerski postavljeni, i dalje ostaju u latentnoj konkurenciji koja se realizuje u pravnim okvirima JPP-a.

Javno-privatno partnerstvo bez sumnje predstavlja vrlo kompleksan vid saradnje, pa regulisanje ove oblasti predstavlja nužnu i nimalo laku aktivnost za zakonodavce. Regulativa JPP-a ima zadatak da uspostavi balans javnog i privatnog interesa koji se ukrštaju u svakom projektu javno-privatnog partnerstva, da doprinese zaštiti konkurencije i jačanju tržišne discipline uz odsustvo suviše državne kontrole. Ono što se očekuje od regulative javno-privatnog partnerstva je da uspostavi stabilan (ali ne i rigidan), efikasan, potpun (ali ne i preobiman), transparentan i jasan pravni okvir koji bi pružio sigurnost i predvidivost kako javnim, tako i privatnim akterima JPP projekta. Bez takvog pravnog okvira otvara se rizik neizvesnosti i sporova između partnera.

2. Javno-privatno partnerstvo između hijerarhijskog i tržišnog diskursa

Tema javno-privatnog partnerstva „leži na razdelnici između privrede i politike, povezujući javnopravni autoritet i filozofiju preduzetnika. Ova

dobijene vrednosti u odnosu na uložena sredstva (*Value-for-Money*) u javno-privatnom partnerstvu i koncesijama“. Navedeni dokument jezgrovito definiše pojam metodologije „vrednosti za novac“ (paragraf 3, strana 1): „Utvrđivanje dobijene vrednosti u odnosu na uložena sredstva (utvrđivanje 'vrednosti za novac'; engl. value for money, VfM) je primena analitičkog postupka u okviru koga se nastoji kvantitativnim putem utvrditi da li je za poreske obveznike od veće koristi da se primeni tradicionalni model investiranja u kome se javno telo pojavljuje u ulozi investitora, preuzimajući sve ili pretežan deo rizika javne investicije, ili im se više isplati da nabave uslugu od ponuđača iz privatnog sektora, prenoseći (alocirajući) većinu rizika na njega, kada se radi o javno-privatnom partnerstvu (JPP). Dakle, u osnovi ideje maksimizacije dobijene vrednosti za javni novac (sredstva) je prenos određenih rizika javne investicije na privatnog partnera. U tom smislu, Evropska komisija definiše javno-privatno partnerstvo kao partnerstvo između javnog i privatnog sektora koje ima za cilj pružanje usluge koju tradicionalno obezbeđuje javni sektor. Javni sektor se javlja u ulozi naručioca koji ima za cilj da obezbedi pružanje javne usluge korisniku, dok se privatni sektor javlja u ulozi izvršioca i ima za cilj da pruži javnim ugovorom definisane usluge“. Metodologija je dostupna na sajtu komisije <http://www.ppp.gov.rs>. Više o „value for money“ metodologiji u kontekstu JPP-a videti u: *Antoine Desgrées du Loué, Value for Money evaluation in PPPs: difficulties and developments*, dostupno na adresi: <http://kth.diva-portal.org/smash/get/diva2:527412/FULLTEXT01.pdf> na dan 11. 12. 2013.

simbioza je inspirativna.⁵ Ulazak tržišta u sektor upravljanja rezultat je promene kontekstualne prirode javne i privatne sfere. Značenje i sadržina javnog i privatnog diskursa evoluiraju, pri čemu je promena rezultat strateške političke odluke pouzdanog legitimiteta. Ova odluka omogućava da tržište uđe u javni sektor i delom implementira profitni model funkcionisanja. Model javno-privatnog partnerstva je epitomizacija opisanog procesa. Njime se omogućava fuzija resursa različitog porekla (javnog ili privatnog) u svrhu ostvarivanja zajedničkog cilja, kako bi država bila konkurentna na tržištu stvorenom globalizacijom.⁶

Javno-privatno partnerstvo odgovor je na potrebu fuzije društvenih resursa različitog porekla (privatnih, državnih) u cilju realizacije kolektivnog napretka. U širem smislu, opravdanje za javno-privatno partnerstvo leži u teoriji međuzavisnosti izvora (*Resource Dependency Theory*). Teorija međuzavisnosti izvora je teorija koja analizira u kojoj meri eksterni resursi organizacije/institucije utiču na njeno funkcionisanje. Ključni argumenti teorije međuzavisnosti izvora su:

- zavisnost organizacije/institucije od eksternih izvora;
- činjenica da eksternim izvorima upravlja druga organizacija/institucija;
- pravna samostalnost organizacija/institucija praćena faktičkom međuzavisnošću: naime, i pored pravne samostalnosti, postoji zavisnost organizacije B od organizacije A. Ova zavisnost bazirana je na činjenici da je uspeh (inače pravno samostalne) organizacije B uslovljen korišćenjem eksternih izvora kojima upravlja organizacija A.

U kontekstu javno-privatnog partnerstva, međuzavisnost je rezultat:

- potrebe javnog aktera kao „institucije“ za resursima privatnog porekla, i
- potrebe privatnog aktera da ostvari pristup javnom sektoru kao resursu za sticanje profita.

Summa summarum, teorija međuzavisnosti izvora u kontekstu javno-privatnog partnerstva manifestuje se na sledeći način:

1. javno-privatno partnerstvo omogućava javnom sektoru da realizuje investicije koje, bez pomoći privatnog aktera ne bi bile moguće;

⁵ Weber, S., „Public Private Partnership – ein unbekanntes Wesen“, Franz Mittendorfer, Stefan Weber, Stefan (Hrsg), *Public Private Partnerships – Gestaltung aus ökonomischer und juristischer Sicht*, Wien, 2004, str. 7

⁶ Ekonomska globalizacija kao jedan od aspekata opšte globalizacije, definiše se kao „bliska integracija država i naroda koja vodi enormnom smanjenu troškova transporta, komunikacija i ruši veštačke barijere prekograničnih tokova robe, usluga, kapitala, znanja i radne snage“. Videti više u: Cvetković, P., *Uvod u pravo Svetske trgovinske organizacije*, Niš, 2010, str. 45, napomena 68.

2. javno-privatno partnerstvo omogućava privatnom sektoru da investira u projekte kod kojih je rizik preveliki da se u njih ulazi bez nekog oblika garancije javnog sektora.

Države su primorane na saradnju sa privatnim sektorom kako bi ostale konkurentne na globalnom tržištu. Opisana saradnja zahteva da država prihvati pravila i metode tržišnog delovanja. Polazni osnov pravnog okvira za JPP je eliminisanje dihotomije „hijerarhija-tržište“.⁷ Granice između javnog sektora (organizovanog po principu hijerarhije) i privatnog sektora (usmeravanog tržišnim mehanizmima) relativizuju se sa nastankom policentričnog sistema upravljanja ekonomskim procesima⁸. U takvim okolnostima kooperacija predstavlja novi stepen odnosa javnog i privatnog sektora. Ipak, ova kooperacija ne eliminiše razliku u njihovim interesima. Navedeno dvojstvo interesa uslovljava postojanje dvaju grupa pravila kojima se uređuje JPP kao pravni fenomen.

Prvu grupu pravila čine pravne norme u užem smislu, praćene kontrolom izvršenja i sankcijom države.

Drugu grupu pravila čine mehanizmi i zakonitosti tržišnog funkcionisanja, koji uslovljavaju da privatnopravni subjekti (pa i oni koji su potencijalni ili stvarni partneri u JPP projektima) postupaju na način koji je neophodan za uspešno tržišno delovanje.

Razlike između ovih pravila proističu iz konteksta u kome funkcionišu i koji ih okružuje: pravna pravila funkcionišu i sankcionišu se na osnovu monopola prinude; privatna regulativa bazirana je, u konačnom, na sankcijama tržišnog karaktera (tačnije, nepoštovanje tržišnih zakonitosti – pravila, vodi neuspešnom poslovanju).

Preduslov za razvoj javno-privatnog partnerstva je promena paradigme upravljanja javnim resursima: umesto koncepta vladanja, prihvaćen je koncept „upravljanja“⁹. Pomeranje od vladanja ka upravljanju jezgrovito je dato u

⁷ Hijerarhijsko upravljanje, karakteristično za državu, i upravljanje zasnovano na tržišnim zakonitostima smatraju se međusobno isključivim sistemima usmeravanja ekonomskih procesa. Javno-privatno partnerstvo trebalo bi da obezbedi sintezu ovih pristupa i generiše „treći put“ upravljanja ekonomskim aktivnostima u segmentu delatnosti od opšteg interesa.

⁸ Policentrizam upravljanja ekonomskim procesima ima svoju vertikalnu i horizontalnu dimenziju. Vertikalna se ogleda u upravljanju na nivou države, regionalnih, kontinentalnih i univerzalnih integracija (najčešće sa pratećom institucionalnom emanacijom, poput EU i Svetske trgovinske organizacije). Horizontalna dimenzija policentričnog upravljanja manifestuje se kroz uticaj „trećeg sektora“, poput nevladinih organizacija na regulatorni proces (ovo je posebno vidljivo u pojedinim važnim oblastima, poput ekološkog prava).

⁹ Rhodes, A. W., Roderick, „Understanding Governance: Ten Years On“, *Organization Studies*, 28.8, 2007, str. 1243–1264, s. 1245.

sentenci da „svi učestvujemo u regulatornoj igri“¹⁰. Naime, „pojedinci stvaraju decentralizovane privatne norme; privatnopravna tela stvaraju centralizovane privatne norme; države stvaraju centralizovanu regulativu.“¹¹ U skladu sa ovom promenom, regulatorni pristup više nije isključivo unilateralan i *top-down* (pristup u kome država centralistički određuje pravila korišćenja javnih resursa i vrši nadzor nad njihovim korišćenjem). Komplement unilateralnog i *top-down pristupa* je *bottom-up* koncept koji podrazumeva da niži nivoi državne vlasti, uključujući i lokalne samouprave, učestvuju i iniciraju donošenje odluka o strategiji i selekciji prioriteta privrednog i društvenog razvoja na svom području. *Bottom up* pristup zahteva transparentnost i uključivanje relevantnih grupa (preduzetnika, nevladinog sektora, univerziteta) u ustanovljavanje koncepta predloga projekta javno-privatnog partnerstva. Pri tome, *bottom-up* pristup ne isključuje *top-down* koncept: oba koncepta imaju se kombinovati kako bi se obezbedio uspeh konkretnog javno-privatnog partnerstva.¹² Ipak, u slučaju graničnih situacija (poput ugrožavanja javnog interesa zbog neodgovarajućeg postupanja privatnog sektora) privatni interes ostaje podređen javnom.

2.1. Javno-privatno partnerstvo kao primer hibridnog regulisanja

Prožimanje pravnih pravila u užem smislu i „tržišno“ zasnovane privatne regulative u kontekstu JPP-a ima svoju formu koja se za potrebe ovog rada naziva „hibridna regulacija“¹³. Polazna pretpostavka razumevanja „hibridnosti“ regulacije javno-privatnog partnerstva jesu značajne razlike između prirode i mehanizma delovanja pravne norme u užem smislu i tržišne regulative. Razlika je pre svega u cilju: pravne norme teže obezbeđenju

¹⁰ Levi-Faur, D. (Ed.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham UK: Edward Elgar, 2011, str. 7.

¹¹ Murray, S. A., “Controlling the New Media: Hybrid responses to new Forms of Power”, *The Modern Law Review*, Vol. 65, No. 4, 2002, str. 491–516, s. 502.

¹² Manifestacija *topdown* pristupa u Zakonu o JPP i koncesijama Republike Srbije je ovlašćenje Komisije za JPP i koncesije u odnosu na predloge projekata. Naime, u postupku pribavljanja saglasnosti, predlog projekta se dostavlja i Komisiji za JPP radi davanja mišljenja i ocene da li se konkretni projekat može realizovati u formi JPP. Mada po osnovu Zakona o JPP i koncesijama Komisija za JPP samo daje mišljenje u postupku odobravanja predloga projekta JPP bez elemenata koncesije i u postupku predlaganja koncesionog akta, Odluka o obrazovanju Komisije za JPP („Službeni glasnik Republike Srbije“ br. 13/2012), kao podzakonski akt, precizira da je za sprovođenje svakog projekta javno-privatnog partnerstva sa ili bez koncesije neophodno pribaviti pozitivno mišljenje Komisije, kao i da takvo mišljenje mora biti dato uz pozitivan glas člana Komisije koji predstavlja Ministarstvo finansija.

¹³ Levi-Faur, D., *Regulation and regulatory governance. Handbook on the Politics of Regulation*, 2011 [electronic version], rad dostupan na adresi: <http://regulation.huji.ac.il/papers/jp1.pdf>, na dan 13. 1. 2014. godine.

javnog interesa kroz hijerarhijske mehanizme prethodne¹⁴ i naknadne¹⁵ kontrole javnog interesa. Privatno (tržišno orijentisano) regulisanje bazirano je na potrebi ustanovljavanja okvira koji obezbeđuju da delovanje privatnog aktera obezbedi najviši mogući profit. Sa druge strane, privatno regulisanje znači i ograničenje samovolje/oporituniteta privatnog aktera: npr., činjenica da privatni partner gubi reputaciju zbog nekvalitetnog snabdevanja robom ili uslugama predstavlja „pravilo“ koje ograničava takav oportunitet¹⁶.

¹⁴ Sprovedenje nadzora nad realizacijom projekta javno-privatnog partnerstva sprovodi se kroz dva vremenska okvira: fazu koja prethodi zaključenju javnog ugovora (*ex ante* nadzor; dalje i: prethodni nadzor) i fazu realizacije projekta (*ex post* nadzor; dalje i: nadzor realizacije). Prethodni nadzor utvrđen je normama Zakona o JPP-u i koncesijama. U ove norme spadaju norme generalne primene (poput načela sadržanih u članu 6 Zakona: načela efikasnosti; načela transparentnosti; načela jednakog i pravičnog tretmana; načela slobodne tržišne utakmice; načela proporcionalnosti; načelo autonomije volje; načelo ravnopravnosti subjekta). Ova načela i pravila generalne primene relevantna su i za fazu nadzora realizacije zaključenog javnog ugovora. Navedena načela predstavljaju pravne standarde koji se koriste da se u konkretnim okolnostima utvrdi da li JPP (bilo u fazi pripreme – prethodni nadzor – bilo u fazi implementacije – nadzor realizacije) služi ostvarivanju javnog interesa. Pored generalno primenljivih principa Zakona o JPP-u, prethodni nadzor ostvaruje se kroz pravila o postupku i način dodele javnog ugovora. Prethodni nadzor se ostvaruje pre svega striktnim poštovanjem (imajući u vidu kogentnu prirodu pravila Zakona) normi kojima se uređuju: kriterijumi izbora privatnog partnera (videti čl. 20 Zakona); pravila kojima je uređen postupak objavljivanja javnog poziva, uključujući i poštovanje rokova za prijem ponuda i njihovu sadržinu (videti čl. 22–25 Zakona). Elementi nadzora bliže su definisani Uredbom o nadzoru nad realizacijom javnih ugovora o javno-privatnom partnerstvu („Sl. glasnik RS“ br. 47/13)

¹⁵ Zakon o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama predviđa naknadni nadzor kroz odredbe kojima se reguliše mogućnost izmene zaključenog ugovora. Izmena javnog ugovora je u zakonu postavljena kao izuzetak (a ne pravilo), te se prema opštim pravilima tumačenja norme ima interpretirati usko (restriktivno). Izmene ugovora ne mogu se ticati predmeta ugovora, roka na koji je ugovor zaključen ili ponuđene koncesione naknade (videti čl. 50 Zakona).

¹⁶ Oportunizam strana javno-privatnog partnerstva je nastojanje jedne od strana (javne ili privatne) da iz sebičnih razloga zahteva od druge strane ponašanje koje je suprotno odredbama i principima konkretnog ugovora o javno-privatnom partnerstvu. Razlog za nastanak oportuniteta u kontekstu JPP-a je sledeći: izbor privatnog partnera učinjen je konkurentskom, tržišno profilisanom diskursu, kroz kompetitivni postupak izbora najpovoljnije ponude za realizaciju projekta javno-privatnog partnerstva. Sa druge strane, pregovori o izmeni ugovora su bilateralna pogodba. Postupak u kome se o najpovoljnijoj ponudi odlučuje kroz tržišne kriterijume zamenjuje se bilateralnim pogodbama u kojima privatni partner suštinski istupa sa pozicije monopoliste (zbog nepostojanja fleksibilnosti javnog partnera u pogledu mogućnosti da nađe novog privatnog partnera za realizaciju tekućeg ugovora o javno-privatnom partnerstvu). Opisana situacija, u odsustvu odgovarajuće metodologije, vodi do redistribucije rezultata ugovora u korist privatnog partnera; redistribucije koja se ne zasniva na principima na kojima je *ex ante* zasnovan konkretni odnos javno-privatnog partnerstva. Rezultat opisane redistribucije je da je rezultat JPP-a manja „vrednost za novac“ poreskih obaveznika, odnosno ekonomski neefikasno vršenje usluga od javnog interesa. Ilustracija oportunog ponašanja privatnog aktera je sledeća: ugovorom sa javnim partnerom privatni partner se obavezao da realizuje projekat o izgradnji i eksploataciji postrojenja za preradu otpada. Projekat se realizuje kroz dve faze: fazu izgradnje i fazu eksploatacije. Ugovor koji bi trebalo da traje deset godina privatni partner ima nameru da raskine u petoj godini trajanja ugovora (što je rok u kome se okončava faza izgradnje postrojenja i započinje njegova eksploatacija). Nakon što je završio fazu izgradnje i naplatio cenu za za izgrađeni objekat, privatni partner odlučuje se za raskid. Raskidom gubi pravo na nadoknadu za eksploataciju postrojenja, uz obavezu plaćanja štete za raskid.

Uvođenje pojma oportunitizma u predmet analize zahteva njegovo dodatno pojašnjenje.

Oportunitizam strana javno-privatnog partnerstva je nastojanje jedne od strana (javne ili privatne) da iz sebičnih razloga zahteva od druge strane ponašanje koje je suprotno odredbama i principima konkretnog ugovora o javno-privatnom partnerstvu. Razlog za nastanak oportunitizma u kontekstu JPP-a je sledeći: izbor privatnog partnera učinjen je konkurentskom, tržišno profilisanom diskursu, kroz kompetitivni postupak izbora najpovoljnije ponude za realizaciju projekta javno-privatnog partnerstva. Sa druge strane, pregovori o izmeni ugovora su bilateralna pogodba. Postupak u kome se o najpovoljnijoj ponudi odlučuje kroz tržišne kriterijume zamenjuje se bilateralnim pogodbama u kojima privatni partner suštinski istupa sa pozicije monopoliste (zbog nepostojanja fleksibilnosti javnog partnera u pogledu mogućnosti da nađe novog privatnog partnera za realizaciju tekućeg ugovora o javno-privatnom partnerstvu). Opisana situacija, u odsustvu odgovarajuće metodologije, vodi do redistribucije rezultata ugovora u korist privatnog partnera; redistribucije koja se ne zasniva na principima na kojima je ex ante zasnovan konkretni odnos javno-privatnog partnerstva. Rezultat opisane redistribucije je da je rezultat JPP-a manja „vrednost za novac“ poreskih obaveznika, odnosno ekonomski neefikasno vršenje usluga od javnog interesa. Ilustracija oportuno ponašanja privatnog aktera je sledeća: ugovorom sa javnim partnerom privatni partner se obaveza da realizuje projekat o izgradnji i eksploataciji postrojenja za preradu otpada. Projekat se realizuje kroz dve faze: fazu izgradnje i fazu eksploatacije. Ugovor koji bi trebalo da traje deset godina privatni partner ima nameru da raskine u petoj godini trajanja ugovora (što je rok u kome se okončava faza izgradnje postrojenja i započinje njegova eksploatacija). Nakon što je završio fazu izgradnje i naplatio cenu za izgrađeni objekat, privatni partner odlučuje se za raskid. Raskidom gubi pravo na nadoknadu za eksploataciju postrojenja, uz obavezu plaćanja štete za raskid. Razlog raskida je što privatni partner ima mogućnost da svoj personal i logističke kapacitete transferiše u cilju obavljanja drugog, lukrativnijeg projekta čija je margina profita takva da mu omogućava da, i nakon plaćanja nadoknade štete zbog raskida ugovora, ostvari odgovarajuću dobit.

U kontekstu JPP-a, hibridno regulisanje bi trebalo da utvrdi šire okvire ograničenja oportuniteta: ne samo okvire za ograničenje u skladu sa delovanjem ekonomskog zakona vrednosti, već i granice takvom oportunitetu

Razlog raskida je što privatni partner ima mogućnost da svoj personal i logističke kapacitete transferiše u cilju obavljanja drugog, lukrativnijeg projekta čija je margina profita takva da mu omogućava da, i nakon plaćanja nadoknade štete zbog raskida ugovora, ostvari odgovarajuću dobit.

ustanovljene zahtevom realizacije i zaštite javnog interesa upućenog kako javnom, tako i privatnom partneru. U svom čistom vidu, privatno regulisanje (bez prethodne i naknadne kontrole javnog partnera) neće uvažiti (nekada čak ni prepoznati) ograničenja zasnovana na javnom interesu poput zaštite socijalnog mira, kvaliteta i kontinuiteta snabdevanja dobrima i uslugama od javnog interesa itd.

Neadekvatno realizovana „hibridizacija“ pravnog i tržišnog regulisanja u kontekstu JPP-a može imati za rezultat štetu koja se u literaturi karakteriše kao „toksični miks“.¹⁷ Ključna teškoća je mogućnost da privatni sektor pragmatično (u skladu sa sopstvenom tržišnom logikom) obavlja ulogu regulatora na način koji narušava realizaciju javnog interesa. Naime, obavljanje delatnosti od javnog interesa od strane privatnog sektora čini da se ovaj interes ostvaruje kroz mehanizam tržišne evaluacije: rezultat takve evaluacije može biti javni interes koji je tržišno modifikovan, pri čemu te modifikacije potencijalno narušavaju integritet i strukturu konkretnog javnog interesa.

2.2. Hijerarhija i tržište kao elementi hibridne regulative javno-privatnog partnerstva

Hibridna regulativa počiva na prožimanju pravne regulative u užem smislu (zasnovane na principu kontrole i sankcije suverena) i tržišnog regulisanja. Prvi tip regulative zasnovan je na hijerarhiji; drugi tip regulative funkcioniše na osnovu tržišnih zakonitosti.¹⁸ U kontekstu JPP-a, ni jedan od dva tipa regulative nije dovoljan za funkcionisanje javno-privatnog partnerstva iz sledećih razloga:

- hijerarhijski modalitet obezbeđuje kontrolu, ali neefikasan je u pogledu uticaja na privatnog partnera; privatni partner neće učestvovati u projektu javno-privatnog partnerstva ukoliko je ostavljen bez margine prava na tržišno odlučivanje, odnosno ukoliko je stepen kontrole javnog partnera takav da mu takvo odlučivanje onemogućava;
- tržišni modalitet obezbediće ekonomski efikasno iskorišćavanje projekta, ali nije adekvatan garant zaštite i unapređenja javnog interesa.
- Uzimajući u obzir gore navedeno, odgovarajući balans između jednog i drugog tipa regulative ključ je za uspeh javno-privatnog

¹⁷ Jacobs, J., *Systems of survival: A dialogue on the moral foundations of commerce and politics*, New York: Random House, 2002, str. 40.

¹⁸ Murray, S., *op. cit.*, str. 504.

partnerstva. Suprotan pristup vodi neuspehu JPP-a i njegovoj „delegitimizaciji“ na sledeći način:

- pomeranje težišta regulisanja ka hijerarhijskom polu strukture JPP-a i ekstenzivna i diskreciona kontrola koju javni partner vrši nad privatnim partnerom za praktičnu konsekvencu ima izostanak projekta javno-privatnog partnerstva: nema ozbiljnog privatnog koji bi učestvovao u projektu u kome mu je neobrazloženo i diskreciono ograničena sloboda tržišnog delovanja.
- pomeranje balansa ka polu tržišnog regulisanja ne isključuje mogućnost realizacije projekta JPP-a, ali postoji verovatnoća da privatni partner ostvari supremaciju nad javnim u postupku realizacije javno-privatnog partnerstva, pre svega zbog deficita epistemološke legitimacije, odnosno nedostatka znanja javnog partnera.

Hibridnost regulative JPP-a zasniva se na pretpostavci da funkcionisanje projekta javno-privatnog partnerstva počiva na preklapanju i uzajamnom prožimanju javnopravnog i privatnopravnog interesa. Sa jedne strane, ključne obaveze, dužnosti i odgovornosti javnog partnera kao aktera JPP koncepta definisane su normama sa karakterom *ius cogens*. Opisano determinisanje uslovljeno je i opravdano činjenicom da je javni partner emanacija suvereniteta čiji je zadatak zaštita i unapređenje ostvarivanja javnog interesa. Sa druge strane, privatni partner funkcioniše u okviru tržišnog (neretko spekulativnog) sistema, kao akter uslovljen delovanjem zakona vrednosti i tržišnih kretanja. Javno-privatno partnerstvo kao forma uređivanja učešća privatnog sektora u ostvarivanju javnog interesa ne pripada u potpunosti niti jednom niti drugom pravnom okviru. Uključivanje elementa javnog interesa u koncept JPP-a, uz istovremenu ekonomsku potrebu uvažavanja tržišno opredeljene filozofije i metodologije delovanja privatnog partnera, neophodan je uslov u sagledavanju pravnog okvira javno-privatnog partnerstva kao strukture *sui generis*. Kombinacija javnopravnog i privatnopravnog diskursa uspešna je ukoliko je efikasna (unapređuje ostvarivanje javnog interesa) i legitimna.

Osnovno pitanje hibridne regulacije jeste na koji način obezbediti legitimnost primene pravnih pravila i pravila koja su rezultat privatnog (tržišno orijentisanog) regulisanja.

Legitimnost javno-privatnog partnerstva prosuđuje se prema kriterijumima prihvaćenosti, podobnosti i prikladnosti konkretnog projekta JPP-a u kontekstu vrednosti, pravila i shvatanja društvenog okvira u kome

konkretno partnerstvo funkcionije. U krajnjem, legitimnost proizlazi iz potencijala javnog i privatnog partnera da mobilišu socijalne, političke i druge resurse u cilju realizacije projekta.

Priroda legitimiteta javnog i privatnog regulisanja razlikuje se. Kada se radi o legitimitetu pravne norme shvaćene kao pravila ponašanja praćenog sankcijom suverena, taj se legitimitet dobija na osnovu usvajanja odluka u zakonom predviđenoj proceduri, od strane organa izabраних по одређеном поступку. U kontekstu obavljanja delatnosti od javnog interesa, legitimitet odluke organa javnog preduzeća zasnovan je na proceduri njegovog postavljenja te nadzoru koji država kao osnivač sprovodi nad radom javnog preduzeća. Legitimitet privatnog regulisanja, pak, zasnovan je na tržišnom učinku preduzeća.

