
PRAVNI ŽIVOT

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

»Pravni život«, časopis za pravnu teoriju i praksu pojavio se 1952. godine kao zajedničko glasilo udruženja pravnika Srbije i Bosne i Hercegovine, a nešto docnije i Udruženja pravnika Crne Gore.

Pošto su ostala dva udruženja počela izdavati sopstvene časopise, »Pravni život« 1969. godine postaje glasilo Udruženja pravnika Srbije.

Časopis objavljuje teorijska istraživanja i studije iz jugoslovenskog i uporednog prava kao i materijale sa naučnih i stručnih skupova. U njemu se poklanja pažnja svemu onome što se u pravnom životu zbiva. Na njegovim stranama objavljuju se izabrane odluke iz sudske i arbitražne prakse, osvrti i prikazi novih knjiga kao i raznovrsni prilozi iz svakodnevne prakse. Kao glasilo Udruženja pravnika Srbije, časopis prati delatnost pravničke organizacije i o njima obaveštava čitaoce.

Dosadašnji urednici »Pravnog života« bili su: Mihailo Đorđević (1952–1969), dr Živojin Aleksić (1969–1975) i dr Milan Petrović (1975–1980).

Broj 10/2015 / Godina LXIV / Knjiga 576

1–790

B e o g r a d

Glavni i odgovorni urednik
SLOBODAN PEROVIĆ

Redakcija
MIODRAG ORLIĆ, SLOBODAN PEROVIĆ,
RATOMIR SLIJEPČEVIĆ

Izdavački savet
Budimir Košutić, Petar Milutinović, Miroslav Paunović,
Slobodan Perović, Dragoljub Petrović, Gordana Stanković,
Slobodan Šoškić, Miroslav Varićak

Izdavač
UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE
Beograd, Krunska 74
tel. 244-69-10
fax 244-30-24, poštanski fah 18
E-mail: upj@EUnet.rs
www.Kopaonikschool.org

Lektura i korektura
Dragana Beker

Komputerska obrada i prelom teksta
Javorina Beker

Pretplata za 2014. godinu iznosi: za fizička lica – 6.000 dinara,
za pravna lica – 10.000 dinara, za inostranstvo – 250 Eura,
Pretplata se vrši na žiro račun broj: 310-203539-17
Pretplata ne obuhvata tematske brojeve

Tiraž: 1.000 primeraka

Štampa: FUTURA, Petrovaradin

DRUGA KATEDRA

**PRAVO
NA SLOBODU**

Sloboda ličnosti – Upravno-pravna zaštita slobode

OLGA CVEJIĆ-JANČIĆ

ZABRANA FIZIČKOG KAŽNJAVANJA DETETA

– Prilog diskusiji povodom Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije –

U V O D

U prvobitno objavljenoj verziji Prednacrtu Građanskog zakonika iz 2011. god.¹ u članu 7 (Posebna zaštita deteta) *kao alternativa* je predviđeno da se doda nov stav 2, kojim se zabranjuje svako zlostavljanje deteta, a naročito fizičko kažnjavanje. Pored toga u čl. 87 (Zabrana fizičkog kažnjavanja deteta) predviđeno je da “[R]oditelji ne smeju fizički kaznjavati dete i dužni su da ga štite od takvih postpaka drugih lica.” Međutim u radnom tekstu Prednacrtu GZ pripremljenom u elektronskoj formi za javnu raspravu sa alternativnim predlozima (od 29. maja 2015. godine), članu 2218 GZ koji je posvećen Posebnoj zaštiti deteta² dodata je još jedna varijanta stava 2 (pored varijante I koja je ostala ista: “Zabranjeno je svako zlostavljanje deteta, a naročito fizičko kažnjavanje”), kojom se ublažava prethodna varijanta, a koja glasi: “Nije dozvoljeno zlostavljanje deteta, a naročito *neprimereno* fizičko kažnjavanje.” Pored toga, u članu 2301 koji se odnosi na fizičko kažnjavanje deteta³ izostavljena je rečenica da roditelji ne smeju fizički kažnjava-

Prof. dr Olga Cvejić-Jančić, Univerzitet Edukons, Fakultet za evropske pravno-političke studije, Novi Sad (u penziji). Član Komisije za izradu Građanskog zakonika Srbije.

¹ Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, Knjiga treća – Porodični odnosi, Beograd, juna 2011. god, izd. Generalni sekretarijat Vlade Republike Srbije, str. 13 (čl. 7 st. 8, alternativa) i str. 37 (čl. 87).

² U prethodno objavljenoj verziji iz 2011. g. to je bio čl. 7.

³ U prethodno objavljenoj verziji iz 2011. g. to je bio čl. 87.

ti dete a predviđena samo dužnost roditelja da štite dete od zlostavljanja od strane drugih lica. To je bio ustupak jednom delu javnosti koji se protivi zabrani telesnog kažnjavanja dece, a dalji tok javne rasprave (koja još traje) će pokazati u kom smeru treba tražiti zaknosko rešenje ove problematike.

Međutim, kada se govori o zabrani fizičkog (telesnog) kažnjavanja deteta, pre svega se mora poći od međunarodnih obaveza koje je naša zemlja među prvima preuzela, ratifikovanjem Konvencije UN o pravima deteta iz 1989. g. koju je, pored naše zemlje⁴, ratifikovalo još 195 zemlje (Država Palestina je 2014. g. ratifikovala ovu Konvenciju a Južni Sudan i Somalija 2015. g.)⁵. Svaka država članica Konvencije je dužna da preduzme sve mere da zaštiti dete od svih oblika fizičkog nasilja, ali nijedna država nije dužna da pristupi nijednom međunarodnom dokumentu, pa ni ovoj Konvenciji. To da li će neka zemlja pristupiti nekom međunarodnom ugovoru je stvar međunarodnih odnosa i međunarodnog položaja te zemlje u svetu, i svaka zemlja procenjujući sve okolnosti, međunarodne i unutrašnje, odlučuje da li će pristupiti nekom međunarodnom dokumentu. Ako država pristupi nekom međunarodnom ugovoru, dužna je da poštuje odredbe tog ugovora i da ih implementira u skladu sa preuzetim obavezama.

Što se tice fizičkog kažnjavanja deteta, koje je kod nas izazvalo burna reaganja kod jednog dela (uglavnom konzervativne) javnosti, otpor prema zabrani ove mere disciplinovanja neposlušnog i "problematicnog" deteta proizilazi iz tradicionalnog (patrijarhalnog) odnosa prema detetu, koji se i kod nas i u svetu, vrlo dugo zasnivao na tome da je dete objekt roditeljske vlasti i roditeljskih prava, i da roditelj ima široku slobodu u njegovom podizanju i vaspitanju. Konvencija o pravima deteta to menja i dete stavlja u centar roditeljskog odnosa, tako da dete postaje individualni, samostalni subject određenih "dečijih" prava. Jedno od tih prava je i zaštita od fizičkog kažnjavanja iz čl. 19 Konvencije, koji predviđa:

"Strane ugovornice će preduzeti odgovarajuće zakonske, administrativne, socijalne i obrazovne mere za zaštitu deteta od svih oblika fizičkog ili mentalnog nasilja, povređivanja ili zlostavljanja, zapostavljanja ili nemarnog postupanja, maltretiranja ili eksploatacije, uključujući seksualno zlostavljanje, dok je pod brigom roditelja, zakonskih zastupnika ili bilo koje druge osobe koja se brine o detetu.

Takve zaštitne mere, treba, prema potrebi, da uključuju efikasne postupke za donošenje socijalnih programa za obezbeđivanje neophodne podrške detetu i onima koji se o detetu staraju, kao i drugih oblika zaštite i sprečavanja, utvrđiva-

⁴ Prvobitno je SFRJ ratifikovala Konvenciju o pravima deteta 1990. godine (Službeni list SFRJ, Međunarodni ugovori br. 15/1990, 4/1996 i 2/1997), a potom je, nakon raspada SFRJ i Republika Srbija po osnovu sukcesije pristupila Konvenciji (stupila na sngu 12. marta 2001. g).

⁵ Država Palestina je ratifikovala Konvenciju 2. aprila 2014. godine, Južni Sudan 23. januara 2015. a Somalija 1. oktobra 2015. g. Dostupno na sajtu: https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=iv-11&chapter=4&lang=en&title=UNTC-publisher=.

nja, prijavljivanja, prosljeđivanja, istrage, postupanja i praćenja slučajeva ovde navedenog zlostavljanja deteta i, po potrebi, obraćanja sudu.”

Kao što se iz citiranog teksta vidi, u Konvenciji se ne pominje izričito zabrana fizičkog kažnjavanja deteta, već se pominje nasilje, navode se njegovi obilci i sl. Međutim, izgleda da naša zemlja nije bila jedina koja nije pravilno shvatila ovu odredbu odnosno koja ju je tumačila tako da se ona ne odnosi na zabranu svakog fizičkog (telesnog) kažnjavanja deteta, već samo na njegove teže oblike, koji se ispoljavaju kroz povređivanje ili zlostavljanje deteta, zapostavljanje ili nemarno postupanje, maltretiranje, eksploataciju i slično. Zbog toga je Komitet za prava deteta, kao nadzorno telo nadležno da kontroliše implementaciju dečijih prava u državama članicama,⁶ 2006. godine usvojio Opšti komentar o pravu deteta na zaštitu od telesnog kažnjavanja i drugih okrutnih ili degradirajućih oblika kažnjavanja⁷.

U Komentaru se naglašava da Konvencija o pravima deteta i drugi međunarodni instrumenti o ljudskim pravima priznaju detetu pravo na poštovanje dečijeg ljudskog dostojanstva i fizičkog integriteta i jednaku zaštitu pred zakonom. Komitet zbog toga izdaje Opšti komentar kako bi istakao obavezu svih država članica da hitno zabrane i eliminišu svako telesno kažnjavanje i sve druge okrutne ili degradirajuće forme kažnjavanja dece i da skiciraju zakonodavne i druge vaspitne mere i mere na podizanju svesti koje države moraju preduzeti⁸. Ističe se za tim, da to predstavlja ključnu strategiju za smanjenje i sprečavanje svih oblika nasilja u društvu⁹ i da je Komitet već od svojih prvih sednica posvećivao posebnu pažnju isticanju prava dece na zaštitu od svih oblika nasilja. Naime, Komitet je već na osnovu prvih izveštaja zemalja članica sa velikom zabrinutošću zapazio da je u velikom broju zemalja ne samo zakonom dozvoljeno, nego i vrlo rasprostranjeno i društveno odobravano telesno i ostalo okrutno i degradirajuće kažnjavanje dece.¹⁰ Stoga je Komitet izdao brojne preporuke o zabrani telesnog kažnjavanja

⁶ Države članice su dužne da podnesu prvi izveštaj Komitetu za prava deteta u roku od dve godine od stupanja na snagu Konvencije u njihovoj zemlji, a nakon toga svakih pet godina (čl. 44 st. 1 i 2 Konvencije). Izveštaj treba da sadrži podatke o stepenu ostvarivanja dečijih prava, o teškoćama i problemima koji se javljau u njihovom ostvarivnju i merama koje se preduzimaju radi otklanjanja tih teškoća

⁷ General comment no 8 (2006) on the right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (Art. 19, 28 para.2, 37 inter alia), usvojen na 42-goj sednici Komiteta za prava deteta u Ženevi, koje je održano od 15. maja do 2. juna 2006. godine a objavljen 2. marta 2007. godine.

⁸ Poglavlje I Opšteg komentara – Ciljevi, tačka 2 Opšteg komentara.

⁹ Poglavlje I Opšteg komentara – Ciljevi, tačka 3 Opšteg komentara.

¹⁰ Poglavlje II Opšteg komentara – Istorijat, tačka 4.

nja dece i promovisao princip nulte tolerancije nasilja.¹¹ Još 2001. godine Komitet je u svojim preporukama pozvao sve države članice da hitno donesu zakone o zabrani nasilja nad decom, ma kako lakim se to nasilje smatralo, kao oblik vaspitanja dece i u porodici i u školama, odnosno da ukinu zakone kojima se to smatra dopuštenim.

Komitet za prava deteta je zatim preporučio Generalnom sekretaru UN da se, kao rezultat opštih rasprava Komiteta 2000-2001. godine, putem Generalne skupštine UN sprovede detaljno međunarodno istraživanje o nasilju nad decom, sto je Generalna skupština UN prihvatila. U studiji UN, sprovedenoj od 2003-2006. g. naglašena je potreba da se zabrani svako legalno nasilje nad decom. Istaknuta je i zabrinutost same dece zbog skoro univerzalno široko preovlađujućeg telesnog kažnjavanja u porodici, kao i, u mnogim zemljama, istrajna legalnost telesnog kažnjavanja dece u školama i drugim ustanovama, kao i u kaznenom sistemu za decu u sukobu sa zakonom.¹²

Vrlo je značajno i to što Komitet za prava deteta u Opštem komentaru daje definicija telesnog ili fizičkog kažnjavanja, koje se definiše kao "svako kažnjavanje pri kome je korišćena fizička sila sa namerom da prouzrukuje određeni stepen bola i neugodnosti, ma kako laki bili. To najčešće podrazumeva udaranje (šamar, čuška, pljuska) dece, rukom ili nekim sredstvom – bičom, štapom, kaišem, cipelom, drvenom varjačom itd. Ali može takođe da obuhvata i šutiranje, trešenje ili bacanje deteta, grebanje, štipanje, ujedanje, čupanje za kosu, udaranje po ušima, prisiljavanje dece da stoje u neudobnim položajima, izazivanje opekotina, šurenje ili nasilno gutanje (npr. ispiranje dečijih usta sapunicom ili prisiljavanje da progutaju ljute začine)".¹³ Po shvatanju Komiteta telesno kažnjavanje je uvek degradirajuće, ali, naglašava se, pored takvog kažnjavanja postoje i drugi, ne-fizički oblici kažnjavanja koji su isto tako okrutni i degradirajući i kao takvi u suprotnosti sa Konvencijom. To su npr. kažnjavanje putem omalovažavanja, ponižavanja, klevetanja, stavljanje u poziciju žrtvenog jarca, izlaganje deteta pretnjama, strahovima ili podsmehu.

U pomenutom Opštem komentaru se zatim ističe da Komitet smatra da primena zabrane svih oblika telesnog kažnjavanja zahteva podizanje svesti, odgovarajuća uputstva i obuku za sve. Država mora da obezbedi da zakon deluje u najboljem interesu dece pogođene fizičkim kažnjavanjem, posebno kada su počinioci roditelji ili drugi bliski članovi porodice. Svrha reforme zakona o zabrani fizičkog kažnjavanja dece u porodici je, na prvom mestu, *prevencija* (naglasio au-

¹¹ Poglavlje II Opšteg komentara – Istorijat, tačka 6.

¹² Poglavlje II Opšteg komentara – Istorijat, tačka 9.

¹³ Poglavlje III Opšteg komentara – Definicije, tačka 11.

tor): da se spreči nasilje nad decom kroz promenu stavova i prakse, ističući pravo dece na jednaku zaštitu i pružajući nedvosmislen osnov za zaštitu deteta i za promociju pozitivnih, nenasilnih i participativnih oblike odgajanja dece.¹⁴

Međutim, treba praviti jasnu razliku, naglašava se u Komentaru, između upotrebe sile koja je motivisana potrebom da se dete ili drugo lice zaštite, od upotrebe sile radi kažnjavanja. Princip minimalne neophodne upotrebe sile u najkraćem mogućem roku mora uvek važiti. Isto tako treba obezbediti da sve metode koje se koriste budu bezbedne i srazmerne datoj situaciji i da ne podrazumevaju namerno nanošenje bola, kao oblika kontrole deteta.¹⁵

Prema tome, Komitet za prava deteta, kao nadzorni organ za primenu Konvencije, zauzeo je jasan stav da fizičko kažnjavanje nije dozvoljeno. Konvencija o pravima deteta, a jos eksplicitnije, Generalni komentar koji je Komitet za prava deteta usvojio i objavio, apsolutno su protiv fizickog kaznjavanja deteta a isto je i sa praksom Evropskog suda za ljudska prava (o čemu ćemo docnije).

Vaspitanje jeste vrlo značajan, možda i najvažniji deo odrastanja, i decu treba vaspitavati *tako da znaju šta je dopusteno a šta ne*, šta predstavlja štetno ponašanje za njih same i za druge, ali to ne treba postizati batinama već drugim vaspitnim merama. Čuškica u dramatičnim situacijama kada se, radi dobrobiti deteta, ne može brzo i efikasno reagovati na drugi način, sigurno nije problem, ali ne sme postati redovna vaspitna mera i oblik kontrole deteta.

Nažalost, kod nas je to dosta učestala kaznena mera, koja je za roditelje najjednostavnija ali ne bi trebalo da bude dopuštena. U istraživanju Unicefa sprovedenom pre par godina (2010) ističe se da svaki treći roditelj u našoj zemlji smatra da je "batina iz raja izašla" i da koristi fizičku silu prilikom vaspitanja deteta¹⁶. Predstavnici Unicefa i kancelarije Zaštitnika građana su, na konferenciji za štampu povodom predstavljanja brošure o "Roditeljstvu bez batina" istakli da "društvo koje zabranjuje svaki oblik nasilja među odraslima ne može istovremeno da prihvata da se deca podvrgavaju nekom obliku fizičkog nasilja, makar ono bilo i od roditelja¹⁷." Međutim, stepen tolerancija nasilja je vrlo visok u našem društvu kao relikv prošlosti, kada su roditelji, odnosno otac, imao široka ovlašćenja prema deci. Međutim, od vreme važenja Srpskog građanskog zakonika do današnjih dana, kada je ne samo koncept ljudskih prava dobio pravni legitimitet i široku ra-

¹⁴ Poglavlje V Opšteg komentara – Mere i mehanizmi potrebni radi eliminisanja telesnog kažnjavanja i ostalih okrutnih i degradirajućih oblika kažnjavanja, tačka 2/38.

¹⁵ Poglavlje III Opšteg komentara - Definicije, tačka 15.

¹⁶ Videti: Zaštitnik gradajna i Unicef protiv fizičkog kažnjavanja dece, Politika od 26. oktobra 2012. g., autor članka Katarina Dorđević. Dostupno online na: <http://www.politika.rs/rubrike/Društvo/Zastitnik-gradjana-i-Unicef-za-zabranu-fizickog-kaznjavanja-dece.lt.html>.

¹⁷ Ibidem.

sprostranjenost svuda u svetu, nego je to slučaj i sa dečijim pravima, koja su postala stvarnost i deo nacionalnih zakona velikog broja zemalja kao i predmet brojnih međunarodnih dokumenata, mnogo se toga promenilo. Rešenja iz prošlosti se ne mogu zadržati u novim društvenim okolnostima u kojima svet ide napred i gde je društveni razvoj traži nova, savremena rešenja za izazove vremena u kome živimo.

Šamar jeste nasilje i u engleskoj literaturi je, na pr. istaknut slučaj pojedinca koji je kao dete trpeo batine od roditelja i koji kaže da je fizički bol koji je osećao prilikom kažnjavanja brzo zaboravio, ali da su psihicke taume i poniženje kao posledice batina trajne, i da ce ih celog života nositi. Ima mnogo objavljenih radova koji isticu loše strane fizičkog kažnjavanja dece. Herring navodi primere brojnih autora koji smatraju da psihološki dokazi sugeriraju da je telesno kažnjavanje dece štetno za decu.¹⁸ On npr. pominje Orentlichera koji ističe "da se široko društveno odobravanje telesnog kažnjavanja ogleda u pravu. Sudske odluke redovno pokazuju dosta tolerancije za telesno kažnjavanje dece i u odsustvu značajne modrica ili još gorih posledica, telesno kažnjavanje od strane roditelja se ne suprotstavlja zabrani zlostavljanja dece. Ipak, kada se uporedi pravna prihvatljivost telesnog kažnjavanja sa stavovima medicinskih i drugih stručnjaka za vaspitanje dece i nasilje u porodici, vidi se značajan jaz. Stručnjaci za podizanje dece su daleko manje tolerantni prema telesnom kažnjavanju nego što je zakon. Po mišljenju stručnjaka u ovoj oblasti, telesno kažnjavanje ima ozbiljne nedostatke, a njegove prednosti se mogu postići kroz manje štetne, alternativne načine disciplinovanja. Prema tome, stručnjaci vide malu ulogu, ako je uopšte ima, telesnog kažnjavanja dece u njihovom vaspitanju."¹⁹ Slicnog mišljenja je E. Gershof.²⁰

Treba pomenuti i stav britanskog Kraljevskog koledža za pedijatriju i zdravlje dece koji smatra da je telesno kažnjavanje dece u bilo kom obliku bolno, nepotrebno i verovatno je da će biti štetno bilo fizički bilo emocionalno i da, pored toga, nije izvodljivo praviti razliku između raznih oblika telesnog kažnjavanja, bilo u pogledu delova tela po kojima se nanose batine, ili različitih posledica (npr. modrice ili bez modrice). Telesno kažnjavanje ne treba da bude prihvaćeno kao komponenta dobrog roditeljstva, i treba učiniti svaki napor da se obezbedi da svi roditelji budu edukovani, obavešteni i podržani da podižu svoju decu koristeći

¹⁸ Jonathan Herring, *Family Law*, Pearson Education Limited (2009), str. 480.

¹⁹ Ortenlicher, D., (1998) 'Spanking and other corporal punishment of children by parents: Overvaluing pain, undervaluing children,' *Huston Law Review* 35: 1478, dostupno na: <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&srctype=smi&srcid=3B15&doctype=cite&docid=35+Hous.+L.+Rev.+1478&key=a1154f077746c14b3276b41926ef25ba>.

²⁰ Gershof, E. (2002) 'Corporal punishment by parents and associated child behaviours and experiences: a meta-analytic and theoretical review,' *Psychological Bulletin* 128: 539.

prihvatljive oblike discipline i postavljane granice.²¹ Ističe se zatim da telesno kažnjavanje dece ima i kratkotrajne i dugotrajne štetne posledice i u principu ne bi trebalo da bude korišćeno jer modelira jedan pristup koji je neprihvatljiv i među odraslima. Drugi načini disciplinovanja su pođednako efektni i imaju mnogo veću vrednost u smislu vaspitanja deteta.²²

Slične stavove ima i Komitet za psihosocijalne aspekte dečijeg i porodičnog zdravlja Američke akademije za pedijatriju, koji u Vodiču za efikasnu disciplinu preporučuje da se, zbog negativnih posledica batina i zbog toga što se nisu pokazale kao mnogo efikasniji od drugih pristupa za upravljanje nepoželjnim ponašanjem dece, roditelji ohrabre i pomognu u razvijanju drugih metoda od batinanja deteta, kao odgovora na nepoželjno ponašanje.²³

Protiv fizičkog kažnjavanja dece se izjasnilo i 110 pedagoga i psihologa iz naše zemlje²⁴, koji su reagovali na javne polemike o fizičkom kažnjavanju dece, koje se u medijima često senzacionalistički predstavlja. U svom obraćanju javnosti pod nazivom "Struka i aktivizam protiv fizičkog kažnjavanja dece" pedagozi i psiholozi u posebnom saopštenju ističu:

"U poslednje vreme su na javnim nastupima, posebno u slučaju događaja u organizaciji Zorana Milivojevića, plasirane *netačne i u nauci neutemeljene informacije*, što može da izazove dramatične posledice po društvo",

"Mi, dole potpisani pedagozi, psiholozi i psihoterapeuti želimo da skrenemo pažnju javnosti i medijima na to da gospodin Milivojević ne poseduje kako stručno obrazovanje, tako ni znanje, te samim tim nije nadležan da deli savete za važna pitanja koja spadaju u oblast ekspertize navedenih profesija. U mnogobrojnim javnim oglašavanjima Zoran Milivojević se poziva na određene teorije i modele vaspitavanja koji *nemaju utemeljenje u našim profesijama, niti se te navodne teorije i modeli vaspitavanja podudaraju sa savremenim istraživanjima i dostignućima bilo koje od oblasti relevantnih za ovu temu*. Iz ovih razloga želimo da skrenemo pažnju na neopravdanost njegovih tvrdnji, jer to nanosi štetu ugledu naših struka, ali pre svega, i što je mnogo važnije, obmanjuju javnost i roditelje

²¹ Position Statement on corporal punishment, RCPCH Nov/2009. dostupno na internet sajtu http://www.rcpch.ac.uk/sites/default/files/asset_library/Policy%20and%20Standards/Policy%20Documents/Corporal%20Punishment%20Policy%20Nov09.pdf.

²² Ibidem.

²³ Više u American Academy of Pediatrics, Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health, Guidance for Effective Discipline (Američka akademija za pedijatriju, Komitet za psihosocijalne aspekte dečijeg i porodičnog zdravlja, Vodič za efikasnu disciplinu), Pediatrics Vol. 101 No. 4 od 1. aprila 1998, str. 726, dostupno na internet sajtu: <http://pediatrics.aappublications.org/content/101/4/723.full.html>.

²⁴ Videti "Struka i aktivizam protiv fizičkog kažnjavanja dece", objavljeno 14. decembra 2014. g. na sajtu B92, dostupno online: http://www.b92.net/zdravlje/roditeljstvo.php?yyyy=2014&mm=12&nav_id=936154.

koji imaju pravo da budu ispravno i profesionalno obavješteni o važnoj temi kao što je roditeljstvo. Zbog toga što gospodin Milivojević nije ni psiholog, ni pedagog, a predstavlja se i prepoznat je kao stručnjak za teme iz oblasti psihologije i pedagogije, naša je profesionalna etička dužnost da upozorimo javnost i skrenemo pažnju medijima na opasnost pogrešnog informisanja.”

U pomenutom saopštenju se zatim pominje da će istovremeno, u sklopu javne debate o ovoj temi, Psihoanalitičko društvo Srbije i Incest trauma centar Beograd organizovati konferenciju za novinare-tribinu u Centru za kulturnu dekontaminaciju u kojoj žele da podvuku da su “struka i aktivizam protiv fizičkog kažnjavanja dece.” Kao učesnici tribine se pominju najugledniji predstavnici stručnih društava i udruženja, kao što je Psihoanalitičko društvo Srbije, Društvo za dečiju psihijatriju i srodne struke Srbije, Udruženje stručnjaka za podršku deci i porodici, upravnik Bolnice za psihijatriju KBC “Dr Dragiša Mišović”-Dedinje, zamenica Ombudsmana za prava deteta, tadašnja poverenica za ravnopravnost, psihološkinje, dečije psihoterapeutkinje, psihijatrice, predsednik Etičkog odbora Vlade Srbije, psihijatri-psihoanalitičari, pomoćnica ministra za omladinu i sport i drugi stručnjaci i aktivisti,²⁵ što ukazuje na to da se ogroman broj stručne javnosti, polazeći od stručnog znanja i iskustva, protivi fizičkom kažnjavanju dece.

²⁵ Psihoanalitičko društvo Srbije i Incest trauma centar Beograd će organizovati u ponedeljak 15. decembra 2014. g. u 18 sati konferenciju za novinare-tribinu u Centru za kulturnu dekontaminaciju u kojoj žele da podvuku da su “struka i aktivizam protiv fizičkog kažnjavanja dece”. “Uvodnu reč daće Vesna Brzev Čurčić (Psihoanalitičko društvo Srbije) i dr Ljiljana Bogavac (Incest trauma centar Beograd). Na tribini će govoriti Nevena Petrušić, Poverenica za ravnopravnost, Gordana Stevanović, zamenica Ombudsmana za prava deteta, Biljana Lajović, Jedinica za prevenciju nasilja Ministarstva prosvete, Snežana Klašnja, pomoćnica ministra za omladinu i sport. Iz Psihoanalitičkog društva Srbije - Jasminka Šuljagic, predsednica, dečja psihoterapeutkinja, dr Marija Vezmar, psihijatrica, sekretarka za stručne aktivnosti PDS, Nina Popadic, psihološkinja i dečja psihoterapeutkinja, Anka Marjanović-Radonjić, psihološkinja, psihoanalitičarka u edukaciji PDS, Tijana Miladinović, psihološkinja, generalna sekretarka PDS, Milena Jerotijević, psihološkinja, Snježana Mrse, programska direktorka Grupe “Most”, Dragan Popadić, Institut za psihologiju, dr Slobodan Savić, sudski veštak Instituta za sudsku medicinu Medicinskog fakulteta u Beogradu i predsednik Etičkog odbora Vlade Srbije, dr Milica Pejovic, Društvo za dečiju psihijatriju i srodne struke Srbije i Institut za mentalno zdravlje, Vera Despotovic, predsednica Asocijacije medijatora Srbije, Marija Krivačić, Psihokod - Studio za lično obrazovanje, rast i razvoj, Dragoljub Nedić, direktor Instituta za psihodramu (Evropski akreditovni psihoterapijski trening institut), Jasminka Veselinović, direktorka Udruženja Centar za porodicu, porodicne terapeute i sistemsku, psihoterapijsku edukaciju (CEPTE je pridruženi član Evropske asocijacije porodicnih terapeuta EFTE), Dubravka Radusinović, Srpska asocijacija za transakcionu analizu (SATA), Srbijanka Đorđević, direktorka Komora socijalne zastite Srbije, Željka Burgund, Nacionalna dečja linija (NADEL Srbija) i FICE Srbija (Udruženje stručnjaka za podršku deci i porodici), Branka Radojevic / Maida Stefanović, NVO Familia, Zoran Ostojić, Krizni centar za muskarce, dr Vojislav Čurčić, psihijatar-psihoanalitičar, Upravnik Bolnice za psihijatriju KBC “Dr Dragiša Mišović”-Dedinje. Moderatorica: Dušica Popadić, Incest Trauma Centar.”

Ovim zakonskim predlogom se želelo usklađivanje domaćeg zakonodavstva sa Konvencijom i, shodno tome, uvođenje novih standarda ponašanja u porodici, bez nasilja, po kome će dete prvo u svojoj porodici biti vaspitavano tako da nauči da je nasilje nedopustivo i da ne treba da ga primenjuju ni roditelji prema svojoj deci ni deca dalje prema drugoj deci, svojim vršnjacima i ostalima, i da prema tome dete ni van porodice ne treba da prihvata ili vrši nasilje. Pojava vršnjačkog nasilja, koje se ispoljava čak kod dece predškolskog uzrasta i ispoljava ponekad na vrlo surov način,²⁶ nije zanemarljiva i ovaj predlog Komisije je bio jedan pokušaj da se krene drugim putem, primenom drugih, nenasilnih vaspitnih mera i mera disciplinovanja dece, koje sa druge strane ne znači da dete treba razmaziti i udovoljavati svakom njegovom hiru. U praksi se upravo to može, ne tako retko sresti, iako fizičko kažnjavanje važećim Porodičnim zakonom nije zabranjeno, ali velika popustljivost prema detetu nije znak dobrog vaspitanja već bi se pre reklo nedovoljnog posvećivanja detetu i njegovim razvojnim potrebama.

Pomenute odredbe Prednacrtu GZ o zabrani fizičkog kažnjavanja deteta se zalažu za promovisanje novog koncepta uzajamnih odnosa u porodici, koncepta međusobnog poštovanja i uvažavanja, koji ne podrazumeva da se dete pokorava roditelju nego da bude shvaćeno od svojih roditelja i pravilo vaspitavano i usmeravano bez nasilja, uvreda, omalovažavanja i sl. već naprotiv, sa puno razumevanja za njegove potrebe, želje, sklonosti i mogućnosti. Pri tome se svakako ima u vidu da izgradnja takvih odnosa u porodici predstavlja *jedan (dugotrajan) proces*, koji zahteva vreme i posvećenost, i da će, i pored uvođenja ove odredbe u GZ, i dalje bilo kršenja ove odredbe. Međutim, kao što je naveo jedan engleski autor,²⁷ to što neki vozači i pored zabrane i kažnjivosti prekoračenja brzine ipak prekoračuju dozvoljenu brzinu u vožnji i što ne bivaju otkriveni i kažnjeni, ne znači da ograničenje brzine treba ukinuti.

Pored toga, treba istaci da osim zabrane fizičkog kažnjavanja dece, Prednacrtom GZ nisu predviđene nikave dodatne kaznene mere za roditelje, koje već nisu predviđene važećim Porodičnim zakonom, kako se to često zlonamerno i senzacionalistički predstavlja u javnosti. Naime, i prema važećem Porodičnom zakonu sve dečje, zdravstvene i obrazovne ustanove ili ustanove socijalne zaštite

²⁶ Izabela Halas, Vršnjačko nasilje na predškolskom uzrastu, Master rad odbranjen na Univerzitetu u Novom Sadu 29. marta 2011. god. (mentor prof. dr Olga Cvejić Jančić), neobjavljen. U radu su dati brojni primeri i oblici vršnjačkog nasilja već kod dece predškolskog uzrasta. Rukopis rada dostupan u Univerzitetskoj biblioteci u Novom Sadu.

²⁷ Jonathan Herring navodi upravo primer analogije između zabrane telesnog kažnjavanja deteta i prekoračenja brzine tokom vožnje, ističući da nije svako prekoračenje brzine kažnjeno, i većina ljudi krši zakone o prekoračenju brzine, ali su ti zakoni i dalje opšteprihvaćeni, Family Law, Pearson Education Limited (2009), str. 481.

te, pravosudni i drugi državni organi, udruženja i građani (susedi, srodnici i sl.) imaju "Pravo i dužnost da obaveste javnog tužioca ili organ starateljstva o razlozima za zaštitu prava deteta kao i o razlozima za lišenje roditeljskog prava"²⁸. Prema tome, takva vrsta zaštite dece već postoji u našem zakonodavstvu, ali je pitanje da li se ona i kako u praksi primenjuje, jer je u našem društvu tolerancija nasilja vrlo visoka, a samo nasilje jos uvek vrlo rasprostranjeno, i to je ono što treba menjati.²⁹

Kada organ starateljstva bude obavesten o tome da roditelji (učestalo) primenjuju kaznene mere telesnog kažnjavanja deteta ili zloupotrebljavaju ili zapostavljaju pravilno vaspitanje i podizanje deteta, prva mera koju će ovaj organ preduzeti jeste upozoravanje roditelje na nedostatke u vršenju roditeljskog prava. To znaci pozvaće roditelje na razgovor u organ starateljstva, gde će sa stručnjacima odgovarajućeg profila popričati o problemima koji su iskrsli u podizanju i vaspitanju deteta, i ukaziti na pravilno podizanje i vaspitanje davanjem saveta, preporuka, i predloga kako sve u problematichnoj situaciji mogu da postupaju i kako da disciplinuju dete bez primene fizičkog nasilja prema njemu.

Ukoliko se posle nekog vremena pokaže da razgovor sa stručnjacima organa starateljstva nije dao željene rezultate i da se telesno kažnjavanje deteta nastavlja, organ starateljstva će uputiti roditelje na razgovor u porodično savetovalište ili u ustanovu specijalizovanu za posredovanje u porodičnim odnosima. Tamo će takođe roditelji biti posavetovani o tome u čemu oni greše, zašto greše i kako i šta treba da preduzmu u problematichnim situacijama.

Tek ako ni to ne bude dovoljno, i ako se kažnjavanje deteta nastavi i dobije razmere zlostavljanja, zanemarivanja, zloupotrebe roditeljskog prava i slično, organ starateljstva može i treba da pokrene sudske postupke u skladu sa zakonom, kao što je npr. ograničenje ili lišenje roditeljskog prava. Prema tome, *nijedna nova mera koja već nije predviđena važećim Porodičnim zakonom nije predviđena Prednacrtom*, a pogotovo nije predviđena niti sugerisana izmena krivičnog zakonodavstva radi zaoštavanja krivične odrogornosti roditelja. Međutim, u pojedinim medijama se cela situacija povodom zabrane fizičkog kažnjavanja dece drammatizuje pretnjama da će sada za svaku čušku roditelji ići u zatvor i da će im biti oduzeto dete, iako za to nema osnova u našem Prednacrtu, niti je Komisija smatrala za potrebno da tako nešto predloži. Potrebno je jedino da se postojeće mere zaštite

²⁸ Član 263 st. 3 i čl. 264 st. 4 Porodičnog zakona Srbije (Sl. glasnik RS br.18-2005), kao i čl. 2515 st. 3 i čl. 2516 st. 4 Prednacrtu Gradjanskog zakonika Republike Srbije.

²⁹ Pojedine strukture u našem društvu, uglavnom nacionalistički i konzervativno obojene, na sam pomen bilo kakvih 'promena' u porodici reaguju vrlo burno i zaštitnički, predstavljajući sebe kao zaštitnike 'tradicionalne srpske porodice' i opirući se svakom progresu i napretku. Međutim, promene su deo čovečijeg života, istorije, evolucije, i da nije promena ljudski rod bi verovatno još živeo u vrlo primitivnim društvima i uslovima.

deteta adekvatno primenjuju, što verujem da se u praksi i čini, možda ne u svim Centrima za socijalni rad ravnomerno i sa istim shvatanjem i razumevanjem problema, ali u suštini, mere zaštite dece su, uz dodatnu zabranu fizičkog kažnjavanja, već na zadovoljavajući način predviđene važećim zakonodavstvom.

*Zabrana telesnog kažnjavanja dece
u praksi Evropskog suda za ljudska prava*

Konvencija o pravima deteta, kao ni dva Opciona protokola uz Konvenciju (Opcioni protokol uz Konvenciju o pravima deteta o prodaji dece, dečjoj prostituciji i dečjoj pornografiji iz 2000. g.³⁰ i Opcioni protokol uz Konvenciju o pravima deteta o učešću dece u oružanim sukobima takođe iz 2000. g.³¹) ne predviđaju nikakav mehanizam zaštite povređenih prava deteta pred bilo kojim međunarodnim sudom ili drugim međunarodnim telom, što se vremenom, tokom primene Konvencije pokazalo kao veliki nedostatak, jer je dete moglo da traži zaštitu svojih povređenih prava samo pred domaćim sudom ili drugim nadležnim nacionalnim autoritetom. Ukoliko zaštitu nije moglo da ostvari u nacionalnim granicama dete nije imalo mogućnosti zaštite pred nekim drugim, međunarodnim, neutralnim sudom, arbitražom ili drugim nadležnim autoritetom. Države ugovornice su, kao što je već pomenuto, u obavezi da svakih pet godina podnose Komitetu za prava deteta izveštaj o implementaciji Konvencije i ostvarenom nivou zaštite dečijih prava ali samo dete nije imalo pravo da se obraća Komitetu sa nekim svojim individualnim zahtevom i da traži zaštitu. Konvencija o pravima deteta kao i pomenuta dva Protokola su jedini međunarodni dokumenti koji se tiču ljudskih prava koji predviđaju obavezu izveštavanja o stanju i primeni ljudskih prava u državama ugovornicama a koji nemaju predviđen nikakav komunikacioni postupak u slučaju njihove povrede.

Taj nedostatak je otklonjen trećim Opcionim protokolom uz Konvenciju o pravima deteta o komunikacionom postupku, koji je usvojen u decembru 2011. god.³² Protokolom je, između ostalog, predviđena mogućnost podnošenja indivi-

³⁰ Protokol o prodaji dece, dečjoj prostituciji i dečjoj pornografiji je usvojen o strane Generalne skupštine UN 25. Maja 2000.g. a stupio na snagu 18. Januara 2002. g. Srbija je ratifikovala Protokol 10. Oktobra 2002.g., dostupno na sajtu: https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=ind&mtdsg_no=iv-11-c&chapter=4&lang=en.

³¹ Protokol o učešću dece u oružanim sukobima je usvojen u Njujorku 25. maja 2000. godine a stupio na snagu 12. februara 2002. g. Srbija je ratifikovala ovaj Protokol 23. Januara 2003. g. Dostupno na sajtu: https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=ind&mtdsg_no=iv-11-b&chapter=4&lang=en.

³² Opcioni protokol o komunikacijskom postupku je stupio na snagu 14. aprila 2014. godine. Do sredine jula 2015. godine Protokol je potpisalo 49 a ratifikovalo 17 zemalja. Srbija je potpisala

dualnih predstavki (pod određenim, dosta striktnim uslovima), pored ostalih, i od strane pojedinca (deteta) ili grupe pojedinaca pred Komitet za prava deteta, u slučaju povrede prava garantovanih Konvencijom. Međutim, pošto Srbija još nije ratifikovala, već samo potpisala Protokol, on još nema primenu u našoj zemlji, pa se nećemo se na tome zadržavati³³. Međutim, i pored toga, vrlo je značajno napomenuti da razvijene i stabilne demokratske države, i ne samo one, veoma mnogo vode računa o tome da ne budu označene kao zemlje u kojima se ne poštuju ljudska ili dečija prava, i stoga striktno poštuju preporuke Komiteta za prava deteta, kao i odluke Evropskog suda za ljudska prava, i pristupaju izmeni svog zakonodavstva kako bi ga uskladile sa preporukama nadležnih međunarodnih tela predviđenih ratifikovanim međunarodnim dokumentima.

Pored Konvencije o pravima deteta i Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu Evropska konvencija) obezbeđuje određenu zaštitu deteta od fizičkog zlostavljanja. Iako Evropska konvencija ne sadrži posebne odredbe posvećene isključivo pravima deteta već generalno ljudskim pravima, ona se svakako odnosi i na decu jer su i deca ljudi, ali sa posebnim, specifično dečijim potrebama i pravima, što ne znači da se i te generalne odredbe Evropske konvencije na njih ne primenjuju. Zaštita dece od telesnog kažnjavanja se u praksi Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu Evropski sud ili ESLJP) podvodi pod povredu člana 3 Konvencije – zabrana mučenja: "Niko ne sme biti podvrgnut mučenju, ili nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju."

U praksi Evropskog suda je poznat slučaj A protiv Ujedinjenog Kraljevstva³⁴ iz 1998. g. gde se radilo o redovnom telesnom kažnjavanju maloletnog deteta (u vreme pokretanja postupka pred Evropskim sudom starog svega devet godina) od strane prijatelja, a potom supruga detetove majke odnosno detetovog očuha. Mlađi brat pretučenog dečaka je jednog dana prijavio učiteljici da njegov stariji brat svakodnevno dobija batine od očuha. Učiteljica je slučaj prijavila lokalnoj socijalnoj službi i očuh je uhapšen, ali je već sledeći dan po hapšenju pušten, uz kauciju. U februaru 1993. g. podnosilac predstave je bio podvrgnut pregledu od strane pedijatra, koji je konstatovao da je dete bilo izloženo batinama, bašenskim štatom po zadnjici i listovima na nogama. Pedijatar je zapazio modrice različitog intenziteta i boja, što je ukazivalo, prema tragovima i starosti modrica, da je

Protokol 28. februara 2012. g. ali ga još nije ratifikovala, tako da se u našoj zemlji još ne primenjuje. Dostupno na sajtu: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-d&chapter=4&lang=en.

³³ Videti više o tome u: O. Cvejić Jančić, Dodatna zaštita deteta prema Opcionim protokoli na Konvenciju o pravima deteta, Pravni život br. 9/2012, Tom I, str. 955-975.

³⁴ Case of A. v. The United Kingdom (100/1997/884/1096).

dete gotovo svakodnevno dobijalo batine znatne snage. Protiv očuha je pokrenut postupak u februaru 1994. g. za napad na pastorka koji je prouzrokovao telesne povrede deteta. Očuh nije osporavao da je tukao dečaka, ali se branio da je to bilo neophodno i razumno jer je A bio teško i neposlušno dete. Ni sud nije osporavo pravo očuha da telesnim kažnjavanjem vaspitava pastorka, ali je tražio od porote da utvrdi da li je to kažnjavanje bilo razumno u konkretnom slučaju. Odluka doneta većinom glasova je bila da očuh nije kriv za nanošenje povrede pastorku.

Nakon odluke nacionlanog suda Ujedinjenog Kraljevstva podnosilac predstave se u julu 1994. g. obraća Evropskom sudu, ističući da sud ne bi trebalo da toleriše, ni direktno ni indirektno, bilo koji stepen namernog nasilja prema deci. U toku postupka Vlada UK obaveštava podnosioca zahteva da priznaje nalaz Evropske komisije da je učinjena povreda čl. 3 Konvencije i da će pristupiti izmeni domaćeg zakonodavstva. Istovremeno nudi 10.000 funti kao satisfakciju za nanete povrede. Evropski sud jednoglasno donosi odluku da je bilo povrede čl. 3 Konvencije i da je tužena država dužna da isplati podnosiocu predstave 10.000 funti na ime naknade nematerijalne štete i 20.000 funti na ime troškova postupka, sa pripadajućim kamatama.

Nakon toga se u UK pristupa izmeni Zakona o deci iz 1989. g. i 2004. godine i usvajaju izmene kojima se generalno ne zabranjuje svako fizičko kažnjavanje dece već samo da se batinanje dece u odnosu na određene prekršaje ne može vise pravdati razumnim kažnjavanjem dece.³⁵ Međutim, time nije izričito zabranjeno fizičko kažnjavanje koje se toleriše ukoliko nije takvog intenzita da nastaju modrice ili povrede, što je oštro kritikovano, između ostalih, i od strane britanskog Kraljevskog koledža za pedijatriju i zdravlje dece.

Zabrana telesnog kažnjavanja dece u uporednom pravu

Fizičko kažnjavanje dece od strane roditelja ili drugih lica koja se staraju o deci zabranjeno je u mnogim zemljama sveta (do sada njih ukupno 47), među kojima su prve bile skandinavske zemlje. Prva zemlja koja je zabranila fizičko kažnjavanje dece je Švedska, koja je to učinila 1979. godine³⁶, a zatim to su njen pri-

³⁵ Sekcija 58, podsekcija 1 Zakona o deci (Children Act 2004), Reasonable punishment: "In relation to any offence specified in subsection (2), battery of a child cannot be justified on the ground that it constituted reasonable punishment." (U odnosu na bilo koji prekršaj specifikovan u podsekciji 2. udaranje deteta se ne može pravdati po osnovu da ono predstavlja razumno kažnjavanje), dostupno na sajtu: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/31/pdfs/ukpga_20040031_en.pdf.

³⁶ Joan E. Durrant, Ph.D, The Swedish Ban on Corporal Punishment: Its History and Effects, iz *Family Violence Against Children: A Challenge for Society*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, New York, 1996. (pp.19-25), dostupno na sajtu: <http://www.nospank.net/durrant.htm>.

mer sledile Finska (1983.g.)³⁷, Norveška (1987. g.)³⁸ i Austrija (1989. g.), dakle sve četiri zemlje su to učinile čak i pre donošenja Konvencije UN o pravima deteta.

U Austriji je, odmah nakon zabrane fizičkog kažnjavanja dece u Švedskoj, austrijski pedijatar i dečji psihijatar Hans Czermak izazvao žestoku javnu raspravu na tu temu, objavivši svoju knjigu "Zdrave batine su vrlo nezdrave", u kojoj na osnovu naučnog istraživanja dokazuje da telesno kažnjavanje dece šteti razvoju deteta.³⁹ Međutim, njegovo istraživanje je ipak imalo ođeka u austrijskoj javnosti i doprinelo uvođenju zabrane telesnog kažnjavanja dece 1989. g. Naime, zabrana fizičkog kažnjavanja dece u Austriji je regulisana čl. 146-a Opšteg građanskog zakonika (sa izmenama i dopunama od 1989. g), koji izričito predviđa da upotreba sile prema deci i nanošenje fizičke ili psihičke patnje nisu dozvoljeni.⁴⁰ Savezni ustavni zakon o pravima dece iz 2011. g. to potvrđuje u čl. 5 st. 1, koji ističe da svako dete ima *pravo na nenasilno vaspitanje*⁴¹, a zatim da su telesna kazna, nanošenje duševne patnje, seksualno zlostavljanje i druge zloupotrebe zabranjeni.

Interesantna situacija je bila na Kipru. Naime, Zakonom o nasilju u porodici (Prevenција i zaštita žrtava) iz 1994. godine predviđena je zabrana bilo kakvih nezakonitih radnji ili kontrolisanja ponašanja koje imaju za posledicu direktne stvarne fizičke, seksualne ili psihološke povrede bilo kog člana porodice (čl. 3), a koja je tumačena i kao zabrana svih oblika telesnog kažnjavanja u podizanju dece. Ta odredba je ponovljena i u Zakonu o nasilju u porodici iz 2000. godine. Međutim, u odgovoru Vlade Kipra na upitnik Ujedinjenih nacija za Studiju o nasilju nad decom iz 2005. g. ispostavilo se da je odredba čl. 54 st. 6 Dečijeg zakona iz 1956. g. koja predviđa pravo roditelja, učitelja ili drugog lica koje ima zakonsku kontrolu ili staranje nad detetom da primenjuje kazne nad njim, tada još uvek bila na snazi, odnosno da se pomenuti Zakon o nasilju u porodici nije odnosio na decu. Do uki-

³⁷ The Positive Impact of Prohibition of Corporal Punishment on Children's Lives: Messages from Research, Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children, str. 5. dostupno na internet sajtu: www.endcorporalpunishment.org.

³⁸ Više u: Prohibition of all corporal punishment in Norway (1987), Report prepared by the Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children, dostupno na internet sajtu: www.endcorporalpunishment.org.

³⁹ Videti "Childhood free from corporal punishment - changing law and practice", Messages, Dr Wolfgang Brandstetter, Federal Minister of Justice, Austria, dostupno na sajtu: <http://www.coe.int/t/dg3/children/News/Special%20Report%20Sweden%20FINAL.PDF>.

⁴⁰ Više u Corporal Punishment of Children in Austria, Report prepared by the Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children, dostupno na sajtu: www.endcorporalpunishment.org.

⁴¹ Naglasio autor.

danja ove odredbe Dečijeg zakona je došlo tek 2013. g.⁴². tako da izričita zabrana telesnog kažnjavanja dece na Kipru ustvari postoji tek od 2013. godine.

U Danskoj je fizičko kažnjavanje dece zabranjeno 1997. g, kada je izmenjen Zakon o roditeljskom staranju i nezi iz 1995. g. da bi se izmenama Zakona izričito predvidelo da deca ne mogu biti podvrgnuta telesnom kažnjavanju niti bilo kom drugom ponižavajućem postupku. Ta zabrana je potvrđena i naglašena i u Zakonu o roditeljskoj odgovornosti (2007. g.), u kome se ističe da se sa decom mora postupati uz poštovanje njihove ličnosti i ne smeju biti povrgavana fizičkom kažnjavanju ni drugom ponižavajućem postupanju (čl. 2 st. 2 Zakona o roditeljskoj odgovornosti)⁴³.

Letonija zabranjuje fizičko kažnjavanje dece od 1998. godine, Zakonom o zaštiti prava dece, koji u čl. 9 st. 2 predviđa da deca ne mogu biti tretirana okrutno, ne mogu biti mučeni i fizički kažnjavana, niti njihovo dostojanstvo i čast mogu biti povređeni.⁴⁴

Posebno zanimljiva situacija po ovom pitanju je u Hrvatskoj. Naime, u Hrvatskoj je telesno kažnjavanje dece bilo zabranjeno počev od 1. jula 1999. g. kada je Obiteljski zakon iz 1998. godine, koji je tu zabranu uveo, počeo da se primenjuje⁴⁵. Članom 87 Obiteljskog zakona je izričito predviđeno da “[R]oditelji i ostali članovi obitelji ne smiju dijete podvrgavati ponižavajućim postupcima, duševnom ni tjelesnom kažnjavanju, odnosno zlostavljanju.” Ovaj Zakon je važio do 2003. g. kada se usvaja novi Obiteljski zakon⁴⁶ koji ne sadrži odredbu o izričitoj zabrani fizičkog kažnjavanja dece, već samo odredbu o zabrani podvrgavanja deteta ponižavajućim postupcima, duševnom ili telesnom nasilju, odnosno zlostavljanju.⁴⁷ Međutim, iste godine (2003) donet je i Zakon o zaštiti od nasilja u obitelji a zatim,

⁴² Opširnije u Corporal Punishment of Children in Cyprus, Report prepared by the Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children, dostupno na sajtu: www.endcorporalpunishment.org.

⁴³ Corporal punishment of children in Denmark, Report prepared by the Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children, dostupno na internet sajtu: www.endcorporalpunishment.org.

⁴⁴ Corporal punishment of children in Latvia, Report prepared by the Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children, dostupno na internet sajtu: www.endcorporalpunishment.org.

⁴⁵ Obiteljski zakon Hrvatske (1998), Narodne novine br. 162 od 22. decembra 1998. g. Čl. 372 predviđa da Zakon stupa na snagu osmog dana od dana objave u “Narodnim novinama”, a primjenjuje se od 1. srpnja (jula) 1999.

⁴⁶ Obiteljski zakon Hrvatske (2003), Narodne novine br. 116 od 22. jula 2003. godine.

⁴⁷ Čl. 88 Obiteljskog zakona Hrvatske iz 2003. g. “Roditelji i ostali članovi obitelji ne smiju dijete podvrgavati ponižavajućim postupcima, duševnom ni tjelesnom nasilju, odnosno zlostavljanju.”

2009. g. novi Zakon o zaštiti od nasilja u obitelji⁴⁸ koji (oba u čl. 4 st. 1 alineja 2) izričito predviđaju da se nasiljem u porodici smatra svaki oblik telesnog, psihičkog, polnog ili ekonomskog nasilja, a naročito telesno kažnjavanje i drugi načini ponižavajućeg postupanja prema deci u vaspitne svrhe⁴⁹. Verovatno je zakonodavac smatrao da ne treba duplirati odredbe o zabrani telesnog kažnjavanje dece i da su dovoljne samo odredbe Zakona o zaštiti od nasilja u obitelji, pa je izostavio iste takve odredbe u Obiteljskom zakonu iz 2003. g. Međutim, 2014. g. Hrvatski Sabor usvaja novi Obiteljski zakon, koji ponovo vraća odredbu o izričitoj zabrani fizičkog kažnjavanja dece⁵⁰. Međutim, i ovaj Zakon je bio kratkog veka, jer ga je Ustavni sud privremeno suspendovao, tako da je i dalje u primeni Obiteljski zakon iz 2003. g.⁵¹ Zabrana telesnog kažnjavanja dece, međutim, i dalje važi.

Telesno kažnjavanje dece od 2000. g. nije dozvoljeno ni u Izraelu, nakon odluke Vrhovnog suda koja služi kao reper za budućnost. Vrhovni sud Izraela je istakao, polazeci od Konvencije o pravima deteta i Osnovnog izraelskog zakona "Ljudsko dostojanstvo i sloboda" iz 1992. g. da je telesno kažnjavanje dece, ili ponižavanje i odstupanje od njihovog dostojanstva kao metod edukacije od strane njihovih roditelja, potpuno nedopustivo, i da je to ostatak društveno-obrazovnog shvatanja koje je izgubilo svoju vrednost. "Dete zavisi od roditelja i ima pravo na roditeljsku ljubav, zaštitu i nežnost. Upotreba kazne koja izaziva bol i poniženje ne doprinosi detetovoj ličnosti ili obrazovanju, već šteti njegovim ljudskim pravima. Takva kazna povređuje telo, osećanja, dostojanstvo i pravilan razvoj deteta. Takva kazna nas udaljava od našeg cilja društva bez nasilja. Prema tome, neka se zna da je u našem društvu, roditeljima od sada zabranjeno da koriste telesne kazne ili postupake koji ponižavaju i omalovažavaju dete kao system vaspitanja."⁵²

⁴⁸ Zakon o zaštiti od nasilja u obitelji, Narodne novine br. 116/2003 i 137/2009.

⁴⁹ Zanimljivo je da je u postupku izrada novog Zakona o zaštiti od nasilja u obitelji, a Predlog tog Zakona je Vlada Republike Hrvatske usvojila u julu ove (2015) godine. I Predlog Zakona o zaštiti od nasilja u obitelji iz 2015. g. u čl. 10 sadrži odredbu o zabrani fizičkog kažnjavanja dece, slično kao i prethodna dva Zakona (iz 2003. i 2009. g.), koja je formulisana na sledeći način: "Nasilje u obitelji je: 1. tjelesno nasilje 2. tjelesno kažnjavanje ili drugi načini ponižavajućeg postupanja prema djeci u odgojne svrhe".

⁵⁰ Obiteljski zakon Hrvatske, Narodne novine br. 75/2014 u čl. 94 stav 2 kaže: "Roditelji ne smiju tjelesno kažnjavati dijete, postupati ponižavajuće prema njemu niti primjenjivati psihičku prisilu te su ga dužni štiti od takvog postupanja drugih osoba".

⁵¹ Ustavni sud Hrvatske je Obiteljski zakon iz 2014. g. suspendovao i pokrenuo postupak za ocenu saglasnosti ovog Zakona sa Ustavom, a do odluke Ustavnog suda primenjivaće se Obiteljski zakon iz 2003. g. sa svim docnijim izmenama i dopunama, Rešenje Ustavnog suda Republike Hrvatske, Narodne novine br. 5/2015 od 16. januara 2015.g., dostupno na sajtu: <http://czssvz.hr/wp-content/uploads/2015/01/suspenzija-obiteljskog-zakona.pdf>.

⁵² Corporal punishment of children in Israel, Report prepared by the Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children, dostupno na internet sajtu: www.endcorporalpunishment.org.

Naknadni sudske odluke su potvrdili neprihvatljivost i nezakonitost telesnog kažnjavanja u vaspitanju dece.

Počev od 2000-te godine fizičko kažnjavanje dece je zabranjeno i u Nemačkoj. Naime, nakon Zaključnih primedaba koje je Komitet za prava deteta uputio Nemačkoj⁵³ u odnosu na ostvarivanje dečijih prava, došlo je do izmene čl. 1631 Građanskog zakonika⁵⁴ koji predviđa da dete ima pravo na nenasilno vaspitanje i da fizičko kažnjavanje, psihološke povrede i druge degradirajuće mere nisu dopuštene.

Od zemalja u najbližem okruženju u kojima nije dopušteno fizičko kažnjavanje dece vredno je pomenuti i Bugarsku, Rumuniju, Majdarsku, Grčku i Albaniju.

U Bugarskoj je fizičko kažnjavanje dece zabranjeno Zakonom o zaštiti dece iz 2000. g., u kome se kaže da dete ima pravo na zaštitu od svih metoda vaspitanja koji podrivaju njegovo dostojanstvo, od fizičkih, psihičkih i drugih vrsta nasilja i od svih oblika uticaja koji su u suprotnosti sa njegovim interesima⁵⁵. Rumunija uvodi zabranu fizičkog kažnjavanja dece 2004. g. Prema čl. 28 Zakona br. 272/2004 o zaštiti i promovisanju prava deteta, koji je objavljen Ukazom br 481/2004 (na snazi od 2005. godine), dete ima pravo da mu bude ukazano poštovanje ličnosti i individualnosti i ne može biti predmet fizičkog kažnjavanja ili drugih ponižavajućih ili omalovažavajućih postupaka. Disciplinske mere prema detetu mogu biti preduzete samo u skladu sa dostojanstvom deteta, i ni pod kakvim okolnostima fizičke kazne nisu dozvoljene, kao ni kazne koja se odnose na fizički i psihički razvoj ili koje mogu uticati na emocionalnu status deteta.⁵⁶ U Mađarskoj je takođe zabranjeno primenjivanje telesnih kazni u vaspitanju deteta. Naime, izmenom Zakona o zaštiti dece i starateljskoj upravi (Zakon o zaštiti dece) iz 1997. g. koji je izmenjen 2004. g. (a stupio na snagu 2005. g.) predviđeno je da dete ima pravo da se poštuje njegovo ljudsko dostojanstvo, da bude zaštićeno

⁵³ Stefanie Schmahl, *The Rights of the Child in Germany – The UN Convention on the Rights of the Child and its Implementation in National Law*, in *The Rights of the Child in a Changing World*, Springer 2016 (u štampi), ur. Olga Cvejić Jančić.

⁵⁴ German Civil Code (BGB), Section 1631 - Contents and limits of care for the person of the child, dostupno na sajtu: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf.

⁵⁵ U Bugarskoj je fizičko kažnjavanje dece zabranjeno Zakonom o zaštiti dece iz 2000. g., u kome se kaže da dete ima pravo na zaštitu od svih metoda vaspitanja koji podrivaju njegovo dostojanstvo, protiv fizičkih, psihičkih i drugih vrsta nasilja, protiv svih oblika uticaja koji su u suprotnosti sa njegovim interesima, videti u *Corporal punishment of children in Bulgaria*, Report prepared by the Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children, dostupno na internet sajtu: www.endcorporalpunishment.org.

⁵⁶ *Corporal punishment of children in Romania*, Report prepared by the Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children, dostupno na internet sajtu: www.endcorporalpunishment.org.

od zloupotreba, fizičkog, seksualnog i mentalnog nasilja, od neuspeha da se pruži nega i od povreda prouzrokovanih bilo kakvim informacijama. Dete ne sme biti podvrgnuto mučenju, telesnom kažnjavanju ni bilo kakvom surovom, nehumanom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju (član 6 st. 5).⁵⁷ U Grčkoj je ova zabrana uvedena 2006. g. kada je Grčki Parlament doneo Zakon 3500/2006 o suzbijanju unutar porodičnog nasilja, kojim se zabranjuje telesno kažnjavanje dece u porodici. Član 4 tog Zakona predviđa da fizičko nasilje nad decom kao disciplinska meru u kontekstu njihovog vaspitanja povlači posledice iz člana 1532 Građanskog zakonika. Član 1532 Građanskog zakonika predviđa različite posledice zbog zloupotrebe roditeljskog autoriteta, od kojih je najozbiljnija lišenje roditeljskog prava od strane sudova.

U obrazloženju koje je ministar nadležan za sprovođenje zakona podneo Parlamentu istaknuto je da "telesno kažnjavanje nije uključeno u dozvoljene disciplinske mere iz člana 1518 Građanskog zakonika". Član 1518 garantuje pravo roditelja da koriste "korektivne mere", ali "samo ako su one potrebne sa pedagoške tačke gledišta i ne utiču na dostojanstvo deteta"⁵⁸. U Albaniji je fizičko kažnjavanje dece zabranjeno Zakonom o zaštiti prava dece iz 2010. g. koji u čl. 12 predviđa da dete mora biti zaštićeno od bilo kog oblika fizičkog i psihičkog nasilja, teslesnog kažnjavanja i degradirajućeg i ponižavajućeg postupka. Telesno kažnjavanje su u čl. 3(f) definiše kao svaki oblik kažnjavanja kojem pribegavaju roditelji, braća i sestre, dede i babe, zakonski zastupnik ili bilo koje drugo lice koje je zakonski odgovorno za dete, upotrebom sile sa ciljem da se prouzrokuje bol ili patnja, čak i u najmanjoj meri.⁵⁹

Pored pomenutih 15 zemalja još 32 zemlje su zabranile fizičko kažnjavanje dece: Turkmnistan 2002. g, Island 2003, Ukrajina 2004. g, Venecuela, Urugvaj, Togo, Španija, Portugalija, Holandija i Novi Zeland 2007. g, Moldavija, Luksemburg, Lihtenštajn i Kostarika 2008. g, Tunis, Kenija, Kongo i Poljska 2010. g, Južni Sudan 2011. g, Honduras 2013. g, San Marino, Nikaragva, Kape Verde, Brazil, Bolivija, Argentina, Malta, Andora, Estonija 2014. g. i Južna Koreja i Benin 2015. g.⁶⁰

⁵⁷ Corporal punishment of children in Hungary, Report prepared by the Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children, dostupno na internet sajtu: www.endcorporalpunishment.org.

⁵⁸ Prohibition of all corporal punishment in Greece (2006), Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children, dostupno na sajtu: <http://www.endcorporalpunishment.org/progress/prohibiting-states/greece.html>.

⁵⁹ Corporal punishment of children in Albania, Report prepared by the Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children, dostupno na sajtu: www.endcorporalpunishment.org.

⁶⁰ Više o tome na sajtu: Corporal punishment of children (uz dodatak odgovarajuće zemlje), www.endcorporalpunishment.org.

ZAKLJUČAK

Prednacrt Građanskog zakonika predviđa dve alternative u pogledu fizičkog kažnjavanja dece: prema jednoj je svako fizičko kažnjavanje dece zabranjeno a prema drugoj, blažoj alternative, zabranjeno je “neprimereno” fizičko kažnjavanje. Međutim, fizičko kažnjavanje koje se vrši primenom nasilja nad detetom radi izazivanja bola i patnje kod deteta kao mere njegovog vaspitanja nikada nije primereno, ali intervencija roditelja u konkretnoj situaciji primenom sile prema detetu koja je nužna radi njegove dobrobiti i zaštite u konkretnoj, po dete opasnoj situaciji se ne smatra fizičkim kažnjavanjem deteta.

Zabrana fizičkog kažnjavanja deteta proizilazi iz međunarodnih obaveza koje je Srbija preuzela ratifikovanjem određenih međunarodnih dokumenata, a pre svega Konvencija UN o pravima deteta i Konvencija Saveta Evrope o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Pored toga, i stručnjaci koji se bave decom, kako kod nas tako i u svetu, naglašavaju da telesno kažnjavanje deteta nije primer dobrog roditeljstva i da se mnogo bolji rezultati u podizanju dece mogu postići drugim, nenaslimin merama vaspitanja i disciplinovanja. I Evropski sud za ljudska prava je stao na stanovište da telesno kažnjavanje dece predstavlja povredu Evropske konvencije o ljudskim pravima. Od zemalja u okruženju fizičko kažnjavanje dece su zabranile Albanija, Grčka, Bugarska, Rumunija, Mađarska, Hrvatska, Austrija i još 40 drugih evropskih i vanevropskih zemalja.

OLGA CVEJIĆ-JANČIĆ, LL.D.,
Professor, Educons University, Faculty of European Legal
and Political Studies, Novi Sad

PROHIBITION OF PHYSICAL PUNISHMENT OF CHILDREN – CONTRIBUTION TO THE DISCUSSION REGARDING THE DRAFT OF THE CIVIL CODE OF SERBIA

Summary

The author deals with the Draft Civil Code of Serbia regarding its provision on corporal punishment of children. The Draft CC envisages two alternative for that issue: the first one prohibits any abuse of a child, especially physical punishment, while the second one is much milder and states that it is not allowed to abuse a child, especially *inappropriate* physical punishment. In her analyses the author begins with the UN Convention on the Rights of the Child and the obligations which Serbia had undertaken with the ratification of this international document and points out the

General comment of the Committee on the rights of the child in which it is emphasized that corporal punishment of children shall not be allowed.