Razlika u prirodi legitimiteta pravne i privatne (tržištem uslovljene) regulative potiče iz različitih ciljeva javnog i privatnog sektora. Prvi teži zaštititi i unapređenju javnog interesa; drugi je fokusiran na sticanje profita i uvećanja tržišne vrednosti preduzeća. U situaciji kada nema prožimanja javnog i privatnog sektora, legitimitet obe regulative (pravne i tržišne) lako je prepoznatljiv: u slučaju javnog sektora legitimitet se izvodi iz odluka osnivača javnog preduzeća koje imaju za cilj ostvarivanje javnog interesa; u slučaju privatnog sektora legitimitet je baziran na adekvatnim odlukama privatnog aktera u nastupu na tržištu i ekonomskim rezultatima koji su posledica takvih odluka. U oba slučaja jasno je strukturirana kontrola legitimiteta pravne i privatne (na tržištu zasnovane) regulative: u prvom slučaju postoji nadzor nad ostvarivanjem javnog interesa, a u drugom tržišni mehanizmi kao korektiv ponašanja preduzetnika. U slučaju JPP-a, međutim, imajući u vidu „hibridni“ karakter i prožimanje regulative, utvrđivanje kriterijuma za legitimitet projekta javno-privatnog partnerstva je kompleksno: naime, javno-privatno partnerstvo ostvaruje legitimitet prema „javnosti“ kao političkom konceptu. Stoga je stepen legitimiteta konkretnog javno-privatnog partnerstva uslovljen stepenom pozitivne percepcije rada i rezultata projekta javno-privatnog partnerstva u javnom diskursu. Na taj način se amortizuje nedostatak demokratske legitimacije privatnog aktera koji kroz javno-privatno partnerstvo učestvuje u realizaciji javnog interesa.¹⁹

Za države u tranziciji poput Republike Srbije, legitimitet javno-privatnog partnerstva zahteva i prevazilaženje odijuma prema učešću

¹⁹ Na ovom mestu valja napomenuti da, i u političkom diskursu, demokratski legitimitet sve više dobija karakter legitimiteta zasnovanog na rezultatu (efikasnosti) upravljanja društvenim (ekonomskim, socijalnim, političkim) procesima, a ne isključivo na obezbeđenju poštovanja demokratskih procedura. Privatni sektor ima potencijal značajne uloge u ostvarivanju takvog, na rezultatu zasnovanog legitimiteta.

privatnog sektora u obavljanju delatnosti od javnog interesa. Ovaj odijum ima dvostruko poreklo: najpre, rezultat je problematičnih rezultata privatizacije (i izjednačavanja JPP koncepta sa privatizacijom); potom, postoji nedostatak institucionalne memorije javnog sektora (iskustva, znanja i verifikovane metodologije) u pogledu uspostavljanja transparentnih i jasnih odnosa sa privatnim sektorom. Opisani nedostatak prevazilazi se strateškom političkom odlukom pouzdanog legitimiteta kojom se javno-privatno partnerstvo prepoznaje kao vid otvaranja javnog sektora za privatnopravne aktere, na način koji ne ugrožava ostvarivanje i zaštitu javnog interesa.

2.2.1. Koregulativni pristup kao metod obezbeđenja legitimiteta hibridne regulative javno-privatnog partnerstva

U kontekstu javno-privatnog partnerstva, osnovni metod „hibridnog“ regulisanja je koregulacija. Naime, javni i privatni partner zajednički rade na regulisanju konkretnog JPP projekta. U slučaju hijerarhijskog regulisanja javno-privatnog partnerstva, koregulacija funkcioniše na dva nivoa: opštem i konkretnom. Na opštem nivou, koregulacija znači da se interesi poslovne zajednice koja ima potencijal upliva u projekte infrastrukture na adekvatan način uvažava (kroz konsultacije, učešće u pripremi zakona, javne rasprave i slično). *In concreto*, koregulacija se ostvaruje „dijalogom“ javnog i privatnog sektora kroz postupak izbora privatnog partnera. Eklatantan primer ovog pristupa je postupak konkurentskog dijaloga.²⁰

²⁰ Videti: čl. 37 Zakona o javnim nabavkama Republike Srbije, „Sl. glasnik RS“, br. 124/2012, 14/2015 i 68/2015. Ključna svrha instituta konkurentnog dijaloga je da obezbedi adekvatnu proceduru javnih nabavki za kompleksne projekte kod kojih nisu primenljivi drugi postupci javnih nabavki (poput otvorenog i restriktivnog postupka). Kao takav, postupak je, pored ostalog, namenjen i realizaciji projekata javno-privatnog partnerstva. Konkurentni dijalog se koristi kada nedostatak znanja onemogućava javnog partnera da precizno odredi predmet postupka za izbor najpovoljnije ponude, odnosno tehnološko rešenje koje bi se imalo primeniti u realizaciji konkretnog projekta javno-privatnog partnerstva. Konkurentni dijalog javnom partneru u gore navedenoj situaciji omogućava da fleksibilno postavi uslove izbora najpovoljnije ponude za realizaciju projekta JPP-a i ostavlja prostor za iznalaženje solucije koja najviše odgovara njegovim potrebama. Postupak konkurentnog dijaloga ima tri faze: fazu kvalifikacije, fazu dijaloga u užem smislu i fazu podnošenja ponuda. U prvoj fazi svi zainteresovani akteri podnose prijave na osnovu opštih informacija o projektu (faza kvalifikacije). Faza kvalifikacije suštinski ima karakter „testa podobnosti“. Cilj ove faze primarno je u identifikovanju potencijalnih učesnika faze dijaloga u užem smislu (druge faze postupka). Javni partner ima mogućnost da pozivom za kvalifikaciju na opšti način definiše karakteristike projekta koji želi da realizuje. U drugoj fazi konkurentnog dijaloga (dijalog u užem smislu) javni partner vodi dijalog sa svim kandidatima kojima je prethodno priznao kvalifikaciju, u cilju pronalaženja najpovoljnijeg rešenja za realizaciju javno-privatnog partnerstva. Opisana faza trebalo bi da omogući javnom partneru i učesnicima dijaloga na strani privatnog sektora da pregovaraju o uslovima i sadržini zadataka koji se imaju realizovati JPP projektom. Faza dijaloga je dinamičan proces tokom koga javni partner teži da dobije što više informacija od privatnih aktera kako bi na odgovarajući način izabrao najbolju ponudu (u trećoj fazi konkurentnog dijaloga). Pošto javni par-

Uspešna koregulacija zahteva da akteri uvažavaju razlike u očekivanjima i ciljevima projekta javno-privatnog partnerstva: samo tada projekat će biti efikasan i pribaviti sebi karakter „legitimnog“. Struktura koregulacije kao modaliteta regulisanja javno-privatnog partnerstva zavisi od konkretnih okolnosti projekta u pitanju. Početna pozicija javnog i privatnog partnera je da funkcionišu unutar zadanog okvira i modaliteta postupanja: za javnog partnera to je hijerarhijski model upravljanja, a za privatnog model zasnovan na razvijanju tržišne konkurentnosti. Valja ponoviti: legitimacija oba aktera u „čistim“ modelima je lako merljiva: javni partner sprovodi utvrđenu javnu politiku u oblasti od javnog interesa, dok privatni partner funkcioniše na tržištu. U prvom slučaju legitimnost je zasnovana na političkoj volji i sprovođenju navedene javne politike; u drugom slučaju, legitimitet je zasnovan na tržišnim rezultatima privatnog aktera.

Odstupanje od opisanih (*prima facie* optimalnih i redovnih) modaliteta funkcionisanja bilo javnog, bilo privatnog partnera, zahteva prožimanje kriterijuma za ustanovljavanje legitimiteta: u slučaju javno-privatnog partnerstva kriterijum legitimiteta dopunjuje se kriterijumom efikasnosti u realizaciji javnog interesa (što je kriterijum sa tržišnim *habitusom*); kod privatnog partnera, pak, kriterijum tržišne efikasnosti dopunjava se kriterijumom odgovornosti za realizaciju javnog interesa, uključujući i element solidarnosti.

Odstupanje od redovnih modaliteta regulisanja javnog partnera (pomeranje od hijerarhijskog ka tržišnom) i privatnog aktera (pomeranje od tržišnog ka hijerarhijskom) opravdani su stvaranjem „dodate vrednosti“ kao rezultata JPP projekta: za privatnog aktera, to je ekonomska dobit. Za javnopravnog, socijalna (politička) korist manifestovana kroz viši nivo kvaliteta delatnosti javnog sektora ostvarenog efikasnijim funkcionisanjem, olakšanim finansiranjem i primenom tržišnih metoda poslovanja.

ner prepozna jedno ili više rešenja kao odgovarajuće, nastupa treća faza konkurentnog dijaloga, faza podnošenja ponuda. Javni partner poziva privatnog partnera ili više njih da formulišu i dostave ponudu. Dinamika „dijaloga“ ilustruće se sledećim primerom: ukoliko je predmet javno-privatnog partnerstva za koje se sprovodi postupak izbora najpovoljnije ponude izgradnja mosta, nakon faze kvalifikacije jedan od privatnih aktera koji učestvuje u postupku može tokom faze dijaloga da predloži rešenje koje omogućava servisiranje i održavanje mosta u dužim periodima nego što je to uobičajeno (npr. jednom godišnje; ova je činjenica od posebnog značaja za objekte saobraćajne infrastrukture koji su u svakodnevnoj upotrebi i gde je ključan kontinuitet, tako da je interes javnog partnera da period između dva održavanja bude što duži). Navedeni kriterijum nije bio uključen u poziv za kvalifikaciju jer javni akter u praksi servisiranje i održavanje mostova obavlja svakih šest meseci. Javni akter ovo pitanje (nakon što je stekao znanje o njemu; ono je iz „nepoznate nepoznanice“ transformisano u „poznatu nepoznanicu“) uključuje kao relevantno u daljem razvoju dijaloga, tražeći od ostalih učesnika u konkurentnom dijalogu da se o ovom pitanju izjasne.

Svako odstupanje od „čistih“ modela funkcionisanja proizvodi određene rizike za oba partnera:

- za javnog partnera nastupa rizik da odricanje od monopola nad upravljanjem javnim resursima u korist privatnog partnera ima za rezultat da korišćenje opisanih resursa ne bude uvek u javnom interesu;
- za privatnog partnera, nastaje rizik da ulaskom u javni sektor bude ograničena mogućnost njegovog, na tržišnim principima zasnovanog i profitom vođenog ponašanja.

Navedeni rizici prevazilaze se adekvatnom alokacijom rizika kroz ugovorno definisanje prava, obaveza i odgovornosti partnera.²¹ Time se eliminiše mogućnost da država kao nosilac suvereniteta neopravdano favorizuje određenog privatnog partnera ili zloupotrebi svoje prerogative da poremeti ugovornu ravnotežu. *Vice versa*, na taj se način sprečava da privatni partner kao „regulator“ javnog sektora odlučuje o javnim interesima isključivo kroz prizmu tržišnog delovanja (na primer, ustanovljavanje visine tarifa za javna dobra i usluge bez uzimanja u obzir zaštite socijalnih kategorija, davanje prednosti smanjenju troškova na račun kvaliteta usluge ili dobra od javnog interesa i slično).

Zaključak

Javno-privatno partnerstvo direktna je posledica potrebe države da uspostavi partnerski odnos sa privatnim sektorom u cilju efikasne zaštite javnog interesa. Javno-privatno partnerstvo obeđuje fuziju društvenih (javnih i privatnih) resursa u cilju realizacije kolektivnog napretka. Opravdanje za javno-privatno partnerstvo leži u teoriji međuzavisnosti izvora (*Resource Dependency Theory*). Međuzavisnost izvora u kontekstu javno-privatnog partnerstva manifestuje se na sledeći način: 1. javno-privatno partnerstvo omogućava javnom sektoru da realizuje investicije koje, bez pomoći privatnog sektora, ne bi bile moguće; 2. javno-privatno partnerstvo omogućava privatnom sektoru da investira u projekte kod kojih je rizik preveliki da se u njih ulazi bez nekog oblika garancije javnog sektora. Polazni osnov pravnog okvira za JPP je eliminisanje dihotomije „hijerarhija–tržište“. Dvojstvo interesa javnog i privatnog sektora uslovljava postojanje dvaju grupa pravila kojima

²¹ Videti više u: Cvetković, P., „Rizici javno-privatnih partnerstava: polazna razmatranja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 63, 2012, str. 121–146.

se uređuje fenomen JPP-a. Prvu grupu pravila čine pravne norme, praćene kontrolom izvršenja i sankcijom države. Drugu grupu pravila čine mehanizmi i zakonitosti tržišnog funkcionisanja, koji uslovljavaju da privatnopravni subjekti postupaju na način koji je neophodan za uspešno tržišno delovanje. Razlike između ovih pravila proističu iz konteksta u kome funkcionišu. Preduslov za razvoj javno-privatnog partnerstva je promena paradigme upravljanja javnim resursima: umesto koncepta vladanja/hijerarhije, prihvaćen je koncept „upravljanja“. Pomeranje od vladanja ka upravljanju jezgrovito je dato u sentenci da „svi učestvujemo u regulatornoj igri“. U skladu sa ovom promenom, regulatorni pristup više nije isključivo unilateralan i *top-down* (pristup u kome država isključivo određuje pravila korišćenja javnih resursa i vrši nadzor nad njihovim korišćenjem). Komplement unilateralnog i *top-down* pristupa je *bottom-up* koncept koji podrazumeva transparentnost i uključivanje relevantnih subjekata (preduzetnika, nevladinog sektora, univerziteta) u ustanovljavanje koncepta predloga projekta javno-privatnog partnerstva. Prožimanje pravnih pravila u užem smislu i „tržišno“ zasnovane privatne regulative u kontekstu JPP-a ima svoju formu koja se za potrebe ovog rada naziva „hibridna regulacija“. Odstupanje od redovnih modaliteta regulisanja javnog partnera (pomeranje od hijerarhijskog ka tržišnom) i privatnog aktera (pomeranje od tržišnog ka hijerarhijskom) opravdani su stvaranjem „dodate vrednosti“ kao rezultata JPP projekta. Za privatnog aktera, to je ekonomska dobit. Za javnopravnog, socijalna (politička) korist manifestovana kroz viši nivo kvaliteta delatnosti javnog sektora. Svako odstupanje od „čistih“ modela funkcionisanja proizvodi određene rizike za oba partnera: za javnog partnera nastupa rizik da odricanje od monopola nad upravljanjem javnim resursima u korist privatnog partnera ima za rezultat da korišćenje opisanih resursa ne bude uvek u javnom interesu; za privatnog partnera, nastaje rizik da ulaskom u javni sektor bude ograničena mogućnost njegovog, na tržišnim principima zasnovanog i profitom vođenog ponašanja. Navedeni rizici prevazilaze se adekvatnom alokacijom rizika kroz ugovorno definisanje prava, obaveza i odgovornosti partnera. Time se eliminiše mogućnost da država kao nosilac suvereniteta neopravdano favorizuje određenog privatnog partnera ili zloupotrebi svoje prerogative da poremeti ugovornu ravnotežu. *Vice versa*, na taj se način sprečava da privatni partner kao „regulator“ javnog sektora odlučuje o javnim interesima isključivo kroz prizmu tržišnog delovanja.

LITERATURA

- Cvetković, P., Milenković-Kerković, T., „Јавно-приватно партнерство: polazna razmatranja“, *Pravo i privreda*, br. 4-6, 2011.
- Cvetković, P., „Rizici javno-privatnih partnerstava: polazna razmatranja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 63, 2012.
- Cvetković, P., *Uvod u pravo Svetske trgovinske organizacije*, Niš, 2010.
- Jacobs, J., *Systems of survival: A dialogue on the moral foundations of commerce and politics*, New York: Random House, 2002.
- Levi-Faur, D., *Regulation and regulatory governance. Handbook on the Politics of Regulation*, 2011.
- Levi-Faur, D., (Ed.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham UK: Edward Elgar, 2011.
- Murray, S. A., “Controlling the New Media: Hybrid responses to new Forms of Power”, *The Modern Law Review*, Vol. 65, No. 4, 2002.
- Rhodes, A. W., Roderick, „Understanding Governance: Ten Years On“, *Organization Studies*, 28.8, 2007.
- Weber, S., „Public Private Partnership – ein unbekanntes Wesen“, Mittendorfer F., Weber S., S., (Hrsg), *Public Private Partnerships – Gestaltung aus ökonomischer und juristischer Sicht*, Wien, 2004.

LEGAL ASPECTS OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP: BETWEEN HIERARCHICAL AND MARKET DISCOURSE

Predrag Cvetković, PhD, Professor*

Conclusion

Public-private partnership is the result of the states' need of the state to establish a partnership with the private sector. The ultimate aim of this partnership is to establish effective and efficient protection of the public interest. A public-private partnership enables the fusion of social (public and private) in order to realize general progress. The justification for a public-private partnership lies in the theory of interdependence of resources ("Resource Dependency Theory"). The interdependence of sources in the context of Public-privatepartnership is reflected in the following way: 1. Public-private partnership enables the public sector to realize investments that otherwise (without the support of private sector) would not be possible to realize. 2. Public-private partnership enables the private sector to invest in projects where the level of risk demands some form of public sector guarantee since the foregoing level (because of its magnitude) cannot be overtaken by private actor alone.

The starting point of the legal framework for PPP is to eliminate the "hierarchy-market" dichotomy. Namely, duality of the interests of the public and the private sector demands the identification and implementation of two sets of rules to PPP phenomenon. The first group of rules contains legal norms, observance of which controls and sanctions the state. The second group of rules consists of the mechanisms and rules applicable to the market functioning with the ultimate aim to motivate market actors to behave in the way necessary for successful market participation.

The differences between these two set of rules stem from the context in which they operate. The prerequisite for the development of a Public-private partnership is the change in the paradigm of governance of public resources: instead of the concept of command and control (hierarchical governance) the concept of "management" is accepted. The shift from governance to management is epitomized in the formulation that "we all participate in the regulatory game". In line with abovementioned shift, the regulatory (hierarchical) approach is no

* Faculty of Law of the University in Niš

longer exclusively unilateral and top down (e.g. approach where state exclusively determines the rules for public resources exploitation and control their use). The complement of unilateral and top down access is a bottom-up concept based on transparency and involvement of relevant subjects (entrepreneurs, NGOs, universities) in establishing the PPP project proposal. Blend of legal rules in the narrow sense and “market-based” private regulations in the context of PPP has its own form, labelled as “hybrid regulation”. Deviation from the ordinary modalities of regulating a public sector (i.e. shifting from hierarchical to market discourse) and private actors (i. e. shifting from market to hierarchical discourse) justifies creation of “added value” for public sector (added value for public interest as a result of a PPP project). For a private actor, the added value is an economic gain. In the same vain, added value for public sector is reflected in social (political) benefit manifested through a higher level of quality of public interest protection and development. Any deviation from the “classical” model of operation for private as well public partner produces certain risks for both of them: public sector gives up the monopoly over the management of public resources in favor of the private partner, risking in the use of them not always in the public interest. On the other side, there is a risk for private partner that the entry into the public sector will limit his discretion in choosing optimal profit driven behavior based on market principles. To overcome these risk the appropriate risk allocation through contractual terms defining the rights, obligations and responsibilities of the partners is needed. The proper risk allocation eliminates the possibility that the state, as the bearer of sovereignty, will unjustifiably favor a particular private partner or misuse its prerogative to disrupt the contractual balance. Conversely, this prevents the private partner, as a “public sector regulator”, to decide on public interests solely through the prism of particular market interest.

Keywords: *Public-private partnership, public agreements, hold up problem, command and control approach*

**ПОВРЕДА ЖИГА НА САЈТОВИМА ЗА ПРЕТРАЖИВАЊЕ
– ПРЕДМЕТ *ROSETTA STONE V. GOOGLE* –**

Др Јелена Ћеранић*

Апстракт: Рад је посвећен повреди жига на сајтовима за претраживање, пре свега Гуглу (Google) као најпознатијем претраживачу. Питање одговорности онлајн платформи (интернет посредника) за повреду жига на њиховим сајтовима једно је од сложенијих са којима се суочава право интелектуалне својине. Његовој сложености доприносе како различитости које постоји између самих онлајн платформи, тако и различити начини коришћења жига на интернету. У оквиру услуга претраживача, жигом заштићене ознаке могу се појавити као резултати „природног“ претраживања који помажу кориснику у откривању веб-страница које раде са производима који су заштићени жигом. Осим тога, Гугл објављује и резултате тзв. комерцијалног претраживања, тј. линкове за сајтове који су вези са речју која је покренула претраживање. Ову услугу Гугл нуди под називом AdWords и она је представљена у првом делу рада. Међутим, веома често се дешава да управо конкурент изабере као кључну реч жигом заштићену ознаку свог такмаца. Један од најзначајнијих предмета који се тиче повреде жига на интернету коришћењем услуге AdWords је онај из 2010. године између произвођача софтвера за учење страних језика “Rosetta Stone” и Гугла. Стога је у другом делу рада детаљно анализирана пресуда у предмету Rosetta Stone Ltd. v. Google Inc. Посебна пажња посвећена је образложењима Округног и Апелационог суда САД у вези са директном повредом жига, доктрином функционалности и посредном повредом жига.

Кључне речи: повреда жига, претраживач, одговорност, интернет, Гугл.

* Институт за упоредно право, Београд, Теразије 41, Београд, e-mail: ceranicj@gmail.com

1. Уводне напомене

Убрзани развој дигиталне технологије и појава масовног коришћења интернета крајем прошлог и почетком овог века отворили су ново поглавље у оквиру права интелектуалне својине. У том контексту, питања у вези са коришћењем жига¹ на интернету постала су веома актуелна. И док су установљене смернице и регулаторни оквир када је реч о регистрацији жигова као имена домена² и примени територијалних закона за коришћење жигом заштићене ознаке на интернету,³ питање одговорности онлајн платформи (интернет посредника) за повреду жига на њиховим сајтовима и даље је контроверзно. Одговорност онлајн платформи једно је од сложенијих питања са којима се суочава право интелектуалне својине, те је предмет опречних ставова у научним и стручним круговима. Његовој сложености доприносе како различитости које постоје између самих онлајн платформи, тако и различити начини коришћења жига на интернету.

Један од начина коришћења жига на интернету је онај на сајтовима за претраживање. Наиме, у оквиру услуга претраживача жигом заштићене ознаке могу се појавити као резултати „природног“ претраживања који помажу кориснику у откривању веб-страница које раде са производима који су заштићени жигом. Осим тога, Гугл објављује и резултате тзв. комерцијалног претраживања, тј. линкове за сајтове који су вези са речју која је покренула претраживање. Ову услугу комерцијалне претраге Гугл нуди под називом *AdWords*. Међутим, често се дешава да конкурент одабере као кључну реч управо жигом заштићену ознаку свог такмаца. У том случају, корисници интернета могу „скренути“ ка сајту конкурента, што претпоставља и опредељење за његове производе или услуге.

У процесу комуникације на интернету учествује велики број субјеката и њихове услуге међусобно се разликују. У контексту употре-

¹ „Жиг је назив за субјективно право индустријске својине, које за предмет има ознаку (знак, марку) којом носилац жига обележава свој производ или услугу у привредном промету у циљу њиховог разликовања од исте или сличне робе или услуге другог субјекта. Под „правом жига“ подразумевамо скуп правних прописа којима се уређује материја правне заштите ознаке жигом (Вид. С. Марковић, Д. Поповић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 139).

² Вид. Д. Поповић, *Регистрација назива Интернет домена и право жига*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014.

³ Vid. WIPO Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Marks, and Other Industrial Property Rights in Signs, on the Internet, WIPO Publication No. 845, Geneva, <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/marks/845/pub845.pdf>, 23. јули 2018.

бе жига на интернету могу се издвојити три групе: корисници интернета, пружаоци интернет услуга и титулари жигова. Сходно томе, приликом покушаја регулисања употребе и повреде жига на интернету морају се узети у обзир и избалансирати интереси све три групе субјеката: корисника интернета, онлајн платформи и титулара жигова.

У оквиру разматрања проблематике повреде жига на сајтовима за претраживање, рад се фокусира на повреде жига на данас најпознатијем претраживачу Гуглу (*Google*). У првом делу представљена је Гуглова услуга *AdWords*. На основу ове услуге, сваки пут када корисник у тзв. природној претрази унесе одређену реч, Гугл објављује линк за одређени сајт у резултатима комерцијалне претраге. Један од најзначајнијих предмета који се тиче повреде жига на интернету због коришћења услуге *AdWords* појавио се 2010. године пред судом Сједињених Америчких Држава, а тиче се спора између Гугла и произвођача софтвера за учење страних језика “*Rosetta Stone*”. Стога је у другом делу рада детаљно представљена пресуда у предмету *Rosetta Stone Ltd. v. Google Inc.*⁴ Посебна пажња посвећена је образложењима Окружног и Апелационог суда у вези са директном повредом жига, доктрином функционалности и посредном повредом жига.

2. Услуга *AdWords*

Коришћење интернета данас, у већини случајева, подразумева и коришћење услуге претраживања интернета. Корисници интернета често не знају тачну адресу сајта који желе да посте, те најпре посете неки од сајтова који пружа услугу интернет претраживања. Данас је Гугл најпосећенији такав сајт, који је за многе кориснике „капија интернета“.⁵ Гугл користи око 2,2 милијарде људи, што значи да се једна трећина човечанства улогује на Гугл бар једном током свог живота.⁶ Гугл наводи да је његова мисија као компаније да „организује светске информације и учини их универзално доступним и корисним.“⁷

Када корисник интернета унесе одређену реч у поље за претраживање, Гугл претражи интернет сајтове и објави резултате. Пре-

⁴ Апелациони суд, *Rosetta Stone Ltd. v. Google Inc.*, 676F.3d 144 (4th Cir. 2012).

⁵ Д. Поповић, „Жигом заштићене ознаке, кључне речи и оглашавање на интернету“, *Право и привреда*, 4–6/2011, 928.

⁶ Вид. <http://www.internetlivestats.com/google-search-statistics/>, 24. јул 2018.

⁷ Вид. <https://www.google.com/int/en/about/products/index.html>, 24. јул 2018.

трагом се анализирају речи које се користе на веб-страницама, као и појмови које су власници сајтова одабрали као оне који најприближније осликавају садржину сајта (енгл. *tag*). Такви резултати најчешће се означавају као тзв. природни резултати претраге, насупротив тзв. комерцијалним резултатима претраге.⁸

Дакле, поред резултата тзв. „природног“ претраживања интернета, Гугл објављује и резултате тзв. комерцијалног претраживања, тј. линкове за сајтове који су вези са речју која је покренула претраживање. Ову услугу комерцијалне претраге Гугл нуди под називом *AdWords*. Иначе, сам назив услуге упућује донекле на њену суштину пошто у преводу значи „огласне речи“ (енгл. *ad* – оглас; *word* – реч). Ова услуга *AdWords* се састоји у следећем: Гугл објављује линк за одређени сајт у резултатима комерцијалне претраге сваки пут када корисник у тзв. природној претрази унесе одређену реч. Наиме, Гугл повезује коришћење одређене речи у природној претрази са појављивањем одређеног линка, тј. огласа у резултатима комерцијалне претраге. Иначе, резултати комерцијалне претраге се на екрану приказују десно од резултата природне претраге или изнад њих.

2.1. Начин функционисања услуге *AdWords*

На који начин функционише Гуглов пословни модел за услугу *AdWords*? Најпре, заинтересовано лице закључује уговор са Гуглом и за почетак плаћа само иницијалне трошкове. Лице том приликом бира кључне речи чије ће коришћење у тзв. природној претрази иницирати појављивање линка за његов сајт у резултатима комерцијалне претраге. Број речи које заинтересовано лице резервише на овај начин није ограничен. Оно што је посебно интересантно је да Гугл чак нуди помоћ клијентима у одабиру кључних речи и то на два начина. Прво, након што заинтересовано лице предложи кључну реч коју жели да повеже са својим огласом, Гугл му предлаже низ сличних, релевантних кључних речи. Друго, Гугл такође пружа могућност заинтересованом лицу да предложи сајт који жели да рекламира у резултатима комерцијалне претраге, чија се садржина затим посебним рачунарским програмом претражује, а кључне речи предлажу на основу анализе садржине тог сајта.⁹

Када заинтересовано лице одабере кључне речи и плати иницијалне трошкове, Гугл отпочиње са објављивањем огласа. Сваки пут када се

⁸ Д. Поповић (2011), 928.

⁹ *Ibid.*, 929.