Thereafter are presented opinions of many experts for children (pediatricians, psychiatrists, pedagogues) that indicate the harmful sides of physical punishment as a measure in raising a child, the case law of the European Court of Human Rights and comparative overview of the countries, especially in the close surrounding, which explicitly prohibit physical punishment of children within family.

ZORAN PONJAVIĆ

PORODIČNO PRAVO, OD INSTITUCIJE DO AUTONOMIJE LIČNOSTI

U V O D

Porodično pravo se na kraju dvadesetog i početkom dvadesetprvog veka izmenilo pod uticajem promena u društvenom i pravnom okruženju, a pre svega kao posledica usvajanja ideja o ljudskim pravima, prešavši dug put od promovisanja institucija do prava pojedinaca. Dugo vremena je većina normi porodičnog prava činilo deo “javnog poretka”, što znači da je država putem pravnih normi organizovala porodični život. Opšti interes je nalagao sadržinu pravila porodičnog prava koja su nametana individui.¹ Pojedinačni interesu su bili podređeni kolektivnim ciljevima, bilo da se radilo o državi ili porodici. Individua u tradicionalnoj porodici ima položaj člana grupe i ispunjava ulogu koju mu je grupa dodelila.² Sve ovo skupa činilo je od porodice jednu društvenu instituciju. Funkcionisanje porodice kao institucije u osnovi je značilo da članovi nisu mogli delovati prema

Dr Zoran Ponjavić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu. Rad je deo naučnoistraživačkog projekta “Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije” čiji je nosilac Pravni fakultet u Kragujevcu.

¹ Tako je L. Marković, davne 1920. godine, pišući o porodičnom pravu istakao da je “Većina propisa Porodičnog prava (je) prinudne prirode, tako da se ne mogu zameniti ni isključiti sporazumom stranaka”. Porodično pravo, Beograd, 1920, 1.

² M-T. Meulders-Klein, Individualisme et communautarisme: l’individu, la famille et l’Etat en Europe occidentale, Droit et Société, 1993, 23-24, <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds023024/ds023024-00.htm>.

svom nahodanju. Njihovo ponašanje je u najvažnijim segmentima bilo unapred određeno od strane društva i odvajkada, jednako za sve. Brak, centar te organizacije, nije bio mesto ljubavi već prokreacije i srodstva. Članovi porodice su imali pre svega vrednost u domenu ekonomske produkcije. Osećanja članova porodice nisu činila osnovu porodičnog sistema jer je porodična stabilnost bila protivna subjektivnim osećanjima.³ Valorizacija osećanja i njihovo uvođenje u porodičnu strukturu mogli su negativno delovati na solidarnost njenih članova, vrlo široku i neophodnu, kao i na stabilnost, što je, sve skupa, moglo dovesti u pitanje mogućnost ostvarivanja ciljeva. U takvoj situaciji individualne slobode su bile značajno ugušene a mesto koje je autonomija volje zauzimala u organizaciji porodičnih odnosa bilo skromno. Pojedinci su se ponašali onako kako je to društvo i porodica od njih očekivala, podčinjavajući se ne samo pravnim pravilima već i onim određenim "javnim moralom" koja su davala prednost kolektivnim u odnosu na lične ciljeve. Unutar porodice najčešće je otac ili neki drugi predak imao ovlašćenja i autoritet nametanja odluka u interesu porodice, onih koje su se ticale svakodnevnog života i na koje je on imao diskreciono pravo.

Evolucija individualizma, i afirmacija autonomije ličnosti koja se može i kod nas pratiti poslednjih godina pomera težište savremenog porodičnog prava sa institucionalne zaštite porodice i braka na zaštitu individualnih prava i sloboda njihovih članova, pre svega onih koja se tiču položaja dece i roditelja. Veliki broj studija pokazuje da je ideologija prava čoveka bila od svog početka strana porodičnom pravu, danas postaje njegov osnovni pokretač.⁴ Tako je nekada brak bio stvar porodice, a danas je izraz individualnog izbora. Individualne slobode i prava lica, a pre svega da brak sklope ili ne sklope i da slobodno izađu iz njega, su sve bolje i bolje zaštićene u odnosu na pritiske koji dolaze od strane porodice. Tako sud prilikom razvoda braka ima zadatak da štiti pravo svakog na raskid braka a ne da štiti brak kao instituciju. Štiteći individualne prava koja su izraz autonomije ličnosti, sud omogućava supružniku da jednostrano raskine vezu i obaveze koje brak nameće u funkciji njihovog ličnog izbora, njihovih privatnih ciljeva i privatnih interesa. Na ovaj način brak se ne razlikuje mnogo od drugih oblika življenja muškarca i žene.

Povlačenjem javnog poretka iz porodičnog prava pripremljen je teren za pojavu novih prava, čime se porodično pravo sve više prilagođava usponu jednog ekstremnog individualizma koji uvek traži više. I umesto da se, kao ranije, pravno reguliše i štiti porodica kao celina, priznaje se individualno pravo članovima

³ Jacqueline et Alain Pousson, *L' Affection et le droit*, Toulouse, 1990, 44.

⁴ Vid: André-Jean Arnaud, *Philosophie des droits de l' Homme et droit de la famille, Internationalisation des droit de l' Homme et évolution du droit de la famille*, (predgovor F.Dekeuwer-Défossez), 1996, Paris, 3.

porodice na zaštitu porodičnog života, naporedo sa davanjem sve većeg i većeg značaja autonomiji volje subjekata porodičnopравnih odnosa.⁵ Na pravnom ravni, dakle, individua izbija u prvi plan. Pravo polako i sve više služi za zadovoljenje individualnih osećanja, pa i želja. Tako se sve više govori o pravu jednog lica da postane roditelj, da ostvari svoju želju za roditeljstvom, pa i uprkos činjenice da to ne može postati prirodnim putem i uprkos činjenice da ne živi u paru sa osobom drugog pola.

Individualistička filozofija i zahtev za srećom polako postaju dominantni u odnosu na opšte interese.⁶ Čovek se oslobađa prinude sa strane, kojoj je bio izložen, usvajajući pravila koje sam stvara i kojima definiše sopstvene ciljeve. Ključna reč u ovom pogledu postaje autonomija ili samoodređenje, što dovodi do umnožavanja prava pojedinaca. Porodično pravo ne reguliše porodicu već prava pojedinaca što nužno dovodi do slabljenja porodice. Postavlja se pitanje koristi od autonomije ličnosti. Ne treba smetnuti sa uma i rizik koji ona sobom nosi, naročito ako sve to nije praćeno merama socijalne zaštite pojedinca. Ideja je da se pokaže da je koncept autonomije ličnosti zasnovan na integraciji, a ne socijalnoj isključenosti, neophodnoj u svakom demokratskom društvu i za održanje socijalne jednakosti. Koncept autonomije ličnosti u porodičnom pravu posebno mora predstavljati matricu ljudskih prava, situiranih u okvirima jedne porodice, ograničena funkcijama koji svaki član vrši unutar porodice. Poštovanje prava drugih i zabrana zloupotreba društvenih funkcija svakog člana porodice su stoga inherentna koncepciji autonomije ličnosti u porodičnom pravu.

PERSONALIZACIJA PORODIČNOG PRAVA

Individualna lična prava malo pomalo dobijaju prevagu nad porodičnim, naročito preko sve većeg broja subjektivnih prava. Subjektivno pravo su se nekad određivalo kao moć volje data pojedincu od strane pravnog poretka kao sredstvo u cilju zadovoljenja njegovih interesa.⁷ Ono je bilo isključivo pravo priznato od strane pravnog poretka u korist jednog lica, posebno i kao člana društva,

⁵ "Jačanje moći individualne volje u porodičnom pravu označava njegovu suštinu". Vid: G. Cornu, *La famille*, 6. ed., Paris, 1998, 7.

⁶ Ide se dotle da se govori o "pravu na sreću". Međutim, u jednom liberalnom društvu može se govoriti samo o pravu pojedinca da teži ka sreći prema svom nahodañju, a ne o "pravu na sreću". Apsurdna posledica priznanja jednog takvog prava bila bi nametanje obaveze državi da svakog građanina učini srećnim. Videti: Jean-Yves Pranchère, *L'autorité contre les lumières: la philosophie de Joseph de Maistre*. <http://books.google.rs/>. Interesantno je da Američka deklaracija o nezavisnosti iz 1776. godine pravo na traženje sreće stavlja u isti rang sa slobodom pojedinca.

⁷ D. Stojanović, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1984, 135.

u cilju postizanja određenog interesa za njega samog, ali i za zajedničko dobro.⁸ Prema tome, čak i ako su favorizovane slobode ličnosti vođeno je računa o opštem dobru. Ovakvo poimanje subjektivnog prava je gotovo napušteno. Polako i sve više subjektivna prava služe za zadovoljenje individualnih osećanja, pa i želja. Opšti interes ne ulazi više neizostavno u pojam subjektivnog prava.⁹ Od subjektivnih prava koja su imala za svoj objekat interes (korist) došlo se do onih čiji je objekat želja, koja se integriše u pravni poredak kao izvor prava. Svaka nova lična želja postaje potencijalno novo subjektivno pravo,¹⁰ te u tom smislu može se reći da su ona elastična i neograničena. Tako se dolazi u situaciju da “sve što se odnosi na čoveka postaje i njegovo pravo i gubi se razlika između subjektivnog i ljudskog prava”.¹¹ Umnožavanje novih zahteva dovodi do pojave novih subjektivnih prava ili “prava na”.

Stvara se vizija sveta u kome se sve okreće oko pojedinca u kome pravo treba da omogući razvoj ličnosti. Ova personalizacija porodičnog prava, kao izraz autonomije ličnosti posledica je rastućeg individualizma koji se ogleda kroz činjenicu da pojedinac postaje faktor umnožavanja prava. On nije samo polazna tačka već i osa oko koje je gradi celokupno pravo. I porodično pravo i Porodični zakon¹² kao njegov osnovni izvor ne bavi se porodicom, kao što bi se iz njegovog

⁸ Ideja po kojoj se subjektivno pravo mora uskladiti i sa društvenim interesima (opštim dobrom) je Jeringova. Vid: R. Jering, *Cilj u pravu*, Beograd, 1894, tom 1, 8; Navedeno prema: R. Kovačević-Kuštrimović, *Subjektivna prava - osnova našeg pravnog sistema*, Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu, 1985, str. 147.

⁹ Što u osnovi predstavlja povratak na ideje o prirodnim ljudskim pravima koja se ozakonjuju kroz sistem subjektivnih prava koji je još *Žan Žak Ruso dogmatski uobličio uzdižući načela individualne slobode na vrh revolucionarne ideologije*. Navedeno prema: Isto.

¹⁰ Tako se, primera radi, sve više govori o “pravu na dete” koje na najbolji način ilustruje odgovor prava na egoizam i želju pojedinca. Iako ovo pravo zakonodavac ne priznaje izričito, ipak se uspostavlja više mogućnosti da bi se zadovoljila želja za detetom (usvojenje, asistirana prokreacija, ..). Očigledno je da pravo na poštovanje porodičnog života postalo pravo na zasnivanje porodice koje je u suštini pravo da dete . U ovom smislu: J. Hauser, *L'intérêt supérieur de l'enfant et le fait accompli*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1/2008, str. 96.

¹¹ M. Janjić-Komar, *Rasprava o principima porodičnog prava*, Beograd, 2008, str. 22. U vezi ovoga se ističe da se primarno ljudska prava moraju shvatiti negativno, kao sloboda pojedinca u odnosu na državu. Dodajmo, da su ona stvorena u korist individue u odnosu prema državi kako bi se kompenzovala nejednakost moći koja ih deli. S druge strane, kako ističu neki (C. Eisenmann, *Une nouvelle conception du droit subjectif: la théorie de M. Jean Dabin*) ne postoje prava koja nisu prava čoveka, odnosno prava za čoveka. Sva prava su upravo namenjena čoveku. Navedeno prema: Jean-Jacques Sueur, *Régénération des droits l'homme et/ou consécration de droits nouveaux?* de http://www.u-picardie.fr/labo/curapp /revues/root/37/ jean_jacques_sueur.pdf_4a083113b5639/jean_jacques_sueur.pdf

¹² Porodični zakon Republike Srbije, “Sl. glasnik RS”, 18/2005.

naziva moglo zaključiti. Ono se bavi individuum koja se nalazi u centru njegove preokupacije. Ovome je svakako doprinela i Konvencija o pravima čoveka, koja je, kao što i njen naziv govori, posvećena individualnim pravima.

Od svih prava ličnosti, pravo na autonomiju ličnosti odražava najviše posvećenost porodičnog prava individualističkoj filozofiji. Ovo pravo pruža pojedincu slobodu da izabere puteve svog ličnog ispunjenja, odnosno, pravo da bude apsolutno svoj. Pojam autonomije ličnosti potvrđuje stvarnost zaštite i ilustruje uvećanje broja prava priznatih individui.

Istorijski posmatrano, pojam autonomije je nekada, u staroj Grčkoj, korišćen da označi mogućnost jednog grada da donosi sopstvene zakone, bez tutorstva drugih, da bi se danas on pripisao individui (pojedincu).¹³ Dalji podsticaj razvoju ideje autonomije došao je od strane religioznih mislilaca koji su isticali važnost lične savesti, Tome Akvinskog, posebno Lutera, Kalvina i renesansnih mislilaca. Reč "autonomija" se danas koristi u svakodnevnom životu i govoru. Uglavnom se svi slažu da je postala osnovna dimenzija savremenog društvenog života. U pravu se ovaj pojam koristi u nekoliko različitih značenja: kao pravo jednog lica ili organa da deluje diskreciono, dok je za druge ovo sinonim za nezavisnost.¹⁴

Prema anglosaksonskoj doktrini autonomija je pravo pojedinca da postupa u skladu sa sopstvenim vrednostima i verovanjima, moć da sam odredi smisao života, bez podčinjavanja nekom spoljnom autoritetu. Prema Kantu "autonomija počiva na osećanju dužnosti". To je imperativ koji podrazumeva da se ne rukovodimo osećanjima i interesima, već poštujući "moralni zakon u nama".¹⁵ Individua je autonomna ako se u datoj situaciji ponaša dobrovoljno i slobodno na način za koji oceni da je univerzalno najbolji.

Pravo na autonomiju ličnosti čini jedno od najvažnijih ljudskih prava. Bez njega se ne mogu uživati ni ostala ljudska prava. U ovom smislu može se reći da i promene porodičnog prava označavaju trijumf autonomije ličnosti u oblasti svog privatnog i porodičnog života. Ciljevi koje svaki pojedinac sam određuje imaju

¹³ Sama reč potiče od dve grčke reči auto (sam), nomos (zakon ili pravilo).

¹⁴ Ronan Le Coadic, *L'autonomie, illusion ou projet de société ? Cahiers internationaux de sociologie* 2006/2 (n° 121), objavljeno na: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00489991/document>.

¹⁵ Prema Kantu sve ono što ne može služiti ljudima mora se odbaciti. Dakle, bišta ne bi moglo da bude moralni princip ako ne može biti za sve ljude. Moral počinje odbacivanjem svega onoga što se ne može učiniti univerzalnim. Ovu ideju Kant je formulisao kao zahtev koji je nazvao "kategorički imperativ" ili opštije, moralni zakon. Kategorički imperativ je vrlo jasan; on nam ništa ne naređuje, ostavlja nam punu slobodu u odlučivanju, ali ipak kaže šta ne treba da činimo. Jedna od verzija ovog moralnog zakona glasi: "Postupaj tako da maksima tvoje volje uvek može istovremeno važiti kao princip sveopšteg zakonodavstva" (I. Kant, *Kritika praktičnog uma*, BIGZ, Beograd, 1979, 53).

prednost u odnosu na kolektivne, spoljne, ciljeve. Šta više, postoji tendencija da se porodično pravo označi kao skup ponašanja pojedinaca, kao "činjenica" koje se mogu nametnuti zakonodavcu i koji se stoga mora "prilagoditi realnosti", što je lajtmotiv mnogih reformi porodičnog prava.¹⁶ Ovo prilagođavanje realnosti ili stvarnosti, kako se ističe u pravnoj teoriji, ponekad dovodi do promene shvatanja realnosti.¹⁷ Realnost se u nekim slučajevima pretpostavlja.

Autonomija ličnosti, shvaćena kao njena sloboda da svoj život uređuje prema svom nahodjenju, bez poštovanja odnosa sa drugim licima i bez vođenja računa o njihovim interesima, može dovesti do toga da se ugrozi opstanak porodice, bez koje ni autonomija nema smisla. U takvoj situaciji autonomijom bi se moglo opravdati svako štetno ponašanje ličnosti prema samoj sebi i prema trećim licima u ime razvoja ličnosti. Na ovaj način pruža se mogućnost da slabija strana služi jačoj, uz saglasnost državnog organa, kao i suda, što u osnovi znači zaokret u zaštiti prava čoveka. Pored ovoga, afirmacija autonomije ličnosti, sprovedena kroz naš Porodični zakon i prepuštanje subjektima porodičnih odnosa da sami i sve više urede svojom voljom odnose nužno podrazumeva opadanje porodične solidarnosti i njenu zamenu mehanizmima državne intervencije. Ako znamo da su mogućnosti ove intervencije u periodu tranzicije našeg društva bitno smanjene, nije li se upravo realnost pretpostavila? Nije li jedna zakasnela neoliberalna tržišna i društvena klima ostavila porodicu razapetu između proklamovanog individualizma i nužnosti kolektivizma? Taj kolektivizam kojim se uspostavlja solidarnost nije institucionalizovan i formalizovan, ali nadomešta nefunkcionisanje državnih i drugih društvenih institucija.¹⁸

Uloga sudske prakse Suda u Strazburu u afirmaciji autonomije ličnosti

Najvažniju ulogu u naglom razvoju individualizma i afirmaciji autonomije ličnosti u porodičnom pravu ima praksa Suda za ljudska prava u Strazburu. Svojim tumačenjem odredbi Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda¹⁹ Sud vrši neosporno harmonizatorsku ulogu zakonodavstva Evrope u domenu po-

¹⁶ J.L. Renchon, *Considération en forme de conclusions à propos de l'oeuvre politique et/ou idéologique de la Cour européenne des droits de l' homme*, 152, U: *Le droit de la famille à l' épreuve de la Convention européenne de droits de l' homme* (F. Krenc, M.Puechavy), Brisel, 2008.

¹⁷ M. Janjić-Komar, *Porodično pravo i stvarnost*, *Pravni život*, 9/1997, 702.

¹⁸ U ovom smislu: G. Tripković, "Porodica u tranziciji", *Sociološki pregled*, 1-2/2004, 211.

¹⁹ Potpisana 4. novembra 1950. u Rimu. Naša država ju je ratifikovala tek 2003. Zakon o njejoj ratifikaciji objavljen je u: "Sl. list SCG - Međunarodni ugovori", br. 9/2003, 5/2005 i 7/2005 - ispr.

rodičnog prava.²⁰ Svaki strah od “vladavine sudova” što u Evropi ima jednu negativnu konotaciju čini se u ovom pogledu neopravdanim budući da Sud u Strazburu zna na pravi način poštovati nacionalne kulturne vrednosti i zakonodavstvo. U ovom pogledu svako isticanje da će naša zemlja upravo pod uticajem ove prakse morati, htela ne htela, da prihvati, primera radi, brakove lica homoseksualne orijentacije izgleda, bar u ovom trenutku, neosnovan.²¹ Ono što bi se ovoj praksi moglo prigovoriti zasniva se, pre svega, na činjenici da se ona, po prirodi stvari, sastoji iz niza odluka od kojih praktično zavisi evolucija prava što predstavlja trijumf subjektivnih prava nad objektivnim pravima. Stoga Strazbur može postati mesto sukoba zemalja *common law* i zemalja pisanog prava.²²

Ekspanziji individualizma doprineo je Sud, pre svega, svojim interpretacijama čl.8. Konvencije. On je imao više prilika da se izjasni o postojanju autonomije ličnosti. Po prvi put o ovom pojmu se govori u odluci *Pretty* protiv Velike Britanije.²³

Sud je postao, u oblasti prava na poštovanje privatnog i porodičnog života, svetionik nove ideologije autonomije, odnosno samoodređenja ličnosti i prevlasti privatnih u odnosu na kolektivne ciljeve.²⁴ Istina, u Konvenciji se vidi jasna namera njenih tvoraca da izmire kolektivne i individualne ciljeve. U tom smislu st.2.čl.8. izražava jasnu nameru i mogućnost da individualni ciljevi mogu biti podređeni nekim drugim ciljevima, osim ličnim, kao što je zaštita nacionalne bezbednosti, zdravlja, morala, prava i interesa drugih.²⁵ Odnosno, da prava i slobode pojedinaca mogu biti ograničeni u slučajevima koji su predviđeni u zakonodavstvu država potpisnica, radi zaštite opštih interesa.

²⁰ Takvu ulogu su odigrale, primera radi, čuvene odluke *Mazurek c. France* (no 34406/97), *Marckx c. Belgique*, (31 (13.6.79)). Pod njihovim uticajem promenjeno je pravo, u ovom slučaju, Francuske i Belgije.

²¹ Tako, primera radi, Francuska nije osuđena zato što poznaje “pravo na anonimni porođaj”; Odluka *Odièvre c. France*, od 13 februara 2003, predstavka br. 42326/98.

²² Hubert Bosse-Platière, *L’avenir du droit civil de la famille: quelques conjectures, À l’horizon de l’Europe*; http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=INSO&ID_NUMPUBLIE=INSO_128&ID_ARTICLE=INSO_128_0038.

²³ *Pretty c/ Royaume-Uni*, predstavka br. 2346/02, odluka od 29/04/2002. Sud pri tome ističe da se u ranijim odlukama govorilo o pravu na samoodređenje, ali da je izraz autonomija ličnosti jedan novi, specifično evropski princip. U ovom slučaju Sud nije priznao pravo podnositeljice zahteva, koja je bila teško bolesna, da okonča svoj život uz pomoć svog muža.

²⁴ J.L Renchon, n.delo, 156.

²⁵ St.2.čl.8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda: “Javne vlasti neće se mešati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih”.

Ravnoteža koja je jasno napravljena između kolektivnih i individualnih interesa u st. 2. čl. 8. Konvencije danas u praksi Suda sve više preteže u korist ovih drugih. Sve više i više pretežu vrednosti slobode i jednakosti u odnosu na vrednosti solidarnosti, suprematiji privatnih ciljeva u odnosu na opšte ili zajedničke ciljeve.²⁶ Od porodice i porodičnog života koje je društvo nametalo individui došlo se do porodice i porodičnog života koji se shvata kao afektivna i intimna veza pojedinaca koju sam sklapa ili raskida, čak i ako su te veze samo de facto.²⁷ U novoj ideologiji samoodređenja sve manje i manje država individui određuje ko čini njenu porodicu, a sve više i više sam pojedinac određuje koji su za njega porodični odnosi.

Uticao koji ova Konvencija danas neprestano vrši porodične odnose nije nikako zanemarljiv. Upravo njen čl. 8 savršeno ilustruje umnožavanje prava pojedinca. Naime, širenje polja njegove primene od momenta donošenja Konvencije do danas, zahvaljujući činjenici da Sud u Strazburu evolutivno tumači odredbe Konvencije, "u skladu sa vremenom", dovelo je do povećanja broja prava i širenja njihovog obima, a svako od njih je utemeljeno na interesima individue i poštovanja njene autonomije. Može se reći da odredbe čl.8 i dalje predstavljaju izvor novih prava pojedinaca. Naravno, ne spadaju sva u domen porodičnog prava, kao što su pravo na ugled,²⁸ poštovanje sposobnosti za vođenje normalnog profesionalnog života²⁹. Kao ilustracija novih porodičnih prava treba pomenuti dve odluke Suda. U odluci *Evans c. le Royaume-Uni* Sud je istakao da pojam "prava na privatni život" obuhvata takođe i "pravo poštovanja odluka da se postane ili ne postane roditelj".³⁰ Sud je tako po prvi put u okviru "prava na privatni život", pored svih

²⁶ J.L Renchon, n. delo, 164.

²⁷ Odluka *X, Y et Z c. Royaume - Uni* od 22. aprila 1997.

²⁸ Odluka *Radio France c/ France*, od 30 marta 2004, predstavka br. 53984/00, tačka 31.

²⁹ Odluka *Sidabras et Dziautas c/ Lituanie* CEDH od 27 jula 2004, predstavka br. 55480/00, tačka 49.

³⁰ Odluka *Evans c/ Royaume-Uni* od 7 marta 2006, predstavka br. 6339/05. Činjenice su sledeće: gospođica Evans je bolovala od tumora jajnika i savetovano joj je da se podvrgne hiruškoj intervenciji radi njihovog odstranjivanja. U dogovoru sa svojim partnerom J. pre ove operacije njena jajna ćelija je oplodena in vitro spermom partnera i ovako dobijen embrion je zamrznut, sa ciljem da se implantira u njenu matericu u nadi da će tako zatrudneti i dobiti dete. Njen partner je na to pristao i izjavio da želi biti otac deteta koje će ona roditi. Prema slovu sporazuma embrion koji nastane može biti usađen u njenu matericu u roku od 10 godina pošto ozdravi. Istovremeno su informisani da prema engleskom propisu iz 1990 godine (Human Fertilisation and Embriology Act) svako od njih ima pravo da povuče svoju saglasnost u svakom momentu sve dok embrion ne bude implantiran u matericu žene. Na žalost, 6 meseci posle operacije (2001. godine) oni su se rastali i bivši partner je povukao svoju saglasnost za implantacijom embriona. Klinika je o tome obavestila gospođicu Evans i rekla da će embrioni biti legalno uništeni, što je značilo da ona nikako više ne može

drugih elemenata, uključio i ovo pravo. Iz ovoga ne treba izvući zaključak o postojanju prava na dete, kao što su neki želeli prikazati.^{31/32} U kontekstu ove teme to se može protumačiti kao trijumf individualizma u oblasti prokreacije, pravo pojedinca da ima dete kada hoće, a naročito kako hoće, potvrda prava na autonomiju ličnosti nezavisne od bilo koga. Sud je samo naglasio autonomiju ličnosti dajući joj primat čak i u odnosu na preuzete ugovorne obaveze u odnosu na drugog partnera ili u odnosu na osećaj solidarnosti i odgovornosti prema njemu. Istovremeno, ova odluka savršeno ilustruje jedno novo širenje polja primene Konvencije koje se dešava poslednjih godina. Naime, polje njene primene se širi i na obaveze koje jedna individua mora poštovati i u odnosima sa drugim, sebi sličnim, individuama. Ovo, tzv. horizontalno dejstvo, sastoji se u širenju prava čoveka i na odnose između individua, a ne samo odnose država-pojedinac.³³ U navedenom slučaju autonomija ličnosti ima prednost i u odnosu na ugovorne obaveze preuzete prema drugoj osobi.

Drugi slučaj koji ilustruje rečeno je odluka *Znamenskaya c. Fédération Russe*, kojom je priznato pravo na utvrđivanje očinstva mrtvo rođenog deteta.³⁴ Majka mrtvo rođenog deteta je želela da ga registruje pod imenom prirodnog oca a ne muža sa kojim nije održavala zajednicu života. Odbijanje nacionalnog suda da tako postupi ocenjeno je od Strane suda kao povreda prava na poštovanje privatnog života.

postati majka deteta rođenog prirodnim putem. Uprkos ovoga ona je ipak zahtevala od sudova u Engleskoj da se dozvoli implantacija embriona, tvrdeći da njen partner nije imao pravo da povuče datu saglasnost. Engleski sud je odbio njen zahtev na šta se ona obraća sudu u Strazburu tvrdeći da se radi o povredi "prava na privatni život" iz čl. 8 Konvencije. Sud je 7. marta 2006. doneo odluku prema kojoj nema povrede odredbi Konvencije. Na traženje podnosioca zahteva i Veliko sudsko veće se izjasnilo o istom pitanju i potvrdilo odluku o nepovredivosti prava na privatni život

³¹ U odluci od 7. marta 2006. godine Sud je istakao da pojam "privatni život" obuhvata pravo poštovanja odluke da se ima ili nema dete" iz čega su neki izvukli zaključak da se po prvi put priznaje "pravo na dete". Vid. J.-P.Marguenaud, P. Remy-Corlay, *Le trist sort des embryon in vitro du couple separe*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, 255-260. Veliko veće Suda u Strazburu u svojoj (*Evans c/ Royaume-Uni*) nije preuzelo istu formulaciju, već kaže da "pravo na privatni život" obuhvata "pravo poštovanja odluke da se postane ili ne postane roditelj" (paragraf 58. Odluke).

³² Ovo je važno naglasiti i u kontekstu rasprave koja se vodi u Republici Srbiji povodom uvođenja surogat materinstva u Građanski zakonik .

³³ Ovo horizontalno dejstvo Konvencije za zaštitu ljudskih prava se u literaturi još i naziva "privatizacija" osnovnih prava. Vid. Veronique van der Plancke et Nathalie van Leuven, *Les privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l' Homme: faut-il reconnaître un effet horizontal generalise?* dostupan na: <http://cridho.cpd.r.ucl.ac.be/documents/Working.Papers/CRIDHO.WP.2007-3.pdf>

³⁴ Odluka *Znamenskaya c/ Russie* od 2 juna 2005, predstava br. 77785/01.

Naporedo sa povećanjem broja priznatih prava pojedincu poboljšava se i efikasnost njihove zaštite. Individualni karakter zaštite dobija prevagu čak i u slučajevima kada je to predstavlja rušenje institucija nacionalnog zakonodavstva. Tako je u slučaju B. et L. c. le Royaume-Uni Sud je osudio Veliku Britaniju zato što zabranjuje brak između srodnika u pravoj liniji. Ovakva zabrana, koja naravno postoji i u zakonodavstvu Srbije, doprinosi očuvanju porodičnog mira i poštovanja među članovima porodice pa stoga i ima prednost u odnosu na pravo na zaključenje braka. Bez obzira na ovo Sud je presudio da se ovom zabranom povređuje pravo na sklapanje braka iz čl.12. Konvencije. Istovremeno, Sud ovim daje prednost zaštiti ličnosti u odnosu na zabranu koja u osnovi služi zaštiti integriteta porodice kao legitimnog cilja. Jedan ovakav napad na instituciju braka i na porodični javni poredak može se objasniti ohrabrenjem koje Sud želi da pruži u pogledu individualnog ličnog ispunjenja (*l'accomplissement personnel*). Čini se da je to previsoka cena zaštite prava na samoodređenje i autonomiju ličnosti, čime se favorizuje pravo samo jednog lica u odnosu na prihvaćene kolektivne vrednosti.

Ono što samo na prvi pogled može izgledati kao umanjeње autonomije ličnosti tiče se činjenice da se ličnost ne može posmatrati kao takva, nezavisno od njenog socijalnog okruženja, izvan odnosa sa drugim licima. Međutim, iz kategoričkog imperativa na kome počiva Kantovo shvatanje autonomija ličnosti izvodi se jedno moderno shvatanje po kome se moralnost i sloboda može definisati samo u odnosu prema "drugom".³⁵ Stoga se i u praksi Suda individua ne bi smela, bar kada su u pitanju odluke koje se odnose na poštovanje porodičnog života, posmatrati kao takva, nezavisno od njenog socijalnog okruženja i od njenog odnosa sa drugim licima.³⁶ Porodica i porodični odnosi nisu stvar samo pojedinca. Takav individualni pristup ne uvažava činjenicu da su porodični odnosi zasnovani na interakciji i odgovornosti njenih članova. Prava pojedinca se mogu afirmisati samo u odnosu sa drugim članovima porodice a da pri tome svako od njih gradi sopstvenu autonomiju. Zaštita prava na porodični život se pruža pojedincu samo zato što je nečiji otac, majka, brat, srodnik, hranitelj, usvojitelj.

Širenje autonomije ličnosti u porodičnom pravu Republike Srbije

I u porodičnom pravu Republike Srbije je povećan broj prava koja se pojedincima priznaju iz domena prava na poštovanje privatnog i porodičnog života.

³⁵ Integritet i dignitet tog drugog ne sme biti ugrožen praktikovanjem slobode neke osobe, jer bi takva sloboda bila čudovišna, kako kaže Kant. Vid. Z. Golubović, Princip moralnosti i princip slobode, *Filozofija i društvo*, 21, 97-106.

³⁶ Premda se u praksi suda, izvan onih koje se tiču porodičnog prava, mogu naći i takve odluke. Tako se u jednoj odluci štiti dobrobit jednog lica, pravo na zdravu životnu sredinu. Ličnost se posmatra integralno, nezavisno od njenog socijalnog statusa, da li je ona nečiji srodnik, komšija, itd. Vid. odluku *Lopez Ostra c/ Espagne* od 9 decembra 1994, predstavka br. 16798/90, tačka 51.

Ono ne samo da sledi i osluškuje praksu Suda u Strazburu već je u nekim slučajevima brojem i sadržinom priznatih prava prevazilazi. Najbolju ilustraciju rečenog pružaju dva prava: pravo na prekid trudnoće i pravo na raskid braka.

U Republici Srbiji prekid trudnoće je pravno uređen Zakonom o prekidu trudnoće u zdravstvenoj ustanovi³⁷ koji je donet još 1995. godine. U odnosu na zakonska rešenja drugih, pre svega evropskih država, Zakon sadrži vrlo liberalna rešenja u pogledu uslova za prekid trudnoće. Ogroman broj izvršenih prekida trudnoće³⁸ između ostalog otvara pitanje da li rešenja ovog Zakona odražavaju kolektivno dobro, odnosno, odgovaraju interesima jedne šire i trajnije celine, što bi za svaki zakon moralo biti osnovno rukovodno načelo.³⁹ Sa žaljenjem se mora konstatovati da tako veliki broj prekida trudnoće nije inicirao postupak za izmene pojedinih odredbi Zakona kao što je to urađeno u nekim evropskim zemalja za poslednjih dvadeset godina.⁴⁰

Prekid trudnoće je slobodan do desete nedelje trudnoće (čl. 6). Upravo se u ovom periodu kod nas obavlja 95% prekida trudnoće. U ovom slučaju trudna žena ima pravo na prekid trudnoće. Naspram njenog prava stoji obaveza lekara, zdravstvene ustanove, bez kojih ona ne može realizovati svoje pravo. Prekid trudnoće se ne može izvršiti samo kada se utvrdi da bi se njime teže narušilo zdravlje ili ugrozio život žene (čl. 3). Izuzetno, kako se kaže u Zakonu, prekid trudnoće se može izvršiti i posle desete nedelje trudnoće ako postoji jedan od sledećih razloga: kada se na osnovu medicinskih indikacija utvrdi da se na drugi način ne može spasiti život ili otkloniti teško narušavanje zdravlja žene; kada se na osnovu naučno-medicinskih saznanja može očekivati da će se dete roditi sa teškim telesnim ili duševnim nedostacima; kada je do začeća došlo izvršenjem krivičnog dela (silo-

³⁷ "Službeni glasnik Republike Srbije", br.16, od 12. maja 1995 i 101/2005.

³⁸ Zvanične podatke o broju abortusa u Srbiji je nemoguće ustanoviti. Državne institucije barataju ciframa od 25.000 pa do 120.000 abortusa godišnje. Nezvanične informacije navode brojku od preko 200.000 abortusa godišnje, prema kojima Srbija zauzima drugo mesto u Evropi. Poređenja radi u Engleskoj i Velsu zajedno, sa populacijom od oko 53 miliona, na godišnjem nivou se obavi približno isti broj abortusa. Vid. J. Herring, *Medical Law and Ethics*, Oxford University Press, 2008, 262. Taj podatak odgovara i Srbiji sa višestruko manjim brojem stanovnika. O teškoćama utvrđivanja tačnog broja abortusa kod nas videti: M. Rašević, *Da li je evidentirani broj abortusa u Srbiji realan*, Stanovništvo, 2/2008, 7-21.

³⁹ Vid. K. Čavoški, *Pravo kao umeće slobode*, Beograd, 1994, 100.

⁴⁰ U Mađarskoj su 2000. godine posle jedne odluke Ustavnog suda uvedena ograničenja za prekid trudnoće. Uvedena su dva obavezna savetovanja za trudnice pre nego što se prekid trudnoće izvede. Vid. L. Katzive, A. Rahman, *Central and eastern Europe: An examination of abortion laws in the global context*, http://health.osf.lt/en/archive/2001/abortion_january/martinez_glbl_abrt_law.htm; pristup 23. januar 2011. U Rusiji je 2003. godine donet Dekret (br.485, od 11. avgusta 2003) kojim se ograničava broj slučajeva u kojima žena može zahtevati prekid trudnoće posle 12. pa sve do početka 22. sedmice trudnoće. Broj tih motiva se smanjen sa 12 na 4.

vanje, obljuba nad nemoćnim licem, obljuba nad maloletnim licem, obljuba zloupotrebom položaja, zavođenje i rodoskrnavljenje.

Sve do skoro Sud u Strazburu se nije u celosti izjašnjavao u vezi sa pravom na prekid trudnoće u kontekstu čl. 8. Konvencije, kojim se štiti pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života. Međutim, bivša Evropska komisija za ljudska prava jeste razmatrala izvestan broj slučajeva u vezi sa abortusom i pravima iz člana 8. U predmetu *Brigeman i Šojten protiv Nemačke*.⁴¹ Komisija je, rešavajući po predstavi jedne žene, iznela mišljenje da trudnoća i prekid trudnoće nisu isključivo pitanja privatnog života majke. Pravne norme o abortusu mogu predstavljati mešanje u privatni život, koje može, ali i ne mora biti opravdano, u zavisnosti da li su ispunjeni uslovi iz st. 2. čl. 8. Konvencije, kojim se normiraju slučajevi kojim se ograničava pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života. Međutim, zbog nepostojanja konsensusa na nivou pojedinih država i na međunarodnom planu,⁴² odnosno zbog velikih razlika u regulisanju ovog pitanja između država, sve do skoro Sud se čuvao da na eksplicitan i celovit način izrazi svoje mišljenje o njemu. Ipak, Sud je pri tome uvek isticao da treba uvažavati specifičnosti pojedinih nacionalnih zakonodavstva, naročito u slučajevima kada se radi o osetljivim etičkim i moralnim pitanjima. Primer za ovo mogu biti odluke Suda po predstavkama koje su se ticale usvajanja od strane lica homoseksuale orijentacije⁴³ i prava na anonimni porođaj koji postoji u pravu Francuske, za razliku od ostalih država Evrope.⁴⁴ Najsvežiji primer vođenja računa o nacionalnim specifičnostima i ne nametanja odluka po svaku cenu državama članicama Saveta Evrope jeste presuda ovog Suda u slučaju *A. B. C. protiv Irske*.⁴⁵ Veliko veće Suda za ljudska prava je odlučivalo o jednom vrlo osetljivom i značajnom pitanju: pravu na prekid trudnoće u kontekstu čl.8. Konvencije. U ovom slučaju razmatrane su predstavke tri irske državljanke koje su se odnosile na restriktivne norme u pogledu prava na prekid trudnoće predviđene u pravu Irske. Pravo Irske je jedno od najrestriktivnijih u Evropi, a prekid trudnoće moguć je samo ako postoji dokazana opasnost po život majke.

Razmatrajući sve navedene elemente Sud je izričito, po prvi put, menjajući dotadašnju orijentaciju, izneo stav da se čl. 8. ne može tumačiti tako da se nji-

⁴¹ Slučaj *Brüggemann et Scheuten c. République Fédérale d'Allemagne*, predstavka br. 6959/75, Izveštaj Komisije od 12.jula 1977.

⁴² Ni ostali međunarodni dokumenti nisu u ovom pogledu određeniji. Tako se U čl. 3. Univerzalne deklaracije o pravima čoveka se kaže da "svako ima pravo na život". I Konvencija o pravima deteta, u njenoj preambuli, se kaže da dete uživa pravnu zaštitu, pre i posle rođenja, dok se u čl. 6. svakom detetu garantuje pravo na život. Međutim, u Konvencije je izbegnut odgovor od koga momenta, pre rođenja, se detetu priznaje pravna zaštita.

⁴³ Odluka *Frette c. France*, odluka od 22. februara 2002, predstavka br. 36515/97,.

⁴⁴ Odluka *Odievre c. France*, odluka od 13. februara 2003, predstavka br. 42326/98,.

⁴⁵ Odluka *A. B. C. c. Irlande*, , odluka od 16. decembra 2010, predstavka br. 25579/05.

me garantuje pravo na prekid trudnoće.⁴⁶ Ponavljajući izraze iz nekih prethodnih odluka,⁴⁷ Sud ističe da se “pravo trudne žene na privatni život mora primeriti drugim konkurentskim pravima i slobodama, uključujući i onima koje ima još nerođeno dete.”⁴⁸ Ovim stavom Sud je stavio tačku na pravnu nesigurnost uvedenu ranijim odlukama, pre svega u slučaju Tišjak protiv Poljske.⁴⁹

I jedno drugo pravo je priznato u zakonodavstvu RS iako ni ono ne postoji u praksi suda u Strazburu. U pitanju je pravo na raskid braka.

Poznato je da pravo kojim se reguliše razvod mora ispunjavati dvostruke zahteve: mora obezbediti uspešan razvod, ali se pri tome ne smeju zanemariti interesi porodice i društva u celini. Ono se, dakle, mora kretati između individualne slobode i preterane društvene kontrole usmerene na zaštitu opštih interesa. Pravo na razvod bi se, prema tome, moglo odrediti kao jedna sloboda razvoda bez potrebe dokazivanja krivice druge strane, bez mogućnosti stavljanja prigovora druge strane.

Pravo na razvod braka je kod nas garantovano i na ustavnom i na zakonodavnom planu.

Ustav Republike Srbije u čl. 62. reguliše da “svako ima pravo da slobodno odluči o zaključenju i raskidanju braka.”⁵⁰ Odredba o slobodnom odlučivanju o raskidanju braka je, kako se ističe u našoj pravnoj teoriji, neuobičajena za ustavnu materiju. Na ovaj način kod nas se priznaje i jedno pravo, koje po mišljenju suda u Strazburu, nikako ne proizlazi iz čl. 12. Konvencije.⁵¹ U odluci *Johnston c.*

⁴⁶ *A,B,C c. Irlande*, tačka 212-214.

⁴⁷ *Tysiack c/ Pologne* i *Vo c. France*.

⁴⁸ *A,B,C c. Irlande*, tačka 213.

⁴⁹ Sud u Strazburu je u ovom slučaju (*Tysiack c. Pologne*, predstavka br.5410/03, odluka od 20. marta 2007) doneo presudu po kojoj su Aliciji Tišjak, čiji se vid značajno pogoršao pošto je rodila treće dete, uskraćena ljudska prava, na osnovu poljskog zakona o abortusu. Tišjak, koja pati od teške kratkovidosti, po treći put je zatrudnela u 2000. godini. U konsultacijama sa tri oftalmologa, dobila je uveravanja da bi došlo do ozbiljnih komplikacija po njen vid, ukoliko bi do kraja iznela trudnoću. Nijedan od lekara međutim nije želeo da Tišjakovoj da preporuku za prekid trudnoće iz zdravstvenih razloga, uprkos njenim zahtevima. Poljakinja, koja sama podiže troje dece, proglašena je po porođaju nesposobnom za rad i prima mesečnu penziju u iznosu od 140 evra.

⁵⁰ Ustav Republike Srbije, čl. 62. st. 1: “Svako ima pravo da slobodno odluči o zaključenju i raskidanju braka”. Ustav koristi termin “raskid braka”, za razliku od Porodičnog zakona, (razvod braka).

⁵¹ U praksi suda u Strazburu bilo je naznaka ka priznanju ovog prava (odluka *Airey*), ali je konačno odlukom *Džonston i Ors protiv Irske* ovakva mogućnost konačno odbačena (Odluka od 18. decembra 1986, broj. 9697/82, *Johnston et autres c/ Irlande*). Pojedini autori ističu da je ovakav stav Suda eklantantan pokazatelj velikog uticaja religiozne tradicije na evropsko pravo čoveka. Ovako: Jean-Pierre Marguenaud, *La liberte matrimoniale, Le droit de la famille a l epreuve de la Convention europeenne des droit de l homme*, 2008, Bruxelles, 19.

Irlande Sud je istakao da sa stanovišta zaštite porodičnog i privatnog života jeste neophodno da supružnici imaju mogućnost da se oslobode obaveze vođenja zajedničkog života, ali da čl. 8. Konvencije ne nameće obavezu državama da uvedu institut razvoda niti čl. 12. obuhvata pravo na razvod braka.

Uvođenje ovog ljudskog prava polazi od negativnog shvatanja ljudskih prava kao slobode pojedinca u odnosu na državu.⁵² Ovim se pojedincu garantuje lična sloboda i ograničava državna vlast.⁵³ Sloboda pojedinca da slobodno odluči o sklapanju braka, nezavisno od ustavne odredbe, postojala je i ranije a i sada. Garantovana je nacionalnim porodičnim zakonodavstvom kroz sankcionisanje mane volje kod sklapanja braka njegovom ništavošću.⁵⁴ Sloboda razvoda braka ranije nije bila izričito normirana. Međutim, činjenica da se brak mogao razvesti na zahtev jednog supružnika onda kada više nije bio izvor sreće za njega faktički je potvrđivala njeno postojanje, jer svi koji su hteli razvod mogli su ga dobiti.

Porodični zakon Republike Srbije ne govori izričito o pravu na sklapanje braka,⁵⁵ ali zato reguliše pravo na razvod braka.⁵⁶ Ovim rešenjem priznato je jedno pravo koje čak ni praksa suda, poznata po svom evolutivnom tumačenju odredbi Konvencije, ne priznaje. Pravo na razvod braka proističe iz činjenice njegove propasti što se može ostvariti zahtevom jednog ili oba supružnika sporazumno. Ovim zakonom su ukinute neke materijalnoppravne i proceduralne prepreke koje su postojale u pogledu proglašenja razvoda.

Pravo na razvod je, dakle, subjektivno pozitivno pravo, priznato pojedincima normama objektivnog prava. Objektivnim brakorazvodnim pravom predviđa se mogućnost zadovoljenja jednog ličnog interesa koje se sastoji u mogućnosti ponovnog sklapanja braka. Ono pripada tačno određenom subjektu za razliku od objektivnog prava koje je bezpersonalno.

⁵² Ovo pravo bi spadalo u onu kategoriju ljudskih prava koja se u pravnoj teoriji označava kao "prava negativnog statusa", tj. u prava koja država ne sme dirati. Vid. R. Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd, 2008, 461.

⁵³ Postavlja se pitanje koliko je ova sloboda u skladu sa načelom posebne zaštite porodice proklamovanim u čl.66. Ustava. *Odredba o slobodnom odlučivanju o raskidanju braka je, kako se ističe u našoj pravnoj teoriji, potpuno nova i neuobičajena za ustavnu materiju. Vid. O. Cvejić-Jančić, Ustav kao izvor porodičnog prava, Pravni život, 10/2008, Tom II, 216.*

⁵⁴ Nije u pitanju pravo na brak, kao što se to ponekad pogrešno navodi u praksi. Tako: videti obrazloženje odluke GžZ 562/10, Apelacionog suda u Beogradu. Odluka je objavljena na: <http://www.bg.ap.sud.rs/cr/>.

⁵⁵ Ovo govori o daljem slabljenju pozicije braka u našem pravu. Tradicionalna porodica, zasnovana na braku, na normativnom planu slabi bez obzira na to što ona još uvek postoji i što je vrednosno prihvatljiviji i preovlađujući oblik porodice kod nas. Vid. Z. Ponjavić, *Pravo na sklapanje braka i zasnivanje porodice u evropskom i našem pravu, Pravo Republike Srbije i pravo EU stanje i perspektive*, Zbornik radova, sveska 2, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2009, 47-60.

⁵⁶ Porodični zakon, čl. 40 i 41.

Pravo na razvod je lično, subjektivno pravo.⁵⁷ Takođe, ono je neimovinsko pravo, za razliku od imovinskih prava koja predstavljaju jednu imovinsku vrednost za svog titulara.

Postojanje ovog prava unutar porodičnog prava je prilično dvolično. Naime, subjektivna porodična prava, po pravilu, nisu usresređena na zadovoljenje jednog striktno individualnog interesa, budući da se porodično pravo još uvek mora temeljiti i na solidarnosti. S druge strane, lična prava su zasnovana na zaštiti isključivo individualnog ličnog interesa, posmatranog samog za sebe, izolovano. Stoga je pravo na razvod teško pomirljivo sa porodičnim pravima. Porodična prava su istovremeno i obaveze u odnosu na drugog titulara. Pravo na razvod je individualističko, egoističko pravo koje "pliva" u porodičnom okruženju.

Pravo na razvod se može realizovati isključivo sudskim putem. Naime, razvod braka nameće intervenciju suda i to bez obzira da li se radi o spornom ili nespornom obliku razvoda. Sud ne može odbiti da razvede brak ako je propao, odnosno ako su supružnici postigli sporazum o razvodu. Tužena strana ne može sprečiti razvod braka čim je po tužbi dokazana njegova propast. Na kraju, svi koji žele razvod, dobiće ga. Upravo su pojednostavljenje procedure i pacifikacija sukoba uzdigli razvod na rang subjektivnog prava.

ZAKLJUČAK

Svaka čovekova aktivnost nosi u sebi i klice zloupotreba, pogotovu ako je zaštićena apsolutnim pravom. Pravo na autonomiju ličnosti nije sloboda, niti apsolutno pravo. Autonomija ličnosti postoji sve dok se ne krše prava trećih. A taj treći je ljudska zajednica, porodica. Pitanje autonomije ličnosti ne može biti situirano samo u područje ljudskih sloboda i prava. Ne tiče se samo jedne ličnosti jer predstavlja samu osnovu društvenog tkiva, sazdanog, između ostalog i od moralnih normi jednog društva. Stoga autonomija ličnosti u svom apsolutnom smislu nije faktor integracije, već dezintegracije čoveka i porodice.

Ako je opstanak porodice ugrožen postavlja se pitanje ima li država pravo da i zakonodavstvom pokuša obezbediti to kolektivno dobro. Zakonodavac mora imati stvaralačku ulogu i voditi računa i o kolektivnom dobru, kao jednoj od moralnih pretpostavki naše civilizacije.⁵⁸ U kontekstu analizirane teme zaštita utvrđenih moralnih pravila kojima se obezbeđuje kolektivno dobro mora biti u ravnoteži sa autonomijom ličnosti, što se ne postiže uvek kada su u pitanju neka rešenja Porodičnog zakona Republike Srbije, priznanjem prava na prekid trudnoće i pra-

⁵⁷ Više o ovom pravu vid. Z. Ponjavić, Pravo na razvod braka kao subjektivno pravo, Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu, knjiga prva, Niš, 2011, 215-232.

⁵⁸ Kolektivno dobro podrazumeva i moralna pravila koja će obezbediti najveće dobro za pripadnike jedne zajednice. Vid. M. Rašević, Abortusno pitanje kroz vreme, Pravni život, 10/2009, 990.

va na razvod braka. Na zakonodavcu leži obaveza da procenjujući socijalnu adekvatnost suprotstavljenih individualnih i kolektivnih interesa iznađe ravnotežu zahteva za poštovanje ljudskih prava i sloboda, s jedne strane, a s druge, obezbeđenje kolektivnog dobra. Ova kolektivna dimenzija individue mora biti uzeta u obzir, naročito u pogledu njenog pripadanja porodici, naravno, u onoj meri u kojoj ona to želi. U svakom slučaju, de lege ferenda, pre nego što se pristupi konačnom uobličavanju nekih rešenja Građanskog zakonika koja se tiču krajnje osetljivih pitanja (npr. u pogledu istopolnih brakova, surogat materinstva) neophodno je na nacionalnom planu identifikovati etička i pravna polazišta, kao osnova za buduću kodifikaciju. Samo ako se rešenja traže i nalaze u okvirima domaćeg kulturnog i istorijskog konteksta, ako se ne nameću spolja, reforma porodičnog prava može biti uspešna.

Pored ovoga, pitanje autonomije ličnosti se mora posmatrati i u kontekstu generalne obaveze države da organizuje društvenu solidarnost. U ovom smislu autonomija ličnosti se mora shvatiti ne samo kao jedan moderan koncept, već kao sredstvo u službi demokratije i razvoja ličnosti.

ZORAN PONJAVIĆ, LL.D.,
Pofesor, Faculty of Law University of Kragujevac

FAMILY LAW, FROM THE INSTITUTION TO THE AUTONOMY OF INDIVIDUAL PERSON

Summary

In this work the author analyzes the evolution of individualism and the affirmation of the autonomy of individual person which moves the focus of contemporary family law from the institutional protection of family and marriage to the protection of individual rights and liberties of their members. Family law does not regulate the family, but the individual rights of family members which, in practice, leads to family weakening. The author draws the attention to the risk of the absolute respecting of the individual persons' anatomy, especially if it is not accompanied by corresponding social welfare and protection measures. The idea is to show that the concept of the autonomy of individual persons is based on integration and not on social exclusion, which is a necessity in every democratic society and a precondition for maintaining social equality. The concept of the autonomy of individual person in family law should, in particular, represent a matrix of human rights situated inside a family and restricted by the functions which each family member exercises within the family. Respecting the rights of other individuals and banning the abuse of social functions of each family member must, therefore, be inherent in the concept of the autonomy of individual persons in family law.

SUROGAT MATERINSTVO – ARGUMENTI PRO ET CONTRA

U V O D

Javna rasprava o Nacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije,¹ omogućava pravničkoj i nepravničkoj kritičkoj javnosti da se izjasni o predloženim novim (osavremenjenim) pravnim institutima,² iskristališe stavove i doprinese iznalaže-

Dr Olga Jović-Prlainović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini, sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici.

¹ Javna rasprava o Nacrtu GZ RS otvorena je 2. jula 2015. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu i trajeće narednih godinu dana.

² U delu Prednacrta Građanskog zakonika koji se odnositi na porodično pravo, a koji je utemeljen na važećem Porodičnom zakonu Republike Srbije iz 2005. godine, otvoreno je dvadesetak pitanja, sa odgovarajućim sugestijama i predlozima: unete su odredbe o podsticanju rađanja dece; poboljšana su rešenja koja se odnose na vanbračnu zajednicu; razrađene su i dopunjene odredbe o zaključenju i prestanku braka; predloženo je uvođenje crkvene forme braka (uz predlog za promenu Ustava); inovirane su odredbe o odnosima roditelja i dece i usklađene sa Konvencijom UN o pravima deteta; predložene su potpuno nove odredbe o materinstvu i očinstvu u slučaju začeca uz biomedicinsku pomoć, kao i o ugovoru o rađanju za drugog (tzv. surogatu materinstva); dopunjena su zakonska rešenja o pravima deteta pod roditeljskim staranjem; novelirana su zakonska rešenja o vršenju i prestanku roditeljskog prava i ukinuta mogućnost produženja roditeljskog prava, a umesto toga, u cilju bolje zaštite interesa deteta, predloženo je stavljanje deteta pod starateljstvo. Pored navedenih od značaja su i sledeće novine: razrađene su odredbe o usvojenju, posebno o usvojenju od strane stranog državljanina; predloženo je omogućavanje zasnivanja nepotpunog usvojenja; inovirana su zakonska rešenja o zasnivanju, dejstvu i prestanku starateljstva; poboljšana je pravna zaštite šticećenika; precizirane i razrađene su odredbe o izdržavanju i imovinskim odnosima supružnika, kao

nju korektnih finalnih zakonskih rešenja. Predlog o uvođenju surogat materinstva raspalmsao je debatu između protivnika i pobornika ovog postupka začeca i rađanja deteta. Iako, pravnoteorijski, surogat materinstvo ima raskošno uporište u stranoj i domaćoj pravnoj misli od kraja prošlog veka,³ značaj normativnog uobličavanja surogat materinstva u nacionalnoj legislativi, do danas, nije prepoznat na pravi način.

Reformom medicinskog zakonodavstva 2009. godine, normativno su uobličene tehnike telesnog ili vantelesnog začeca koje se primenjuju u slučajevima kada začecé deteta nije moguće ostvariti prirodnim putem, bez pomoći biomedicine. Premda medicinska praksa u nas pruža uslove za izvođenje postupka surogat materinstva i uprkos evidentno rastućem broju neplodnih parova koji u o želji za potomstvom nastoje da prevaziđu prirodne nesavršenosti, odredbom čl. 56. st. 25. Zakona o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja, surogat materinstvo je izričito zabranjeno. Ex lege, zabranjeno je u postupak biomedicinski potpomognutog oplodjenja uključiti ženu koja ima nameru da dete posle rođenja ustupi trećem licu sa ili bez plaćanja bilo kakve naknade, odnosno ostvarivanja bilo kakve materijalne ili nematerijalne koristi, kao i nuđe-

i članova porodične zajednice; predloženo je formiranje alimentacionog fonda u cilju zaštite dece čiji roditelj-dužnik izbegava plaćanje izdržavanja; korigovana su važeća zakonska rešenja koja se odnose na sudske i upravne postupke u vezi sa porodično-pravnim sporovima. Videti: <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/>

³ Sjedinjene Američke Države predstavljaju kolevku surogat materinstva. Prvi publikovani svetski slučaj pravnog, planiranog surogat materinstva desio se u Luisvilu, država Kentaki, 1980. godine. U SAD-u, pitanjima surogat materinstva bave se zakonodavna tela na nivou država članica, jer na saveznom nivou još uvek nije ozvaničen nijedan zakon, pa je pristup surogat materinstvu raznolik u pedeset zakonodavnih sistema. Levin M. R, *Surrogate Parenting-Surrogacy, Surrogate mothering, Surrogate program*, internet prezentacija: www.babies-by-levin.com Videti još i: Field A. M., "Surrogate motherhood", Eekelaar E. and Šarčević P. (eds.) *Parenthood in modern Society*, 1993; Forder C., "An Undutchable Family Law: Partnership, Parenthood, Social Parenthood, Names and Some Article 8 ECHR Case Law", *The International Survey of Family Law*, A. Bainham (eds.), 1997. U domaćoj literaturi videti: Cvejić-Jančić O, "Začecé uz pomoć medicine i prava deteta", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2-3/1992, "Utvrđivanje i osporavanje očinstva deteta začetog putem artificalne inseminacije", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1-3/1998; Draškić M, "Porodičnopravni aspekti artificalne inseminacije", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 4/1992; Kovaček-Stanić G, "Materinstvo kao element porodičnog statusa deteta sa dve potencijalne majke", *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, br. 82/1987; "Pravni izraz roditeljstva", *Novi Sad 1994*; "Pravo deteta da zna svoje poreklo", *Novi Sad 1997*; "Porodično-pravni aspekti surogat materinstva", *Pravni život*, br. 9, tom I, Beograd 2001; Jović O, "Surogat materinstvo-nova dimenzija roditeljstva", Beograd 2005, "Ugovor o surogat materinstvu", *Pravni život*, br. 10/2006, "Surrogate Motherhood as a Medical Treatment Procedure for Women's Infertility", *Medicine and Law Journal*, Volume 30 Number 1, March 2011, Editor-in-Chief Mohammed S. Wattad, *International Center for Health, Law and Ethics University of Haifa, Law Faculty, Haifa, Israel*, p. 23-37.

nje usluga surogat majke od strane žene ili bilo kog drugog lica sa ili bez plaćanja bilo kakve naknade, odnosno ostvarivanja druge materijalne ili nematerijalne koristi.⁴

Sa porodičnopravnog aspekta posmatrano, surogat materinstvo menja pravni i logički kodeks materinstva, dovodeći u pitanje, s jedne strane, utvrđivanja porekla deteta od majke (zbog odvojenosti genetske od gestacijske funkcije između dveju žena) i, s druge strane, opravdanosti primene ove tehnike biomedicinski potpomognutog oplodjenja. S tim u vezi, a shodno naslovu predmetnog referata, u fokusu pažnje autora su teorijska promišljanja o (ne)dopustivosti primene surogat materinstva kao kontradiktornog postupka začeca i rađanja deteta, odnosno kao načina ostvarivanja prava na slobodno roditeljstvo uz biomedicinsku pomoć.⁵

RELATIVIZACIJA BIOLOŠKE KOMPONENTE POREKLA I SUROGAT MATERINSTVO

Pravni položaj deteta u odnosu sa majkom i ocem određen je biološkom činjenicom rađanja (ili pravnim aktom usvojenja) i interesom društva da odnosu da pravno značenje, sa ukupnošću prava i dužnosti koje subjekti odnosa imaju. U svojoj složenosti, surogat materinstvo relativizuje biološku činjenicu rađanja, pošto omogućava da potomstvo dobiju osobe koje nemaju funkcionalne polne ćelije, odnosno da samo jedan roditelj bude i genetski roditelj deteta.⁶ Postupak obuhvata nekoliko tehnika (*in vivo* ili *in vitro*) oplodnje čiji je krajnji ishod pristanak surogat majke da iznese trudnoću i da dete nakon rođenja preda paru naručilaca.⁷ Drugim rečima, pravno pravilo da je majka deteta žena koja ga je rodila opovrgava se pojmom i pojavom surogat majke. Surogat majka je žena koja zaključuje ugovor o biomedicinskoj oplodnji, o nošenju i rađanju deteta, i ustupanju svih roditeljskih prava posle rođenja deteta roditeljima naručiocima.⁸

⁴ Videti čl. 56. st. 25. Zakona o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja (ZBMPO), "Službeni glasnik RS", br. 72/2009.

⁵ Videti čl. 3. ZBMPO. Kada se pravo na rađanje deteta ne može ostvariti prirodnim putem njegovi titulari imaju pravo na lečenje smanjene plodnosti (steriliteta), odnosno pravo na začeca uz pomoć biomedicine.

⁶ Videti Hegnauer C, Human rights and Artificial Procreation by Donor, Eekelaar E, Šarčević P (eds.), *Parenthood in modern Society*, 1993, str. 208.

⁷ U pravnoj literaturi surogat materinstvo definiše se kao postupak u kome žena pristaje da iznese trudnoću sa namerom da nakon porođaja dete preda paru sa kojim je zaključila ugovor o surogat materinstvu. Videti Cvejić-Jančić O, *Porodično pravo*, Novi Sad 2009, str. 229.

⁸ Videti Smith P. G. II, Iraola R, *Sexuality, privacy and the New Biology*, Marquette Law Review, 1984, Vol. 67:263; David M, *Surrogate Motherhood: Contractual Issues and Remedies under Le-*

Želja para naručilaca da dobije dete svog genetskog porekla, tj. da dobije dete koje nosi genetske karakteristike jednog od njih je, po pravilu, osnovni motiv za pribegavanje ovom postupku začeća i rađanja deteta. Primarne medicinske indikacije za primenu surogat materinstva nalaze se u nemogućnosti žene da obezbedi genetske i/ili gestacijske komponente za nošenje i rađanje deteta. Za zasnivanje roditeljskog odnosa volja roditelja naručilaca da odgajaju dete koje je rodila surogat majka postaje preovlađujuća. Namera odgajanja deteta (podizanja i vaspitanja) nema manji značaj od biološke komponente roditeljstva. U aktuelnoj pravnoj teoriji prihvaćen je pojam "socijalnog roditeljstva" kao kompromis između biološke osnove porekla i faktičkog stanja, koji se pravno razrešava na različite načine u zavisnosti od toga da li je reč o začeću uz biomedicinsku pomoć, ili usvojenju. I ujednom i u drugom slučaju moguće je ustanoviti zakoniti odnos roditelj–dete, iako se ovi pravni instituti razlikuju po svojim ciljevima. Kada se radi o usvajanju deteta, želja usvojitelja za potomstvom ima sekundarni značaj, budući da je osnovni cilj usvojenja zbrinjavanje deteta koje je bez adekvatnog roditeljskog staranja i mora biti u skladu sa najboljim interesom deteta. Suprotno tome, začeće uz biomedicinsku pomoć, pojmovno, podrazumeva zadovoljavanje želje neplodnog para da imaju dete sa genetskim karakteristikama barem jednog od njih. U postupku surogat materinstva odvojenost genetske od gestacijske funkcije čini da namera odgajanja deteta od strane roditelja naručilaca predstavlja konstitutivni element prava na socijalno roditeljstvo. Prema tome, u zakonodavstvima u kojima je postupak surogat materinstva dozvoljen prilikom zasnivanja roditeljskog odnosa prioritet je dat socijalnom kriterijumu, dok sistemi zabrane uvažavaju pretpostavku materinstva žene koja je rodila dete- biološki kriterijum.

RASPRAVE O NEOPRAVDANOSTI PRIMENE SUROGAT MATERINSTVA

Rasprave u teoriji i praksi o opravdanosti i porodičnopravnim posledicama surogat materinstva dovele su do formiranja dva dijametralno suprotna shvatanja u pogledu dozvoljenosti rađanja dece ovim putem. Postoji jasna podela između pristalica i protivnika postupka surogat materinstva, a odnosi se na sukob interesa između para naručilaca i dobrobiti budućeg deteta, te pravnih posledica surogacijskog ugovora. Zastupnici svake od opcija koriste se argumentacijom koja opravdava njihovo gledište, a uslovljeno je činjenicom da li su u pitanju zakonodavstva u kojima je postupak surogat materinstva dozvoljen ili pravni sistemi zemalja u kojima je eksplicitno zabranjen.

gislative Proposals, Washburn Law Journal, Vol. 23, 1984.