нека од одабраних кључних речи зада у тзв. природној претрази, линк за сајт корисника Гуглове услуге *AdWords* појавиће се у резултатима комерцијалне претраге. Сам линк праћен је и кратком рекламном поруком. Резултати комерцијалне претраге представљају заправо скуп огласа приказаних у форми резултата интернет претраживања. Реч је о виду тзв. контекстуалног рекламирања, јер се кориснику приказују огласи који одговарају његовим идентификованим интересовањима. Сваки пут када неко од корисника интернета посети сајт корисника Гуглове услуге, користећи линк објављен у резултатима комерцијалне претраге, власник сајта платиће Гуглу извесну накнаду. Само објављивање огласа односно појављивање линка у резултатима комерцијалне претраге се не наплаћује, већ се то чини само када неки корисник интернета искористи објављени резултат да посети предложени сајт.¹⁰

Што се тиче одређивања висине накнаде коју оглашивач дугује, Гугл примењује тзв. *cost-per-click* модел. Оглашивач најпре сам одређује износ који је спреман да плати Гуглу сваки пут када неки корисник интернета користи линк ка његовом сајту. Оглашивач такође одређује и максимални дневни, тј. месечни износ новца који је спреман да потроши на плаћање ове услуге. Гугл затим применом неколико критеријума одређује позицију огласа у резултатима комерцијалне претраге.¹¹ Суштина оваквог модела плаћања лежи у томе да, што је оглас посећенији, дакле што је више корисника преко објављеног линка посетило сајт оглашивача, већа је могућност да оглас буде боље (више) позициониран у резултатима комерцијалне претраге.

2.2. Промена пословне политике Гугла

Услугу *AdWords* Гугл нуди од октобра 2000. године. На почетку Гугл није дозвољавао оглашивачима да као кључне речи користе туђе жигом заштићене ознаке. Међутим, 2004. године Гугл мења политику у смислу да дозвољава заинтересованим лицима оглашавање на основу кључних речи које представљају туђе жигом заштићене ознаке. Ова

¹⁰ *Ibid.*, 929–930.

¹¹ Критеријуми које Гугл примењује су: висина износа који оглашивач плаћа Гуглу за сваку посету сајту; садржина огласа; количник броја посета сајту оглашивача коришћењем линка из огласа и броја приказивања огласа у резултатима комерцијалне претраге (енгл. *clickthrough rate*). Захваљујући трећем критеријуму који се примењује при одређивању позиције огласа у резултатима комерцијалне претраге, Гугл пружа релативно уједначен приступ овој услузи свим заинтересованим лицима, не дајући искључиво предност оглашивачима који плаћају највише (вид. Д. Поповић (2011), 930, фн. 5).

промена није наишла на одобравање, пре свега међу титуларима жигова. Наиме, нова Гуглова политика оглашавања више не обезбеђује титуларима жигова искључиво право да своје жигом заштићене ознаке користе као кључне речи. Гугл је ову промену политике образлагао тиме да уколико се титуларима дозволи да ограниче употребу одређених речи, корисници услуга неће добити резултате које очекују од Гугла. Управо захваљујући овој промени политике, корисници ће бити у могућности да одлучују шта је за њих корисно.¹² Ипак, и даље је било забрањено коришћење жигом заштићених ознака у тексту самих линкова, тј. огласа који су резултат комерцијалне претраге. Само неколико година касније, тачније 2009. године, Гугл поново модификује пословну политику у погледу дозвољене садржине огласа.¹³ Гугл омогућава оглашивачима да користе туђе жигом заштићене ознаке и у тексту огласа, али само под одређеним условима. Оглашивач може користити туђу жигом заштићену ознаку у тексту свог линка уколико: (1) легално препродаје производе који носе жигом заштићену ознаку; (2) продаје компоненте, делове за замену, или компатибилне производе који одговарају жигом заштићеној ознаци, или (3) обезбеђује неконкурентне информације у вези са робом или услугама који одговарају појму жигом заштићене ознаке.¹⁴ На Гугловој веб-страници стоји појашњење да „почетна страница не може продавати или олакшавати продају робе или услуга конкурента титулара жигом заштићене ознаке.“¹⁵

Како Гугл контролише поштовање ових услова? Гугл најпре користи аутоматски „филтер за кривотворење“ (енгл. *counterfeit filter*) да би оценио *bona fides* почетне странице за коју је одређени линк (тј. оглас у резултатима комерцијалне претраге) повезан. Уколико филтер открије одређене појмове повезане са кривотвореном робом, аутоматски одбацује линк.¹⁶ Осим тога, Гугл користи и систем обавештења и уклањања (енгл. *notice and take down system*). Овај систем омогућава титуларима жигова

¹² Вид. <https://www.cnet.com/news/google-plans-trademark-gambit/>, 24. јул 2018.

¹³ S. Wells Orrick, “Deciphering Rosetta Stone: Why the Least Cost Avoider Principle Unlocks the Code to Contributory Trademark Infringement in Keyword Advertising”, *Berkeley Technology Law Journal*, 4/2013, 811–815.

¹⁴ Вид. Ј. Перанић, „Специфичности режима одговорности интернет посредника за повреду жига у праву САД и ЕУ“, *Интелектуална својина и Интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 44.

¹⁵ Вид. <http://adwords.google.com>, 24. јул 2018.

¹⁶ B. Beebe, „Tiffany and Rosetta Stone: Intermediary Liability in U.S. Trademark Law“, Paper Delivered at UCL Institute of Brand and Innovation Law, http://www.ucl.ac.uk/laws/ibil/docs/2012_beebe_paper.pdf, 26. јул 2018.

да доставе обавештење о повреди жигом заштићене ознаке. Након таквог обавештења, Гугл би требало да уклони спорни оглас.

Оно што представља озбиљан проблем, када је реч о коришћењу услуге *AdWords*, јесте то што се веома често дешава да конкурент одабере као кључну реч ознаку истоветну туђој жигом заштићеној ознаци, најчешће жигом заштићеној ознаци свог такмаца. То може „скренути“ корисника интернета ка сајту конкурента, а самим тим и ка његовим производима или услугама.¹⁷

Ове промене отежавају титуларима жигова да штите коришћење својих жигом заштићених ознака. Стога већ од 2004. године, када је Гугл први пут променио пословну политику, незадовољни титулари жигова почињу да подносе тужбе против Гугла због повреде жига.

3. Предмет *Rosetta Stone Ltd. v. Google Inc.*

Један од спорова који је изазвао велику пажњу у јавности, када је реч о повредама жига на сајтовима за претраживање, јесте онај из 2010. године између познате америчке компаније за прозводњу софтвера за учење страних језика “Rosetta Stone” и Гугла. Као одговор на измену политике *AdWords*, компанија “Rosetta Stone” тужила је Гугл наводећи да је активно помагао трећој страни, оглашивачу, у довођењу потрошача у забуну и неправедном присвајању жига “Rosetta Stone” користећи жигом заштићену ознаку као (1) кључну реч за плаћене огласе и (2) у оквиру наслова или текста плаћених огласа на Гугловој веб-страници.

Гугл и компанија “Rosetta Stone” сложили су се да обједине тужбене захтеве и да се о њима одлучује у оквиру скраћеног поступка. Пред Окружним судом државе Вирџинија наша су се бројна питања, између осталог: директна повреда жига, доктрина функционалности, посредна повреда жига, разводњавање жига итд.

3.1. Пресуда Окружног суда

Окружни суд државе Вирџинија у првостепеној пресуди детаљно је размотрио и образложио сва горенаведена питања. С обзиром на то да образложење пресуде превазилази границе овог рада, на овом месту

¹⁷ Д. Поповић (2011), 928–929.

биће анализирани само они делови пресуде који се односе на директну повреду жига, доктрину функционалности и посредну повреду жига.

3.1.1. Директна повреда жига

Жиговно право САД уређено је на федералном нивоу Ланхамовим законом. Жигом заштићена ознака дефинисана је као реч, скуп речи или симбол који се користи за обележавање производа одређеног произвођача или продавца и за њихово разликовање од других производа. Како би се утврдила повреда жига, потребно је да тужилац докаже да је: 1) титулар жигом заштићене ознаке; 2) тужени користио жигом заштићену ознаку; 3) тужени користио жигом заштићену ознаку у комерцијалне сврхе; 4) тужени користио жигом заштићену ознаку у вези са продајом, нуђењем на продају, дистрибуцијом или оглашавањем робе или услуга, и 5) тужени користио жигом заштићену ознаку на начин који може изазвати забуну код потрошача у погледу извора или порекла робе или услуга.

Пети услов у погледу изазивања забуне потрошача одређен је на основу девет додатних фактора (критеријума). То су: 1) дистинктивност жига; 2) сличност два жига; 3) сличност роба или услуга које су обележени жиговима; 4) сличност средстава која користе титулари жигова; 5) сличност предности које користе титулари жигова; 6) намера туженог; 7) стварна забуна; 8) квалитет производа туженог; и 9) софистицираност потрошачке јавности.

Оно што је важно истаћи јесте да ови фактори нису сви подједнако релевантни приликом разматрања сваког конкретног случаја.¹⁸

Прво питање о коме је Окружни суд одлучивао јесте да ли је Гугл одговоран за директну повреду жига на основу Ланхамовог закона. Тачније, питање за суд било је да ли је Гугл тиме што је омогућио да се користи жигом заштићена ознака “Rosetta Stone” као кључна реч у оквиру програма *AdWords* изазивао забуну код потрошача. Окружни суд је узео у разматрање само три од девет фактора, када је реч о изазивању забуне, сматрајући да остали нису релевантни. То су: намера туженог, стварна забуна, и софистицираност потрошачке јавности.

Суд је утврдио да нема доказа који сведоче у прилог томе да је Гугл покушао да представи своју робу или услуге као робу или ус-

¹⁸ Вид. К. М. Brogan, “Rosetta Stone Ltd. V. Google Incorporated: Trademarking language: Google’s Adwords and the Value of Online Seraching”, https://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1393&context=student_scholarship, 24. јул 2018.

луге компаније “Rosetta Stone”, напомињући да релевантна намера у случајевима у вези са жигом не може бити намера да се профитира, већ намера да се изазове забуна код потрошача.¹⁹ Суд се није сложио са наводима компаније “Rosetta Stone” да Гуглова намера да повреди Закон о жиговима лежи у томе што је Гугл омогућио трећим странама, оглашивачима, да користе жигом заштићену ознаку “Rosetta Stone”.²⁰

Што се тиче стварне забуне, Суд је утврдио да докази које је приложила компанија “Rosetta Stone”, а то је сведочење пет појединаца од више од сто хиљада купаца током шест година,²¹ нису довољни. Гугл је такође обезбедио доказе који оповргавају наводе компаније “Rosetta Stone” и указују на то да је свих пет појединаца, који су купили други језички софтвер, то учинило знајући да не купују оригиналне производе “Rosetta Stone”.

Напоследку, Суд је био мишљења да је компанија “Rosetta Stone” погрешила полазећи од тога да је релевантно тржиште јавност у широм смислу или свако ко користи компјутер. Према мишљењу Суда, релевантно тржиште представљају само потенцијални купци производа “Rosetta Stone”. Будући да је програм “Rosetta Stone” скуп и дуготрајан, Суд је констатовао да, имајући у виду време које је потребно посветити учењу страног језика, потенцијални купци вероватно утроше доста времена истражујући о производима “Rosetta Stone” пре него се одлуче за куповину.²² Након анализе трију релевантних фактора, Суд је утврдио да Гуглова употреба жига “Rosetta Stone” не доводи до директне повреде жигом заштићене ознаке.²³

3.1.2. Доктрина функционалности

Доктрина функционалности помиње се од 1998. године, када ју је усвојио Конгрес САД. Конгрес је експлицитно забранио регистрацију или заштиту жига на основу Ланхамовог закона за функционалне карактеристике производа. Иако нема јасне дефиниције појма „функционалан“ у Ланхамовом закону, Врховни суд је у више наврата, кроз судску праксу, појаснио да је карактеристика производа функционална уколико

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ Дакле у периоду од 2004. године (када је измењена политика Гугла) до 2010. године (када је поднета тужба).

²² К. М. Brogan.

²³ *Ibid.*

је суштинска за употребу или сврху производа или утиче на његову цену или квалитет.²⁴

Окружни суд је сматрао да ако се Гуглу одузме могућност коришћења марке “Rosetta Stone”, онда ће и потрошачима бити одузета могућност да брзо нађу релевантан сајт који промовише оригиналне производе “Rosetta Stone” по конкурентним ценама. Суд је препознао значај информација које претраживачи обезбеђују својим корисницима. Како се на основу доктрине функционалности једна карактеристика сматра функционалном ако је суштинска за употребу или сврху тог производа или утиче на цену или квалитет производа, Суд је констатовао да је начин на који Гугл користи жигом заштићене ознаке као кључне речи функционалан. Стога, позивајући се на доктрину функционалности, Суд је утврдио да нема повреде жига.

Из академске перспективе, ово је веома интересантна употреба доктрине функционалности жига и добар пример њеног коришћења у „потпуно новом руху“. Ипак, из угла праксе, чини се да је ово гротескно изврдавање онога што се заправо подразумева под доктрином функционалности жига.²⁵

3.1.3. Посредна повреда жига

Доктрина посредне одговорности настала је као резултат судске праксе америчких судова. Сматра се да је посредно одговоран онај ко олакшава или охрабрује повреду.²⁶

Врховни суд САД је предмету *Inwood Laboratories Inc. v. Ives laboratories Inc.*²⁷ из 1982. године. установио стандарде за успостављање посредне одговорности. Произвођач лекова „Inwood Laboratories“ открио је да неке апотеке продају генерички лек који је идентичног изгледа као његов оригинални лек. Уместо да поднесе тужбу против појединачних апотека, компанија „Inwood Laboratories“ тужила је произвођача генеричког лека за повреду жига.²⁸

Врховни суд заузео је становиште у погледу посредне одговорности: уколико произвођач или дистрибутер намерно наводи некога на

²⁴ *Ibid.*

²⁵ В. Beebe.

²⁶ S. Wells Orrick, 816.

²⁷ Врховни суд САД, *Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc.*, 456 U.S. 844 (1982).

²⁸ S. Wells Orrick, 816–817.

повреду жига, или ако наставља да снабдева својим производима неког за кога зна или има основа да зна да је укључен у повреду жига, произвођач или дистрибутер посредно је одговоран за сваку повреду нанету као резултат преваре.²⁹ Дакле, на основу тзв. „Inwood“ теста постоје две ситуације када се може установити посредна одговорност:

- 1) намерно навођење;
- 2) наставак снабдевања уз знање о повреди.

Пре доношења ове пресуде, да би се установила одговорност било је потребно стварно знање да други користе производ у циљу повреде. Након ове пресуде, критеријум знања формулисан је тако да посредник зна или има основа да зна да учествује у радњи повреде. На овај начин сугерише се да и нешто мање од „стварног знања“ може бити довољно да се установи посредна одговорност.³⁰ „Inwood“ тест је стандард који се и данас мора испунити да би се утврдила посредна одговорност.

Дакле, да би компанија „Rosetta Stone“ била успешна у делу тужбе који се тиче посредне одговорности, она мора да покаже да Гугл намерно наводи другог на повреду жигом заштићене ознаке, или наставља да снабдева својим производима некога за кога зна или има основа да зна да је укључен у радње повреде жига. Иако је компанија „Rosetta Stone“ доставила Суду табеларни приказ који показује да је Гугл добијао од компаније „Rosetta Stone“ упозорења у вези са називима домена повезаним са кривотвореним ликовима „Rosetta Stone“, Суд је сматрао да ови докази нису довољни да би се утврдила посредна одговорност.³¹

Приликом одлучивања Окружни суд се ослањао на праксу установљену у предмету *Tiffani Inc. v. eBai, Inc.*,³² у коме је Суд одбацио тужбу коју је компанија Тифани поднела против компаније „eBay“. Суд је заузео став да пријем хиљаде обавештења о фалсификованом накиту марке Тифани не подразумева да „eBay“ зна или има основа да зна за повреду жига.³³ И у предмету *Rosetta Stone Ltd. v. Google Inc.* Суд је утврдио да пријем обавештења о томе да се у огласима који су резултат комерцијалне претраге појављују продавци фалсификованог софтвера

²⁹ G. Dinwoodie, „Secondary Liability for Online Trademark Infringement: the International Landscape“, *Columbia Journal of Law & Arts*, 37/2014, 472.

³⁰ E. Levin, „A Safe Harbour for Trademark: Reevaluating Secondary Trademark Liability after Tiffany v. eBay“, *Berkeley Technology Law Journal*, 491/2009, 508.

³¹ K. M. Brogan.

³² Апелациони суд, *Tiffani (NJ) Inc. v. eBay Inc.*, 600 F 3d 93 (2nd Cir NJ, 2010).

³³ Вид. J. Ђеранић, „Повреда жига на сајтовима за аукцијску продају робе“, *Интелектуална својина и Интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 53.

“Rosetta Stone” није довољно да се докаже да Гугл зна или има основа да зна да на тим страницама долази до повреде жигом заштићене ознаке.³⁴

Према томе, посредна одговорност може се установити када произвођач или дистрибутер намерно наводи другога на повреду жига, или наставља да снабдева својим производом некога за кога зна или има разумних основа да зна да је укључен у повреду жига. У тим ситуацијама, произвођач или дистрибутер посредно је одговоран за сваку повреду насталу као резултат преваре. Опште знање није довољно; тужени мора да снабдева својим производима или услугама „идентификоване појединце“ за које зна или има основа да зна да учествују у повреди жигом заштићене ознаке.³⁵

3.2. Пресуда Апелационог суда

Као што је било и очекивано, компанија “Rosetta Stone” поднела је жалбу на пресуду Окружног суда. Апелациони суд прегледао је предмет *de novo* и након тога делимично потврдио, а делимично укинуо првостепену пресуду. Укинуо је пресуду Окружног суда у погледу директне и посредне повреде жига и разводњавања жига и вратио ове тужбене захтеве на даљи поступак.

3.2.1. Директна повреда жига

Када је реч о директној одговорности, Апелациони суд испитивао је аргумент вероватноће забуне. Прво, приликом разматрања образложења пресуде нижег суда, Апелациони суд се позвао на то да је Окружни суд закључио да сва три разматрана фактора иду у прилог Гуглу. Окружни суд је навео да је избалансирао све у вези са факторима вероватноће забуне и закључио да Гуглова употреба жига “Rosetta Stone” не доводи до директне повреде жига. Ипак, пред Другостепеним судом, компанија “Rosetta Stone” је тврдила да је Окружни суд пропустио да размотри ефекте других фактора који доприносе забуну, сугеришући да баш ти фактори иду у прилог компанији “Rosetta Stone”. Апелациони суд је истакао важност да Окружни суд да кратко објашњење о томе зашто је суд пропустио да размотри и те друге факторе.³⁶

³⁴ Ј. Ђеранић (2018), 45.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Апелациони суд, *Rosetta Stone Ltd. v Google Inc.*, 676F.3d 144 (4th Cir. 2012).

Апелациони суд утврдио је да ипак није требало да буде донета скраћена пресуда. Наиме, Окружни суд није правилно испунио одређене стандарде који су неопходни када је у питању скраћени поступак, тачније Окружни суд оцењивао је доказе као да је реч о редовном, а не скраћеном поступку (у скраћеном поступку Суд је дужан да тумачи доказе у светлу најповољнијем за тужиоца).

Што се тиче питања намере, Суд је утврдио да постоје докази да је Гугл свестан да његова политика (која омогућава да се жигом заштићене ознаке користе у тексту огласа), ствара одређени степен забуне. Ипак, Гугл је такође признао да коришћење кључних речи доноси више прихода. Апелациони суд, прегледајући доказе и њихов утицај у светлу најповољнијем за компанију “Rosetta Stone” (зато што је дужан да тако поступа у скраћеном поступку), закључио је да постоји могућност да се утврди да је Гугл имао намеру да проузрокује забуну пошто је знао да забуна веома вероватно може проистећи из његове употребе жига.³⁷

Што се тиче доказа које је доставила компанија “Rosetta Stone”, а за које је нижи суд сматрао да су недовољни, Апелациони суд је истакао да би, за потребе скраћене пресуде, требало размотрити да ли може постојати веза између спонзорисаних линкова које Гугл дозвољава и стварне забуне потрошача. Осим тога, Апелациони суд сматрао је да би извештаји истраживања (за која је Окружни суд сматрао да су непоуздани) требало да се размотре као докази за изазивање забуне, и то у светлу најповољнијем за компанију “Rosetta Stone”.³⁸

3.2.2. Доктрина функционалности

Апелациони суд се такође осврнуо на мишљење нижег суда да је доктрина функционалности успешно примењена као одбрана за Гугл. Суд је укинуо тај део пресуде и вратио питање нижем суду на поновно разматрање, наводећи да „Гугл може да тврди да његова употреба марке “Rosetta Stone” у оквиру програма *AdWords* не представља повреду жига. Међутим, Гугл не може то да тврди позивајући се на доктрину функционалности зато што се она не може примењивати у овом контексту као могућа афирмативна одбрана за Гугл.”³⁹

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

Дакле, Апелациони суд је укинуо првостепену пресуду због исувише креативног, чак и искривљеног тумачења доктрине функционалности жига.⁴⁰

3.2.3. Посредна повреда жига

У погледу посредне одговорности, Апелациони суд је и на овај предмет применио тзв. “Inwood” тест на начин на који је то учињено и у предмету *Tiffani Inc. v. eBai, Inc.* Тужилац је тврдио да је Гугл дозволио познатим фалсификаторима да користе жигом заштићену ознаку “Rosetta Stone” као кључне речи након што је компанија “Rosetta Stone” обавестила Гугл о две стотине линкова који воде ка веб-страницама на којима се нуди на продају кривотворена роба. Апелациони суд је укинуо пресуду Првостепеног суда, али само зато што нижи суд, ослањајући се на ниво знања упоредив са оним у предмету Тифани, није објаснио другачије процесне положаје у предмету “Rosetta Stone”.⁴¹ Према Апелационом суду, постојало је макар фактичко питање да ли је Гугл наставио да омогућава услуге онима за које је знао да врше повреде. Иако мишљење можда делује двосмислено, и Апелациони суд сугерише на то да опште знање није од значаја за успостављање посредне одговорности.⁴²

3.3. Поравнање

Пре почетка новог суђења, стране у спору су се сложиле да реше спор вансудским поравнањем. У октобру 2012. године објавиле су заједничку изјаву, у којој се наводи да су се договориле да се поравнају, а да у будућности сарађују у борби против злоупотреба жигом заштићених ознака на интернету. Услови поравнања нису откривени.

4. Закључна разматрања

Питање повреде жига на сајтовима за претраживање спада у једно од сложенијих са којим се суочава право интелектуалне својине данас. Приликом покушаја регулисања употребе и повреде жига на интернету морају се узети у обзир и избалансирати интереси свих субјеката који су

⁴⁰ В. Beebe.

⁴¹ Ј. Ђеранић (2018), 46.

⁴² G. Dinwoodie, 478.

укључени у овај вид интерактивне комуникације: корисници интернета, сајтови за претраживање и титулари жигова.

С обзиром на то да је интернет дефинисан техничко-технолошким могућностима које су мање-више уравнотежене на светском нивоу, примарни заједнички интерес свих учесника интерактивне комуникације јесте да се успоставе нормативни оквири за хармонизацију прописа на светском нивоу. Међутим, када је реч о повреди жига на сајтовима за претраживање до тога још није дошло.

У САД све се чешће, у научним и стручним круговима, помиње могућност да се одговорност интернет посредника за повреду жига кодификује, као што је то учињено у случају повреде ауторског права Законом о ауторском праву у дигиталном миленијуму.⁴³ У том случају, можда би се умањила способност судова да прилагођавају одлуке специфичностима сваког конкретног случаја, али би се повећала правна сигурност.⁴⁴ Осим тога, требало би узети у обзир да сваки онлајн посредник нема средства и софистицираност које поседује Гугл или “eBay”.⁴⁵ С обзиром на постојећи режим који се примењује на одговорност интернет посредника, а који је резултат судске праксе, чини се да Суд, да би донео одлуку у вези са тужбом, мора да игра „игру сложенију од танга”⁴⁶ Ланхамов закон и судска пракса могли би послужити као мапа пута за реформу. Наравно, законодавац мора обезбедити да интереси свих страна буду избалансирани.⁴⁷

⁴³ Одговорност интернет посредника за повреду ауторског права регулисана је Законом о ауторском праву у дигиталном миленијуму из 1998. године (*Digital Milenium Copyright Acta – DMCA*), док је одговорност пружаоца услуга у свим другим областима, изузев права интелектуалне својине, регулисана Законом о пристојности комуникација из 1996. године (*Communications Decency Act – CDA*). (Вид. М. Peguera, “The DMCA Safe Harbours and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems”, *Columbia Journal of Law and the Art*, 32/2009).

⁴⁴ J. Ђеранић (2018), 51.

⁴⁵ G. Dinwoodie, 490.

⁴⁶ C. Powell, „The eBay Trademark Exception: Restructuring the Trademark Safe Harbour for Online Marketplaces“, *Santa Clara High Technology Law Journal*, 1/2011, 29.

⁴⁷ *Ibid.*

Литература

Beebe Barton, „Tiffany and Rosetta Stone: Intermediary Liability in U.S. Trademark Law“, Paper Delivered at UCL Institute of Brand and Innovation Law, http://www.ucl.ac.uk/laws/ibil/docs/2012_beebe_paper.pdf, 26. јул 2018.

Brogan Kelley Marie, „Rosetta Stone Ltd. V. Google Incorporated: Trademarking language: Google’s Adwords and the Value of Online Seraching“, https://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1393&context=student_scholarship, 24. јул 2018.

Ђеранић Јелена, „Повреда жига на сајтовима за аукцијску продају робе“, *Интелектуална својина и Интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016.

Ђеранић Јелена, „Специфичности режима одговорности интернет посредника за повреду жига у праву САД и ЕУ“, *Интелектуална својина и Интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018.

Dinwoodie Graeme, “Secondary Liability for Online Trademark Infringement: the International Landscape”, *Columbia Journal of Law & Arts*, 37/2014.

Levin Elizabeth, „A Safe Harbour for Trademark: Reevaluating Secondary Trademark Liability after Tiffany v. eBay“, *Berkeley Technology Law Journal*, 491/2009.

Марковић Слободан, Поповић Душан, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013.

Peguera Miquel, “The DMCA Safe Harbours and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems”, *Columbia Journal of Law and the Art*, 32/2009.

Powell Connie, „The eBay Trademark Exception: Restructuring the Trademark Safe Harbour for Online Marketplaces“, *Santa Clara High Technology Law Journal*, 1/2011.

Поповић Душан, *Регистрација назива Интернет домена и право жига*,

Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014.

Поповић Душан, „Жигом заштићене ознаке, кључне речи и оглашавање на интернету“, *Право и привреда*, 4-6/2011.

Wells Orrick Sarra, “Deciphering Rosetta Stone: Why the Least Cost Avoider Principle Unlocks the Code to Contributory Trademark Infringement in Keyword Advertising”, *Berkeley Technology Law Journal*, 4/2013.

WIPO Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Marks, and Other Industrial Property Rights in Signs, on the Internet, WIPO Publication No. 845, Geneva, http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/marks/845/pub_845.pdf, 23. јули 2018.

<http://www.internetlivestats.com/google-search-statistics/>, 24. јули 2018.

<https://www.google.com/int/en/about/products/index.html>, 24. јули 2018.

<https://www.cnet.com/news/google-plans-trademark-gambit/>, 24. јули 2018.

<http://adwords.google.com>, 24. јули 2018.

Судска пракса

Апелациони суд, *Rosetta Stone Ltd. v Google Inc.*, 676F.3d 144 (4th Cir. 2012).

Апелациони суд, *Tiffany (NJ) Inc. v eBay Inc.*, 600 F 3d 93 (2nd Cir NJ, 2010).

Врховни суд САД, *Inwood Labs., Inc. v Ives Labs., Inc.*, 456 U.S. 844 (1982).