Protivnici prakse surogat materinstva ističu brojne razloge zbog kojih ovakav koncept začeća uz biomedicinsku pomoć treba odbaciti. Imajući u vidu da je pravni osnov surogat materinstva surogacijski ugovor i da su njegove posledice, sasvim izvesno, kompleksne, oni koji ne odobravaju praksu surogat materinstva polaze od toga da su ti ugovori neprirodni i neetični, jer se surogat majka unapred ugovorom obavezuje da će dete predati paru naručilaca što predstavlja jednu vrstu trgovine decom.⁹ S tim u vezi, ugovor između surogat majke i para naručilaca ne može biti pravovaljan zbog suprotnosti sa javnim poretkom, budući da predmet tog ugovora implicira nedopuštenu “prodaju deteta”.¹⁰ Protivnici prakse surogat materinstva ističu da ovaj postupak depersonalizuje čoveka, degradira ga na objekt,¹¹ odnosno degradira dete koje se kupuje na ovaj način.¹²

Kako je već napomenuto, surogacijski ugovor zaključen pre začeća deteta pretpostavlja prodaju deteta, pošto se rađa dete koje je već prodato drugoj osobi.¹³ Kako deca ne ulaze u pojam imovine (za razliku od pesme ili pronalaska), pravo nad detetom ne može biti prodato niti može biti predmet slobodnog tržišta, shodno osnovnim principima slobode ličnosti koji podrazumevaju da deca ne mogu biti predmet svojine.¹⁴ Osim toga, ovaj vid prokreacije je nespojiv sa ljudskim dostojanstvom, uzimajući u obzir činjenicu da surogat majka najčešće iznajmljuje uterus iz finansijskih razloga. Surogat materinstvo iskrivljuje prirodnu vezu između gestacijske majke i deteta (tzv. *in utero* veza), jer se dete po rođenju odvaja od majke i ustupa drugome. Zbog toga odluka surogat majke da se unapred ugovorom obaveže da će se odreći deteta i predati ga paru naručilaca ne može biti opravdana, tim pre što ona svesno raskida emotivne veze koje nastaju u vreme trudnoće i porođaja između majke i deteta.¹⁵ U literaturi se, dalje, sreće i mišljenje da surogat materinstvo predstavlja instrumentalizaciju ljudske repro-

⁹ Videti Douglas G, *Law Fertility and Reproduction*, London 1991, str. 149.

¹⁰ Videti Ninković R, Kandić-Popović Z, *Medicinsko-pravni aspekti vantelesnog oplodjenja*, Beograd 1995, str. 155.

¹¹ Videti Vodinelić V, *Pravo na ljudsko dostojanstvo*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 5-6/1989, str. 176.

¹² Videti Aigen P.B., *Motivations of surrogate mothers: Parenthood, Altruism and Self-Actualization*, 1996, internet prezentacija: <http://www.surrogacy.com/psychres/article/motivat.html>.

¹³ Videti Joshipura H, *Surrogate Motherhood and Technology*, 2002, internet prezentacija: <http://cseserv.engr.scu.edu/studentWebPages/HJoshipura/ResearchPaper.htm>

¹⁴ Joy Oz Sh, *Genetic mother vs. surrogate mother: Which mother does the law recognize? A comparasion of Jewish law, American law, and England's law*, 1997, internet prezentacija: <http://www.tourlaw.edu/Publications/internationallawrev/Vol6/part 8. html>

¹⁵ Videti Kovaček-Stanić G, *Porodično-pravni aspekti surogat materinstva*, Pravni život, br. 9, Beograd 2001, str. 491.

duktivne funkcije, te da takvu praksu treba sankcionisati kao protivnu pravilima morala. Takođe, duga je i lista razloga nepunovažnosti surogacijskih ugovora, počev od opasnosti od zloupotrebe siromašnih žena (zbog sume novca koja se nudi za uslugu nošenja i rađanja), preko trgovine decom, zanemarivanja već rođene dece bez roditeljskog staranja i sl.¹⁶

Surogat materinstvo je protiv pravila morala i dobrih običaja. – Obaveza surogat majke da dete po rođenju preda naručiocima otvara ozbiljnu dilemu koja se tiče odgovora na pitanje kako rešiti problem u slučaju kada surogat majka odluči da zadrži dete, odnosno ukoliko u slučaju parcijalne (genetske) surogacije surogat majka zahteva pravo na održavanje ličnih odnosa sa detetom koje je rodila. Potencijalno negativne etičke i emotivne konsekvence ovog postupka začeca i rađanja deteta predstavljaju glavni argument protivnika surogat materinstva.

Rezervisanost prema etičkoj osnovi surogat materinstva prisutna je i među predstavnicima katoličke crkve. Surogacija ne može biti moralno dopuštena jer se protivi jedinstvu braka i dostojanstvu ljudske prokreacije. Surogat materinstvo ugrožava pravo deteta da bude začeto, doneto na svet i vaspitavano od strane svojih roditelja, a to izaziva nesklad između fizičkih, psihičkih i moralnih elemenata kao konstitutivnih elemenata porodice.¹⁷ Proučavanje, procenjivanje i moralno vrednovanje surogat materinstva je predmet interesovanja stručnjaka jevrejskog običajnog prava. Oni zastupaju stav da su medicinske tehnike asistiranja u začecu pogrešne, suprotne božjoj volji prema kojoj je neki bračni par neplodan, odnosno da je medicinski tretman grubo mešanje u božje “proviđenje” o nagradi i kazni.¹⁸ Argumenti običajnog prava protiv surogat materinstva zasnovani su na hipotezi da poreklo deteta određuje genetski kriterijum, odnosno da je u određivanju identiteta deteta uloga prirodne (biološke) majke dinamična i da nijedna druga žena ne može biti majka deteta.¹⁹

¹⁶ Videti Baudouin J. L., *Les problèmes juridiques de la procréation artificielle. Aperçu comparatif de la situation en Amérique du Nord*, u: *Procréation Artificielle, Génétique et Droit*, Colloque de Lausanne de 29 et 30 novembre 1985, Zuerich, 1986.

¹⁷ Videti Jović O, *Surogat materinstvo-nova dimenzija roditeljstva*, op. cit., str. 34.

¹⁸ Videti Joy Oz Sh, *Genetic mother vs. surrogate mother: Which mother does the law recognize? A comparison of Jewish law, American law, and England's law*, <http://www.tourlaw.edu/Publications/internationallawrev/Vol6/part8.html>

¹⁹ Videti Bleich D. J., *Contemporary Halachic Problems*, Norman Lamm (eds.) 1997, str. 108. U jevrejskom pravu, dete sledi religiju majke, pa ukoliko dete rodi žena (surogat majka) nejevrejskog porekla, ono se neće smatrati Jevrejnom. Isto važi i u slučaju da dete rodi Jevrejka ako joj je implantirana jajna ćelija žene nejevrejskog porekla. Stručnjaci za običajno pravo koji se protive surogat materinstvu misle da država ne treba da se meša u takve stvari, odnosno da Zakon o surogat materinstvu iz 1996. godine, koji odobrava oplodnju surogat majke genetskim materijalom roditelja

Komercijalna komponenta surogat materinstva. – Komercijalni aspekt surogat materinstva nameće potrebu preispitivanja društvene prihvatljivosti ovog postupka začeća uz biomedicinsku pomoć. Po definiciji, komercijalno surogat materinstvo je postupak koji podrazumeva davanje novca surogat majci za uslugu nošenja i rađanja deteta. Ako se pođe od toga da surogat materinstvo predstavlja “izvor moralne konfuzije, materijalne eksploatacije i psihološkog bola za surogat majku”,²⁰ postavlja se pitanje da li je materijalni momenat jači od prirodnog nagona svake žene da uzgaja sopstveno biološko potomstvo.²¹ Činjenica je da suma novca koja se dobija za uslugu rađanja deteta predstavlja značajan stimulans za zaključivanje surogacijskog ugovora. Iz tog razloga protivnici surogat materinstva argumentaciju za zabranu istog baziraju na ideji o nedopustivosti kupovine i prodaje dece, odnosno na ideji o nedopustivosti tretiranja ljudi kao robe široke potrošnje. Kupovina i prodaja dece na osnovu surogacijskog ugovora je pogrešna, a podjednako važi i za surogat majke koje primaju novac za uslugu nošenja i rađanja deteta. Zato se ističe da je surogacija, zapravo, reproduktivna prostitucija, odnosno da su žene koje pristupaju takvom aranžmanu reproduktivne mašine, te da bi zakonska potvrda komercijalne surogacije omogućila kreiranje dece na način na koji se bira boja, oblik i veličina nameštaja po katalogu.²² Protivnici komercijalne surogacije smatraju da legalizacija surogacije pruža mogućnost da do potomstva putem ovog postupka začeća uz biomedicinsku pomoć dođu homoseksualni i lezbijski parovi,²³ što je suprotno interesu deteta da ima oba roditelja (različitog pola).

Afirmacijski argumenti o surogat materinstvu

Pravo na telesnu autonomiju. – U raspravama posvećenim surogat materinstvu, međutim, ima mesta i za shvatanja da je surogat materinstvo progresivna

naručilaca, ne bi trebalo da ima obavezujuću snagu za običajno pravo jer otežava određivanje statusa deteta rođenog na ovaj način.

²⁰ Videti Winslade W.J, *Surrogate Mothers, Private Rights or Public Wrong*, Journal of Medical Ethics, No. 7/1981, str. 153.

²¹ Videti Panov S, *Pravo na roditeljstvo*, dok. Disertacija, Beograd 1998, str. 106. Socijalni kontekst koji “komercijalizovanu reprodukciju” svodi na eksploataciju obuhvata evidentirane razlike u finansijskom i obrazovnom nivou učnika surogacijskog postupka i ukazuje na element psihološke ili emotivne prinude surogat majke. Način manjeg individualnog eksploatisanja ogleđa se u povećanju nadoknade, koja za posledicu može imati veće kolektivno izrabljivanje siromašnih žena.

²² Videti Cumming L.J, *The Proposed Uniform Parentage Act and Surrogate Motherhood*, internet prezentacija: <http://www.mfc.org/resources/backgrounders/UniformParentage.html>

²³ Ibid.

tekovina savremene nauke koja ne podrazumeva povredu ljudskog dostojanstva. Povreda ljudskog dostojanstva ne može se posmatrati u svakom tehničkom zahvatu u ljudsko telo. Nesposobnost za prokreaciju je hendikep i otklanjanje takve ograničenosti je nesporno napredak. Pravo na začće uz biomedicinsku pomoć je pravo na lečenje nefunkcionalnosti tela. Zato pravo na prokreaciju pretpostavlja slobodu naručilaca da dođu do deteta i onda kada to zahteva uključivanje surogat majke. Surogat majka slobodna je da odlučuje o svojoj reproduktivnoj funkciji što je manifestacija neotuđivog prava na telesnu autonomiju.²⁴ Surogat materinstvo je, prema tome, izraz prava na prokreaciju i prava na telesnu autonomiju, pod uslovom da takav aranžman isključuje novčanu nadoknadu surogat majci za učinjenu uslugu.²⁵

Pomoć neplodnom paru. – Razlozi za dopustivost surogat materinstva, prema jednom mišljenju, nalaze se i u uverenju da se ovom tehnologijom pruža mogućnost neplodnom paru da dođe do potomstva i, stoga, može biti korisna društvu u celini, na više načina. Najpre, ova opcija olakšava bol neplodnom paru koji ne može koncipirati dete prirodnim putem. Neplodne žene uglavnom imaju dobar razlog za prihvatanje ove mogućnosti, naročito kada trudnoća predstavlja veliki rizik za njihovo zdravlje, ali i zbog činjenice da visikorizične trudnoće najčešće za posledicu imaju rađanje hendikepirane dece. Drugo, preuzimanje rizika trudnoće za pojedine žene predstavlja način ličnog ostvarenja, za žene koje vole da budu u drugom stanju i kojima trudnoća ne predstavlja nikakav problem. I najzad, surogat materinstvo predstavlja način formiranja porodice na netradicionalan način od strane istopolnih partnera koji zbog prirode svoje zajednice ne mogu prirodnim putem ostvariti želju za potomstvom. Savremeni koncept “porodice” nije limitiran tradicionalnim modelima porodice. U skladu sa tim, pojam “porodica” opisuje primarnu zajednicu u kojoj se odigrava briga o deci. Osnov ovog stava nalazi se u pravu na individualnu slobodu zbog koje treba dopustiti rađanje dece na osnovu surogacijskih ugovora i ozakoniti postupak rađanja za drugog.

Psihološke indikacije. – Još jedan koncept u grupi argumenata za dopustivost surogat materinstva tiče se namere para naručilaca da se staraju o detetu. Ovaj koncept predočava važnost “psihološkog roditeljstva” kao sastavnog dela komplementarnog pojma “nameravanog roditeljstva”. Dakle, namera odgajanja (podizanja i vaspitavanja) deteta jeste osnovni element prava na prokreaciju.²⁶

²⁴ Videti Stumpf A, *Redefining Mother: A Legal Matrix for New Technologies*, Yale Law Review, No. 96/1986, str. 187.

²⁵ Videti Ninković R, Kandić-Popović Z, *Medicinsko-pravni aspekti vantelesnog oplođenja*, Beograd 1995, str. 154.

²⁶ Videti Douglas G, *Law Fertility and Reproduction*, London 1991, str. 146.

Medicinske indikacije. – Sa medicinskog aspekta posmatrano, praksu surogat materinstva treba dozvoliti ukoliko na strani naručilaca postoje medicinske indikacije. Jedino se u tom slučaju surogat materinstvo može smatrati moralno prihvatljivim.²⁷ U pojedinim slučajevima surogacija je jedini način da se izbegne šteta po zdravlje nerođenog deteta, zbog genetskog oboljenja žene koje može dovesti do abnormalnosti fetusa.²⁸ Uvažavajući “rastuće društveno prihvatanje surogacije”, “opadanje tajnovitosti koja okružuje praksu surogacije” i “rast broja ljudi koji traže savet i podršku lekara po tom pitanju”, surogaciju treba prihvatiti kao “poslednje rešenje”.

ZAKLJUČAK

Teorijska promišljanja o dopustivosti i/ili zabrani surogat materinstva, nameću pitanje da li praksa surogat materinstva zavređuje da bude pravno regulisana na nacionalnom nivou? Oprezan stav zakonopisaca o tome da su sve predložene odredbe u Nacrtu Građanskog zakonika o rađanju za drugog (čl. 2272-2281) formulisane kao ilustracija mogućih zakonskih rešenja ako se, nakon javne rasprave, prihvati surogat materinstvo kao postupak začeca uz biomedicinsku pomoć, te da se može regulisati posebnim zakonom,²⁹ u skladu je sa kulturnim, socijalnim i ekonomskim prilikama našeg društva.

Napredak reproduktivne tehnologije prati potrebe realnog života sve većeg broja ljudi kojima je uskraćena mogućnost prirodnog roditeljstva. Ali, stvaranje potomstva razdvajanjem biološke i socijalne komponente roditeljstva izaziva ko-

²⁷ Videti Ninković R, Kandić-Popović Z, *Medicinsko-pravni vantelesnog oplodjenja*, op. cit., str. 155.

²⁸ Kod oboljenja phenylketonuria (PKU), visok nivo fenilalanina (esencijalna aminokiselina koja se nalazi u mnogim proteinima, a koje ljudski organizam normalno transformiše u neesencijalnu aminokiselinu torozin) efektivno napada fetus, dovodeći do retardiranosti fetusa, ponekad izazivajući srčane mane. Pokušaji da se fetus zaštiti smanjivanjem nivoa fenilalanina kroz striktni režim ishrane još nisu urodili plodom na zadovoljavajući način, pa čak i kada majka sa tim oboljenjem (PKU) zatrudni pomoću jajne ćelije donora, njen fetus će zadesiti ista sudbina. U toj situaciji surogat materinstvo se može prihvatiti kao logično rešenje. Videti Wertz C.D, *Surrogate motherhood*, The Gene Letter. Vol. 2, Issue 2, (March 1998). <http://www.geneletter.org/0398/Surrogate.htm> Videti i Radišić J, *Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika*, Beograd 1986, str. 24-26. Angažovanje lekara vrši se pod opštim uslovima o dopuštenosti medicinske intervencije i pravilima o odgovornosti lekara. Lekar je uobičajeno dužan da preduzme medicinsku intervenciju onda kada je to nužno i striktno vezano za prevenciju, lečenje i izlečenje jednog bolesnog stanja i ako rizik kojem se izlaže pacijent nije veći od proračunate koristi. To podrazumeva da se neplodnost shvata kao bolest koja treba da bude podvrgnuta medicinskom tretmanu.

²⁹ Videti Radni tekst Građanskog zakonika RS pripremljen za javnu raspravu sa alternativnim predlozima od 29. maja 2015. godine, str. 569, fusnota 8, internet prezentacija na: <http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>

renite promene u tradicionalnom poimanju materinstva. U većini zemalja zapadnog sveta pravila o roditeljstvu nalaze se u posebnim porodičnim zakonima ili u posebnim zakonima o reproduktivnoj medicini. S tim u vezi, uporednopravno posmatrano, sreću se dva oprečna stanovišta. Prema jednom, treba isključiti svako mešanje prava u domen začeća uz biomedicinsku pomoć, budući da pravna regulativa predstavlja kočnicu za razvoj novih vidova prokreacije i da brzina napretka u ovoj oblasti dovodi do toga da svaki zakon bude prevaziđen već u momentu donošenja. Suprotno gledište ističe da ova pitanja moraju biti zakonski regulisana kako bi se kontrolisala moć koju nove tehnologije pružaju i naručiocima i korisnicima.

Jasno je da suočavanje sa dalekosežnim posledicama surogat materinstva očekuje i nacionalnog zakonodavca. Potreba za pravnom regulativom u ovoj oblasti svakako je opravdana, međutim, mogućnost apsolutne zabrane opisanog postupka kao protivnog prirodnim zakonima, kao postupka koji omogućuje vršenje "genetskog inženjeringa" na ljudima, predstavljalo bi ekstreman način ignorisanja patnje onih koji ne mogu doći do potomstva nijednim konvencionalnim postupkom začeća uz biomedicinsku pomoć. Po pravilu, pristupanje surrogacijskom postupku osmišljeno je kao planska prokreacija koja podrazumeva rađanje željenog deteta, na osnovu saglasnosti volja partnera, čime se detetu koje će biti rođeno obezbeđuju uslovi za najbolju zaštitu njegovih interesa. No, sa moralnog aspekta čini se neprihvatljivim regulisanje svih pojavnih oblika surogat materinstva, naročito onih koji unose konfuziju u uspostavljanje zakonitog roditeljskog odnosa prema detetu začetoj i rođenoj u postupku "rađanja za drugog".

OLGA JOVIĆ-PRLAINOVIĆ, Ph.D.,
Associate Professor, Faculty of Law of the University of Priština,
headed in Kosovska Mitrovica

SURROGATE MOTHERHOOD
– ARGUMENTS *PRO ET CONTRA*

Summary

The disputes on surrogate motherhood as a contradictory procedure of assisted childbirth, led to different attitudes regarding the effectuation and legal effects of the surrogate motherhood to those for and those against. Since the legal basis for this procedure is the surrogate contract, the opponents start from the fact that these contracts are unnatural and non ethical, that their subject implies forbidden child trafficking, because it implies giving birth to the child that has already

been sold to the presumed parents. In the legal systems in which surrogate motherhood is forbidden by law a legal liability is proscribed for the activities taken based on the surrogate contract. On the other hand, the supporters of this procedure of assisted procreation emphasize that the right for procreation assumes the freedom of the presumed couple to obtain procreation through surrogate motherhood. The surrogate mother is free to choose on her reproducing function, which states as a manifestation of the inalienable right to the autonomy of the body. The basis of such an argument is in the right of the freedom of an individual to choose and that is why this kind of childbirth should be allowed. The arguments for granting surrogate motherhood are closer to the actual needs of real life of those people who, for different reasons, are deprived of the possibility of natural parenthood.

Theoretical considerations on the admissibility and / or prohibit surrogate motherhood imposes a dilemma whether the practice of surrogate motherhood deserves to be legally regulated at national level? The cautious attitude of lawmakers that all the proposed provisions in the Draft CC about the surrogate motherhood (Art. 2272-2281) formulated as an illustration of the possible legal solutions if, after the public hearing to accept the surrogate motherhood as a process of conception with biomedical assistance, and that can be regulated by a special law, is in accordance with the historical, social and economic conditions of our society.

PENNY BOOTH

FINANCIAL CLAIMS AFTER DIVORCE: HOW LATE IS TOO LATE?¹

SUMMARY AND INTRODUCTION

When a marriage ends then there are expectations in law that the property and money will be shared out between the couple who are no longer married. Legal provisions in all systems make such provision. Under English Law the divorce comes first, but that will not, usually, be made final until the financial arrangements (referred to as the 'settlement' are acceptable to the court, and arrangements for the children are the very best that can be made under the circumstances. Neither can necessarily be perfect. Sometimes it is not possible to share the money and property exactly as each would want, and sometimes the complications are too much for an apparent 'fair' sharing to be easily made. Many individuals may feel that they have not received a fair share at all, and may conti-

Penny Booth, Retired Professor of Child and Family Law, Tutor at The Open University, United Kingdom. Penny Booth has taught at a number of educational institutions in a full time and a part time capacity. She is retired from full time academic work, but tutors part time and writes for professional journals and teaches. She is still involved in law, particularly in Child and Family Law, and retains her interest in all things 'legal'. Among her interests are family law, medical law in the family law regimes, the legal system, comparative law and other related areas. Among her other interests are travel, literature, history and photography.

¹ It is intended that this paper will be a discussion paper and, acknowledging that she is indebted to others and her Serbian is negligible, references by the author to legal documentation will be kept to a minimum and for future inclusion if colleagues wish to research the legal points of this short discussion paper.

nue through the rest of their lives believing that they did not receive a fair allocation of the family property and money.

Under English Law there are legal and practical limitations on financial sharing in these circumstances which can be influenced by not only the amount of property and money available in that family or with that couple, obviously. The number of children to be cared for from the family property and money varies in each case, so each situation and case is different. English law attempts to take this into account. One important question, which this paper focuses upon, is how long after the divorce settlement the previously married individuals may return to ask for more money. A recent case, heard in the United Kingdom Supreme Court and referred to in this short paper as *Vince v Wyatt*², or simply ‘the Wyatt case’ has challenged some assumptions about when and how such challenges may be made, and may make us consider, albeit in this narrow case, when it is appropriate to end all possibility of returning for what we call in English ‘a second bite at the cherry’.³

THE BACKGROUND TO THE CASE

The appellant was Ms Wyatt and the respondent was Mr Vince. They were married in December 1981. They had a son and Mr Vince also treated Ms Wyatt’s daughter from a previous relationship as a child of the family. They separated in 1984 and for eight years after that period Mr Vince pursued a travelling lifestyle, not making very much money. Mrs Wyatt brought up the children with very little money because Mr Vince was not in a position to make much financial contribution to doing so. In October 1992 the couple divorced and the decree absolute was granted. It would appear that the court file was lost. Little formal detail regarding financial arrangements seems to have survived and this has caused problems. What or if any formal financial provision seems unknown, but neither party at that time had much property or money. There is no current evidence that any claim by Mrs Wyatt was dismissed by the court. Ms Wyatt went on to have two more children. In the 1990s Mr Vince developed a green energy business which subsequently became very successful and valuable. In 2001 the couple’s son went to live with Mr Vince and Ms Wyatt’s financial position remained very ‘modest’.

In 2011 Ms Wyatt made an application in divorce proceedings for financial provision in the form of a lump sum⁴. She also applied for interim payments⁵ to

² *Vince v Wyatt* [2015] UKSC 14.

³ It is understood that this is a strange phrase – it means that a person may take another (second) try at obtaining something which they feel they did not obtain the first time they tried to get it.

⁴ This is a single sum which may be paid in several amounts – quite usual in financial settlements under English Law, particularly where one party is financially wealthy.

⁵ Payments before the main judgment which can be taken from the main amount or made prior to deciding how much the main amount will be.

fund her legal costs⁶ and Mr Vince cross-applied for the application to be struck out⁷ on the basis that there were no reasonable grounds for bringing or defending the case and that it was an abuse of process.⁸

In December 2012 the deputy High Court judge dismissed the strike-out application by Mr Vince and ordered him to make interim periodical payments⁹ in respect of legal costs to the legal representatives of Ms Wyatt. Mr Vince appealed, successfully, to the Court of Appeal to have this order set-aside. The Court of Appeal struck out Ms Wyatt's application for financial provision and ordered her to repay part of that money. Ms Wyatt appealed to the highest court in the UK, the Supreme Court.

THE DECISION OF THE UNITED KINGDOM SUPREME COURT

The UKSC¹⁰ unanimously allowed the appeal. The ex-wife's application to have her case heard was directed to the Family Division of the High Court where it is intended that it be properly heard. The costs allowance e order was restored and the decision of the Court of Appeal was set aside. What does this mean in practice? The case has not been heard yet. What has been decided is that Ms Wyatt can have her case heard properly in an appropriate court because the argument was to have the case heard, not to make the decision about the money or property itself. The case will be heard in the Family Division as that is where the expertise lies for such cases, and Ms Wyatt can present her arguments regarding receiving a share of her now wealthy ex-husband's financial empire, the one developed after her divorce from him. What was decided was that although in a civil case¹¹ an application may be dismissed because it is regarded as an abuse of process or has no merit, the same, precisely, cannot be said in matrimonial matters and that the omission of such a provision was deliberate because of the nature of the situation in dispute – the fact that this is a matrimonial or family law matter.

⁶ There is no doubt that this application and paying for legal advice and representation would take many thousands of pounds sterling to fund.

⁷ Struck out means that the case is not heard at all in the court because it has no merit.

⁸ Family Procedure Rules 2010 Rule 4.4.

⁹ These are payments made periodically – often for maintenance (for a limited period of time, normally) – which can be adjusted as the case is completed. In this case, the payments were intended to pay the legal costs of Ms Wyatt. This is an unusual situation, but the soon-to-be ex-husband might, if he were wealthier than his soon-to-be ex-wife, be expected to help pay the legal costs of an ex-wife if the claim were valid. She is not otherwise able to fund her claim.

¹⁰ United Kingdom Supreme Court.

¹¹ Normally, this is intended to mean a non-criminal matter under English law.

When an ex-spouse applies for a financial order ¹²the court has a duty to consider the matter and must have regard to all the circumstances of the case. To deal with the matter in a summary fashion, dismissing without a full hearing determining all factors, is not 'due process' here. Ms Wyatt's application could not be an abuse of process and could be legally recognisable. Her appeal against being struck out was successful.

There was no doubt among the Supreme Court judges that the applicant had huge difficulties in establishing her case at the future hearing. She needs to establish that a financial order should be made in her favour, and this after a lapse of time from her divorce of some 23 years ago, during which time considerable changes have taken place in her life and that of her ex-husband. She was married for a short period and the delay since then has been long. English law does not look well upon delay in justice, and long-term financial reliance upon ex-spouses is probably frowned upon. One strong element of support is one provision within the Act dealing with divorce and that is section 25 (2) (f) of the 1973 Act which obliges the court to have regard to the contributions which each of the parties has made to the welfare of the family, including any contribution to the upbringing of the couple's children over the years. In the case of Ms Wyatt this MAY mean that she could expect what the judge ¹³who gave the judgment in the Supreme Court called a 'comparatively modest sum' - when the case is heard. The court considered costs and the argument by Mr Vince that the original costs allowance order should not have been made. The threshold test was whether Ms Wyatt would otherwise have been able to make the application by securing any legal services at all....and she probably could not have done so, her legal advisors could not be expected to work for nothing until the determination of the substantive application. Ms Wyatt therefore secured interim payments pending the full hearing of her case in the Family Court. This case still awaits that hearing.

THE ISSUES IN THIS CASE

There is no doubt this case is unusual, even by some unusual standards under English Law. English Law has no 'code' and the principles are found in the Matrimonial Causes Act 1973 (as amended) the Court Rules and in decided cases of good standing reported on from a high level. The circumstances of the divor-

¹² Section 25 Matrimonial Causes Act 1973 which determines most matters relating to divorce, etc under English Law.

¹³ Lord Wilson gave the judgment in the UKSC, although this was agreed by Lady Hale, Lord Clarke, Lord Hughes and Lord Hodge, the other judges who heard the appeal.

ce, 22 years previously, the loss of the file ¹⁴ (no doubt with some important details in it which the parties now dispute), the huge financial benefits of a man who made money AFTER divorce ¹⁵ combined with the situation of a woman who looked after the children of the family during the years in which the divorce had already happened and the need to provide fairness to both sides seems to invite comment. It would be interesting to compare these situations with other jurisdictions to weigh the advantages and disadvantages of decisions of financial support and claims made after lapse of time.

THE SITUATION

The ex-wife is 55 and has four children. She is in poor health and has not been successful in any career or employment. She owns a home in a poor state of repair. There is one female child aged 36 who was born prior to the marriage with Mr Vince and who was treated as a child of the family. There is a 31 year old son who now lives with Mr Dane. There are two others, aged 21 and 18, born to Ms Wyatt after her divorce from Mr Vince. They live with Ms Wyatt, who manages on low-paid employment. Attempts to make a better success of employment have been hampered by a failure to benefit from an incomplete university course and by periods of ill-health.

By comparison Mr Vince is 53 and is a millionaire. He owns his own green energy company. During the period after the divorce he did not support Ms Wyatt nor take much part in bringing up those children of hers that were regarded as 'children of the family' when he had been married to Ms Wyatt and after their marriage for whom some level of support would normally be expected. During the period of being together and married both lived off intermittent working and welfare benefits, moving around with other travellers, living in different parts of the UK, and in Spain for a while. Their lives were unsettled and the parties, living separately for most of this period, also moved round.

In 1992 divorce proceedings had commenced and the records were not retained. It is highly unlikely that the court would have awarded a 'no payment' to the ex-wife who was largely looking after the children at that time and, despite attempts by the ex-husband to gain 'care' of the children. Although the marriage had been a sort one (the parties had lived together for a short time before marria-

¹⁴ The file was lost when transferred from one court to another for storage – the details of whether or not future claims were dismissed therefore cannot be demonstrably proven. Only the decree absolute appears to exist in the hands of the parties.

¹⁵ Mr Vince became a millionaire after working on ideas which were in their infancy during his brief time with the woman who became his wife for only a short period. He did not financially contribute or assist his ex-wife.

ge and that would have had some influence on the court's decision in normal circumstances) the ex-wife did have the care of the children and as a young mother the court is likely to have awarded some payment or to have at least kept open the possibility of doing so. Nominal payments were, prior to 1993¹⁶, usually made when the paying party had little money in order to keep open the possibility of payments when that party was able to do so.¹⁷

The ex-husband claimed that after the divorce in 1992 he was told he did not have to pay the wife anything – that there was, in effect, no order for a financial settlement. It could be that after a divorce under English law whilst the court can and will make even just a nominal order where the paying party (often, but not, of course, exclusively the male) has little or no money or capital, the court can also order that there be NO order at all, thus dismissing any claim for maintenance, now or in the future. In family law cases where there is no money at the time of the hearing but there are children, making a 'no order' would not be usual. It is highly unlikely that the court actually made 'no order' owing to the presence of the children, as they would need a carer (the mother in this case) who was able to receive some financial support whilst she was looking after them. Neither party here had much financial support or prospects at the time, and would have been reliant on low-paid employment or welfare benefits from the state.

The parties' remembrances of this period (made more complex by the lack of record and their 'chaotic' lifestyle) differ considerably. There are, in the official report of the decision of the UKSC, some details from the judge who gave the decision on behalf of the panel which sat. These details merely indicate just how chaotic the parties' lifestyles were and had been in the past. There are various sums of money mentioned (amounts both disputed and undisputed), 'gifts' of second hand cars, computers and other items, small lump sums but nothing indicating a regular payment from the father for the benefit of the male child who was his own son, or the female child who, it is asserted by the ex-wife, had been regarded as a 'child of the family' by the ex-husband. Whilst there was some unofficial 'recognition' by him of the existence of the two younger children born to the ex-wife by a new partner who left the family unit, over that period there was confusion and indistinct acceptance of a most irregular family situation and precario-

¹⁶ The date of the implementation of the Child Support Act 1991, which brought in a far more formal means of deciding child maintenance and which, usually, increased maintenance for children at that time. It was originally intended to reduce reliance by the carer on welfare benefits for children, and placed the greater responsibility on the 'absent' parent for financial support. That law has, subsequently, been much revised – and simplified from its original guise – and is now a simpler formulaic approach to the calculation of maintenance support for children.

¹⁷ This approach was very common because it forestalls the necessity of re-opening cases and saves time and costs.

us financial positioning. It is clear that the court in 1992 must have decided that the ex-husband was unable to provide regular and meaningful financial support for the children, whether that included all four, or merely the son they shared and the daughter who, it is claimed, had been a 'child of the family'. The implementation of the provisions of the Child Support Act and the calculation of assessment at nil of the ex-husband's liability at that time is evidence that he had no money with which to support the children regularly. At the end of the 1990s the ex-wife was taking steps to obtain legal assistance to get some financial support, but nothing came of it. At the same time, the ex-husband was commencing his early steps which eventually led to his business success and the change in financial circumstances which have led to this claim. Mr Vince has made a lot of money from ecologically sound methods of generating electricity. This became popular and financially supported during the 1990s. At the end of the 1990s hundreds of thousands of pounds was created by his business enterprise through the development of his ideas and the expansion of his business. It was only during the final years of the son's minority¹⁸ that Mr Vince would have been able to be in a financial position to have made a financial contribution to his upbringing.

THE ANALYSIS OF THE ISSUES

The application of Ms Wyatt raises problems in English Law. Firstly, the marital living together period was only two years, despite living together before that period. It broke down 31 years before the present case was heard. Both of these features would normally suggest that a further payment of money or any financial support would be unlikely, as English Law seeks to 'disentangle' the parties as appropriate and break the financial connection between them if it is possible. There was little or no money to break any financial connection. In addition, the low standard of living of both parties at the time of the marriage was such that there was no 'standard' to maintain or support any claim to maintenance of an expected standard of either party – they had nothing. Another feature is the fact that it was 13 years¹⁹ after the marital breakdown²⁰ that the ex-husband began to

¹⁸ Minority under English law equates with childhood – under the age of 18 years.

¹⁹ In *Sharland v Sharland* [2015] UKSC 60 The consent order will not be sealed and Mrs Sharland's application for financial relief will return to the Family Division of the High Court for further directions. Lady Hale gives the only judgment. In *Gohil v Gohil* [2015] UKSC 61 The Court reinstated Moylan J's original order. Lord Wilson gave the main judgment and Lord Neuberger gave a short concurring judgment. Accessed on 14th October, 2015 with thanks to Family Law Week whose notes on this case are very helpful <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed148599>

²⁰ The cases are reported here <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed148599> (accessed 14th October, 2015) and suggest that if there is fraud, or misleading information about

create his wealth, albeit noticeably large. Such a period would suggest that the ex-wife not only had nothing to do with the wealth creation, nor expectation of benefiting from it, but it is not conclusive. The fact that Ms Wyatt made no contribution to the wealth creation could suggest she should not benefit from this when she was no longer married to the respondent. She told the court that for a few years into the two thousands she was unaware that her ex-husband was making money, and his continued failure to maintain his son, again contrary to expectations, suggested to her that he had no wealth. The son, upon reaching adulthood²¹, went to live with his father and his mother claims that she felt discouraged from asking for money owing to the magistrates award of nominal maintenance in 1992 and the Child Support's nil assessment in 1997. That and the more recent delay is not explained further by Ms Wyatt, but the quality and status of her legal advice in 1994 and 1996 is unclear.

There is no time limit as such for the financial obligations attached to marriage so orders for financial provision or property adjustment can be sought. Public policy, however, is not in favour of bringing claims long after the divorce or when perceived as a means of obtaining a larger share. In this case, however, there seems not to have been an original 'share'. The courts will look carefully at reasons for delay despite the clear provision for making an order at the time of divorce or any time thereafter.²² There are likely to be questions about why there was a delay in seeking the order and demonstrate that whilst there is no time limit, there had better be good reason for the current claim.

A respondent in such cases may show that he/she has reason to ask that there should be no order given. The court might take into account any assumed financial responsibilities that the respondent has taken on since the divorce or since the last financial settlement hearing. These assumptions of financial responsibility (which could be simply arranging financial affairs in the belief that there was no order or no substantial draw upon what the respondent had such as to make them believe that they could, reasonably, make other financial arrangements) might include responsibility for a new family, or any other arrangement of personal finances such that it would not be reasonably possible to put these arrangements into reverse. Respondents can also use the passage of time and the reduction of clarity of memory to ask that the court dismiss a claim after so long. In the Wyatt case, it could be said that the delay took away from Mr Vince his opportunity to ask the court to dismiss the case at an earlier stage that he was

wealth, then the court can re-investigate financial settlements and revisit amounts awarded, but the Wyatt case, it is suggested, is not such a situation. What these cases also indicate is that there is no 'rule' that precludes reopening financial settlements altogether and that it MAY be possible to do so.

²¹ This would be 2001, and the son took a job with his father's company.

²² Matrimonial Causes Act, 1973, sections 23(1) and 24(1) .

of the belief that no claim would be made against him. That, alone, does not, of course, absolve anyone of their financial responsibilities. Considering that this is a financial claim in a matrimonial matter, it is unlikely that any legal advisor would have told him that he could make any such assumption about the passage of time since a legal advisor would have known that the Matrimonial Causes Act permits, in theory, a claim to be made at any time after the divorce. As has already been asserted, it is unlikely that there was a dismissal, it is unlikely that the court made anything other than a nominal settlement bearing in mind that neither party had, at the time of the divorce in 1992, any money, and both were reliant on low-paid employment and welfare benefits, as was later evidenced by the nil assessment from the Child Support Agency in 1997 and some general legal advice to the ex-wife.

What argument is the ex-wife putting forward? It is not enough that the ex-husband is now wealthy and by comparison with 1992, far wealthier than he ever dreamed he'd be. Whatever reasonable award might be made he would be able to meet, but that isn't the legal issue. Ms Wyatt asserts that she needs a better home than the one she has got. She needs this for herself and her family. Her poor financial situation and failure to have been able to save money for a pension (and her limited ability to now provide for herself, considering her age and ill-health) means that she needs, she asserts, some sort of a fund to maintain herself for the rest of her life. This has been estimated at a total of 1.95 million pounds sterling. Over half a million alone is needed for the home, the remainder for a fund to maintain herself. It is unlikely that Ms Wyatt will get anything like this kind of award when the case goes before the Family Court again. Current views among the judiciary²³ suggest that even wealthy respondent men are not inevitably financially responsible for all the financial needs of an ex-wife. Considering the delay in bringing the claim, the fact that Ms Wyatt did not play a part in the development of Mr Vince's business and wealth creation, and that the assertions relating to non-payment of support in the light of the assessments in the mid-1990s are clouded in murky remembrances and a lack of reference or order, indicate that all is yet to be resolved. To sustain a claim of 'need' the ex-wife needs to show that the need was generated by her relationship with her ex-husband.²⁴

Ms Wyatt argued that she attempted to gain degree level qualifications in 1981, 1982 and 1988 which would have allowed her to gain more lucrative employment. She argued that at that point she had the care of the parties' son, and

²³ Illustrated by Thorpe LJ in *North v North* [2007] EWCA Civ 760 [2008] 1 FLR 158.

²⁴ *Miller v Miller, McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24, [2006] 2 AC 618, para 138 (Lady Hale).

her daughter by a previous relationship²⁵ and that these responsibilities have prevented her from achieving the educational standing which would have improved her earning capacity and thus the ability to meet her own financial needs. Mr Vince argued that it was the existence of two younger children, born to Ms Wyatt and another man, and Ms Wyatt's ill-health which has had a more influential effect upon her earning capacity. He also disputed her assertions that he had ever discouraged her (in 1981 and 1982 particularly) from seeking a university education, but this argument seems a weaker one since at that time he was still with Ms Wyatt and married to her for at least some of that time, and therefore able to exercise some 'control' over financial arrangements for them both.

Under section 25 of the Act²⁶ the court would be required to have regard to the contributions which both of the parties have made to the welfare of the family, and that includes contributions made by looking after the home or caring for the family.²⁷ This is normally set against financial contributions which, under a traditional approach to family life may be more often made by one party working outside the home (and this bringing in money to keep the family going) and one caring for the children and performing domestic tasks. This rather traditional and formulaic approach may reflect an old-fashioned view of domestic 'bliss' but the broad responsibilities and frequently damaging effect of inequality between the sexes in the workplace (and the fact that it is more often a woman who has a baby, takes time off work and limits her opportunities for career enhancement – not exclusively so, but more often...) mean that there remains plenty of scope for the application of setting purely financial contributions to family life against those of non-financial contribution to attempt to reach some semblance of equality in the financial aftermath of divorce.

What did this mean for Ms Wyatt? She cared for their son from 1985-2001 and she had the care of the daughter from a different relationship (but arguably a child of the family) from 1984-1994, and possibly afterwards since the daughter has health difficulties. During long periods there was no financial contribution of any significance from Mr Vince – no regular payments or contribution of care to relieve Ms Wyatt of responsibility or enable her to improve her employment prospects. In addition, Ms Wyatt asserts that during these periods she has lived in relative poverty whilst attempting to provide care to the children. The courts recognised that Mr Vince was unable to make much, if any, financial contributi-

²⁵ Arguably, a child of the family with Ms Wyatt and Mr Vince, and therefore considered to be part of the responsibilities of both the parties to this case.

²⁶ Matrimonial Causes Act 1973.

²⁷ S 25 (2) (f) Matrimonial Causes Act, 1973.

on²⁸ during this period. That alone does not mean that Mr Vince should not now make a contribution, particularly as he is now wealthy.²⁹ Whilst the courts do not encourage applications long after the event, justice may require an award.

CONCLUSION

This case was, in one sense, only ever about whether Ms Wyatt could make an application at all, having lost in an earlier hearing and relying on an expensive appeal to the Supreme Court (and whether she could make an application for an amount to help pay for the legal costs to enable her to bring the case at all). That was what the UKSC had to decide. They were not deciding what the amount of maintenance or lump sum could be, and this paper has not gone into detail nor examined the costs allowance order very much.³⁰ The UKSC decided to refer Ms Wyatt's application, despite Mr Vince's objections and argument, to a Financial Dispute Resolution before a judge of the Family Division. Decisions will be made regarding time limits for application and argument, resolution of issues for investigation and examination of both parties. Delay by Ms Wyatt may be examined, as will be the disagreements over disparate views (and frequently conflicting accounts) of the differences between the parties in the care of the children of the family. The questions remain – is the delay so long as to remove any financial claim at all, or merely to reduce the amount awarded? In the light of the difficulties of establishing what was agreed because the court file was lost, it may be that there is no prospect of success in receiving any money at all – but the general view of the UKSC was that there WAS a prospect of 'modest success', perhaps an order of a sum to allow for some element of comfort in housing for the claimant and her dependents. The case has received much media attention, some of it for reasons of misinterpretation of the provisions (as one might expect, and possibly deliberately – it's a good story, after all) focusing on the merits of claims from economically weaker parties of parties (usually men?) who have made money, sometimes having left partners with children of the family to care for – the old gender divide.

²⁸ Magistrates Court decisions in 1992 and the Child Support Agency in 1997.

²⁹ *Pearce v Pearce* (1980) 1 FLR 261 illustrates this point. The husband inherited a house and a lump sum after separation from his wife, and being a bankrupt. The wife had been reliant on her own earnings and welfare benefit payments.

³⁰ Section 22 ZA Matrimonial Causes Act, 1973 by the amendment made under section 49(2) of the Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012 making a free-standing jurisdiction rather than as part of a maintenance pending suit or capital sum payment. Such an order can only be made if the court thinks there is no chance of the party in receipt of it being able to obtain appropriate legal advice and services without it.

We await the hearing in the Family Division. The questions remain – how late is too late? The larger questions are those of responsibilities in care and financing of family life, how we measure ‘contribution’, and whether it is ever too late to ‘rebalance’ the weight of familial responsibility.

Dr PENNY BOOTH,
profesor Porodičnog prava, Univerzitet,
Velika Britanija

FINANSIJSKI ZAHTEVI POSLE RAZVODA: KADA JE SUVIŠE KASNO

Rezime

Kada brak prestane, očekuje se da će supružnici koji više nisu u braku podeliti imovinu i novac. Zakonske odredbe u svim sistemima imaju takve odredbe. Preme engleskom pravu prvo dolazi razvod, ali obično on neće biti konačan dok finansijski aranžmani (koji se odnose na nagodbu) ne budu prihvatljivi za sud, a nagodba o deci najbolja koja je bila moguća u datim okolnostima. Nijedan od njih ne mora biti savršen. Nekad nije moguće podeliti novac i imovinu tačno onako kako bi svaki od njih želeo, a nekad pojedinci mogu osećati da nisu dobili pravičan udeo, i mogu nastaviti ostatak života verujući da nisu dobili poštenu raspodelu porodične imovine i novca.

Prema engleskom pravu postoje očigledna pravna i praktična ograničenja finansijske deobe u tim okolnostima na koje mogu uticati ne samo iznos imovine i novca koji je raspoloživ u toj porodici. Broj dece koju treba obezbediti iz porodične imovine varira od slučaja do slučaja, tako da je svaka situacija i svaki slučaj različit. Englesko pravo nastoji da uzme to u obzir. Važno pitanje, na koje je fokusiran ovaj rad, je koliko dugo posle brakorazvodne nagodbe bivši supružnici mogu da zahtevaju više novca. Nedavni slučaj pred Vrhovnim sudom Ujedinjenog kraljevstva (Vince protiv Vajat ili samo slučaj Vajat)³¹ je izazvao neke pretpostavke o tome kada i kako takvi izazovi mogu biti učinjeni, i doprineo da razmotrimo, iako samo u ovom jednom slučaju, kada bi bilo prikladno staviti tačku na mogućnost vraćanja na ono što mi u Engleskoj zovemo “drugi put zagristi visnju”³².

³¹ Wyatt v Vince [2015] UKSC 14

³² Ovo je neobična fraza – ona znači da lice može ponovo pokušati da dobije nešto što oseća da nije dobila prvi put kada je pokušala to da dobije.

PAULA NUNES CORREIA

THE CHI OF CHINESE TRADITIONAL MARRIAGE

– Past and Present in Macao –

I. Introduction

As suggested by the title, this paper is about the fundamentals of Chinese matrimonial rituals, what they meant in the past and how they have survived, or not, until the present day. The interaction between such practices and Macao legal order, in other words, the dialog between *Li* and *Fa* is on the menu as well.

My analysis is restricted to Macao as the territory bears various and significant singularities: in spite of its return to China by the end of 1999, Macao, just like Hong Kong by the way, is a Special Administrative Region (SAR) of People's Republic of China (PRC). According to the Chinese Constitutional principle of "One Country, Two Systems" (article 31 of the Constitution of the PRC), the socialist system and policies will not be practiced in Macao, and the previous capitalist system and way of life shall remain unchanged for 50 years (article 5 of Macao Basic Law). Moreover, being a Special Administrative Region it is authorized, by the National People's Congress, to exercise a high degree of autonomy and enjoy executive, legislative and independent judicial power, including that of final adjudication, in accordance with the provisions of the Basic Law (article 2 of Macao Basic Law). Therefore, apart from other fundamental dissimilarities, Macao society is governed by a Civil Law System inherited from the former Portuguese Administration, although adapted to the local specificities¹.

Paula Nunes Correia, LL.D., Assistant Professor, Faculty of Law University of Macau.

¹ For further detailed information: Albert Chan, "The concept of 'one country, two systems' and its application to Hong Kong", in *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Ma-*

II. Chinese Traditional Matrimony

Traditionally, in accordance with the classical *Li Ki* or Book of Rites, Chinese matrimony comprises six stages, as follows: *Na Cai* or marriage proposal; *Wen Ming* or inquiry on the bride's identification; *Na Ji* or favorable divination practices; *Na Zheng* or acceptance of the bridal gifts by the bride's family; *Qing Qi* or reserving the wedding day; and *Qin Ying* or fetching the bride by the groom, taking her from her parents' house to her parents-in-law's new home².

Among the above mentioned practices, we may distinguish three phases which have been identified as fundamental: the intermediation of the matchmaker, the parents' approval and the exchange of wedding gifts.

1. The heart of Chinese Traditional marriage

Matchmaker's intermediation and parents' approval

Traditionally Chinese marriages were arranged between families and necessarily intermediated by matchmakers. Actually, marriage procedure was long and complex. It initiated with a marriage proposal in view of the matching (*Na Cai*) which was done, not by free choice, but according to the parents' will. Tradition demanded that marriage was done "by parents' order and the matchmaker's word". As a matter of fact, the matchmaker's intermediation³ was vital: he or she would deliver the marriage proposal from the parents of the groom-to-be to the parents of the selected bride, and this accompanied by wedding offers as a testi-

cau, ano VI, n° 13, 2002, pages 121 to 139; Francisco Gonçalves Pereira, "O processo negocial da Declaração Conjunta – Uma abordagem preliminar", in *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Macau*, ano V, n° 11, 2001, pages 63 to 88; Francisco Gonçalves Pereira, "A Constituição Chinesa, a Lei Básica, a autonomia de Macau", in *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Macau*, ano V, n° 11, 2001, pages 175 to 183; Jeong Van Chong, "A Lei Básica da RAEM e a concretização do princípio 'um país, dois sistemas'", in *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Macau*, ano V, n° 12, 2001, pages 95 to 107; Liu Gaolong, "The Legal Status of Macau Special Administrative Region", in *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Macau*, ano V, n° 11, 2001, pages 97 to 105; Liu Gaolong, "Definição do regime 'um país, dois sistemas' na Lei Básica de Macau", in *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Macau*, ano VI, n° 13, 2002, pages 141 to 155; Paulo Cardinal, "A questão da continuidade dos instrumentos de Direito Internacional aplicáveis a Macau", in *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Macau*, ano V, n° 11, 2001, pages 93 to 96; Pedro Ferreira, "Os limites de Macau no contexto da Região Administrativa Especial da República Popular da China após 1999", in *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Macau*, ano V, n° 12, 2001, pages 109 to 119.

² For more detailed information, among others, Paula Nunes Correia, "Traditional Chinese Matrimony in Macao", in *Pravni Život – Legal Life, Journal for Legal Theory and Practice of The Jurists Association of Serbia*, 9/2012, Tome I, Book 555, Belgrade, Serbia 2012 (pages 1005 to 1017).

³ Or matchmakers, as sometimes two of them were required, mainly when the matchmaker was not acquainted to both families.

mony of their good intentions. In Chinese language, the word “matchmaker” means to put two or more parts together. Although many stories and folk songs tell us about greedy and dishonest go-betweens, the truth is that their role was fundamental.

The matchmaker seems to have first irrupted in the early times of the Zhou Dynasty (1045-256 BC). Initially, he/she was just an intermediary between the families, who gave the required support in fulfilling the various matrimonial conditions within the complex matrimonial procedure. Later on and gradually, the matchmaker also took the initiative in matching. Finally, the marriage according to the matchmaker’s words became a requirement for a legitimate matrimony.

In ancient China, there were two types of matchmakers: private and official⁴. Among the latter, we could still distinguish those who, normally high officials, intervened in imperial marriages, from those professionals in charge of the matching and marriage management as well as of the execution of the traditional matrimonial system, namely acting as registrars. Therefore, official matchmakers became a fundamental element within the administrative bureaucratic system.

During the Zhou Dynasty, the matchmaker’s functions were already well defined:

- Other than the marriage registration, he/she was also in charge of the births’ registration (normally done by the third month after the birth and duly celebrated).

- The matchmaker decided the marriage between men and women above a certain age (30 and 20 years old, respectively), and promoted the matching between those who had attained the minimum required age to get married or had widowed.

- The matchmaker, just like the judge nowadays, was in charge of solving matrimonial conflicts, punishing those who did not behave in accordance with the relevant rules.

- The matchmaker should also supervise the amount of the bridal or betrothal gifts. Wedding costs had become a concern for the government who, accordingly, determined a maximum limit for such expenditure.

- Finally, the matchmaker should prevent the celebration of posthumous marriages, also known as ghost marriages, a very ancient and widespread practice, although against the ethics and traditional matrimonial rules.

Who were the matchmakers? The emperors themselves acted as go-betweens. Relatives and friends of the concerned families were, normally, at the top of the list. Women servants followed, as they freely circulated inside the house and

⁴ The former preceded the latter.

outside. Buddhist and Taoist nuns who performed divinatory practices at the temples also acted as matchmakers. Teachers often acted as intermediaries. The teachers' prestige within the Chinese culture is a well-known fact. Not surprisingly, marriages intermediated by such matchmakers normally had a high success rate. Public officers, such as judges and local leaders, acted as matchmakers as well. Finally, local businessmen, thanks to their eloquence and knowledge of their customers, also promoted and intermediated many marriages.

Until the Tang Dynasty (AD 618-907), the matchmaker's intermediation was a simple custom, although based on a long social practice. From then on, the matchmaker's authority was confirmed by the law, therefore became a legal rule. The laws in the Song, Yuan, Ming and Qing Dynasties (AD 960-1912) kept it that way: there was no legitimate marriage without the matchmaker's intervention.

Matchmakers formed an important social group who did have a determining influence over the Chinese society.

*Patrimonial transferences between families*⁵

One of the most important phases in marriage procedure consisted in sending the betrothal gifts to the bride's family. If the gifts were accepted, the engagement was formalized (*Na Zeng*). The contents of the so-called "bride-price" varied throughout time: bridal cakes, coconuts, tea, a pair of virtuous poultry, normally geese, betel, tobacco, jewelry, gold, jade, silk fabrics and so on. The presents would be sent in pairs. The significance of tea among these gifts was so special that they were generally known as *chali*⁶. Money would also be part of it. The value of the betrothal gifts would reflect the social status of the groom's family.

Once the *chali* was accepted, the bride's family could not go back, engagement was binding. The betrothal gifts also intended to compensate the bride's family for the loss of their daughter. As a matter of fact, on the wedding day the bride would move to the residence of the groom's family being solely attached to her new family from then on.

One or two days after the betrothal offering performance, there was another grand ceremony, that of the delivery of the dowry. The dowry, which was delivered to the groom's family, included all kinds of utensils useful to the bride and, just like the betrothal gifts, would give the bride's family the chance to publicize its social position, wealth, as well as their concern for their daughter.

⁵ *Apud* Paula Nunes Correia, *op. cit.*, p. 1010-1011.

⁶ As tea in Chinese is pronounced *cha*.

Therefore, the engagement implied important patrimonial transfers from both parties. This step of the procedure was also complemented by a covenant⁷ on the receipt of the betrothal gifts. Likewise, all items part of the dowry were listed in an inventory which was also sent to the groom's family for checking their receipt.

What if marriage engagement was broken? To begin with, such act would be severely socially condemned. Moreover, punishment by local authorities might also occur. However, there were various reasons for breaking the promise, as follows: economic interests, in case a richer or better family crossed by in the meantime; political and social interests, as social disqualification might occur, for instance imprisonment; time and economic interests once again, in case the engagement took place at a very early stage when the bride and groom were still very young. In general, I would say that social and economic conditions of the families involved might change in the meantime which would lead to the rupture of the commitment.

In principle, if the engagement was broken by the bride's family, the betrothal gifts ought to be sent back to the groom's family. Otherwise, if the breaking was from the groom's family side, the bride's family could keep the betrothal gifts. Such consequences were, of course, important reasons for giving up breaking the engagement.

The fundamentals of traditional Chinese matrimony in contemporaneity

With regard to this part of my study, the relevant data has been collected from interviews (53), based on a questionnaire (35 questions), which have been conducted by me and my research assistants, throughout the period of ten months (from February to December 2013). The majority of the interviewees (77,36 %) were Macao residents. A link (actual or past) with marriage and Chinese Culture were pre-requisites for the interview: The participants were either married (92,45 %) or divorced and either formed a pure Chinese couple or a mixed couple connected with Chinese culture.

To begin with, the percentage of couples getting married (also) in accordance with the Chinese usages and customs⁸ is considerable. Actually, an important number of the participants (to be accurate, 58,49 % of our interviewees) mentioned (or considered) having celebrated marriage (also) according to the Chinese

⁷ Just like the marriage proposal (*Na Cai*), by the way.

⁸ To be more precise, I should talk about couples getting married in accordance with the Chinese usages and customs which have survived until nowadays and somewhat adapted to modernity, as it shall be soon explained.

usages and customs (against 41,5 % who have chosen a different type of celebration). Interestingly, among those who have (also) celebrated a Catholic marriage (22,64 % of the cases)⁹, half of them (11,32 %) have combined both celebrations, that is, marriage in accordance with the Chinese usages and customs and Catholic marriage.

This being said, within the Macanese matrimonial system framework, the number of participants who have chosen to celebrate their marriage exclusively in accordance to the civil law corresponds to 30,18%. Therefore, the celebration according to the Chinese usages and customs comes first, followed by the celebration exclusively in accordance to the civil law. Catholic marriage comes at last (although still significant, representing almost $\frac{1}{4}$ of the marriages celebrated by the participants). With reference to this subject, I shall make a brief introduction to its legal framework, as follows.

Before December 20, 1999¹⁰, there were two models for matrimony in Macao: civil and catholic marriage. The matrimonial system in force was, at the time, an optional civil marriage system, according to which the fiancés can freely choose between civil and religious matrimony, both producing civil juridical effects. Besides, both civil and catholic marriages were admitted as two different models: one ruled by civil law and the other ruled by canonic law (one possible category within the optional civil marriage system).

In addition, marriages that had been celebrated in Macao, following the Chinese usages and customs and until May 1, 1987¹¹, in the terms of the law then in force¹², could have been registered at the civil registry office, if authorized by

⁹ People from Macao tend to be (about 5,5 times) more religious than the ones from the Mainland. Actually, among the 15 interviewed who were born in Macau, only 2 declared to have no religious faith, against 22 out of the 29 interviewed from Mainland China. Moreover, the connection between Catholics and Macau seems significant: 73,33 % of the Catholics we have interviewed were from Macau; the same percentage of the people born in Macau whom we have interviewed were Catholic.

¹⁰ As previously mentioned, Macao is a Civil Law Region. The new Civil Code of Macao came into force in November 1, 1999 (article 1 of the Decree-Law 48/99/M, September 27), but a transitory norm of the Decree-Law 39/99/M, August 3, which approved the Civil Code provides that catholic marriages celebrated until December 19, 1999 are recognized by the law in what concerns their validity and efficacy. To be noted that the handover of Macao, from Portugal to PRC, took place on the following day.

¹¹ Until the moment the previous Code of Civil Registry, approved by the Decree-Law 14/87/M, March 16, came into force.

¹² In the past, marriage in accordance with the traditional Chinese usages and customs was admitted in the terms provided by the *Código dos Usos e Costumes dos Chinas em Macau* (Code of Usages and Customs of the Chinese in Macao), approved by Decree of June 17, 1909, in force until 1948. The prior Code of Civil Registry approved in 1987 allowed the registration (until Octo-

the registrar, until November 1, 2000¹³. Nonetheless, this delay has in fact been extended up until presently, as it has also been provided that such delay may be prolonged by dispatch from the Director of the Justice's Office¹⁴. This fact made the matrimonial system in force at a certain stage a *sui generis* optional civil marriage system, in the terms of our prior description, or a multi optional civil marriage system.

However, the existing system did not seem to be an adequate answer to Macao people needs according to the lawmaker. Actually, in spite of the particular significance and relevance of the Catholic Church in Macao, the Catholics did not represent a high percentage of its population, on the contrary. Furthermore, there was also a demand for respect towards the various existing religions practiced in the territory, which claimed for equal treatment too. Thus, at present¹⁵ Macao matrimonial system may be classified as a mandatory civil marriage system, in which only civil marriage is admitted. Nevertheless, once religious and cultural activity freedom is recognized in a territory where such system is adopted, this doesn't prevent the couple engaged from marrying according to their own religion and traditional rites, provided that only civil matrimonies produce juridical effects. Presently, as I have just said, there is only one model of marriage in Macao, the one celebrated and regulated in the terms of the civil law [article 1490 of the Civil Code of Macao (CCM) and article 106 and subsequent of the Code of Civil Registry]¹⁶. We now have an obligatory civil model for matrimony. Yet, the law still foresees the possibility for marriages being celebrated in the future not

ber 31, 1999) of matrimonies celebrated until May 1, 1987, in accordance with the Chinese usages and customs and the laws in force, that is, the Code of Civil Registry approved in 1987 (Decree-Law 14/87/M), the Law 11/82/M, August 7, and the precedent Code of Civil Registry approved in 1983 (Decree-Law 61/83/M, December 30).

¹³ Article 5, paragraph 1 of the Decree-Law 59/99/M, October 18, which approved the Code of Civil Registry of Macao.

¹⁴ Article 5, paragraph 2 of the Decree-Law 59/99/M. Provided that the matrimony in accordance with the Chinese usages and customs was celebrated until May 1, 1987, of course. Actually, such matrimonies are still being recognized by official dispatch, once no special law has yet been adopted (*infra*). Refer to Sou Kin Fong, "*Casamento segundo os usos e costumes chineses*", in *Contribuições Jurídicas sobre a União de Facto e Direitos sobre a Terra em Macau e Moçambique*, Universidade de Macau, 2011, p. 43.

¹⁵ Starting from December 20, 1999.

¹⁶ In spite of that, marriage may be celebrated either by a civil officer (the registrar), or (provisionally) by a catholic priest, strictly according to the civil law rules (as provided by the Decree-Law 102/99/M, December 13). Moreover, note that marriage between two foreigners can be celebrated in Macao in the presence of the respective consular agents, in the terms provided by the national law of any of the parties (article 130 of the Code of Civil Registry).

only in the presence of the registrars, but also in the presence of religious priests in terms of a special law (article 121 of the Code of Civil Registry), as long as they match the requirements for a valid matrimony according to the civil law. If this ever happens, the system will then change to an optional civil marriage system. I precisely mean “change”, and not “go back” to an optional civil marriage system, as in such case civil and spiritual marriage will simply be two different ways¹⁷ of celebrating marriage, with a common regime and civil juridical effects (another possible category of this system)¹⁸.

Going back to the essentials of matrimonial rituals in contemporaneity, arranged marriages, in accordance with the ancient Chinese usages and customs, are not practiced anymore, although we may not talk of a totally eradicated practice yet¹⁹. In spite of the fact that arranged marriages are an exception nowadays, parents’ approval still is rather common (46,15% of positive answers), which is explained by some of the participants as a matter of respect towards the parents according to tradition. To be noted however that, among the negative answers, in 60,71% of the situations the interviewees clarified that the parents had been informed or consulted about their marriage, although this was not seen as a consent or approval, which may be interpreted as a reinforcement of the importance, if not of the parents’ approval, at least of the parents’ opinion on their children’s marriage (registered in general in 78,84% of the cases). Moreover, the eventual disapproval still has significant effects: either affecting marriage directly, that is, affecting the couple’s decision about getting married (27,45% of the situations), or indirectly, such as postponing the wedding until an agreement is attained among all parties (41,17% of the cases). This being said, the parents’ opinion on the chosen spouse-to-be still has a significant impact on their children’s marriage: family harmony seems to be a main value most of the time (for about 70% of our participants).

The employment of a matchmaker, in its traditional sense, was a fact in 14,28% of the registered situations. Apart from one reported case of an arranged marriage which also counted with the intermediation of a matchmaker²⁰, this also happened in a few other situations of non-arranged marriages, in which a matchmaker has been employed either to introduce the couple, or to give support and advice about the “bride-price”. Therefore, although considerably weakened, the matchmaker’s traditional role in marriage is not yet to be ignored.

¹⁷ And not two different models, as above mentioned, as it used to be before December 20, 1999.

¹⁸ *Apud* Paula Nunes Correia, *op. cit.*, p. 1006-1008.

¹⁹ *Vide infra*.

²⁰ *Vide infra*.

Patrimonial transference practices between the families, one of the essential matrimonial rites to be observed in the past, known as *Na Zheng*, is still practiced presently most of the time, even if just in a symbolic way: actually, among our interviewees, we have registered such practices in 81,13% of the situations. More specifically, patrimonial transfereces occurred bilaterally in 67,92% of the cases, and unilaterally, although almost proportionally in both directions, in 13,2 % of the situations. The payment of the “bride-price”²¹ is normally done by the groom, or by the groom’s family, to the bride’s parents. Money (the traditional red pockets, or *lai-si*, with cash inside), even if just a symbolic amount, is certainly part of the wedding gift, or the offering itself. With regard to the value of the “bride-price”, we have registered a considerable variation in the amount (from 10.000,00 MOP to 100.000,00 RMB)²². Likewise, the bride also takes her dowry into the wedding which is paid by her family. The phenomenon known as indirect dowry was also detected: according to one of our participants, “my family gave money to her family and then her family offered gold to my wife”; “The money I gave to my mother-in-law was also used to buy gold for her daughter”, stated another. Gold and jewels are common elements of the dowry. Nonetheless, sometimes these patrimonial transfereces have a different expression: “My parents offered a house and my wife’s family offered a car, like most Chinese families do”, specified one of our participants.

Finally, although uncommon²³, we did come across two cases in which the various Chinese matrimonial traditional rites were practically all observed.

In one of those situations, the participant openly declared to have had an arranged marriage between families, intermediated by a matchmaker²⁴. A fortune teller was consulted about her marriage plans. Her family accepted betrothal gifts

²¹ Understandably, this expression is not normally welcome by the people involved. Some of the participants have clearly expressed such concern: “red pocket, around 10.000,00 *patacas*, and symbolic things according to the tradition list, such as cakes and coconuts, as to fulfil the tradition means to pay respect to the bride”, said one; “My mother-in-law was not selling her daughter. My mother-in-law did not ask for anything, I offered her the *lai-si* to thank her for having given permission for her daughter’s wedding. My mother-in-law received it freely and joyously”, declared another; “Actually this is a tradition for our Chinese marriages. It’s natural for the bride to receive some presents from the groom’s family. The bride was raised by her parents for so many years... Yes, I also received some fortune from my husband’s family”, stated another; “Nobody is selling anyone”, concluded another.

²² Another source which I have consulted describes the amount equivalent to 2 to 5 times the monthly salary. Please refer to survey conducted by www.sina.com.

²³ We found two cases in 53, therefore I admit that the situation might correspond to not more than 3% to 4% of the population.

²⁴ Just as her children’s marriage, by the way.

from the groom's family, although just symbolic offerings, according to her. Differently, her family contributed a valuable dowry for her marriage. The wedding date was especially chosen to fall on an auspicious day. On the wedding day, the groom went to the bride's parents' house to fetch her. Homage was paid to the ancestors on the wedding day. The wedding was celebrated with a banquet. After the wedding, the bride returned to her parents' house, on the 3rd day, for a visit. With regard to the model of marriage followed and the couple's property arrangement, she said to have celebrated marriage in accordance to the Chinese usages and costumes and to have chosen the general partnership assets regime. After marriage, for once against tradition, the couple went to live in a house of their own and on their own. Financial support was never received from her parents or in-laws. Otherwise, she and her (ex)husband give support to her parents and in-laws. Overall and accordingly, her attitude was also rather conservative with regard to various issues, such as moral impediments to divorce, legitimacy to divorce, widow's remarriage, men taking concubines, and so on. To be noted that our interviewee got divorced in the meantime, although just formally²⁵, in order to allow her husband to marry his concubine (a Macao non-resident at that time), so that they could then form a family of one man and two wives, as she bluntly put it.

Apart from the above mentioned occurrences, we have also registered a variety of manifestations of other long-established matrimonial customs, understandably adapted to the modern times, such as the following: the practice of the *Na Ji*, even when the consultation online of related websites replaces the direct contact with the fortune teller, is generally observed as people still want to know whether the spouse-to-be is the right choice, but most of all they want to select an auspicious day for their wedding (*Qing Qi*); the *Qin Ying* is also commonly observed, although a hotel room might well replace the bride parents' home from where she will be fetched by the groom; homage to the ancestors is normally paid by the newlyweds on the wedding day; most of the time people do celebrate their wedding with a banquet; the practice known as *Gui Ning* is still quite popular, as the return of the bride to her parent's house for a visit after the wedding continues to be cherished.

In addition, the information received from the interviews enabled me to better apprehend the general attitude of the participants towards some relevant related issues, such as the following: there is no prejudice against divorce and remarriage, although some moral concerns still weight moderately when it comes

²⁵ Actually, our interviewee is against divorce. Accordingly, she does not consider herself divorced, in the real sense, just legally or formally divorced, as she stressed it, in order to attain an illegal goal, as I point it out.

to decide on breaking up marriage; people tend to condemn infidelity, therefore the traditional practice of *concubinage*²⁶; once again, family unity and solidarity is above all cherished, which also reflects people's preference for partnership assets regimes²⁷; family solidarity may still be observed by means of the financial support regularly given to the parents, regarded as a natural obligation issued from the respect due to the elderly, as well as through the assistance and cooperation granted by the parents to their children and grand-children.

This being said, I'm inclined to believe that Macao people do continue to value their traditions. In spite of the inevitable progress, I consider that the spirit of the matrimonial usages and customs' essence is still present: people might not have arranged marriages anymore, but they still respect their parents' opinions and in case of disagreement, family harmony normally prevails. Besides, even just symbolically, patrimonial transferences between families continue to be practiced. But most of all, traditional values remain almost untouched. Family unity and solidarity, filial piety (in particular) and respect for the elderly (in general) definitely remain guiding principles. Such attitudes do have impact in society. This is how Macao people feel and live. Therefore, in my opinion, the legislator cannot ignore such environment, as it is advisable to know how things are, before determining how they ought to be. Actually, if social harmony, in general, and fa-

²⁶ And yet, such practice seems to be very much alive, as I could learn from the testimony of many of the participants.

²⁷ With regard to this matter, I shall briefly explain the following: before the implementation of the new legal reform (that is, until November 1, 1999), the supplementary legal assets regime applicable in Macao was the communion of acquests, having changed to the participation in acquests from then on [for further detailed information, Paula Nunes Correia, "New Family Law issues in Macao's return to Chinese Sovereignty" (original shortened version), in *Family Law: Balancing Interests and Pursuing Priorities*, edited by Lynn D. Wardle & Camille S. Williams, published by William S. Hein & Co. of Buffalo, New York, USA, 2007, p. 44-45; "New Family Law issues in Macao's return to Chinese Sovereignty" (original full version), in *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Macau*, Macau – R.P. China, year XI, N° 23, 1st semester 2007, p. 276-279.]. This being said, there has been a significant evolution in which I would distinguish two periods: the first one from the end of 1999 until 2007, the second from 2008 until the present day. During the first phase, people seemed to accept the modification, although the average rate of people getting married by that time without celebrating a pre-nuptial matrimonial convention (around 45,5 %) never came close to the rates previously attained by the former supplementary regime. However, in 2008 and onwards things seem to have radically changed. Actually, for the past 7 years, people give clear preference to the partnership regimes, electing in the first place the general communion, immediately followed by the communion of acquests (although in 2013 the communion of acquests gained the leadership, just like before the reform), separation regime is their third choice, being the supplementary assets regime placed in the last position. As far as I am concerned, the observed facts demand to be well evaluated and analyzed. An eventual revision on the legal assets regime applicable in Macao might follow accordingly.

mily union, in particular, are to be preserved, the disconnection between law and society is to be avoided.

I. Law versus Tradition?

Law versus tradition, or rather complemented by tradition? I would definitely choose the second option. By this I do not mean that law should surrender to tradition, that *Fa* should be overcome by *Li*, not at all. Law prevails over usages and customs, but at the same time it should not turn its back on them. Actually, Macao people are generally conservative. Therefore, I estimate that, namely at the lawmaking level, such fact ought to be generally taken into consideration: perhaps recommending revising some of the laws in force, or paying closer attention to such attitude when it comes to adopt new rules and regulations in the future.

In view of the expected harmonization between law and reality, and apart from other relevant data collected from my research which may advise the reformation of the present regulation on particular issues²⁸, why not legislate on the models of marriage, as already foreseen by the lawmaker? I recall that the Code of Civil Registry (article 121) provides that, in the future, marriages may be celebrated not only in the presence of the registrars, but also in the presence of religious priests, in terms of special legislation, as long as they match the requirements for a valid matrimony according to the civil law²⁹. As far as I am concerned, taking into account the related information previously specified, this possibility could also be open to the celebration according to the Chinese usages and customs, in terms yet to be considered and defined of course.

Dr PAULA NUNES CORREIA

Docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Makau

ČI KINESKOG TRADICIONALNOG BRAKA:

Prošlost i sadašnjost u Makau

Rezime

Tradicionalno, u skladu sa klasičnim Li Ki ili Knjigom obreda, kineski brak obuhvata šest sledećih faza: Na Cai ili bračni predlog; Wen Ming ili raspitivanje o identitetu mlade; Na Ji ili priori-

²⁸ Namely the reform of the supplementary legal assets regime in force. Please refer to previous endnote. For further detailed information, Paula Nunes Correia, "*Regime Matrimonial de Bens: Uma Reformulação no Desenvolvimento de Macau?*" (undergoing publication).

²⁹ *Vide supra.*

canje povoljne prakse, Na Zeng ili prihvatanje svadbenih poklona od strane mladine porodice; Qing Qi ili rezervisanje dana venčanja i Qin Ying ili odvođenje mlade od strane mladoženje iz kuće njenih roditelja i odvođenje u novi dom svekra i svekrve.

Nakon utvrđivanja suštine bračnih običaja i prakse u tri glavna aspekta: 1) odobrenje braka od strane vereničinih roditelja 2) posredovanje provodadžije i 3) razmena svadbenih pokona, autor se bavi proučavanjem pitanja da li i na koji način oni danas i dalje postoje i kako se pravni sistem Makaoa bavi time i da li treba međusobno da se prozimaju.

Autor se zatim bavi pitanjem interakcije između različitih izvor prava i eventualne relevantnosti i stvarnog značaja nezvaničnih izvora prava.

Najzad, analiza je ograničena samo na pravni sistem Makaoa uglavnom zbog činjenice da se pravni poredak Makaoa i Kine razlikuje jedan od drugog, u skladu sa kineskim ustavnim principom "Jedna zemlja, dva sistema."

POJAM DISKRIMINACIJE I UPOREDNO-PРАВNI PRISTUP

U V O D

Da bismo razumeli materiju zabrane diskriminacije i antidiskriminaciog prava moramo najpre da razjasnimo i definišemo sam pojam diskriminacije. Naime, postavlja se pitanje kakvo ponašanje se smatra diskriminacijom i na koji način i kojim pravnim sredstvima se boriti protiv nje, ali i zaštititi ukoliko do nje dođe. Da bismo došli do valjanog odgovora na pitanje definicije i sadržine pojma diskriminacije možemo koristiti kako teorijsku građu, tako i pozitivno pravno određenje ovog pojma. Prethodno bi bilo poželjno odrediti etimološko značenje reči diskriminacija. Reč diskriminacija potiče od latinske reči *discriminare* koja znači odvajati odnosno praviti razliku, avremenom dobija negativan kontekst pa se koristi za označavanje nedozvoljenog razlikovanja¹. Diskriminacija u suštini predstavlja nejednako postupanje prema jednakima odnosno jednako postupanje prema nejednakima². Čin diskriminacije jeste kada se postupa nejednako

Melanija Jančić, asistent Fakulteta za pravne i političke studije, Novi Sad.

¹ Postoji mnoštvo različitih termina kojima se diskriminacija označava, kao na primer nejednak tretman, neopravdano razlikovanje, pravljenje razlike s obzirom na lična svojstva, kršenje načela jednakosti, nejednako postupanje, nepovoljan tretman, obespravljivanje, stavljanje u gori ili nepovoljniji položaj, neopravdano privilegovanje, povlašćivanje, stavljanje u bolji položaj i slično, Gajin, Saša: *Pojam, oblici i slučajevi diskriminacije*, u Antidiskriminacioni zakoni – vodič, Centar za unarpeđivanje pravnih studija, Beograd, 2010, str. 9.

² Petrušić, Nevena i Beker, Kosana: *Praktikum za zaštitu od diskriminacije*, Beograd, 2012, str. 16.

odnosno nepovoljnije prema licu ili grupi lica koja se nalaze u istoj ili sličnoj situaciji sa drugim licima zbog nekog njihovog ličnog svojstva, ali isto i kada prema tim licima postupa istovetno i jednako kao i prema drugima, iako se oni u odnosu na druge opet zbog nekog ličnog svojstva nalaze u različitoj poziciji, a takvo postupanje pak proizvodi nepovoljnije posledice zbog tog ličnog svojstva koje se nije uzelo u obzir³. Lično svojstvo kao osnov diskriminacije može biti stvarno ili pretpostavljeno⁴.

Diskriminacija predstavlja jednu veoma složenu pravnu pojavu, pogotovo ako imamo u vidu da nije svako pravljenje razlike među pojedincima s obzirom na njihova lična svojstva zabranjeno, s obzirom da postoje određene situacije kada je ona opravdana⁵, pa čak i legalna te stoga ne predstavljaju osnov za pokretanje sudskog postupka zarad ostvarivanja pravne zaštite. Dakle, diskriminacija u pravnom smislu predstavlja nepravedno i nejednako postupanje prema pojedincu ili grupi, a koje se zasniva na nekom ličnom svojstvu. Prema jednoj od definicija, diskriminacija predstavlja tretiranje ili razmatranje o pravljenju razlike u korist ili protiv lica ili stvari na osnovu grupe, klase ili kategorije kojoj to lice ili stvar pripada, a na osnovu individualnih zasluga⁶.

Međutim, ne predstavljaju sve vrste diskriminacije kršenje zakona i pravnih propisa kojima se zabranjuje diskriminacija, a upravo se u tome razlikuje pojam diskriminacije kao pojava od pravnog pojma i značenja diskriminacije. Za sam čin diskriminacije pitanje namere nije pravno relevantno, jer određeno ponašanje se kvalifikuje kao diskriminatorno čak i kada onaj koji je diskriminaciju izvršio (diskriminator) nije imao nameru da takvo ponašanje ispolji ili kada ono nije ni bilo njegov cilj⁷. Diskriminaciju karakteriše jednodimenzionalnost u smislu da onaj koji vrši diskriminaciju odnosno diskriminator posmatra lice koje diskriminiše odnosno diskriminisanog samo u jednom segmentu i svodi čoveka na samo jednu dimenziju i na samo jedno lično svojstvo kao suštinsko i najvažnije⁸. Pričinu diskriminacije, jedno lice se svodi i ograničava na samo jedno ekstrahovano, izdvojeno svojstvo koje se izuzima od celokupnog bića i pri čemu se u potpunosti

³ Ibidem.

⁴ Stvarno lično svojstvo predstavlja ono koje zaista postoji i koje je deo identiteta određenog lica, pretpostavljeno lično svojstvo je ono koje lice nema ali lice koje vrši diskriminaciju veruje da to lice ima određeno lično svojstvo (ibidem., str. 27).

⁵ Ibidem, str. 16.

⁶ Definicija preuzeta sa internet stranice pravnih definicija i pojmova <http://definitions.uslegal.com/d/discrimination/>, stranici pristupljeno 10. jula 2015. godine.

⁷ Petrušić, Nevena i Beker, Kosana, *op.cit.*, str. 17.

⁸ Vodinić, Vladimir: *Građanskopravna zaštita od diskriminacije*, Heretikus – časopis za preispitivanje prošlosti, Vol. VI, broj 3 – 4, 2008, str. 22.

ignoriše celokupna ličnost čoveka u svim njegovim aspektima⁹. Čoveka treba posmatrati kao celinu i svako svojstvo uzimati u obzir kao skup svih svojstava koji ga čine ako želimo da imamo jasnu i kompletnu sliku o tom licu. Jedno od ključnih obeležja diskriminacije jeste marginalizacija praćena sistematskim obespravljivanjem društvenih grupa ili pojedinaca¹⁰.

Sam pojam diskriminacije možemo da povežemo sa načelom jednakosti, kao njenom suprotnošću. Pravno posmatrano, diskriminacija predstavlja povredu ljudskog prava na jednakost¹¹. Ljudsko je pravo, tvrdi profesor Vodinić, da se ne bude podvrgnut diskriminaciji ni zbog jednog svog ličnog svojstva bez opravdanog i razumnog razloga, a čak i tada da se ne bude diskriminisan neproporcionalno tom razlogu. Zabrana diskriminacije se često izražava kroz načelo jednakosti i ravnopravnosti, tako što se definiše kao povreda načela jednakosti. U naučnoj literaturi u kojoj se autori bave pitanjem načela jednakosti najzastupljenija je podela na formalnu (*formal concept of equality*) i faktičku jednakost (*substantive equality*). Načelo jednakosti se, prema holandskoj autorki Ventholt, obično određuje kao pravo da se slični slučajevi tretiraju podjednako, što se često shvata kao formalna jednakost u kontekstu Aristotelovog shvatanja jednakosti, dok se stvarna, faktička jednakost shvata šire od toga i obuhvata i pravo da se različiti slučajevi tretiraju različito, odnosno nejednak tretman slučajeva zbog njihove inheretne nejednakosti¹². Ona smatra da je pravni koncept načela jednakosti sužen na formalnu komponentu, međutim formalni koncept načela jednakosti ima i svoje nedostatke¹³, s obzirom da su preferencijalni tretmani dozvoljeni, ali ne i obavezni

⁹ Gajin, Saša: *Pojam, oblici i slučajevi diskriminacije*, u Antidiskriminacioni zakoni – vodič, Centar za unarpeđivanje pravnih studija, Beograd, 2010, str. 14.

¹⁰ Petrović, Vladimir: *Povratak u istoriju – proučavanje diskriminacije u srprkoj istoriografiji*, Heretikus, časopis za preispitivanje prošlosti, Vol. VI (2008), broj 3-4, str. 349.

¹¹ Vodinić, Vladimir, *op.cit.*, str. 23.

¹² Ventholt, Klaartje: *Formal and Substantive Equal Treatment: the Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality*, objavljeno u *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law International, Hag, 1999, str. 53.

¹³ I formalni i faktički koncept načela jednakosti ima svoje pozitivne i negativne strane. Irška autorka Kimber u svom radu na temu jednakosti pod nazivom *Equality or Self-determination* navodi koje su to prednosti i mane ova dva koncepta načela jednakosti (Kimber, J.M. Cliona: *Equality or Self-determination*, Understanding Human Rights, London, Mansell Publishing, 1996, str. 268 citirano prema Mjöll Arnardóttir, Oddny: *Equality and Non-discrimination under the European Convention of Human Rights*, Kluwer Law International, Hag, 2003, str. 22). Dakle, pozitivna strana formalnog koncepta se ogleda u efikasnosti i delotvornosti u borbi protiv otvorene i očigledne diskriminacije i uklapa se u politički i pravni okvir većine zapadnih demokratija. Nedostaci ovog koncepta se ogledaju u normativnoj neodređenosti, jer se garantuje doslednost tretmana, ali se ne pridaje značaj samoj sadržini tog tretmana. Zatim, formalni koncept nam ne daje odgovor na pitanje ko je jednak, a ko nije jednak, a koji bi služio u svrhu primene ovog koncepta načela jednakosti. Je-

(npr. poslodavac koji nema politiku afirmativne akcije ne postupa u suprotnosti sa pravnim načelom jednakosti, ali poslodavac koji ima politiku afirmativne akcije postupa u suprotnosti sa ovim načelom ako se ne kreće i ne ostane u granicama zakona). U pravu se za opravdanje za izuzetke od standarda jednakog tretmana zahteva test proporcionalnosti, što znači da sredstva koja se primenjuju da bi se postigao cilj koji je opravdan moraju biti odgovarajuća i neophodna za postizanje tog cilja¹⁴.

Međutim, pomenuta autorka naglašava da sprovođenje i ispitivanje ovog testa nije uvek isto, jer ne postoji jedan i jedini okvir kojeg se razni nacionalni i međunarodni sudovi pridržavaju i na koji se pozivaju prilikom rešavanja i postupanja u slučajevima diskriminacije. Kada se primenjuje preferencijalni tretman, ne uzimaju se u obzir karakteristike pojedinca već karakteristike određene grupe kojoj pripadaju (pripadnici nacionalnih manjina, žene, Romi itd)¹⁵. Venholt objašnjava da kod faktičkog pristupa¹⁶ načelu jednakosti, preferencijalni tretman od-

dan od sledećih nedostataka jeste činjenica da se zahteva poređenje odnosno to da se ceo koncept zapravo oslanja na poređenje, što vodi tome da pripadnici nepriviligovanih grupa mogu samo da zahtevaju jednak tretman kakav privilegovane grupe već imaju i to samo u onom obimu u kojem ih uživaju pripadnici privilegovanih grupa, iako potrebe nepriviligovane grupe mogu biti u potpunosti drugačije. Međutim, prema shvatanju holandske profesorice na predmetu Ljudska prava na Univerzitetu u Lajdenu Ticije Lunen, ovakva situacija podrazumeva da različitosti vode do isključivanja, jer ako se ne može pronaći odgovarajući komparator ili već postojeći tretman po kojem bi se upoređivalo, formalni pristup načelu jednakosti podrazumeva da se stanje socijalno i ekonomsko nepovoljnog položaja čak ni ne kvalifikuje kao pitanje pravne jednakosti (Loenen, Titia: *Rethinking Sex Equality as a Human Right*, Netherlands Quarterly of Human Rights, 12/3, 1994, str. 253, 254 citirano prema Mjöll Arnardóttir, Oddny, *op.cit.*, str. 23). Ovim konceptom se nekritički prihvataju preovlađujuće socijalne i političke strukture (Mjöll Arnardóttir, Oddny, *op.cit.*, str. 23), a poređenje samo po sebi to zahteva tako što čini da je preovlađujuća grupa u društvu mera svih stvari (Kimber, *op. cit.*, str. 269-270). Autorka Kimber smatra da se ne posvećuje pažnja pitanju kako standardi dominantnih grupa u društvu diktiraju tretman priznat licima koja pripadaju drugim grupama.

¹⁴ Venholt, Klaartje, *op. cit.*, str. 53.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Kod koncepta faktičke jednakosti priznaje se da se mora postupati u skladu sa različitošću u cilju postizanja stvarne jednakosti (Mjöll Arnardóttir, Oddny, *op. cit.*, str. 24) i zahteva se da se različitošću bavi na odgovarajući način (Loenen, Titia, *op. cit.*, str. 257). Postavlja se pitanje koji tretman je potreban, a normativna sadržina određuje da je potreban onaj tretman koji vodi stvarnoj jednakosti, tako da se celokupno pitanje približava pitanju jednakosti rezultata kojem se teži (Kimber, *op. cit.*, str. 270-271). Stavljajući fokus na jednakost rezultata otvara mogućnost za prouzrokovanje indirektnih diskriminacija tako što različiti rezultati između grupa, bez obzira na nameru, zahtevaju analizu jednakosti i objektivno opravdanje (Loenen, Titia: *Indirect discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution*, str. 199-201 u Loenen, Titia; Rodrigues R, Peter: *Non-discrimination Law: Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, Hag, 1999, str. 195 citirano prema Mjöll Arnardóttir, Oddny, *op.cit.*, str. 24). Uopšteno govoreći, ovaj pristup potvrđuje potrebu da

nosno afirmativna akcija ne predstavlja izuzetak od diskriminacije, već sastavni deo načela jednakosti i nameće uspostavljanje jednakosti kao krajnji rezultat. Nije svako pravljenje razlike među pojedincima ili nejednako postupanje zasnovano na nekom ličnom svojstvu zabranjeno, a da bi neko ponašanje bilo okarakterisano kao diskriminatorno i zabranjeno ono mora biti neopravdano. Važeći Ustav Srbije ima odredbu koja određuje da se pod diskriminacijom ne smatraju posebne mere koje Republika Srbija može uvesti radi postizanja pune ravnopravnosti lica ili grupe lica koja su suštinski u nejednakom položaju u odnosu na ostale građane (član 21. stav 4). Ovakve mere se uvode kao mere za ispravljanje posledica ranije diskriminacije i nazivamo je pozitivna diskriminacija.

Načelo jednakosti koje je svojstveno svim suverenim državama se izražava kroz činjenicu da su svi jednaki pred zakonom¹⁷. U nekim pravnim sistemima, poput ustavnog prava Sjedinjenih Američkih Država, ideja da jednakost za pravo znači jednakost tretmana predstavlja polaznu pretpostavku, koja se shvata da svi pojedinci treba da budu tretirani jednako nasuprot diskriminatornim sta-

se odreaguje na efekte i posledice diskriminacije na neke grupe ljudi koje nastavljaju da postoje uprkos formalnoj jednakosti (Mjöll Arnardóttir, Oddny, *op. cit.*, str. 25). Ovaj koncept načela jednakosti odbacuje koncept strogog individualizma prema kojem pripadnost grupi ne igra nikakvu ulogu i dopušta se opravdanje pozitivnih mera u cilju promovisanja i postizanja jednakosti (afirmativna akcija). Pozitivne strane koncepta faktičke jednakosti, navodi autorka Kimber, ogledaju se u tome da nije potreban odgovarajući komparator sa kojim bi se poredilo i identifikovalo, kao i to da tretman koji se zahteva u skladu sa ovim konceptom načela jednakosti nije ograničen na tretman koji je već priznat drugim grupama. Prednost ovog koncepta je i u tome što je dozvoljeno da se afirmativna akcija opravdava, a njene pozitivne mere se ne smatraju diskriminacijom, pa se čak u određenim okolnostima zahteva od države da takve pozitivne mere usvoji ili primeni. Nedostaci ovog koncepta načela jednakosti, prema Kimber, ogledaju se u tome što je i on normativno neodređen kada se radi o pitanju koje različitosti bi trebale biti opravdane i za koje je potrebno zahtevati specijalan tretman. Postavlja se dalje pitanje da li se samo biološke ili i nepromenljive različitosti uzimaju u obzir kao i da li se svaka ili bilo koja različitost računa. Međutim, autorka Kimber ističe da još uvek postoji dvosmislenost kada se radi o sadržini tretmana koji je u pitanju, s obzirom na to da se različitosti mogu tumačiti kao smisljena i značajna osnova za povoljan specijalan tretman u pojedinim aspektima, ali i kao osnova za uvredljivi specijalni tretman u nekim drugim aspektima (Ovaj nedostatak se ne odnosi na pravnu dvosmislenost. Primer za povoljan specijalan tretman se odnosi na zaštitno zakonodavstvo kojim će se žene isključiti iz vršenja određenih poslova, dok se kao drugi primer navodi slučaj Sears iz sudske prakse SAD u kojem je utvrđeno da se nedovoljna zastupljenost žena u bolje plaćenim poslovima u komisionoj prodaji opravdava argumentom da su žene generalno preferirale niže plaćene, više sigurne i manje stresne poslove u prodaji). Specijalni tretman, ističe Kimber, može da funkcioniše kao stigmatizacija grupa na koje se tretman odnosi i prema tome dolazi do toga da se ustaljuje *status quo* u nejednakim situacijama, a postoji mogućnost da se ustale i stereotipni pogledi na grupe koje su drugačije što zauzvrat može samo da učvrsti nepovoljnosti i nedostatke.

¹⁷ Barić, Sanja i Vincan, Sanja: *Ustavnopravno načelo jednakosti i pravno uređenje istopolnih zajednica*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 50, broj 1/2013, strana 87.

vovima ili stereotipima o sposobnostima ili talentima grupa kojima pojedinci pripadaju¹⁸. Ronald Dworkin, naime, pravi razliku između prava na jednaki tretman, koje predstavlja pravo na podjednaku raspodelu resursa ili prilika, šansi, i prava na tretman kao prema jednakima i ravnopravnima, što bi značilo pravo da se bude tretiran sa istom brigom i poštovanjem kao i svi drugi članovi društva, a koje u pojedinim slučajevima uključuje pravo na jednak tretman¹⁹. Pravo na jednake šanse i mogućnosti ne garantuje i jednak odnosno istovetan rezultat, već osigurava i obezbeđuje da svi pojedinci imaju jednak start, jednako početno mesto, ne favorizujući nikoga, bez diskriminacije, dok je krajnji rezultat stvar njihovih sposobnosti, veština, znanja i snalaženja. Dakle, svi pojedinci bi trebalo da imaju iste, jednake šanse za uspeh i fer plej borbu, a dalje od njih samih zavisi kakav će rezultat biti, tako da različiti rezultat nije u suprotnosti sa načelom jednakosti jer su svi imali jednako polazište.

Profesor Perić je isticao da su ljudi samo zakonski, ali ne i faktički izjednačeni odnosno da faktički predstavljaju nejednake sile što je dovelo do borbe među pojedincima tako da su oni jači sebi obezbedili bolji materijalni položaj, što nije moglo da ne utiče i ostavi posledice i na pravnu jednakost²⁰.

Prema ovom autoru posledica se ogleda u tome da je bogatiji stalež na taj način mogao da izdejstvuje donošenje zakona koji mu daju povlašćeniji položaj u odnosu na siromašniji stalež, kao i što pripadnici materijalno bogatije klase mogu, a često u tome i uspevaju, da svojim vezama, bogatstvom i uticajem u društvu izbegnu da se pravni propis odnosi i primeni na njih. Ovakav koncept narušava i načelo slobode, jer se oni slabiji i siromašniji nalaze u položaju zavisnosti u odnosu na bogatije, a bez jednakosti nema ni slobode²¹. I profesor Gajin pravo na jednakost shvata kao osobeno pravno jemstvo slobode pojedinca, imajući u vidu da uživanje tog prava pretpostavlja jednake garancije svih ostalih prava i sloboda odnosno pravom priznatu mogućnost njihovog uživanja i zaštite, a bez obzira na lično svojstvo pojedinca²². Ovakvo tumačenje načela jednakost je svakako smisleno, jer načelo jednakosti je usko povezano sa slobodom pojedinca, a povreda načela jednakosti dovodi nužno i do povrede slobode pojedinca. Iako je prošlo nepunih sto godina od kada je publikovan stav profesora Perića o načelu jednakosti,

¹⁸ Sheppard, Colleen: Equality in context: judicial approaches in Canada and the United States, u *University of New Brunswick Law Journal*, 1990 (39), str. 111-125, 113 citirano prema Barić, Sanja i Vincan, Sanja, *op.cit.*, str. 88.

¹⁹ Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, str. 227 citirano prema Rabe, Johan: *Equality, Affirmative Action and Justice*, 2001, str. 39.

²⁰ Perić M, Živojin: *O školama u pravu*, Beograd, 1921, str. 6.

²¹ Ibidem.

²² Gajin, Saša: *Ljudska prava – Pravno-sistemska okvir*, drugo izdanje, Beograd, 2012, str. 186.

a imajući u vidu visok stepen korupcije koji je zastupljen u srpskom društvu, moram se složiti sa njim da su ljudi jednaki samo na papiru a faktički potpuno ne-jednaki, pogotovo u vremenu kada su materijalne razlike između bogatih i siromašnih prevelike i kada srednji stalež lagano odumire i nestaje, te da je načelo jednakosti zapravo jedan teorijski moralno-pravni ideal kojem svakako treba težiti u što većoj meri i od kojeg ne treba odustajati. Isto tako i profesor Vodinić ističe da je jednakost subjekata u građanskopravnim odnosima, koja je ustanovljena građanskopravnom normom, samo pravna, formalna, jer svrha te norme i nije da subjekti postanu faktički jednaki, niti je to u suštini moguće, ali ono što jeste svrha norme je da subjekte pravno izjednači i da faktičke razlike među njima postanu nebitne u određenom pravnom odnosu i da na njega ne utiču, a time se oni pravno dovode u ravnopravan položaj²³. Načelo pravne jednakosti stranaka se, prema pomenutom autoru, zapravo tiče njihovog uzajamnog odnosa, dok se načelo jednakosti pred zakonom tiče odnosa prema zakonu, da on važi jednako za sve i da među njima ne pravi razliku s obzirom na njihova lična svojstva.

Međutim, u građanskom pravu postoje odstupanja od načela pravne jednakosti, tako što u pojedinim građanskopravnim odnosima jedna strana ima nadmoć i vlast nad drugom, jer joj građanskopravna norma daje ovlašćenje da drugoj strani naređuje ili jednostrano određuje model ponašanja ili pak da svoju volju sprovede bez obzira na protivljenje druge strane (npr. odnos roditelja i deteta), dok je svrha norme u takvim slučajevima da odredi granice do kojih jednostrano sprovođenje volje ili izdavanje naredbi može da ide²⁴. Ovim je napravljena distinkcija i razgraničenje između načela pravne jednakosti i jednakosti pred zakonom.

S druge strane, jednak tretman pojedinaca posmatrano sa tačke gledišta datog pravnog pravila ne znači ništa drugo do tretiranje tih pojedinaca u skladu sa tim pravnim pravilom bez obzira na njegovu sadržinu²⁵. Jednakost pred zakonom u smislu jednakosti prilikom primene pravnih pravila jeste zamena za tvrdnju da bi važeća pravila trebala da se sprovedu i primenjuju u najvećoj mogućoj meri i što potpunije u skladu sa navedenom sadržinom norme²⁶.

Razmatrajući teorijska shvatanja načela jednakosti, možemo zaključiti da načelo jednakosti ipak predstavlja jedan nedostižan ideal, čije značenje i smisao imaju mnoštvo različitih tumačenja, imajući u vidu i vreme i društvene i politič-

²³ Vodinić, Vladimir: *Građansko pravo – uvodne teme*, Beograd, 1991, str. 63.

²⁴ Vodinić, Vladimir: *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, Beograd, 2012, str. 40.

²⁵ Sadurski, Wojciech: *Equality and Legitimacy*, Oxford University Press, 2008, str. 96.

²⁶ Ibidem.

ke prilike, te je u skladu sa tim tumačenje ovog načela i potrebno sagledati i tome prilagoditi.

Diskriminacija se upravo javlja u svakom društvu i to usled toga što ljudska priroda nije savršena. Međutim, problem diskriminacije nije bio poznat ni u antičkom dobu ni u srednjem veku, jer ovaj problem postaje pravno relevantan tek prihvatanjem i praktičnim ostvarivanjem načela pravne jednakosti među ljudima²⁷. Ako posmatramo stanje ljudskih prava kroz istoriju, možemo primetiti da diskriminacija nije oduvek bila zabranjena, tako da su u određenim istorijskim razdobljima u razvoju društva neki oblici diskriminacije prema određenim kategorijama stanovništva bili široko društveno prihvaćeni i uobičajeni, kao na primer diskriminacija robova u periodu robovlasništva, sistem kasta u Indiji, aparthejd, rasna segregacija crnaca u Sjedinjenim Američkim Državama²⁸. Danas su ovakvi oblici diskriminacije i diskriminatornog ponašanja u potpunosti neprihvatljivi, i kao takvi izričito zabranjeni, kako u nacionalnim zakonodavstvima, tako i u mnogobrojnim međunarodnim dokumentima koji regulišu materiju ljudskih prava i osnovnih sloboda. Antidiskriminaciono zakonodavstvo pomaže kako društveno marginalizovanim i ranjivim manjinskim grupama tako i državi na način što pruža dodatne pravne mehanizme zaštite u situacijama u kojima su se opšta pravna sredstva pokazala nedelotvornim²⁹.

Ustav Republike Srbije iz 2006. godine sadrži odredbe o zabrani diskriminacije i reguliše ovu materiju tako što se svima garantuje jednakost pred Ustavom i zakonom i proklamuje da svako ima pravo na jednaku zakonsku zaštitu bez diskriminacije (član 22. stav 1. i 2). Jasno je da u odredbama Ustava zastupljen koncept formalne jednakosti. Međutim, Ustav ne definiše pojam diskriminacije, ali navodi koji su to oblici i osnovi za zabranu diskriminacije, pa je tako prema ovom najvišem pravnom dokumentu zabranjena svaka diskriminacija, bilo neposredna ili posredna, po bilo kom osnovu, a naročito po osnovu rase, pola, nacionalne pripadnosti, društvenog porekla, rođenja, veroispovesti, političkog ili drugog uverenja, imovnog stanja, kulture, jezika, starosti i psihičkog i drugog invaliditeta (član 21. stav 3). Možemo primetiti da Ustav ne navodi taksativno sve antidiskriminacione osnove ponašanja, već samo neke od njih, za koje je ustavotvorac smatrao da su najvažniji i najčešći, te ih je stoga bilo potrebno posebno izdvojiti i navesti. Na osnovu ovakvog ustavnog koncepta zaključujemo da je zabranjena diskriminacija po bilo kom osnovu, te se svaki osnov koji nije izričito naveden može svrsta-

²⁷ Vukasović, Predrag: *Kako prepoznati diskriminaciju*, intervju, Heretikus, časopis za preispitivanje prošlosti, Vol. VI (2008), broj 3-4, strana 263.

²⁸ Petrušić, Nevena i Beker, Kosana, *op.cit.*, str. 15.

²⁹ Vukasović, Predrag, *op.cit.*, str. 263.

ti pod ovu kategoriju. Ustav nije u potpunosti iscrpeo sadržinu diskriminativnog ponašanja, tako da postoji mogućnost zabrane diskriminacije i po drugim osnovima koji nisu eksplicitno nabrojani. Unošenjem garancija ljudskih prava u najviši pravni akt jedne političke zajednice afirmiše se princip ustavne demokratije odnosno neposredno se izražava stav da se uređenje odnosa u toj zajednici rukovodi načelom jednake slobode svakog njenog člana³⁰. Time se takođe i stvara klima u kojem načelno vlada viši nivo pravne sigurnosti.

Pored Ustava Republike Srbije iz 2006. godine, materija zabrane diskriminacije i zaštite od diskriminacije detaljnije je regulisana opštim i osnovnim antidiskriminacionim zakonom koje je donet 2009. godine pod nazivom Zakon o zabrani diskriminacije (u daljem tekstu ZZD)³¹. Njime se prvi put zakonski definišu pojmovi diskriminacije, afirmativne akcije i diskriminacije određenih kategorija lica³². Prema odredbama ovog Zakona, pojmovi diskriminacija i diskriminatorско postupanje su definisani tako da označavaju svako neopravdano pravljenje razlike ili nejednako postupanje, odnosno propuštanje (isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva), u odnosu na lica ili grupe, kao i na članove njihovih porodica, ili njima bliska lica, na otvoren ili prikriven način, a koji se zasniva na rasi, boji kože, precima, državljanstvu, nacionalnoj pripadnosti ili etničkom poreklu, jeziku, verskim ili političkim ubeđenjima, polu, rodnom identitetu, seksualnoj orijentaciji, imovnom stanju, rođenju, genetskim osobenostima, zdravstvenom stanju, invaliditetu, bračnom i porodičnom statusu, osuđivanosti, starosnom dobu, izgledu, članstvu u političkim, sindikalnim i drugim organizacijama i drugim stvarnim odnosno pretpostavljenim ličnim svojstvima (član 2. stav 1. tačka 1. ZZD). Zakon takođe u članu 4. predviđa i opštu zabranu diskriminacije proklamujući opšteprihvaćeno načelo jednakosti na način da su svi jednaki i da uživaju jednak položaj i jednaku pravnu zaštitu, bez obzira na lična svojstva, dok je svako dužan da poštuje načelo jednakosti odnosno zabranu diskriminacije.

Zakon o zabrani diskriminacije predstavlja pozitivno pravni propis, čija manjkavost se, prema tumačenju autora Đurića, ogleda u velikom stepenu opštosti normi, do te mere da se postavlja pitanje mogućnosti njihovog sprovođenja³³.

³⁰ Gajin, Saša: *Čemu ljudska prava, iz perspektive važećeg i budućeg ustavnopravnog sistema Srbije*, Pravni zapisi, god. V, broj 1 (2014) godine, Pravni fakultet Univerziteta Union, 2014, str. 235.

³¹ Zakon o zabrani diskriminacije („Službeni glasnik RS”, broj 22/2009), koji je stupio na snagu 18. aprila 2009, osim odredaba članova 28. do 40, koji će početi da se primenjuju od 01. januara 2010. godine.

³² Kosanović, M; Gajin, S. i Milenković, D: *Zabrana diskriminacije u Srbiji i ranjive društvene grupe*, Beograd, str. 16.

³³ Đurić, Vladimir: *Zabrana diskriminacije, zaštita manjina i afirmativna akcija u EU i Republici Srbiji*, objavljeno u *Pravo Republike Srbije i pravo Evropske Unije – stanje i perspektive*,

Međutim, veliki doprinos ovog Zakona je u tome da je njime ustanovljen samostalan, nezavisan i nepristrasan državni organ u vidu Poverenika za ravnopravnost, kao poseban i dodatni vid zaštite od diskriminacije, koji ima ovlašćenje da organima i licima koji vrše diskriminaciju izrekne odgovarajuće mere, kao i da obezbedi uspešno sprečavanje, zabranu i borbu protiv svih oblika i slučajeva diskriminacije³⁴.

Pravna regulativa zabrane diskriminacije u uporednom pravu

Savezna Republika Nemačka je usvojila Zakon o diskriminaciji (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - AGG*) još 14. avgusta 2006. godine, koji je pretrpeo poslednje izmene u aprilu 2013. godine. Cilj i svrha ovog Zakona je da spreči ili otkloni diskriminaciju na osnovu rase ili etničkog porekla, pola, religije ili verovanja, invaliditeta, starosti ili seksualne orijentacije³⁵. Zakon, naime, ne sadrži pravnu definiciju svakog od navedenih osnova. Čak i na prvi pogled, možemo primetiti da je nabrojanje osnova za diskriminaciju u nemačkom Zakonu ograničeno i taksativno nabrojano, te su na ovaj način mnogi osnovi ostali izostavljeni, što u domaćem Zakonu nije slučaj. U našem Zakonu o zabrani diskriminacije osnovi su široko postavljeni, a ostavljeno je i prostora za eventualne nove osnove tako da lista nije zatvorena.

Imajući ovo u vidu, domaći Zakon je daleko šire, otvorenije i tolerantnije načinjen kada su u pitanju zaštićeni osnovi, iako doduše sa većim stepenom opštosti ali to i dalje ne znači da je stanje ljudskih prava kod nas bolje nego u Nemačkoj. Da bi stanje ljudskih prava bilo na zadovoljavajućem nivou odredbe za-

Zbornik radova, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, sveska 1, 2009, str. 329. On takođe smatra da se u društvu javljaju slučajevi diskriminacije u odnosima u kojima posebni zakoni nisu donešeni i usvojeni, a u opštem Zakonu o zabrani diskriminacije takvi slučajevi nisu dovoljno jasno određeni, a norme o zabrani diskriminacije su veoma uopštene, što će dodatno stvarati probleme prilikom njegove primene u praksi. Međutim, odnos ovog zakona sa drugim posebnim zakonima je više nego jasan, s obzirom da važi pravilo da poseban zakon derogira opšti (*lex specialis derogat legi generali*). Kao još jedan nedostatak ovog Zakona, ističe Đurić, ogleda se u nedovoljno jasno formulisanim odredbama, s obzirom da je zastupljen širi koncept diskriminacije, tako da se pored direktne i indirektno diskriminacije predviđaju i uznemiravanje i ponižavajuće postupanje, koji se u pojedinim evropskim direktivama svrstavaju u diskriminaciju, kao i drugi oblici, poput povrede načela jednakih prava i obaveza, pozivanje na odgovornost, udruživanje radi vršenja diskriminacije i govor mržnje, koje Zakon nije dovoljno precizno odredio.

³⁴ Kosanović, M; Gajin, S. i Milenković, D: *Zabrana diskriminacije u Srbiji i ranjive društvene grupe*, Beograd, str. 16 i 22.

³⁵ Član 1. Zakona o zabrani diskriminacije Savezne Republike Nemačke (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - AGG*), dostupan na nemačkom jeziku na internet stranici <http://www.gesetze-im-internet.de/agg/>.

kona se moraju poštovati i primenjivati, što kod nas nije uvek slučaj. Navedeni antidiskriminacioni osnovi u nemačkom Zakonu predstavljaju sve osnove koji su navedeni i inkorporirani u njega iz odredbe člana 13. Amsterdamskog ugovora (*Amsterdam Treaty*)³⁶, te stoga predstavljaju i minimum zagarantovanih prava. Nemački Zakon se oslanja i na pojedine Direktive Evropske Unije, pogotovo na Direktivu 2000/43/EC³⁷ od 29. juna 2000. godine koja se odnosi na zabranu diskriminacije na osnovu rase i etničkog porekla i na Direktivu 2004/113/EC od 13. decembra 2004. godine koja se odnosi na zabranu diskriminacije na osnovu pola³⁸, a koje su obavezujuće za sve države članice Evropske Unije, a zatim i na Direktivu 2000/78/EC od 27. novembra 2000. godine o uspostavljanju opšteg okvira za jednak tretman pri zapošljavanju i zanimanju³⁹ kao i na Direktivu 2002/73/EC Evropskog parlamenta i Saveta od 23. septembra 2002. godine kojom se menja Direktiva Saveta 76/207/EEC o sprovođenju principa jednakog tretmana muškaraca i žena u pogledu pristupa zapošljavanju, stručnoj obuci, unapređenju i uslovima rada⁴⁰.

Međutim, Ustav odnosno Osnovni zakon Nemačke je od centralne važnosti za razumevanje pravnog okvira iz oblasti diskriminacije u Nemačkoj⁴¹, dok je celokupan prvi deo Osnovnog zakona posvećen osnovnim pravima od kojih centralno mesto zauzimaju ljudsko dostojanstvo (član 1), kao najvažnija i vrhovna vrednost i načelo jednakosti. Suština garancije prava na ljudsko dostojanstvo jeste poštovanje svakog ljudskog bića kao individue, jednostavno zbog njegove ili njene ljudskosti, bez obzira na druge karakteristike, a u skladu sa ovim gledištem sudska praksa Federalnog Ustavnog suda Nemačke (*Bundesverfassungsgericht*) dosledno navodi da svaki pojedinac treba da bude tretiran ne samo kao predmet državne akcije, već da bude poštovan kao subjekat i samim tim kao cilj sam

³⁶ Dostupan u elektronskoj formi <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/EUAmsterdam-treaty.pdf>.

³⁷ Dostupna u elektronskoj formi na engleskom jeziku na internet stranici <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:en:HTML>.

³⁸ Dostupna u elektronskoj formi na engleskom jeziku na internet stranici <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:373:0037:0043:en:PDF>.

³⁹ Dostupna u elektronskoj formi na engleskom jeziku na internet stranici <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:en:HTML>.

⁴⁰ Dostupna u elektronskoj formi na engleskom jeziku na internet stranici <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:269:0015:0020:EN:PDF>.

⁴¹ Mahlmann, Matthias: *Report on Measures to Combat Discrimination - Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, Country Report 2013 – Germany, 2014*, str. 3, dostupan na internet stranici Evropske mreže pravnih eksperata u oblasti zabrane diskriminacije www.non-discrimination.net/law/national-legislation/country-reports-measures-combat-discrimination.

po sebi⁴². Osnovni zakon Nemačke ne definiše pojam diskriminacije, već su anti-diskriminacioni osnovi nabrojani u okviru prava na jednakost. U članu 3. Osnovnog zakona Nemačke svima je garantovano načelo jednakosti odnosno jednakost pred zakonom, posebno ističući da muškarci i žene imaju ista i jednaka prava i da država treba da promovise implementaciju načela jednakosti i da učini dalje korake kako bi eliminisala diskriminaciju. Shodno istom članu zabranjena je diskriminacija na osnovu pola, roditeljstva, rase, jezika, porekla i zemlje porekla, vere ili religijskih ili političkih mišljenja, a naročito na osnovu invaliditeta. Među anti-diskriminacione osnove nije eksplicitno svrstana seksualna orijentacija niti rodni identitet, što ne znači da nema nikakvih garancija u okviru zagwarantovanog prava na jednakost i ljudsko dostojanstvo.

Federalni Ustavni sud Nemačke tretira seksualnu orijentaciju i identitet, obuhvatajući i homoseksualnost i transseksualnost, kao deo ljudske ličnosti koja je zaštićena u okviru garancija ljudskog dostojanstva i uopštenog prava na ličnost⁴³. Nemački Zakon o diskriminaciji poznaje pet oblika vršenja diskriminacije, pa su u okviru njega pravno regulisane i definisane pojave direktne i indirektno diskriminacije, uznemiravanja, seksualnog uznemiravanja i davanje instrukcija za vršenje diskriminacije. Višestruka diskriminacija je takođe zabranjena zakonom. U domaćem zakonodavstvu je seksualno uznemiravanje regulisano Zakonom o radu (član 21), a ne Zakonom o zabrani diskriminacije, u kojem je uopšteno regulisana pojava uznemiravanja (član 12).

Posebno interesantno rešenje predstavlja sadržina člana 19. nemačkog Zakona o diskriminaciji, kojom je prilikom izdavanja stambenog prostora dozvoljen različit tretman u cilju stvaranja i održavanja socijalno stabilne strukture stanovnika i harmonične strukture naselja kao i uravnoteženo ostvarivanje ekonomskih, socijalnih i kulturnih uslova. Dakle, ovakvo pravljenje razlike i različito tretiranje se neće smatrati diskriminacijom prema odredbama ovog Zakona.

Međutim, posmatrajući sa stanovišta ljudskih prava ovakva odredba otvara mogućnost njene zloupotrebe i vršenja diskriminacije, imajući u vidu da će zakupodavac moći potpuno legalno da odbije potencijalnog zakupca npr. na osnovu njegovog etničkog porekla smatrajući da bi se time narušila harmonija i socijalno stabilna struktura stanovnika tog naselja, stvarajući time delove grada koji su isključivo naseljeni doseljenicima kao vrstu geta ili tako što bi se za migrante cena zakupnine stambenog prostora bila znatno veća u odnosu na Nemce za stambeni prostor jednakog i istog kvaliteta i veličine. Ako određeni potencijalni zakupac nije namečkog porekla ne mora da znači da će se ponašati na drugačiji ili nepri-

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem, str. 29.

hvatljiv način i time ugroziti socijalnu stabilnost. Na ovaj način se narušava i načelo jednakosti koje je Osnovnim zakonom zagarantovano svima, i to ne samo i isključivo onima koji su državljani Nemačke već svima koji se nalaze pod njenom jurisdikcijom.

Međutim, veoma je teško dokazati ovakav vid diskriminacije, jer se jako retko dešava da zakupodavac odbije da izda stan zbog nečijeg etničkog porekla, rase ili religijskih verovanja, već se često koriste nekim drugim izgovorima. Zabrana diskriminacije u oblasti stanovanja se odnosi na one vlasnike koji daju u zakup više od pedeset stanova (član 19. stav 5). Federalna Antidiskriminaciona Agencija je vršila istraživanje o stanju diskriminacije u oblasti stanovanja, a kao rezultat je dobijeno da su u proseku u 7% slučajeva lica koja su se javila kao zainteresovana za rentiranje stana a koja su pripadala migrantskim strukturama (što je bilo evidentno ili zbog naglaska ili zbog izražavanja religijskih verovanja kroz način oblačenja poput Jevreja, muslimana itd) bila češće diskriminisana nego lica koja su pripadala nemačkoj većini stanovništva⁴⁴. Nemački Zakon u članu 20. dalje predviđa i druge situacije u kojima je različito tretiranje dozvoljeno. Dakle, različito tretiranje na osnovu religije, invaliditeta, starosti, seksualnog identiteta ili pola se ne smatra kršenjem zabrane diskriminacije ako za to postoji objektivan razlog⁴⁵.

Ustav Austrije koji je donet 1930. godine, a poslednji put menjan i dopunjavan 2014. godine, u članu 7. garantuje načelo jednakosti pred zakonom svim državljanima i sve privilegije na osnovu rođenja, pola, imovine, klase ili vere su isključene i niko ne sme biti diskriminisana na osnovu invaliditeta. Država (federacija, pokrajine i opštine) se obavezuje da obezbedi jednak tretman licima sa invaliditetom i licima bez invaliditeta u svim sferama svakodnevnog života i zalaže se za faktičku jednakost muškaraca i žena. Austrija je na federalnom nivou donela Savezni zakon o jednakom tretiranju (*Bundesgesetz über die Gleichbehandlung, Gleichbehandlungsgesetz - GIBG*) još 2004. godine, a poslednje izmene i dopune

⁴⁴ Müller, Annkathrin: *Diskriminierung auf dem Wohnungsmarkt. Strategien zum Nachweis rassistischer Benachteiligungen (Discrimination in the housing market. Strategies for furnishing proof of racist discriminations)*, Istraživanje Federalne Antidiskriminacione Agencije Nemačke i ekspertsko mišljenje, jul 2015, str. 1, dostupno na internet stranici Federalne Antidiskriminacione Agencije, http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/EN/publikationen/factsheet_engl_Diskriminierung_auf_dem_Wohnungsmarkt.pdf?__blob=publicationFile.

⁴⁵ To je posebno slučaj ako se različito tretiranje odnosi na izbegavanje opasnosti, prevenciju štete ili druge slične prirode, zatim ako se odnosi na potrebu da se zaštiti privatni život i lična sigurnost, na odobravanje posebnih pogodnosti i ne postoji interes za sprovođenje jednakog tretmana i ako se odnosi na religiju dotičnog lica i opravdano je u odnosu na ostvarivanje slobode veroispovesti ili u odnosu na pravo na samoopredeljenje verskih zajednica, njihovih pratećih objekata bez obzira na njihovu pravnu formu i udruženja koja zajednički neguju jednu religiju u skladu sa odgovarajućim samopoštovanjem.

su usvojene 2015. godine⁴⁶. U Zakonu pojam diskriminacije kao pojave nije definisan, već su definisani pojedini oblici diskriminacije koji se javljaju kao javni oblici u svakom poglavlju, poput direktne i indirektna diskriminacije, uznemiravanja, seksualnog uznemiravanja. Vršeći analizu zakonskog teksta, antidiskriminacionih osnova ima svega pet koji su eksplicitno navedeni, pa se nameće pitanje da li je krug osnova time zatvoren ili bi ipak Zakon trebalo tumačiti ekstenzivnije i navedenu listu osnova shvatiti samo kao opšti princip i opšti okvir. Međutim, na pokrajinskom nivou su takođe doneti zakoni koji zabranjuju diskriminaciju i čija lista osnova je nešto preciznija i proširenija. Prema izveštaju o stanju diskriminacije za državu Austriju možemo uvideti da je u zakonima na pokrajinskom nivou uvršten i invaliditet, a u Bečkoj pokrajini su osnovi prošireni i na materinstvo i roditeljstvo, dok sve austrijske pokrajine kao antidiskriminacioni osnov sadrže seksualnu orijentaciju⁴⁷, a nijedan zakon, ni na saveznom ni na pokrajinskom nivou, izričito ne navodi rodni identitet. Savezni zakon ne sadrži definiciju seksualne orijentacije, kao ni eksplicitnu odredbu kojom se zabranjuje višestruka diskriminacija, međutim imajući u vidu princip *argumentum a minori ad maius* evidentno je da je takav oblik diskriminacije zabranjen.

Ujedinjeno Kraljevstvo je usvojilo Zakon o jednakosti (*Equality Act 2010*)⁴⁸ 2010. godine, a kraljevski pristanak je dobijen 8. aprila 2010. godine. Zakon ne sadrži definiciju pojma diskriminacije, ali sadrži definiciju pojedinih njegovih javnih oblika, među kojima su direktna, indirektna i dvostruka diskriminacija, uznemiravanje, viktimizacija. Zakon u svom drugom delu eksplicitno navodi zaštićene antidiskriminacione osnove, pa je diskriminacija zabranjena na osnovu starosti, invalidnosti, promene pola, braka ili civilnog partnerstva, trudnoće i materinstva, rase, vere ili uverenja, pola i seksualne orijentacije. Zabranom diskriminaci-

⁴⁶ Zakon dostupan u elektronskoj formi na nemačkom jeziku na internet stranici http://www.jusline.at/Gleichbehandlungsgesetz_%28GlBG%29.html, stranica posećena 10. avgusta 2015. godine. Zakon se sastoji iz pet delova i to 1) jednak tretman žena i muškaraca u oblasti rada, 2) jednak tretman u oblasti rada bez obzira na etničku pripadnost, veru ili uverenje, starost ili seksualnu orijentaciju, 3) jednak tretman bez obzira na pol ili etničku pripadnost u ostalim oblastima i principi regulisanja jednakog tretmana bez obzira na etničku pripadnost u ostalim oblastima, 4) principi regulisanja jednakog tretmana bez obzira na etničku pripadnost u poslovnom životu u oblasti poljoprivrede i šumarstva i 5) završne odredbe.

⁴⁷ Schindlauer, Dieter: *Report on Measures to Combat Discrimination – Country Report 2013 - Austria*, 2014, str. 16 i 17, dostupan i na internet stranici Evropske mreže pravnih eksperata u oblasti zabrane diskriminacije <http://www.non-discrimination.net/law/national-legislation/country-reports-measures-combat-discrimination>.

⁴⁸ Zakon dostupan u elektronskoj formi na engleskom jeziku u pdf formatu na internet stranici http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/pdfs/ukpga_20100015_en.pdf, stranica posećena 10. septembra 2015. godine.

je na osnovu promene pola obuhvaćena su lica koja su predložena da se podvrgnu, lica koja prolaze kroz ili su podvrgnuta procesu ili delu procesa u cilju promene pola tog lica menjajući psihološke ili druge osobine pola (član 7). Odredbama Zakona predviđena je zabrana diskriminacije na osnovu promene pola u slučajevima odsustva sa posla, tako da je transseksualno lice diskriminisano ako ono odsustvuje sa posla zbog promene pola a drugo lice ga tretira nepovoljnije nego što bi transseksualno lice tretiralo njega u slučaju odsutnosti zbog bolesti ili povrede ili odsutnosti iz nekog drugog razloga, a nije razumno da se transseksualno lice nepovoljnije tretira. Zakon, naime, pojam seksualne orijentacije određuje kao seksualnu orijentaciju lica prema licima istog pola, licima suprotnog pola ili prema licima oba pola (član 12). Ovaj Zakon od svih prethodno pomenutih zakona drugih država u oblasti antidiskriminacionog prava jedini na malo precizniji i detaljniji način reguliše zabranu diskriminacije na osnovu promene pola i navodi izričito koje su to situacije u kojima zaštita od ovog vida diskriminacije može da se zahteva. Ovakve odredbe dovode do zaključka da Zakon ne odlikuje veliki stepen opštosti, nego ipak malo konkretnije uređuje ovo pitanje.

ZAKLJUČAK

U ovom radu autorka je posvetila pažnju pojmu diskriminacije, njegovom definisanju i sadržini, kao i načelu jednakosti koje prožima kompletnu materiju prava ljudskih prava i oblast zabrane diskriminacije. Uporednopravnom analizom pojma diskriminacije obuhvaćeni su i zaštićeni antidiskriminacioni osnovi u zakonodavstvu Nemačke i Austrije, kao zakonodavstva koja potiču iz iste ili slične pravne tradicije kao i naša zemlja, ali i Ujedinjeno Kraljevstvo, čiji Zakon na nešto konkretniji način reguliše pojedine životne situacije u kojima je diskriminacija zabranjena. U odnosu na domaći Zakon o zabrani diskriminacije, Nemački zakon sadrži užu i taksativno nabrojano listu zaštićenih antidiskriminacionih osnova, a posebno interesantno rešenje predstavlja član 19. koji otvara mogućnost za vršenje diskriminacije, te stoga nije u skladu sa načelom jednakosti i zabrane diskriminacije. Međutim, iako pojedini osnovi u Zakonu Nemačke nisu izričito navedeni, oni svakako uživaju zaštitu garantovanu Osnovnim zakonom u okviru načela jednakosti i odredaba o ljudskom dostojanstvu. Namera i cilj austrijskog zakonodavca jesu suzbijanje diskriminacije izvršene na radu i u vezi sa radom, kao oblast u kojoj je vršenje diskriminacija najviše zastupljeno. Cilj ovog uporedno-pravnog istraživanja jeste ukazivanje na pojedina pozitivno-pravna rešenja zemalja Evropske Unije, kao i na razlike u definisanju samog pojma diskriminacije u odnosu na važeći Zakon o zabrani diskriminacije Republike Srbije.

MELANIJA JANČIĆ

Assistant, Faculty of European legal
and political study, Novi Sad

THE DEFINITION OF DISCRIMINATION:
COMPARATIVE LAW INSIGHTS

Summary

In this article the author deals with the concept of discrimination and the principle of equality as a fundamental principle underlying the whole matter of human rights law and thus the non-discrimination law. The article also includes the comparative legal approach in defining the concept of discrimination and protected anti-discrimination grounds in the legislation of Germany, Austria and the United Kingdom. The aim of this comparative legal overview is to point out some legal solutions of EU member states, as well as differences in definitions of discrimination in relation to the current Anti-Discrimination Act of the Republic of Serbia.

DOBROSAV MILOVANOVIĆ,
VUK CUCIĆ

NOVA REŠENJA NACRTA ZAKONA O OPŠTEM UPRAVNOM POSTUPKU U KONTEKSTU REFORME JAVNE UPRAVE U SRBIJI

U V O D

Zakon o opštem upravnom postupku predstavlja jedan od svetlih primera dugotrajnosti važenja i primene u pravnom sistemu Srbije. Razlog je prvenstveno bio njegov kvalitet, a posledica je bila pravna sigurnost sa aspekta čestog nemanjanja teksta, relativno dobro poznavanje i razumevanje od strane državnih službenika i lica koja su ga primenjivala. Takođe, ovaj zakon je strankama pružao relativno visok stepen zaštite.

Međutim, promene na ekonomskom, društvenom i tehničko-tehnološkom planu već izvesno vreme zahtevaju unapređenje ovog veoma značajnog sistemskog zakona. Razlozi za to su višestruki: usklađivanje sa pravnim tekovinama Evropske unije, povećanje pravne sigurnosti, stvaranje pretpostavki za uvođenje novih tehnologija u rad organa i organizacija javne uprave i promenu načina njihove međusobne komunikacije, kao i komunikacije sa strankama, unapređenje pojedinih rešenja koja su prevaziđena u novim okolnostima ili za koje je praksa pokazala da je to neophodno, kao i povećanje ekonomičnosti postupka iz ugla samih stranaka, ali i budžeta odgovarajućih teritorijalno-političkih jedinica i orga-

Dr Dobrosav Milovanović, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

Dr Vuk Cucić, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Ovaj rad je sačinjen kao deo projekta na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu "Identitetski preobražaj Srbije".

nizacija. Teorija, praksa i najnovije uporednopravne tendencije nudile su različita rešenja u pogledu pravca i obima promena. U radu prikazujemo ključne novine i argumentaciju koja je bila opredeljujuća.

Odnos ZUP-a i posebnih zakona

Kod odnosa ZUP-a i posebnih zakona, Nacrt ZUP-a zadržava rešenja važećeg ZUP-a prema kome se ovaj zakon primenjuje na postupanje u svim upravnim stvarima. Takođe, i on predviđa mogućnost drukčijeg uređenja pojedinih pitanja upravnog postupka posebnim zakonom ako je to u pojedinim upravnim oblastima neophodno i ako je to u saglasnosti sa osnovnim načelima ovog zakona.¹ Ipak, Nacrt uvodi značajnu novinu jer postavlja dodatni uslov da se na taj način ne smanjuje nivo zaštite prava i pravnih interesa stranaka zajemčenih ovim zakonom.

Međutim, dosadašnja praksa je pokazala da su posebni zakoni bez opravdanih razloga odstupali od pojedinih rešenja ZUP-a ili u određenoj meri prepisivali odredbe ZUP-a. Imajući u vidu navedenu praksu, novi dodatni uslov garantovanja nivoa zaštite prava i pravnih interesa stranaka zajemčenih ZUP-om, kao i ciljeve Strategije reforme javne uprave, prelaznim i završnim odredbama ZUP-a predviđa se usklađivanje posebnih zakona sa rešenjima ZUP-a u utvrđenom periodu. Pri tom, "teret dokazivanja" potrebe za specifičnim uređenjem pojedinih pitanja (gde je to dopušteno) trebalo bi da bude na organima koji te specifičnosti ističu.²

Proširenje predmeta ZUP-a

Pojam upravne stvari proširen je u Nacrtu ZUP-a kako bi obuhvatio i one vrste upravnog postupanja koje dosad nisu bile uređene ZUP-om. Naime, važeći ZUP uređuje samo postupak izdavanja upravnog akta i izdavanja javnih isprava. Nacrt ZUP-a uređuje i druge vrste upravnog postupanja – garantni akt (v. naredni odeljak), upravni ugovor, sve upravne radnje (a ne samo izdavanje javnih isprava) i pružanje javnih usluga (usluga od opšteg interesa³). Nacrt ZUP-a definiše

¹ Načela, sa kojim posebni zakoni moraju da budu u saglasnosti su pretrpele određene izmene.

² Ovakva rešenja predvideo je i Zakon o inspekcijском nadzoru, inspirisan tendencijom ka brojnim neopravdanim odstupanjima u posebnim oblastima inspekcijского nadzora

³ Reč je o terminu koji se za ove usluge koristi u pravu Evropske unije, s tim da se razlika pravi između ekonomskih usluga od opšteg interesa (*services of general economic interest*) i neekonomskih (socijalnih) usluga od opšteg interesa (*social services of general interest*), *A Quality Framework for Services of General Interest in Europe*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee

upravni ugovor kao dvostrano obavezan pisani akt koji, kad je to posebnim zakonom određeno, zaključuju organ i stranka i kojim se stvara, menja ili ukida pravni odnos u upravnoj stvari. Upravne radnje su određene kao materijalni akti organa koji utiču na prava, obaveze ili pravne interese stranaka. Najzad, pod pružanjem javnih usluga smatra se obavljanje privredne i društvene delatnosti odnosno poslova za koje je zakonom utvrđeno da se vrše u opštem interesu, kao i obavljanje delatnosti odnosno poslova uprave od strane organa, kojima se obezbeđuje ostvarivanje prava i pravnih interesa odnosno zadovoljavanje potreba korisnika javnih usluga, a koji ne predstavljaju drugi oblik upravnog postupanja.

Nacrt ZUP-a detaljno uređuje izdavanje garantnog akta, dok kod ostalih vrsta upravnog postupanja (posebno upravnih radnji i pružanja javnih usluga) reguliše prvenstveno pravnu zaštitu od njihovog nezakonitog i/ili necelishodnog (ne)preduzimanja.

Ova definicija pojma upravne stvari šira je od one određene u čl. 5 Zakonu o upravnim sporovima.⁴ Kako bi se izbegli problemi u praksi, nedoslednosti i problemi prilikom tumačenja, ovaj širi pojam upravne stvari omeđen je na upravni postupak (u Nacrtu ZUP-a stoji da je reč o upravnoj stvari “u smislu ovog zakona”). Zakon o upravnim sporovima će i dalje sadržati uži pojam upravne stvari, koji se odnosi na izdavanje upravnih akata. Razlog tome je činjenica da u upravnom postupku mogu da se preduzimaju različite vrste upravnog postupanja, ali da u upravnom sporu mogu da budu osporeni samo upravni akti koji su konačni u upravnom postupku. Druge vrste upravnog postupanja ne mogu neposredno da budu osporene pred Upravnim sudom, već je predviđeno da se protiv njih podnosi prigovor o kome se odlučuje upravnim aktom, koji posle može da bude napadnut žalbom i/ili tužbom. Time oba pojma upravne stvari, širi i uži, mogu nesmetano da postoje u pravnom sistemu.