TRADEMARK INFRINGEMENT ON SEARCH ENGINES – CASE *ROSETTA STONE V. GOOGLE*

Jelena Čeranić, PhD*

Summary

*The paper analyses trademark infringement on search engines, especially on Google – one of the world’s most used search engines. The online platforms’ liability (internet intermediaries’ liability) for trademark infringement on their sites is very complex. Differences among online platforms and different modes of trademarks use on Internet contribute to the complexity of the issue. Trademarks can be used as keywords on search engines. Most search engines now employ keyword advertising, where the search term that the user enters will “trigger” which advertisements to display. Google’s AdWords program is a typical of the revenue structure of search engines. Google auctions space according to an advertiser’s bid: the highest bid on a specific search term generally receives the most valuable placement, and lower bids receive less preferential placement. The Google’s AdWords program is presented in the first part of the paper. Since creating AdWords, Google has changed two significant policies regarding trademark use. These two changes made it harder for trademark owner to guard the use of their marks. One of the most important cases related to trademark infringement on the Internet is a dispute between Rosetta Stone, technology based language learning company and Google. In 2010, Rosetta Stone brought action against Google by asserting several claims with regard to Google’s alleged unlawful infringement on Rosetta Stone’s registered trademark. Thus the second part of the paper is devoted to summary judgment in the case *Rosetta Stone Ltd. v. Google Inc.* The special attention is dedicated to conclusions of the District Court and the Court of Appeal judgments related to direct trademark infringement, the functionality doctrine and contributory trademark infringement.*

Keywords: Trademark infringement, liability, search engine, Internet, Google.

* Institute of Comparative Law

СУРОГАЦИЈСКИ АРАНЖМАНИ СА ПРЕКОГРАНИЧНИМ ДЕЈСТВОМ¹

Др Олга Јовић Прлаиновић*

***Анстракт:** У првом делу рада ауторка разматра остваривање репродуктивних права грађана ван граница своје земље са разлога различитих (либералних или рестриктивних) решења у вези са прихватањем или неприхватањем сурогат материнства као поступка асистираних репродуктивне технологије. Одлазак из једне земље у којој третман није доступан у другу земљу захтева успостављање међународних етичких стандарда у контроли и спречавању злоупотреба. У одсуству наднационалних извора права у вези са асистираним репродукцијом, свака држава има суверену надлежност и компетенције у регулисању ове материје. Значајна улога у покушају стварања међународног инструмента помоћу којег би се обезбедила правна сигурност у погледу успостављања правног родитељства намераваних родитеља (наручилаца) припада Хашкој конференцији за међународно приватно право.*

Садржина другог дела рада посвећена је пракси Европског суда за људска права поводом решавања последица примене поступка сурогат материнства са аспекта људских права. Иако је пракса Европског суда за људска права у овој области новијег датума и броји свега неколико предмета, њен значај се огледа у одређивању стандарда о импликацијама сурогат материнства са елементом иностраности.

***Кључне речи:** међународни сурогацијски аранжмани, право на поштовање приватног живота, Европски суд за људска права, правни статус детета.*

* Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Лоле Рибара 29, 38220 Косовска Митровица. Е-mail: olga.jovic@pr.ac.rs

¹ Део рада који се тиче међународноприватног аспекта сурогат материнства (са ажурираним подацима) преузет је из монографије Јовић Прлаиновић Олга, *Биолошки основи родитељства – право и стварност*, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица 2017, стр. 179–184.

Уводне напомене

Сурогат материнство као поступак биомедицински потпомогнуте оплодње детерминисан је везом сурогат мајке и детета које рађа и специфичностима генетске/биолошке, гестацијске и социјалне везе лица која намеравају да одгајају дете које је родила сурогат мајка. Овај контроверзни поступак биомедицински потпомогнуте оплодње помера правни и логички кодекс вредновања материнства и очинства, односно родитељства. Различити појавни облици сурогат материнства са последицама у смислу одређивања правног материнства и очинства искључују примену породичноправних норми општег карактера у вези са пореклом детета.

Јачање индивидуалних права и избора у области људске репродукције претпоставља да одлуке донете на основу сопствене изјаве воље изражене у сурогацијском уговору требало би да представљају довољан основ за успостављање правног родитељства неплодног пара. Родитељство засновано на уговору не може да се посматра изван контекста асистираних репродукције. Пожељност постојања споразума између учесника у поступку сурогат материнства и поштовање његових одредаба оправдава се потребом обезбеђивања сигурности неопходне за приступање овом процесу зачећа и рађања детета. Уговор о сурогат материнству одсликава сложеност савременог права у области људске репродукције, али и раскид са конвенцијама које обликују традиционално профилисан концепт родитељства.

Међународни сурогацијски аранжмани

Различити приступи националних законодавстава уговорима о сурогат материнству са прекограничним дејством утицали су на интензивирање активности Хашке конференције за међународно приватно право² у правцу стварања међународног инструмента помоћу којег

² Hague Conference on Private International Law (HCCH), The World Organisation for Cross-border Co-operation in Civil and Commercial Matters, <https://www.hcch.net/en/home> (приступ: 1. 8. 2018). Хашка конференција за међународно приватно право је светска организација која континуирано ради на уједначавању одредаба међународног приватног права, кроз процес преговарања и припреме мултилатералних конвенција у подручјима међународне правосудне и управне сарадње између држава чланица, сукоба правних правила везаних за уговоре, накнаде штете, обавезе издржавања, положај и заштита деце, односа међу супружницима, завештања, као и извршења судских одлука страних судова.

би се обезбедила правна сигурност у погледу успостављања правног родитељства намераваних родитеља (наручилаца). Према дефиницији садржаној у Прелиминарном документу бр. 11 (2011), међународни сурогацијски аранжмани су уговори у којима је укључено више од једне државе, односно подразумевају ситуацију у којој намеравани родитељи и сурогат мајка имају различито држављанство (и обично националност), или по другом основу.³ У Прелиминарном извештају о међународним сурогацијским аранжманима,⁴ идентификоване су потешкоће које се јављају на међународном плану као резултат учесталих међународних сурогацијских аранжмана, а у вези са успостављањем правног родитељства и одређивањем држављанства рођене деце.⁵ Поред тога, и питање раскида међународних сурогацијских уговора, када, примера ради, родитељи наручиоци не желе дете због одређених недостатака, или због тога што је њихов однос трајно нарушен,⁶ или зато што сурогат мајка жели да задржи дете које је родила, захтевају заштиту основних права и интереса деце, укључујући право на недискриминацију по основу рођења или родитељског статуса, право детета на заштиту најбољег интереса у свим питањима која га се тичу, као и права детета на очување сопственог идентитета.⁷

Рестриктивни правни приступ сурогат материнству у многим државама (нарочито комерцијалном сурогат материнству) у комбинацији са либералним приступом мањег броја држава, представља један од разлога да потенцијални родитељи наручиоци користе услуге сурогат мајке у иностранству.⁸ Други мотивациони фактори могу бити нижи трошко-

³ Council of General Affairs and Policy of the Conference, Preliminary Document No 11 of March 2011: Private International Law Issue Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, <http://www.hcch.net> p. 3.

⁴ A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, *Council of General Affairs and Policy of the Conference, Preliminary Document No 10 of March 2012*, Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, <http://www.hcch.net> (приступ: 1.08.2018.).

⁵ Бордаш, Б., *Елементи за правно регулисање сурогат материнства са прекограничним дејствима*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 4, Нови Сад 2013, стр. 86, фн. 13.

⁶ Župan, M., Puljko, V., Sukačić, M., „Međunarodni ugovori o zamjenskom majčinstvu – nestaje li paradigma *mater semper certa est?*“, *Pravni vijesnik: časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku*, Vol. 29, br. 2, Osijek 2013, str. 13–5.

⁷ A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, op. cit., p. 4-5, а у вези са чл. 2, 3, 7, 8, и 9 Конвенције УН о правима детета.

⁸ Пажњу јавности привукао је пример гестацијске сурогације у случају *Aki Mukai*, познате јапанске телевизијске глумице и њеног супруга рвача Nobuhiko Takada, који су, због глумичиног инфертилитета проузрокованог раком грлића материце, ангажовали сурогат мајку америчког држављанства из Неваде да зачне и роди дете које носи њихове генетске карактеристике.

ви подвргавања поступку сурогат материнства у иностранству. Порасту прекограничних суругацијских аранжмана недвосмислено доприноси интернет и други савремени начини комуникације, те олакшано прекогранично кретање.⁹ Полазећи од тога да један аранжман уобичајено укључује више од две државе (нпр. родитељи наручиоци живе у једној држави, донори оплодних ћелија у другој, а сурогат мајка у трећој држави, односно када се сурогат мајка пресели из једне у другу државу да би родила дете, док родитељи наручиоци живе у трећој држави),¹⁰ то, заправо, потврђује распрострањеност сурогат материнства са прекограничним дејствима.¹¹

Амерички суд признао је госпођу Аки Мукаи и њеног супруга, који су у генетској вези са близанцима, као природне родитеље детета. Међутим, пријава регистрације деце је одбијена 2003. године од стране јапанских власти због тога што Мукаи није била законита мајка деце будући их није родила. Породични суд и Виши суд у Токију, као и Врховни суд Јапана, такође, нису признали Мукаи као правну мајку деце са истим образложењем. Близанци које је родила сурогат мајка, која је уједно и правна мајка, Мукаи и Такада су морали да усвоје, јер су близанци регистровани као амерички држављани и страни држављани Јапана. Госпођа Мукаи је после скоро четири године од рођења близанаца регистрована као правна мајка деце. *Takada and Mukai v Office of the Mayor of Shinagawa*, Tokyo Family Court, 30 November 2005, *Minshū* 61, 658. Tokyo High Court, 29 September 2006, Supreme Court, 23 March 2007, The Tokyo High Court decision in the full English translation of the Supreme Court decision: *Office of the Mayor of Shinagawa v Takada and Mukai*, 2006 (Kyō) No. 47, 5, available at <http://www.courts.go.jp/english/judgments/text/2007.03.23-2006.-Kyō.No.47.html> (приступ: 5. 8. 2018).

⁹ A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, op. cit., p. 4-5.

¹⁰ Bellafante, G., „Surrogate Pregnancy Goes Global“, *New York Times*, June 15, 2010, <http://www.nytimes.com> (приступ: 3. 8. 2018).

У овом чланку описан је случај „Google Baby“ из 2009. године који илуструје суругацијски аранжман са прекограничним дејством. Реч је о документарном филму израелске режисерке Zippi Brand Frank, који показује како глобализација усложњава фертилитетну индустрију. Наиме, Дорон, израелски предузетник, пружа нову услугу корисницима сурогат материнства нудећи приступачно решење коришћења донираних ембриона из САД и гестацијску сурогат мајку из Индије. Жељени генетски материјал бирају клијенти; генетски материјал купује се онлајн, а вишак ембриона се замрзава. Ускладиштени у течни азот само ембриони који одговарају преференцама купаца отпремају се у Индију – где се имплантирају у материце локалних сурогат мајки. Клијенти – родитељи наручиоци долазе тек крајем деветомесечног периода трудноће да преузму своје бебе. Дорново сопствено искуство остваривања у родитељској улози као геј мушкарца представљало је одлучни фактор за овакав подухват.

¹¹ Увиђајући потребу за јачањем сарадње у овој области, Хашка конференција је 2014. године усвојила и документ под насловом „Пожељност и изводљивост даљег рада на родитељству / суругацијски пројекат“ (The Desirability and Feasibility of Further Work on Parentage/Surrogacy Project, *Council of General Affairs and Policy of the Conference, Preliminary Document No 3 B of April 2014*. The Hague, The Netherlands, <http://www.hcch.net> (приступ: 3. 8. 2018)), који је утемељен на детаљној „Студији о правном родитељству и питањима која проистичу из међународних суругацијских аранжмана“ (A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements (ISA's), *Council of General Affairs and Policy of the Conference, Preliminary Document No 3 C of March 2014*, Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, <http://www.hcch.net> (приступ: 3. 8. 2018)), у којима се указује на постојање практичних прекограничних проблема који потичу из разлика у националним правима држава у погледу успостављања правног

С обзиром на то да се материјалноправни системи међусобно битно разликују у приступу сурогацијским уговорима (изричито забрањују сурогацијске уговоре, правни системи у којима је сурогат материнство већином нерегулисано, јурисдикције у којима је овај поступак изричито дозвољен и државе са либералним ставом према сурогацијским уговорима, укључујући и уговоре комерцијалне природе), онда када је реч о уговорима са елементом иностраности, када однос између уговорника постаје однос међународног приватног права, у државама у којима сурогат материнство (или неки његов облик) није дозвољено, основно је питање признавања правних дејстава иностраног сурогат материнства, с тим да ни у државама у којима је сурогат материнство дозвољено правно родитељство лица за која је сурогат мајка родила дете не може да буде аутоматски прихваћено. Да ли и на који начин наручиоци постају правни родитељи детета, решава се применом правила националних правила међународног приватног права.

Успостављање правног родитељства детета у држави његовог/ њеног рођења

Критеријум за класификацију националних јурисдикција у овом погледу односи се на оне државе које примењују метод сукоба закона и оне које примењују метод признања, с једне стране, и на државе које у погледу тог питања примењују *lex fori*, с друге стране. Могући приступи у стварању међународног инструмента о сурогат материнству са прекограничним дејствима са циљем да се осигура да дете стекне држављанство, подразумева хармонизацију правила међународног приватног права у погледу утврђивања и оспоравања правног родитељства уопште, па и она која би обухватила и међународно сурогат материнство. Постизање консензуса у овој области је неизвесно, с обзиром на то да правно родитељство детета које је родила сурогат мајка у међународном

родитељства у случају биомедицински потпомогнуте оплодње, родитељства истополних партнера, разлика које постоје у међународним приватним правима држава, како у погледу међународне надлежности и меродавног права, тако и у погледу признања правног родитељства које је установљено у иностранству, а чијем решавању би рад на међународном нивоу могао значајно допринети. Циљеви ка којима би будући рад требало да буде усмерен су: 1) постизање правне сигурности и сигурног правног статуса деце и породица за које се везује инострани елемент, и 2) заштита права и интереса деце, родитеља и других учесника који су укључени у поступак зачећа и рађања деце у околностима са иностраним елементом, и то у складу са стандардима људских права на универзалном нивоу.

приватном праву повлачи разматрање примене клаузуле јавног поретка, како у контексту примене страног права, тако и у контексту признања страних одлука или јавних исправа, што додатно доприноси несигурном правном статусу детета. Осим хармонизације, други могући приступ био би израда конвенције чија је садржина посвећена само питању признања одлука везаних за сурогат материнство, пошто неке државе могу да одбију примену страног права о сурогат материнству, али би могли да признају дејства страних одлука или исправа на основу којих се одређује правни статус детета и правно родитељство наручилаца.¹²

У оквиру активности Хашке конференције за међународно приватно право од посебне важности је рад на усаглашавању ставова држава чланица о питању коме од учесника поступка сурогат материнства припада правно родитељство према детету *ipso iure*, без предузимања било каквих других корака. У законодавствима која дозвољавају овај поступак зачећа и рађања детета законодавац може да пропише да су родитељи наручиоци по самом праву правни родитељи детета, па је у том случају потребно предвидети механизам за успостављање правног родитељства, попут захтева родитеља наручилаца да суд пре рођења детета донесе декларативну одлуку да ће родитељи наручиоци бити правни родитељи детета кога роди сурогат мајка (*pre-birth order*), или да суд после рођења детета, а на захтев родитеља наручилаца, донесе одлуку о преносу родитељских права на њих (*parental/parentage order*), те подношење уговора о сурогат материнству надлежном органу.¹³

Излазно и улазно међународно сурогат материнство

Међународно сурогат материнство јавља се у два облика: излазно међународно сурогат материнства – „outgoing case“ – сурогат мајка рађа дете на територији домаће државе, односно држава из чијег угла се по-

¹² Бордаш, Б., *Сурогат материнство са прекограничним дејствима: стварност и право*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 4, Нови Сад 2012, стр. 114–5.

Једна од идеја је стварање оквира за сарадњу налик на механизам Хашке конвенције о заштити деце и о сарадњи у погледу међудржавног усвојења из 1993. године која намеће поштовање минималних мера заштите без обзира на ниво регулисања у државама уговорницама. Овај начин регулисања који би гарантовао спречавање злоупотреба и заштиту права и интереса деце и осталих учесника у односу, као и свођење на минимум оних ситуација које су *fait accompli*, могао би да наиђе на интересовање многих држава.

¹³ Бордаш, Б., *Рестриктиван концепт сурогат материнства у радном тексту Грађанског законика Србије*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3, Нови Сад 2015, стр. 990.

сматра однос са међународним елементом – за родитеље наручиоце који живе у иностранству и који ће после рођења детета напустити домаћу државу заједно са дететом; и улазно међународно сурогат материнство – „incoming case“ – сурогат мајка рађа дете у страни држави за родитеље наручиоце који ће после рођења детета да се врате заједно са дететом у домаћу државу.

Код излазних случајева, да би дете добило путне исправе, потребно је да се рођење детета пријави надлежним државним органима у домаћој држави ради уписа у матичне књиге, без обзира на држављанство родитеља наручилаца. Држављанство детета од тренутка рођења одређује се по принципу *ius sanguinis*, односно по основу принципа *ius soli* ако га домаћа држава прихвата. Међутим, сама чињеница уписа рођења детета у домаће матичне књиге, код излазног сурогат материнства, није одлучујућа за стицање држављанства детета, с обзиром на то да о држављанству детета одлучује надлежни инострани орган (конзуларна служба државе држављанства родитеља наручилаца) којем родитељи наручиоци подносе извод из матичне књиге рођених домаће државе са подацима о рођењу и о мајци и оцу детета. Надлежни инострани орган одлучује да ли ће признати ту инострану јавну исправу, примењујући право државе која га је именовала. У оваквим случајевима држављанство сурогат мајке није од значаја, нити место становања родитеља наручилаца у иностранству. Такође, није важно ни да ли родитељи наручиоци који су инострани држављани не живе/станују у држави свог држављанства, тј. да живе у домаћој држави или у некој трећој. Уколико живе у домаћој држави, евентуални проблеми око издавања путне исправе за дете само се одлаже.¹⁴

Код улазних случајева сурогат материнства, супружници или ванбрачни партнери одлазе у иностранство да би за њих сурогат мајка родила дете. Они се по рођењу детета враћају у државу у којој живе. И код улазних случајева сурогат материнства дете мора да буде уписано у матичне књиге у држави у којој је рођено. Правна питања која се постављају иста су као у претходном случају. У држави рођења детета, према праву те државе, установљава се ко су правни родитељи и ти подаци се уписују у матичну књигу и извод из матичне књиге. Држављанство детета се установљава само ако држава у којој је дете рођено примењује принцип *ius soli*. Страну јавну исправу родитељи наручиоци подносе надлежном органу домаће државе у држави рођења детета, да би дете добило путну исправу домаће државе и могло да напусти територију државе у којој је

¹⁴ *Ibid.*, стр. 993.

рођено. Исход признавања иностране јавне исправе зависи од става пра- ва домаће државе у погледу дозвољености сурогат материнства. Уколи- ко домаћа држава забрањује сурогат материнства, инострана јавна ис- права не представља доказ правног родитељства родитеља наручилаца па дете остаје без путне исправе и не може да напусти територију држа- ве у којој је рођено.¹⁵ У супротном, ако је у домаћој држави сурогат ма- теринства дозвољено, дете ће на основу података из извода из матичне књиге и држављанства у изводу наведених правних родитеља моћи да добије путни документ и оно ће напустити државу свог рођења са својим родитељима. За домаћу државу није од значаја да ли се место становања правних родитеља налази у домаћој или иностраној држави, као што нема значаја ни питање држављанства сурогат мајке.¹⁶

У упоредној пракси спорно је питање признавања статуса родитеља наручилаца у државама чији су они држављани и/или у којима живе. С тим у вези отвара се и проблем држављанства детета које је родила

¹⁵ Хипотетички пример тзв. излазног сурогат материнства изгледао би овако: родитељи наручиоци живе у држави А у којој је сурогат материнства забрањено. По сазнању да у држави Б постоји могућност закључења сурогацијског уговора, преко интернета проналазе удату жену која жели да буде сурогат мајка. Одлазе у државу Б и са сурогат мајком закључују уговор о сурогат материнству комерцијалне природе, на основу кога плаћају сурогат мајци новчану награду која прелази износ разумних, оправданих трошкова. У уговору се наводи да ће, по рођењу детета, родитељи наручиоци бити правни родитељи детета са свим припадајућим родитељским правима и дужностима. Након рођења детета у матичну књигу рођених уписују се имена родитеља наручилаца, међутим, по позитивном законодавству државе Б дете не може да стекне држављанство државе Б. Из тог разлога родитељи наручиоци се обраћају конзуларном представништву државе А у држави Б са захтевом за издавање путне исправе за дете како би могли да се врате у државу А. Конзуларно представништво државе А одбија њихов захтев наводећи да је у праву државе А сурогат материнства забрањено. Исход је следећи: дете је без држављанства, а родитељи наручиоци не могу бесконачно да се задрже у држави Б. Како дете нема путне исправе и не може напустити државу Б, решење овакве ситуације подразумева сарадњу између држава које дипломатским путем договарају међудржавно усвојење или дете добија једнократну визу како би могло допутовати у државу А. У овом дуготрајном и сложеном поступку постоји опасност да лични статус детета буде под знаком питања, јер чак и уколико родитељи наручиоци успеју да се врате у државу А, може наступити проблем око признавања статуса стеченог у иностранству. Суд ће, најчешће, прво одбити да призна страну исправу или судску одлуку на основу које су у изводу из матичне књиге рођених уписани родитељи наручиоци, због тога што је то у супротности са јавним поретком државе А. Ова одлука може имати озбиљне последице по дете, односно оно остаје без родитеља и доводи се у питање идентитет детета, тј. дете постаје апатрид. У овом крајње комплексном случају, државе смишљају *ad hoc* решења како би се уклониле негативне последице правних празнина, а у складу са најбољим интересом детета. Тада, по правилу, држава А у циљу заштите најбољег интереса детета које би могло остати без родитеља, дозвољава тзв. „посебно усвојење“. Решење, наравно, није задовољавајуће, с обзиром на то да је реч о дуготрајном поступку са високим трошковима, и обично оваквом мером само један од родитеља наручилаца (биолошки отац) стиче родитељска права, док се то не гарантује другом родитељу. Вид. Župan, M., Puljko, V., Sukačić, M., „Međunarodni ugovori o zamjenskom majčinstvu – nestaje li paradigma *mater semper certa est?*“, *op. cit.*, str. 12. Upo. Kovaček Stanić, G., „Comparative Analysis of ART in the EU: Cross-border Reproductive Medicine“, *Medicine, Law & Society*, Faculty of Law, University of Maribor, Vol. 8, No.1, 2015, p. 12.

¹⁶ *Ibid.*

сурогат мајка, његовог пребивалишта, односно уобичајеног боравишта и омогућавање уласка детета у државу у којој су настањени родитељи наручиоци. Питању правног родитељства наручилаца могло би да се приступи на два начина: један је да се на основу уписа (регистрације) чињенице рођења детета у иностранству изврши упис у домаћим матичним књигама, а на основу иностране јавне исправе (извод из иностране матичне књиге рођених), док други начин подразумева да се упис у домаће књиге изврши на основу иностране пресуде која се односи на успостављање правног родитељства наручилаца према праву државе у којој је сурогат мајка родила дете.¹⁷ Дакле, ако су родитељи наручиоци уписани у матичну књигу рођених као правни родитељи детета које је родила сурогат мајка, извод се подноси надлежним органима у домаћој држави ради уписа чињенице наведене у страном изводу у домаће матичне књиге. При томе, признање иностраних исправа може да буде различито: (а) према *методу сукоба закона* инострана исправа служи као доказ изјаве о чињеницама, не о правним последицама тих чињеница које су установљене према (меродавном) праву, па домаћи орган на основу наведених чињеница, применом меродавног права, установљава ко су правни родитељи детета, што значи да родитељи наручиоци не морају да буду правни родитељи у држави чији су држављани и/или у којој живе; (б) *према методу признања* инострана исправа подлеже контроли према условима које прописује домаћа држава, чији ће резултат бити признање или одбијање признања иностране исправе. Уколико су родитељи наручиоци правни родитељи детета на основу пресуде суда државе у којој је сурогат мајка родила дете, они би могли да буду уписани као правни родитељи у држави свог држављанства и/или настањења на основу признате иностране пресуде, при чему коначна одлука домаћег суда служи као основ признања или непризнања правног родитељства наручилаца.¹⁸

Сурогат материнство у пракси Европског суда за људска права

Прва представка Европском суду за људска права упућена је у случају *D. and Others v. Belgium*¹⁹ поводом одбијања белгијских државних органа да детету издају путне исправе. Наиме, белгијски брачни пар је закључио уговор о сурогат материнству у Украјини, где је дете и рођено 26. фебруара 2013. године. На основу сурогацијског уговора, у

¹⁷ Бордаш, Б., „Сурогат материнство са прекограничним дејствима: стварност и право“, *op.cit.*, стр. 104.

¹⁸ *Ibid*, стр. 105.

¹⁹ *D. and Others v. Belgium*, представка бр. 29176/13, 8. 7. 2014.

украјинском регистру рођења, као правни родитељи детета уписани су подносиоци представке. Подносиоци представке су, потом, поднели захтев белгијским властима за издавање пасоша за дете, међутим, њихов захтев је одбијен, због чега детету није било дозвољено да уђе у Белгију, већ је остало у Украјини, раздвојено од подносилаца представке на период од четири месеца. Иако је Апелациони суд наложио да белгијске власти издају детету одговарајуће путне исправе на основу којих је дете и доведено у Белгију 6. августа 2013. године, подносиоци представке су се жалили због привременог раздвајања изазваног активностима белгијских власти које су нарушиле однос дете–родитељи. Будући да је такво поступање у супротности са најбољим интересима детета, прекршено је њихово право на поштовање породичног живота из чл. 8 Европске конвенције о људским правима.²⁰ Подносиоци представке су се, такође, позвали на повреду чл. 13 и 6 Конвенције у погледу недостатака делотворних правних лекова.

Њихова притужба у вези са одбијањем белгијских власти да детету издају путну исправу није разматрана због тога што је то питање решено од стране белгијског суда.²¹ У вези са привременим раздвајањем детета од подносилаца представке, Суд је утврдио да су подносиоци представке неспорно показали жељу да се брину о детету као родитељи још од дететовог рођења и да су предузели активности које пружају гаранције за ефикасан породични живот. Раздвајање је, по мишљењу Суда, представљало законито мешање у право подносилаца представке на поштовање породичног живота из чл. 8 Конвенције, које је у складу са легитимним циљем спречавања криминала, посебно трговине људима. Суд је утврдио да државе чланице у овој осетљивој области имају широко поље слободне процене, те да се Конвенција не може тумачити на тај начин да се од државе чланице захтева да одобри улазак на своју територију деци коју су родиле сурогат мајке, без претходне правне верификације од стране националних власти, а те процедуре трају неко време. Поред тога, с обзиром на то да подносиоци представке нису поднели сва потребна документа из судских списа, они су знатно успорили поступак за извесно време. Њихова притужба према члану 8 Конвенције проглашена је неприхватљивом.²²

²⁰ European Court of Human Rights, RESEARCH REPORT: Bioethics and the case-law of the Court, 2016. (Case-law – Case-Law Analysis – Research Reports) pp. 27-28 www.echr.coe.int (приступ: 15. 8. 2018).

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

Европски суд за људска права имао је прилику да се изјасни о проблемима везаним за сурогат материнство у оквиру чл. 8 Европске конвенције о људским правима и у случајевима *Menesson v. France*²³ и *Labassee v. France*²⁴ поводом одбијања француских власти да се изврши упис у регистар рођених деце коју су родиле сурогат мајке на основу сурогацијских уговора закључених између два француска брачна пара и сурогат мајки у САД. Поступајући по њиховим представкама, Суд је утврдио да постоји директан однос између приватног живота деце рођених од стране сурогат мајки и правног одређивања њиховог порекла.²⁵

Због претежног преклапања предметних чињеница, Суд је по представкама поступао симултано, а пресуде су донесене од стране истог судског већа истог дана. Непризнавањем правне везе између деце и биолошког родитеља, која је призната у правном систему друге државе,²⁶ Француска је прекорачила поље слободне процене, што није компатибилно са најбољим интересом деце. Суд је утврдио да је чл. 8 применљив са аспекта породичног и приватног живота. Одбијање признавања односа родитељ–дете представља повреду права подносилаца представке, али је било законито и у складу са легитимним циљем. Са једне стра-

²³ *Menesson v. France*, представка бр. 65192/11, 26. 6. 2014.