Definicija upravne stvari određena je na dva načina. Najpre je određeno ono što je upravna stvar u sadržinskom smislu – “pojedinačna situacija u kojoj organ, neposredno primenjujući zakone, druge propise i opšte akte, pravno ili faktički utiče na položaj stranke tako što donosi upravne akte, donosi garantne akte, zaključuje upravne ugovore, preduzima upravne radnje i pruža javne usluge”. Zatim

of the Regions, European Commission, Brussels, 2011, p. 3, dostupno na, http://ec.europa.eu/services_general_interest/docs/comm_quality_framework_en.pdf pristupljeno 13. oktobra 2015. godine; *Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest*, Commission Staff Working Document, European Commission, Brussels, 2013, pp. 21-22, dostupno na http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_en.pdf, pristupljeno 13. oktobra 2015. godine;

⁴ Službeni glasnik RS, br. 111/2009.

je ostavljena mogućnost da se zakonom propiše da će se i o nekim drugim pravnim stvarima (na primer, odlučivanje o naknadi štete – v. deo o prigovoru) odlučivati u upravnom postupku, tako što je predviđeno da je upravna stvar “i svaka druga situacija koja je zakonom određena kao upravna stvar”. Time se ZUP usklađuje i sa postojećim zakonodavstvom i praksom, koje daje primere odlučivanja o, na primer, spornim, kaznenim stvarima u upravnom postupku (primer je određivanje upravne mere, kao kaznene sankcije, u postupku zaštite konkurencije⁵).

Prigovor je remonstrativno pravno sredstvo koje uvodi Nacrt ZUP-a. Naime, on se izjavljuje subjektu koji je preduzeo upravno postupanje koje se prigovorom napada. Uporednopravno posmatrano, postoje pravni sistemi, pogotovo oni sa razvijenim višestepenim upravnim sudstvom (na primer, Nemačka⁶) koji, kao opšte pravno sredstvo u upravnom postupku umesto žalbe, kao devolutivnog pravnog sredstva, predviđaju prigovor.⁷

Prigovor je unet u Nacrt ZUP-a s ciljem da se upravna postupanja koja ne predstavljaju upravni akt – upravne radnje, upravni ugovori, pružanje javnih usluga – uvedu u postojeći sistem upravnopravne zaštite sa što je moguće manje izmena tog sistema. Naime, prigovor se izjavljuje protiv ovih upravnih postupanja radi dobijanja upravnog akta kojim se odlučuje o njihovoj zakonitosti i/ili celishodnosti. Jednom izdati upravni akt daje stranci mogućnost da koristi redovne puteve upravnopravne zaštite, tako što protiv odluke o prigovoru može da izjavi žalbu u upravnom postupku i/ili tužbu u upravnom sporu, već u zavisnosti od položaja subjekta koji je preduzeo upravno postupanje u upravnoj hijerarhiji. Na sličan način i u istu svrhu su i Crna Gora⁸ i Hrvatska⁹ propisale prigovor u upravnom postupku.

⁵ Čl. 57 Zakona o zaštiti konkurencije, Službeni glasnik RS, br. 51/2009 i 95/2013.

⁶ Preduslov za podnošenje određenih vrsta upravnosudskih tužbi u Nemačkoj je iscrpljivanje remonstrativnog pravnog sredstva *Widerspruch*, **Schroeder, Schroeder, Mainhard**, “Administrative Law in Germany”, in *Administrative law of the European Union, its member states and the United States*, Seerden, René [Ed.], Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 138-139. Prigovor u upravnom postupku poznaju i druge zemlje, na primer Rumunija, **Dragos, Dacian, Swora, Mariusz, Skoczyla, Andrzej**, *Administrative Appeals in Romania and Poland – A Topical Comparative Perspectives*, *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, no. 37 E/2012, (38-54), pp. 40.

⁷ Prigovor, kao remonstrativno pravno sredstvo, postojao je u čl. 54 Zakona o radiodifuziji (Službeni glasnik RS, br. 42/2002, 97/2004, 76/2005, 79/2005, 62/2006, 85/2006, 86/2006 i 41/2009), ali je taj Zakon prestao da važi.

⁸ Čl. 31, 35, 137, 138 crnogorskog Zakona o upravnom postupku, dostupan na <http://www.mup.gov.me/biblioteka/zakoni>, pristupljeno 13. oktobra 2015. godine.

⁹ Čl. 122 hrvatskog Zakona o općem upravnom postupku, dostupno na <http://www.zakon.hr/z/65/Zakon-o-op%C4%87em-upravnom-postupku>, pristupljeno 13. oktobra 2015. godine.

Kod upravnih ugovora Nacrt ZUP-a predviđa da organ u većini slučajeva kad prava druge strane ugovornice mogu da budu ugrožena donosi upravni akt – kad organ jednostrano raskida upravni ugovor ili kad odbija zahtev druge ugovorne strane za izmenu upravnog ugovora. Tu stranci na raspolaganju stoji upravno-pravni put zaštite - izjavljivanje žalbe i/ili tužbe.

S druge strane, Nacrt ZUP-a predviđa da druga strana ugovornica ne može da raskine ugovor u slučaju da organ ne ispunjava svoje ugovorne obaveze. U tom slučaju ona može da izjavi prigovor organu sa kojim je zaključila ugovor. Po prigovoru se određuje dalji način ispunjenja obaveza organa iz upravnog ugovora i odlučuje o zahtevu za naknadu štete. To ima smisla. U suprotnom bi se izgubila razlika između upravnog ugovora i opšteg režima ugovornog prava. Upravo ovo odstupanje ima za cilj da zaštiti javni interes čije ostvarenje je bilo razlog za zaključivanje upravnog ugovora. Zamislimo da je upravnim ugovorom povereno pružanje određene javne usluge građanima od strane privatnopravnog lica, na primer snabdevanje vodom. U slučaju da javnopravni subjekt, na primer, određena jedinica lokalne samouprave, ne isplati dugovano drugoj strani ugovornici, potonja bi raskinula ugovor i obustavila snabdevanje vodom građana te jedinice lokalne samouprave. Suština javnih usluga, čije se ostvarenje može obezbediti i zaključivanjem upravnog ugovora, je u tome da se one pružaju redovno, nediskriminatorno i kvalitetno. Zato se one i poveravaju upravnim ugovorima u pravnim sistemima koji poznaju ovaj pravni institut. Neravnoteža pravnog položaja javnopravnog i privatnopravnog subjekta u upravnom ugovoru služi tome da se opisane situacije izbegnu.

Važno je razumeti značaj prigovora kod upravnih radnji i pružanja javnih usluga. Preduzimanje ove dve vrste upravnog postupanja nije regulisano Nacrtom ZUP-a (izuzev jedne vrste upravnih radnji koja je uređena i postojećim ZUP-om na identičan način – izdavanje javnih isprava), već posebnim propisima. Ono što je regulisano jeste pravna zaštita u slučaju njihovog nezakonitog i/ili necelishodnog (ne)preduzimanja – i to kroz opisani mehanizam izjavljivanja prigovora, dobijanja upravnog akta i mogućnosti da stranka dalje štiti svoja prava i interese uobičajenim upravno-pravnim putem (žalba, tužba). Značaj prigovora se sastoji upravo u tome što dosad nije postojao upravno-pravni put zaštite od nepravilnosti u njihovom preduzimanju. Licima čija prava i interesi bi bili povređeni nepravilnim preduzimanjem ovih vrsta upravnog postupanja stajale su dve mogućnosti na raspolaganju.¹⁰ Oni su mogli da traže naknadu pričinjene štete ili da podne-

¹⁰ Postoji, teoretski, još jedan put zaštite – podnošenje ustavne žalbe. Nedostaci ovakvog pristupa ogledaju se u dostupnosti ove vrste zaštite (mora da bude povređeno ustavom zajemčeno ljudsko ili manjinsko pravo), dugom trajanju postupka zaštite (spram potrebe za brzim otklanjanjem posledica nezakonitog i/ili necelishodnog upravnog postupanja) i prekomernom opterećivanju Ustavnog suda (loše administriranje pravde).

su nekakvu pritužbu subjektu koji ih je preduzeo. Nedostatak prve mogućnosti je u tome što šteta koja se može potraživati u parničnom postupku ne mora uvek nastati ili traženje naknade štete u sudskom postupku može biti neisplativo (bilo zbog neznatnog iznosa štete, bilo zbog njene nesrazmere sa sredstvima, vremenom i novcem, koje treba angažovati u parničnom postupku). Mana druge opcije leži u činjenici da je reč o običnoj predstavi po kojoj organ može ali ne mora da postupi, a ne o pravnom sredstvu. Prigovor je taj koji otklanja ovu prazninu u postojećem sistemu pravne zaštite. On daje mogućnost stranci da svoja prava i interese zaštiti bilo pred subjektom koji je preduzeo postupanje, bilo pred višom upravnom instancom bilo Upravnim sudom. Kao primer navodimo situaciju u kojoj je licu uskraćeno snabdevanje električnom energijom u kući ili stanu, to jest van poslovnih prostorija. Tu ne dolazi u obzir naknada štete, a predstava upućena snabdevaču nema karakter pravnog sredstva po kojem on mora da postupi. Dakle, lice nema odgovarajuću zaštitu, a kvalitet njegovog života značajno se smanjuje. Kako bi popunio tu prazninu, Nacrt ZUP-a predvideo je da organ po prigovoru povodom upravne radnje može da naloži da se obustavi preduzimanje upravne radnje i odredi način na koji se otklanjaju njene posledice ili da naloži preduzimanje izostale upravne radnje, dok po prigovoru izjavljenom zbog načina pružanja javnih usluga može da naloži preduzimanje zakonom određenih mera radi otklanjanja nedostataka u pružanju javne usluge. Prigovor se, takođe, može izjaviti i protiv nepreduzimanja upravnih radnji u postupku administrativnog izvršenja.

Povećanje pravne sigurnosti

Načelo zakonitosti dopunjeno je *načelom predvidivosti* prema kojem je organ dužan da se drži prakse koju je uspostavio i da u istim ili sličnim slučajevima odlučuje na identičan način. Ova obaveza ne postoji kod konkretnih slučajeva gde opravdani razlozi zahtevaju da se odstupi od ranije prakse, s tim da se to mora podrobno obrazložiti. Načelo predvidivosti je, zapravo, izraz ustavnog načela jednakosti građana pred zakonom i ustavne odredbe kojom se garantuje jednaka zaštita prava pred organima vlasti. Takođe, ono se može posmatrati i kao izraz načela zakonitosti u pogledu dosledne primene prava u praksi. Kako bi se to naglasilo, kao i činjenica da načelo predvidivosti ne predstavlja uvođenje precedenlnog sistema (pravna praksa ne postaje izvor prava, pogotovo ne pojedinačne odluke), ono je spojeno sa postojećim načelom zakonitosti.¹¹

Novina kod *načela pomoći stranci*, koja je od posebnog značaja sa aspekta pravne sigurnosti, predviđena je dužnost organa da, ako u toku postupka dođe

¹¹ Isto predviđa i čl. 5 crnogorskog Zakona o upravnom postupku, dostupan na <http://www.mup.gov.me/biblioteka/zakoni>, pristupljeno 13. oktobra 2015. godine.

do izmene propisa koji je od značaja za postupanje u upravnoj stvari, o tome informiše stranku. Ovo je bitno u slučaju kad su novi propisi povoljniji za stranku. Time ona stiče mogućnost da odustane od svog zahteva i da, po obustavljanju postupka, saglasno načelu pravnosnažnosti (koje je ostalo neizmenjeno) ponovo podnese zahtev, na koji će se sada primenjivati izmenjeni (povoljniji) propisi.¹²

Razmatrana je alternativna odredba koja je predviđala obavezu organa da u slučaju izmene propisa u toku upravnog postupka, upravnu stvar reši primenom propisa koji su povoljniji za stranku. Nedostatak ove opcije sastojao se u potrebi organa da ceni šta je za stranku povoljnije, što nije uvek jednostavno. To je pogotovo teško ukoliko, objektivno posmatrano, izmena propisa donosi povoljnost stranci u jednom pogledu, a nepovoljnost u drugom. Ne samo što je gotovo nemoguće za organ da proceni šta je povoljnije za stranku, već je pitanje i da li je celishodno da se pravni standard "povoljniji propis" ceni objektivno, jer stranka može da pridaje veći značaj segmentu izmene propisa koji bi objektivno bio ocenjen kao manje bitan u odnosu na neki drugi element te izmene. Sledi da ključnu prednost ovog pravno-političkog izbora predstavlja prebacivanje tereta na stranku, koja će sama ceniti šta je za nju povoljnije i, samim time, izbegavanje dodatnog posla drugostepenog organa ili Upravnog suda, kojima bi stranke nezadovoljne tumačenjem organa šta je povoljniji propis podnosile žalbe, odnosno tužbe.

Kod *postupaka koji se pokreću po službenoj dužnosti*, ali ne u interesu stranke (što je pravilo) neophodno je da *stranka bude obavještena o pokretanju postupka*. To je ključna pretpostavka za realizaciju pravne sigurnosti¹³ i prava stranke na izjašnjavanje, odnosno zaštite elementarnih procesnih prava stranke i njenog aktivnog učešća, a i izraz načela ekonomičnosti - da se izbegne poništavanje rešenja

¹² Zakonsko rešenje sa sličnom logikom postoji u švajcarskom pravu. Naime, Savezni zakon o upravnom postupku Švajcarske propisuje da u postupku po upravnoj žalbi, ali i tužbi pred Saveznim upravnim sudom (ovaj zakon se supsidijarno primenjuje u upravnosudskom postupku pred ovim sudom) može da dođe do *reformatio in peius*. Ipak, tu postoji jedno ograničenje kojim se štiti žalilac, odnosno tužilac. Naime, čl. 63, st. 2 Saveznog zakona o upravnom postupku obavezuje drugostepeni organ, odnosno Savezni upravni sud da, ukoliko želi da izmeni pobijani akt na štetu žalioca, odnosno tužioca, istog upozori na takvu nameru i da mu mogućnost da se izjasni o tome (čl. 62 Saveznog zakona o upravnom postupku iz 1968. godine, dostupno na <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19680294/index.html>, pristupljeno 29. septembra 2015. godine). Štaviše, žalilac, odnosno tužilac tad ima pravo da odustane od žalbe, odnosno tužbe i time spreči pogoršanje svoje pravne pozicije, što se verovatno najčešće i događa (u tom smislu i Rhinow, René et alia (Koller, Heinrich, Kiss, Christina, Thurnherr, Daniela, Bruehl-Moser Denise), *Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen und Bundesrechtspflege*, Auflage 2, Helbing Lichtehahn Verlag, Basel, 2010, p. 450). Ideja koja stoji iza obe odredbe je da se dozvoli stranci da izabere da li želi da se određeni pravni propisi primenjuju na njenu upravnu stvar.

¹³ Na ovaj način se nesporno može utvrditi koji su propisi bili važeći u momentu pokretanja postupka.

i ponovno vođenje istog postupka. Takođe, time se ublažavaju i vrlo stroga pravila o dostavljanju koja sadrži Nacrt ZUP-a, jer je stranka upoznata sa pokretanjem i vođenjem postupka i očekuje da joj akti vezani za postupak mogu biti dostavljeni. Ovo zakonsko rešenje neće prouzrokovati dodatni posao niti troškove organima uprave. Poziv koji bi oni i inače trebalo da pošalju strankama kako bi im omogućili učešće u postupku i koji bi trebalo da sadrži poziv strankama da se izjasne o odlučnim činjenicama može da bude deo zaključka o pokretanju postupka, koji predviđa Nacrt ZUP-a.

Jedna od najbitnijih novina Nacrta ZUP_a, kojom se poboljšava pravna sigurnost jeste *garantni akt*, koga on određuje kao pisani akt kojim se organ obavezuje da na odgovarajući zahtev stranke donese upravni akt određene sadržine. Garantni akt nije novina u pravnom sistemu Srbije. Naime, on, pod tim ili drugim nazivom, postoji u čl. 19 Carinskog zakona¹⁴, čl. 15 Zakona o državljanstvu Republike Srbije¹⁵, čl. 83 Zakona o državnoj pripadnosti i upisu plovila¹⁶ i još nekim propisima.¹⁷ Garantni akt regulisan je zakonom koji uređuje opšti upravni postupak i u Nemačkoj,¹⁸ Hrvatskoj¹⁹ i Crnoj Gori.²⁰ Nacrt ZUP-a predviđa da je organ dužan da izda upravni akt saglasno garantnom aktu osim 1) ako zahtev za donošenje upravnog akta nije podnet u roku od godinu dana od dana izdavanja garantnog akta ili drugom roku određenom posebnim zakonom, 2) ako se činjenično stanje na kome se zasniva zahtev za donošenje upravnog akta bitno razlikuje od onog opisanog u zahtevu za donošenje garantnog akta, 3) ako je izmenjen pravni osnov na osnovu koga je garantni akt donet tako što se novim propisom predviđa izmena upravnih akata donetih na osnovu ranijih propisa, ili 4) ako postoje drugi razlozi određeni posebnim zakonom.²¹

¹⁴ Službeni glasnik RS, br. 18/2010, 111/2012 i 29/2015.

¹⁵ Službeni glasnik RS, br. 135/2004 i 90/2007.

¹⁶ Službeni glasnik RS, br. 10/2013.

¹⁷ Sličan garantnom aktu, mada u određenom pogledu i širi, jeste pravni institut akta o primeni propisa iz čl. 31 Zakona o inspekcijском nadzoru (Službeni glasnik RS, br. 36/2015).

¹⁸ Čl. 38 nemačkog saveznog Zakona o upravnom postupku, dostupan na http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetzestexte/VwVfg_en.pdf?__blob=publicationFile, pristupljeno 7. septembra 2015. godine.

¹⁹ Čl. 103 hrvatskog Zakona o općem upravnom postupku, dostupan na <http://www.zakon.hr/z/65/Zakon-o-op%C4%87em-upravnom-postupku>, pristupljeno 13. oktobra 2015. godine.

²⁰ Čl. 20 crnogorskog Zakona o upravnom postupku, dostupan na [file:///C:/Users/User/Downloads/Zakon%20o%20upravnom%20postupku-novi%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/Zakon%20o%20upravnom%20postupku-novi%20(4).pdf), pristupljeno 13. oktobra 2015. godine.

²¹ Na primer, čl. 19, st. 8, tač. 1 predviđa da je osnov za odbijanje izdavanja upravnog akta saglasno garantnom aktu (obavezujućem uputstvu o svrstavanju ili poreklu robe) bilo koja izmena

Posebno osetljiv segment pravne sigurnosti jeste primena prava u slučaju izmene propisa. Radi povećanja nivoa pravne sigurnosti Nacrt ZUP-a se "uhvatio u koštac i sa ovim pitanjem". Naime, Nacrtom ZUP-a predviđen je *raskidni rok za podnošenje žalbe u slučaju ćutanja uprave*. Po važećem režimu postoji samo odložni rok za nastupanje ćutanja uprave, nakon čega stranka stiče pravo da podnese žalbu bez vremenskog ograničenja, odnosno sve dok organ ne donese upravni akt kojim okončava postupak. Takođe, rok za odlučivanje organa o zahtevu stranke je instrukcionog karaktera i istekom roka se postupak ne okončava.

Unošenjem raskidnog roka za podnošenje žalbe u slučaju ćutanja uprave, nakon čega se smatra da je postupak okončan i da se žalba ne može podneti, rešavaju se dva problema koja mogu nastati u praksi. Prvi, da stranka nerazumno kasno podnese žalbu, a da je u međuvremenu došlo do jedne ili više izmena propisa koji uređuju datu upravnu stvar. Propisi, po pravilu, sadrže prelazne odredbe kojima se predviđa da se na postupke započete pre njihovog donošenja odnosno izmene primenjuju propisi koji su važili u vreme pokretanja tih postupaka. To znači da bi stranka podnošenjem žalbe protiv ćutanja uprave ostala u režimu propisa koji su važili ranije, što može stvoriti pometnju u pravnom sistemu i znatno otežati rad organa u praksi. Drugi, ćutanje uprave ne okončava postupak. To znači da će se na taj postupak i u slučaju izmene propisa, po pravilu, primenjivati propisi koji su važili u vreme njegovog započinjanja. U slučaju da su izmene zakonodavstva povoljnije za stranku od ranijih propisa, ona će biti sprečena da iskoristi prednost novog pravnog uređenja upravne stvari jer njen postupak još uvek nije okončan.

Povećanje delotvornosti i efikasnosti postupka

Nacrt ZUP-a na nivo načela izdiže odredbu po kojoj su organi koji postupaju u upravnom postupku dužni da po službenoj dužnosti *pribave sve podatke o odlučnim činjenicama koji se vode u službenim evidencijama*, te da ne smeju da zahtevaju od stranke da ih ona dostavi. Uštedu vremena, novca i značajno poboljšanje položaja stranke koje donosi ova odredba ne treba posebno obrazlagati. Podizanjem na nivo načela ova odredba postaje obavezujuća u svim upravnim oblastima, bez obzira na odredbe posebnih propisa koji ih uređuju. Načelo je razrađeno u odgovarajućoj odredbi u delu zakona koji uređuje dokazni postupak, a novina je propisivanje prekršajne odgovornosti za rukovodioca organa koji zahteva od stranke da dostavi podatke koji se vode u službenim evidencijama, kao i za rukovodioca organa koji vodi službenu evidenciju, a ne dostavi blagovremeno tražene podatke organu koji vodi upravni postupak. Potreba uvođenja prekršaj-

propisa, kao i izmena i dopuna komentara carinske tarife.

ne odgovornosti proizlazi iz nedostatka kapaciteta Upravne inspekcije koja bi trebalo da osigura ovaj način postupanja u praksi. Umesto Upravne inspekcije, kontroli pravilne primene ove odredbe vršiće građani i prekršajni sudovi. Time se građanima daje delotvorno sredstvo pravne zaštite, a povećanje obima posla prekršajnih sudova će biti samo privremeno, jer će prekršajno sankcionisanje ovakvog postupanja dovesti do njegovog iščezavanja u praksi.

Slovenačko iskustvo pokazuje da je za uspeh ove značajne praktične reforme potrebno nesumnjivo ukazati da se organi ne smeju pozivati na posebne propise i mimo ove odredbe zahtevati od stranaka da dostavljaju podatke koji se vode u službenim evidencijama. Oni su to postigli time što su izričito propisali da se ova odredba primenjuje "bez obzira na odredbe posebnih zakona". Ista ideja je inspirisala propisivanje u Nacrtu ZUP-a u prelaznim odredbama obaveze primene ovog načela bez obzira na odredbe posebnih zakona, kao i prestanka važenja odredbi posebnih zakona kojima se ustanovljava obaveza za stranku i drugog učesnika u postupku da organu dostavljaju podatke o činjenicama o kojima se vodi službena evidencija. Takođe, za razliku od ostalih odredbi zakona za koje je propisan određeni *vacatio legis*, Nacrt ZUP-a predviđa da će sve odredbe koje se tiču pribavljanja podataka iz javnih evidencija po službenoj dužnosti početi da se primenjuju odmah po stupanju zakona na snagu.

Nacrt ZUP-a uvodi dve novine u pogledu *roka za izdavanje rešenja*. Prvi, da se posebnim zakonom može propisati i duži rok za izdavanje rešenja od onog koji je propisan ZUP-om. Drugi, da se odgovorno lice u organu kažnjava prekršajno u slučaju da ne izda rešenje u roku utvrđenom zakonom. Očigledno se ova dva zakonska rešenja dopunjavaju. Logika ovakvog pravno-političkog izbora leži u činjenici da stranci najčešće nije toliko bitno da li će rešenje biti izdato u roku od jednog, dva ili tri meseca, već da ono zaista u tom roku bude i izdato. Dakle, daleko je važnije da ne dođe do ćutanja uprave.

Odredbe o *ličnom dostavljanju* izmenjene su u odnosu na važeći ZUP. Ako se stranka ne nađe na adresi na kojoj treba da se izvrši dostavljanje, po važećem pravu dostavljač je dužan da još jednom pokuša uručenje. Po Nacrtu ZUP-a to nije slučaj. Dostavljač samo ostavlja pismeno na mestu na kojem je trebalo da bude uručeno i po isteku roka od 15 dana smatra se da je dostavljanje izvršeno.

Ovim izmenama se štiti javni interes, ubrzava celokupan postupak i onemogućava izbegavanje dostavljanje akata koji su nepovoljni za stranku. S druge strane, stranka je zaštićena time što će znati da bi akt trebalo da joj bude dostavljen, bilo tako što je postupak pokrenut njenim zahtevom, bilo tako što je postupak pokrenut po službenoj dužnosti, a koji nije u interesu stranke, prema novom rešenju Nacrta ZUP-a, morao da bude pokrenut dostavljanjem zaključka o pokretanju postupka. Takođe, ako postoje opravdani razlozi zbog kojih stranka nije

mogla da primi pismeno, može se tražiti vraćanje u pređašnje stanje. Dakle, postignut je odgovarajući balans između potrebe da se spreče procesne zloupotrebe i potrebe da se zaštite savesne stranke. Praktična primena ove odredbe Nacrta ZUP-a zahteva pravilnu primenu odredaba drugih zakona, na primer odredaba o obavezi prijavljivanja promene prebivališta, odnosno boravišta.

Uvođenje mogućnosti *odricanja stranke od prava na žalbu* kako bi rešenje što pre dobilo svojstvo konačnosti i pravnosnažnosti, zasnovano je na delotvornoj realizaciji prava stranke i ekonomičnosti postupka. Time se stranci ili strankama omogućava da brže ostvare druga prava čije ostvarenje zavisi od nastupanja konačnosti, odnosno pravnosnažnosti rešenja. Ipak, imajući u vidu da to može biti na štetu drugih lica, u slučaju kada je prvostepeni organ zaključkom odbio zahtev određenog lica da mu se prizna stranačka legitimacija u prvostepenom postupku, Nacrt ZUP-a je predvideo da se i to lice mora odreći prava na žalbu kako bi rešenje postalo konačno i pravnosnažno. Time se izbegava naknadno ponavljanje postupka po istom osnovu, te samim tim povećava pravna sigurnost. To zakonsko rešenje predstavlja kompromis između suprotstavljenih načela ekonomičnosti, s jedne strane, i načela delotvornosti i prava na izjašnjavanje stranke (lica koja smatra da bi trebalo da bude stranka u postupku), s druge strane.

Nacrt ZUP-a propisuje da stranka *u žalbi može da iznese nove činjenice i dokaze*, ali je žalilac dužan da obrazloži zbog čega ih nije izneo u prvostepenom postupku. Ista odredba postoji i kod ponavljanja postupka po tom osnovu. Time se ubrzava celokupan postupak tako što se daje mogućnost stranci da odmah iznese takve činjenice i dokaze, a ne da čeka da rešenje postane konačno pa da traži ponavljanje postupka. U isto vreme, sprečavaju se zloupotrebe procesnih ovlašćenja time što se zahteva savesnost stranke koja nove činjenice i dokaze iznosi.

Podaci prikupljeni u postupku analize efekata Nacrta ZUP-a pokazali su da prvostepeni organi gotovo nikad ne koriste mogućnost da zamene sopstveno ožalbeno rešenje u slučaju osnovanosti žalbe. Svrha tog instituta je povećanje efikasnosti celokupnog upravnog postupka, stranka brže ostvaruje svoja prava i interese, a i manje se opterećuju drugostepeni organi. Izigravanje ove odredbe zakona je u praksi često posledica neangažovanja prvostepenih organa u postupku po žalbi, uprkos zakonskim odredbama. Kako bi se situacija izmenila, Nacrt ZUP-a predviđa obavezu prvostepenog organa da uz žalbu, pored spisa predmeta, drugostepenom organu pošalje i svoj *odgovor na žalbu, u kojem je dužan da oceni sve navode žalbe*. Time će se ubrzati celokupan upravni postupak, bilo tako što će se prvostepeni organ, koji je već morao da analizira i da odgovori na žalbene navode, češće odlučivati na zamenu sopstvenog ožalbenog rešenja, ili će se olakšati posao drugostepenom organu, koji uz obrazloženje prvostepenog rešenja, dobija i pravnu analizu navoda žalbe od prvostepenog organa.

Nacrt ZUP-a propisuje dve novine u pogledu ćutanja uprave. Prva, da se žalba protiv ćutanja uprave predaje direktno drugostepenom organu. To je propisano kako bi bila izbegnuta situacija u kojoj prvostepeni organ koji je ćtao ne drži žalbu i spise predmeta kod sebe, umesto da ih prosledi drugostepenom organu. Takođe, Nacrt ZUP-a propisuje i prekršajnu odgovornost odgovornog lica u organu u tom slučaju. Druga, Nacrt ZUP-a predviđa obavezu drugostepenog organa da u slučaju *ponovljenog ćutanja uprave*, to jest u slučaju da je žalba izjavljena zbog ćutanja prvostepenog organa, a da zatim po nalogu drugostepenog organa za donošenje rešenja, takođe, nije postupljeno, mora sam meritorno da odluči o upravnoj stvari. Time se sprećava "ping-pong efekat", to jest situacija u kojoj stranka ide od prvostepenog do drugostepenog organa i obratno, bez meritornog odlučivanja i jednog i drugog.

Vanredna pravna sredstva

Sistem vanrednih pravnih sredstava je redefinisan i pojednostavljen, ali ne na naćin da se izvrše iskljućivo ili prvenstveno "kozmetićke" promene, bez suštin-skog napretka u ovom delu zakona. Najpre su otklonjene nedoslednosti koje postoje u vaćećem ZUP-u, a zatim praznine u pravnoj zašćiti.

Vaćeći ZUP sadrži nekoliko nedoslednosti. Prvo, jedan od razloga za poništavanje rešenja po osnovu slućbenog nadzora nije vremenski ogranićen (ćl. 253, st. 1, tać. 5 - ako je rešenje doneto kao posledica prinude, iznude, ucene, pritiska ili druge nedozvoljene radnje). To ćini upravne akte koji sadrće taj oblik nezakonitosti ništavim, a ne rušljivim. Oni ne mogu protekom vremena da konvalidiraju. Sledi da to predstavlja razlog ništavosti. Drugo, razlog za ukidanje rešenja po osnovu slućbenog nadzora (ćl. 253, st. 2) je oćigledna povreda materijalnog zakona. Postavlja se pitanje zašto je ovaj oblik nezakonitosti sankcionisan samo ukidanjem, a ne i poništavanjem rešenja. Proizlazi da to predstavlja manje znaćajan oblik nezakonitosti nego oni koji su osnov za poništavanje upravnog akta po slućbenoj dućnosti, na primer, mesna nenadlećnost organa koji je doneo rešenje. Treće, pitanje je i zašto drugostepeni ili nadzorni organi ne bi mogli da uklone svoje nezakonite akte iz istih razloga i pod istim uslovima pod kojim mogu da uklone nezakonite akte prvostepenog organa po osnovu slućbenog nadzora. I drugostepeni organ ili nadlećni organ bi mogli da naćine iste grećke prilikom rešavanja upravne stvari, na primer, da pogrećno primene materijalni zakon. Ćetvrto, pitanje je praktićne, pa i teorijske razlike izmeću oglašavanja rešenja ništavim i poništavanja rešenja i vrednosti takvog razlikovanja. Posledice su iste - akt se uklanja kao da nikad nije postojao u pravnom sistemu. Šćaviše, ćl. 259, st. 1 ZUP odreću-je da su njihove posledice iste. Teorijsko razlikovanje po kojem jedan naćin ukla-

njanja ima konstitutivni karakter (poništanje), a drugi deklarativni (oglašavanje ništavim) jer, navodno, u potpunom slučaju je upravni akt od početka bio ništav i nikakve pravne posledice nije mogao da proizvede, ne nalazi uporište u praksi. Pravna ili faktička nemogućnost izvršenja određenog akta, kao jedan od razloga za oglašavanje rešenja ništavim, mogu da nastupe tek nakon donošenja upravnog akta, na primer, zabranom lova određene vrste životinja za koju je prethodno izdata lovna dozvola. Proizlazi da jedinu razliku čini rok za uklanjanje upravnog akta. To znači da bi se oglašavanje ništavim rešenja moglo smatrati poništavanjem bez vremenskog ograničenja. Novi Zakon o upravnom postupku Crne Gore je predvideo poništavanje u slučajevima koji su prema važećem ZUP-u osnov za oglašavanje rešenja ništavim.

Pored nedoslednosti, koje Nacrt ZUP-a otklanja, pravna zaštita u važećem ZUP-u ima i određene praznine.

Prvo, u praksi veoma opasan oblik nezakonitosti - nepružanje uputstva o pravnom sredstvu stranci ili davanje pogrešnog uputstva - daje strankama za pravo samo da postupe po važećim propisima ili po uputstvu. Postavlja se pitanje šta može neuka stranka da učini ukoliko joj je dato uputstvo da nema pravnog sredstva na raspolaganju. Dok ona shvati da takva mogućnost postoji, kratki rokovi za žalbu (15 dana) i tužbu (30 dana) mogu lako da isteknu. Čak i rok za povraćaj u pređašnje stanje (objektivni rok od tri meseca) daje jako malo vremena nekoj stranci da se zaštiti. Kako je pomoć stranci jedno od osnovnih načela upravnog postupka, propisano je da nepoučavanje ili pogrešno poučavanje stranke o pravu na pravno sredstvo predstavlja osnov za poništavanje upravnog akta i određivanje dužeg roka od par meseci, barem godinu dana (što je najkraći rok za izjavljivanje kod vanrednih pravnih sredstava).

Drugo, krupan nedostatak sistema vanrednih pravnih sredstava po važećem ZUP-u je nemogućnost uklanjanja zakonitih upravnih akata donetih na zahtev stranke, a koji naknadno postaju prepreka stranci za ostvarenje nekog drugog prava. Primera radi, stranka koja je ostvarila uslove za penziju u Srbiji i nekoj drugoj državi sa kojom Srbija nema potpisan međunarodni ugovor koji uređuje ovo pitanje mogla bi da dođe u situaciju da joj se pravo na penziju ne priznaje u drugoj državi zato što je to pravo ostvarila u Srbiji. Ako bi penzija bila veća u drugoj državi, stranci bi odgovaralo da se akt ukloni, a pravni mehanizam za tako nešto ne bi postojao.²²

Treće, u praksi se javio problem da organ ne može uvek da postupi po preporuci Zaštitnika građana, uprkos tome što je zaista učinio nepravilnost i što želi

²² Potreba postojanja mogućnosti za uklanjanje zakonitih rešenja vanrednim pravnim sredstvima u upravnom postupku prepoznata je i u hrvatskom (čl. 130) i crnogorskom (čl. 141) zakonu.

da postupi po preporuci. Čak i tim situacijama, organ ponekad mora da uloži vanredni napor da pronade odgovarajući pravni put za tako nešto. Taj problem se može rešiti uvođenjem posebnog osnova za poništavanje, ukidanje ili izmenu upravnog akta na predlog Zaštitnika građana. Time preporuke Zaštitnika građana ne bi postale obavezujuće, jer bi se to kosilo sa samom prirodom njegovih ovlašćenja i njegovog položaja, ali bi se omogućilo organu da uvek kad to hoće i bez ulaganja posebnog napora može po njima da postupi. Na ovaj način bi se i postupanje po preporukama Zaštitnika građana učinilo ekonomičnijim, bržim i efikasnijim.

Najzad, sistem vanrednih pravnih sredstava u važećem ZUP-u je nepregledan usled razlika koje postoje u osnovima za njihovu upotrebu, nadležnosti organa koji po njima postupaju, ovlašćenju i rokovima za njihovo izjavljivanje ili upotrebu po službenoj dužnosti, po posledicama njihove upotrebe (menjanje, ukidanje, poništavanje akta). Iako se sve razlike ne mogu ukloniti, pisci Nacrta su nastojali da pojednostave sistem spajanjem određenih pravnih sredstava i ujednačavanjem ovlašćenja za podnošenje i upotrebu po službenoj dužnosti, kao i propisivanjem nadležnosti i prvostepenih i drugostepenih ili nadzornih organa da po njima odlučuju. U vezi sa tim, predloženo je da se spoje razlozi za poništavanje i ukidanje po osnovu službenog nadzora i osnovi za oglašavanje rešenja ništavim, koje bi postalo poništavanje bez vremenskog ograničenja i da se spoje osnovi za vanredno ukidanje i ukidanje zakonitog rešenja.

ZAKLJUČAK

Nakon obimnog posla u kome je u dužem periodu učestvovao veći broj radnih grupa, stručnjaci iz teorije i prakse i strane ekspertize, nalazimo se pred usvajanjem jednog od ključnih sistemskih zakona u oblasti javne uprave. Predložena rešenja inspirisana su nastojanjem da se poveća pravna sigurnost, proširi predmet zakona i zaštita stranaka, obezbedi bolje pozicioniranje ZUP-a kao opšteg zakona, poveća delotvornost i ekonomičnost postupka, omogući korišćenje savremenih informacionih i komunikacionih tehnologija, bolje sistematizuju i formulišu pojedini instituti i odredbe zakona. Period od stupanja na snagu do početka primene omogućiće da se stvore pretpostavke za uspešnu primenu i uoče eventualni nedostaci u cilju unapređenja usvojenih rešenja. U vezi sa uspešnom primenom budućeg ZUP-a biće neophodno da se preduzme veći broj međusobno povezanih mera:

1) obuka službenika u cilju razumevanja novih instituta i rešenja i promene načina razmišljanja u pravcu jačanja servisne uloge nadležnih organa. Takođe, potrebno je upoznati građane sa novim položajem u upravnom postupku.

2) uskladiti posebne zakone sa novim rešenjima ZUP-a u definisanim rokovima, pri čemu bi "teret dokazivanja" potrebe za specifičnim uređenjem pojedinih pitanja trebalo da bude na njihovim predlagачima.

3) unaprediti praćenje stanja u oblasti primene ZUP-a. Naime, u praksi se ovom važnom poslu državne uprave iz različitih razloga (nepostojanje dovoljne svesti o značaju, nedovoljna analitička znanja i veštine, nepostojanje ažurnih evidencija o relevantnim podacima i sl.) ne pridaje dovoljan značaj. Posledica je nedovoljno razumevanje problema i njihovih uzroka, usled čega se često predlažu neodgovarajuća rešenja i mere. Tako u oblasti primene ZUP-a organi ne raspolažu elementarnim podacima neophodnim za utvrđivanje uspešnosti primene zakona, uočavanje vrste i stepena nedostataka (kao što su nedovoljan broj službenih lica za rešavanje u upravnim stvarima, slaba organizacija posla, nepostojanje opreme ili softverskih programa i sl.), i preduzimanje mera za prevazilaženje uočenih problema. Primera radi ne postoje podaci o broju prvostepenih postupaka po organima/oblastima, o broju izjavljenih žalbi, o broju odbačenih, odbijenih i usvojenih žalbi, o izjavljenim vanrednim pravnim sredstvima i njihovim posledicama, o stepenu izvršenja rešenja i razlozima neizvršenja i sl.

Pri uspostavljanju evidencija trebalo bi pažljivo odabrati ključne podatke, koji mogu pružiti pravu sliku stanja stvari, bez opterećivanja službenika nepotrebnim statističkim poslovima. Takođe, neophodno je obezbediti i službenike koji će raspolagati odgovarajućim znanjima i veštinama za analitičke poslove, gde stručno usavršavanje ima nemerljiv značaj. Konačno, u vezi sa praćenjem stanja, poseban značaj imaće postupak usaglašavanja posebnih zakona sa ZUP-om²³

Rešenja ZUP-a neposredno su *povezana sa drugim zakonima*. Stoga je pri njihovoj izradi, izmenama i dopunama neophodno obezbediti potpunu koordinaciju. U pogledu Zakona o upravnim sporovima, sledeća pitanja su od značaja: pojam upravne stvari, broj stepena organizacije sudske kontrole uprave (gde je, najpre, merodavan Zakon o uređenju sudova), način utvrđivanja činjeničnog stanja i stepen oslanjanja na činjenično stanje koje je utvrđeno u upravnom postupku i potreba postojanja dva upravna i dva upravnosudska stepena.

²³ Hrvatska je u tom pogledu preduzela određene mere. Naime, nadležno ministarstvo daje mišljenja na nacрте zakona i drugih propisa s aspekta usklađenosti sa odredbama ZUP-a. Nažalost, pokazalo se da, usled nedostatka sankcije za neuvažavanje tih mišljenja, u praksi se još uvek predlažu zakoni koji propisuju drukčije postupanje od onog kako je propisano ZUP-om (i to po pravilu pozivanjem na usklađivanje s direktivama EU). Zato je hrvatskom Strategijom razvoja javne uprave 2015-2020 predviđeno propisivanje obaveze pribavljanja prethodne izjave o usklađenosti posebnih propisa s odredbama ZUP-a u postupku upućivanja predloga propisa vladi. Ovaj mehanizam je zamišljen tako da bez pribavljene izjave o usklađenosti propisa sa ZUP-om zakonski predlozi koji saдрže procesne odredbe neće moći da budu upućeni u zakonodavnu proceduru.

Kod Zakona o državnoj upravi, neophodno je preispitati i uskladiti načela vršenja uprave, vrste i definicije poslova državne uprave (naročito kod pružanja javnih usluga), stav da li mišljenje organa treba da bude obavezujuće, a takođe i ojačati ovlašćenja republičkih organa i povećati odgovornost nosilaca javnih ovlašćenja u pogledu poverenih poslova i poverenih javnih ovlašćenja.

U pogledu Zakona o državnim službenicima, Nacrt ZUP-a pruža pouzdanije kriterijume za ocenjivanje državnih službenika kada postupaju u upravnim stvarima, kao i za individualizaciju i povećanje odgovornosti za obavljanje ove vrste poslova državne uprave.

Povezano sa problemima u vezi sa dostavljanjem upravnih akata strankama (kada počinju da teku prekluzivni rokovi) neophodno je uskladiti rešenja budućeg Zakona o elektronskoj upravi, obezbediti uredno prijavljivanje promene prebivališta i boravišta i povećati odgovornost (potencijalnih) stranaka na tom planu.

DOBROSAV MILOVANOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law University of Belgrade
VUK CUCIĆ, LL.D.,
Assistant, Faculty of Law University of Belgrade

NEW SOLUTIONS OF THE DRAFT LAW ON GENERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN THE CONTEXT OF PUBLIC ADMINISTRATION REFORM IN SERBIA

Summary

The General Administrative Procedure Act (GAPA) is one of the most important elements for public administration reform process. GAPA is a good example of long-lasting legislation in Serbia. This is due to its quality and relatively high level of protection of individuals' rights and legal interests. The fact that GAPA was not frequently changed resulted in increased legal certainty and relatively good knowledge, understanding and application thereof. Nevertheless, economic, social and technological changes require improvement of this systematic law. There are multiple reasons for this: harmonisation with *acquis communautaire*, further increase of legal certainty, enabling use of ICT in administrative proceeding, change of the manner of communication among authorities and between authorities and parties, amendments shown to be necessary in the practice, as well as those necessitated by social changes and increase of procedural efficiency. The authors present and analyse key novelties of Draft GAPA. Proposed amendments aim to augment legal certainty, expand the scope of the law and legal protection of parties, better position GAPA as the general law in the field, increase procedural efficiency and economy, allow use of ICT and better formulate and systemize certain institutes and provisions. Finally, authors indicate a series of measures that have to be undertaken so that new GAPA can be fully implemented in practice. These include normative changes, alignment of special policy domains laws with GAPA and changes and/or better application of other related legislation, training of civil servants and citizens and setting of indicators for *ex post* analysis of GAPA implementation.

ZEHRA ODYAKMAZ,
BAYRAM KESKİN,
OĞUZHAN GÜZEL

PRINCIPLE OF SECULARISM IN TERMS OF PERSONAL AUTONOMY

INTRODUCTION¹

In time, as a consequence of sociological and economical developments, the content of principle of state under rule of law has expanded and embraced all branches of law.

Especially the intense efforts to enhance the respect for human rights, progress in protection and development of fundamental right and freedoms of individuals and particularly the prominence of “human dignity” concept, have charged the public with several tasks in democratic, social and secular state under rule of law.

And in private law, topics such as enforcement of gender equality, protection of children and recognition of children rights, protection of environment have

Prof. Dr. Zehra Odyakmaz, Mevlâna (Rumî) University Dean of Faculty of Law and Professor in Department of Administrative Law.

Assoc. Prof. Dr. Bayram Keskin, Ministry of Environment and Urban Planning, 1. Legal Advisor.

Oğuzhan Güzel, Mevlâna (Rumî) University Faculty of Law, Research Assistant in Department of Administrative Law.

¹ Abbreviations: ama. Above mentioned article, amw. Above mentioned work, ff.and continued, HUDOC. European Court of Human Rights, No. Number, p.page, V.volume, Y.year.

caused emergence of different understandings for the principle of personal autonomy.²

In this study we shall discuss the “personal autonomy” concept in terms of “freedom of religion and conscience” and examine it in the context of “principle of secularism”.

The *subject* of our study shall be to examine inclusion of the principle of secularism in our constitutions and its regulation pattern in our latest 1982 Constitution in terms of its contribution to personal autonomy.

In many provisions of the current Constitution of the Turkish Republic, secularism is mentioned from various aspects. However, we shall rather explain article 24 headed as “Freedom of religion and conscience”, because this article also regulates religious education which is the basis of personal autonomy.

Therefore this study is *limited with* explaining secularism principle in the 1982 Turkish Constitution and examining protection of freedom of religion, which is one of the two facets of secularism principle, by law guarantee from national and international aspects.

Secularism is the basis of the Turkish Republic, rather Turkish law reform that was realized in 1920s by Mustafa Kemal Atatürk who is the founder of our republic, the new regime of Turkish state that has been ongoing since 1071. Atatürk respectively secularised the state, the law, the community and then enforced the inclusion of secularism principle into the current Constitution at the time.

This study is comprised of three parts. In the first part, secularism principle in general, in the second part the stages and its development which secularism principle has gone through in Turkish society; in the third part the elements of principle of secular state and provisions of the Turkish constitution related with principle of secularism, shall be discussed.

The *aim* of our study is; to draw attention to the religious discrimination which is gradually more remarkable in the activities of some western states and international institutions, and to the pointlessness of those underdeveloped societies that are under the influence of this situation making war in their own countries with religious and denominational discrimination.

² Ulsan, İlhan: “Sunuş (Presentation)”, (T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi'nin Kuruluşunun Onuncu Yılı Münasebetiyle T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve İstanbul Barosu İşbirliğiyle Düzenlenen) Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Alanlarında Kamunun Önderliği ve Bireysel Özerklik Sempozyumu (Editors: Prof. Dr. İlhan Ulsan – Prof. Dr. Bahri Öztürk), First Edition, Ankara April 2009, p. 5. For “Personal Autonomy” from various aspects, see. (T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi'nin Kuruluşunun Onuncu Yılı Münasebetiyle T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve İstanbul Barosu İşbirliğiyle Düzenlenen) Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Alanlarında Kamunun Önderliği ve Bireysel Özerklik Sempozyumu (Editors: Prof. Dr. İlhan Ulsan – Prof. Dr. Bahri Öztürk), First Edition, Ankara April 2009, Seçkin Yayıncılık, Hukuk Kitapları Dizisi: 946.

What we want to *emphasize* in this study is that; the only way to attain “social peace”, which is the most important factor of succeeding in both national and international arena, is the principle of secularism that rejects religion and sect discrimination.

I. PRINCIPLE OF SECULARISM IN GENERAL

A. Definition of Secularism

The word “laic” origins from *Laïcisme* in French. The Latin origin of the word is “*Laicus*” and in dictionary definition it means non-spiritual person, non-religious thing, idea, institution. According to some sources the word “laicism” origins from the Greek word “*laos*” which means “public”.

Secularity is a versatile social concept with religious, sociological, political and legal aspects.

Secularism is; in a state everyone having freedom of religion, conscience and thought, state acting its citizens equal irrespective of religion and religious sect and state being governed not by religious considerations but by the needs of the community and by science, government existing separately from religion, education being not religious but scientific.

“Belief” should not be considered only in the strict sense of believing, having religious faith, having belief in God, embracing Islamic religion; but should be acknowledged within a broad sense of including being bounded up with an idea, a thought, an opinion or not having belief in any religion or deity. Together with monotheistic religions meaning having holy belief, “religion” on the other hand includes also primitive religions that are polytheistic or which are based on worship of or belief in multiple deities.

When we speak of “Sect”, interpreting religious topics is generally understood. Different interpretations have given rise to various sects by the specification of the procedures to follow. What is meant by the term sect, is the sects in all religions.

“State being governed not by religious considerations, but by the needs of the community and by science” is of great importance in terms of secularism because this principle is about the secularization of the state.

The basis of sovereignty being the public in a state, is another element of secular state. In other words sovereignty belonging to the public, emerging from the public secularizes the system. We can even recognize this factor as the fundamental factor in terms of secular state. Beside this factor, other factors are vital in respect to explain and concretize secularism and well-signalize its position within the political system.

Thus far we have tried to define secularism. In fact, all definitions about secularism put forward only one aspect of it, even correct they are deficient and cri-

ticisable. In this context, instead of trying to define secularism, it shall be more accurate to consider it as a concept and establish awareness of secularism in the society. Because respect to each others' rights, freedoms of belief, conscience, thought and religion, in other words in the broadest sense "tolerance" and "love" lies behind secularism. However it is a fact that neither respect, nor tolerance or love is not secularism on its own.³

B. History of Secularism

Relations between the state and religious institution appear in three ways; state system dependent upon religion, religious system dependent upon state and secular system. In religion dependent state system, religious leader is also the leader of the state. In state dependent religious system, the religious institution is dependent upon the state and religion is under the pressure of the state authority.

But in secular system, religious and earthly authorities are separated. Secular state means; state that cares about earthly and humane needs of its citizens and tries to meet those needs. In secular state religious affairs are considered as private affairs. In secular state there is freedom of religion and conscience and they are practised in the greatest extent. Until modern ages religion has become effective in social life, had an official feature and involved in daily life. In such societies crime and sin mean the same. It is not possible for the individuals to recognize any religion other than accepted by the state and perform that religion's ceremonies. In a system where state and religion are melded and nested, talking about indivi-

³ Words of "Secularism" and "secular" is used in the Constitution of Turkish Republic. So we preferred to use the same concepts in our study. Eroğlu, Hamza: *Türk İnkılâp Tarihi* (Turkish Revolution History), *Yeniden Düzenlenmiş Genişletilmiş Yeni Baskı*, Ankara 1990, p. 423-424; Odyakmaz, Zehra: "Cumhuriyetimizin 74. Yılında Hukuk İnkılabımızın Temelini Oluşturan Lâiklik (Secularism as the Basis of Our Law Reform In the 74. Anniversary of our Republic)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, No. 9, Y. 1996, V. 3, p. 382-385; Tanör, Bülent- Necmi Yüzbaşıoğlu: *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (Turkish Constitutional Law In Accordance With 1982 Constitution), 2.edition, İstanbul September 2001, p. 85-88; Derdiman, Ramazan Cengiz: *Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni* (General Principles of Constitutional Law and Turkish Constitutional Order), 1.edition, İstanbul March 2006, p. 344. For concept of laicism and its difference from secularism, see. Altınbaş, Deniz: *Fransa Örneğinde Avrupa'daki İslam Etkisi: Müslümanların Avrupa Devletlerini ve Toplumlarını Dönüştürmesi* (Islam effect in Europe in French Model: Muslims' Transformation of European States and Societies), 1. edition, İstanbul November 2011, p. 148-151, p. 171 ff., p. 195 ff.; Gözler, Kemal: *Anayasa Hukukuna Giriş* (Introduction to Constitutional Law), *Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, 18.edition, Bursa August 2011, p. 203; Gözler, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (Lectures on Turkish Constitutional Law), 12.baskıdan tıpkı Ek Baskı, Bursa February 2012, p. 64. For "Bibliography" on Secularism, see. Odyakmaz, Zehra: "Millî Birlik, Lâiklik ve Evrenselleşen Atatürkçülük (National Unity, Secularism and Universality of Kemalism)", p. 61-105, T.C. Genelkurmay Başkanlığı, Ankara, Atatürkçülük Konferansları-I, Ankara 2003, VII+290 pages, Genelkurmay Askerî Tarih ve Stratejik Etüd Başkanlığı Yayınları, p. 77-78, footnote 29.

duals' freedom of religion is out of question. This period is called theocratic pressure stage, in other words the stage where religion rules over and puts pressure on the society. Hereby it is impossible to mention individual autonomy. In time, this harsh and strict practice has left its place to tolerance.

According to some historians, the reason how the Ottoman State established and sustained a powerful state is their tolerance to non-Muslim Ottoman citizens. However tolerance does not mean the freedom of religion as we understand today. In tolerant periods there is no equality between religions. The state has granted a living space as a favour to those from other religions. Tolerant stage was followed by secular stage. The church and the state were separated in the west, and the social order was grounded on different basis other than religious ones. A consequence of this separation has been state's giving freedom to their citizens in their religious beliefs and maintenance of freedom of religion. Secularity is a concept related with Christianity, used for defining clergymen during the periods of first appearance of Christianity. Secularity later became a slogan of the fights against the church. When Christianity first appeared it did not claim to dominate the world. It aimed to maintain and to prepare salvation of the individuals for the hereafter (other world). In other words, in its origin Christianity makes a distinction between the earth power and heaven (sky) power and was not interested in earth power. However in time the Church slowly started to make its authority apparent in the society. The Church, which first started to get close to the earth power, took full power over it in progress of time and became a strong authority. This supremacy of the Church lasted all through Middle Ages. Therefore secularism in the West became a slogan of the fights against the Church's supreme power. In short, secularism in the West was the slogan of the struggle for the Christianity to go back to its original form.

Secularism in the West has gone through three stages and has taken on today's meaning. At first, the ones who held the power of state has abandoned favouring a specific religion and sect and treated every religious belief equally. Later, state institutions and religious institutions were completely separated and the state did not have an official religion. In the third stage, law order was cleared of religious rules. ⁴

C. Features of Secularism

Secularism means the separation of religious and state affairs and providing freedom of conscience for each citizen. Secularism is; allowing dominance of wisdom in maintaining state's political, legal and social order. Secular state neither interferes with individual's religious belief and worship nor can perform

⁴ Eroğlu, Hamza: amw., p. 427-428; Günday, Metin: *İdare Hukuku (Administrative Law)*, Aynı Baskı/ 10. edition, Ankara October 2013, p. 53-54.

rituals on its behalf. In secular state there is freedom of religion and conscience but in non-secular state there is none. Secular state is not a religion dependent state but it is not a religion enemy state either. In a non-secular state religion becomes an instrument for politics. Executives in power wish to use state authority for the benefit of their own religion. In a secular state law and education are also secular. In a secular state, state cannot have a religion. State having a religion contradicts with the principle of equality before the law for citizens, who are from different religions and who have no religion, before the law. Idea of state under rule of law and idea of supremacy of one of the current religions contradict. State being secular requires equality of people from different religions before the law. At the same time maintains equality between people from same religion with different sects. In a secular state as a consequence of freedom of religion, all religions are acknowledged unless they contradict the public order. Modern state is secular state. Secularism is a requirement of civilized life. It is also the fundamental basis of public law.⁵

II. STAGES AND DEVELOPMENT OF PRINCIPLE OF SECULARISM IN TURKISH SOCIETY

A. Secularism in the Old Turks (Before Seljuks) and Anatolian Seljuk State (1071-1308)

Idea of secularism did not come out all of a sudden, it developed phase by phase. Preparations were made by Old Turkic states. Being a nomad and warrior nation, Turks have not been narrow-minded, fanatic. They have managed to dissolve various cultures within their own point of view. Hazar State, ruling in Idil-Ural region for a long time, had four viziers to control Muslim, Jewish, Christian and Shamanist Turkish nationals. This reveals how they respected freedom of belief and they separated laws and religion. Being by no means a fanatic, Tall Hasan (Uzun Hasan) who is originally Turkish and ruler of Akkoyunlular State also had a church built for his Christian wife and had some churches repaired. In Anatolia, Seljuks promulgated a soft Islamic mentality, were tolerant in art and thought. Herein were the effects of theorists such as Mevlana, Yunus Emre and Hacı Bektaş Veli. These theorists have been respectful to freedom of conscience and treasured human being. Great Turk theorist Mevlana, stated that human is the supreme being to be adored. In his age, he did not tolerate pressure on consciences, advised collaboration and harmony. Mevlana stated that, starting from the fact that human is a conscious being he can make good use of life. In his philosophical point of view he adopted a tolerant religious understanding. Turk theorist Yunus Emre gave best samples of freedom of conscience in his poems, defended peace and truth, advised loving God and people. Turk theorist Hacı Bektaş Veli, allowed

⁵ Eroğlu, Hamza: amw., p. 424-425.

for a soft Islamic mentality and gave importance to family life pursuant to the old Turkic morals. Anatolian Seljuks, giving great importance to the madrasahs where religious sciences are taught, they also established institutions where earth sciences are studied.⁶

B. Secularism in Ottoman State (1302-1922)

We perceive that Ottoman State was a custom-bound state with national character, generally on its establishment and development period. However, following the cession of caliphate to Ottoman Dynasty in 1517 it is accepted that the state gained a full religious state character and became a theocratic state. In fact, the Ottoman State is an entirely sui generis state. It is neither a quite Islamic state nor a complete secular state. Ottoman State is not a full Islamic state as generally assumed. If someone from another religion (non-Muslim) accepts paying jizya (poll tax) and not fighting against Muslims he had the right to settle in Dar al-Islam, to do business and to keep his religion. Therefore non-Muslim minorities were subject to their own religious leaders and laws in acting in accordance with their customs and completely free in their beliefs and worships. The Ottoman Emperor Mahmut II remarked this freedom briefly by saying: "I become aware of my Muslim citizen in the mosque, the Christian one in the church and the Jewish one in the synagogue. My affection and justice is strong for all of them and all are my real children". Mahmut II was a very tolerant emperor in terms of religion. It was probably due to his step-mother Sultan Nakşidil's influence. As known, his mother died when Mahmud II was very young and his father Abdulhamid I assigned Sultan Nakşidil for his care, who was once a French woman named Aimée du Buc de Rivéry but later became the fourth kadınefendi (official wife). Nakşidil adopted Mahmud and became a real mother to him and had great contribution in his raising. When Nakşidil begot tuberculosis and became seriously ill, emperor Sultan Mahmud II said "My dear mother, you wished to die by rituals of the religion of your ancestors. Let your wish come true. Here is a Catholic priest" and left Nakşidil alone with the priest and she gave her last breath by a Catholic priest beside her. When we read the real story from the diaries of priests we are much more moved. In the Ottoman Empire sharia law was not fully practised. Even though the penalty for adultery was stone to death, in the Fatih Code the penalty for this crime was corporal punishment convertible to civil penalty in contravention of sharia law. This provision was repeated in the Code of Sultan Suleyman the Magnificent who was also a caliph. And during Tanzimat reform era, rules which disregarded shaira provisions were adapted from the west and put into force. Finally, the Ottoman State is not a fully secular state either. Altho-

⁶ Eroğlu, Hamza: amw., p. 428-429; Ülken, Hilmi Ziya: Lâiklik (Secularism), 50, Ankara Üniversitesi İlahiyât Fakültesi, Ankara 1973, p. 70.

ugh there was full tolerance for all religions and principle of equality for citizens of all religion and sect was acknowledged after the Tanzimat, Muslim citizens and citizens from other nations were assured of life, honour, moral and property in accordance with “shaira rules”. The religion of the state is Islam and the sultan is the protector of Islam acting as the caliph. State government is absolute monarchy. Sultan, acting as the caliph, is theoretically the religious leader of all Muslims. In recent years, it has been urged that the Ottoman State was a secular state. However, making some secular arrangements by necessity through pace of life regardless of religious rules does not mean the commencement of a radical movement such as secularisation of state and structure of the society. Secularism is the masterpiece of Mustafa Kemal Atatürk and the Republic.⁷

C. Features of Turkish Law Reform in Terms of Personal Autonomy
and Principle of Secularism

In terms of thought and ideal, Turkish reform is expressed as Kemalism. The pillars which the Turkish reform is based on are expressed as principles of Atatürk. Principles of Turkish reform are gathered in two groups as fundamental principles and complementary principles: There are six fundamental principles: Republicanism, nationalism, populism, secularism, statism and reformism.⁸ Complementary principles are; national sovereignty, national independence, national unity and solidarity, peace at home peace in the world, scientificism and rationalism, modernisation, humanitarianism.⁹ By reformism, taking the society to contemporary civilisation level has been aimed. So the reforms have been realized particularly in social field. Here the most important reform is secularism which is made the basic principle of the state. Some of the principles were implemented which were derived from developments in European countries and some of them from trends that affected the whole Asia and the third world. Nationalism, republicanism and secularism are the global changes that appeared in consequence of developments in the European countries. Populism, reformism and statism have been the principles which were presented upon newly developing left currents and especially upon the new order established in the north. When determining these principles, the integration in compliance with our national structure was taken as basis. Then, these six principles are the outputs of a unique na-

⁷ Eroğlu, Hamza: amw., p. 250-254, p. 429 ff.; Gören, Zafer: *Anayasa Hukukuna Giriş* (Introduction to Constitutional Law), T.C. Anayasası Eki ile, II.Edition, İzmir 1999, p. 106-107; Odyakmaz, Zehra: “Millî Birlik, Lâiklik ve Evrenselleşen Atatürkçülük”, ama., p. 80-83; Odyakmaz, Zehra: “Cumhuriyetimizin 74. Yılında Hukuk İnkılabımızın Temelini Oluşturan Lâiklik”, ama., p.385- 393.

⁸ For detailed information, see. Eroğlu, Hamza: amw., p. 361-445.

⁹ For detailed information, see. Eroğlu, Hamza: amw., p. 446-499.

tional synthesis. When considered one by one each has a reason and a sense in terms of national values. The basis of law reform which was realized in the Republican period, with no other example in the history and that involves rapid change, is secularism. At first the state and the state order were secularized and then the laws, education and social life, thereby the way for bringing Turkish society to the level of contemporary civilization was paved. We consider Turkish law reform as the secularisation of law in every field. Law being secular means, state not being obliged to or dependent on religious basics, religious rules and provisions. Secular state means, the state which does not include to this system any rule within its law order “just as a matter of religion” and also does not impose sanction again just for religion. Nevertheless, even in the most modern law systems in force there are common provisions with religion. However if these common provisions or rules exist in these systems not as an “order of law” but as a “social necessity” the state’s and the law order’s secularity nature does not disappear. The law reform was carried out slowly, with patience and sometimes pausing, balancing the current system and the system he wished to realize, but never deviating from his purpose. The only target of this great reform was to accommodate secularity in Turkey. According to Atatürk, “Secularism does not only mean separation of religious and earthly affairs. It is the freedom of conscience, worship and religion for all citizens”. According to Turkish reform, secularism has a special significance. The historical, social and political circumstances established sense of secularity so as to meet Turkey’s needs. Secularism in Turkey was realized in conformity with the conditions and requirements of the country in order to switch to a rational state structure. Secularity which takes place in Turkey is specific to Turkey. Turkish law reform has been considered as one of the most significant events of law history and some western jurists have regarded our reform as an important and surprising event in history of Islam. Sauser-Hall said: “The most powerful one of Islam states abolishes almost a thousand years of its customs. Such a radical and rapid change is unknown to history. There is no such a braver experience in any country and society.”¹⁰ As we mentioned shortly before, secularism is entirely Atatürk’s and the republic’s masterpiece.

D. Secularism During The Republican Period (1923-...)

¹⁰ Odyakmaz, Zehra: “21. Yüzyılın Başında Evrenselleşen Atatürkçülük (The Universality of Kemalizm at the Early 21st Century)”, Ankara Barosu Dergisi, No. 2001/4, Y. 59, p.158-161; Odyakmaz, Zehra: “Atatürk’ün Hukuk İnkılabının 21. Yüzyılda Türkiye’de Yönetim ve Toplum Yaşamındaki Etkileri (The Effects of Atatürk’s Law Reform in 21. Century in Turkey on Administrative and Social Life)”, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, V. XIX, July 2003, No. 56, p. 610-611; Eroğlu, Hamza: amw., p. 425.; Odyakmaz, Zehra: “Millî Birlik, Lâiklik ve Evrenselleşen Atatürkçülük”, ama., p. 61-67, p. 89-90; Odyakmaz, Zehra: “Cumhuriyetimizin 74. Yılında Hukuk İnkılabımızın Temelini Oluşturan Lâiklik”, ama., p. 410-411.

It is the republic which brought secularism to Turkish society and secularism in real terms entered into Turkish state life by republic and its development took place within this regime and in 1937 it was included in the Constitution and completed its legal progress. According to one of our scientists, it will not be a mistake to say that the only target of Atatürk's reforms was to accommodate secularism in Turkey. In this respect, it is not right even to say "Atatürk's reforms". He had only one reform and that is secularism; all other reforms, just like the pieces of a mosaic, had been different aspects of this great reform.¹¹

1. Atatürk's Opinions About Religion and Principle of Secularism

Atatürk, a great statesman and reformist, treasured human and social relations of human. According to him; respect to religion is a consequence of respect to the rights of the believer. What he opposes is obscurantism, mingling religious and state affairs. "Religion is a matter of conscience. Everyone is free to obey what his or her conscience enjoins him or her. We respect religion. We are not against thought. We are only trying not to mingle religious affairs with national and state affairs, we are avoiding fanatic behaviours grounding on intention and action." Atatürk was a faithful man and he never rejected religion. According to him: "Religion exists and it is a necessary institution." "Religion and sect concern the individual's own conscience. No one can force another to accept any religion or sect. Religion and sect can never be made an item of politics." "Continuity of unreligious nations is impossible. But it is certain that religion is the connection between the God and his servant. We have no priesthood; we are all equal and equally bound to learn the rules of our religion. Every individual needs a place to learn about his religion, sense of religion and credo and that place is no doubt the school." He found it necessary to fight with the ones who make religion an item to politics. He considered secularism as a reflection of rationalism to religion. Principle of rationalism which underlies the reform found its place in secularism. He said: "We insist on principle of secularism because freedom of religion which may be the most sacred values of national will and humanity can only be preserved by being attached to principle of secularism." In accordance with him, secularism does not only mean to separate religious and earthly affairs but also to guarantee freedom of conscience, worship and religion of all citizens. Likewise it means thinking with free thought and respectively state controlling religious circles. He considered secularism and secular republic as the basis of political life. Where

¹¹ Erman, Sahir: "Laiklik ve Masonluk (Secularism and Masonry)", Mimar Sinan, No.61, İstanbul 1986, p. 17. For detailed information on Republican period, see. Mumcu, Ahmet: "Cumhuriyetin İlk Dönemlerinde Laiklik (Secularism at the Early Periods of Republic)", Atatürk Araştırma Merkezi, V. I, No. 2, March 1985, p. 513-526, T.C. Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi.

Ataturk differs from anti-secularists is that he believes religion is a matter of conscience and everyone is free to follow his conscience.¹²

2. Secularisation of the “State” in the Republican Period

None of the acts and actions of the secular state can take their source from or depend on religious rules. Secularism is a principle that restricts the state rather than the individuals. Public’s vote, thought and opinion is important in democracies and they are affected by many environmental factors and religion. What is against secularism in democracies is not people being affected by religion and other sociological factors in the formation of their idea and opinion, but the state’s basing its legality on religion, be affected by religion and imposing religious values and rules on whole society.” The function of secular state is determined during the democratic process which shall be constituted by the codetermination of everyone directly or through their representatives. In secular state decision making and practising is granted to the person and thus it becomes possible for the person to make decisions related to his own future by himself. Besides, even it cannot be said that secularism is a “must” for democracy, if the state is not dependent upon religious rules nation shall lay down the rules by themselves.¹³ It is generally said that “secular state does not have religion”. It does not mean that, there is no provision in the constitution regarding the state’s official religion, state does not recognize the religion, the state does not allow any religion or the state does not give religions the right to exist. On the contrary existence of a provision in the constitutions related to state’s religion contradicts the principle of equality of citizens of the specified religion and the ones from other religions or the ones who do not have a religion. It also violates human rights. In fact the point to be actually emphasized here is whether a state can have a religion or not. In my opinion not only a secular state but no states can have religion because religion is entirely a humane issue. In other words it is human-specific. However “human” has or does not have a religion. Even if the state is the one where entirely religious rules are practised that religion is not the religion of the state but the religion of the majority of the public. Therefore, the articles stating “the religion of the state is Islam” which existed in 1876 and 1924 Turkish Constitutions is against the core and humane nature of the religion. We may specify the steps for secularisation

¹² Erođlu, Hamza: amw., p. 433-435; Mumcu, Ahmet: *Atatürkçülükte Temel İlkeler* (Fundamental Principles in Kemalism), İstanbul 1981, p. 135-136; Gören, Zafer: amw., p. 107-108; Odyakmaz, Zehra: “Cumhuriyetimizin 74. Yılında Hukuk İnkılabımızın Temelini Oluşturan Lâiklik”, ama., p. 393-395; Odyakmaz, Zehra: “Milli Birlik, Lâiklik ve Evrenselleşen Atatürkçülük”, ama., p. 83-84.

¹³ Derdiman, Ramazan Cengiz: amw., p. 345. For the democratization-liberation relation, see. VURAL, Hasan S.: *Türkiye’de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence* (Constitutional Assurance For Freedom of Religion in Turkey), First Edition, Ankara April 2013, p. 38-40, p. 53-57.

of state in Atatürk's period as follows: Firstly Caliphate was abrogated in March 3 1924. Some authors consider the abrogation of caliphate as the first step for secular state. The same day by another law the Ministry of Religious Affairs was abolished. Thus "the state system that involves religion to politics" became a history. In 1924 Constitution the religious expressions within the oath texts of the deputies and President were excluded and thus the Constitution was secularised as well. In the preamble of law of amendment it was stated that "Secularism is the most developed state feature for improving to contemporary civilization level".¹⁴

3. Secularization of Law in the Republican Period

According to Atatürk; national sovereignty is the basis of liberty, equality and justice. For the regulation of all laws, in every kind of institution it shall be acted within the basics of national sovereignty. It is observed that in setting up laws and in other regulations, secularism was adopted in this period. Thus secular laws were derived from the west. The law system was secularized by this way, so the provision of Lausanne Treaty regarding the foreign law specialists to consult for five years was abolished due to the consultants being sent back to their countries before the deadline. In the field of civil jurisdiction, law reform started with the reception of 1926 Civil Code. The Civil Code allowed the invalidity of some rights which were granted to the minorities in Turkey by the Lausanne Treaty, elimination of gender discrimination from the legal life and a monotic practice in the country in which no local legislation differences can exist. Civil Code is the major phase of secularism. Religious law was abolished and instead of personal, family, heritage, property and all kinds of debt relations, a brand new system depending on freedom and equality was adopted. Article 226 of the Civil Code related with religious education, stating that a major is free to choose his/her religion is the firmest ground of secularism principle. This provision was kept precisely in the new Turkish Civil Code of 22.11.2001¹⁵. The Civil Code was followed by other secular laws.¹⁶

¹⁴ Odyakmaz, Zehra: "Cumhuriyetimizin 74. Yılında Hukuk İnkılabımızın Temelini Oluşturan Lâiklik", ama., p. 395-397; Odyakmaz, Zehra: "Millî Birlik, Lâiklik ve Evrenselleşen Atatürkçülük", ama., p. 84.

¹⁵ Article 341 of the Turkish Civil Code of 22 November 2001/4721: "III. Religious Education - Parents shall have the right to decide on the child's religious education. Any agreement restricting this right of the parents shall be invalid. A major shall be free to choose his/her religion".

¹⁶ Odyakmaz, Zehra: "Cumhuriyetimizin 74. Yılında Hukuk İnkılabımızın Temelini Oluşturan Lâiklik", ama., p. 397-403; Odyakmaz, Zehra: "Millî Birlik, Lâiklik ve Evrenselleşen Atatürkçülük", ama., p. 84.; Eroğlu, Hamza: amw., p. 254-260.; Odyakmaz, Zehra: "Atatürk'ün Hukuk İnkılabının 21. Yüzyılda Türkiyede Yönetim ve Toplum Yaşamındaki Etkileri", ama., p. 610-612.

In parallel to the law reform in civil jurisdiction, radical reforms were carried out also in military jurisdiction.¹⁷

4. Secularization of "Education" in the Republican Period

On March, 3, 1924, the Caliphate was abrogated, the Ministry of Religious Affairs was abolished as mentioned above. On the same date, the right of acting laws concerning Law on Unification of Education was accepted and consequently religious education ended and the period of national education started. As a natural consequence of this law, madrasahs were closed. The Unification of Education Law ceased the dual education and training system since Tanzimat and laid a foundation to a secular educational and training system.¹⁸

5. Secularization of "Society" in the Republican Period

Very important regulations were made for the secularisation of the society. In 1925; the closure of religious convents and dervish lodges, change of headgear, the international time and calendar system, abandonment of Islamic traditions were the regulations for secularising and modernising Turkish society in terms of both content and form. Closure of all religious-looking institutions such as convents and lodges which negatively affect people's daily life and recognition of civilized clothing such as headgear and dress caused radical changes socially. In 1928 international numbers and Latin alphabet were adopted. In 1929, Arabic and Persian lessons were abolished and in 1931 international measurements were accepted. In 1934 Law on Family Names were accepted and by the same law it was forbidden for clergymen to wear religious clothes outside the temples, mosques. In 1935, weekend was taken from Friday to Sunday. They were all regulations for secularism. We also want to mention the Institute for Turkish History established in 1931 and the Turkish Language Institution was established in 1932 by great Atatürk. The Institution for Turkish History was established, for writing an autonomous Turkish history independent from Islam history and the Turkish Language

¹⁷ For military jurisdiction, see. Odyakmaz, Cevad: *Askerî Ceza Hukuku Hususî Kısım (Askerî Suçlar) ve Askerî Muhakeme Usulü Hukuku (Military Criminal Law Private Section (Military Crimes) and Military Procedural Law)*, Ankara 1959, p. 88-96; Özarpat, M.Hilmi: *Askerî Ceza Yargılama Usulü Hukuku (Military Criminal Judiciary Procedural Law)*, 2. Edition, Ankara 1950, p. 30 ff.; Saçlıoğlu, Nahit: "Askerî Yargının 1924, 1961, 1982 Anayasaları Dönemlerindeki Durumu (The Status of Military Jurisdiction in the Periods of 1924, 1961, 1982 Constitutions)", Bahri Savcı'ya armağandan ayrı baskı, Ankara 1988, p. 406-432; Taşkın, Rifat: *Askerî Ceza Kanunu (Military Penal Code)*, Şerh, 8. edition, Ankara 1946, p. 13-16; Taşkın, Rifat: *Askerî Muhakeme Usulü (Military Code of Procedure)*, Mukayeseli Şerh, 2.edition, Ankara 1943, p.1-4.

¹⁸ Eroğlu, Hamza: amw., p. 426-427; Derdiman, Ramazan Cengiz: amw., p. 347; Odyakmaz, Zehra: "Cumhuriyetimizin 74. Yılında Hukuk İnkılabımızın Temelini Oluşturan Lâiklik", ama., p. 404-405; Odyakmaz, Zehra: "Millî Birlik, Lâiklik ve Evrenselleşen Atatürkçülük", ama., p. 85-86.

ge Institution was established with the purpose of saving Turkish language from foreign words and especially from the domination of Arabic and Persian. Studies carried out in line with their aim by both institutions played an important role for the formation of a secular and national Turkish society. Fine arts such as art, sculpture, cinema, drama and music also improved, guided by secular state, secular law and secular education.¹⁹ At this point, it shall be appropriate to mention the studies Atatürk carried out for woman rights. Turkish women were granted civil rights in 1926, the right to vote and be elected for local administrations in 1930 and right to full politics in 1934.²⁰

6. Features of Secularism Reform

Secularity which is the basis of the Republic's reforms was realized in a society where majority of the people were Muslims and where people had been living in a theocratic state order for centuries. Therefore the aim of the Republic's secu-

¹⁹ Ozankaya, Özer: "Atatürk: Türk Renaissance'nın Mimarı (Atatürk: The Master Builder of Turkish Renaissance)", III. Türk Hukuk Kurultayı, Türk Hukuk Devrimi Bildiriler, Ankara 1981, p.348; Odyakmaz, Zehra: "Millî Birlik, Lâiklik ve Evrenselleşen Atatürkçülük", ama., p. 86-88; Odyakmaz, Zehra: "Cumhuriyetimizin 74. Yılında Hukuk İnkılabımızın Temelini Oluşturan Lâiklik", ama., p. 405-408; Odyakmaz, Zehra: "Atatürk'ün Hukuk İnkılabının 21. Yüzyılda Türkiye'de Yönetim ve Toplum Yaşamındaki Etkileri", ama., p. 614-620.

²⁰ For Atatürk and woman rights and for woman rights in Turkish law, see. Odyakmaz, Zehra: "Anayasalarımızda Kadın Hakları (Woman Rights in Our Constitutions)", Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, V. 5, No. 14, March 1989, p. 455-466; Odyakmaz, Zehra: "Anayasalarımızda Kadın Hakları (Woman Rights in Our Constitutions)", I. International Atatürk Symposium (Opening Speeches – Declarations), 21-23 September 1987, p.465-476, Ankara 1994, VIII+1159 pages, Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi; Odyakmaz, Zehra: "Geçmişten Bugüne Türk Kadınının Hakları (Rights of Turkish Woman From Past to Present)", Gazi Üniversitesi İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi Dergisi, V.6, Y.1990, No. 1, p. 503-550; Odyakmaz, Zehra: "Kamu Hizmetinde Türk Kadını (Turkish Woman in Public Services)", p. 140-153, Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu (Symposium on Gender Equality), 17-18 May 1998 9 Eylül Üniversitesi İzmir, İzmir 1998, XXXVII+428[28] pages, 9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 86; Odyakmaz, Zehra: "Die Türkische Frau im Öffentlichen Dienst (Translated by: Hakan Hakeri)", p. 157-164, Symposium Gleichberechtigung 17-18 May 1998 İzmir, Juristische Fakultät der Dokuz Eylül Üniversitesi, Vorträge, Bearbeitung: Prof. Dr. Zafer Gören, İzmir 1998, XXXVII+428+[28] pages, Veröffentlichungen der Juristischen Fakultät der Dokuz Eylül Üniversitesi No.86; Odyakmaz, Zehra: "Türk Kadınının Geçmişten Günümüze Kadar Yasama, Yürütme ve Kamu Hizmetindeki Etkinlikleri ve Atatürk'ün Kadın Haklarına Verdiği Önem (Legislative, Executive and Public Services Functions of Turkish Woman From Past to Present and Importance of Woman Rights for Atatürk)", Türk Hukuk, Türk Hukuk Enstitüsü'nün Aylık Yayını, 2000, Y. 5, No. 52, p. 3-14; Odyakmaz, Zehra: "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) Açısından Türk Kadınının Durumu (The Status of Turkish Woman in Relation to the Convention on Elimination of All Kinds of Discrimination Against Woman)", İşveren, Nisan- May 2005, No. 7-8, V.43, p. 34-37.

larism was to isolate Islam from its social function, to insert it into people's inner world, into their consciences and to prevent its reflection from their inner world to outside. In other words the essence of Atatürk's secularism was personalization of Islam. The Republic's secularism, just like the western secularism, anticipated a state order which does not discriminate religion and sect, with no official religion and which is not governed by religious rules. However whilst religious rules were cleared from state and law order, attention was paid not to leave the state distant from religious services. Religious services were accepted as a "public service" and they were transferred to an institution within central (general) administration namely to the Presidency of Religious Affairs. The religious services were not included in public service and were given to religious communities in the west. The reason why we did not do so was due to nature of the Islam. It was considered that, in case religious services were delivered to congregations those congregations would become very powerful and their conflicts with the state would be unavoidable and thus religion would burst from people's inner worlds, their consciences and would come back to its social function.²¹

E. Principle of Secularism Today

Principle of secularism continued its existence until today since the proclamation of the Republic in 1923, both in our laws and in other legal regulations and it is guaranteed by 1961 and now by 1982 constitutions.²²

1. Principle of Secularism in Turkish Constitutional Law

If we give a look constitutionally, the Republic's principle of secularism, as the basic features are given above, was included in the first Turkish Constitution of 1924 by an amendment in 1937 and it was made one of the basic characteristics of the Republic. When we consider it from the point of features and elements of Atatürk's secularism, this revolution was given a start on 23rd April 1920 by the gathering of Turkish Grand National Assembly in Ankara. Gathering of the Assembly on 23rd April 1920 with the idea of sovereignty rests unconditionally with the nation did not mean the establishment of a parliament only for the performance of legislative power. Far beyond that, it meant a significant change and transformation in the source and usage of sovereignty in the structure of the state. That is to say, sovereignty that used to belong to God and being used by the head of the state, the Sultan, who also held the position of Caliphate on behalf of the God was attributed to the Nation and on behalf of the nation it was anticipa-

²¹ Günday, Metin: amw., p. 54-55.

²² Odyakmaz, Zehra: "Millî Birlik, Lâiklik ve Evrenselleşen Atatürkçülük", ama., p. 88-89; Odyakmaz, Zehra: "Cumhuriyetimizin 74. Yılında Hukuk İnkılabımızın Temelini Oluşturan Lâiklik", ama., p. 408-409.

ted to be ruled by the Assembly. In other words, sovereignty would be taken from the sky to the land. That means; from now on legislation, execution and jurisdiction powers born by the sovereignty shall not be used in the name of God and in accordance with religious rules but in the name of Nation and in accordance with the rules to be laid down by the Assembly generated by representatives of the Nation. Neither the rules that regulate public administration nor the rules that regulate relations between individuals shall be in the nature of order of God and religious origin.

By this amendment, two basic features of the Republic's secularism were emphasized. The first one, which is also a basic feature of western secularism, is clearance of social life and relations from religious rules and its regulation to be delivered to the jurisdiction body, the Turkish Grand National Assembly. The second feature, which differentiates the Republic's secularism from the western, is the State should not be unfamiliar with interpretation of the religious rules related only with belief and rituals, resolution of religious problems and administration of religious institutions. On the contrary, this should be regarded as a public service and to carry out that service the Presidency for Religious Affairs was established.²³ The Law on Unification of Education ended the duality among the schools in the state and connected all schools in Turkey to the Ministry of National Education.

2. Inclusion of Principle of Secularism into Turkish Constitutions

In the 1876 Turkish Constitution theocratic structure of the Ottoman State was emphasized. After the establishment of the first Turkish Grand National Assembly in 1920 there was no provision in the 1921 Constitution regarding state's religion. By the amendment in the constitution with the proclamation of Republic on October 23rd 1923, the dictum of "The State's religion is Islam" was included in the Constitution for the purpose of maintaining unity and pleasing the conservative circles within the circumstances of the time, as a sort of compromise. This provision was quoted in the second Turkish Constitution of April 20th 1924. However the proclamation the Republic, newly prepared laws improved both our public and private life secularly. Therefore, the principle of secular state which virtually existed, took its place in the Constitution after a while. In 1928, the dictum of "The religion of Turkish state is Islam" which took place in 1924 Constitution was annulled but the principle of secularism was not included. The oath texts of the President and the deputies changed and transformed from "wallahi" to "I promise in my honour". The constitutional amendment of 1928 was followed by the 1937 amendment. And by this amendment; principle of secu-

²³ Günday, Metin: amw., p. 55-58; Gören, Zafer: amw., p. 109; Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku (Turkish Constitutional Law), Gözden Geçirilmiş 15. edition, Ankara 2014, p. 33.

larism took place in 1924 Constitution. 1961 Constitution adopted secularism as it is and considered it among the characteristics of the state. Different from Constitutions of 1924 and 1961 constitutions, article 2 that states the characteristics of the republic was included in the irrevocable provisions of the current 1982 Constitution. By the existence of this article, secular state has gained a quite different identity.²⁴

III. ELEMENTS OF PRINCIPLE OF SECULAR STATE AND PROVISIONS OF 1982 TURKISH CONSTITUTION IN FORCE RELATED TO PRINCIPLE OF SECULARISM

The principle of secularism acknowledged in our country, has particularly taken place in the Constitution as a phrase and reflected in many articles. However when we have a short look at the regulations in other states' constitutions related to secularism, different systems shall be observed:

1) Out of 173 state constitutions, only 21 states have included principle of secularism into their constitutions. The old communist countries, France, old French colonies, Turkey and India can be given as examples.

2) In states where separation of state and religious affairs is traditionally applied, the principle of secularism has not taken place in the Constitutions. Even in such states a separate law and privilege has been granted to churches, it is supposed that there has been mutual agreement between the state and the church. In such states where the church can collect taxes, freedom of religion and conscience has also been protected.

3) There have still been non-secular states because they have on official religion. In most of these countries the requirements of secularism are practised but having an official religion contradicts with secularism from the beginning.²⁵

Principle of secularism is stated in 1982 Constitution, primarily in the 5th paragraph of the Preamble as: "...and that as required by the principle of secularism, there shall be no interference whatsoever of sacred religious feelings in state affairs and politics", then in the article 2 headed as "Characteristics of the Republic" as: "The Republic of Turkey is a democratic, secular and social State....."

According to article 4 of the Constitution that regulates irrevocable provisions; principle of secular state as stated in article 2 may not be amended, nor may their amendment be proposed. Article 2 on the characteristics of the Repu-

²⁴ Eroğlu, Hamza: amw., p. 430-432; Gören, Zafer: amw., p. 106-108. For the political background of amendments in 1982 Constitution, see. Sevük, Mehmet Yaşar: 1982 Anayasası Değişikliklerinin Siyasî Arka Plânı (7 Kasım 1982-12 Haziran 2011) (Political Background of Amendments in 1982 Constitution 7 November 1982-12 June 2011)), 1. Edition, Ankara August 2015, 230 pages.

²⁵ Derdiman, Ramazan Cengiz: amw., p. 346; Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, amw., p. 71.

blic clearly states that secularism has an eternal identity in terms of the Republic and the Republic's characteristics.

As it said in the justification of article 2 on characteristics of the republic as "Democratic regime is also based on principles of secularism and social state under rule of law", close relationship between secularism and democratic regime is clearly stated. In the justification of article 2 it also says: Secularism which is whatsoever irreligiousness, means each individual being allowed to have his/her own the belief, sect, ritual and not being subject to a behaviour different than the other citizens due to their religious beliefs" and in saying so the article gives a kind of definition for secularism.

Secularism as stated in article 2 of our Constitution is bilateral. In other words the elements of secular state may be gathered in two groups: Freedom of religion, separation of religious affairs and state affairs.

A. Freedom of religion

Freedom of religion covers freedoms of conscience, belief and worship.

1. Freedom of Conscience, Belief

Conscience is a moral capacity believed to exist in human. It helps people to distinguish the good and bad and make judgements for his/her moral choices.

Belief is "to adopt a suggestion as the 1982 Constitution headed as "freedom of religion and conscience" freedom of belief is stated as "Everyone has the freedom of conscience, religious belief and conviction". This freedom expresses that everyone can have his/her own belief and conviction as well as the freedom of not having any religious belief.

Third paragraph of article 24 is a natural extension of freedom of belief. Accordingly, "No one shall be compelled to worship, or to participate in religious rites and ceremonies, or to reveal religious beliefs and convictions, or be blamed or accused because of his religious beliefs and convictions."

So the Constitution of Turkish Republic recognizes freedom of belief with article 24/1, brings additional assurance to freedom of belief with article 24/3, protects freedom of belief even in states of emergency in accordance with article 15/2 headed as "Suspension of the exercise of fundamental rights and freedoms". According to 15/2: "Even in times of war, mobilization, martial law, or a state of ... no one shall be compelled to reveal his/her religion, conscience, thought or opinion, nor be accused on account of them..."

In the Constitution of Turkish Republic freedoms of belief and though are regulated in separate articles but with parallel provisions. Article 24/1 of the Constitution headed as "freedom of religion and conscience" regulates freedom of

conscience, religious belief and conviction and article 24/2 grants the freedom of conducting religious rites and ceremonies.

In article 25/1 of the Constitution headed as “Freedom of thought and opinion” it says: “Everyone has the freedom of thought and opinion.” By stating in 25/2: “No one shall be compelled to reveal his/her thoughts and opinions for any reason or purpose; nor shall anyone be blamed or accused because of his/her thoughts and opinions” the Constitution protects the core of the assurance.

Hereunder a rule stating that people to change religion shall be subject to state’s permission shall contradict freedom of religion and belief.

- The European Court of Human Rights ruled that religious affiliation in Turkish identity cards violates the “freedom of thought, conscience and religion” as guaranteed by article 9 of the European Convention on Human Rights.

According to the European Court of Human Rights, having religious affiliation section in identity cards is against freedom of religion. Leaving that section blank by the claim of the related person does not clear away this contradiction because the individual has the right not to reveal his/her religion or religious belief as well as not being obliged to act as to draw the conclusion of having such a belief or not.

- In accordance with the *Turkish Law on Population*, people’s religions have to be written in the state register.

Application was made to the Turkish Constitutional Court twice with the claim of unconstitutionality of this provision of the Law, however the Court in both of its judgements did not find this provision unconstitutional. According to the Court, when being registered to the registry it is not the person’s religious beliefs or convictions that are asked but just his/her religion and this rule does not have a compelling nature.

In accordance with some of our authors the Turkish Constitutional Court’s both decisions are wrong because discrimination is being made between “religious belief” and “religion”.

- The Turkish Constitutional Court judged for its unconstitutionality and annulled the related article of the *Criminal Procedures Law* about asking their religion to the “witnesses”. The justification is as follows: “In article 24/3 of the Constitution that grants freedom of conscience, religious belief and conviction for everyone it is stated that no one shall be compelled to worship, or to participate in religious rites and ceremonies, or to reveal religious beliefs and convictions, or be blamed or accused because of his religious beliefs and convictions. It is indisputable that, this freedom which originates from the principle of secularism and necessary for the realization of secularism outstands among other rights and freedoms due to its non-restrictable and irrepressible nature and therefore has a special place and importance. Actually article 15 of the Constitution headed as “Suspension of the exercise of fundamental rights and freedoms” even in times of war, mobi-

lization, martial law, or a state of emergency, people not being compelled to reveal his/her religion, conscience, thought or opinion, nor be accused on account of them has brought people the characteristic of being limitless to stay in their inner world and not be outpictured. As it is the case in the rule of subject, asking the witnesses their religion shall mean the individual to express his/her belief without consent. So there shall be contradiction to article 24/3 of the Constitution.”

- According to article 10 of the Constitution everyone is equal before the law without distinction as to belief, religion and sect. In defiance of this principle, the related article provisions of the *Turkish Penal Code* which discriminate monotheistic and non-monotheistic religions and punish the illegalities only towards the monotheistic have been annulled by the Constitutional Court. In consideration of this decision, provisions in question have been reregulated and legislated in compliance with principle of equality. In that case, by the examples given by the Constitutional Court, not only the monotheistic religions such as Judaism, Christianity and Islam but also primitive tribal religions such as Buddhism, Confucianism and Taoism are under protection.

- The Turkish Supreme Court regards all religious beliefs as guaranteed.

- When defining freedom of belief, the Turkish Constitutional Court has also emphasized the *freedom of disbelief*. “In a secular state everyone is free to chose his/her religion and convey his/her belief clearly within the set limits of freedom of conscience. The situation is the same for the ones who do not believe in any religion. In a secular society, everyone can have the religion or faith as he/she wishes.”

- Again in a decision the Supreme Court determined that “There is no obligation to think and believe in compliance with secular system”.²⁶

²⁶ Özbudun, Ergun: amw., p. 79-80; Odyakmaz, Zehra- Ümit Kaymak-İsmail Ercan: Anayasa Hukuku-İdare Hukuku (Constitutional Law-Administrative Law), Genişletilmiş ve Güncellenmiş 15.baskı İstanbul August 2012, p. 37; Gözler, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, amw., p. 203-204; Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, amw., p.65-67. For studies and evaluations on freedom of belief, see. Vural, Hasan S.: amw., p. 61-75. For the assessment on the Constitutional Court’s decision of monotheistic religions, see. VURAL, Hasan S.: amw., p. 124-126. For the analysis of Article 15, see. VURAL, Hasan S.: amw., p. 165-168. For the judgement of the HUDOC on religious affiliation in ID cards dated 2 February 2010 and application no. 21924/05 (HUDOC, <http://echr.coe.int/echr/en/hudoc...>). For the decision dated 27.11.1979 and E.1979/9, K. 1979/44 of the Constitutional Court and decision of 21.06.1995 and E. 1995/17, K. 1995/16 and critics, on individuals’ being asked their religion in birth registration offices, see. Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, amw., p.66. For asking for the religion of the witness, see. Vural, Hasan S.: amw., p. 58; Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, amw., p. 66-67; The Constitutional Court’s decision of 02.02.1996 and E.1995/25, K. 1996/5. For various examinations on freedom of belief in the study of freedom of religion, see. Vural, Hasan S.: amw., p. 61-80, p. 205-216. For fundamental rights of foreigners, see. Vural, Hasan S.: amw., p. 168-173.

2. Freedom of worship

Freedom of worship is the freedom of an individual to conduct acts of worship, religious rites and ceremonies freely, in other words to fulfil the requirements of a religion. According to article 24/2 of the Constitution, “As long as they do not violate the provisions of Article 14, acts of worship, religious rites and ceremonies are free”. It is obvious that, freedom of worship is not recognized in our Constitution as “absolute” as the freedom of conscience. To put it differently, it is forbidden to take advantage of freedom of worship for the purposes stated in article 14 of the Constitution. According to article 14 “None of the rights and freedoms embodied in the Constitution shall be exercised in the form of activities aiming toendanger the existence of the democratic and secular order of the Republic”. The freedom of worship also includes the freedom of not-worshipping. In a secular state people cannot be forced to worship. The Constitution states “No one shall be compelled to worship, or to participate in religious rites and ceremonies.....” in article 24/3 and thus assures the freedom of not worshipping. Therefore freedom of religious belief is limitless, freedom of worship is limited. The mostly applied limitation criterion in terms of religion and worship is defined by the concept of “public order”. The Constitutional Court remarks that, when the religion exceeds individual’s moral life and starts to affect social life, the state has the power to impose some restrictions and carry out some inspections.²⁷

B. Separation of Religious and State Affairs

The second facet of secularism is the separation of religious and state affairs. To be able to say that religious and state affairs have been separated in a state, the conditions specified below should be fulfilled:

1) *The state should not have an official religion*

The addressees of religious rules are the real persons. Good deed and sin can only be executed by real persons. So, it is unimaginable and unthinkable in such case for the state which is a legal entity to have a religion. However, many constitutions historically still make judgements and puts forward provisions for state-religion relations.

The State of Turkish Republic not having an official religion means that the State does not grant advantage to a specific religion and does not enforce rules of

²⁷ Özbudun, Ergun: amw., p.80; Odyakmaz, Zehra- Ümit Kaymak- İsmail Ercan: Anayasa Hukuku-İdare Hukuku, amw., p. 37; GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş, amw., p. 204; Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, amw., p. 67. For analysis of the Constitution article 14, see. Vural, Hasan S.: amw., p. 156-165. For the analysis of the Constitution article 24/2, see. Vural, Hasan S.: amw., p. 316-320.

a specific religion or sect to its citizens through public operations/transactions. In order to provide this the Constitution has presented some provisions. In paragraph 1 of article 10 of the Constitution it is specified that everyone is equal before the law without distinction as to language, race, colour, sex, political opinion, philosophical belief, religion and sect, or any such grounds. With paragraph 1 of article 24 of “Freedom of Religion and Conscience” everyone to have the freedom of conscience, religious belief and conviction has been assured.

A state with no official religion cannot set up compelling religious rules. In this context, state cannot require education and training of a specific religion. Article 24/4 of the 1982 Constitution acknowledged following provision on this point: “Religious and moral education and instruction shall be conducted under state supervision and control. Instruction in religious culture and morals shall be one of the compulsory lessons in the curricula of primary and secondary schools. Other religious education and instruction shall be subject to the individual’s own desire, and in the case of minors, to the request of their legal representatives.” As it shall be inspected later on, compulsory religious education is against the principle of secular state. Point to consider is the expression that, in primary education institutions it is not the religion lesson that is among compulsory lessons, but the “religious culture lesson”.²⁸

So, in compulsory religious education and morals lesson, students shall be taught about all religions equally and about universal rules of ethics. In optional religious education lesson, the students shall be taught and trained about the rules of the specific religion of his/her consent. And to his/her own or his representative’s consent, his/her own religion shall be taught to the non-Muslim students.

2) *The State should be neutral to all religions*

For a state to be secular, that state should be neutral to all religions, not protect one of these religions or put pressure on some of them. It is for certain that there may be many religions in a society. Socially, one of these religions may be more extensive than the others. So the state cannot function for the adoption of a specific religion in the society or for the rules of that religion to be learned by the society. As a natural consequence, the state cannot compel its citizens for education and instruction of a specific religion. In this respect, to imply the provision as stated in 24/4 of 1982 Constitution “*instruction in religious culture and morals shall be one of the compulsory lessons in the curricula of primary and secondary*

²⁸ Derdiman, Ramazan Cengiz: amw., p. 346-347; Vural, Hasan S.: amw., p. 324 ff.; Odyakmaz, Zehra - Ümit Kaymak - İsmail Ercan: Anayasa Hukuku-İdare Hukuku, amw., p. 37-38; Gün-day, Metin: amw., p. 58-59; Özbudun, Ergun: amw.,p. 80-81; Tanör, Bülent - Necmi Yüzbaşıoğlu: amw., p. 95-96; Gözler, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş, amw., p. 204; Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, amw., p. 67-68.

schools” is necessary. Herewith in any case what is compulsory in the Constitution is “the lesson of religious culture and morals”. That is to say a general religious culture shall be given. But if the education is provided for the adoption of a specific religion or for teaching rituals of that religion, such a practise shall be unconstitutional. The lessons mentioned here does not serve for the purpose of adopting a religion or propagandising it but to give objective and general information about all major religions and universal moral rules. In the article text, the usage of expression “religious culture education” but not “religion education” points that is the constitution-maker’s purpose. Therefore our constitution has not forbidden religious education. In state schools, private schools and courses religious education can be given. Beliefs and ritual principles of a specific religion can be taught to the students. However in order to have an education with this content there are two terms in our Constitution: First of all this education should be given under the supervision and control of the state. Secondly, for such an education individuals’ own desire, and in the case of minors, request of their legal representatives is required.

- As a matter of fact, the Council of State²⁹ has detected that in the “**textbooks**” of “Religious culture and morals” a certain sense of religion has been predicated, the students are even taught how to perform salah and asked to memorize sura from the Quran. The Council of State concluded with some of its decisions that even if the name of the lesson given in primary and secondary schools are “religious culture and morals”, it cannot be accepted as a religious culture and ethics education in terms of content and there is obviously a “religious education”. As this is a religious education, such an education is subject to individuals’ own desire and in the case of minors, request of their legal representatives in relation to last sentence of the article 24/4 the Council of State judged for the unconstitutionality of this practise. We believe this judgement of the Council of State is right. The issue of secular education involves secular education personnel, secular curriculum and not supporting religious education financially. The secularity of the educational personnel means, the clergymen cannot give religious education lessons in state schools. Secularity of curriculum means not preparing syllabus in respect to religious principles. When strictly approached, as religion does not constitute public service in a secular state religious education cannot be financially supported. The conditions in Turkey revealed the fact that the state shall not be able to absolutely disregard religion and religious education shall not be given free rein. As it is for all fields related with its own existence, security, public order; the state should also be protective and supervisory for religious education and

²⁹ The first decision of the Council of State 8th Chamber on compulsory religion lesson, dated 28.12.2007 and E.2006/4107, K.2007/7481; The second decision of the Council of State 8th Chamber on compulsory religion lesson dated 29.02.2008 and E. 2007/679, K. 2008/1461. For information on the Council of State’s decisions, see. Vural, Hasan S.: amw., p. 60-61.

training. In countries which practise classical secularism, religious education and training are left to religious communities. In Turkey, leaving religious education and training to religious communities would be risky for the existence of the state. There is also the fear for replacement of scientific educational and instructive methods by some irrational education. Thus this feature introduced by 1982 Constitution is a sign of educational secularism in Turkey. The practise may be different than other countries. However secularism in education differs according to the characteristics, historical and social conditions of each country.

- In one of its decisions about secular state acting equal and equidistant to all religions and its objectivity, the Constitutional Court³⁰ stated that sect difference shall not cause any discrimination, they should not cause difference in the state practices, whether monotheistic or not all religions should be treated equally and objectively, religions other than monotheistic have the right to exist. Accordingly, the clause in article 68/4 of the Constitution is for the realization and maintenance of this element.³¹

- In its decisions regarding compulsory “religious culture and morals education”, the Council of State specifies as follows: “As a nature of it being a secular state requires not having an official religion, and not promoting a specific religion. In this context in a secular state education and training of a specific religion cannot be made compulsory... this lesson is compulsory for the purpose of giving objective and descriptive information about religions and adopting ethical values... religious education other than this are subject to individuals’ own desire and in the case of minors, request of their legal representatives.³²

3) State should treat members of all religions equally

One of the requirements of secularism is the necessity for the state to treat all religion members equally. This principle takes its basis also from article 10 of the Constitution that regulates principle of “equality before the law”.³³

4) Religious Institutions and State Institutions should be apart from each other

³⁰ The Constitutional Court’s decision of 4.11.1986 and E.1986/11, K. 1986/26.

³¹ Günday, Metin: amw., p.58-59; Eroğlu, Hamza: amw., p. 426-427; Derdiman, Ramazan Cengiz: amw., p. 346-347; Tanör, Bülent- Necmi Yüzbaşıoğlu: amw., p.88-91; Özbudun, Ergun: amw., p. 66; Gören, Zafer: amw., p.110; Gözler, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş, amw., p.205; Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, amw., p.68-69.

³² For detailed information, see. Vural, Hasan S.: amw., p. 324 ff.

³³ Özbudun, Ergun: amw., p. 81-82; Gözler, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş, amw., p. 205; Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, amw., p.69-70. For the related decision of the Constitutional Court, see. Footnote 29.

In a secular state, religious institutions and state institutions should be separate. Secular state in general means, a state objective to religious beliefs and choices of its citizens, not engaged in a religious or anti-religious policy. The state is not involved in religious affairs; and the religious institutions can neither interfere with the state nor make influential attempts. In a secular state, religious institutions cannot execute state functions and state institutions cannot perform religious functions either. Different from the western style secularism, in Turkey according to article 136 of the 1982 Constitution the Presidency of Religious Affairs established in 1924 is within the central (general) administration, the organization is subordinate to the Prime ministry. As it is a general budget public institution it is included in state entity and does not have a public entity. Religious services are regarded as a public service in Turkey and the Presidency of Religious Affairs is tasked with the execution of this service. Imams and other officials who perform religious services are affiliated with the Presidency of Religious Affairs. Therefore the officials of Islam get their salaries from the central administration. Likewise they are subject to hierarchical supervision of the central (general) administration. As observed, even the state is not affiliated to religion, religion is completely affiliated to the state. According to some authors, if the secular state is a sense of state which refuses both “religion dependent state” and “state dependent religion” it is by no means possible to associate the existence of the Presidency of Religious Affairs within central administration, with this principle.

In accordance with article 136 of the Constitution: “The Presidency of Religious Affairs, which is within the general administration, shall exercise its duties prescribed in its particular law, in accordance with the principles of secularism, removed from all political views and ideas, and aiming at national solidarity and integrity.” As is seen, the Presidency of Religious Affairs has been considered as an assurance of secularism.

The mutual autonomy principle that takes place in the western laicism and secularism models, in other words the understanding that the state is not involved in religious affairs and religious organization or autonomy of religious space, does not exist in Turkish secularism.

Some authors characterise the clause of “The Presidency shall function in accordance with the principle of secularism” as stated in the related article of the Constitution, as a pointless pressure. In fact those words are not involved senselessly. The Presidency of Religious Affairs is an institution within general administration. It is not a position of shayk-al-islam and not a position which gives or received fatwa for earthly affairs either. It is just an authority that deals with religious affairs. The tragedies experienced by the dominancy of the sharia with outdated ideas in our history should not be forgotten. In that regard, the Presidency of Religious Affairs to perform within the framework of secularism means that the Presidency is not the authority of fatwa regarding earthly affairs. Secularism is

a system of law, where the state order and public order is ensured not by irrevocable provisions and provisions in the nature of God's commandment but by rules set up by people pursuant to the necessities of the time and can be changed anytime in accordance with those necessities. This is what is trying to be said in that article. The Presidency of Religious Affairs shall stay within its own field of activity. The Presidency of Religious Affairs executes the duties assigned in its private law (Law of 429, dated 03.03.1924), through principles of secularism, staying out of all political views and thoughts and aiming national cooperation and integration. Inclusion of the Presidency of Religious Affairs within general administration is not a factor that weakens secularism. On the contrary a sense of secularism in conformity with features of Turkish reforms, in other words clearance of religion from state affairs and pushing it into people's consciences has a confirmatory and strengthening affect. Even though the establishment of the Presidency of Religious Affairs is considered to be against the separation of religious and state authorities and to the classical secularity model of the west, its serving so as to meet the realities and needs of Turkey has not been considered as incongruent to secularism from the viewpoint of Turkey. In response to state's secularism being realized only in political arena in Turkey, religion has been attached to the state administratively and been organized as a public service.

Even though this system does not comply with the classical understanding of secularism in some western countries, it is a solution pattern which appeared due to Turkey's characteristics and which is in fact has the nature of not weakening the secularism but on the contrary having a protective nature. Islam had a great effect on state and social life of Ottoman Empire and generally in Islamic world for centuries. In such a case it would be very inconvenient to leave the religious services to the community organisations, completely far away from state control. It might have jeopardized Ataturk's goal to reach the contemporary civilized level as he depicted for the Turkish society. That is why, Turkish reform's sense of secularism preferred the Presidency of Religious Affairs to be within the state organisation and this system was kept going by 1961 and 1982 Constitutions.

- The Constitutional Court upholds the existence of the Presidency of Religious Affairs with regard to secularism and its justification is as follows: "The sense and order of secularism may differ in accordance with the structural features of each country and of the related religion. In western societies and Christianity state-religion separation was possible and the independency of the churches did not damage state order. On the other hand abuse of Islam, which is at the same time a world religion and which regulates social-public life, would mean the destruction of state and the principle of secularism. So making the Presidency of Religious Affairs a constitutional institution is an obligation arising from history and conditions of the country." The Court approved constitutionality of the existence of the Presidency of Religious Affairs and "religious services class" which is wit-

hin the classification of public civil servants created in this context. As is seen the decision is not only about the position of the Presidency of Religious Affairs. At the same time it is remarkable in terms of emphasizing Turkey-specific characteristic of secularism and unexpectedness of a religion-state separation in such conditions. The followings can be added to the justifications of the Constitutional Court's decision which also functions as a legitimization of the Presidency of Religious Affairs' status in terms of secularism: The Presidency of Religious Affairs is an integral part of general administration. It is not a separate organisation, by no means a religious organisation and should function its service "in conformity with principle of secularism".

The existence of the Presidency of Religious Affairs which is a serious exception in state-religion separation has also attracted opposing views in the doctrine. In addition to the favourable justifications mentioned above, as this institution is considered as a tool of secularism policy that anticipates keeping religion within individual's conscience, it has been regarded as not a weakening but a protective institution. Likewise it has been stated that constitutional provision has a secular-nationalist nature and by the help of it has been desired to frustrate the Islamic sense of ummah. In opposing views, the emphasize has been given to the gradually rising budget of the Presidency of Religious Affairs, its organisational structure, increasing publications, radio and TV programmes, foundations and declarations taking the form of "fatwa" and it has been remarked that the institution has acquired a religion proselytizing function. This situation also damages the objectivity of state before religions and sects. Besides the Presidency of Religious Affairs proselytises or represents views of only a specific religion and furthermore a specific sect within that religion.

The Presidency of Religious Affairs has been established with the aim of supervising religious affairs and ensuring the centralized functioning. The institution within the general administration does not have a religious nature and supremacy but it is charged with executing state's administrative duties about religion. The Presidency of Religious Affairs being included in general administration is a result of Turkey-specific sense of secularism.³⁴

5) Rules of law should not necessarily abide by rules of religion

In a secular state origin of rules of law is the human will. In a secular system human will that determines rules of law should not be obliged to obey rules of religion. If in a state there is such an obligation that is not a secular state. So, state administration should not be affected by rules of religion. In 1982 Constitution

³⁴ Özbudun, Ergun: amw., p. 81-82; Gözler, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş, amw., p. 205; Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, amw., p. 69-70. For the related decision of the Constitutional Court, see. Footnote 29.

there is no such a provision in regard to obligation of rules of law to abide by the rules of religion. In this sense, 1982 Constitution regulates a secular law system. In a secular state, state administration functions not in accordance with religious rules but in conformity with the rational and scientific assessment of public needs. This principle expresses that state affairs do not have to abide by the religious rules. Whereas in a theocratic state system, validity of state acts in law is subject to their conformity with religious rules.³⁵

C. Preservation of Secularism

1) *Prohibition of Freedom of Religion Abuse*

It is suggested that the examination of freedom of religion in the Turkish Constitution can be done in the light of secular state under rule of law model which is respectful to human rights. The basic importance of secularism in terms of Turkish reform has resulted in its peculiar protection by our Constitution. This protection stands out particularly in following provisions of the Constitution: Pursuant to last paragraph of article 24, “No one shall be allowed to exploit or abuse religion or religious feelings, or things held sacred by religion, in any manner whatsoever, for the purpose of personal or political interest or influence, or for even partially basing the fundamental, social, economic, political, and legal order of the State on religious tenets”. This paragraph is parallel with the general provision in article 14 of the Constitution that prohibits the abuse of fundamental rights and freedoms. Thus, basing state’s social, economical, political or legal order of the state on religious tenets, in other words all kinds of political activities and propagandas exercised for the purpose of endangering secular nature of the state has been prohibited. An extension of this principle is the provision of the Constitution which states that the statutes and programs, as well as the activities of political parties shall not be contrary to the independence of the principle of secular Republic.³⁶(art.68/4)

2) *Principle of Secularism in Regard to Political Parties*

Article 68 of the Constitution of the Turkish Republic prohibits the statutes and programs, as well as the activities of political parties to be contrary to the principle of “secular republic”, article 69 proposes the permanent dissolution of a political party which violates this prohibition. As a matter of fact some political

³⁵ Özbudun, Ergun: amw., p. 83-84; Odyakmaz, Zehra- Ümit Kaymak- İsmail Ercan: Anayasa Hukuku-İdare Hukuku, amw., p. 38; Gözler, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş, amw., p.206; Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, amw., p. 70-71.

³⁶ Günday, Metin: amw., p. 59; Tanör, Bülent – Necmi Yüzbaşıoğlu: amw., p.89-92; Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, amw., p. 71-72; Vural, Hasan S.: amw., p. 93, p. 124-126.

parties have been discharged by the Constitutional Court for not abiding by this principle.³⁷

3) Preservation of Reform Laws

In accordance with article 174 of the Constitution of Turkish Republic “No provision of the Constitution shall be construed or interpreted as rendering unconstitutional the Reform Laws indicated below, which aim to raise Turkish society above the level of contemporary civilization and to safeguard the secular character of the Republic, and whose provisions were in force on the date of the adoption of the Constitution by referendum.” Pursuant to article 174, the laws mentioned in this article have a status different than the other laws. This provision means, it cannot be claimed before judiciary that these laws are unconstitutional.³⁸

4) Preservation of Principle of Secularism by Jurisdiction

What is peculiar to Turkey about secularism is that, the Republic’s foundation and existence philosophy has an essence. This can be defined as briefest with the concept of modernization. The utter imperative stated in Preamble 5 of the Constitution “That no protection shall be accorded to an activity contrary to ...the nationalism, principles, reforms and civilizationism of Atatürk ...” announces this understanding right from the beginning.

- The Constitutional Court clearly expresses that “Turkey has a unique sense of secularism resulting from its Turkey-specific conditions”. Namely, “Principle of secularism which speeds up modernization and which is the origin of Turkish Revolution aims the public to stay distant from irrational and un-scientific thoughts and judgements... It is obvious that secularism is the essence of Turkish Revolution and the Republic and the basis of national existence... The most important one of Atatürk’s principles is the secularism.” In this quotation, the supreme value of Revolution-Republic-Secularism triangle has been expressed in the clearest way. This is the unique and specific meaning that the Turkish constitutional law has found in secularism. The Constitutional Court, the Supreme Court and the Council of State have rendered many judgements to preserve principle of secularism within the basics described above. The Constitutional Court of Turkish Republic has been making significant decisions for years regarding the preservation of principle of secular state. The Constitutional Court emphasized that secularism primarily means “adopting the principle of non-dominancy and non-effectiveness of religion in state affairs”. One of the reasons why the law on permission of

³⁷ Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, amw.,p. 72.

³⁸ Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, amw.,p. 72.

headscarf at universities was annulled afterwards was because by this regulation a reference was made to religious belief justification.

- The Council of State also made decisions approving the headscarf ban.

- The Constitutional Court made some judicial decisions which reveal that the Court is very sensitive about anti-secular activities or programmes of political parties. The decisions on dissolution of various parties are examples of the sensitivity of the Court. After the right to "individual application" to the Constitutional Court of Turkish Republic recently, it is regarded that the Court's future judgements related with freedom of religion shall excessively develop the subjective rights aspect of the issue.

- When examining guarantee on religion, the following issue is also important: Is the constitution's guarantee toward religious institution in general an assurance toward a specific type of religiosity? For instance the Council of State made negative judgement on whether Bahai faith shall be accepted as a religion or not and about faith on Jehovah's witnesses.

- The Supreme Court however approached the issue with a broader point of view whether or not faith on Jehovah's witnesses is a religion compatible with art.24 of the Constitution. The Supreme Court has not looked for the belief to have an independent nature to be under constitutional guarantee and considered it necessary to have the nature of a social institution with religious elements. "... the Jehovah's witnesses which the defendants are faithfully committed, whether it is an independent religion, sect or community or a religious community, is in any case a system of religious view and thought and in this respect it is under the constitution's guarantee..."

- In many of its judgements the European Court of Human Rights decided for the preservation of non-common, non-widespread religiosities in terms of article 4 of the European Convention on Human Rights.³⁹

D. Assessment of Principle of Secularism in terms of Personal Autonomy

Secularization of state in Turkey has been observed in inclusion of secular values in social life and definitely putting an end to the religion's executing a political function in state life. Religious affairs have been considered a public service, the Presidency of Religious Affairs have taken place in state organization. Tur-

³⁹ Derdiman, Ramazan Cengiz: *amw.*, p. 345; Tanör, Bülent – Necmi Yüzbaşıoğlu: *amw.*, p. 91. The first decision of the Supreme Court 9th Criminal Chamber on Jehovah's witnesses of 14.06.1985 and E. 1985/2623, K. 1985/3431 ; The second decision of the Supreme Court Assembly of Criminal Chambers on Jehovah's witnesses of 26.05.1986 and E.1985/9-596, K.1986/293. For information on the Supreme Court's decisions, see. Vural, Hasan S.: *amw.*, p. 59-60, p. 225-226. For the judgement and evaluation of the Hudoc's decision of right to conscientious objection on a lawsuit brought by a citizen who adopted Jehovah's witnesses and refused to fulfill military service, see. Vural, Hasan S.: *amw.*, p.300-309.

key suffered the miseries of state system that interfered religion to politics more than any other country. So religious affairs and its institutions were not left alone in republican regime, had been under control together with its legislation and organization. Secularism at the same time has been the condition and requirement of westernization. Transition to the contemporary western civilization is a principle of living and existing. Turkey's obligation to be western can only be possible by the sense of secular state and secular public. Transition to entire western civilization can be achieved by adopting western thought system, staying away from scholastic thought and religious pressure, allowing for secular understanding and perception. Unless secularism is dominant in the whole society, an order is established based on it a full westernization is not possible. Secularism has also ensured individual freedom. It is a system which provides individuals' religious beliefs and freedoms as well as freedom of thought in a broader sense. It is just the secular system which unites the person with his/her personality worth. Secularism has also actualized national sovereignty. National sovereignty is the belonging of sovereignty unconditionally with the nation. Sovereignty to have a national nature is possible only by the secular public order. In an ecclesiastical system national sovereignty is not included. Thus actualization of national will - free from all kinds of influence - has been possible in our country by the sense of secular state thought and understanding. Secularism in Turkey has been the glory of free thought that established liberal and developed state order. It has gained a national identity due to national education in Turkey. Internationalization of Islam left its place to Turkish nationalism. Secularism includes sect equality among the members of the same religion as well as the equality of the people from different religions, before the law. The issue of sect equality has a great importance and value in terms of Turkey. Those who want to sectionalize and destroy Turkish State tried and still trying to provoke sect discrimination. Secularism is to this respect an issue of security and inner peace. In our era, protection and assurance of freedom of religion and the rights generating thereof in social life is possible only by secularity of the state. In a non-secular state this freedom does not have a credible assurance. Secularism is a necessity that generates from the needs of our time as well.⁴⁰ The recent anti-secular movements have given rise to studies on secularism. The topic is dealt in terms of making people fundamentalists and it is emphasized that it is going to destroy personal autonomy.

CONCLUSION

⁴⁰ Eroğlu, Hamza: amw., p. 435-436. For the authors who carry analysis on the elimination of "personal autonomy" by the practise of making people fundamentalists and for their evaluations, see. Vural, Hasan S.: amw., p. 65 ff. For detailed information on contribution of legal norms to the constitutional assurance for freedom of religion, see. Vural, Hasan S.: amw., p. 173 ff.

In studies that examine freedom of religion, the question of “why is the freedom of religion important” is asked.⁴¹ The answers such as; the requirement for ensuring domestic peace in a political society, divine law that we feel with our soul and think and accept with our commonsense, religion being basic source in understanding and interpretation of life, are given.

Another question is whether the objective result of fundamental right for freedom of religion is secularism, pluralism or tolerance. These questions open into discussion issues such as relation between secularism and freedom of religion, diversity in religiosity, diversity vitalizing institution of pluralism, neutrality being the important outcome of pluralism in terms of public authority.

According to the opinion which we also agree, it is expressed that the outcome of assurance of freedom of religion on a more cultural platform is tolerance. Tolerance expresses a cultural norm where difference is not assaulted. It is a space where there are different levels of values from abiding without interfering to respecting.⁴²

Under the heading of “subjects of right to freedom of religion” Dr. Vural asks, “Whose is the freedom of religion?”, “Whose freedom of religion is being assured in Turkey’s constitutional level by superior legal norms?”⁴³ Here he states that, in the right to freedom of religion of groups, people can take place individually or together in a group. He studies legal persons, foreigners’ and children’s right to freedom of religion.⁴⁴ The expressions of “everyone” or “no one” in the article 10, 12 and 24 of the Constitution, involves also the children. The line for children is drawn with article 12/2. In article 24/4 there is clause that also mentions children. “...religious education and instruction shall be subject toand in the case of minors, to the request of their legal representatives..” Articles 339 and 341 of the Turkish Civil Code is also related with the child’s education and religious training. A major is free to choose his/her religion.

Under the heading of “person liable for right to freedom of religion” Dr. Vural asks the question of “When the subjects have the rights related to freedom of religion, who shall be loaded by which tasks?”⁴⁵ First of all everybody is required to respect these rights. The assignment of public authority in terms of respect to subjects’ freedom of religion is to protect them from the assaults of third persons. The first article about the obligators of constitutional rights is the regulation in article 11 headed as supremacy and the binding force of the constitution. “The

⁴¹ For freedoms on religious field, see. Tanör, Bülent – Necmi Yüzbaşıoğlu: amw., p.95-96; Vural, Hasan S.: amw., p. 217-223.

⁴² Vural, Hasan S.: amw., p. 230-237.

⁴³ Vural, Hasan S.: amw., p. 237-242.

⁴⁴ Vural, Hasan S.: amw., p. 242-263.

⁴⁵ Vural, Hasan S.: amw., p. 263-292.

provisions of the Constitution are fundamental legal rules binding upon legislative, executive and judicial organs, and administrative authorities and other institutions and individuals.” State has the responsibility of not outraging as well as not allowing the outrage. The constitutional framework of this assignment of the state takes place in article 2 which expresses the characteristics of the Republic secular state governed by rule of law, within the notions of respecting human rights.

The state is liable for respecting, being neutral, not making discriminations.

The protection of fundamental rights of freedom of religion requires the observance of third persons to this assignment of respect and interests both private law and criminal law.

The content of subjective rights generating from the principle of freedom of religion should be studied on two basic scales. The first one is the people’s verbs, acts on religiosity. These verbs can be separated as negative and positive. Negative freedom is defined as freedom from religion, positive freedom as freedom to religion.⁴⁶

The second scale is the space where the people’s verbs in relation to religiosity are realized. This scale can be divided into two as inner space and outer space. Real people have inner spaces which cannot be observed by others. Beliefs and thoughts are considered to exist in this space. Outer space however can be observed by third persons and it is considered that the behaviours are in this space. As a conclusion, in near future a new constitution shall probably be made in Turkey or some provisions of the current constitution shall be amended. As expressed above, article 1 of the Constitution that indicates the state of Turkey is a Republic, article 2 that states the characteristics of the Republic and related with our subject it is a secular state governed by rule of law, article 3 that expresses integrity, official language, flag, national anthem, and capital of the State cannot be amended nor can their amendment be proposed.

As is evident, two issues shall be a matter of discussion in the process. One of them is the principle of secularism and the other one is the indivisible entity of the State of Turkey, with its territory and nation. Both of them are the most important pillars that sustain our state.⁴⁷ For a nation to develop, initially there should be a strong, powerful state under rule of law.

The subject of our study “Personal autonomy” can be possible only in a condition where belief, thought and convictions are freely expressed and protected. All fields of science and fine arts develop only in societies where personal autonomy exists.

As a matter of fact, in one of its recent decisions, the Constitutional Court of Turkish Republic mentioned personal autonomy and stated as follows: “De-

⁴⁶ Vural, Hasan S.: amw., p. 293-297.

⁴⁷ Türk, Hikmet Sami: amw., p. 120-121.

mocratic society requires an order where the individual can live freely, realize himself/herself, take decisions relevant to himself/herself and protect his/her *personal autonomy* against all kinds of pressure. May be the most important sign of freedom is the presence of preferential right to call. Freedom cannot be mentioned in a place where individuals' right to prefer among different options is eliminated. In democracies state's assignment is to ensure the individual to have the possibility to make preferences in a pluralist environment, especially to avoid situations towards elimination of this opportunity and to prevent negative interventions of others hereof. Even the right to prefer is limitable for legal purposes, it should not be done so as to eliminate or dysfunction that right."⁴⁸

⁴⁸ For the decision of the Constitutional Court dated 13.07.2015 and E.2014/88, K. 2015/68, see. The Official Gazette of 29424 dated 24 Temmuz 2015.

ZORAN LONČAR

ODNOS ORGANA UPRAVE I NEZAVISNIH DRŽAVNIH ORGANA

U V O D

U osnovi ideje o obrazovanju nezavisnih državnih organa nalazi se ideja o postepenom stvaranju regulacijske države, zasnovane na doktrini Novog javnog menadžmenta (New Public management), nastaloj osamdesetih godina prošlog veka.¹ Pod uticajem ovih ideja došlo je do stvaranja najpre agencija, kao novog organizacionog oblika u sistemu uprave, a zatim i brojnih drugih oblika nezavisnih državnih organa. Talas obrazovanje različitih vrsta agencija, koji je u teoriji poznat kao proces “agencifikacije” (agencification), prenet iz SAD, zapljusnuo je gotovo sve evropske države, a vodeća uloga pripala je Velikoj Britaniji i Skandinavskim državama.²

Dr Zoran Lončar, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

¹ Vid.: Eugen Pusić, *Društvena regulacija*, Globus, Zagreb 1989; Christopher Hood, A public management for all seasons?, *Public Administration* 69/1991, 3-19; Mark Thatcher, Analysing regulatory reform in Europe, *Journal of European Public Policy* 6/2002, 859-872; Tom Christensen, Per Laegreid, Regulatory Agencies – The Challenges of Balancing Agency Autonomy and Political Control, *Governance* 3/2007, 499-520.

² Kao u većini evropskih država i u Francuskoj je početkom osamdesetih godina prošlog veka došlo do pojave ovog procesa. Međutim, za razliku od drugih država, tamo je odmah došlo do direktnog preimenovanja američkog termina “agency” u različite oblike nezavisnih upravnih organa (autorités administratives indépendantes), koji su postali deo sistema uprave, sa jasnim pravnim položajem. Takav je slučaj bio na primer, sa Nacionalnom komisijom za informacije i slobode, obrazovanom 6. januara 1978. godine, Višim savetom za audiovizualna pitanja, obrazovanim 17. janu-

Nakon političkih promena koje su nastupile posle 2000. godine, i u pravnom sistemu Republike Srbije došlo je do pojave niza novih subjekata, po ugledu, pre svega, na druge evropske države. Najveći broj novoobrazovanih subjekata dobio je takođe naziv agencije, ali i sa druge strane, veoma različit pravni status, zbog čega je ovaj organizacioni oblik kod nas danas nemoguće pravno odrediti.³ Štaviše, u domaćoj pravnoj teoriji postoji mišljenje da su agencije u pravni sistem Republike Srbije uvedene zahvaljujući grešci u prevođenju sa engleskog jezika i da im pod tim nazivom zapravo nije mesto u domaćem upravnom sistemu,⁴ te da se u teoriji pojam “agencifikacije” svesno koristi da se zamagli prava suština stvari.⁵

Pored agencija, u pravnom sistemu Republike Srbije su u poslednjih desetak godina obrazovani i subjekti sa drugačijim nazivima, poput poverenika, save-

ara 1989. godine, Nacionalnom komisijom za komunikacije i slobode, obrazovanom 30. septembra 1986. godine, Komisijom za pristup administrativnim dokumentima, obrazovanom 17. jula 1978. godine, Nacionalnom komisijom za kontrolu narušavanja privatnosti, obrazovanom 11. jula 1991. godine, itd. Ipak, poslednjih nekoliko godina i u Francuskoj su se pojavili izvesni subjekti pod nazivom “agencija”. Da bi se u praksi lakše odredio njihov pravni status, i u okviru toga pitanje kontrole nad aktima koje donose, Državni savet je 11. septembra 2012. godine usvojio kriterijume za njihovo određivanje (Conseil d’État, Étude Annuelle pour 2012, “Les agences: une nouvelle gestion publique?”). Vid.: René Chapus, *Droit administratif général*, I, Monthrestien, 15-e édition, Paris 2001, 347-373; Guy Braibant, Bernard Stirn, *Le droit administratif français*, Dalloz, Paris 2002, 81-86.; Dominique Maillard Desgrées du Loû, *Institutions administratives*, Presses universitaires de France, Paris 2011, 222-227.

³ Vid.: Aleksandar Martinović, “Pravna priroda agencija u pravnom sistemu Republike Srbije”, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (*Zbornik radova PFNS*) 2/2012, 391-400.

⁴ “Do stvaranja agencija u Srbiji je najverovatnije došlo zbog neprilagođenog prevoda sa tekstova na engleskom jeziku, koje je Srbija poslednjih desetak godina koristila za reformu uprave. (...) Nažalost, nakon političkih promena u Srbiji, nastalih posle 2000. godine, polaznu osnovu za promenu ranije važećih propisa dobijali smo u tekstovima napisanim na engleskom jeziku, a prevodioci nisu imali takvo pravničko obrazovanje kao u vreme kada je Institut za uporedno pravo preveo propise o opštem upravnom postupku, niti je ovim procesom rukovodio bilo ko makar sličnog obrazovanja koje je posedovao profesor Nikola Stjepanović. Tako se dogodilo da prevodioci izvorni termin iz engleskih tekstova prevode kao “agencija”, a upravni praktičari su možda smatrali da su u pitanju neki novi subjekti, koji mi nemamo, a trebalo bi da ih imamo, ako želimo da se približimo Evropskoj uniji. Čitajući tekstove na engleskom jeziku, zaista se u njima za vršioce upravne delatnosti koristi izraz agencija, ali je trebalo taj termin prilagoditi našoj tradiciji. U tom slučaju, mi danas ne bismo imali agencije, kao što ih nema ni Nemačka, niti Austrija!”. Dragan Milkov, “Javne agencije u Srbiji – slučajna greška ili loša namera”, *Zbornik radova PFNS* 3/2014, 25 i 31.

⁵ “Možda zvuči tajnovito, prefinjeno, naučno, nepristupačno običnom duhu, ali se u suštini radi o praznoj verbalnoj egzibiciji, koja nema nikakvo ozbiljno značenje. (...) Umesto da se početna prevodilačka greška ispravi, naučnici, autori upravnog prava i upravnih nauka, počinju da traže tome smisao i, smatram, odlutali su veoma daleko. Našem jeziku bi mnogo više odgovaralo da se govori o upravnoj decentralizaciji ili jednostavno o deetatizaciji, ali bi to možda nekima zvučalo regradno, pa bismo možda tako stigli i do odumiranja države?”. D. Milkov (2014) 34.

ta, institucije, zaštitnika itd. Većina tih subjekata imaju status nezavisnih državnih organa, i pri vršenju svoje osnovne funkcije stupaju u različite vrste odnosa sa organima uprave. S obzirom na mesto i ulogu upravne vlasti u pravnom i političkom sistemu države, odnos ove nove vrste državnih organa sa organima uprave ima poseban značaj za razumevanja složenosti odnosa organa upravne vlasti i drugih državnih organa.

Cilj rada je da se utvrde specifičnosti odnosa između organa uprave i pojedinih nezavisnih državnih organa čije je obrazovanje od posebnog značaja za funkcionisanje organa uprave na savremenim osnovama.

Kao najvažniji nezavisni državni organi čije je obrazovanje bitno za razumevanje odnosa koji se uspostavljaju sa organima uprave u pravnom sistemu Republike Srbije danas se javljaju: *Zaštitnik građana*,⁶ *Poverenik za dostupnost informacija od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti*,⁷ *Državna revizorska institucija*,⁸ *Agencija za borbu protiv korupcije*⁹ i *Poverenik za zaštitu ravnopravnosti*.¹⁰ Stoga je njihov odnos sa organima uprave predmet našeg razmatranja.

PRAVNA PRIRODA NEZAVISNIH DRŽAVNIH ORGANA

Nezavisni državni organi prema pravnoj prirodi predstavljaju organe sui generis, s obzirom na to da se ne mogu svrstati ni u jednu od tri postojeće grane državne vlasti. Štaviše, o nezavisnim državnim organima se u teoriji ponekad govori i kao o organima nove četvrte grane vlasti, čiji je osnovni zadatak da kroz kontrolu rada ograniče vlast organa ostalih grana državne vlasti i time da spreče eventualno pojavu zloupotrebe vlasti od strane političke većine nad manjinom.¹¹

⁶ Zakon o zaštitniku građana - ZZG, *Službeni glasnik RS*, br. 79/2005 i 54/2007.

⁷ Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja - ZSPIJZ, *Službeni glasnik RS*, br. 120/2004 i Zakon o zaštiti podataka o ličnosti - ZZPL, *Službeni glasnik RS*, br. 97/2008, 104/2009, 68/2012 i 107/2012.

⁸ Zakon o državnoj revizorskoj instituciji - ZDRI, *Službeni glasnik RS*, br. 101/2005, 54/2007 i 36/2010.

⁹ Zakon o Agenciji za borbu protiv korupcije - ZABPK, *Službeni glasnik RS*, br. 97/2008, 53/2010, 66/2011, 67/2013, 112/2013, 8/2015.

¹⁰ Zakon o zabrani diskriminacije - ZZD, *Službeni glasnik RS*, br. 22/2009.