²⁴ *Labassee v. France*, представка бр. 65941/11, 26. 6. 2014.

Брачни пар Лабасе је закључио сурогацијски уговор са женом из Минесоте где су такви споразуми признати законом. У сурогат мајку је имплантиран ембрион створен коришћењем донираних јајних ћелија и оплодних ћелија г. Лабасе, путем IVF. Дете је рођено 2001. године у САД, и издат му је извод из матичне књиге рођених који је укључивао госпођу и госпођу Лабасе као родитеље. По повратку у Француску, француске власти одбиле су да издају извод из матичне књиге рођених који признаје подносиоце представке као родитеље детета, што значи да дете не може добити француско држављанство. Овакво поступање француских власти оправдано је интересом јавне политике, јер сурогацијски уговори нису признати француским законом. Подносиоци представке затражили су од Европског суда да преиспита компатибилност одлуке с правом на поштовање приватног и породичног живота.

²⁵ Став 46 пресуде *Menesson v. France*.

²⁶ У предмету *Menesson v. France*, француски брачни бар је због проблема фертилитета искористио прилику да у Калифорнији, у складу са законом који је на нази у тој савезној држави, кроз поступак гестацијске сурогације, добију дете. Након рођења близнакиња, Врховни суд Калифорније је донео утврђујућу пресуду да је г. Менсон као генетски отац близнакиња и правни отац, а да је његова жена правна мајка јер су деца зачета IVF са оплодним ћелијама г. Менсона и донираних јајних ћелија. На основу те пресуде, близнакиње су уписане у калифорнијски регистар рођених (близнакиње су америчке држављанке по начелу *ius soli*), па је брачни пар затражио уписивање у француске матичне књиге, најпре, у француском конзулату у Лос Анђелесу, који је одбио да изврши упис, а потом је по повратку у Француску. Касациони суд је, такође, потврдио одбијање уписа. Вид. Bourgeois, S., „Primena Evropske konvencije o ljudskim pravima u Francuskoj, proces progresivne akulturacije“, у: Cozzi, A., Sykiotou, A., Rajska, D., Krstić, I., Filatova, M., Katić, N., Bard, P. – Bárd Károly, Bourgeois Stephanie, *Uperedni prikaz primene Evropske konvencije o ljudskim pravima na nacionalnom nivou*, Savet Evrope, Beograd 2016, pp. 177–8.

не, државе чланице имају широко поље слободне процене, имајући у виду да не постоји европски консензус о пуноважности међународних сурогацијских аранжмана. Са друге стране, поље слободне процене треба уже тумачити онда када је реч о „суштинском елементу идентитета појединаца“, односно о родитељству.²⁷

По оцени Суда, потребно је направити разлику између права подносилаца представке на поштовање породичног живота и права деце подносилаца представке на поштовање приватног живота. У вези са правом на поштовање породичног живота подносилаца представке, Суд је препознао потешкоће у свакодневном животу због недостатка уписа у регистар рођења, али је, такође, приметио да подносиоци представке могу водити породични живот у Француској и нашао да нема повреде чл. 8 Конвенције. Када је реч о праву на поштовање приватног живота деце, Суд сматра да је дошло до повреде чл. 8 због контрадикторности по којој се прихвата да су деца, у складу са америчким законом, повезана са одраслима, а француски закон не признаје тај статус, чиме се деци ускраћује могућност да постану француски држављани и пуноправни чланови француског друштва. Штавише, иако су њихови биолошки очеви били Французи, деца су била суочена са забрињавајућом неизвесношћу у вези са добијањем француског држављанства, ситуацијом која би могла имати негативне последице на одређивање њиховог идентитета и њихових наследних права. Зато се поставило питање компатибилности такве ситуације са најбољим интересима деце, који је руководни принцип приликом доношења одлука које се тичу деце у питању.

Аргументи представљени у овим двема пресудама Европског суда за људска права утицали су на промену судске праксе у Француској, тако да је већ средином 2015. године, Касациони суд заузео став да „након што је установљено да извод из матичне књиге рођених није фалсификован и да чињенице у њему наведене одговарају стварности, нижестепени суд је правилно закључио да уговор о сурогат материнству... не утиче на упис у матичне књиге“!

Равнотежу између забране сурогат материнства и заштите интереса деце рођене применом овог поступка зачећа и рађања није лако постићи, а нова друштвена стварност свакако утиче на став Европског суда за људска права о овом питању који је мериторно одлучио поводом још две притужбе против Француске: *Bouvet and Others v France* и

²⁷ Ст. 78–80 пресуде у случају *Mennesson v. France*.

Foulon v France.²⁸ У оба случаја подносиоци представке су очеви деце рођене у поступку иностране гестаацијске сурогације у Индији. Очеви и деца су биолошки повезани јер је у поступку коришћен њихов генетски материјал, док су сурогат мајке Индијке.²⁹ Регионални суд у Нанту је у оба случаја одобрио препис извода из регистра рођених издатих у Индији.

У предмету *Foulon*, након жалбе јавног тужиоца, Апелациони суд у Рену укинуо је првостепену одлуку и поновио да је сурогат материнство забрањено у француском праву, а Касациони суд је одбацио жалбу г. Фулона и мајке другог подносиоца представке. У предмету *Bouvet*, жалбени суд у Рену потврдио је одлуку Регионалног суда у Нанту о препису извода из матичне књиге рођених, наводећи да спорни сертификат испуњава формалне услове и да јавни интерес није преовлађујући у односу на најбољи интерес детета. Касациони суд је поништио ову одлуку, а у оба случаја руководио се законском забраном споразума о гестаацијској сурогацији у националном праву.³⁰

Ослањајући се на пресуде донете у случајевима *Mennesson v. France* и *Labassee v. France*, и у овом случају, Суд је сматрао да није било повреде чл. 8 Конвенције у погледу права очева на поштовање породичног живота, али је утврдио повреду чл. 8 у погледу права на поштовање приватног живота деце у питању.³¹

У још једном примеру гестаацијске сурогације, у ситуацији када не постоји биолошка веза између детета које рађа сурогат мајка и намераваних родитеља, у пресуди претресног већа од 27. јануара 2015. године у случају *Paradiso and Campanelli v Italy*³² Суд је закључио да однос између подносиоца представке и детета не спада у домен породичног живота у смислу члана 8 Конвенције. По мишљењу Суда, италијанске власти нису успоставиле правичну равнотежу између супротстављених јавних и приватних интереса. Овај предмет је изнесен и пред Великим већем, које је поводом овог спора донео мериторну одлуку у јануару месецу 2017. године, са једанаест према шест гласова, да није било повреде права из чл. 8 Конвенције.

²⁸ *Bouvet and Others v France*, представка бр. 10410/14, 21. 7. 2016 ; *Foulon v France*, представка бр. 9063/14, 21. 7. 2016.

²⁹ European Court of Human Rights, RESEARCH REPORT: Bioethics and the case-law of the Court, 2016. *op.cit.*, pp. 29–30.

³⁰ *Ibid.*, p. 30.

³¹ *Ibid.*

³² *Paradiso and Campanelli v Italy*, представка бр. 25358/12, 24. 1. 2017.

Случај се односио на смештај у хранитељску породицу деветомесечног детета рођеног у Русији по основу уговора о гестацијској сурогацији између италијанског пара (подносилаца представке) и сурогат мајке, да би се касније утврдило да они немају никакав биолошки однос са дететом. Подносиоци представке су се жалили на одузимање детета, као и на одбијање регистравања дететовог рођења од стране италијанских власти и признавања родитељског односа са дететом установљеног у иностранству.

Наиме, у складу са руским правом, подносиоци представке су уписани као родитељи детета, а сурогат мајка, руске националности, дала је писмену сагласност за регистрацију. Након што је дете стигло у Италију са путним исправама издатим од стране италијанског конзулата у Москви, против подносилаца представке који су захтевали упис у италијански регистар рођења покренут је кривични поступак због „промене грађанског статуса“.³³ Подносиоци представке довели су дете у Италију противно закону који забрањује примену поступака биомедицински потпомогнуте оплодне и тиме прекршили услове наведене у претходном одобрењу о усвајању детета.

Суд сматра легитимним да италијанске власти имају надлежност у признавању правног родитељства између родитеља и детета – и то искључиво у случају биолошке везе или законитог усвајања – у циљу заштите деце. По мишљењу Суда, одузимање детета рођеног у поступку гестацијске сурогације у којој нема биолошке везе између детета и намераваних родитеља од стране социјалне службе није у супротности са Европском конвенцијом о људским правима.

Из изложеног се стиче утисак да Суд приликом одлучивања о постојању породичног односа узима у обзир крвну везу која, самостално посматрано, није довољна за одређење породичног живота. У својим одлукама Суд, по правилу, даје предност социјалној у односу на биолошку везу, међутим, одлуке у којима је Суд пронашао постојање породичног живота између лица између којих не постоји крвна веза су малобројне.³⁴

³³ European Court of Human Rights, RESEARCH REPORT: Bioethics and the case-law of the Court, 2016. *op.cit.*, p. 30.

³⁴ На пример, у предмету *X, Y i Z. v the United Kingdom*, представка бр. 21830/93, 22. 4. 1997, који представља преседан у богатој пракси Суда, будући да је признат социјални однос транссексуалца (промена пола из женског у мушки) и детета које је родила његова невенчана жена са донираним семеном (став 36). У ранијем случају, међутим, *G v the Netherlands*, представка бр. 16944/90, 8. 2. 1993, Суд је одлучио да однос између донора семена и рођеног детета неће бити сматран породичним уколико, осим крвне везе, нема доказа о постојању развијеног личног односа међу њима. Опширније Kilkelly, U., „The right to respect for private and family life, A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights“, *Human rights handbooks*, No.1, Council of Europe 2003, p. 18.

Уместо закључка

Приступ репродуктивном туризму изван и унутар европског правног простора је релативно приступачан, а да би се смањиле његове размере нужно је успоставити адекватан правни механизам. Ради постизања тог циља, са теоријског аспекта посматрано, потребно је предузети одређене мере: пре свега, да сви облици законских ограничења и забрана буду елиминисани полазећи од тога да законодавства заснована на демократским принципима одсликавају моралне ставове различитих група у одређеном друштву, те да би се равнотежа могла постићи усвајањем *soft* закона који би регулисао питања безбедности и добре клиничке праксе.³⁵ Потом, други ниво сузбијања репродуктивног туризма подразумева успостављање либералне међународне регулативе, кроз увођење правила да земље чланице ЕУ укину забрану употребе поступака биомедицински потпомогнуте оплодње који је дозвољен у некој другој земљи чланице, усклађивањем националних закона са законом најлибералније земље. Трећи концепт заснован је на принципу држављанства или боравишта као услову за приступ поступцима биомедицински потпомогнуте оплодње (рецимо у случају да одређени начин лечења неплодности подразумева мере које би постале несврсисходне уколико би се корисници вратили у земљу свог држављанства).³⁶ Хармонизација међународних правила у домену асистираних репродукције, као четврти вид, тиче се постизања сагласности о поступцима које треба забранити (консензус је могућ ако су принципи еластично постављени, сходно разноликости етичких основа асистираних репродуктивне технологије).³⁷

Из перспективе Европског суда за људска права, кроз призму анализираних случајева, чини се неизвесним очекивање успостављања општих начела у споровима поводом сурогат материнства. Релевантни правни инструменти на европском нивоу, како Суд примећује, не регулишу предметно питање или изричито остављају у надлежности држава чланица одлуку о последицама сурогацијских аранжмана у односу на родитеље–наручиоце и у односу на статус деце која су тим путем рођена.

³⁵ Bilinović, A., *Uticaj asistira ne reprodukcije na redefinisane socioloških pojmova porodice i roditeljstva*, doktorska disertacija, Filozofski fakultet, Odsek za sociologiju, Novi Sad, str. 226.

³⁶ Pennings, G., „Reproductive Tourism as Moral Pluralism in Motion“, *Journal of Medical Ethics*, Vol. 28, Institute of Medical Ethics and BMJ Publishing Group Ltd. (2002), pp. 3360150338.

³⁷ *Ibid*, p. 339.

Литература

Bellafante, G., „Surrogate Pregnancy Goes Global“, *New York Times*, June 15, 2010, <http://www.nytimes.com>

Bilinović, A., *Uticaj asistirane reprodukcije na redefinisane socioloških pojmova porodice i roditeljstva*, doktorska disertacija, Filozofski fakultet, Odsek za sociologiju, Novi Sad 2016.

Бордаш, Б., *Рестриктиван концепт сурогат материнства у радном тексту Грађанског законика Србије*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3, Нови Сад 2015.

Бордаш, Б., *Елементи за правно регулисање сурогат материнства са прекограничним дејствима*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 4, Нови Сад, 2013.

Бордаш, Б., *Сурогат материнство са прекограничним дејствима: стварност и право*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 4, Нови Сад 2012.

Bourgeois, S., „Primena Evropske konvencije o ljudskim pravima u Francuskoj, proces progresivne akulturacije“, у: Cozzi, A., Sykiotou, A., Rajska, D., Krstić, I., Filatova, M., Katić, N., Bard P – BárdKároly, Bourgeois, Stephanie, *Uporedni prikaz primene Evropske konvencije o ljudskim pravima na nacionalnom nivou*, Savet Evrope, Beograd 2016.

European Court of Human Rights, RESEARCH REPORT: Bioethics and the case-law of the Court, 2016. (Case-law – Case-Law Analysis – Research Reports) pp. 27-28, www.echr.coe.int

Kilkelly, U., „The right to respect for private and family life, A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights“, *Human rights handbooks*, No. 1, Council of Europe 2003.

Kovaček Stanić, G., „Comparative Analysis of ART in the EU: Cross-border Reproductive Medicine“, *Medicine, Law & Society*, Faculty of Law, University of Maribor, Vol. 8, No. 1, 2015.

Pennings, G., „Reproductive Tourism as Moral Pluralism in Motion“, *Journal of Medical Ethics*, Vol. 28, Institute of Medical Ethics and BMJ Publishing Group Ltd. 2002.

Župan, M., Puljko, V., Sukačić, M., „Međunarodni ugovori o zamjenskom majčinstvu – nestaje li paradigma *mater semper certa est?*“, *Pravni vijesnik: časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku*, Vol. 29, br. 2, Osijek 2013.

Правни извори:

Council of General Affairs and Policy of the Conference, Preliminary Document No 11 of March 2011: Private International Law Issue Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, <http://www.hcch.net>

A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, *Council of General Affairs and Policy of the Conference, Preliminary Document No 10 of March 2012*, Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, <http://www.hcch.net>

The Desirability and Feasibility of Further Work on Parentage/Surrogacy Project, *Council of General Affairs and Policy of the Conference, Preliminary Document No 3 B of April 2014*. The Hague, The Netherlands, <http://www.hcch.net>

A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements (ISA's), *Council of General Affairs and Policy of the Conference, Preliminary Document No 3 C of March 2014*, Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, <http://www.hcch.net>

Пракса Европског суда за људска права:

D. and Others v. Belgium, представка бр. 29176/13, 8. 7. 2014.

Mennesson v. France, представка бр. 65192/11, 26. 6. 2014.

Labassee v. France, представка бр. 65941/11, 26. 6. 2014.

Bouvet and Others v France, представка бр. 10410/14, 21. 7. 2016.

Foulon v France, представка бр. 9063/14, 21. 7. 2016.

Paradiso and Campanelli v Italy, представка бр. 25358/12, 24. 1. 2017.

SURROGACY ARRANGEMENTS WITH TRANSBOUNDARY EFFECT

Olga Jović Prlainović, Ph. D.*

Summary

In this paper author notice the fact that substantive systems differ considerably from access to surrogacy contracts (explicitly prohibiting surrogacy contracts, legal systems in which surrogate motherhood is largely unregulated, jurisdictions in which this procedure is explicitly permitted, and states with a liberal attitude towards surrogacy contracts, including contracts of a commercial nature), when it comes to contracts with an element of abroad, where the relationship between a contractor becomes a relationship of international private law, in countries in which a surrogate motherhood (or not which form it) is not allowed the main issue is the recognition of the legal effects of the transboundary surrogatemotherhood, although even in countries where surrogate motherhood is allowed legal parenting of a person for whom the surrogate mother gave birth, a child can't be automatically accepted. Whether and in what way the contracting authorities become legal parents of the child is solved by applying the rules of national rules of international private law.

On the other hand, the author considering the specific and complex issues from the perspective of European Court of Human Rights. Through the view of the cases analyzed there seems to be an uncertain expectation of establishing general principles in disputes concerning the surrogate motherhood. The relevant legal instruments at the European level do not regulate the subject matter or expressly leave a decision on the consequences of the surrogacy arrangements in relation to intended parents and in relation to the status of children born by the surrogacy arrangements.

* Faculty of Law of the University of Priština, headed in Kosovska Mitrovica

NAKNADA ŠTETE NASTALE POVREDOM PRAVA TRŽIŠNOG NATJECANJA

Durda Bolanča Kekez, mag. iur.*

Sažetak: Tema ovog rada je ostvarivanje prava na naknadu štete u slučaju povrede prava tržišnog natjecanja. Polazišnu točku predstavlja Direktiva 2014/104/EU o naknadi štete nastale povredom prava tržišnoga natjecanja, koja ima dvostruki cilj: postizanje kompenzacije oštećenika, te sprečavanje budućih kršenja prava tržišnog natjecanja. Implementacijom predmetne direktive, osim što se usklađuju nacionalna pravila država članica, povećava se pravna sigurnost oštećenika kojima je šteta nastala usljed povrede EU prava tržišnog natjecanja ili nacionalnog prava tržišnog natjecanja koje se primjenjuje usporedno s europskim, dok se istodobno štiti i europsko unutarne tržište. Odštetnopravni sustav Bosne i Hercegovine još uvijek ne poznaje institut odgovornosti za štetu nastalu povredom prava tržišnog natjecanja, već u slučaju takve povrede primjenjuje opća pravila izvanugovorne odgovornosti za štetu. Stoga, na primjeru Republike Hrvatske bit će prikazano koje su promjene nastupile u odštetnom pravu usljed implementacije Direktive 2014/104/EU. Izložena rješenja iz hrvatskog Zakona o postupcima naknade štete nastale povredom prava tržišnog natjecanja mogu poslužiti kao primjer za pravo Bosne i Hercegovine u aktualnom procesu usklađivanja nacionalnog prava s pravnom stečevinom Europske unije.

Ključne riječi: odgovornost za štetu, naknada štete, pravo tržišnog natjecanja, Direktiva 2014/104/EU, usklađivanje prava, Zakon o postupcima naknade štete nastale povredom prava tržišnog natjecanja.

* Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Domovinskog rata br. 8, 21000 Split,
e-mail: durda.bolanca@pravst.hr.

1. Uvod

Pravila o tržišnom natjecanju usmjerena su omogućavanju učinkovite i poštene tržišne utakmice, slijedom čega je potrebno sankcionirati ona ponašanja za koja se smatra da taj cilj ugrožavaju ili sprječavaju. Prvi korak zaštite postiže se javnopravnom provedbom pravila tržišnoga natjecanja, temeljem kojih određena državna tijela, ovlaštena za nadzor, istraživanje i kažnjavanje, po svojoj ili tuđoj inicijativi, otkrivaju i procesuiraju poduzetnika koji ne poštuje pravila. Zabranjenim postupanjima i praksama često su povrijeđeni i interesi drugih sudionika tržišnih odnosa (trgovaca i potrošača), zbog čega je potrebno osigurati i privatnopravnu zaštitu njihovih prava i interesa. U pravu tržišnoga natjecanja, privatnopravna zaštita postiže se ništetnošću ugovora, privremenim mjerama i odnosom odgovornosti za štetu. Međutim, u ovom radu autorica će se baviti samo s odštetnopravnim zahtjevom za naknadom štete.

U Europskoj uniji (dalje: EU), pravo tržišnoga natjecanja počinje se razvijati donošenjem Ugovora o europskoj zajednici za ugljen i čelik iz 1951,¹ dok su danas pravila o zabranjenim sporazumima i zlouporabi vladajućeg položaja uređena čl. 101 i 102 Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje: UFEU).² Prekretnica za razvoj pravila o odgovornosti za štetu nastalu povredom prava tržišnoga natjecanja predstavlja predmet *Courage v. Crehan*,³ u kojem je Sud pravde Europske unije (dalje: Sud pravde EU), prvi put odredio da osoba kojoj je šteta nastala usljed postupanja poduzetnika zabranjenog pravilima tržišnoga natjecanja ima pravo na naknadu štete. Slijedom te presude, Europska komisija (dalje: Komisija EU) 2004. pokreće komparativno istraživanje nacionalnih prava u pogledu pretpostavki za ostvarivanje prava na naknadu štete zbog povrede nacionalnih i EU pravila tržišnoga natjecanja, što je rezultiralo donošenjem *Ashurst* izvješća,⁴ a zatim 2005. godine objavljuje Zelenu knjigu o tužbama za naknadu štete zbog povrede pravila tržišnoga natjecanja,⁵ te 2008. godine Bijelu knjigu o tužbama za naknadu štete zbog po-

¹ *Treaty establishing the European Coal and Steel Community*, potpisan 18. travnja 1951. u Parizu. Na snagu je stupio 23. srpnja 1952., a prestao je vrijediti 23. srpnja 2002.

² Ugovor o Europskoj uniji (UEU) i Ugovor o funkcioniranju Europske unije (UFEU) – konsolidirana verzija, SL C 202, 7. 6. 2016.

³ C-453/99 *Courage v. Crehan* (2001), ECR I 6297.

⁴ *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, Comparative report, dostupno na: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf (stranici pristupljeno 15. 7. 2018.).

⁵ *Green Paper - Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, COM (2005) 0672 final, 19. 12. 2005. (u daljnjem tekstu: Zelena knjiga). Zelena knjiga popraćena je i sa: *Commission Staff Working*

vrede pravila tržišnoga natjecanja.⁶ Direktiva 2014/104/EU o naknadi štete nastale povredom prava tržišnoga natjecanja⁷ predstavlja konačni proizvod EU, usmjeren na pružanje zaštite oštećenima u pravu tržišnog natjecanja.

Implementacijom Direktive 2014/104/EU u nacionalne sustave država članica nastupile su značajne izmjene, i to ne samo u pogledu materijalnog prava, već i u dijelu procesnog prava.⁸ Stoga, za očekivati je da takve promjene očekuju i pravni sustav Bosne i Hercegovine (dalje: BiH) u trenutku kada predmetna direktiva bude preuzeta u nacionalno zakonodavstvo. Međutim, ostaje činjenica da odštetnopravni sustav BiH još uvijek ne poznaje institut odgovornosti za štetu nastalu povredom prava tržišnog natjecanja, te da u slučaju povrede prava tržišnog natjecanja primjenjuje opća pravila izvanugovorne odgovornosti za štetu. Upravo zato, u ovom radu prvo će se objasniti kako je došlo do razvoj ovog instituta u pravu EU, te koja su pravila uređena Direktivom 2014/104/EU. Iduće, objasniti će se koja opća pravila izvanugovorne odgovornosti za štetu iz Zakona o obligacionim odnosima BiH⁹ nisu u skladu s rješenjima Direktive 2014/104/EU i zašto, a slijedom čega oštećeniku znatno otežavaju položaj u postupcima naknade štete. Budući da su se prije implementacije Direktive 2014/104/EU i u Republici Hrvatskoj (dalje: RH) primjenjivala samo opća pravila izvanugovorne odgovornosti za štetu, a koja su u velikoj mjeri jednaka pravilima ZOO-a BiH, u radu će se istaknuti promjene koje su nastupile usljed usvajanja Zakona o postupcima naknade štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja.¹⁰ Utoliko, nova pravila ZNŠTN-a mogu postati od bitnog interesa i poslužiti kao primjer za odštetno pravo BiH u trenutku implementiranja Direktive 2014/104/EU.

Paper, Annex to the Green Paper Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2005) 672 final.

⁶ *White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules* COM (2008) 0165 final, 2. 4. 2008. (u daljnjem tekstu: Bijela knjiga). Bijela knjiga popraćena je i sa: *Commission Staff Working Paper, Accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, COM(2008) 165 final.

⁷ Direktiva 2014/104/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. studenoga 2014. o određenim pravilima kojima se uređuju postupci za naknadu štete prema nacionalnom pravu za kršenje odredaba prava tržišnog natjecanja država članica i Europske unije, Tekst značajan za EGP, SL L 349, 5. 12. 2014, str. 1–19 (u daljnjem tekstu: Direktiva 2014/104/EU).

⁸ Implementacijski rok je istekao 27. prosinca 2016.

⁹ „Službeni list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89; „Službeni list RbIH“, br. 2/92, 13/93 i 13/94; „Službeni glasnik RS“, br. 17/93 i 3/96 (u daljnjem tekstu: ZOO BiH).

¹⁰ NN br. 69/17. Zakon je na snazi od 22. 7. 2017. (u daljnjem tekstu: ZNŠTN).

2. Odgovornost za štetu nastalu povredom pravila tržišnog natjecanja u pravu EU

2.1. Praksa Suda pravde EU o naknadi štete nastale povredom prava tržišnog natjecanja

U predmetu *BRT v. SABAM*,¹¹ Sud pravde EU utvrdio je da su nacionalni sudovi dužni primjenjivati tadašnje čl. 81 i 82 Ugovora o Europskoj zajednici (dalje: UEZ),¹² (danas čl. 101 i 102 UFEU-a), budući da navedene odredbe imaju izravnu primjenu i izravni učinak,¹³ te je zaključio i da subjektivna prava utemeljena na tim odredbama moraju imati punu zaštitu i biti ostvariva pred nacionalnim sudovima država članica EU.¹⁴

Opavljajući svoj stav iz predmeta *BRT v. SABAM*, Sud pravde EU u predmetu *Courage v. Crehan* određuje da izravan učinak pravila tržišnoga natjecanja u odnosima među pojedincima, a koji mora biti osiguran pred nacionalnim sudovima, uključuje i pravo na naknadu štete. U ovom predmetu, spor je nastao oko sporazuma prema kojem je g. Crehan trebalo da nabavlja pivo od tvrtke Courage Ltd. po unaprijed određenoj cijeni. Zbog otežavajućih uvjeta poslovanja iz sporazuma, g. Crehan više nije bio u mogućnosti ispunjavati svoje obveze, pa ga Courage Ltd. tuži za isplatu izvršenih isporuka piva. Međutim, g. Crehan ističe da je navedeni sporazum u suprotnosti sa čl. 81 UEZ-a (čl. 101 UFEU-a), te podiže protutužbu za naknadu štete tvrdeći da su ostali dobavljači mogli nabavljati pivo po mnogo nižim cijenama. Ali, u engleskom pravu postojale su dvije prepreke za oštećenike kao što je bio g. Crehan. Prvo, zaštita iz čl. 81 UEZ-a tumačila se kao ona koja je usmjerena na treće osobe (poduzetnike, dobavljače, potrošače i sl.). Drugo, još i važnije, prema *common law* doktrini *in pari delicto potior est conditio defenditis*, strana koja je dio zabranjenoga sporazuma, uključujući i onog sporazuma koji dovodi do povrede odredbe EU pravila tržišnoga natjecanja, nema pravo naknade štete od druge strane toga sporazuma. Upravo su to i bila pitanja upućena Suda pravde EU. U svojoj presudi, Sud pravde EU zauzima stav da se svaka osoba može pozvati na povredu čl. 81 UEZ-a pred nacionalnim su-

¹¹ C-127/73 (1974), ECR 51.

¹² *Treaty of Maastricht on European Union*, potpisan 7. veljače 1992. u Maastrichtu, a stupio je na snagu 1. studenoga 1993.

¹³ Više o načelima izravne primjene i izravnog učinka vidi: Josipović, Tatjana, *Načela europskog prava u presudama Suda Europske zajednice*, Narodne novine, Zagreb, 2005, str. 58–60, 67–74.