¹¹ Vid: Harold H. Bruff, On the Constitutional Status of the Administrative Agencies, *American University Law Review* 36/1986, 513; Giandomenico Majone, Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards, *European Law Journal* 4/1998, 18-20; Giandomenico Majone, Non-majoritarian institutions and the limits of democratic governance: a political transaction-cost approach, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 157/2011, 57-58.

Iako je u domaćoj pravnoj teoriji odavno ukazano na teorijsku razliku između pojmova nezavisnosti i samostalnosti državnih organa,¹² u važećem pravnom sistemu Republike Srbije ta razlika nije do kraja jasno izvedena. Naime, nezavisnost nekog organa predstavlja u odnosu na samostalnost širi pojam i podrazumeva veći stepen odvojenosti u odnosu na druge državne organe, i to ne samo u funkcionalnom, već i u organizacionom smislu.¹³ U ustavnom sistemu, uspostavljenom Ustavom iz 2006. godine,¹⁴ pravi se takva razlika, pa se pojedinim državnim organima u pogledu njihovog pravnog položaja garantuje nezavisnost (sudovi – čl. 142, Zaštitnik građana – čl. 138), a drugima samo samostalnost (organi državne uprave – čl. 136, Narodna banka Srbije – čl. 95, Državna revizorska institucija – čl. 96), dok se samo izuzetno nekim organima, poput Ustavnog suda, istovremeno garantuje i nezavisnost i samostalnost (čl. 166). Međutim, u zakonima kojima je uređen pravni položaj svih organa koji su predmet našeg razmatranja, ne pravi se ova razlika, već se nezavisnost i samostalnost koriste kao sinonimi, odnosno navedeni organi se određuju istovremeno kao nezavisni i samostalni državni organi pri obavljanju poslova iz svoje nadležnosti.¹⁵ Dakle, nakon donošenja Ustava zadatak zakonodavstva jetrebao da bude da se jasno i detaljno uredi pravni režim nezavisnosti, odnosno samostalnosti kod svakog od navedenih nezavisnih državnih organa, što je očigledno propušteno da se uradi.

Poseban slučaj u našem pravnom sistemu predstavlja Zaštitnik građana, za koga je u Ustavu navedeno da je nezavisan državni organ, a u Zakonu o zaštitniku građana dodato još i da je samostalan u obavljanju poslova iz svoje nadležnosti.¹⁶ Potpuno obrnut slučaj je sa Državnom revizorskom institucijom, koja je Ustavom određena kao samostalan državni organ, a Zakonom o Državnoj revizorskoj instituciji joj je dodato da je još i nezavisan državni organ.¹⁷ Ova ne-

¹² “Samostalnost je izraz za poziciju i oblik, za objektivno stanje i položaj ustanove i mesto funkcije. Nezavisnost je izraz akcije, dinamizma odlučivanja institucije (države, organa, čoveka)”. Jovan Đorđević, *Ustavno pravo*, Savremena administracija, Beograd 1978, 809.

¹³ Vid.: J. Đorđević (1978) 809-810; Dragan Milkov, “Samostalnost uprave i nezavisnost sudova”, *Zbornik radova PFNS* 1/1981, 185-187.

¹⁴ Ustav Republike Srbije – Ustav RS, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

¹⁵ Tako: ZABPK, čl. 3. st. 1; ZDRI, čl. 3. st. 2; ZSPIJZ, čl. 1. st. 2.; ZZPL, čl. 1. st. 2; ZZZD, čl. 1. st. 2.

¹⁶ “Zaštitnik građana je nezavisan državni organ koji štiti prava građana i kontroliše rad organa državne uprave ...”. Ustav RS, čl. 138. st. 1. “Zaštitnik građana je nezavisan i samostalan u obavljanju poslova utvrđenih ovim zakonom i niko nema pravo da utiče na njegov rad i postupanje”. ZZZG, čl. 2. st. 1.

¹⁷ “Državna revizorska institucija je najviši državni organ revizije javnih sredstava u Republici Srbiji, samostalna je i podleže nadzoru Narodne skupštine, kojoj i odgovara”. Ustav RS, čl. 96. st. 1. “Institucija je samostalan i nezavisan državni organ”. ZDRI, čl. 3. st. 2.

saglasnost između ustavne i zakonske norme može se pripisati činjenici da su Zakon o zaštitniku građana i Zakon o Državnoj revizorskoj instituciji doneti 2005. godine, godinu dana pre Ustava, a da prilikom izmena i dopuna tih zakona, koje su vršene 2007, odnosno 2010. godine, ove odredbe nisu bile predmet posebne pažnje, uprkos izričitoj odredbi Ustavog zakona za sprovođenje Ustava (čl. 15) o obavezi usaglašavanja svih zakona sa novim Ustavom najkasnije do 31. decembra 2008. godine.

Za razliku od pravnog sistema Republike Srbije, u drugim pravnim sistemima se uglavnom ne mešaju ovi pojmovi, već se pravni status ovakvih subjekata vezuje za svojstvo nezavisnosti (independence, indépendance), a u pravnim aktima oni se nazivaju nezavisnim organima (independent agencies, autorités administratives indépendantes) i precizno im se uređuje pravni položaj.¹⁸

No, ostavljajući ovoga puta po strani uočenu razliku u korišćenju pojmova nezavisnosti i samostalnosti ovih državnih organa u domaćem pravnom sistemu, njihova nezavisnost i samostalnost kao osnovno statusno obeležje, nije apsolutnog karaktera. I u Republici Srbiji, kao što je to slučaj i drugim pravnim sistemima, ona se ogleda uglavnom samo u odnosu na izvršnu vlast, kao mestu stvarne moći i uticaja u svim savremenim političkim sistemima. Njihova nezavisnost u radu se obezbeđuje putem različitih mehanizama, kao što su: *način izbora i razrešenja* (odgovornosti) nosilaca funkcija u ovim organima, u kome osnovnu ulogu ima Narodna skupština, kao najvažnije predstavničko telo, samostalno *budžetsko pravo*, zahvaljujući kome su ovi organi u prilici da obezbede finansiranje svoga rada nezavisno od predloga budžeta koji pripremaju Vlada i resorna ministarstva,¹⁹ prava na samostalnu *zakonodavu inicijativu* u pitanjima koja se tiču njihovog delokruga rada itd. Granicu njihove nezavisnosti i samostalnosti predstavlja kontrola, koju nad njihovim radom mogu da vrše drugi državni organi, pre svega Narodna skupština i delimično sudska vlast.²⁰

¹⁸ Vid.: Rajko Pirnat, Neodvisne upravne institucije, *Javna uprava*3/1999, Ljubljana, 449-466; G. Braibant, B. Stirn (2002) 81-83; D. Maillard Desgrées du Loû (2011) 222.

¹⁹ Usvajanje budžeta od strane parlamenta, kao vida davanja saglasnosti na sredstva neophodna za rad nezavisnih državnih organa, ne smatra se narušavanjem principa nezavisnosti u radu ovih organa. Štaviše, i u pojedinim direktivama Evropske Unije, koje najizričitije utvrđuju političku nezavisnost pojedinih regulacionih agencija, poput Direktive 2009/72/EZ o zajedničkim pravilima za unutrašnje tržište električne energije (član 35) i Direktive 2009/73/EZ o zajedničkim pravilima za unutrašnje tržište prirodnog gasa (član 39), izričito je navedeno da odobravanje sredstava za rad od strane zakonodavnog tela se ne smatra vredanjem njihove finansijske autonomije.

²⁰ Nezavisnost u nekim pravnim sistemima podrazumeva i mogućnost samostalnog sprovođenja politike zapošljavanja, određivanja visine plate i upravljanja sredstvima za rad, što nije slučaj sa nezavisnim državnim organima u Republici Srbiji. Ne samo da saglasnost u pogledu broja zaposlenih i visine plata kod pojedinih nezavisnih državnih organa daje parlament, odnosno admini-

U cilju ostvarivanja uslova za punu ličnu nezavisnost i samostalnost u radu, nosiocima funkcija kod svih nezavisnih državnih organa je zakonom izričito zabranjeno članstvo, rad ili vršenja funkcija u političkim strankama,²¹ a nekim od njih, poput Zaštitnika građana i njegovih zamenika, zabranjeno je i davanje izjava političke prirode,²² dok je članovima Odbora Agencije za borbu protiv korupcije zabranjeno narušavanje ugleda i političke nepristrasnosti Agencije, zbog čega mogu biti i razrešeni sa funkcije.²³

Uprkos takvom pravnom položaju, između organa uprave i određenih nezavisnih državnih organa se ipak uspostavljaju određeni odnosi.

MEĐUSOBNI ODNOS ORGANA UPRAVE I NEZAVISNIH DRŽAVNIH ORGANA

Između organa uprave i nezavisnih državnih organa uspostavljaju se brojni odnosi različite prirode, koje karakteriše niz ovlašćenja jednih organa u odnosu na druge. Međutim, za suštinu pravne prirode njihovih odnosa najznačajnija su pojedina *personalna* i *kontrolna* ovlašćenja kojima raspolažu nezavisni državni organi u odnosu na organe uprave.

Najvažnije ovlašćenje personalne prirode nezavisnih državnih organa u odnosu na organe uprave u pravnom sistemu Republike Srbije predstavlja ovlašćenje Agencije za borbu protiv korupcije na davanje saglasnosti određenim funkcionerima organa uprave (izabranim, postavljenim ili imenovanim) za obavljanje drugih javnih funkcija, u slučaju kada to ne predstavlja sukob interesa. Bez izričite saglasnosti ovog nezavisnog državnog organa nijedan funkcioner organa uprave može da vrši neku drugu javnu funkciju (član 28), niti neki drugi posao ili delatnost koja bi bila u suprotnosti sa nepristrasnim vršenjem ili ugledom njegove funkcije u organu uprave (član 30). Izuzetno, saglasnost Agencije može da predstavlja uslov da bi neko lice, koje se već smatra funkcionerom u smislu Zakona o Agenciji za borbu protiv korupcije (član 2), moglo da bude postavljeno ili

strativni odbor Narodne skupštine, već i kontrolu nad svim pitanjima radno-pravnog statusa zaposlenih lica u nedržavnim organima vrše organi uprave, kao što je to slučaj i kod kontrole nad svim ostalim državnim organima (upravna inspekcija, budžetska inspekcija ...).

²¹ Vid.: ZZG, čl. 19. st. 2; ZSPIJZ, čl. 30. st. 4; ZDRI, čl. 15. st. 1. tač. 1.; ZABPK, čl. 8; ZZD, čl. 28. st. 5.

²² “Zaštitnik građana i zamenik Zaštitnika građana ne mogu davati izjave političke prirode”. ZZG, čl. 10a. Interesantno je primetiti da ova vrsta zabrane za nosioce funkcije ombudsmana nije postojala u prvobitnom tekstu Zakona o zaštitniku građana usvojenom 2005. godine, već je uvedena dopunama Zakona koje su izvršene 2007. godine. Vid.: Zakon o izmenama i dopunama ZZG, *Službeni glasnik RS*, br. 57/2007, čl. 7.

²³ Vid.: ZABPK, čl. 13. st. 2.

imenovano na funkciju u organu upravu, naprimera, na mesto državnog sekretara ili nekog državnog službenika na položaju (pomoćnik ministra, sekretar ministarstva, starešina organa uprave u sastavu ministarstva).²⁴ Takođe, saglasnost ove Agencije je neophodna funkcionerima u organima uprave i ako žele da nakon prestanka funkcije, a pre isteka roka od dve godine, zasnuju radni odnos ili uspostave poslovnu saradnju sa nekim subjektom koji obavlja delatnosti u vezi sa funkcijom koju je je funkcioner u organu uprave vršio (član 38).

Praktičan značaj ovakve vrste ovlašćenja ove Agencije je u poslednjih nekoliko godina znatno porastao, s obzirom na to da je zabeležen značajan broj odbijanja zahteva za davanje saglasnosti najvišim funkcionerima organa uprave, kao i zbog toga štoje podneto više desetina prekršajnih i krivičnih prijava protiv različitih vrsta funkcionera organa uprave, zbog nepoštovanja odredbi Zakona o Agenciji za borbu protiv korupcije, koje regulišu navedena pitanja sprečavanja pojave sukoba interesa. Pri tome su neke prijave podnete čak i protiv samih ministara, kao najviših funkcionera organa uprave.

Najznačajnije ovlašćenje nezavisnih državnih organa u odnosu na organe uprave, predstavljaju njihova brojna kontrolna ovlašćenja nad radom organa uprave. U pravnom sistemu Republike Srbije predmet kontrole nezavisnih državnih organa danas je veoma široko uspostavljen. Predmet njihovih kontrolnih aktivnosti mogu biti različiti aspekti, ne samo *nezakonitog*, već uopšte *nepravilnog* rada uprave. Kao predmet kontrole nezavisnih državnih organa u pravnom sistemu Republike Srbije se danas javljaju: zakonitost i pravilnost rada uprave, zakonitost i pravilnost trošenja budžetskih sredstava od strane organa uprave, ostvarivanje javnosti u radu uprave kroz pravo na dostupnost informacijama koje su od javnog značaja, ostvarivanje prava građana na jednako postupanje pred organima uprave, zaštita prava na dostupnost ličnih podataka o građanima, postojanje sukoba javnog i privatnog interesa koji može da nastane prilikom vršenja upravne delatnosti. Tako, konkretno, predmet kontrole Zaštitnika građana predstavljaju povrede prava građana koje su učinjene aktima, radnjama ili nečinjenjem organa uprave, kada se radi o povredi republičkih zakona, drugih propisa i opštih akata.²⁵ Ako je u pitanju povreda pokrajinskih propisa i opštih akata, ili propisa i opštih akata jedinica lokalnih samouprava (gradova i opština), nadležni su Pokrajinski zaštitnik građana – obmudsman,²⁶ odnosno gradski ili opštinski zaštitnik građana.²⁷ Predmet kontrole Poverenika za dostupnost informacija od javnog

²⁴ Vid.: ZABPK, čl. 28.

²⁵ Vid.: ZZG, čl. 17. st. 1.

²⁶ Vid.: Pokrajinska skupštinska odluka o Pokrajinskom zaštitniku građana – ombudsmanu, *Službeni list APV*, br. 37/2014, čl. 3.

²⁷ Vid.: Zakon o lokalnoj samoupravi, *Službeni glasnik RS*, br. 129/2007 i 83/2014, čl. 97.

značaja i zaštitu podataka o ličnosti su ostvarivanje prava građana na pristup svim informacijama koje su nastale u radu ili u vezi sa radom organa uprave, a za koje javnost ima opravdani interes da zna,²⁸ kao i zaštita prava na privatnost u vezi podataka o ličnosti koje prikupljaju ili obrađuju organi uprave.²⁹

Državna revizorska institucija kontroliše, pre svega, zakonitost i pravilnost trošenja budžetskih sredstava od strane organa uprave, ali predmet njene kontrole može biti i svrsishodnost raspolaganja svim javnim sredstvima od strane organa uprave, kao subjekta revizije.³⁰ Predmet kontrole Agencije za borbu protiv korupcije se tiče poštovanja pravila propisanih samim Zakonom o Agenciji za borbu protiv korupcije u vezi sa sprečavanjem sukoba interesa pri vršenju javnih funkcija u organima uprave i prijavljivanjem imovine lica koja vrše javne funkcije u organima uprave (izabrani i postavljeni funkcioneri i državni službenici na položajnim radnim mestima).³¹

Predmet kontrole Poverenika za zaštitu ravnopravnosti je postojanje razlike ili nejednako postupanje organa uprave prema građanima, koje se zasniva na rasi, boji kože, precima, državljanstvu, nacionalnoj pripadnosti ili etničkom poreklu, jeziku, verskim ili političkim ubeđenjima, polu, rodnom identitetu, seksualnoj orijentaciji, imovinskom stanju, rođenju, genetskim osobenostima, zdravstvenom stanju, invaliditetu, bračnom i porodičnom statusu, osuđivanosti, starosnom dobu, izgledu, članstvu u političkim, sindikalnim i drugim organizacijama i drugim stvarnim, odnosno pretpostavljenim ličnim svojstvima.³²

²⁸ Vid.: ZSPIJZ, čl. 1 i 2.

²⁹ Vid.: ZZPL, čl. 1.

³⁰ Zakonom o državnoj revizorskoj instituciji ne samo da su široko određeni subjekti revizije, među kojima su svi organi uprave (republički, pokrajinski i lokalni), već je to posebno slučaj sa predmetom revizije, koji se može odnositi na: 1) primanja i izdatke nastale u skladu sa propisima o budžetskom sistemu i propisima o javnim prihodima i rashodima; 2) finansijske izveštaje, finansijske transakcije, obračune, analize i druge evidencije i informacije subjekta revizije; 3) pravilnost poslovanja subjekta revizije u skladu sa zakonom, drugim propisima i datim ovlašćenjima; 4) svrsishodnost raspolaganja javnim sredstvima u celini ili u određenom delu; 5) sistem finansijskog upravljanja i kontrole budžetskog sistema i sistema ostalih organa i organizacija koje su subjekt revizije Institucije; 6) sistem internih kontrola, interne revizije, računovodstvenih i finansijskih postupaka kod subjekta revizije; 7) akti i radnje subjekta revizije koje prizvode ili mogu proizvesti finansijske efekte na primanja i izdatke korisnika javnih sredstava, imovinu države, zadržavanje i davanje garancija kao i na svrsishodnu upotrebu sredstava kojima raspolažu subjekti revizije; 8) pravilnost rada organa rukovođenja, upravljanja i drugih odgovornih lica nadležnih za planiranje, izvođenje i nadzor poslovanja korisnika javnih sredstava; kao i 9) druge oblasti predviđene posebnim zakonima. Vid.: ZDRI, čl. 9.

³¹ Vid.: ZABPK, član 1.

³² Vid.: ZZD, čl. 2. tač. 1.

Osnovna ovlašćenja nezavisnih državnih organa pri vršenju kontrole nad radom organa upravljenikada nisu meritorne, već uglavnom procesne prirode i inicijalnog su karaktera, a odnose se na pravo predlaganja nadležnom organu *razrešenja funkcionera* organa uprave u čijem radu otkriju određenu vrstu nezakonitosti ili nepravilnosti koja je bila predmet njihove kontrole, kao i pravo na *podnošenje prijave* (krivične, prekršajne ...) organu nadležnom za utvrđivanje odgovornosti funkcionera ili službenog lica organa uprave.

Bez obzira na to što su ova ovlašćenja samo inicijalne prirode, u praksi je njihov značaj veoma velik. Poslednjih desetak godina, od kada su u pravni sistem Republike Srbije postepeno počeli da se uvode pojedini oblici kontrole uprave od strane nezavisnih državnih organa, značajno je porastao broj postupaka koji su pokrenuti, ne samo za razrešenje,³³ već i za utvrđivanje prekršajne, a ne tako retko i krivične odgovornosti funkcionera organa uprave. Do uvođenja u pravni sistem nezavisnih državnih organa, veoma retka razrešenja funkcionera u organima uprave su bila uglavnom posledica kontrole koju su nad upravom vršila sredstva javnog informisanja, a pokretanje postupaka za utvrđivanje prekršajne ili krivične odgovornosti, isključivo stvar pravosudnih organa, ali su ovim postupcima podlegali uglavnom samo pojedini bivši funkcioneri, kada je dolazilo do promena u sastavu vlada. Danas se na godišnjem nivou podnese nekoliko stotina prekršajnih i na desetine krivičnih prijava protiv odgovornih lica u organima uprave, u čemu naglašenu ulogu ima Državna revizorska institucija,³⁴ i Agencija za borbu protiv korupcije,³⁵ kao i donekle Poverenik za dostupnost informacija od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti u oblasti zaštite podataka o ličnosti. Pored toga, danas postoje i na desetine pravnosnažnih osuđujućih presuda, čak i protiv nekih ministara, kao nosilaca najviših funkcija u upravi, koji su do nedavno predstavljale pravu retkost i imale gotovo doktrinarni značaj.³⁶

³³ Za pojavu značajnog broja razrešenja funkcionera i državnih službenika na položajnim radnim mestima u organima uprave, od posebnog značaja je mera *javnog objavljivanja preporuke za podnošenje ostavke*, koju zbog postojanja različitih oblika sukoba interesa može izreći Agencija za borbu protiv korupcije. Vid.: ZABPK, čl. 51.

³⁴ Paralelno sa značajnim kadrovskim jačanjem ove Institucije, iz godinu u godinu se uvećavao i broj podnetih prijava. U 2015. godine taj broj je dostigao nivo od čak 204 prekršajne i 17 krivičnih prijava, od kojih se najveći deo upravo odnosi na organe uprave kao subjekte revizije, a među kojima su čak sedam aktuelnih ili bivših ministara. U prethodnoj, 2014. godini, podneto je ukupno 131 prekršajna i 15 krivičnih prijava, dok je u 2013. godini podneta 101 prekršajna prijava.

³⁵ Samo tokom 2015. godine, Agencija za borbu protiv korupcije podnela je šest krivičnih prijava, i to zbog davanja lažnih podataka o imovini i prihodima, i neprijavlivanja imovine i prihoda nakon prestanka funkcije. Tokom prethodne četiri godine, počev od 1. januara 2010. godine kada je otpočela sa radom, ova Agencija podnela je ukupno 27 krivičnih prijava.

³⁶ Vid.:Zoran Lončar, *Ministerial Responsibility: Regulations and Practical Issues in Republic of Serbia*, *Hrvatska komparativna i javna uprava*4/2013, Zagreb, 1171-1298.

Značajno ovlašćenje nezavisnih državnih organa u kontroli organa uprave, pored iniciranja postupaka pred drugim državnim organima, može da predstavlja i mogućnost da u okviru posebnog, vanrednog ili redovnog godišnjeg *izveštaja*, koji podnose Narodnoj skupštini, ukažu na određene nezakonitosti ili nepravilnosti u radu organa uprave, otkrivine u vršenju kontrole. Bez obzira na to što podnošenje izveštaja o radu nezavisnih državnih organa ne proizvodi nikakve direktne pravne posledice, zbog ugleda i autoriteta koji uživaju gotovo svi nezavisni državni organi, oni mogu da proizvedu po funkcionera organa uprave čije se ime nađe u izveštajima, mnoge štetne posledice, ne samo vanpravne prirode (pokretanje postupka političke odgovornosti), već ponekad i pravne prirode (pravna odgovornost). U praksi najveći značaj imaju godišnji izveštaji Državne revizorske institucije, Zaštitnika građana i Poverenika za dostupnost informacija od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, koji su predmet posebne pažnje, ne samo Narodne skupštine, koja o njima vodi višednevnu raspravu, već i značajnog dela sredstava javnog informisanja, koji time u velikoj meri daju svoj doprinos podizanju značaja kontrole koju vrše nezavisni državni organi.

Za odnos organa uprave i nezavisnih državnih organa, kao jedno od suštinskih pitanja postavlja se pitanje mogućnosti ostvarivanja kontrole nad aktima koje ne državni organi donose u vršenju kontrole nad organima uprave.³⁷ S obzirom na to su i nezavisni organi, kao i ostali državni organi, deo iste pravne celine, države,³⁸ neophodno je da i nad njima postoji određena vrsta kontrole. Kontrola nad aktima ne državnih organa nije u suprotnosti sa pravnim tekovinama Evropske Unije,³⁹ pa je sasvim razumljivo što se u gotovo svim pravnim sistemima evropskih država srećekontrola nad svim pravnim aktima nezavisnih državnih organa, izuzimajući upravni nadzor od strane samih organa uprave. Tako su, naprimer, u Francuskoj, kontroli Državnog saveta podvrgnuti svi akti nezavisnih upravnih organa (*autorités administratives indépendantes*), na isti način kao što je to slučaj i sa aktima samih organa uprave.⁴⁰ Slična situacija je i u Nemačkoj i

³⁷ Vid.: T. Christensen, P. Laegreid (2007) 502-504.

³⁸ "To je jedan skup, jedana složena celina, mnoštvo službi koje proizlaze iz istog pravnog lica države. (...) Svi politički ili upravni službenici predstavljaju jedno isto pravno lice, državu". G. Braibant, B. Stirn, (2002) 86.

³⁹ Štaviše, pojedine direktive Evropske Unije, kojima se nastoji obezbediti veoma visok stepen političke nezavisnosti u radu pojedinih regulatornih tela, poput Direktive 2009/72/EZ o zajedničkim pravilima za unutrašnje tržište električne energije (čl. 35) i Direktive 2009/73/EZ o zajedničkim pravilima za unutrašnje tržište prirodnog gasa (čl. 39), ne usključuju uopšte parlamentarni i sudski nadzor nad njihovim radom, ako je on u skladu sa ustavnim pravom države članice.

⁴⁰ Vid.: G. Braibant, B. Stirn (2002) 85.; D. Maillard Desgrées du Loû (2011) 224-226.

Austriji, gde se svi pojedinačni akti nezavisnih tela mogu pobijati u dvostepenom upravnom sporu, a opšti akti pred Ustavnim sudom.⁴¹

U pravnom sistemu Republike Srbije danas postoji određen vid sudske kontrole nad nezavisnim državnim organima, koja se ostvaruje pre svega u upravnom sporu, ali ona nije potpuna. Upravno-sudskoj kontroli u Republici Srbiji podležu samo akti pojedinih nezavisnih državnih organa. Upravni spor se može pokrenuti samo protiv konačnih akata Poverenika za dostupnost informacija od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti i Agencije za borbu protiv korupcije.⁴² Samim Zakonom je izričito predviđena hitnost upravnih sporova pokrenutih povodom ostvarivanja prava na slobodan pristup informacijama od javnog značaja.⁴³ Međutim, protiv pojedinačnih akata ostalih nezavisnih državnih organa nije predviđena posebna sudska zaštita. Pored toga, pred Ustavnim sudom se još može vršiti kontrola ustavnosti i zakonitosti opštih akata svih nezavisnih državnih organa, kao i kontrola njihovih pojedinačnih akata i radnji kojima se vređaju određena ustavna prava i slobode, kada su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu, putem ustavne žalbe.⁴⁴

U pogledu mogućnosti ostvarivanja kontrole nad radom nezavisnih državnih organa najveći problem predstavlja protivustavna odredba člana 3. stav 4. Zakona o Državnoj revizorskoj instituciji, kojom se isključuje mogućnost bilo kakve sudske zaštite protiv akata donetih od strane ovog nezavisnog državnog organa.⁴⁵ Takva odredba i dalje postoji u Zakonu, donetom 2005. godine, iako je u međuvremenu, u cilju usklađivanja sa međunarodnim pravnim standardom koji podrazumeva pravo na pristup sudu, kao sastavni deo prava na pravično suđenje iz Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (čl. 6. st. 1), u novom Ustavu iz 2006. godine, najpre predviđeno pravo na pravično suđenje (čl.

⁴¹ KristianFischer, Quangos - An Unknown Species in German Public Law? German Report on the Rule-making Power of Independent Administrative Agencies. U: Riedel, Eibe H. i Wolfrum, Rüdiger (ur.) Recent Trends in German and European Constitutional Law, Springer, Berlin/New York 2010, 156-160.

⁴² O značaju uspostavljanja sudske kontrole nad konačnim pravnim aktima Agencije za borbu protiv korupcije, govori podatak da je u 2014. godini Upravni sud okončao ukupno dvanaest upravnih sporova koji su bili pokrenuti protiv drugostepenih rešenja ove Agencije, od čega je doneo devet presuda kojim se tužbe odbijaju, dva rešenja kojim je postupak po tužbi obustavljen i jednu presudu kojom je tužba uvažena, a trenutno je u 2015. godini pred Upravnim sudom u toku još 21 upravni spor protiv konačnih rešenja ove Agencije. Vid.: Izveštaj o radu Agencije za borbu protiv korupcije za 2014. godinu, str. 28.

⁴³ Vid.: ZSPIJZ, čl. 27. st. 2.

⁴⁴ Vid.: Ustav RS, čl. 167 i 170.

⁴⁵ "Akti kojima Institucija vrši svoju nadležnost revizije ne mogu biti predmet osporavanja pred sudovima i drugim državnim organima". ZDRI, čl. 3. st. 4.

32),⁴⁶ a zatim i da zakonitost konačnih pojedinačnih akata kojima se odlučuje o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu podleže preispitivanju pred sudom u upravnom sporu, ako u određenom slučaju zakonom nije predviđena drugačija sudska zaštita (čl. 198. st. 2). Kao proizvod ovih ustavnih novina, u novom Zakonu o upravnim sporovima iz 2009. godine⁴⁷ proširen je predmet upravnog spora, pored upravnih akata, sada i na sve konačne pojedinačne pravne akte kojima se rešava o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu stranke, kod kojih *ne postoji neki drugi vid sudske zaštite* (čl. 3. st. 2), kao i na akte kod kojih je to nekim zakonom izričito predviđeno (čl. 3. st. 3). Ovom prilikom nije na odmet podsetiti da je krajnji rok za usklađivanje svih zakona sa Ustavom, na osnovu Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava (čl. 15), istekao još 31. decembra 2008. godine, kao i na to da se upravo na osnovu činjenica koje se utvrde tokom postupka revizije, pokrene najviše krivičnih i prekršajnih postupaka protiv odgovornih lica u organima uprave, a taj broj danas višestruko prevazili prijave koje podnose svi ostali nezavisni državni organi zajedno.⁴⁸

Nešto manji problem predstavljaju akti Poverenika za zaštitu ravnopravnosti. Naime, iako protiv rešenja Poverenika kojim se izriče opomena za povredu prava na ravnopravnost, Zakonom o zabrani diskriminacije nije izričito predviđena mogućnost sudske zaštite (čl. 40), takav akt bi ipak na osnovu Zakona o upravnim sporovima (čl. 3. st. 2) mogao biti predmet upravnog spora pred Upravnim sudom, iz razloga što protiv njega ne postoji drugi vid sudske zaštite. Međutim, osnovni problem se ovde javlja što Upravni sud u praksi, uprkos izričitoj zakonskoj odredbi kojom je predmet upravnog spora proširen, pored upravnih akata i na sve druge konačne pojedinačne pravne akte gde ne postoji drugi vid sudske zaštite, ne prihvata vođenje upravnog spora i rešenjem odbacuje tužbe iz razloga što se ne radio upravnom aktu.⁴⁹

ZAKLJUČAK

Između organa uprave i nezavisnih državnih organa uspostavljaju se brojni odnosi različite prirode, koje karakterišu niz ovlašćenja jednih organa u odno-

⁴⁶ "Svako ima pravo da nezavisan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku, javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i o optužbama protiv njega". Ustav RS, čl. 32. st. 1.

⁴⁷ Zakon o upravnim sporovima, *Službeni glasnik RS*, br. 111/2009.

⁴⁸ Vid.: Zoran Lončar, Administration control by the State Audit Institutione, *Teme* 3/2012, Niš, 1314-1315.

⁴⁹ Vid.: Zoran Lončar, "Sužavanje upravno-sudske zaštite građana u Republici Srbiji", *Godišnik na Pravniot fakultet "Justinijan prvo" vo Skopje*, 51/2014, 68-71.

su na druge. Međutim, za suštinu prirode njihovih odnosa najznačajnija su pojedina kontrolna ovlašćenja kojima raspolažu neki od nezavisnih državnih organa u odnosu na organe uprave. To je sasvim i razumljivo, s obzirom na to da je vršenje kontrole, pre svega nad organima upravne vlasti, kao mestu stvarne moći i političkog uticaja, osnovni razlog za uvođenje nezavisnih državnih organa u savremene ustavno-pravne sisteme.

Za sve razmatrane vrste nezavisnih državnih organa koji postoje u pravnom sistemu Republike Srbije može se reći da su uređeni na zadovoljavajući načini da raspolažu nizom značajnih kontrolnih ovlašćenja u odnosu na organe uprave, zahvaljujući čemu im pripada važno mesto u pravom i političkom sistemu države. Iako su samo nakon nekoliko početnih godina već vidljivi prvi značajniji rezultati u kontroli uprave od strane većine analiziranih nezavisnih državnih organa, da bi svi oni mogli da daju svoj pun doprinos, kako u zaštiti prava građana, tako i u kontroli nad organima upravne vlasti, neophodno je ipak da protekne još određeno vreme, kako bi došlo do potpunog društvenog sazrevanja ovih institucija, sa kojim bi smo mogli očekivati i znatnoveći stepen neutralnosti nosilaca funkcija nezavisnih državnih organa u odnosu na sferu političkog života države.

U međuvremenu, neophodno bi bilo otkloniti pojedine pravne nedostatke, na koje se u ovom radu ukazuje, da bi kontrola nad organima uprave u Republici Srbiji u potpunosti bila u skladu sa evropskim pravnim standardima. U tom smislu, najvažnije bi bilo uspostaviti punu sudsku kontrolu nad svim pravnim aktima (opštim i pojedinačnim) nezavisnih državnih organa koji se donose u vršenju kontrole nad organima uprave. Naime, nema razloga da u pogledu sudske kontrole nad pravnim aktima nezavisnih državnih organa bude nekog posebnog izuzetka u odnosu na druge državne organe. Upravno-sudska kontrola nad pojedinačnim aktima morala bi biti pravilo bez izuzetka, kod svakog nezavisnog državnog organa, kao što je to ustavno-sudska kontrola nad svim opštim aktima ovih organa. Povreda prava na pristup sudu, koje je sastavni deo prava na pravično suđenje, kao jednog od osnovnih načela proklamovanih Ustavom i Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, koja Republiku Srbiju obavezuje kao članicu Saveta Evrope, nikako ne idu u prilog afirmaciji rada nekih od ovih organa. Istovremeno, njihovim upornim nepoštovanjem u domaćem pravnom sistemu stvara se doza podozrenja i nepoverenja prema kontrolnim aktivnostima tih organa, koja ne bi smela da bude prisutna kada je u pitanju rad bilo kog nezavisnog državnog organa.

Tek otklanjanjem svih ovih nedostataka, od nezavisnih državnih organa će se moći očekivati da imaju u odnosu sa organima uprave isti značaj kakav danas imaju u drugim pravnim sistemima razvijenim od Republike Srbije.

ZORAN LONČAR, Pf.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Novi Sad

RELATIONS BETWEEN ADMINISTRATION
AND INDEPENDENT STATE BODIES

Summary

Between administration and independent state bodies are established numerous different relations, which are characterized by authorities of one body in relation to the other. However, for the essence of legal nature in their relations, it is the most important individual control authorities which are at the disposal on independent state bodies, in relation to administrative authorities. In the legal system of the Republic of Serbia, as independent state bodies now appear: the Ombudsman, the Commissioner for Information of Public Importance and Personal Data Protection, State Audit Institution, the Anti-Corruption Agency and the Commissioner for Protection of Equality. Although only in a few initial years we have seen the first major results in the control of the administration by most of these independent state authorities, it is necessary to achieve some, primarily legal requirements, which are in this paper indicated, that the control by the authorities of administrative bodies in the Republic of Serbia become truly independent and impartial, and in full compliance with European legal standards.

DRAGAN VASILJEVIĆ

INSPEKCIJSKI NADZOR U REPUBLICI SRBIJI

– Stanje, ciljevi i pravac reforme u ovoj oblasti –

U V O D

Nadzor je, po pravilu, odnos između dva subjekta u okviru koga jedan na sistematski i trajan način prati i ocenjuje rad onog drugog, a sve sa ciljem da se “rad koji se vrši preobražava u rad koji je trebalo vršiti”.¹ U upravnopravnoj nauki kontrola i nadzor se veoma često smatraju sinonimima, tako da se između ovih reči i ne pravi razlika. Postoje i drugačija mišljenja, iako su ona retka.² S obzirom na kriterije od kojih se polazi pri klasifikaciji postoje i različite vrste nadzora. Ti kriteriji mogu biti npr: ciljevi, subjekti, sredstva, predmet nadzora, postupak nadzora i sl.³

Dr Dragan Vasiljević, profesor Kriminalističko-policijske akademije, Beograd. Rad je rezultat istraživanja na projektu: “Kriminalitet u Srbiji i instrumenti državne reakcije”, koji finansira i realizuje Kriminalističko-policijska akademija u Beogradu, ciklus naučnih istraživanja 2015-2019. godina.

¹ Videti detaljnije: P. Dimitrijević: Elementi upravnog prava, Beograd, 1980, str.126.

² O ovom pitanju videti opširnije: L. Kostić: Administrativno pravo Kraljevine Jugoslavije, III, Nadziranje uprave, Beograd, 1930, str.3; S. Popović, B. Marković, M. Petrović: Upravno pravo, Beograd, 1995, str. 572; D. Milkov: Upravno pravo, II, Upravna delatnost, Novi Sad, 1997, str. 287; Z. Tomić: Upravno pravo, Beograd, 1998, str. 48-51; D. Vasiljević: Upravno pravo, Beograd, KPA, 2011, str. 227-249. Primera radi, L. Kostić i S. Popović kontrolu i nadzor smatraju sinonimima, dok je po Z. Tomiću nadzor širi i trajniji proces unutar koga se, po pravilu, obavlja kontrola.

³ D. Vasiljević, D. Milovanović: Important novelties in the law on administrative disputes of Republic of Serbia, SS. Cyril and Methodius University in Skopje, Iustinianus Primus Faculty of law,

Tako bi pravni nadzor predstavljao vrstu nadzora koji je uređen pravnim normama. Njegov pravni režim uredio bi pitanja: ko ga vrši, nad kim se vrši, po kojem postupku i sa kakvim kontrolnim ovlašćenjima se vrši, uključujući i pravne sankcije. Dok bi poseban oblik pravnog nadzora bio upravni nadzor. U domaćoj literaturi određenjem pojma i suštine upravnog nadzora bavili su se i upravno-pravna nauka i pozitivno pravo. U teorijskom smislu, upravni nadzor se može odrediti sa formalnog i materijalnog aspekta.⁴ Sa formalnog aspekta upravni nadzor predstavlja nadzor koji vrše organi uprave. Ovde je bitno ko vrši nadzor, a ne šta je predmet nadzora (upravna ili neka druga delatnost), kao i kakva je pravna priroda nadzornih ovlašćenja (upravna ili neka druga) kojima kontrolor raspolaže. Ukoliko želimo da utvrdimo pojam i suštinu upravnog nadzora sa materijalnog aspekta moramo poći od predmeta nadzora i pravne prirode nadzornih ovlašćenja. Tako bi upravni nadzor u materijalnom smislu predstavljao nadzor koji se vrši upravnim ovlašćenjima nad neautoritativnim aktivnostima nadziranog subjekta. Na ovakav način se u pravnoj teoriji upravni nadzor sadržinski razlikuje od upravne kontrole uprave. Upravni nadzor i upravna kontrola uprave su oblik pravnog nadzora koji se ostvaruje primenom upravnih ovlašćenja. Međutim, kod upravnog nadzora upravnim ovlašćenjima kontrolišu se neautoritativne aktivnosti, a kod upravne kontrole uprave kontrolišu se upravne (autoritativne) aktivnosti kontrolisanih subjekata.

Naši istaknuti pravni teoretičari koji su se bavili ovim pitanjima u svojim radovima uglavnom se opredeljuju za materijalni pojam upravnog nadzora ističući da se upravnim nadzorom, od svih njegovih zakonskih oblika, može tretirati samo inspeksijski nadzor.⁵

U iznošenju teorijskih postavki o formalnom i materijalnom pojmu upravnog nadzora moramo imati u vidu i pozitivnopravna rešenja o ovom pravnom institutu upravnog prava.⁶

Zakon o državnoj upravi odredbom člana 18. svrstava inspeksijski nadzor u grupu poslova uprave i predviđa da "inspeksijskim nadzorom organi državne uprave ispituju sprovođenje zakona i drugih propisa neposrednim uvidom u po-

Zbornik na Pravniot fakultet „Justinijan Prvi vo Skopje“, Proceedings in honour of professor Naum Grizo, Skopje, 2011, pp. 111-121.

⁴ D. Vasiljević: Upravna inspekcija-organizacija, poslovi i postupak rada, Bezbednost, Beograd, godina LIV, br. 3/2012, str.110-121.

⁵ Videti detaljnije: N. Bačanić, Upravni nadzor u pravnom sistemu Republike Srbije, Pravni život, br. 11/2009, str. 91-94; A. Vasiljević, Unutrašnji nadzor u sistemu državne uprave u Republici Srbiji, master rad (neobjavljen), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015.godina.

⁶ Videti Zakona o državnoj upravi iz 2005.godine, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 77/05; 101/07; 95/10 i 99/2014.

slovanje i postupanje fizičkih i pravnih lica i, zavisno od rezultata nadzora, izriču mere na koje su ovlašćeni”, a što se uređuje posebnim zakonom.

Stanje inspekcijskog nadzora u Republici Srbiji do potpune primene odredaba novog Zakona o inspekcijskom nadzoru

Prema Zakonu o državnoj upravi Republike Srbije inspekcijski nadzor kao posao uprave uređuje se posebnim zakonom, a do početka potpune primene odredaba tog posebnog Zakona o inspekcijskom nadzoru na snazi su odredbe članova 22-37. i člana 92. ranijeg Zakona o državnoj upravi iz 1992. godine. Stoga ćemo ovo pitanje obraditi u najopštijim napomenama sa još uvek aktuelnog stanja u ovom trenutku.

Kao što smo u uvodu ovog rada istakli, inspekcijski nadzor predstavlja specijalizovani upravni nadzor, koji se sastoji u neposrednom uvidu u poslovanje i postupanje nedržavnih subjekata, građana, kao i organa državne uprave (ovo poslednje isključivo sprovodi “upravna inspekcija”), uz preduzimanje odgovarajućih, zakonom propisanih mera.⁷ Predmet nadzora su uglavnom neautoritativne aktivnosti nadziranih (osim za nadzor koji vrši upravna inspekcija), u pogledu kojih se ispituje pridržavanje zakona, drugih propisa i opštih akata. Inspekcijske poslove neposredno obavlja ovlašćeno službeno lice-inspektor, koji uživa samostalnost u radu, ima znatna pravna ovlašćenja ali i naglašenu odgovornost.⁸

Kao glavna obeležja inspekcijskog nadzora mogu se istaći: a) obavlja se u više različitih oblasti društvenog života (zdravstvena, saobraćajna, tržišna, urbanistička, komunalna, šumarska, rudarska, prosvetna delatnost i dr.); b) inspekcijski nadzor preduzimaju ministarstva ili organi u njihovom sastavu (inspektorati), odnosno područni organi ili organizacione jedinice ministarstava, odnosno inspektorata - uz mogućnost njihovog poveravanja organima teritorijalnih zajednica; c) inspekcijski nadzor se vrši specifičnim metodima i ovlašćenjima.

Vršioци inspekcijskog nadzora se uobičajeno nazivaju inspekcijske službe. U postojećem pravnom sistemu, inspekcijske službe formiraju se: a) kao unutrašnje organizacione jedinice ministarstava, odnosno b) kao posebni organi u sastavu ministarstava (inspektorati). One su specijalizovane za vršenje inspekcijskih poslova u sedištu, ili van sedišta organa. Ilustracije radi pomenimo neke vrste inspekcija: komunalna, sanitarna, tržišna, inspekcija rada, devizna, građevinska, ru-

⁷ Videti član 18. Zakona o državnoj upravi, u vezi sa čl. 22-37. starog Zakona o državnoj upravi čije su odredbe - na osnovu člana 93. Zakona o državnoj upravi-ostale na snazi do donošenja posebnog zakona o inspekcijskom nadzoru.

⁸ Videti detaljnije: Z. Tomić, Opšte upravno pravo, Beograd, 2009, str. 224-226.

darska, geološka, saobraćajna, prosvetna, poljoprivredna, veterinarska, urbanistička, šumarska itd. U pogledu svake od njih postoje specijalni zakonski propisi.

Prilikom vršenja poslova inspeksijskog nadzora inspeksijske službe raspolažu nizom različitih, propisima priznatih ovlašćenja radi uticaja na kontrolisani subjekt u pogledu predmeta nadzora. Po svojoj sadržini inspeksijske aktivnosti mogu imati preventivnu, korektivnu, a ponekad i represivnu prirodu. Najvažnija i najčešća inspeksijska ovlašćenja su neposredan uvid u postupanje i poslovanje i preduzimanje zakonom predviđenih mera.

Postupak vršenja inspeksijskog nadzora odvija se prema pravilima Zakona o opštem upravnom postupku uz odstupanja i dopune u smislu odgovarajućih posebnih procesnih propisa u pojedinim materijama.

Pre donošenja Zakona o inspeksijskom nadzoru, vršene su brojne analize stanja u oblasti inspeksijskog nadzora. One ukazuju na primere dobre prakse, ali i na brojne probleme. Među najizraženijim problemima koji su uočeni mogu se istaći: neefikasnost, nedovoljna transparentnost i nedelotvornost inspeksijskog nadzora; neujednačeno postupanje inspeksijskih službi u istim ili sličnim situacijama što izaziva pravnu nesigurnost; neblagovremeno vršenje, dužina trajanja i neadekvatne mere koje se preduzimaju prilikom inspeksijskog nadzora nisu usaglašeni sa težinom povrede propisa i potrebama savremenog privrednog poslovanja; odsustvo koordinacije i česti sukobi nadležnosti inspeksijskih službi; odsustvo stalnog stručnog usavršavanja i osposobljavanja zaposlenih koji vrše poslove inspeksijskog nadzora; zloupotrebe u (ne)vršenju inspeksijskih ovlašćenja; vrednovanje rada inspeksijskih službi, koje nije prvenstveno prilagođeno cilju ove kategorije poslova državne uprave (delotvornom upravljanju javnim rizicima); odsustvo adekvatne pravne regulative u ovoj oblasti.

Imajući u vidu navedene, ali i druge prateće probleme, njihovu učestalost i uzroke, kao i posledice koje proizvode, stalo se na stanovište da suštinsko unapređenje oblasti inspeksijskog nadzora nije moguće postići bez sveobuhvatnih i dubinskih reformi koje, između ostalog, podrazumevaju donošenje sistemskog zakona i usklađivanje posebnih zakona i drugih propisa sa savremenim standardima obavljanja inspeksijskog nadzora.⁹

*Zakon o inspeksijskom nadzoru
kao osnov novog modela inspeksijskog nadzora*

Zakon o državnoj upravi, uz Zakon o državnim službenicima, Zakon o upravnoj inspekciji i još neke sistemske zakone iz domena državne uprave, prak-

⁹ Videti detaljnije: D. Milovanović, D. Vasiljević, Unapređenje modela inspeksijskog nadzora u Republici Srbiji, *Pravni život*, Beograd, br. 10/2014, str. 107-121.

tično predstavlja početak preobražaja i prilagođavanja javnog sektora u Republici Srbiji novim društvenim promenama i potrebama usklađivanja sa evropskim zakonodavstvom.¹⁰

U cilju podizanja nivoa celovitosti vršenja poslova uprave, obezbeđivanja svih oblika upravnog nadzora nad radom kako organa državne uprave i imalaca javnih ovlašćenja tako i drugih subjekata, uz istovremenu zaštitu i garantovanje njihovog položaja u vršenju poslova, posebno načela odgovornosti i samostalnosti, ali i ostvarivanja zahteva da navedeni organi svoje poslove obavljaju zakonito, blagovremeno i efikasno, u korist i za potrebe građana i drugih pravnih lica, neophodno je i sva pitanja vezana za inspekcijski nadzor pravno urediti na novim osnovama.

Naime, promene i usklađivanje ukupnog pravnog sistema sa Ustavom i novim društvenim potrebama i zahtevima, i prilagođavanje savremenim, posebno evropskim iskustvima i rešenjima, izazvale su i širenje nadležnosti subjekata uprave na niz novih društvenih oblasti. Sve ovo, a posebno povećanje obima i vrste poslova, promene u načinu njihovog vršenja, nagli porast broja nadziranih subjekata, neuređenost pojedinih pitanja od posebnog značaja za inspekcijski nadzor i drugo, zahtevalo je veoma široke i temeljne promene u uređivanju inspekcijskog nadzora koje je bilo moguće ostvariti samo donošenjem sistemskog i posebnog Zakona o inspekcijskom nadzoru.

Mi ćemo se na ovom mestu osvrnuti na neka od njegovih najvažnijih rešenja. Za razliku od uobičajene prakse, obrazloženje novina koje unosi Zakon ne sastoji se u interpretaciji utvrđenih normi i instituta. Naime, nastojalo se da se iznesu razlozi za prihvatanje određenog modela i rešenja, kako bi se oni bolje razumeli, što bi u krajnjem slučaju doprinelo pravilnom tumačenju i jednostavnijoj primeni u praksi.

U tom smislu novi model inspekcijskog nadzora shodno Zakonu zasniva se na sledećim novinama:

1. U definisanju samog pojma inspekcijskog nadzora pošlo se od rešenja koje je sadržano u Zakonu o državnoj upravi, ali inspekcijskom nadzoru, u smislu ovog zakona, upodobljavaju se i drugi oblici nadzora i kontrole čijim vršenjem se ispituje primena zakona i drugih propisa neposrednim uvidom u poslovanje i postupanje nadziranog subjekta, koje vrše drugi subjekti sa javnim ovlašćenjima. Novi koncept polazi od rešenja sadržanih u Strategiji reforme javne uprave, prema kome se pod inspekcijskim nadzorom podrazumevaju svi oblici nadzora

¹⁰ Videti detaljnije: D. Vasiljević, D. Milovanović, „The participation of stakeholders and general public in the legislation process (the situation in the Republic of Serbia and a comparative overview)“, international scientific conference “Archibald Reiss days”, Thematic conference proceedings of international significance, KPA, IRZ, Belgrade, 2014, volume III, pp. 55-63.

i kontrole (nezavisno od toga što nose naziv provera, pregled, ispitivanje, istraga, nadgledanje i sl.) koji u suštini imaju obeležja ove vrste posla državne uprave nezavisno od toga da li ga obavljaju u prenetom ili izvornom delokrugu. Ovakva rešenja su u skladu sa međunarodnim standardima i dobrim regulatornim rešenjima i praksom.

Što se metoda rada inspeksijskih službi tiče, akcenat se stavlja na preventivno delovanje. Tako je prvenstveni cilj inspeksijskog nadzora obezbeđivanje zakonitosti, a ne kažnjavanje. Na taj način se najdelotvornije štite vitalne vrednosti društva koje čine javni interes. Uz ispunjenje drugih pretpostavki značaj korektivnih, prinudnih i kaznenih mera će se relativno smanjivati.

2. Bitna novina je i metod procene rizika. Kod ovog metoda polazi se od realnog stanja u oblasti poslova inspeksijskog nadzora. Inspeksijske službe nisu u mogućnosti da u svakom trenutku obave kontrolu nad svim subjektima, niti da utvrde svaku nezakornost. Zato je nužno rangirati nadzirane subjekte prema stepenu njihove rizičnosti kroz utvrđivanje prioriteta. To bi obezbedilo blagovremeno i efikasno reagovanje. Procena rizika se vrši u svim fazama inspeksijskog nadzora.

Primena ovog metoda treba bitno da smanji arbitrarnost, neujednačenost postupanja, korupciju i druge moguće zloupotrebe u vršenju poslova inspeksijskog nadzora. Za uspešnu procenu rizika nužno je formirati analitička odeljenja sa stručno osposobljenim kadrovima i uspostaviti i koristiti odgovarajući informacioni sistem.

3. Zakon dužnu pažnju posvećuje pitanju koordinacije inspeksijskog nadzora i međusobnoj saradnji inspekcija. Povećanje delotvornosti i izbegavanje sukoba nadležnosti (pozitivnog ili negativnog) obezbeđuje se na više načina i to: kroz međusobnu saradnju u utvrđivanju programa rada i saradnju u samom postupku vršenja inspeksijskog nadzora; zajednički inspeksijski nadzor u situacijama kada više inspekcija istovremeno sprovodi nadzor prema istom subjektu; preko koordinacionog tela.

U cilju koordinacije inspeksijskog nadzora i međusobne saradnje inspeksijskih službi predviđeno je da Vlada obrazuje Koordinacionu komisiju sa jasno definisanim poslovima, kao koordinaciono telo prema zakonu kojim se uređuje državna uprava. U okviru Koordinacione komisije obrazovale bi se radne grupe i stručni timovi za određenu oblast, odnosno određena pitanja inspeksijskog nadzora.

4. Jedan od ključnih ciljeva Zakona o inspeksijskom nadzoru je i suzbijanje sive ekonomije. U vezi sa tim, predviđaju se široka i jasna ovlašćenja inspeksijskih službi u suzbijanju obavljanja delatnosti od strane neregistrovanih subjekata, kao i efikasne mere u cilju njihovog prevođenja u legalne tokove.

5. Sa stanovišta veće pravne predvidljivosti, sigurnosti i izvesnosti za građane, privredne subjekte i druga pravna lica veoma je važna transparentnost rada, opštih akata i ujednačavanje postupanja inspekcijskih službi prema nadziranim subjektima, čemu i sam Zakon pridaje dužnu pažnju. Između ostalog, to podrazumeva pripremu i objavljivanje na internet stranici važećih propisa, planova, kontrolnih lista koje sadrže spisak prioriternih provera i radnji na koje je inspekcija ovlašćena. Takođe, ovo obuhvata i donošenje akata o primeni propisa (mišljenja, objašnjenja, tumačenja, i dr.). U pogledu transparentnosti rada, važno je i pitanje odnosa prema Zakonu o slobodnom pristupu informacija od javnog značaja. Isto tako važno je obezbediti i jednako postupanje inspektora u istovetnim situacijama. Time bi subjekti nadzora bili u ravnopravnoj poziciji i imali izvesnost u svom postupanju i poslovanju.

6. Značajna novina koju zakon predviđa jeste i elektronsko povezivanje i razmena informacija i dokumenata između inspekcija preko jedinstvenog informacionog sistema. To će omogućiti stvaranje sveobuhvatne baze podataka i pristup inspekcija informacijama i dokumentima. Ovim će se postići smanjenje administrativnog opterećenja nadziranih subjekata i inspekcija i bolja iskorišćenost resursa inspekcija. U krajnjem slučaju sve bi to trebalo da doprinese boljoj efikasnosti i delotvornosti inspekcijskog nadzora.

7. Rešenja koja su sadržana u zakonu doprinose standardizaciji pojma i postupka inspekcijskog nadzora, ali i međusobnom odnosu sa drugim propisima iz ove oblasti. Zakon standardizuje inspekcijski nadzor prema vrsti i obliku. Standardizacija se postiže i pravilima o primeni ovog Zakona i odnosu prema drugim zakonima. Naime, sadržina, granice, ovlašćenja, prava i obaveze pri vršenju inspekcijskog nadzora utvrđeni su ovim i posebnim zakonima. Dakle, postojaće tri zakonodavna nivoa u inspekcijskom nadzoru: prvi, posebni - sektorski zakon; drugi, srednji - Zakon o inspekcijskom nadzoru i treći, opšti - Zakon o opštem upravnom postupku.¹¹

*Fazna primena odredaba Zakona o inspekcijskom nadzoru
i podzakonski akti koji su do sada doneti ili su u procesu pripreme*

Prelaznim i završnim odredbama ovog Zakona¹² (čl. 62-70) uređeni su rokovi za donošenje podzakonskih propisa i utvrđivanje obrazaca kontrolnih lista, status započelih postupaka, status inspektora, sprovođenje ispita za inspektore sa

¹¹ Analizirane ali i druge novine koje uvodi Zakon o inspekcijskom nadzoru a kojima se nismo bavili u ovom radu, detaljnije su objašnjene i u obrazloženju ovog zakona koje je njegov sastavni deo u postupku donošenja. Pogledati www.mduls.gov.rs/dokumenta-ostalo.php

¹² Videti: Zakon o inspekcijskom nadzoru, Službeni glasnik RS, br. 36/2015.

izuzetkom od obaveze polaganja tog ispita, obrazovanje Koordinacione komisije, prestanak važenja propisa, usaglašavanje posebnih zakona, stupanje na snagu i odloženi početak primene Zakona o inspekcijskom nadzoru.

Zakon predviđa faznu primenu svojih odredbi. Naime, u članu 70. predviđeno je da Zakon stupa na snagu osmog dana od dana objavljivanja u "Sl. glasniku RS", odnosno 29. aprila 2015. godine, a primenjuje se istekom roka od 12 meseci od dana stupanja na snagu, odnosno 29. aprila 2016. godine, osim odredaba kojima se uređuju neregistrovani subjekti i postupanje prema neregistrovanim subjektima propisanih članom 3. tačka 4), članom 4. stav 7, članom 5. stav 3, članom 10. stav 4, članom 11. stav 2. i 3, članom 22. članom 33. i 34. članom 41. stav 3, članom 44. stav 2. tačka 5) i članom 57, koje se primenjuju istekom roka od tri meseca od dana stupanja na snagu ovog Zakona, odnosno 30. jula 2015. godine, i članom 30. stav 1. 2. i 4, koje se primenjuju istekom roka od pet meseci od dana stupanja na snagu ovog Zakona, odnosno 30. septembra 2015. godine. Ovakvo rešenje ima i svoje opravdanje. Obzirom da se radi o sistemskom i reformskom Zakonu koji uvodi niz novina u oblasti inspekcijskog nadzora, jasno je da nije realno očekivati da sa njegovim stupanjem na snagu istovremeno počne i primena svih njegovih odredaba. Neophodan je izvestan vremenski period da se obave određene pripreme (organizacione, tehničke, materijalne i dr.). Nadamo se da će se sve to i obaviti, kako ne bismo došli u situaciju da menjamo Zakon zbog produžetka rokova.

Što se prestanka važenja propisa tiče, Zakon u članu 68. predviđa da istekom roka od 12 meseci od dana stupanja na snagu prestaju da važe odredbe čl. 22-33. i člana 92. Zakona o državnoj upravi.¹³ Zapravo, istekom ovog roka završava se ne samo fazna primena Zakona, već prestaju da važe i odredbe o inspekcijskom nadzoru koje su sadržane u starom Zakonu o državnoj upravi iz 1992. godine.

Kada je reč o usaglašavanju posebnih zakona, članom 69. je predviđeno da će nadležna ministarstva dostaviti Koordinacionoj komisiji izjave o usaglašenosti posebnih zakona kojima se u određenim oblastima uređuje inspekcijski nadzor sa odredbama Zakona o inspekcijskom nadzoru, u roku od 12 meseci od dana njegovog stupanja na snagu.

Od akata koji su doneti od stupanja Zakona na snagu do sada treba istaći da je Vlada Republike Srbije donela Odluku o obrazovanju Koordinacione komisije.¹⁴ Koordinaciona komisija je obrazovana u cilju usklađivanja, odnosno koordi-

¹³ Reč je o Zakonu o državnoj upravi iz 1992. godine. Videti: Zakon o državnoj upravi, Službeni glasnik RS, br. 20/92, 6/93-US, 48/93, 53/93, 67/93, 48/94, 49/99- dr. zakon, 101/05- dr. zakon i 87/11-dr zakon.

¹⁴ Odluka o obrazovanju Koordinacione komisije, Službeni glasnik RS, br. 66/2015.

nacije inspekcijskog nadzora u Republici Srbiji. Poslovima i zadacima Koordinacione komisije obezbeđuje se vršenje obuhvatnijeg i delotvornijeg inspekcijskog nadzora i izbegavanje preklapanja i nepotrebnog ponavljanja nadzora. Pored poslova definisanih Zakonom o inspekcijskom nadzoru, Koordinaciona komisija na osnovu ove Odluke:

- razmatra i daje mišljenje na predloge planova inspekcijskog nadzora, koje dostavljaju inspekcije;
- obrazuje stručnu grupu čiji je zadatak da, u saradnji sa Komisijom za sprovođenje ispita za inspektora, sačini baze pitanja i studija slučajeva za ispit za inspektora;
- objavljuje na svojoj internet stranici informacije o svim nosiocima poslova inspekcijskog nadzora, a naročito podatke o njihovim nadležnostima, adresama, telefonima i adresama elektronske pošte, kao i njihovim rukovodiocima;
- da preduzima odgovarajuće aktivnosti u vezi sa obraćanjem podnosioca pritužbe koji je nezadovoljan odlukom o pritužbi;
- razmatra izveštaj o radu unutrašnje kontrole inspekcije.

Koordinaciona komisija sastoji se od Odbora za koordinaciju inspekcijskog nadzora i Saveta Koordinacione komisije.

Odbor za koordinaciju inspekcijskog nadzora obavlja poslove i zadatke iz nadležnosti Koordinacione komisije na analitičkom i stručno-operativnom nivou. Dok se poslovi i zadaci Saveta Koordinacione komisije sastoje u tome da:

- odobrava mišljenja Odbora za koordinaciju inspekcijskog nadzora na predloge planova inspekcijskog nadzora, koje Koordinacionoj komisiji dostavljaju inspekcije;
- odobrava smernice i uputstva Odbora za koordinaciju inspekcijskog nadzora koji se odnose na usklađivanje planova inspekcijskog nadzora i rada inspekcija i na unapređenje inspekcijskog nadzora na osnovu informacija iz godišnjeg izveštaja o radu inspekcije;
- odobrava inicijative Odbora za koordinaciju inspekcijskog nadzora nadležnim organima, koje se odnose na finansiranje, tehničku opremljenost i programe obuka i drugih oblika stručnog usavršavanja inspektora;
- zauzima, na zahtev Odbora za koordinaciju inspekcijskog nadzora, prethodni ili naknadni stav povodom određenog pitanja od značaja za inspekcijski nadzor koji se tiče više inspekcija, a koje je predmet razmatranja od strane Odbora za koordinaciju inspekcijskog nadzora;
- obavlja i druge poslove i zadatke utvrđene Odlukom o osnivanju Koordinacione komisije.

Koordinaciona komisija je donela Poslovnik o svom radu kojim je bliže uređila pitanja od značaja za njen rad. Ona podnosi Vladi redovne izveštaje o radu,

kao i vanredne izveštaje po potrebi i objavljuje ih na svojoj internet stranici. Takođe, Vladi podnosi i godišnji izveštaj.

Koordinaciona komisija nesmetano funkcioniše i zahvaljujući tome ostvaruje se koordinacija i unapređenje delotvornosti inspekcija najpre u oblasti neregistrovanih subjekata i u pogledu priprema za potpunu primenu Zakona. Koordinacioni mehanizam daje prve rezultate. Procenat usklađenih planova nadzora i broj zajedničkih nadzora se povećava najpre u oblasti neregistrovanih subjekata. U tom smislu donose se i primenjuju i odgovarajuće smernice i uputstva. Takođe, aktivan je i sajt Koordinacione komisije.

Kao što se vidi, značaj obrazovanja Koordinacione komisije je izuzetno veliki i to ne samo zbog važnosti poslova i zadataka koje obavlja već i zbog sastava njenih članova. U pitanju je sam izvršno-politički, izvršno-upravni i upravno-stručni kadrovski vrh. To predstavlja dodatnu garanciju da će započete reforme u oblasti inspeksijskog nadzora biti delotvorne.

Što se drugih akata tiče, Akcionim planom za primenu Zakona o inspeksijskom nadzoru i reformu inspeksijskog nadzora u Republici Srbiji, predviđena je dinamika njihovog donošenja. Neki od njih nalaze se u završnoj fazi. U tom smislu:

– Vlada Republike Srbije pripremila je uredbu kojom uređuje zajedničke elemente procene rizika u inspeksijskom nadzoru. Konačan predlog ove uredbe je pripremljen nakon što je postupak pribavljanja mišljenja završen. Uredba treba da bude doneta u toku meseca septembra.

– Ministar nadležan za poslove državne uprave doneće pravilnik koji se odnosi na opšti obrazac zapisnika o inspeksijskom nadzoru. Nakon što je postupak pribavljanja mišljenja završen pripremljen je konačan predlog ovog pravilnika. Njegovo donošenje planirano je u toku meseca septembra.

– Vlada Republike Srbije pripremila je uredbu kojom uređuje izgled obrasca i način vođenja evidencije o inspeksijskom nadzoru. Konačan predlog ove uredbe je pripremljen nakon što je postupak pribavljanja mišljenja završen. Uredba treba da bude doneta u toku meseca septembra.

– Ministar nadležan za poslove državne uprave doneće pravilnik koji se odnosi na program ispita za inspektora, način sprovođenja ispita, sastav i način rada komisije za sprovođenje ispita i izdavanje uverenja o položenom ispitu. Nakon što je postupak pribavljanja mišljenja završen pripremljen je konačan predlog ovog pravilnika. Njegovo donošenje planirano je u toku meseca septembra.

– Ministar nadležan za poslove državne uprave doneće pravilnik koji se odnosi na izgled obrasca službene legitimacije inspektora. Nakon što je postupak pribavljanja mišljenja završen pripremljen je konačan predlog ovog pravilnika. Njegovo donošenje planirano je u toku meseca septembra.

U vreme kada se piše ovaj rad navedeni akti se nalazi u fazi predloga pa stoga njihove odredbe neće biti predmet našeg komentara. Međutim, možemo sa sigurnošću pretpostaviti da se stupanjem na snagu ovih akata čije je donošenje u proceduri, zahvaljujući njihovim pravnim rešenjima, obezbeđuje pravna sigurnost u prelaznom periodu, uvažava realnost postojećeg stanja i nagoveštavaju i predviđaju jasni pravci razvoja pravnog poretka u ovoj oblasti.

ZAKLJUČAK

Za razliku od zemalja u okruženju i drugih tranzicionih zemalja, koje su sprovele reformu inspekcijskog nadzora i inspekcijskih službi u skladu sa savremenim standardima, u Republici Srbiji se kasnilo sa reformom u ovoj oblasti koja je od velikog značaja za javnu upravu, privredu i građane. Donošenje posebnog zakona kojim se uređuje inspekcijski nadzor predviđeno je odredbom člana 18. stav 2. Zakona o državnoj upravi koji je donet 2005. godine i do sada je nekoliko puta menjan i dopunjavan. Trebalo je da prođe deset godina da bi se doneo. Rešenja koja su postojala do njegovog donošenja jesu zastarela i nedovoljno funkcionalna, jer po sadržini i obimu ne mogu da odgovore izazovima i potrebama savremenog inspekcijskog nadzora, pre svega zato što su nepotpuna, nedorečena i doneta u uslovima bitno drugačijih ekonomskih, finansijskih, društvenih i političkih okolnosti i bitno drugačijeg pravnog sistema, kao i shvatanja uloge i svrhe inspekcijskog nadzora. Zakon kojim se uređuje opšti upravni postupak shodno se primenjuje na postupak inspekcijskog nadzora, ali i tu postoje ograničenja, s obzirom da rešenja opšteg upravnog postupka ne mogu u potpunosti nadomestiti nedostatak rešenja postupka inspekcijskog nadzora koji ima takve specifičnosti da zahteva samostalno zakonsko uređenje.