¹⁴ *BRT v. SABAM*, para. 15. i 16.

dom, uključujući i stranu zabranjenog sporazuma, te ima pravo na naknadu štete.¹⁵ Nastavno, Sud pravde EU isključuje bilo kakvu mogućnost postojanja apsolutne zabrane prava na naknadu štete za osobe koje su strane zabranjenih sporazuma u nacionalnim sustavima država članicama, jer se takva odredba smatra suprotna pravu EU.¹⁶

Idući predmet u kojem se raspravljalo o naknadi štete u pravu tržišnog natjecanja je predmet *Manfredi*.¹⁷ U ovom postupku spojeno je nekoliko predmeta u kojem su tužitelji pokrenuli postupak za naknadu štete protiv osiguravateljskih kuća kod kojih su sklopili police obveznog autoosiguranja jer su se smatrali oštećenim, budući da su uplaćene premije bile povećane usljed sporazuma između tuženih osiguravateljskih kuća, a kojeg je prethodno talijansko tijelo nadležno za provođenje prava tržišnoga proglasilo nezakonitim.¹⁸ Zbog toga su oštećenici, mahom potrošači koji su kupovali police osiguranja, pred talijanskim sudom pokrenuli postupke za naknadu štete. Međutim, spornim se smatralo: jesu li i potrošači ovlašteni zahtijevati naknadu štete; računala li se početak zastarnog roka za pokretanje tužbe za naknadu štete od dana kada je sporazum ili postupanje započelo ili od dana kada je prestao njegov utjecaj; te može li nacionalni sud prema vlastitoj odluci dodijeliti odštetu čiji bi iznos bio viši od onoga koji su prekršitelji stekli. Sud pravde EU, ponavljajući svoj stav iz presude *Courage v. Crehan*, određuje da je svaki pojedinac ovlašten tražiti naknadu štete nastalu povredom prava tržišnoga natjecanja ukoliko postoji uzročna veza između štete i sporazuma ili postupanja zabranjenih čl. 101 UFEU-a.¹⁹ Što se tiče početka tjeka zastranog roka, Sud pravde EU određuje da je bitna okolnost otkad je zabranjeno postupanje na tržištu prestalo, a ne otkad je započelo.²⁰ Što se tiče dodjeljivanja kaznenih odšteta, Sud pravde EU smatra da je moguće dodijeliti i takvu odštetu, ali to ovisi o nacionalnim sustavima država članica, pri čemu ne smije doći do prekomjernog obeštećivanja.²¹ Međutim, Sud pravde EU je istaknuo da naknada štete svakako treba da obuhvati stvarnu štetu (*damnum emergens*), izgubljenu dobit (*lucrum cessans*) i pripadajuće kamate.²²

¹⁵ *Courage*, para. 19–27.

¹⁶ *Ibid.*, para. 28.

¹⁷ Spojeni predmeti od C-295/04 do C-298/04 *Vincenzo Manfredi et al v. Lloyd Adriatico et al* (2006.) ECR I-6619.

¹⁸ Odluka *Autorità garante per la concorrenza del mercato* (AGCM) br. 8546 (I377) od 28. 7. 2000. (Bolletino 30/2000, 14. 8. 2000).

¹⁹ *Manfredi*, para. 60–61.

²⁰ *Ibid.*, para. 78–82.

²¹ *Ibid.*, para. 92–93.

²² *Ibid.*, para. 95–96.

2.2. Pripremni dokumenti Komisije EU

Namjeravajući potaknuti porast broja privatnih postupaka za naknadu štete u slučaju povrede prava tržišnog natjecanja, Komisija EU objavljuje Zelenu knjigu, u kojoj su kao temeljni problemi u realizaciji prava na naknadu štete istaknuti: ograničena mogućnost postavljanja kolektivnih zahtjeva za naknadu štete; pravila o teretu dokaza krivnje i drugih pretpostavki odgovornosti; pravila o prikupljanju i izvođenju dokaza, dokaznoj snazi odluka nacionalnih tijela za provedbu pravila tržišnog natjecanja; opseg priznatih šteta i načini određivanja iznosa štete; (ne)dopustivost prigovora prijenosa štete; kratki zastarni rokovi; visoki troškovi vođenja postupaka; pravila o mjerodavnom pravu.²³ Sljedeći korak Komisije EU je donošenje Bijele knjige, u kojoj su predložena rješenja za svako problematično područje navedeno u Zelenoj knjizi. Bijela knjiga postavlja tri glavna načela: potpunu naknadu štete za sve oštećenike, a kojom će se istodobno postići i odvraćanje od budućih povreda i poštivanje EU prava tržišnog natjecanja;²⁴ stvaranje pravnog okvira o odgovornosti za štetu i tužbama za naknadu štete utemeljenih na pravu EU, ali s mjerama utemeljenima na europskoj pravnoj kulturi i tradiciji; te stvaranje učinkovitog sustava privatnopravne zaštite upravo putem tužbi za naknadu štete kao dopune javnopravnim mjerama koje se poduzimaju na temelju čl. 101 i 102 UFEU-a.

2.3. Direktiva 2014/104/EU

Direktiva 2014/104/EU predstavlja posljednji korak europskog normotvorca u pozitivnom smjeru usklađivanja odštetnog prava država članica. Njezini ciljevi su: kompenzacija, te koordinacija javnopravne provedbe pravila tržišnog natjecanja i privatnopravne oštećenika.²⁵ Budući da materijalno pravno uređenje odgovornosti za bilo koju štetu ostaje bez praktične vrijednosti ako ne postoje učinkovite procesne mogućnosti ostvarivanja prava na naknadu, Direktiva 2014/104/EU sadrži kombinaciju odredbi kojima namjerava ostvariti potpunu primjenu pravila tržišnog natjecanja. Da bi na-

²³ Zelena knjiga, str. 12–14. Zelenom knjigom apostrofirane su iste prepreke koje su uočene i u *Ashurst* izvješću, međutim, za svaku od navedenih prepreka Komisija EU predlaže po nekoliko opcijskih rješenja, a kojima se želi ispitati i dobiti što je više moguće povratnih informacija zainteresiranih strana.

²⁴ Više vidi: Paulis, Emil, Becker, Rainer, Bessot, Nicolas, De Smijter, Eddy, *The White Paper on Antitrust Damages Action*, u: Baudenbacher, Carl (ur.), *Current Developments in European and International Competition Law*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2008, str. 216–219.

²⁵ Lianos, Joannis, Davis, Peter, Nebbia, Paolisa, *Damages Claims for the Infringement of EU Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, str. 34 (u daljnjem tekstu: Lianos/Davis/Nebbia).

stupila odgovornost za štetu nastalu povredom prava tržišnog natjecanja, potrebno je da se ispune sljedeće pretpostavke: postojanje štetnika i oštećenika, poduzimanje štetne radnje, nastanak štete, uzročno-posljedična veza između štetne radnje i štete, te protupravnost štetnikova postupanja (objektivna odgovornost za štetu).

Stoga, Direktiva 2014/104/EU u čl. 3 st. 1 određuje da svaka fizička ili pravna osoba koja je pretrpjela štetu kao rezultat kršenja prava tržišnog natjecanja ovlaštena je tražiti potpunu naknadu štete, ali ne i preko toga. U nastavku, u čl. 3 st. 2 uređeno je da potpuna naknada štete stavlja oštećenika u položaj u kojem bi bio da nije nastupila štetna radnja, što znači da obujam štete obuhvaća stvarnu štetu, izgublenu dobit i kamate.²⁶ Očito je da su navedena rješenja nastala kao rezultat presuda *Courage v. Crehan* i *Manfredi*, u kojima je Sud pravde EU zauzeo upravo takva stajališta.

Čl. 5–8 uređeno je pitanje pristupa dokazima, ali i sankcije ukoliko se ta pravila ne poštuju. Naime, pitanje pristupa dokazima predstavlja jedan od najvažnijih aspekata ostvarivanja prava na naknadu nastale štete, jer ukoliko oštećenik ne dokaže jednu od pretpostavki odgovornosti za štetu, ne može ni uspjeti s odštetnopravnim zahtjevom. Ipak, i ovdje postoje specifičnosti, ovisno u čijem posjedu se nalazi određena kategorija dokaza. Preciznije, od pravila u čl. 5 st. 1, prema kojem u postupku za naknadu štete na zahtjev tužitelja koji je predočio uvjerljivo obrazloženje s razumno dostupnim činjenicama i dovoljnim dokazima da bi podržao vjerodostojnost svog zahtjeva za naknadu štete, nacionalni sudovi mogu naložiti tuženiku ili trećoj strani da otkriju relevantne dokaze koji su pod njihovom kontrolom, postoje određeni izuzeci. Ograničenja se odnose prvenstveno na pristup dokumentima u posjedu tijela nadležnog za provođenje prava tržišnog natjecanja. Stoga, prema čl. 6 st. 5, tužitelju se može osigurati pristup dokumentima tek nakon što je nadležno tijelo okončalo postupak donošenjem odluke ili na drugi način, a radi se o sljedećim dokazima: informacije koje je posebno za postupak nadležnog pripremila fizička ili pravna osoba; informacije koje je nadležno tijelo sastavilo i poslalo strankama tijekom postupka; i povučeni prijedlozi za nagodbu. Međutim, određene kategorije dokumenata u posjedu nadležnog tijela trajno su izuzete od otkrivanja. Tu se radi o izjavama poduzetnika pokajnika i prijedlozima za nagodbu (čl. 6 st. 6).

Direktiva 2014/104/EU uređuje i pitanje učinka odluke nadležnog tijela

²⁶ Direktivom 2014/104/EU nije uređena kaznena odšteta, jer se odšteta ne zamišlja kao sredstvo koje kažnjava i odvrća one koje krše pravo tržišnog natjecanja. Međutim, potpuna naknada štete ne bi smjela dovesti do prekomjerne naknade štete, bilo putem odštete u svrhu kažnjavanja, višestruke odštete ili putem druge vrste odštete. Više o tome vidi: Lianos/Davis/Nebbia, str. 38.

o utvrđenoj povredi. Utoliko, kada je pravomoćnom odlukom nadležno tijelo utvrdilo povredu, smatra se da je povreda prava tržišnog natjecanja nepobitno dokazana za potrebe postupka za naknadu štete pokrenutog pred nacionalnim sudom iste države članice (čl. 9 st. 1). Međutim, kada je pravomoćna odluka donesena u jednoj državi članici, a postupak naknade štete se vodi u drugoj državi članici, ta pravomoćna odluka mora se iznijeti pred ostalim nacionalnim sudovima barem kao dokaz *prima facie* (čl. 9 st. 2).²⁷

Čl. 10 utvrđuje pravila koja se primjenjuju na zastaru za pokretanje postupaka za naknadu štete. Direktiva 2014/104/EU uvodi mješoviti, subjektivno-objektivni rok od najmanje pet godina, pa zastara ne počinje teći prije prestanka povrede prava tržišnoga natjecanja i prije nego što tužitelj sazna, ili se razumno može očekivati da zna za: postupanje i činjenicu da ono predstavlja povredu prava tržišnoga natjecanja; činjenicu da mu je povreda prava tržišnoga natjecanja nanijelo štetu; i identitet prekršitelja (čl. 10 st. 2). Uz navedeno, državama članicama je prepušteno i određivanje apsolutnog roka zastare.

Ukoliko je štetu prouzročilo zabranjeno postupanje više poduzetnika na tržištu, oni oštećeniku odgovaraju solidarno (čl. 11). Ipak, pravila o solidarnoj odgovornosti u Direktivi 2014/104/EU predviđaju dva izuzetka. Prvi se odnosi na male i srednje poduzetnike,²⁸ koji su odgovorni samo svojim izravnim i neizravnim kupcima, pod uvjetom da im je: tržišni udio na relevantnom tržištu bio ispod 5% u bilo kojem trenutku tijekom povrede prava tržišnog natjecanja; i, da bi im primjena općih pravila solidarne odgovornosti nepovratno ugrozila gospodarsku održivost i prouzročila gubitak vrijednosti sve imovine (čl. 11 st. 2). Drugi izuzetak se tiče korisnika programa pokajnika (*leniency program*), koji također odgovaraju samo svojim izravnim ili neizravnim kupcima ili dobavljačima, osim ako ostali oštećenici ne mogu dobiti potpunu naknadu štete od drugih poduzetnika koji su sudjelovali u istom kršenju prava tržišnog natjecanja (čl. 11 st. 4).

Kod povreda prava tržišnog natjecanja izuzetno je važno i pitanje prenošenja previsokih cijena kroz lanac proizvodnje i opskrbe (čl. 12–16). Međutim, ovaj aspekt je posebno kompliciran jer istodobno može poslužiti štet-

²⁷ Više o tome vidi: Lianos/Davis/Nebbia, str. 44–48.

²⁸ Komisija EU definirala je malo i srednje poduzetništvo (SME) u Preporuci iz 2003. (*Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises*, OJ L 124, 20. 5. 2003., str. 36–41). Kao dva odlučujuća kriterija uzima se broj zaposlenika i godišnji promet ili ukupna godišnja bilanca. Tako, u kategoriju malog poduzetništva spadaju subjekti koji imaju manje od 50 zaposlenih i i čiji godišnji promet i/ili ukupna godišnja bilanca ne prelazi 10 milijuna eura. U kategoriju srednjeg poduzetništva spadaju subjekti koji imaju manje od 250 zaposlenih i koji imaju godišnji promet koji ne prelazi 50 milijuna eura, i/ili ukupnu godišnju bilancu koja ne prelazi 43 milijuna eura.

ske zatezne kamate. Budući da Direktiva 2014/104/EU uopće ne spominje nematerijalnu štetu, može se zaključiti da je ZNŠTN-om pružen viši stupanj zaštite oštećenika. Očito je da je navedeno rješenje ZNŠTN-a nastalo u skladu s odredbom čl. 1046 ZOO-a.

ZNŠTN predviđa i oborive presumpcije štete i uzročno-posljedične veze, ali samo u slučaju nastanka štete počinjene u obliku kartela (čl. 5 st. 3 i 4).

ZNŠTN je uveo promjene i kod pristupa dokumentima u posjedu Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje: AZTN). Budući da čl. 47 ZZTN-a omogućuje pristup dokumentima samo strankama u postupku pred AZTN-om i to tek po primitku obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama, čl. 8 ZNŠTN-a regulira pristup dokumentima kako je i predviđeno *supra* navedenim čl. 6 Direktive 2014/14/EU, pri čemu dozvoljava pristup dokumentima i onim osobama koje nisu bile stranke u postupku pred AZTN-om.

U pogledu učinka odluka nadležnih tijela za provođenje prava tržišnog natjecanja, ZZTN je u čl. 69a st. 3 propisao da će nadležni sud pred kojim se vodi postupak naknade štete osobito uzeti u obzir pravomoćno rješenje AZTN-a kojim je utvrđena povreda odredaba tog Zakona ili čl. 101 i 102 UFEU-a, odnosno konačnu odluku Komisije EU kojom je utvrđena povreda čl. 101 i 102 UFEU-a. Budući da je pitanje učinka konačne odluke Komisije uređeno čl. 16 Uredbe 1/2003 o provedbi pravila o tržišnom natjecanju,⁴⁶ ZNŠTN-om je određeno da povreda prava tržišnog natjecanja koja je utvrđena pravomoćnom odlukom AZTN-a ili odlukom Visokog upravnog suda RH donesenom u upravnom sporu protiv rješenja AZTN-a smatra se nepobitno dokazanom za potrebe postupka naknade štete pokrenutog pred nadležnim sudom (čl. 11 st. 1).

Čl. 12 ZNŠTN-a uređena su pravila o početku i trajanju zastarnog roka. Uvodi se mješoviti subjektivno-objektivni rok od pet godina, koji počinje teći od dana prestanka povrede prava tržišnog natjecanja, te trenutka kada je oštećenik saznao ili mogao saznati za povredu prava tržišnog natjecanja, štetu i štetnika. Međutim, hrvatski zakonodavac je iskoristio mogućnost iz toč. 36 Preambule Direktive 2014/104/EU,⁴⁷ te je odredio i apsolutni zastarni rok koji traje 15 godina, a počinje teći od trenutka prestanka povrede prava tržišnog natjecanja. Time su uklonjeni nedostaci vezani za subjektivni zastrani rok od

⁴⁶ Uredba Vijeća (EZ) br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima 81 i 82 Ugovora o EZ-u, Tekst značajan za EGP, SL L 1, 4. 1. 2003.

⁴⁷ „Države članice trebale bi moći zadržati ili uvesti rokove apsolutne zastare koji imaju opću primjenu, pod uvjetom da trajanje takvih rokova apsolutne zastare ne čini praktički nemogućim ili pretjerano teškim ostvarivanje prava na potpunu naknadu štete.“

niku kao osnova oslobođenja odgovornosti (tzv. obrana prenošenjem), dok neizravnim oštećenima predstavlja temelj za naknadu štetu. Stoga, prema čl. 13, štetnik se može osloboditi odgovornosti, potpuno ili djelomično, ukoliko dokaže da je tužitelj u cijelosti ili djelomično prenio previsoku cijenu. S druge strane, Direktiva 2014/104/EU priznaje pravo na naknadu štete i neizravnim kupcima, koji moraju dokazati: da je tuženik počinio povredu prava tržišnog natjecanja; da je povreda prava tržišnog natjecanja dovela do previsoke cijene za izravnog kupca tuženika; te da je neizravni kupac kupio robu ili usluge koji su bili predmetom povrede prava tržišnog natjecanja ili je kupio robu ili usluge koji su iz njih izvedeni ili ih sadrže (čl. 14 st. 2).

U odnosu na kvantifikaciju nastale štete, Direktiva 2014/104/EU ne definira posebna pravila, već upućuje države članice da ni teret ni standard dokazivanja potreban za kvantifikaciju štete ne čini ostvarivanje prava na naknadu štete praktički nemogućim ili pretjerano teškim (čl. 17 st. 1), dok se nacionalni sudovi za pomoć pri određivanju iznosa pretrpljene štete mogu obratiti tijelima nadležnim za provođenje prava tržišnog natjecanja (čl. 17 st. 3). Međutim, odredbom čl. 17 st. 2 uvedena je presumpcija uzročno-posljedične veze, ali samo u slučaju povrede prava tržišnog natjecanja počinjenih u obliku kartela. Nedostatak pravila o kvantifikaciji štete pokušava se ispraviti donošenjem Praktičnog vodiča o kvantifikaciji štete u tužbama za naknadu štete temeljenima na povredi čl. 101 ili 102 UFEU-a.²⁹

Direktiva 2014/104/EU potiče subjekte ovog odštetnopravnog odnosa na sporazumno rješavanje sporova, slijedom čega u čl. 18 uređuje da zastara ne teče za vrijeme procesa sporazumnog rješavanja sporova, a čl. 19 uređuje učinak sporazumne nagodbe na naknade postupke naknade štete.

Nedostatak Direktive 2014/104/EU očituje se u izostanku materije kolektivne zaštite oštećenika. Iako su pravila o kolektivnoj zaštiti postojala u Prijedlogu Direktive iz 2013. godine,³⁰ te odredbe ipak nisu našle mjesto u Direktivi 2014/104/EU, što je vrlo vjerojatno povoljno utjecalo na brzinu usvajanja konačnog teksta, s obzirom na to da je ovo pitanje predstavljalo jedan od najvećih kamena spoticanja u vrijeme donošenja Zelene i Bijele knjige.³¹ S

²⁹ *Commission Staff Working Document – Practical Guide on Quantifying Harm in Actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union*, SWD (2013) 205, 11.6.2013. (u daljnjem tekstu: Praktični vodič).

³⁰ *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*, COM(2013) 404, 11. 6. 2013.

³¹ Iako se i u Zelenoj i u Bijeloj knjizi detaljnije raspravljalo o svrsi postojanja kolektivne zaštite u pravu tržišnog natjecanja, budući da bi se uslijed spajanja više manjih individualnih zahtjeva uštedilo na vremenu i novcu, obredbe o kolektivnoj tužbi nisu ušle u Prijedlog Direktive. Vidi: Milutinović,

obzirom na to da je ostala potreba da se na neki način uredi ovo pitanje, Komisija EU je 2013. objavila Preporuke o kolektivnoj zaštiti.³²

3. Odgovornost za štetu nastalu povredom pravila tržišnog natjecanja u pravu Bosne i Hercegovine

BiH je 15. veljače 2016. godine i službeno podnijela formalni zahtjev za članstvo u EU, a potpisivanjem Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između BiH i EU,³³ nastala je i pravna obaveza usklađivanja nacionalnog zakonodavstva sa pravnom stečevinom EU, što ujedno obuhvaća i područje odštetnog prava.³⁴

Za aspekt javnopravnog provođenja pravila tržišnog natjecanja (pravo konkurencije) u pravnom sustavu BiH može se reći da je u skladu s pravom EU. Uređujući materiju prava konkurencije po uzoru na države članice EU, BiH je 2001. donijela Zakon o konkurenciji,³⁵ ali zbog potrebe za daljnjim usklađivanjem ove oblasti s pravilima i propisima EU, donesen je novi Zakon o konkurenciji (dalje: ZOK).³⁶ Čl. 4 ZOK-a uređeni su zabranjeni sporazumi, a koji su definirani kao i u čl. 101 UFEU-a, dok je čl. 10 ZOK-a uređena zloupotreba vladajućeg položaja, također u skladu s čl. 102 UFEU-a. Nadležno tijelo za provedbu prava tržišnog natjecanja je Konkurencijsko vijeće (dalje: KV), čije su nadležnosti regulirane čl. 25 ZOK-a.

Međutim, ZOK ne sadrži pravila koja bi se primjenjivala u slučaju štete nastale kršenjem prava konkurencije, već je u čl. 43 st. 6 samo propisano da rješenje koje donosi KV nije od utjecaja na eventualnu kaznenu ili građan-

Veljko, Private Enforcement, u: Amato, Giuliano, Ehlermann, Claus-Dieter (ur.), *EC Competition Law, A critical Assessment*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, str. 750–756; *Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2005) 1732, para. 189; Bijela knjiga, str. 4.

³² *Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law*, OJ L 201, 26. 7. 2013, str. 60–65.

³³ Sporazum je potpisan 16. lipnja 2008. godine („Službeni glasnik BiH“, Međunarodni ugovori, XII/VIII, br. 10), a stupio je na snagu 1. lipnja 2015. godine (*Stabilisation and Association Agreement between the European Communities and their Member States, of the one part, and Bosnia and Herzegovina, of the other part*, OJ L 164, 30. 6. 2015).

³⁴ Direktiva 2014/104/EU nije jedina direktiva EU iz područja odštetnog prava. Više vidi: Bolanča Kekez, Đurđa, „O utjecaju europskog odštetnog prava na odštetno pravo Bosne i Hercegovine“, *Pravna riječ – časopis za pravnu teoriju i praksu*, 47/2016, XII, Banja Luka, str. 299–315.

³⁵ „Službeni glasnik BiH“, br. 30/01.

³⁶ „Službeni glasnik BiH“, br. 48/05, 76/07 i 80/09.

sku odgovornost o kojoj odlučuju nadležni sudovi.³⁷ Stoga, u slučaju povrede prava tržišnog natjecanja, primjenjuju se opća pravila odgovornosti za štetu ZOO-a BiH, pa ukoliko nastane šteta, u nacionalnom građanskom postupku se određuje osnovanost i visina zahtjeva, primjenjujući nacionalno zakonodavstvo. Bez obzira na nepostojeću praksu pred nadležnim sudovima u BiH, može se zaključiti kako postoje dvije interesne skupine za pokretanje postupka naknade štete – gospodarski subjekti koji nisu bili dio protukonkurentskih radnji, te potrošači.³⁸

Primjenjujući opća pravila ZOO-a BiH na postupke naknade štete nastale povredom prava tržišnog natjecanja, mogu se uočiti isti ili slični nedostaci koje su se ranije isticali u pripremnim dokumentima Komisije EU u odnosu na nacionalne propise većine država članica EU.

Prema čl. 154 ZOO-a BiH, štetnik odgovara na temelju krivnje, dok se prema čl. 158 ZOO-a BiH smatra da krivnja postoji kada je štetnik prouzrokovao štetu namjerno ili nepažnjom. Direktiva 2014/104/EU nije izričito isključila krivnju kao jednu od pretpostavki odgovornosti za štetu, ali je uputila države članice da tumačenje bilo koje pretpostavke odgovornosti za štetu ne smije oštećenika dovesti u položaj da mu je ostvarivanje zajamčenog prava na naknadu štete pretjerano otežano ili praktični nemoguće.³⁹ S druge strane, u pripremnim dokumentima stav Komisije EU je da se treba potaknuti države članice da uvedu odgovornost bez obzira na krivnju.⁴⁰

Obujam štete definiran je čl. 155 ZOO-a BiH, prema kojem šteta obuhvaća umanjene nečije imovine (obična šteta) i sprečavanje njezina povećanja (izmakla korist), a i nanošenje drugom fizičkog ili psihičkog bola ili straha (nematerijalna šteta). U odnosu na obujam štete definiran čl. 3 st. 2 Direktive 2014/104/EU, odredba ZOO-a BiH omogućava naknađivanje šireg obujam štete, međutim takvo rješenje se ne bi smatralo odstupanjem od Direktive 2014/104/EU.

Prema čl. 37 ZOK-a, pristup dokumentima u posjedu KV-a dostupan je

³⁷ Ovakvim rješenjem u ZOK-u ostavljena je mogućnost individualne i skupne zaštite pred sudovima za subjekte koji su pogođeni postupanjem protivna pravilima o zaštiti kokurencije. Vidi: Pilatić, Maja, *Zabranjeni sporazumi u pravu konkurencije U Bosni i Hercegovini i Europskoj uniji*, Mostar, 2015. (magistarski rad), str. 97–99.

³⁸ Prema čl. 123 Zakona o zaštiti potrošača BiH („Službeni glasnik BiH“, br. 25/06, 88/15), kao i čl. 136 st. 5 Zakona o zaštiti potrošača Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, br. 6/12, 63/14 i 18/17), udruženja potrošača su ovlaštena tražiti naknadu za štetu nanесenu kolektivnim interesima potrošača, pa mogu pokrenuti i voditi sporove pred sudovima za naknadu štete nastalu povredom pravila konkurencije.

³⁹ Preambula Direktive 2014/104/EU, toč. 11.

⁴⁰ Zelena knjiga, str. 6–7; Bijela knjiga, str. 6–7.

samo strankama u postupku. Na zahtjev stranke, KV će napraviti preslik spisa ili pojedinih isprava dostavljenih od drugih stranaka. Navedenom odredbom isključene su osobe koje nisu stranke postupka pred KV-om, što otežava položaj oštećenika kojem je nastala šteta postupanjem poduzetnika o čijem se postupanju raspravljalo u postupku pred KV-om, te čija stranka oštećenik nije bio.

Konačna rješenja KV-a nemaju utjecaja na eventualnu kaznenu ili građansku odgovornost štetnika (čl. 43 st. 6 ZOK-a), što znači da se oštećenik ne može pozvati na odluku o utvrđenoj povredi prava tržišnog natjecanja, već sam mora dokazivati štetnu radnju poduzetnika. Navedeno rješenje u potpunosti nije u skladu sa *supra* navedenim čl. 9 st. 1 Direktive 2014/104/EU o učinku odluka nacionalnih nadležnih tijela.

Potraživanje naknade štete uređeno je čl. 376 ZOO-a BiH, koji u st. 1 uređuje subjektivni rok od tri godine koji teče od dana kada je oštećenik saznao za štetu i osobu koja je štetu prouzročila, dok u st. 2 određuje objektivni rok od pet godina koji teče od dana kada je šteta nastala. Oba zastarna roka mogu se smatrati neprimjerenim iz aspekta povreda prava tržišnog natjecanja, te nisu sukladna Direktivi 2014/104/EU. Prvi nedostatak se očituje u njihovom kratkom trajanju jer oštećeniku može trebati duže vrijeme da sazna za štetu koju tek može povezati sa štetnikom. Drugo, povreda prava tržišnoga natjecanja može trajati kroz duže vrijeme ili se kontinuirano ponavljati, slijedom čega može proteći zastarni rok, a da štetna radnja nije niti završila. I treće, zastarni rokovi ne uzimaju u obzir trenutak prestanka štetne radnje, slijedom čega rokovi mogu proteći, a da štetna radnja još uvijek traje.

Iz izloženog se može vidjeti da opća pravila izvanugovorne odgovornosti za štetu iz ZOO-a BiH stavljaju oštećenika u pravu tržišnog natjecanja u izuzetno težak položaj, te ugrožavaju ostvarivanje prava na naknadu štete.

4. Implementacija Direktive 2014/104/EU u pravni sustav RH

Prije stupanja na snagu ZNŠTN-a, institut odgovornosti za štetu nastalu povredom prava tržišnoga natjecanja nije bio posebno uređen u pravom poretku RH, već su se u slučaju nastanka štete primjenjivala opća pravila izvanugovorne odgovornosti za štetu iz odredaba čl. 1045–1110 Zakona o obveznim odnosima,⁴¹ a u postupcima pred sudovima su se primjenjivala pravila

⁴¹ NN br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15 (u daljnjem tekstu: ZOO).

Zakona o parničnom postupku.⁴² Zakon o zaštiti tržišnoga natjecanja⁴³ i dalje ne sadržava odredbe u pogledu naknade štete, osim što u čl. 69a označava trgovačke sudove nadležnim u postupcima za naknadu štete.

Međutim, implementiranjem odredaba Direktive 2014/104/EU situacija se bitno mijenja.⁴⁴ Usvajanjem novog ZNŠTN-a, institut odgovornosti za štetu nastalu povredom prava tržišnog natjecanja biva uređen posebnim zakonom, dok se pravila ZOO-a i ZPP-a mogu primjenjivati jedino ako određeno pitanje nije uređeno ovim zakonom (čl. 4 ZNŠTN-a). Za razliku od većine država članica EU, RH je obvezu implementiranja ispunila donošenjem potpuno novog zakona kojim se uređuju postupci naknade štete nastale povredom prava tržišnoga natjecanja. Takav nomotehnički izbor zakonodavca opravdava se specifičnošću predmetne materije, koja se za buduću primjenu želi sažeti na jednom mjestu u obliku *lex specialis*.

Odredbe ZNŠTN-a jedinstveno se primjenjuju u slučaju štete nastale povredom EU prava tržišnog natjecanja, nacionalnog prava tržišnog natjecanja kada se ono primjenjuje usporedno s čl. 101 i 102 UFEU-a, te povredom nacionalnog prava tržišnog natjecanja koja ne utječe na trgovinu među državama članicama EU. Uvođenjem odredbe čl. 3 toč. 1 i 5 ZNŠTN-a, hrvatski zakonodavac je proširio primjenu ovog zakona i preko granice određene u toč. 10 Preambule Direktive 2014/104/EU.⁴⁵

Najvažnija promjena očituje se u pravnoj kvalifikaciji ovog instituta. Dok su se ranije primjenjivala pravila čl. 1045 ZOO-a o izvanugovornoj subjektivnoj odgovornosti za štetu, prema čl. 5 st. 2 ZNŠTN-a štetnik koji proizvede štetu povredom prava tržišnog natjecanja odgovara bez obzira na krivnju (objektivna odgovornost za štetu). To znači da oštećena osoba treba dokazati štetnu radnju, štetu, uzročno-posljedičnu vezu između štetne radnje i štete, te protupravnost u objektivnom smislu, ali više ne i krivnju štetnika.

Obujam štete šire je određen nego je to učinjeno čl. 3 st. 2 Direktive 2014/104/EU. Stoga, prema odredbi čl. 5 st. 1 ZNŠTN-a moguće je ostvariti potpunu naknadu imovinske štete, popravljanje neimovinske štete, te zakon-

⁴² NN br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14.

⁴³ NN br. 79/09, 80/13 (u daljnjem tekstu: ZZTN).

⁴⁴ Vidi i: Josipović, Tatjana, *The Impact of Directive 2014/104/EU on Antitrust Damage Actions on Croatian Private Law*, u: Jurčova/ Novotna, (ur.), *Damages as a remedy in private law*, Leges, Praha, 2016

⁴⁵ „Ova direktiva ne bi trebala utjecati na postupke za naknadu štete zbog kršenja nacionalnog prava tržišnog natjecanja koja ne utječu na trgovinu među državama članicama u smislu članka 101 ili članka 102 UFEU-a.“

tri godine iz čl. 230 st. 1 ZOO-a, koji teče od trenutka spoznaje štete i osobe štetnika, te objektivnog zastarnog roka od pet godina iz čl. 230 st. 2 ZOO-a, koji teče od trenutka nastanka štete.

Stupanjem na snagu ZNŠTN-a 22. srpnja 2017, u hrvatskom odštetnom pravu uređen je novi institut odgovornosti za štetu nastalu povredom prava tržišnog natjecanja. Osim što je odredbama ZNŠTN-a ispunjena obveza implementacije Direktive 2014/104/EU, novim pravilima su izmijenjena rješenja koja su se ranije smatrala otežavajućim za oštećenike u postupcima naknade štete.

Zaključak

Pravo tržišnog natjecanja od posebnog je interesa za EU, budući da održavanje poštene tržišne utakmice i visoke razine kompetitivnosti natjecatelja dovodi do širokog pristupa potrošača proizvodima i uslugama na cijelom unutarnjem tržištu. Upravo zato i ne čudi kontinuirana intervencija europskog zakonodavca i uređivanje pravila. Iako se radi o području prava koje je u nadležnosti tijela EU, pogotovo aspekt javnopravnog provođenja pravila tržišnog natjecanja, privatnopravna zaštita osoba kojima je šteta nastala povredom tih pravila i dalje je prvenstveno u nadležnosti država članica EU. Ipak, pitanje ostvarivanja prava na naknadu štete nastale povredom prava tržišnog natjecanja predstavlja pravo zajamčeno pravom EU, usljed čega je nastala i potreba za stvaranjem usklađenih pravila na razini EU, čime bi se oštećenima mogla pružiti podjednaka zaštita u svih 28 država članica.

Direktiva 2014/104/EU ima za cilj postizanje kompenzacije oštećenika, ali i sprječavanje budućeg kršenja pravila tržišnog natjecanja, što je u konačnici i više nego očito u izloženim odredbama. Pravila Direktive 2014/104/EU dobro su prihvaćena u onim državama članicama koje su i ranije imale uređena pravila za naknadu štete u pravu tržišnog natjecanja, ali i gdje je svijest oštećenika o ostvarivanju prava na naknadu štetu već razvijena (primjerice, Njemačka, Ujedinjeno Kraljevstvo i Nizozemska), što je dovelo i do bogate sudske prakse koja je u mogućnosti odgovoriti na pojedine izazove ovog instituta.

RH predstavlja državu članicu koja prije implementacije Direktive 2014/104/EU nije imala razvijena posebna pravila o odgovornosti za štetu nastalu povredom prava tržišnog natjecanja. Primjenjujući tek opća pravila

odštetnog i postupovnog prava, položaj oštećenika je bio znatno otežan, što je vjerojatno uzrokovalo da i u nekoliko pokrenutih postupaka naknade štete pred hrvatskim sudovima, oštećenici nisu uspjeli sa svojim odštetnim zahtjevom. Stupanjem na snagu ZNŠTN-a, nova materijalna i postupovna pravila su uvedena u hrvatski pravni sustav, čime je istodobno ispunjena obveza implementacije Direktive 2014/104/EU, ali i znatno poboljšan položaj oštećenika, kojima je pružen visoki stupanj zaštite. Tek sada predstoji razdoblje u kojem će se dobiti i odgovori sudske prakse o primjenjivosti novih odredaba.

BiH, nalazeći se na putu ulaska u EU, ima obvezu usklađivanja nacionalnog zakonodavstva s europskim *acquis communautaire*. To će biti slučaj i s predmetnom direktivom, budući da trenutno ne postoje pravila koja bi bila u skladu s njezinim rješenjima. Polazeći od pravne sličnosti s položajem RH prije donošenja ZNŠTN-a, rješenja ZNŠTN-a mogu poslužiti BiH kao valjan primjer za implementiranje Direktive 2014/104/EU.

Literatura

Bolanča Kekez, Đ., „O utjecaju europskog odštetnog prava na odštetno pravo Bosne i Hercegovine“, *Pravna riječ – časopis za pravnu teoriju i praksu*, 47/2016, XII, Banja Luka.

Green P. Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM (2005) 0672 final, 19. 12. 2005.

Josipović, T., *Načela europskog prava u presudama Suda Europske zajednice*, Narodne novine, Zagreb, 2005.

Josipović, T., The Impact of Directive 2014/104/EU on Antitrust Damage Actions on Croatian Private Law, u: Jurčova/ Novotna, (ur.), *Damages as a remedy in private law*, Leges, Praha, 2016.

Lianos, J., Davis, Nebbia P., *Damages Claims for the Infringement of EU Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

Milutinović, V., Private Enforcement, u: Amato, Giuliano, Ehlermann, Claus-Dieter (ur.), *EC Competition Law, A critical Assessment*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007.

Paulis, E., Becker, R., Bessot N., De Smijter E., The White Paper on Anti-

trust Damages Action, u: Baudenbacher, Carl (ur.), *Current Developments in European and International Competition Law*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2008.

Pilatić, M., *Zabranjeni sporazumi u pravu konkurencije u Bosni i Hercegovini i Europskoj uniji* (magistarski rad) Mostar, 2015.

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, COM (2013) 404, 11.6.2013.

Sporazum o stabilizaciji i pristupanju između europskih zajednica i njihovih država članica, s jedne strane, i Bosne i Hercegovine, s druge strane („Službeni glasnik BiH“, Međunarodni ugovori, XII/VIII, br. 10)/*Stabilisation and Association Agreement between the European Communities and their Member States, of the one part, and Bosnia and Herzegovina, of the other part* (OJ L 164, 30. 6. 2015).

Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Comparative report, dostupno na: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf

Ugovor o Europskoj uniji (*Treaty of Maastricht on European Union*), 1992.

Ugovor o Europskoj uniji i Ugovor o funkcioniranju Europske unije – konsolidirana verzija (SL C 202, 7. 6. 2016).

Ugovor o Europskoj zajednici ugljena i čelika (*Treaty establishing the European Coal and Steel Community*), 1951.

Uredba Vijeća (EZ) br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima 81 i 82 Ugovora o EZ-u (SL L 1, 4.1.2003).

White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM (2008) 0165 final, 02.04.2008.

Zakon o konkurenciji („Službeni glasnik BiH“, br. 30/01).

Zakon o konkurenciji („Službeni glasnik BiH“, br. 48/05, 76/07 i 80/09).

Zakon o obligacionim odnosima („Službeni list SFRJ“, br. 29/78, 39/85,

45/89 I 57/89; „Službeni list RbH“, br. 2/92, 13/93 i 13/94; „Službeni glasnik RS“, br. 17/93 i 3/96).

Zakon o obveznim odnosima („Narodne novine“, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15).

Zakon o parničnom postupku („Narodne novine“, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14).

Zakon o postupcima naknade štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja („Narodne novine“, br. 69/17).

Zakon o zaštiti potrošača BiH („Službeni glasnik BiH“, br. 25/06, 88/15).

Zakon o zaštiti potrošača Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, br. 6/12, 63/14 i 18/17).

Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja („Narodne novine“, br. 79/09, 80/13).

C-127/73 *BRT v. SABAM* (1974), ECR 51.

C-295/04 - C-298/04 *Vincenzo Manfredi et al v. Lloyd Adriatico et al* (2006.), ECR I-6619.

C-453/99 *Courage v. Crehan* (2001), ECR I 6297.

Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law (OJ L 201, 26.7.2013).

Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises (OJ L 124, 20.5.2003).

Commission Staff Working Document – Practical Guide on Quantifying Harm in Actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the TFEU,
SWD (2013) 205, 11.6.2013.

Commission Staff Working Paper, Accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2008) 165 final, 02.04.2008.

Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2005) 672 final, 19.12.2005.

Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC (2005) 1732.

Direktiva 2014/104/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. studenoga 2014. o određenim pravilima kojima se uređuju postupci za naknadu štete prema nacionalnom pravu za kršenje odredaba prava tržišnog natjecanja država članica i Europske unije (SL L 349, 5. 12. 2014).

DAMAGES CLAIMS FOR THE INFRINGEMENTS OF COMPETITION LAW

Đurđa Bolanča Kekez, mag. iur.*

Summary

Breaches of competition law have negative effects on the relevant market as well as on the participants of the affected market. Protection of the market and competition is provided through the public enforcement where competent authorities investigate and sanction violators. On the other hand, injured participants, individuals or undertakings, can obtain civil law remedies in private proceedings, such as nullity of a contractual obligation, injunction, or an award of damages. To obtain damages award injured person must prove a breach of competition law provision, sustained harm, and a causal relationship between the harm and an infringement of competition law provision. Although the compensation for injured represents the first and the main goal of private enforcement, the other role could be observed through the deterrence effect on future violators of competition law provisions. That was a path pursued by the creators of the Directive 2014/104/EU on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the Member States and EU competition law provisions. This paper analyses

* University of Split, Faculty of Law

the development of tort liability for the infringements of competition law within the European Union law, but also in Croatian law, after the adoption of the Procedure on damages actions for infringements of the competition law Act. Those new substantive and procedural rules from Croatian tort law may serve as a good example for the Bosnia and Herzegovina when adopting Directive 2014/104/EU, since there are no special rules on this matter.

Keywords: *tort liability, damages claims, competition law, Directive 2014/104/EU, harmonisation, Procedure on damages actions for infringements of the competition law Act*

КОНТРАМЕРЕ У ПРАВНОМ СИСТЕМУ СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ¹

Др Урош Здравковић*

Апстракт: *Контрамере у облику суспензије концесија и других обавеза из обухваћених споразума представљају крајње средство у остваривању правне заштите у оквиру механизма решавања спорова пред Светском трговинском организацијом (даље и: СТО). Контрамере може применити чланица СТО против друге чланице, уколико та друга чланица, по окончању међусобног спора, не спроведе препоруке које су јој упућене од стране органа СТО, а са циљем усаглашавања њених унутрашњих мера са правилима СТО. У литератури се често полемисе око тога да ли применом контрамера треба да се успостави нова статика у међусобној трговини, посредством ребаланса тарифних концесија (што заговарају заступници реторзије), или њихова примена треба да успостави динамичан однос који би резултовао повратком нивоа трговинске размене на првобитно испреговарани ниво. Да би се одобрила примена контрамера, потребно је да буду испуњени услови процедуралног и материјалног карактера, о чему се старају одговарајући органи СТО. Висина суспензије коју примењује чланица СТО исказује се у монетарној форми и она мора одговорати висини штете коју изазивају несагласне мере друге чланице.*

Кључне речи: *Светска трговинска организација, решавања спорова, трговинске контрамере, DSU споразум.*

* Правни факултет Универзитета у Нишу, Трг краља Александра 11, 18000, Ниш,
e-mail: uros@prafak.ni.ac.rs

¹ Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта „Усклађивање права Републике Србије са правом Европске уније“, који спроводи Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018. године.

1. Уводне напомене

Контрамере у форми суспензије концесија и других обавеза представљају крајње средство заштите које омогућава правни систем Светске трговинске организације, посредством механизма за решавање спорова предвиђеног *DSU* споразумом (*Dispute Settlement Understanding*).² Контрамере може применити чланица СТО према другој чланици уколико су кумулативно испуњени следећи услови:

а) да је чланица која намерава да примени контрамере претходно водила спор пред органима СТО против те друге чланице³;

б) да је спор исходовао сачињавањем одговарајућег извештаја од стране судећих тела СТО (панела или Апелационог тела) у којем се утврђује да тужена чланица примењује мере које су несагласне са обухваћеним споразумима⁴;

в) да је туженој чланици СТО, посредством извештаја, препоручено да своје мере усагласи са нормама и принципима СТО;

г) да је Орган за решавање спорова (ОРС), у својству врховног тела надлежног за спорове пред СТО, усвојио извештај који садржи препоруке туженој чланици;

д) да чланица СТО, на коју се односе препоруке, није спровела препоруке, или их је спровела на начин који није у сагласности са обухваћеним споразумима; и

ђ) да је ОРС одобрио чланици СТО примену контрамера.

Контрамере се могу описати као најделикатнији и најконтроверзнији аспект *DSU* система. Представљају крајње **средство** у остваривању правне заштите у оквиру *DSU* механизма и могу се спровести на два начина: а) **путем суспензије тарифних концесија** и б) **путем суспензије осталих обавеза** које произлазе из обухваћених споразума.

² *DSU* је основни процесноправни извор за решавање спорова између чланица СТО. У формалноправном смислу, представља Анекс II Споразума о оснивању СТО. Видети више: У. Здравковић, „Мултилатерални систем решавања међудржавних трговинских спорова од *GATT*-а 1947. до оснивања Светске трговинске организације”, *Страни правни живот*, бр. 3, 2015, стр. 199–212, с. 207–208.

³ Видети више о систему решавања спорова пред СТО: А. Тирић, „Поступак решавања спорова пред Светском трговинском организацијом“, *Правни живот*, бр. 11, том 3, 2010, стр. 313–328.

⁴ „Обухваћени споразуми“ (енг. *covered agreements*) су споразуми из пакета права СТО услед чије повреде чланица СТО може покренути процедуру правне заштите пред органима СТО против друге чланице, која врши повреду. Дефинисани су у Апендиксу I *DSU* Споразума. Видети више: П. Цветковић, *Увод у право Светске трговинске организације*, Ниш, 2010, стр. 17–20; У. Здравковић, *Решавање спорова пред Светском трговинском организацијом и границе меродавног права*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 72, 2016, стр. 311–328, с. 313–314.

Примена контрамера, односно суспензија концесија и других обавеза, не сме се тумачити као коначни циљ, нити крајњи исход спора између чланица СТО. Искључиви циљ контрамера је привремено превазилажење периода до потпуне имплементације препорука ОРС-а и усаглашавања унутрашњих мера чланице са правом СТО. Фундаментална сврха контрамера (енг. „retaliations“) састоји се у вршењу притиска на тужену чланицу СТО да своје мере усклади са правом СТО. Контрамере имају задатак да подстакну („индукују“) усаглашавање мера, што је и основни разлог њиховог привременог карактера,⁵ и истовремено најпожељнији исход спора.

У овом раду говори се о појму и општим карактеристикама контрамера у контексту правног система СТО, уз фрагментарно приказивање појединих аспеката овог феномена. Указује се на дуалну концепцију контрамера у погледу циљева који њиховом применом треба да се постигну. Ти циљеви могу се састојати у постизању ефекта реципроцитета или ефекта благостања. Надаље се говори о принципима за примену контрамера у праву СТО, почевши од формалних процесноправних услова за њихово одобрење, преко материјалноправних претпоставки за примену контрамера, до поступка пред арбитражама у случају спора између чланица СТО поводом испуњења принципа за њихову примену. Након ових излагања, пажња је посвећена износу контрамера, односно захтевима у погледу висине суспензије концесија и других обавеза. На крају рада, говори се о условима у вези са дужином трајања примене контрамера према чланица СТО.

2. Дуална концепција контрамера

Контрамере представљају последње средство заштите чија примена производи ефекат ограничавања трговине. По природи коју поседују, оне се не уклапају у контекст општег циља СТО – либерализацију трговине. Примена контрамера настаје као одговор на „изворно“ противправно понашање, које је било повод за покретање процедуре решавања

⁵ Видети Одлуку Арбитраже у спору *EC — Bananas III (US) (Article 22.6 — EC)*, пар. 6.3, цео назив предмета: *Decision by the Arbitrators, European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas — Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU, WT/DS27/ARB*, 9 April 1999, DSR 1999:II, 725 и Одлуку Арбитраже у спору *EC — Bananas III (Ecuador) (Article 22.6 — EC)*, пар. 76, цео назив предмета: *Decision by the Arbitrators, European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas — Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU, WT/DS27/ARB/ECU*, 24 March 2000, DSR 2000:V, 2237.

спорова. Њихова примена доводи, стога, до парадоксалне ситуације која полази од претпоставке да ће два „зла“ поново учинити ствари исправним.

Контрамерама се тешко може постићи селективно дејство. Поред привредника у чланици СТО према којој су уперене, услед међусобне трговинске размене, оне неизоставно погађају и домаће привреднике. Због тога одређени аутори негирају да контрамере имају довољно економског смисла, и да у многим случајевима представљају „**пуцањ у сопствену ногу**“.⁶ У вези са овим питањем јављају се два приступа који различито посматрају ефекте и циљеве контрамера: **концепт реципроцитета и концепт благостања**.

Концепт реципроцитета заснован је на теорији трговинских уговора коју су успоставили професори Багвел (Bagwell) и Штајгер (Staiger).⁷ Овај концепт полази од тога да, у ситуацији када јој норме СТО дозвољавају, чланица СТО има право да примени контрамере, односно да трговину са другом чланицом изложи ограничењу, како би се повратио баланс вредности увоза и извоза између две чланице. Тиме се постиже да изворна несагласна мера и контрамера производе једнак ефекат на ниво међусобне трговинске размене⁸, али са две супротне позиције. Стога, ниво суспензије треба да буде предмет калкулације која за циљ има успостављање ширег ребаланса трговинске скале између чланица СТО на основу новонасталих околности.⁹

Поједностављена манифестација реципрочног концепта контрамера може се појаснити следећим примером: држава А и држава Б су међусобно уговориле трговинске концесије које омогућавају одређени баланс у погледу нивоа трговинске размене. Након извесног времена, држава А почиње са применом мера које ремете симетрију

⁶ С. Р. Bown, J. Pauwelyn, „Introduction: trade retaliation in WTO dispute settlement: a multidisciplinary analysis“, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, edited by Chad P. Bown and Joost Pauwelyn, Cambridge University Press, 2010, стр. 1–20, с. 4.

⁷ Ови аутори полазе од теорије равнотеже (еквибријума), која може имати своју општу и парцијалну манифестацију. Концепт који они заговарају тумачи се као модел опште равнотеже која се остварује тако што се трговина одређеном робом услови постицањем свеукупног трговинског баланса између територија које тргују. Видети: К. Bagwell, R. Staiger, Reciprocity, „Non-discrimination and Preferential Agreements in the Multilateral Trading System“, *European Journal of Political Economy*, Vol. 17(2), 2001, стр. 281–325, *passim*; К. Bagwell, R. Staiger, *The Economics of the World Trading System*, Cambridge, 2002, *passim*.

⁸ С. Р. Bown, M. Ruta, „The economics of permissible WTO retaliation“, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, edited by Chad P. Bown and Joost Pauwelyn, Cambridge University Press, 2010, стр. 149–193, с. 155.

⁹ А. О. Sykes, „Optimal sanctions in the WTO: the case for decoupling (and the uneasy case for the *status quo*)“, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, edited by Chad P. Bown and Joost Pauwelyn, Cambridge University Press, 2010, стр. 339–354, с. 347–350.

успостављену на основу испреговараних концесија. Као одговор, држава Б према држави А уводи мере које, подједнако као и мере државе А, делују на међусобну трговину. На тај начин долази до успостављања нове симетрије која неутралише насталу девијацију (попут полуге коју треба подједнако скратити са обе стране ослонца како би остала у равнотежи).

На основу ове анализе може се закључити да концепт реципроцитета примарно одговара корективној правди. Између трговинских партнера успоставља се **нова статика** која подразумева новоуспостављени баланс у трговинским концесијама. Самим тим, концепт реципроцитета није усмерен ка дугорочном циљу који подразумева промену понашања и враћање баланса концесија на првобитно испреговарани ниво.

Аутори који заговарају концепт реципроцитета су склони да контрамере посматрају као средство одмазде (енг. *retaliation*), односно казне за чланицу СТО за коју се утврди да није спровела препоруке ОРС, и да степен казне треба да одговара степену прекршаја.¹⁰ Заступници теорије реципроцитета наглашавају позитивне ефекте које контрамере могу произвести на благостање, а да притом не представљају „пуцањ у сопствену ногу.“ Уколико контрамере примењује чланица СТО чија је економија способна да утиче на светске цене производа који су предмет контрамера, и уколико се додатна царинска тарифа подеси на оптимални ниво, контрамере би требало да повећају укупни ниво благостања у чланици која их примењује.¹¹ То показују и поједине емпиријске студије. На пример, у спору *US-FCS*, контрамере ЕЗ су у одређеној мери повећале привредни раст у Заједници, чак и у комбинацији са применом несагласних мера САД.¹² Показало се да су и арбитраже, у својству тела која решавају спорове поводом захтева за одобрење контрамера, склоне да примењују концепт реципроцитета приликом израчунавања износа суспензије.

Треба указати и на ставове који говоре о томе да је реципроцитет као средство неподобан за постизање економских циљева. Концепт реципроцитета произашао је из међународног права и међународних односа, а не из економије. У том смислу је, истиче се, беспредметно тражити било какву релевантну везу између реципроцитета и еквиваленције економских контрамера. Први појам има правно-политички, док други поседује економски смисао. Другим речима, не може једно правно-

¹⁰ N. Lockhart, „Comment on chapter 4: ‘The law of permissible WTO retaliation’ by Thomas Sebastian“, *The Law, Economics and Politics of Retaliation...*, стр. 128–134, с. 130.

¹¹ H. Nordström, „The politics of selecting trade retaliation in the European Community: a view from the floor“, *The Law, Economics and Politics of Retaliation...*, стр. 267–276, с. 274–275.

¹² F. Breuss, „A general equilibrium interpretation of some WTO dispute settlement cases: four EU-US trade conflicts“, *The Law, Economics and Politics of Retaliation...*, стр. 503–511, с. 505–506.

политичко средство, попут реципроцитета, бити подобно за постизање економских циљева, као што је успостављање нове симетрије трговинске размене. Како је истакао некадашњи генерални директор *GATT*-а, Артур Дункел, „*реципроцитет се не може тачно одредити, већ се око њега само може постићи сагласност.*“¹³ Ова изјава говори о чисто политичкој природи реципроцитета, као „оруђу“ које није, нити може бити, прецизно изоштено за прекрајање нивоа трговинске размене.

Концепт благостања (енг. *welfare*) критикује тезу реципроцитета и истиче да контрамере не треба да представљају облик реторзије ради успостављања ребаланса трговинских концесија, већ треба да буду усмерене ка поновном успостављању понашања у складу са правилима СТО. Тиме се доприноси дистрибутивној правди и свеопштем благостању.¹⁴ Ипак, ваља истаћи да концепт благостања не игнорише потребу за компензацијом штете која је настала услед несагласних мера. Међутим, према овом концепту, компензација не представља циљ, већ само привремено средство које ће помоћи (**индуковати**) реализацију главног циља, а то је усаглашавање са правом СТО.¹⁵ За разлику од концепта реципроцитета, који подразумева успостављање нове статике у међусобним трговинским односима, концепт благостања заговара **динамичан однос** током којег тужена чланица СТО треба постепено да се доведе до стања које подразумева понашање у потпуној сагласности са правом СТО.

¹³ GATT Press Release 1312, 5 March 1982, Наведено у: А. Winters, „Comment on Chapter 6: ‘The economics of permissible WTO retaliation’ by C. P. Bown and Michele Ruta“, *The Law, Economics and Politics of Retaliation...* стр. 194–197, с. 195.

¹⁴ Дистрибутивна правда подразумева општу корист која произлази из правилног понашања сваког појединачног члана одређене заједнице. У контексту СТО, дистрибутивна правда се остварује посредством правилног понашања свих њених чланица, односно понашања које је усклађено са нормама обухваћених споразума. Систем решавања спорова пред СТО треба да омогући заштиту дистрибутивне правде, односно поновно успостављање, у ситуацији када дође до њеног нарушавања од стране поједине чланице СТО. Дистрибутивна правда се у том случају остварује позитивном променом понашања чланице, од чега колективну корист уживају све остале чланице СТО. Дистрибутивна правда је основни модалитет правде унутар СТО. Видети више: У. Здравковић, „Концепт дистрибутивне правде у Светској трговинској организацији“, *Право и привреда*, бр. 7-9, 2016, стр. 286–296.

¹⁵ Видети: Р. Mavroidis, „Comment on chapter 16: ‘Optimal sanctions in the WTO: the case for decoupling (and the uneasy case for the *status quo*)’ by Alan O. Sykes“, стр. 355–359; W. Davey, „Sanctions in the WTO: problems and solutions“, стр. 360–372; J. Jackson, „Comment on chapter 2: ‘The calculation and design of trade retaliation in context: what is the goal of suspending WTO obligations’ by Josst Pauwelyn“, стр. 66–69; G. Shaffer, D. Ganin, „Extrapolating purpose from practice: rebalancing or inducing compliance“, стр. 73–85, У: *The Law, Economics and Politics of Retaliation...*

Концепт благостања се разликује од концепта реципроцитета и када је у питању утврђивање износа суспензије. Износ контрамера не треба одређивати са циљем поновног успостављања трговинске симетрије између две стране које тргују (што заговарају заступници реторзије), него са циљем стављања оштећене стране у ону позицију у којој би се налазила да није дошло до примене противправних мера.¹⁶ У фокусу је, дакле, нето економски губитак проузрокован несагласном мером.

За систем контрамера у оквиру *DSU* не може се закључити да искључиво усваја концепт реципроцитета или концепт благостања, већ да представља комбинацију оба концепта. Са једне стране, систем контрамера ослоњен је на принцип еквиваленције између нивоа штете и нивоа суспензије. Ниво суспензије мора бити избалансиран са нивоом штете да би ОРС могао да одобри контрамере. У том погледу, систем контрамера одговара концепцији реципроцитета. Међутим, са друге стране, крајњи циљ суспензије се огледа у подстицању тужене чланице да што пре своје мере усагласи са нормама СТО. Контрамере служе само као привремено средство. На основу тога, систем контрамера одбацује тезу нове статике, и усмерен је ка будућности и остваривању дистрибутивне правде. Овај сегмент контрамера одговара концепту благостања. Можемо, дакле, закључити да концепт реципроцитета (као краткорочни циљ) и концепт благостања (као дугорочни циљ) представљају два стуба система контрамера у праву СТО.

3. Процесноправне претпоставке за одобрење контрамера

3.1. Захтев за одобрење контрамера

Поступак одобрења суспензије покреће се захтевом чланице СТО – тужиоца, након истека рока за имплементацију препорука које су садржане у одговарајућем извештају сачињеног од стране судећег тела СТО (панела или Апелационог тела), поводом меритума спора. Захтев за суспензију концесија или других обавеза тужилац упућује ОРС-у, при чему мора, као минимум, навести:

- а) конкретни износ намераване суспензије и
- б) споразум и сектор из којих ће концесије или друге обавезе бити суспендоване.¹⁷

¹⁶ S. Schropp, „The equivalence standard under Article 22.4 of the DSU: a ‘tariffic’ misunderstanding?“, *The Law, Economics and Politics of Retaliation...*, стр. 446–502, с. 457–467.

¹⁷ Видети Одлуку Арбитраже у спору *EC — Hormones (US) (Article 22.6 — EC)*, пар. 16. Цео

Захтев за одобрење примене контрамера може упутити искључиво чланица СТО која је учествовала са легитимацијом тужиоца у спору по меритуму који је окончан. Орган за решавање спорова ће одобрити примену контрамера према чланици СТО која је била тужена у спору по меритуму, уколико она пропусти да изврши препоруке које су јој упућене посредством одговарајућег извештаја.

Одређивање квалитативног аспекта суспензије, односно, метода којим ће суспензија бити извршена, у дискреционој је надлежности чланице СТО која тражи суспензију. У случају спора, арбитража није надлежна да одлучује о том питању, већ једино да установи да ли је адекватно успостављена еквиваленција између нивоа суспензије и нивоа штете.¹⁸ Према томе, тужилац није дужан да у свом захтеву прецизира методе, природу и квалитативне аспекте контрамера, нити се у том смислу може обавезивати. На пример, тужилац није у обавези да наведе листу производа који ће доћи „под удар“ контрамера, уколико се определио да суспензију изврши у односу на робни сектор.¹⁹ Тужилац је једино дужан да се стара да током примене контрамера не буде нарушена еквиваленција у односу на утврђени износ штете. Арбитри, међутим, могу да захтевају од тужиоца да уз захтев приложи и одговарајућу методологију на основу чије примене је дошао до износа суспензије чије одобрење тражи.

Тужилац има право да се у свом захтеву определи да ли ће суспендовати своје обавезе које проистичу из листе тарифних концесија или ће предмет обуставе бити друге обавезе које проистичу из релевантног обухваћеног споразума. Уколико одлучи да спроведе контрамере које се односе на друге обавезе, а не на тарифне концесије, тужилац је слободан да изабере и наведе конкретне обавезе од којих жели да се привремено ослободи.²⁰ Без обзира на широку дискрецију тужиоца, што је захтев за одобрење контрамера прецизнији, то је повољније за остваривање принципа сигурности и предвидивости и постизање позитивног решења спора.

назив Одлуке: Decision by the Arbitrators, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), Original Complaint by the United States – Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU*, WT/DS26/ARB, 12 July 1999, DSR 1999:III, 1105.

¹⁸ Члан XXII(7) DSU.

¹⁹ Видети Одлуку Арбитраже у спору EC — *Hormones (US) (Article 22.6 — EC)*, пар. 16-19.

²⁰ Видети Одлуку Арбитраже у спору US — *1916 Act (EC) (Article 22.6 — US)*, пар. 3.10 - 3.14. Цео назив предмета: Decision by the Arbitrators, *United States – Anti-Dumping Act of 1916, Original Complaint by the European Communities – Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU*, WT/DS136/ARB, 24 February 2004, DSR 2004:IX, 4269.

3.2. Поступак пред арбитражом

Пре него што ОРС донесе одлуку о одобрењу контрамера, чланица СТО на коју се односи захтев за одобрење суспензије може уложити приговор уколико сматра да предложени ниво суспензије није одговарајући, или да нису спроведени принципи и процедуре за примену контрамера. У том случају ће се сматрати да између страна постоји спор поводом овог питања, који се упућује на решавање арбитражи. Функцију арбитраже ће обављати панел који је одлучивао о меритуму спора, уколико су његови чланови на располагању, или арбитража коју именује генерални директор СТО. Арбитража има **ограничену надлежност** да утврди:

а) да ли је ниво предложене суспензије еквивалентан нивоу штете и

б) да ли су примењени принципи и процедуре на основу одредбе XXII(3) *DSU*.²¹

Арбитража нема надлежност да испитује квалитативни аспект, односно природу конкретних мера које тужилац има намеру да предузме (уколико их наведе у захтеву) како би надокнадио штету. Надлежност арбитраже је **лимитирана на квантитативни аспект суспензије**²², односно ограничена је на проверу свеукупног **материјалног ефекта** који ће предложене мере произвести према туженој чланици, а који мора бити идентичан штети која је утврђена на страни тужиоца (**тест еквиваленције**). Разлог за то лежи у чињеници да контрамере *per se* представљају мере које нису у сагласности са обухваћеним споразумима. Путем ауторизације контрамера, ОРС практично даје „слободу“ чланици СТО да се и сама понаша противправно у односу према туженој чланици. Уколико би арбитража имала надлежност да проверава сагласност контрамера са правом СТО, то би онемогућило тужиоца да суштински спроведе суспензију.

Рок за завршетак арбитражног поступка поводом овог питања износи 60 дана од истека разумног временског периода за имплементацију препорука. За време трајања арбитражног поступка не може доћи до суспензије концесија или других обавеза.²³

Уколико утврди да предложени износ суспензије не одговара нивоу штете, арбитража је дужна да самостално изврши процену и да на основу тога определи износ суспензије за који сматра да је еквивалентан.

²¹ Видети излагање у поднаслову 4.1. *infra*.

²² Видети Одлуку Арбитраже у спору *EC — Hormones (US) (Article 22.6 — EC)*, пар. 20.

²³ Члан XXII(6) *DSU*.

Одлука арбитраже по овом питању је **коначна**, и на основу ње и захтева тужиоца ОРС може одобрити контрамере.²⁴

Стране у спору могу, у сваком тренутку, затражити од арбитраже да суспендује свој рад. То ће се најчешће догодити уколико се стране путем преговора приближе узајамно прихватљивом решењу у погледу имплементације. Међутим, свака од страна у спору има право да затражи од арбитраже да настави са својим радом. Стране у спору се могу споразумети да ово право буде условљено протеком одговарајућег периода од дана суспендовања рада арбитраже.

4. Материјалноправне претпоставке за примену контрамера

4.1. Дејство контрамера *ratione materiae*

Први принцип који се примењује приликом одобравања контрамера односи се на њихово дејство *ratione materiae*. Одредба XXII(3) *DSU* је релевантна у том смислу и наводи следеће:

а) Чланица-тужилац најпре треба да затражи одобрење контрамера у односу на исти сектор, или секторе, који су били предмет спора о меритуму;²⁵

б) Ако чланица-тужилац сматра да није делотворна или да је неизводљива примена контрамера у односу на исти сектор, може затражити обуставу концесија и других обавеза у односу на друге секторе у оквиру истог обухваћеног споразума;²⁶

в) Ако чланица-тужилац сматра да није изводљива или да је неделотворна примена контрамера и у односу на друге секторе у оквиру истог обухваћеног споразума, и ако су околности довољно озбиљне, може затражити ауторизацију контрамера у односу на друге обухваћене споразуме.²⁷

Важно је поменути да ОРС не може одобрити контрамере које су изричито забрањене одредбама обухваћених споразума.²⁸

²⁴ Члан XXII(7) *DSU*.

²⁵ Члан XXII(3)(a) *DSU*.

²⁶ Члан XXII(3)(b) *DSU*.

²⁷ Члан XXII(3)(c) *DSU*.

²⁸ Члан XXII(5) *DSU*.

Генерални принцип *DSU* подразумева да се контрамере, уколико је то изводљиво и делотворно, примене у односу на онај сектор, или секторе, код којих је утврђено да тужилачка страна трпи губитак или умањење бенефита. Под појмом „сектор“ подразумева се сектор робе, сектор услуга и сектор трговинских аспеката права интелектуалне својине.

Када се ради о **роби**, контрамере се у пракси примењују тако што се на одређене тарифне позиције **повећају царинске стопе** изнад уговорених стопа које су предвиђене листом концесија. Додатне стопе не морају бити идентичне за сваку тарифну позицију. Тако је, на пример, Мексико у спору *US-Byrd Amendment* применио различите додатне стопе (девет одсто на жвакаће гуме, 30 одсто на одређене млечне производе и 20 одсто на поједина вина). Контрамере нису подложне ограничењима у погледу врсте робе, већ се под „сектором“ подразумева сва роба.²⁹ То значи да чланица СТО која намерава да суспендује тарифне концесије на робу, то не мора нужно учинити у односу на сличне производе или исту тарифну позицију. Ово ћемо илустровати следећим хипотетичким примером: ОРС усваја извештај где се утврђује да држава А на дискриминаторни начин третира компјутерску опрему пореклом из државе Б. Пошто није дошло до имплементације препорука, држави Б се одобрава да суспендује тарифне концесије на воће пореклом из државе А. Међутим, у законодавствима чланица СТО има примера где је обавезно, барем у одређеној мери, применити суспензију на исте или сличне производе (тзв. „реципрочни производи“). На пример, на основу америчког Акта о трговини и развоју из 2000. године (енг. *Trade and Development Act of 2000*), листа за суспензију мора укључити, где год је то могуће, одређене производе који потичу из привредног сектора који одговара домаћем сектору који је погођен несагласним мерама.³⁰

Када су у питању **услуге**, под „сектором“ се подразумева кореспондентни сектор наведен у Класификационој листи услужних сектора (*Services Sectoral Classification List*) у оквиру Општег споразума о трговини услугама.³¹ Тако је, на пример, на основу извештаја у спору *EC — Bananas III*, ОРС одобрио Еквадору суспензију обавеза у погледу услуга трговине на велико.

Под сектором **трговинских аспеката права интелектуалне својине** подразумевају се све категорије права интелектуалне својине

²⁹ Члан XXII(3)(f)(i) *DSU*.

³⁰ Видети Секцију 407 Акта. Наведено у: S. Andersen, J. Blanchet, „The United States’ experience and practice in suspending WTO obligations“, *The Law, Economics and Politics of Retaliation...*, стр. 235–243, с. 235–236.

³¹ Члан XXII(3)(f)(iii) *DSU*.

наведене у одговарајућим секцијама у делу II *TRIPS* споразума, као и све обавезе наведене у деловима III и IV *TRIPS*-а.³² Ради илустрације, навешћемо такође пример Еквадора у спору *EC — Bananas III*, коме је ОРС одобрио суспензију обавеза у односу на заштиту ауторских и сродних права, географске ознаке порекла и индустријски дизајн.

Принцип „истог сектора“ не мора се применити уколико чланица-тужилац јасно демонстрира да контрамере не би биле изводљиве или делотворне. У том случају чланица може затражити ауторизацију контрамера у односу на друге секторе у оквиру истог обухваћеног споразума, или, у присуству озбиљних околности, у оквиру другог обухваћеног споразума (енг. *cross retaliation*). Суспензија у односу на друге секторе представља изузетак који у ограниченим ситуацијама може бити дозвољен. Чланица мора органу за решавање спорова предочити разлоге због којих сматра да примена контрамера у односу на исти сектор није **изводљива** или **делотворна**. Мера је изводљива (енг. *practicable*) ако је **расположива** за примену у пракси и ако је **одговарајућа** (погодна) за примену у конкретном случају. Мера се сматра **делотворном** (енг. *effective*) уколико је њено суспензивно дејство довољно јако да произведе остварење жељеног циља: да подстакне тужену чланицу да спроведе препоруке ОРС и у оквиру разумног рока усагласи своје мере са правилима СТО.³³

4.2. Износ суспензије

Други принцип код примене контрамера односи се на њихов износ, односно висину. Ниво суспензије концесија или других обавеза мора бити **еквивалентан** нивоу губитка или умањења бенефита услед примене несагласних мера.³⁴ Циљ контрамера **није кажњавање** чланице СТО према којој су уперене,³⁵ **већ привремено (ре)успостављање еквиваленције** у међусобним уступцима и бенефитима. Суспензија мора бити у складу са општим принципом међународног јавног права о пропорционалности контрамера. Да би се одобрила суспензија потребно је утврдити **конкретну штету** у виду постојећих ефеката противправних мера на трговину, као и њен износ.

³² Члан XXII(3)(f)(i) *DSU*.

³³ Видети Одлуку Арбитраже у спору *EC — Bananas III (Ecuador) (Article 22.6 — EC)*, пар. 70–73 и 86.

³⁴ Члан XXII(4) *DSU*.

³⁵ Видети Одлуку Арбитраже у спору *US — 1916 Act (EC) (Article 22.6 — US)*, пар. 5.8.

Када је у питању висина тражене суспензије, ова вредност се изражава у **монетарној форми**, на основу прорачуна тужиоца, или у случају спора, прорачуна арбитраже, о износу штете која је настала услед губитка, односно умањења бенефита. Тако је, на пример, у спору *ЕС — Bananas III (Ecuador) (Article 22.6 — EC)*, Еквадор затражио суспензију концесија у износу од 450 милиона долара, након што је одговарајућом методологијом проценио износ штете коју је привреда ове земље трпела услед дискриминишућих мера Европске заједнице.

Ниво суспензије најчешће се одобрава у непроменљивом новчаном износу за једногодишњи временски период, али се може одредити и у једнократном износу. Износ суспензије може се одредити фиксно за једногодишњи период, с тим што може бити и подложен периодичном усклађивању, уколико је то потребно да би се одржао баланс са нивоом штете. Према томе, у присуству оправданих разлога, ниво суспензије може бити иницијално одобрен за конкретни временски период (најчешће годину дана), након чега се може приступити утврђивању новог нивоа за наредни период од годину дана.³⁶ За тужену чланицу је овакво решење повољније, с обзиром на то да током протекла одређеног периода може доћи до смањења нивоа штете, при чему би било неоправдано да се ниво суспензије задржи на истом износу. Поред тога, тужена чланица на тај начин може бити и сама стимулисана да кроз усклађивање сопствених мера постепено смањује ниво штете коју трпи чланица-тужилац.

Износ одобрене суспензије не мора нужно бити квантификован у одређеном новачном износу, већ се може одредити и на другачији начин. Уколико није целисходно утврђивање конкретног новачног износа штете, арбитража може установити релевантну формулу на основу које ће се израчунавати новчани износ суспензије у односу на одређени период. Тако је у предмету *US — 1916 Act*, Арбитража установила формулу за износ суспензије коју је одобрила ЕЗ у виду „*кумулятивне монетарне вредности свих износа које ентитети ЕЗ плате на основу коначних судских одлука или поравнања на подлози Антидампинског акта '1916'*.“

Висина суспензије се по правилу установљава квантитативном методом и изражава се у одређеној валути (по правилу у америчким доларима). Квантитативни метод је неопходан како би се две вредности (штета и суспензија) прецизно упоредиле. Због тога, у захтеву за одобрење

³⁶ Видети Одлуку арбитра у спору *US — Offset Act (Byrd Amendment) (Article 22.6)*, *nap.* 4.20-4.21, цео назив предмета: *Decision by the Arbitrator, United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000, Original Complaint by Canada – Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU, WT/DS234/ARB/CAN, 31 August 2004, DSR 2004:IX, 4425.*

контрамера тужилац мора да наведе тачан новчани износ суспензије који би био подложен упоређивању са износом штете.

Приликом одобравања суспензије не утврђује се подударност између несагласне мере и контрамере, већ подударност ефеката које те две мере производе. Другим речима, за одобрење суспензије није од значаја коју ће меру тужилац применити, него какве ће ефекте та мера произвести. У том погледу се концепт контрамера у праву СТО тумачи на ужи начин од концепта реторзије у међународном јавном праву која подразумева акт једне државе који следи као одговор на исти, или сличан акт друге државе („мера за меру”), а има за циљ исправљање ситуације или постизање одређеног задовољења. Орган за решавање спорова ће одбити захтев тужиоца уколико само наведе меру коју намерава да примени ради суспензије, у одсуству прецизирања квантитативних (материјалних) последица такве мере на тужену чланицу. Такав случај се десио са захтевом ЕЗ у спору *US — 1916 Act*, где је ЕЗ тражила одобрење да у односу на САД уведе и примени меру која је идентична са несагласним „Актом 1916“, без прецизирања износа штете којом ће САД бити погођене. Арбитража је такав захтев одбила, наводећи да би материјалне последице примене таквог акта на привреду САД могле бити несагледиве и неограничене, и да би самим тим, уместо компензаторног, попримиле казнени карактер.³⁷

5. Трајање примене контрамера

Као што је већ наведено, сврха контрамера састоји се у „индуковању“ имплементације препорука, односно, усаглашавања мера са нормама СТО. Суспензија се, стога, може примењивати само као привремено правно средство, док се несагласна мера не укине, односно док тужена чланица не понуди другачије решење за отклањање штете, или док се не постигне узајамно прихватљив договор између страна.³⁸ **Чланица СТО мора престати са применом контрамера ако тужена чланица несагласну меру отклони.** Уколико тужена чланица СТО сматра да чланица-тужилац неосновано наставља са применом контрамера, може покренути поступак правне заштите. Оправдање за ово лежи у чињеници да се ради о **постсуспензивној фази** у односима између две

³⁷ Пар. 5.34. Одлуке Арбитраже.

³⁸ Члан XXII(8) *DSU*.

чланице СТО. Као што је већ поменуто, контрамере су *per se* несагласне са правом СТО. Представљају крајње легитимно средство за тужиоца у остваривању правне заштите и ОРС може одобрити њихову примену. У том случају, чланица СТО према којој се примењују контрамере нема основа да покрене процедуру правне заштите све док она сама примењује мере за које је утврђено да су несагласне. Међутим, уколико у међувремену престане са применом несагласних мера, односно спроведе препоруке ОРС, долази до трансформације правног односа између ње и чланице СТО која примењује суспензију. Моментом имплементације препорука ОРС-а, отпада и правни основ за примену контрамера и долази до њиховог преображавања у несагласне мере, услед чега чланица СТО над којом се контрамере и даље примењују може затражити заштиту пред органима СТО.

6. Закључак

Контрамере може применити чланица СТО против друге чланице, уколико та друга чланица, по окончању међусобног спора, не спроведе препоруке које су јој упућене од стране органа СТО, а са циљем усаглашавања њених унутрашњих мера са правилима СТО. На основу излагања у раду можемо констатовати да контрамере представљају крајње средство у остваривању правне заштите у оквиру *DSU* механизма. Контрамере имају задатак да подстакну („индукују“) усаглашавање мера са правом СТО, што је и основни разлог њиховог привременог карактера.

У литератури се јављају два приступа који различито посматрају ефекте и циљеве контрамера: концепт реципроцитета и концепт благостања. Концепт реципроцитета заговара успостављање нове статике која подразумева новоуспостављени баланс у трговинским концесијама. Концепт благостања заговара динамичан однос током којег тужена чланица СТО треба постепено да се доведе до стања које подразумева понашање у потпуној сагласности са правом СТО.

У раду је такође констатовано постојање одређених услова процедуралног и материјалног карактера, како би одговарајући органи СТО одобрили примену контрамера. Поступак одобрења суспензије покреће се захтевом чланице СТО – тужиоца, након истека рока за имплементацију препорука које су садржане у одговарајућем извештају сачињеног од

стране судећег тела СТО (панела или Апелационог тела), поводом меритума спора. Висина суспензије коју примењује чланица СТО исказује се у монетарној форми и она мора одговарати висини штете коју изазивају несагласне мере друге чланице. Уколико између чланица СТО постоји спор поводом ових питања, такав спор се упућује на решавање посебној арбитражи.

Литература

Здравковић У., „Концепт дистрибутивне правде у Светској трговинској организацији”, *Право и привреда*, бр. 7-9, 2016.

Здравковић У., „Мултилатерални систем решавања међудржавних трговинских спорова од *GATT*-а 1947 до оснивања Светске трговинске организације”, *Страни правни живот*, бр. 3, 2015.

Здравковић У., *Решавање спорова пред Светском трговинском организацијом и границе меродавног права*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 72, 2016.

Ћирић А., „Поступак решавања спорова пред Светском трговинском организацијом“, *Правни живот*, бр. 11, том 3, 2010.

Цветковић П., *Увод у право Светске трговинске организације*, Ниш, 2010.

Andersen S., J. Blanchet, „The United States’ experience and practice in suspending WTO obligations“, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, edited by Chad P. Bown and Joost Pauwelyn, Cambridge University Press, 2010.

Bagwell K., Staiger R., „Reciprocity, Non-discrimination and Preferential Agreements in the Multilateral Trading System“, *European Journal of Political Economy*, Vol. 17(2), 2001.

Bagwell K., R. Staiger, *The Economics of the World Trading System*, Cambridge, 2002.

Bown C. P., Ruta M., „The economics of permissible WTO retaliation“, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, edited by Chad P. Bown and Joost Pauwelyn, Cambridge University Press, 2010.

Bown C. P., Pauwelyn, J., „Introduction: trade retaliation in WTO dispute settlement: a multi-disciplinary analysis“, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, edited by Chad P. Bown and Joost Pauwelyn, Cambridge University Press, 2010.

Breuss F., „A general equilibrium interpretation of some WTO dispute settlement cases: four EU-US trade conflicts“, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, edited by Chad P. Bown and Joost Pauwelyn, Cambridge University Press, 2010.

Davey W., „Sanctions in the WTO: problems and solutions“, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, edited by Chad P. Bown and Joost Pauwelyn, Cambridge University Press, 2010.

Jackson J., „Comment on chapter 2: ‘The calculation and design of trade retaliation in context: what is the goal of suspending WTO obligations’ by Joost Pauwelyn“, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, edited by Chad P. Bown and Joost Pauwelyn, Cambridge University Press, 2010.

Lockhart N., „Comment on chapter 4: ‘The law of permissible WTO retaliation’ by Thomas Sebastian“, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, edited by Chad P. Bown and Joost Pauwelyn, Cambridge University Press, 2010.

Mavroidis P., „Comment on chapter 16: „Optimal sanctions in the WTO: the case for decoupling (and the uneasy case for the *status quo*)“ by Alan O. Sykes“, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, edited by Chad P. Bown and Joost Pauwelyn, Cambridge University Press, 2010.

Nordström H., „The politics of selecting trade retaliation in the European Community: a view from the floor“, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, edited by Chad P. Bown and Joost Pauwelyn, Cambridge University Press, 2010.

Schropp S., „The equivalence standard under Article 22.4 of the DSU: a ‘tariffic’ misunderstanding?“, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, edited by Chad P. Bown and Joost Pauwelyn, Cambridge University Press, 2010.

Shaffer, G, Ganin, D., „Extrapolating purpose from practice: rebalancing or inducing compliance“, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in*

WTO Dispute Settlement, edited by Chad P. Bown and Joost Pauwelyn, Cambridge University Press, 2010.

Sykes A., O., „Optimal sanctions in the WTO: the case for decoupling (and the uneasy case for the *status quo*)“, The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement, edited by Chad P. Bown and Joost Pauwelyn, Cambridge University Press, 2010.

Winters A., „Comment on Chapter 6: ‘The economics of permissible WTO retaliation’ by C. P. Bown and Michele Ruta“, The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement, edited by Chad P. Bown and Joost Pauwelyn, Cambridge University Press, 2010.

COUNTERMEASURES IN THE LEGAL SYSTEM OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION

Uroš Zdravković*

Conclusion

Countermeasures can be applied by the WTO member against another member if that member, after their dispute, does not implement recommendations to bring its internal measures in conformity with the WTO rules. On the basis of the analysis in this Article we can determine that countermeasures are a last resort remedy in the system of legal protection under the WTO. Countermeasures have a task to induce compliance of the WTO member's measures with the WTO law, which is also a basic reason of their interim character.

There are two approaches in literature which differently observe effects and aims of countermeasures: concept of reciprocity and concept of welfare. Concept of reciprocity advocates establishment of new statics on the basis of new-determined balance of trade concessions. Concept of welfare advocates dynamic relationship through which respondent WTO member should gradually bring its law to the full compatibility to the WTO law.

We can determine relevant procedural and substantive conditions for authorization of countermeasures by the WTO bodies. Procedure of authorization of countermeasures must be initiated through request of complainant WTO member, after expiration of period for implementation of recommendations contained in relevant report prepared by the WTO judicial body (panel or Appellate Body) pertaining to merits of a dispute. Amount of suspension which the WTO member applies must be determined in monetary form and must be equivalent to amount of nullification or impairment of benefits caused by inconsistent measures of another member. In the case of dispute between the WTO members concerning this issues, that dispute shall be resolved before special arbitration.

* Faculty of Law of the University in Nis

УПУТСТВО АУТОРИМА

Часопис „Правна ријеч“ објављује оригиналне радове и друге прилоге из правне теорије и праксе, који својим садржајем одговарају основним тематским одређењима. Радови који су већ објављени у некој другој публикацији не могу бити прихваћени и објављени у овом часопису. Радови у часопису подлијежу рецензији. Радови се категорички у сљедеће врсте: оригинални научни рад, прегледни научни чланак, кратко или претходно саопштење, научна критика, информативни прилог, приказ књиге.

Радови и прилози треба да испуњавају сљедеће услове:

- радови треба да буду откуцани у фонту Times New Roman, величином од 11 pt, изабрано на икони за језике Serbian (cyrilic или latin) или Croatian;
- аутори треба да куцају текст писмом којим желе да се рад објави;
- рукопис треба да буде коректан у погледу граматике и стила;
- структура рада треба да садржи: име и презиме аутора, звање, назив адресу установе у којој ради, наслов рада, кратак апстракт (до петнаестак редова), кључне ријечи (до десет ријечи), (преведено и на енглески језик на крају рада) излагање суштине рада и закључак (до једне странице).

Извори (литература) се наводе у фуснотама, списак кориштене литературе на крају рада;

- 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
Немања Штакић
Драгиша Благић

Штампа:
ППГД „Комесграфика“ д.о.о. Бања Лука

За штампарију:
Звонко Савић, дипломирани правник

Тираж:
400 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.