Analize pokazuju da je materija pojedinih oblasti inspekcijskog nadzora predmet uređenja oko 1000 zakona, uredbi, pravilnika i drugih podzakonskih propisa. Tako da postoji protivurečnost u pravnom poretku u vidu neuređenosti i preuređenosti inspekcijske materije. Ovako veliki broj propisa često vodi neusklađenosti i koliziji pravnih normi kao i veoma različitom postupanju u istim ili sličnim situacijama što izaziva pravnu nesigurnost, neizvesnost, nepotrebne troškove za privredu i neefikasnu iskorišćenost inspekcijskih kapaciteta.

Osnovni razlog koji ide u prilog zbog čega je bilo važno doneti sistemski Zakon o inspekcijskom nadzoru je potreba postojanja jednog zakona koji bi uređio metodologiju postupanja u inspekcijskom nadzoru, ovlašćenja i obaveze učesnika inspekcijskog nadzora, koordinaciju rada inspekcijskih službi i bolje korišćenje njihovih resursa.

Nema sumnje da je donošenjem Zakona o inspeksijskom nadzoru napravljen veliki korak u procesu reforme u oblasti inspeksijskog nadzora čiji su ciljevi: jačanje principa vladavine prava (zakonitosti) i institucija pravne države; veća pravna sigurnost; zaštita javnog interesa; otklanjanje do sada uočenih nedostataka u sprovođenju inspeksijskog nadzora; suzbijanje sive ekonomije; unapređenje slobodne tržišne konkurencije, poslovnog i investicionog ambijenta; bolja iskorisćenost resursa inspeksijskih službi.

Da bi postavljene ciljevi bili i realizovani nužno je paralelno sprovesti i druge mere i aktivnosti koje bi išle u pravcu:

- stalnog stručnog usavršavanja i osposobljavanja inspektora u cilju sticanja opštih i posebnih znanja i veština;

- uspostavljanja jedinstvenog informacionog sistema koji će svakako povećati efikasnost i ekonomičnost inspeksijskog nadzora;

- usklađivanja posebnih zakona kojima se u određenim oblastima uređuje inspeksijski nadzor kao i donošenja podzakonskih akata kojima će se bliže razraditi pojedine odredbe Zakona o inspeksijskom nadzoru radi njegove delotvornije primene;

- javnosti rada i jedinstvene prakse u primeni propisa u oblasti inspeksijskog nadzora.

Njegovo donošenje i početak primene daju garancije da će problemi koji su do sada uočeni biti rešeni. Samim tim u postojećim uslovima stvoren je veći stepen pouzdanosti i verovatnoće da će reforme u oblasti inspeksijskog nadzora biti sprovedene. Za očekivati je da će rešenja sadržana u ovom Zakonu i pratećim propisima ispuniti očekivanja društva, a da li će tako i biti pokazane praksa i vreme koje je pred nama.

DRAGAN VASILJEVIĆ, LL.D.,

Professor, Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

INSPECTION IN THE REPUBLIC OF SERBIA
- State, goals and direction of reform in this area -

Summary

New Inspection Law adopted in the process of overall administrative reform in the Republic of Serbia is a contribution towards the systemic organization of inspection surveillance as one of the tasks of the state administration. The application of its provisions is foreseen to take place in several stages. To this end, bylaws will be adopted. This paper focuses on the most important issues which

are regulated by the Law on Inspections and the accompanying regulations whose implementation started to produce results.

According to the Law on State Administration of Serbia (Article 18), inspection bodies of state administration examined the implementation of laws and other regulations by direct insight into the operations and actions of natural and legal persons and, depending on the results of supervision, imposing measures on which they are authorized. Inspection supervision is regulated by a special law. Inspection Law has edited a number of questions on a new basis and some of them are: a) the legality of the operations and procedures of regulated entities (compliance with the law and other regulations) as a key objective of inspection; b) methods of risk assessment as one of the key innovations of general model inspection; c) support sustainable operations and business development in accordance with the regulations; d) coordination of inspections and inspection mutual cooperation; e) clear and strong powers of inspection in controlling the performance of activities of non-registered entities (called gray economy); f) transparency of the work and acts of inspection and standardization of inspection practices; g) electronic networking and the exchange of information and documents between inspections via the inspection of a single information system (“e-inspection”); g) standardization concept and the inspection procedure, etc.

There is no doubt that the effects of the new Law on Inspection Control contribute to quality implementation of law and institutional strengthening rule of law and the principle of fair competition.

ALEKSANDRA RABRENOVIĆ

MERE FISKALNE KONSOLIDACIJE U JAVNOJ UPRAVI ZEMALJA EVROPSKE UNIJE

U V O D

Smanjenje broja zaposlenih u javnom sektoru, kao i umanjeње nivoa njihovih primanja trenutno su u žiži interesovanja srpske javnosti. Donošenje Zakona o načinu određivanja maksimalnog broja zaposlenih u javnom sektoru u julu 2015,¹ otvorilo je pitanja o potrebi smanjenja broja zaposlenih i načinu na koji će se ovo smanjenje izvršiti. S druge strane, linearno smanjenje nivoa plata zaposlenih u javnom sektoru za deset procenata, koje je uvedeno Zakonom o privremenom utvrđivanju osnovica za obračun i isplatu plata, odnosno zarada i drugih stalnih primanja kod korisnika javnih sredstava² usvojenim u novembru 2014. godine, i dalje je aktuelna i kontroverzna tema. Valja se podsetiti da ovo smanjenje nivoa plata zaposlenih u javnom sektoru već treće po redu od početka ekonomske krize 2008. godine.³ U junu 2015, Svetska banka započela je, u saradnji sa

Dr Aleksandra Rabrenović, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

¹ Zakon o načinu određivanja maksimalnog broja zaposlenih u javnom sektoru, "Službeni glasnik RS", br. 68/2015.

² Zakon o privremenom utvrđivanju osnovica za obračun i isplatu plata, odnosno zarada i drugih stalnih primanja kod korisnika javnih sredstava, "Službeni glasnik RS", br. 116/2014.

³ Prvo smanjenje niva plata sprovedeno je Zakonom o privremenom smanjenju plata, odnosno zarada, neto naknada i drugih primanja u državnoj administraciji i javnom sektoru iz 2009. godine ("Službeni glasnik RS", br. 31/2009). Ovim Zakonom plate zaposlenih u javnom sektoru, koje su bile veće od 40.000 dinara bile su smanjene za 10 odsto, a lica čije su plate bile veće od

državnim organima Republike Srbije, horizontalnu funkcionalnu analizu centralnog nivoa uprave, koja bi trebalo da bude jedan od osnova za smanjenje broja zaposlenih.⁴ Analiza obuhvata oko 100 institucija, što uključuje ministarstva, organe u sastavu, posebne organizacije, službe Vlade, javne agencije i javne službe. Cilj analize je da se utvrde funkcije koje nisu neophodne, područja gde postoje preklapanja između različitih organa i sl, kako bi se dobio dobar osnov za donošenje odluka koja radna mesta treba ukinuti ili reorganizovati.

U javnosti se veoma često raspravlja o tome da li su sve pomenute mere smanjenja troškova koji se izdvajaju za zaposlene koji se finansiraju iz budžeta Republike Srbije (kao i penzionere) zaista neophodne. Stiče se utisak da je Republika Srbija jedna od retkih evropskih zemalja koja sprovodi ovako rigorozne mere, koje bi mogle biti zaobiđene ukoliko bi se uštede našle u drugim izvorima.

Cilj ovog rada jeste da prikaže mere koje su zemlje članice Evropske unije preduzele na smanjenju tzv. "operativnih troškova" koji odlaze na angažovanje zaposlenih u javnom sektoru, kako bi se borile sa efektima ekonomske krize i rastućim budžetskim deficitima. Pored zemalja u kojima su mere smanjenja budžetskog deficita zahtevale i spoljno angažovanje (pre svega Međunarodnog monetarnog fonda, ali i Evropske komisije i Evropske centralne banke i), kao što su Grčka, Irska, Italija, Portugalija i Španija, u radu će se predstaviti i mere koje su druge članice EU preduzele u vreme ekonomske krize kako bi stabilizovale svoje finansije. Cilj rada je i da se izvuku određene pouke iz iskustva zemalja EU u procesu smanjenja operativnih troškova, koje bi mogle biti korisne za Srbiju. Rad neće analizirati druge važne mere koje su zemlje članice EU preduzele kako bi smanjile budžetske deficite, kao što su povećanje poreza, reformisanje penzionog sistema i sl, a koje prevalizale okvire ovog rada.

Opšti prikaz mera fiskalne konsolidacije usmerenih na smanjenje operativnih troškova u javnoj upravi zemalja EU

Globalna ekonomska kriza ostavila je traga na javnim finansijama gotovo svih evropskih zemalja, koje su vrlo brzo nakon početka krize započele sprovođenje mera usmerenih na smanjenje budžetskih deficita. Najavljene mere štednje

100.000 za 15 odsto. Vreme trajanja ovog Zakona bilo je ograničeno na period od maja 2009. do decembra 2010. godine. Drugo smanjenje plata zaposlenih u javnom sektoru sprovedeno je od 1. januara 2014. donošenjem Zakona o umanjenju neto prihoda lica u javnom sektoru ("Službeni glasnik RS", br. 108/2013), kojim je uveden tzv. "solidarni porez". Ovim Zakonom, svim zaposlenima i angažovanim licima u javnom sektoru čiji je iznos plate viši od 60.000 dinara plate su smanjene na sledeći način: razlika zarade koja prelazi 60.000 hiljada smanjena (oporezovana) je za dvadeset odsto, dok je razlika za zarade preko 100.000 smanjena za dvadeset pet odsto.

⁴ Blic, *Skener za otkaze: Svetska banka uređuje administraciju u Srbiji*, <http://www.blic.rs/Vesti/Ekonomija/583007/SKENER-ZA-OTKAZE-Svetska-banka-uredjuje-administraciju-u-Srbiji>, 15. avgust 2015.

pre svega su uključivale povećanje poreskih prihoda i smanjenje javne potrošnje. Jedna od najvažnijih mera smanjenja javne potrošnje jeste smanjenje troškova koji se izdvajaju za zaposlene u javnom sektoru, tzv. «operativnih troškova» ili troškova fonda zarada.⁵

Kako se operativni troškovi mogu umanjiti ili putem smanjenja nivoa plata ili broja zaposlenih u javnom sektoru, veliki broj zemalja primenio je jednu, ili pak obe mere, kako bi konsolidovao svoje finansije i smanjio budžetski deficit. Imajući u vidu da značajan deo javne potrošnje odlazi na plate zaposlenih, smanjenje nivoa plata dovodi do trenutnog oporavka budžeta i poboljšanja fiskalnog balansa. Smanjenje broja zaposlenih takođe pomaže smanjenju deficita, ali obično zahteva određeno vreme da bude implementirano, kao i pakete otpremnina koje takođe treba obezbediti u budžetu, pa je zbog toga budžetski isplativo na srednji ili duži rok. Često je veoma važna i sama poruka Vlade tržištu i javnosti da je Vlada spremna da poboljša fiskalni balans kroz preduzimanje politički teških odluka, kako bi održala politička i ekonomska stabilnost.⁶

Interesantno je primetiti da su Vlade nekih zemalja, kao što su Estonija i Litvanija, dobrovoljno primenile nepopularne mere smanjenja operativnih troškova odmah nakon nastanka krize, bez bilo kakvog pritiska međunarodnih finansijskih institucija. Prihvatanje sprovođenja mera štednje može se objasniti naporima Vlade ovih zemalja da postanu članica evrozona, što je zahtevalo poštovanje strogih Maastritskih kriterijuma.⁷ Nadalje, interesantan je i primer Nemačke koja ima poseban službenički sistem koji zabranjuje smanjenje plata, pa čak i njihovo zamrzavanje. Zbog toga je jedini način na koji je Nemačka mogla da smanji operativne troškove, i koji je bio primenjen u praksi, bio zabrana novog zapošljavanja.⁸

Smanjenje broja zaposlenih i organizacione promene u pojedinačnim zemljama članicama EU. – Veliki broj zemalja EU preduzeo je mere na smanjenju broja zaposlenih od početka ekonomske krize kroz otpuštanje jednog broja zaposlenih (često zajedno sa sprovođenjem organizacionih promena), ili putem zamrzavanja zapošljavanja, koje kao rezultat ima povećan odliv kadrova.

⁵ OECD, *Public Sector Compensation in Times of Austerity*, OECD publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264177758-en>, 2012, str. 19.

⁶ OECD, "Fiscal Consolidation: Targets, Plans and Measures", *OECD Journal on Budgeting*, Vol. 11/2, 2011, str. 44.

⁷ Budžetski deficit manji od 3 posto i javni dug ispod 60 posto bruto društvenog proizvoda. Vidi: R. Raudla, R. Kattel, "The Baltic Republics and the Crises of 2008-2011", *Europe-Asia Studies* No. 3, 2013, str. 426-449.

⁸ W. Kickert, T. Radma-Liiv, R. Savi, *Fiscal Consolidation in Europe: A Comparative Analysis*, COCOPS Trend Report, 2013, str. 23.

U Estoniji, 2008. godine na nivou centralne državne uprave ukinuto je 3.000 radnih mesta i otpušteno oko 1.000 državnih službenika. U Sekretarijatu Vlade (State Chancellory) otpušteno je na primer 16 posto službenika, dok je u Ministarstvu finansija otpušteno 11 posto službenika.⁹ Smanjenja su postignuta na osnovu odluka Vlade Estonije da smanji operativne troškove, koje su donete u tri navrata – u aprilu 2008, kada je predviđeno smanjenje operativnih troškova za sedam posto, u januaru 2009, kada je predviđeno dodatno smanjenje operativnih troškova za osam posto i u junu 2009, kada je doneta odluka za smanjenje dodatnih sedam posto.¹⁰

Vlada Estonije donela je odluku da sva ministarstva smanje operativne troškove u istom procentu (da bi se, između ostalog, ispoštovala ravnopravnost koalicionih partnera) ali je ministarstvima dala slobodu da izaberu način smanjenja troškova - bilo smanjenjem broja zaposlenih ili njihovih plata. Smanjenje operativnih troškova je tako najčešće predstavljalo kombinaciju otpuštanja zaposlenih i smanjenje nivoa plata.¹¹ Interesantno je, međutim, da je čitav proces naišao na odobrenje i podršku velikog broja državnih službenika, koji su smatrali da æ ove bolne mere dovesti do boljitka i omoguæiti Estoniji da postane članica evrozone.¹² Mere fiskalne konsolidacije zaista su veoma brzo i dale pozitivne efekte, tako da nakon 2010. godine operativni troškovi više nisu bili smanjivani.

U Litvaniji je u periodu 2008-2011. opušteno oko 7.300 zaposlenih u javnom sektoru, uključujući centralni i lokalni nivo. Smanjenje broja variralo je od organa vlasti. Tako su litvanski parlament i institucije čiji rad parlament nadzire smanjile broj zaposlenih za dva posto, dok je centralna državna uprava smanjila broj zaposlenih za jedanaest posto.¹³

Smanjenje broja zaposlenih izvršeno je uporedo sa sprovođenjem sveobuhvatne horizontalne funkcionalne analize centralnog nivoa uprave Litvanije, koja je uključivala sve vrste organizacija javnog sektora. Kao rezultat analize, sva ministarstva su restrukturirana, nekoliko Vladinih službi i puno izvršnih agencija je

⁹ G. Peters, J. Pierre and T. Randma-Liiv, "Global Financial Crisis, Public Administration and Governance: Do New Problems Require New Solutions?" *Public Organization Review* 11, 2011, str. 22.

¹⁰ R. Savi, T. Radma Liiv, "Decision making in times of crises: cutback management in Estonia", rad pripremljen za studiju *Fiscal Consolidation in Europe: A Comparative Analysis*, COCOPS Trend Report, str. 11.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*, str. 6-11.

¹³ V. Nakrosis, R. Vilpišauskas, V. Kuokštis, "Fiscal consolidation in Lithuania in the period 2008-2012: from grand ambitions to hectic firefighting," rad pripremljen za studiju: *WP 7: The global financial crisis in the public sector as an emerging coordination challenge*, 2013, str.10.

ukinuto ili reorganizovano.¹⁴ Broj institucija centralnog nivoa smanjen je sa 1.190 koliko ih je bilo u 2008, na 855 u 2011. Broj ostalih budžetskih korisnika smanjen je za 35 posto (od 842 na 551 instituciju).¹⁵ Valja imati u vidu činjenicu da su ove značajne promene na centralnom nivou učinjene putem ukidanja ili reorganizacije i dekoncentrisanih teritorijalnih jedinica, pa gore pomenuti brojevi uključuju i njihove zaposlene.¹⁶

Javni sektor Velike Britanije doživeo je ubedljivo najveće smanjenje broja zaposlenih, koje je započeto 2010. godine. Od objavljivanja plana ušteda Vlade Kameron-Kleg 2010. godine do kraja 2014. ukinuto je oko čak 631.000 radnih mesta u javnom sektoru, tj. oko 10,7 posto ukupnog broja zaposlenih javnog sektora.¹⁷ Britanska Vlada planira u narednom periodu da smanji dodatan milion radnih mesta u javnom sektoru.

Britanska Vlada je takođe sprovela značajne organizacione promene u javnom sektoru od 2010. godine koje su i dalje u toku. U maju 2010. godine, ministarstva su, pod rukovodstvom Kancelarije Kabineta, bila zadužena da izvrše funkcionalnu analizu 904 institucije javnog sektora.¹⁸ Cilj analize bio je smanjenje broja i troškova rada posebno s posebnim fokusom na smanjenje broja nezavisnih agencija (non-departmental public bodies) i uspostavljanja jačih veza odgovornosti između javnih institucija i parlamenta i izvršne vlasti. Vlada je kao glavne kriterijume nezavisnih agencija postavila sledeće elemente: 1) da agencija obavlja tehničku funkciju, 2) da je neophodna politička nepristrasnost i 3) da je neophodna nezavisnost zbog potrebe utvrđivanja činjenica. Do novembra 2014. godine ostvareni su sledeći rezultati u procesu reorganizacije: broj institucija smanjen je za 285, od čega je 185 institucija ukinuto, a 165 institucija spojeno, pa je njihovim spajanjem nastalo je oko 70 novih institucija.¹⁹ Pojačan je i nadzor nad ovim

¹⁴ V. Nakrošis, Ž. Martinaitis (ur), *Lithuanian Agencies and Other Public Sector Organisations: Organisation, Autonomy, Control and Performance*. Vilnius: Vilnius University, 2011.

¹⁵ Saulėlydyžio komisija, *Valstybės valdymo tobulinimo komisijos (Saulėlydyžio Komisijos) 2009–2012 m. veiklos ataskaita: rezultatai ir gairės tolesniems pokyčiams*. 27.11.2012, citirano prema: V. Nakrošis, R. Vilpišauskas, V. Kuokštis, str. 11-12.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Sheffield Political Economy Research Institute, "Public and Private Sector Employment across the UK since the financial crises", februar 2015, <http://speri.dept.shef.ac.uk/wp-content/uploads/2015/02/Brief10-public-sector-employment-across-UK-since-financial-crisis.pdf>, 2015, str. 1.

¹⁸ National Audit Office, "Cabinet Office, Progress on Public Bodies Reform, National Audit Office", HC 1048, februar 2014, <http://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2014/02/Progress-on-public-bodies-reform.pdf>, 20. avgust 2015. str. 10.

¹⁹ Cabinet Office and Efficiency and Reform Group, "Government Guidance, Public bodies reform", 10 novembar 2015, <https://www.gov.uk/public-bodies-reform>, 20. avgust 2015.

telima, tako što je 75 institucija promenilo svoj nezavisni status i dobilo status izvršnih agencija. Procenjuje se da su ukupne uštede ostvarene procesom reorganizacije od 2010. do 2014. godine oko dva miliona funti.²⁰

U Irskoj je smanjenje broja zaposlenih, koje je započelo 2011. godine, rezultiralo ukidanjem 30.000 radnih mesta u javnom sektoru. Nakon što su 2009. godine smanjene plate za oko 14 posto, Vlada je krajem 2010. godine zaključila sporazum sa sindikatima, koji garantuje da zaposlenima u javnom sektoru neće biti dodatno smanjene plate. To je značilo da se dalje uštede operativnih troškova u javnom sektoru moraju tražiti kroz smanjenje broja zaposlenih, a ne kroz smanjenje plata.²¹ Kako bi osigurala dalje smanjenje operativnih troškova, Vlada Irske pokrenula je program dobrovoljnog napuštanja javnog sektora kao i prevremenog penzionisanja. U novembru 2011, uspostavljeno je i novo Ministarstvo javne potrošnje i reforme (*Department of Public Expenditure and Reform*) i donet Plan reforme javnog sektora, u kome je predviđeno oko dvesta različitih reformskih mera, koje su, između ostalog, bile usmerene i na smanjenje broja zaposlenih.²² Do kraja 2014. godine, Vlada je smanjila broj zaposlenih za 30.000 (oko deset posto ukupnog broja zaposlenih), što je i dogovoreno je sa “Trojkom” - EU, Evropskom centralnom bankom i MMF-om u okviru paketa pomoći Irskoj iz 2010. godine. Vlada Irske je u januaru 2014. godine donela novi Plan reforme javnog sektora za 2014–2016. godinu, koji ne predviđa dalje smanjenje broja zaposlenih, već uključuje mere koje su usmerene na povećanje efikasnosti rada javnog sektora, kao što je uvođenje zajedničkih službi za obavljanje pratećih poslova različitih državnih organa, centralizovanog sistema javnih nabavki, efikasnije upravljanje nepokretnom državnom imovinom i sl.²³

U najvećem broju analiziranih zemalja, smanjenje broja zaposlenih sprovedeno je na osnovu zamrzavanja zapošljavanja i povećanog odliva zaposlenih, koji je imao različite varijacije. U Portugaliji, Austriji i Francuskoj zamrzavanje zapošljavanja sprovedeno je na osnovu principa jedan prema dva, što znači da je bilo moguće zaposliti novog čoveka tek nakon što dva zaposlena napuste javni sektor (najčešće odlaskom u penziju).²⁴ U Italiji i Grčkoj, mere smanjenja broja zaposle-

²⁰ *Ibid.*

²¹ W. Kickert, T. Radma-Liiv, R. Savi, *Fiscal Consolidation in Europe: A Comparative Analysis*, COCOPS Trend Report, 2013, str. 23.

²² Department of Public Expenditure and Reform, “Second Progress Report on the Public Service Reform Plan”, januar 2014, <http://www.reformplan.per.gov.ie/2014/downloads/files/Progress%20Report%202014.pdf>, 15 avgust 2015, str. 2-3.

²³ Department of Public Expenditure and Reform, *Public Service Reform Plan 2014-2016*, <http://www.reformplan.per.gov.ie/2014/>, 15. avgust 2015.

²⁴ OECD, *Public Sector Compensation in Times of Austerity*, op. cit, str. 26.

nih bile su dosta oštrije, jer se primenjvao princip jedan prema pet, što znači da su institucije javnog sektora mogle da zaposle novog službenika tek nakon što bi pet zaposlenih napustilo javni sektor. U Španiji je ta računica bila još mnogo drašćijija, jer je primenjen princip jedan prema deset u periodu 2011–2013.²⁵ Slično tome, u Italiji, 2008. godine, Vlada Berlusconi je uvela je princip zabrane zapošljavanja po principu jedan prema deset u 2008. godini i jedan prema pet od 2010. do 2013. godine, i prepolovila budžet za zapošljavanje na neodređeno vreme. Pored toga, broj rukovodećih radnih mesta smanjen je za dvadeset procenata. Kao rezultat ovih mera, došlo je do značajnog smanjenja broja zaposlenih u javnom sektoru. Dodatna otpuštanja su najavljena ali nisu implementirana.²⁶

Najzad, interesantan je primer Slovenije, u kojoj je Vlada sistematski počela da smanjuje broj zaposlenih još od 2005. godine, kada je uveden kadrovski plan Vlade kao instrument planiranja broja zaposlenih u organima državne uprave.²⁷ Važno je naglasiti da smanjivanje broja zaposlenih nije bilo linearno za sve organe. Vlada Republike Slovenije je, umesto linearnog smanjenja, na početku svake budžetske godine svojom odlukom utvrđivala opšti okvir za smanjenje broja zaposlenih u organima državne uprave (npr. za jedan ili nekoliko procenata), a zatim bi ministarstvo nadležno za poslove uprave pregovaralo sa pojedinačnim organima uprave o radnim mestima koje bi trebalo ukinuti, na osnovu organizacione analize pojedinačnih organa uprave. Smanjenje je sprovedeno uglavnom prirodnim odlivom i nije bitno uticalo na obavljane funkcija organa. Ovakav princip kadrovskog planiranja počeo je da se primenjuje i za sve institucije javnog sektora 2012. godine.²⁸

Zamrzavanje ili smanjenje nivoa plata. – Kao što je već pomenuto, u većini evropskih zemalja, smanjenje operativnih troškova ostvareno je u značajnoj meri putem smanjenja nivoa plata zaposlenih u javnom sektoru. U ovom delu, predstavimo mere koje su zemlje EU preduzele u pogledu zamrzavanja ili smanjenja nivoa plata zaposlenih u javnom sektoru.

U Estoniji su, na početku ekonomske krize 2008–2009. godine, zajedno sa preduzetim merama za smanjenje broja zaposlenih, smanjene i plate državnih službenika. Tokom ovog perioda plate su smanjivane u nekoliko navrata, u iznosu

²⁵ Međutim, važno je naglasiti da su neki delovi javnog sektora u Španiji bili zaštićeni od smanjenja radne snage. Tako, na primer, sektori zdravstva, osiguranja i bezbednosti imali su manja ograničenja da zapošljavaju nove zaposlene od ostatka javnog sektora.

²⁶ W. Kickert, T. Radma-Liiv, R. Savi, op. cit, str. 23.

²⁷ G. Virant, "Modernizacija javne uprave u Sloveniji", prezentacija predstavljena Odboru za reformu javnog sektora Vlade Republike Srpske, februar 2015.

²⁸ *Ibid.*

od deset do dvadeset procenata. Pored toga, smanjeni su dodatni fondovi za obuke, kao i fondovi jednokratne pomoći (u slučaju bolesti i sl).²⁹

Litvanija je, kao što je već pomenuto, pored pored mera organizacionog restrukturiranja i smanjenja broja zaposlenih, preduzela i mere smanjenja plata zaposlenih u javnom sektoru. Problem je bio u tome što je pred parlamentarne izbore 2008. došlo do značajnog povećanja plata i ukupnog fonda zarada. Zbog toga je nova Vlada morala da smanji plate zaposlenih u javnom sektoru u nekoliko navrata od 2008-2011. godine.³⁰

Na početku finansijske krize, smanjenje plata u organima uprave Litvanije vršeno je u jednakom procentu za sve zaposlene u javnom sektoru, ali je ubrzo zamenjeno fleksibilnijim pristupom koji je rukovodiocima davao veći stepen diskrecije pri donošenju odluka o smanjenju plata. U 2008. godini, smanjenja plata vršeno je kako putem smanjenja koeficijenata osnovnih plata državnih službenika, tako i osnovice i bonusa za radni učinak.³¹ Od kraja 2009. godine, međutim, litvanska Vlada dala je ovlašćenje ministrima i rukovodiocima drugih državnih organa da smanje troškove fonda zarada na način na koji oni smatraju da je najbolje. Na osnovu ovog ovlašćenja, neka ministarstva i agencije dodatno su smanjili plate svojim zaposlenima, dok su se drugi državni organi odlučili za dodatna otpuštanja, uvođenje neplaćenog odmora (npr. u Upravi carina u okviru Ministarstva financija) i sl. Litvanski Ustavni sud je, međutim, 2013. godine ocenio da nejednako smanjenje plata državnih službenika nije u skladu sa litvanskim Ustavom, što je dovelo do obaveze izmene propisa koji regulišu smanjenje nivoa plata u javnom sektoru.³²

Velika Britanija je takođe, pored pomenutih sistemskih organizacionih promena koje su rezultirale značajnim smanjenjem broja zaposlenih u javnom sektoru, zamrzla plate zaposlenih u javnom sektoru u periodu od 2011-2013. godine. Zamrzavanje se odnosi na organe državne uprave (ministarstava, izvršne agencije, i većinu regulatornih tela, tzv. «quangos»), što uključuje 40 stalnih sekretara, 80 specijalnih savetnika, 4.000 rukovodećih državnih službenika i 480.000 ostalih državnih službenika. Zamrzavanje plata uključivalo je i lokalne samouprave, zdravstvo, obrazovanje, policiju i pravosuđe, kao i plate ministara i poslanika.³³

²⁹ W. Kickert, T. Radma-Liiv, R. Savi, *op. cit.*, str. 23.

³⁰ *Ibid.*, 24.

³¹ V. Nakrosis, R. Vilpišauskas, V. Kuokštis, “Fiscal consolidation in Lithuania in the period 2008-2012: from grand ambitions to hectic firefighting,” rad pripremljen za studiju: *WP 7: The global financial crisis in the public sector as an emerging coordination challenge*, str. 10.

³² *Ibid.*

³³ OECD, *Public Sector Compensation in Times of Austerity*, *op. cit.*, str. 24.

Francuska i Holandija su takođe zamrzle plate na određeni vremenski period. Francuska Vlada je zamrzla osnovne plate celom javnom sektoru u periodu od 2011. do 2012. U Holandiji, plate državnih službenika takođe su prvi put bile zamrznute 2010. godine, zajedno sa zamrzavanjem zapošljavanja, a zatim i u drugom navratu koji je započeo 2012. godine.³⁴

U Portugaliji su od 2011. plate u javnom sektoru bile zamrznute, a zatim i smanjene za, u proseku, pet posto. Plate su smanjivane progresivno, od 3,5 posto za najniže plate do 10 posto za plate preko 1500 evra.³⁵ Svaka vrsta napredovanja, bilo na višu poziciju, bilo na platnoj lestvici bila je ukinuta.³⁶ U 2014. godini, došlo je do blagog popuštanja ovog režima, pa je davanje bonusa na osnovu učinka dozvoljeno ali samo za dva posto zaposlenih.³⁷ Smanjene su takođe i dnevnice i naknade za prekovremeni rad, a pooštreni su i uslovi penzionisanja.

U 2010. godini Španija je uvela progresivno smanjenje plata za sve zaposlene u javnom sektoru od centralnog nivoa, autonomnih zajednica do lokalne samouprave. Smanjenje plata, u rasponu od 3, 6 do 8 posto u zavisnosti od nivoa, uvedeno je kroz izuzetan postupak donošenja zakona koji se koristi samo u hitnim situacijama.³⁸ Nivoi plata najviših političkih i službeničkih pozicija smanjeni su i do 15 posto. Tako, na primer, plate premijera i ministara, smanjene su za 15 posto, dok su plate državnih sekretara, podsekretara i generalnih direktora (pozicija koja u Srbiji odgovara poziciji pomoćnika ministra) smanjene za oko 10 posto. Nakon toga došlo je do zamrzavanja plata za sve zaposlene u javnom sektoru.³⁹ Stroge mere štednje dovele su do velikog gubitka javne podrške, što je prisililo premijera Zapatera (iz Socijalističke partije) da raspiše nove izbore u 2011. godini, na kojima je pobedila Narodna stranka. I nova Vlada je, međutim, morala da prihvatiti oštre fiskalne mjere. Nove mere Vlade uvele su alternativne načine za smanjenje budžetskog deficita, koje ne uključuju smanjenje plata, već, na pr. povećanje radnog vremena državnih službenika sa 35 na 37,5 sati i dodatne mere organizacionog restrukturiranja.⁴⁰

U Italiji su svi ugovori o radu u javnom sektoru u kojima je predviđena mogućnost povećanja plate za period 2006-07. i 2008-09. zamrznuti, kako bi se iz-

³⁴ W. Kickert, T. Radma-Liiv, R. Savi, *op. cit.*, str. 24.

³⁵ OECD, *Public Sector Compensation in Times of Austerity*, *op. cit.*, str. 24.

³⁶ R. Cabral, "The Euro Crises and Portugal's Dilemma", *Intereconomics*, 2013, str. 29.

³⁷ J. Ramos, "Presentation on the Process of Rationalisation in the Portuguese Public Administration", Lisbon, pripremljena za studijsku posetu delegacije BiH, 12 septembar 2014.

³⁸ OECD, *Public Sector Compensation in Times of Austerity*, *op. cit.*, str. 24.

³⁹ J.I. Conde-Ruiz, C. Marin, "The Fiscal Crises in Spain", *Intereconomics*, 2013, str. 24.

⁴⁰ W. Kickert, T. Radma-Liiv, R. Savi, *op. cit.*, str. 25.

begao prekomeran rast fonda zarada. Ukinuti su, takođe, svi dodaci na plate za državne službenike i ukinuti fondovi iz kojih su mogle da se povećaju plate na osnovu pregovaranja. Nacionalni proces kolektivnog pregovaranja za 2010-2012. je takođe suspendovan, a plate rukovodilaca smanjene od 5-10 posto.⁴¹

Grčka je započela sprovođenje brojnih mere koje su, između ostalog, usmerene na smanjenje operativnih troškova, kako bi uspela da se izvuče iz nezapamćene ekonomske krize koja je u Grčkoj počela tek krajem 2009. godine. U okviru prvog paketa pomoći Trojke (Evropske komisije, Evropske centralne banke i Međunarodnog monetarnog fonda) u iznosu od čak 110 biliona evra, u maju 2010. godine dogovorene su početne mere smanjenja operativnih troškova koje su uključivale smanjenje plata u javnim preduzećima za tri posto, smanjenje dataka na plate zaposlenih u javnom sektoru za dvadeset posto i ukidanje trinaeste i četrnaeste platu za mesečna primanja iznad 3.000 evra.⁴² Pored toga uvedene su i brojne druge mere, prvenstveno usmerene na reformu penzionog sistema (povećanje granice za penzionisanje sa 60 na 65 godina i sl). Kako je sprovođenje mera iz prvog paketa pomoći bilo sporo a recesija grčke ekonomije mnogo dublja nego što se očekivalo, naredne godine dogovoren je novi program pomoći sa pooštrenim uslovima, koji je ratifikovan od svih strana učesnica u februaru 2012. godine. Među novim dogovorenim merama bilo je i smanjenje minimalne zarade za 22 posto, odn. 32 posto za zaposlene koji se prvi put zapošljavaju, ukidanje statusa zaposlenih na neodređeno vreme u velikom delu javnog sektora i smanjenje broja zaposlenih za 150.000 ljudi iz javnog sektora do 2015. godine.⁴³ Nove mere uključivale su i uvođenje jedinstvenog sistema plata u javnom sektoru, koji još uvek nije zaživeo.⁴⁴ Zbog sve veće recesije i spore implementacije dogovorenih mera, u decembru 2012. Trojka je pristala da redefiniše uslove pomoći i pruži dodatnu podršku finansijskih sredstava koja je trebala biti pružena od januara 2015. do marta 2016. Međutim, pobeda Sirize na grčkim izborima u decembru 2014. godine i odbijanje nove Vlade da ispuni dogovorene mere programa pomoći doveli su do usporavanja čitavog procesa koji je, nakon niza događaja, okončan dogovorom o trećem programu pomoći Grčkoj u julu 2015. Imajući u vidu ostavku premijera Ciprasa krajem avgusta 2015. godine pitanje je u kolikoj meri će se novi dogovoreni program pomoći moći da bude implementiran.

⁴¹ OECD, *Public Sector Compensation in Times of Austerity*, op. cit, str. 24.

⁴² *Ibid.*

⁴³ V. Monastiriotis, "A Very Greek Crises" u *Forum: Austerity Measures in Crises Countries – Results and Impact on Mid Term Development*, Intereconomics 2013, str. 6.

⁴⁴ *Ibid.*

Najzad, Slovenija je takođe pored smanjenja broja zaposlenih uvela i mere smanjenja plata zaposlenih u javnom sektoru. U 2010. godini Vlada Slovenije je usvojila niz kolektivnih ugovora sa sindikatima o platama u javnom sektoru. Kolektivni ugovori predviđali su smanjenje od 4 posto osnovne plate za sve državne službenike.⁴⁵ Osnovice plate za zaposlene u pravosuđu zamrznute su do kraja 2012. godine. Uobičajeni bonusi za dobar učinak i povećanje obima posla smanjeni su do kraja 2012. Napredovanje u službi u viši platni razred zamrznuto je do jula 2012. godine.⁴⁶ Nova Vlada koja je izabrana 2012. godine predvidela je dodatno smanjenje plata zaposlenih u javnom sektoru za osam posto, ali je dozvolila napredovanje u službi od 2013. godine, sa mogućnošću povećanja plata u 2014. godini.⁴⁷

Interesantno je još primetiti da su i druge zemlje članice OECD-a, kao što su Sjedinjene Američke Države, Japan i Australija, takođe pribegle zamrzavanju i smanjenju plata u javnom sektoru, kao odgovor na finansijsku krizu. Sjedinjene Američke Države uvele su dvogodišnje zamrzavanje plata za oko dva miliona državnih službenika federalnog nivoa od 1. januara 2011. i 31. decembra 2012. Zamrznut je nivo osnovne plate, i zabranjeno davanje bonusa na osnovu radnog učinka. U Japanu i Australiji plate u javnom sektoru su ne samo zamrznute, već i smanjene. Smanjenje plata u ovim zemljama je bez presedana jer nije korišćeno u Japanu od Drugog svetskog rata, a u Australiji od Velike ekonomske krize iz 1930-ih godina.⁴⁸

ZAKLJUČAK

Iz ovog kratkog uporednog pregleda, jasno je da je najveći broj zemalja članica EU preduzeo značajne mere na smanjenju operativnih troškova od početka ekonomske krize, putem smanjenja broja zaposlenih i zamrzavanja, odn. smanjenja plata zaposlenih u javnom sektoru i da Srbija u ovom pogledu nikako nije «usamljen slučaj». U nekim zemljama, kao što su Velika Britanija i Irska mere smanjenje broja zaposlenih bilo je drastično, imajući u vidu dvocifren procenat smanjenja (oko deset posto), dok su u drugim zemljama primenjivani «blaži» mehanizmi, kao što su zabrana zapošljavanja i pojačan odliv kadrova, koji su rezultirali uglavnom jednocifrenim procentom smanjenja broja zaposlenih. Većina zemalja EU takođe je zamrzla ili smanjila nivo plate zaposlenih u javnom sektoru.

⁴⁵ OECD, *Public Sector Compensation in Times of Austerity*, op. cit, str. 25.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ W. Kickert, T. Radma-Liiv, R. Savi, op. cit, str. 24.

⁴⁸ OECD, *Public Sector Compensation in Times of Austerity*, op. cit, str. 24-26.

Koje pouke Srbija može da izvede iz analizirane uporedne prakse? Najpre, imajući u vidu trenutne napore na sprovođenju funkcionalne analize organa uprave Srbije, bilo bi korisno bliže sagledati iskustva zemalja koje su u prethodnih nekoliko godina sprovele slične analize funkcija organa uprave, kao što su Litvanija i Velika Britanija.⁴⁹ Takođe, imajući u vidu da se mehanizam smanjenja broja zaposlenih predviđen novim Zakonom o načinu određivanja maksimalnog broja zaposlenih u javnom sektoru veoma sličan mehanizmu koji je Slovenija uvela još 2005. u cilju smanjenja broja zaposlenih, bilo bi veoma korisno sagledati detaljnije iskustvo Slovenije u tom procesu. Posebna pažnja trebala bi biti posvećena jačanju kapaciteta Generalnog sekretarijata Vlade Republike Srbije, koji će davati predlog akta Vlade kojim će se za svaku kalendarsku godinu utvrđivati maksimalan broj zaposlenih u javnom sektoru i pojedinačnim državnim organima, kao i ministarstva nadležnog za poslove državne uprave i lokalne samouprave i ministarstva nadležnog za poslove finansija, koji će biti nadležni za davanje mišljenja na predlog Generalnog Sekretarijata Vlade.

Što se tiče smanjenja nivoa plata zaposlenih u javnom sektoru, eksperti OECD-a upozoravaju da iako se radi o kratkoročnim merama, njihove implikacije za rad u organima uprave i pružanje javnih usluga može biti dugotrajan. Ako se procesom smanjenja plata ne upravlja na odgovarajući način, vlade mogu biti pogođena krizom smanjenih kapaciteta uprave, i sposobnosti da u upravu privuku i zadrže kvalitetne kadrove.⁵⁰ Poseban problem je takođe i smanjenje motivacije radne snage u javnom sektoru.⁵¹ Zbog toga se preporučuje da se, u situacijama kada je smanjenje plata neminovno, treba pronaći način da se potrebe zaposlenih u javnom sektoru uzmu u obzir, i na određeni način smanje negativni efekti promena. To se može učiniti kroz uključivanje zaposlenih u javnom sektoru u proces promena, posebno putem kolektivnog pregovaranja. Iskustvo zemalja EU u prethodnim godina sa kolektivnim pregovaranjem kada su u pitanju nepopularne mere smanjenja zarada pokazala su se pozitivnim, jer ono razvija osećaj samopostovanja i odgovornosti među zaposlenima, povećava moral i motivaciju zaposlenih u javnom sektoru, i generalno predstavlja odličan kanal komunikacije između države, kao poslodavca, i zaposlenih u javnom sektoru. Imajući u vidu da su plate zaposlenih u javnom sektoru Srbije već smanjene, i da se najavljuje njihovo skoro povećanje, ostaje nada da će fiskalna situacija dozvoliti vraćanje njihovog nivoa

⁴⁹ Vidi: Cabinet Office, "Triennial Reviews: Guidance on Reviews of Non-Departmental Public Bodies", 2014, Cabinet Office, "Triennial Reviews: Supplementary Guidance on Reviews of Non-Departmental Public Bodies", 2014 <https://www.gov.uk/government/publications/triennial-reviews-guidance-and-schedule>, 15 august 2015.

⁵⁰ OECD, *Public Sector Compensation in Times of Austerity*, op. cit, str. 17.

⁵¹ OECD, *Government at a Glance 2015*, 2015, OECD Publishing Paris, str. 108.

na prethodno stanje i da će trenutne Vladine mere, koje su sa razlogom usmerene na privremeno smanjenje operativnih troškova, u skoroj budućnosti biti zamenjene sistemskim merama usmerenim na jačanje kapaciteta i efikasnosti rada svih institucija javnog sektora.

ALEKSANDRA RABRENOVIĆ, LL.D.,
Research Fellow Institute of Comparative Law,
Belgrade,

FISCAL CONSOLIDATION MEASURES IN THE EU MEMBER STATES
PUBLIC ADMINISTRATIONS

Summary

This paper analyses measures which EU member states have undertaken in order to reduce their public sector operational costs since the beginning of the economic crises in 2008. Special attention is paid to the efforts directed towards the reduction of the number of staff and organisational restructuring, on the one hand, and cutting of remuneration levels on the other hand. The author concludes that most of the EU member states have undertaken serious measures to reduce operational expenditures, primarily through hiring freeze and freezing and reducing remuneration levels. In addition to countries that have most seriously been affected by the crises and required international financial assistance to revive their finances (e.g. Greece, Spain, Italy, Portugal, Ireland), other EU member states, such as the UK, France, Netherlands, Slovenia, Estonia, Lithuania etc. have also undertaken unpopular measures to reduce their wage bills. Some of the analysed countries, such as the UK, Lithuania and Slovenia to some extent, have achieved staff reductions on the basis of horizontal functional reviews of Government bodies. Bearing in mind that Serbia is currently in the process of reduction of number of personnel in the public sector, the author concludes that it would be useful to take into account the experience of these countries in furthering Serbian Government efforts to restore its public finances.

ZORICA VUKAŠINOVIĆ-RADOJIČIĆ,
BLAŽENKA STOJANOVIĆ

RACIONALIZACIJA UPRAVE – OSVRT NA NOVA ZAKONSKA REŠENJA O SMANJENJU BROJA ZAPOSLENIH U JAVNOM SEKTORU

U V O D

U uslovima finansijske krize, reforma javnog sektora je bitan uslov za konsolidaciju javnih finansija i uspostavljanje zdravog privrednog ambijenta. Proces reforme se odnosi na unapređenje sistema javnog sektora, s obzirom da potrebe fiskalne konsolidacije prevazilaze uže okvire državne i javne uprave. Ključni razlog za sprovođenje reformskih mera proističe iz potrebe da se obezbedi funkcionalno jedinstvo i minimalni standardi kvaliteta aktivnosti kojima se vrše određene vrste upravnih poslova i javnih ovlašćenja, nezavisno od subjekata (organa, organizacija, institucija) koji ih obavljaju, sa krajnjim ciljem efikasnog zadovoljavanja potreba korisnika javnih usluga.¹ Da bi promene bile održive, neophodno je

Dr Zorica Vukašinić-Radojičić, docent Kriminalističko-policijske akademije u Beogradu.
Blaženka Stojanović, PAR Consulting, d.o.o., Beograd. Rad je rezultat realizovanja naučnoistraživačkog projekta pod nazivom *Razvoj institucionalnih kapaciteta, standarda i procedura za suprotstavljanje organizovanom kriminalu i terorizmu u uslovima međunarodnih integracija*. Projekat finansira Ministarstvo nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije (br. 179045), a realizuje Kriminalističko-policijska akademija u Beogradu (2011–2015). Rad je takođe rezultat rada na internom projektu Kriminalističko-policijske akademije pod nazivom *Kriminalitet u Srbiji i instrumenti državne reakcije*, (2015–2019).

¹ Videti: *Strategija reforme javne uprave u Republici Srbiji* ("Službeni glasnik RS", br. 9/14 i 42/14-ispavka).

sistemske sprovođenje reforme javne uprave u svim segmentima. Ono mora biti stalni proces, zasnovan na interakciji i podršci svih nacionalnih državnih i nedržavnih struktura, kao i međunarodnih aktera.

Imajući u vidu da je Republika Srbija stekla status kandidata za članstvo u Evropskoj uniji, ispunjavanje standarda u svim oblastima rada uprave podjednako je važno kao uslov za sticanje članstva i kao garancija ispunjavanja obaveza iz članstva. Reforma uprave i proces evropskih integracija su međusobno povezani i uslovljeni procesi. Dinamika procesa pridruživanja nameće preispitivanje i sprovođenje potrebnih promena i u oblasti službeničkog sistema. Stoga je neophodno nastaviti preispitivanje i dograđivanje postojećih pravnih i institucionalnih rešenja i usavršavati službenički sistem u svim segmentima. Ubrazavanje procesa evropske integracije je, takođe, ubrzavanje procesa unutrašnjih reformi – jačanje demokratije i vladavine prava, ekonomskog prosperiteta i sveukupnog napretka.

Unapređenje službeničkog sistema

Unapređenje službeničkog sistema je neraskidivo povezano sa drugim elementima reforme javne uprave. Kontinuirana izgradnja profesionalnog i depolitizovanog službeničkog sistema jedan je od ključnih uslova za zakonito i stručno obavljanje upravnih poslova kojima se ostvaruju javne funkcije i sprovodi politika. Princip profesionalizma štiti administrativni rad od nestabilnosti i javlja se kao oblik društvene kontrole koji je protivteža i izazov birokratskoj kontroli. Savremene tendencije zapošljavanja i mobilnosti javnih službenika u evropskim zemljama podrazumevaju punu primenu principa profesionalizma – prijem i selekciju kadrova na osnovu zasluga, raspoređivanje prema sposobnostima, kao i stalnost u obavljanju poslova uz mogućnosti razvoja karijere.

Politika reforme službeničkog sistema se zasniva na principima evropskog upravnog prostora, koji se detaljnije razrađuju dokumentom pod nazivom "Smernice za razvoj i kontrolu sistema državne uprave za sticanje članstva u Evropskoj uniji" (*Control and Management System Baselines for European Union Membership*) u delu pod nazivom "Smernice razvoja službeničkog sistema" (*Civil Service Baselines*).² On je nastao kao rezultat potrebe Evropske unije da definiše pravac reforme uprave u zemljama centralne i istočne Evrope, koji su bazirani na zahtevima koji proizlaze iz kopenhagenskih i madridskih kriterijuma. Ujedno, kao najsveobuhvatniji dokument Evropske unije u oblasti razvoja sistema državne

² Opširnije: Sigma Baselines, *Control and Management System Baselines for European Union Membership*, OECD, Paris, 1999; J. Hinrik Meyer-Sahling, *Sustainability of Civil Service Reforms in Central and Eastern Europe Five Years after EU Accession*, Public Governance and Territorial Development Directorate, Support for Improvement in Governance and Management, Sigma/Oecd, Sigma Paper No. 44, GOV/SIGMA (2009/1), May, 2009, Paris.

uprave, on sadrži referentni okvir za procenu različitih segmenata sistema uprave, polazeći od opšteusvojenih “evropskih” upravnih principa.

Zahtevi koje Evropska unija postavlja u oblasti razvoja službeničkih sistema se odnose na: 1. Predviđenost razvoja službeničkog sistema programom reforme javne uprave (*Public Administration Reform Programmes*); 2. Usvajanje relevantnog pravnog okvira (donošenje i primena zakona o državnim službenicima i drugih propisa); 3. Uspostavljanje principa zakonitosti, pravne sigurnosti, predvidivosti i odgovornosti u radu službenika; 4. Nepristrasnost u radu i očuvanje integriteta službenika, uspostavljanje sistema prava i obaveza i disciplinske i druge odgovornosti; 5. Profesionalizam i stalnost zaposlenja (zapošljavanje na osnovu zasluga, uspostavljanje jasnog sistema razvrstavanja službeničkih radnih mesta); 6. Obaveznost sistema javnih konkursa zasnovanog na transparentnim kriterijumima; 7. Sistem selekcije kandidata putem provera znanja i standardizovanih ispita (*entrance examinations*); 8. Pravno regulisanje izbora (postavljenja) i mobilnosti službenika na rukovodećim radnim mestima (depolitizacija) i primena ovih pravila; 9. Uspostavljanje sistema napredovanja na osnovu zasluga i ocenjivanja (*promotion based on merit*); 10. Uspostavljanje objektivnog i efikasnog sistema ocenjivanja; 11. Uspostavljanje «pravičnog» sistema plata i nagrađivanja (uspostavljanje sistema platnih razreda i poštovanje principa «ista plata za isti posao»); 12. Strateško planiranje i sprovođenje stručnog usavršavanja; 13. Uspostavljanje efikasnog sistema upravljanja kadrovima (osnivanje centralnih tela za koordinaciju i upravljanje kadrovima); 14. Razvoj stručnih sposobnosti zaposlenih na poslovima evropskih integracija. Usklađenost sa evropskim upravnim standardima ne podrazumeva samo usvajanje formalnih pravila, već i njihovu efikasnu primenu.

Pod snažnim uticajem evropske koherentnosti i posvećenosti nacionalne vlasti, službeničko zakonodavstvo u Republici Srbiji je zasnovano na opšteusvojenim evropskim standardima. Od njih se pošlo i prilikom pripreme Strategije reforme državne uprave i Strategije reforme javne uprave u Republici Srbiji.³ Usvajanjem Strategije reforme javne uprave, reformski procesi su prošireni na ceo sistem javne uprave, kako bi se uspostavili jedinstveni standardi za vršenje poslova javne uprave, uz poštovanje neophodnih i potrebnih specifičnosti u pogledu organizovanja i načina vršenja pojedinih poslova javne uprave. Pomenutim aktima su definisani osnovni principi razvoja uprave - profesionalizacija, depolitizacija, racionalizacija, decentralizacija i modernizacija. Time, uspostavljanje usklađenog i profesionalnog javno-službeničkog sistema i sistema upravljanja kadrovima, postaje prioritet političkog vrha i zaposlenih u upravi.

³ Videti: *Strategija reforme javne uprave u Republici Srbiji* (“Službeni glasnik RS”, br. 9/14 i 42/14-ispavka) i *Akcionni plan za sprovođenje Strategije reforme javne uprave u Republici Srbiji za period 2015-2017. godine* (“Službeni glasnik RS”, broj 31/15); *Strategija reforme državne uprave u Republici Srbiji* i *Akcionni plan za sprovođenje reforme državne uprave*, Beograd, 2005.

U složenom i dugotrajnom procesu ispunjenja ciljeva reforme javne uprave, jedan od najvažnijih je princip racionalizacije čija primena ima za krajnji cilj stvaranje optimalno organizovane strukture koja će efikasno i ažurno pružiti zadovoljavajući kvalitet javnih usluga, uz angažovanje najmanjeg potrebnog broja izvršilaca, kako bi se smanjili troškovi rada i samim tim značajan deo ukupnih javnih troškova. To je složen proces integracije više međusobno povezanih i uslovljenih elemenata, vertikalne i horizontalne organizacije, primene principa modernizacije rada i rešavanje problema viška zaposlenih. Racionalizacija mora biti deo dugoročnog programa reforme uprave.

Iako su se "brzi i jednostavni pristupi" reforme uprave kao što je smanjenje broja zaposlenih, pokazali kao nedovoljni u rešavanju krupnih problema izgradnje državne i javne administracije,⁴ čini se da i danas politički vrh stavlja akcent na sprovođenje ovih "konvencionalnih" metoda reforme uprave. Smatramo da ovakve mere moraju biti praćene reorganizacijom javne uprave, detaljnom analizom upravnih poslova u cilju izbegavanja dupliranja nadležnosti, analizom radnih mesta, realokacijom resursa i njihovim permanentnim stručnim usavršavanjem, pojednostavljenje upravnih procedura, informatizacijom i unapređenjem sistema upravljanja kadrovima na nivou cele javne uprave. To podrazumeva uspostavljanje jedinstvenog pravnog režima i sistema standarda za vršenje poslova javne uprave, usklađenje sistema javnih službenika, kao standardizovanih informacionih i komunikacionih sistema, uz poštovanje neophodnih i potrebnih specifičnosti u pogledu organizovanja i načina vršenja pojedinih poslova javne uprave.

Politika planiranja i prijema kadrova u funkciji racionalizacije

Planiranje radnih mesta u javnoj upravi, odnosno broja zaposlenih, jeste pitanje kome zemlje Evropske unije posvećuju izuzetnu pažnju, imajući u vidu načelo efikasnog obavljanja poslova i smanjenje troškova rada administracije. Zemlje sa dugim iskustvom apsolutističkih režima ističu važnost principa zapošljavanja na osnovu sposobnosti, kako bi se iskorenila praksa nepotizma i političkih uticaja na zapošljavanje u državnoj upravi.⁵ Princip profesionalizma, kao ključni evropski standard, podrazumeva zapošljavanje na osnovu stručnih spo-

⁴ Videti: *Policy Advocacy Papers, Rebuilding State Structures: Methods and Approaches – The Trials and Tribulations of Post-Communist Countries*, New York, 2001; Savet za državnu upravu Vlade Republike Srbije i Program za razvoj Ujedinjenih nacija, *Funkcionalna analiza – Ponovna izgradnja strukture države: metodi i pristupi, iskušenja upravne reforme u bivšim komunističkim zemljama*, Beograd, 2002.

⁵ Videti: F. Cardona, *Structural Elements For Recruitment in European Civil Service Systems, Support for Improvement in Governance and Management*, OECD, 1998; F. Cardona, *Building a Civil Service System*, Sigma/OECD, Paris, 2002.

sobnosti, sprovođenje konkursnih procedura na osnovu objektivnih i transparentnih kriterijuma, sistem selekcije kandidata putem provera znanja (prijemnih ispita), razvoj karijere uz uspostavljene mehanizme napredovanja i ocenjivanja i zadržavanje službenika u upravi.⁶ Praksa je pokazala da je teško uspostaviti merit princip u administrativnom okruženju u kome dominira politizacija, u kome ne postoje jake osnove za uvođenje profesionalizma, a sposobnosti rukovodioca su nedovoljno razvijene. Osim toga, politizovani i slabi administrativni kapaciteti onemogućavaju sprovođenje ekonomskih i socijalnih reformi.

Stalna kontrola broja zaposlenih u državnoj upravi predstavlja neizostavni deo reforme uprave. Planiranje radnih mesta ima za cilj obezbeđenje potrebnog broja zaposlenih adekvatnih stručnih profila za potrebe određenih radnih mesta. Ono obuhvata kako predviđanje potreba, tako i neposredno obezbeđivanje kadrova i planiranje programa koji će obezbediti znanje i sposobnosti koji su neophodni za postizanje efikasnog rada organizacije.⁷ Politika zapošljavanja mora biti u vezi sa strategijom i ciljevima rada upravnih organa i organizacija. Ona mora pratiti ekonomsku i finansijsku stabilnost države i društvene okolnosti, kao i potrebe okruženja.

Kako promene u okruženju utiču na promene ciljeva rada, menjaju se i poslovi i potrebe radnih mesta, te ih je potrebno konstantno analizirati u cilju izmene njihovog opisa, realokacije ljudskih resursa i preraspodele odgovornosti. Analiza poslova je pre svega usmerena na zadatke koje treba obaviti, a u kontekstu misije organizacije u celini, koji se prenose na nivo organizacionih jedinica,⁸ a u cilju obezbeđenja veće efikasnosti rada i jačanja posvećenosti i zalaganja zaposlenih. Razrađivanje radnih dužnosti u okviru radnog mesta doprinosi pronalaženju kriterijuma za klasifikaciju, merila za stvaranje klasa radnih mesta koji se razlikuju po rangu, vrednosti, odgovornosti, plati i drugim kriterijumima.⁹ U uporednim službeničkim sistemima, službenici se raspoređuju na određena radna mesta prema utvrđenim kriterijumima, a to su najčešće: složenost poslova, odgovornost za njihovo obavljanje, potrebna stručna sprema, radno iskustvo i drugi. Na osno-

⁶ Videti: Sigma Baselines, *Control and Management System Baselines for European Union Membership*, OECD, October 1999; J. Hinrik Meyer-Sahling, *Sustainability of Civil Service Reforms in Central and Eastern Europe Five Years after EU Accession*, Public Governance and Territorial Development Directorate, *Support for Improvement in Governance and Management*, Sigma/Oecd, Sigma Paper No. 44, GOV/SIGMA (2009/1), Paris, 2009.

⁷ Videti: G. Miglič, *Pronalaženje i izbor kadrova za državnu upravu*, DIAL, Grafolik, Beograd, 2007, str.16.

⁸ *Ibidem*. str. 22.

⁹ Videti: E. Pusić, *Nauka o upravi*, knjiga I, uvodna pitanja, uprava u društvu, uprava kao ljudska delatnost, IX izdanje, Narodne novine, Zagreb, 1989, str. 198.

vu analize radnih mesta definišu se konkretni zadaci, nakon čega se izrađuju opisi poslova i utvrđuju uslovi vezani za stručnost i lične osobine kandidata koji će biti raspoređeni na određena radna mesta.¹⁰

Osnovni instrument kadrovskog planiranja je sistematizacija (akt o sistematizaciji) kojom se utvrđuju radna mesta i odgovarajuća zvanja i položaji u organizacionim jedinicama upravnih organa i organizacija. Sistematizacija ima važna dejstva, ona usmerava kadrovsku politiku svakog organa, predstavlja svestranu analizu zadataka i delatnosti pojedinih organa, po karakteru i vrsti posla, kao i po obimu i frekvenciji pojedinih vrsta poslova.¹¹ Imajući u vidu dinamizam modernog društva – promenu ciljeva rada i poslova uprave, izmene sistematizacije putem permanentne analize poslova i potreba za kadrovima, ne mogu izostati.

U cilju kontinuiranog planiranja potreba za kadrovima a u skladu sa strateškim ciljevima rada, u Republici Srbiji je uveden institut kadrovskog plana, koji se već deceniju unazad primenjuje.¹² Do uvođenja kadrovskog planiranja, kontrola se vršila kroz akte o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji radnih mesta organa uprave, kao i u postupku izrade nacrtu zakona o budžetu za svaku godinu. Saradnja pojedinih organa državne uprave i Ministarstva finansija u postupku pripreme budžeta bila je neuslovljena, što je imalo za posledicu neusklađenost planiranog broja zaposlenih i odobrenih budžetskih sredstava za njihovo zapošljavanje. Takođe, nije postojala obaveznost uvažavanja mišljenja Ministarstva finansija na predloge akata o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji radnih mesta u vezi sa planiranim brojem kadrova.

Uvođenjem godišnjeg kadrovskog planiranja i njegovim povezivanjem sa budžetskim planiranjem je pojačan okvir za kontrolu broja zaposlenih u državnoj upravi. Kadrovskim planom se za svaki državni organ i za svaku godinu određuje broj radnih mesta koja se mogu popuniti.¹³ On ima za cilj da prikaže postojeći broj državnih službenika i nameštenika po svakom položaju, svakom zvanju i

¹⁰ Opis posla je prikaz zadataka koje zaposleni obavlja koji proizlaze iz sadržaja poslova jednog radnog mesta. On sadrži: naziv posla, svrhu posla, opis ciljeva organizacione jedinice, status posla (stručni, administrativni), zadatke i odgovornost za njihovo obavljanje. Specifikacija posla se odnosi na minimalno prihvatljive karakteristike koje zaposleni na tom radnom mestu mora posedovati – potrebna znanja i veštine, obrazovanje, iskustvo, stavove, specifične sposobnosti (rad na računaru i sl.).

¹¹ Videti: N. Stjepanović, *Upravno pravo FNRJ*, opšti deo, Priručnik za studente prava, drugo, prepravljeno i dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1958, str. 357-358.

¹² Videti: *Zakon o državnim službenicima* ("Službeni glasnik RS", br. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08, 104/09, 99/14); *Uredba o pripremi kadrovskog plana u državnim organima* ("Službeni glasnik RS" br. 8/06).

¹³ Predlog kadrovskog plana sadrži podatke za svaki organ iz tabelarnog dela nacrtu kadrovskog plana, usklađene sa promenama koje su nastale od pripreme nacrtu do pripreme predloga ka-

svakoj vrsti radnih mesta koji su u radnom odnosu u organu na neodređeno vreme, postojeći broj državnih službenika i nameštenika po svakom zvanju i svakoj vrsti radnih mesta koji su u radnom odnosu u organu na određeno vreme zbog povećanog obima posla, postojeći broj pripravnika u organu po stepenima stručne spreme, potreban broj državnih službenika i nameštenika po svakom položaju, svakom zvanju i svakoj vrsti radnih mesta koji je potreban organu u radnom odnosu na neodređeno vreme u godini za koju se kadrovski plan donosi, potreban broj državnih službenika i nameštenika čiji je prijem u radni odnos na određeno vreme potreban organu zbog povećanja obima posla u godini za koju se kadrovski plan donosi, kao i broj pripravnika po stepenima stručne spreme čiji je prijem potreban organu u godini za koju se kadrovski plan donosi.¹⁴ Za pripremu predloga kadrovskog plana za organe državne uprave je nadležna Služba za upravljanje kadrovima. Predlog kadrovskog plana se dostavlja Ministarstvu finansija, koje utvrđuje da li je on usklađen sa visinom sredstava za plate koja su im Zakonom o budžetu odobrena. Na taj način se onemogućava zapošljavanje većeg broja službenika od broja za koji su Zakonom o budžetu određena sredstva.

Jasno je da politika prijema kadrova mora biti tesno povezana sa politikom i sistemom zarada u javnom sektoru, a to podrazumeva dugoročnu procenu i planiranje sa održivim efektima. Planiranje zasnovano samo na strukturi zvanja za jednu budžetsku godinu, neće dati očekivane rezultate. Pristup planiranju i prijemu kadrova mora biti sveobuhvatan i sistemski, praćen detaljnom analizom organizacije uprave, ispitivanjem funkcija organa i organizacija uz precizno definisanje opštih i pojedinačnih ciljeva i uvođenje standarda učinka koji se mogu pretvoriti u pojedinačne radne ciljeve i opise radnih mesta.

U funkciji praćenja kadrovskih potreba, planiranja i prijema kadrova, njihove mobilnosti i stručnog razvoja, uspostavljena je i Centralna kadrovska evidencija kao informatička baza podataka o zaposlenima u organima državne uprave i službama Vlade. Evidencija sadrži podatke o slobodnim radnim mestima, državnim službenicima koji žele trajni ili privremeni premeštaj na drugo radno mesto, podatke o neraspoređenim državnim službenicima i podatke o drugim kadrovskim potrebama.¹⁵ Uvid u kadrovsku evidenciju obezbeđuje praćenje stručnih sposobnosti, ličnih osobina, profesionalnog iskustva zaposlenih u državnoj upravi, kao i razvoj kapaciteta na nivou organa uprave i celog sistema držav-

drovskog plana, kao i zbirne podatke za sve organe. Videti: član 12. *Uredbe o pripremi kadrovskog plana u državnim organima* (Službeni glasnik RS br. 8/06).

¹⁴ Videti: član 2. *Uredbe o pripremi kadrovskog plana u državnim organima* (Službeni glasnik RS br. 8/06).

¹⁵ Zakonom je takođe uspostavljena evidencija internog tržišta rada, koja pre svega služi organima državne uprave i državnim službenicima.

ne uprave. Za njeno vođenje je takođe nadležna Služba za upravljanje kadrovima. Iako bi Evidencija mogla obezbediti fleksibilnost i brže popunjavanje radnih mesta i zapošljavanje kadrova adekvatnih stručnih profila prema potrebama organa i organizacija, mora se prevazići problem ažurnosti u dostavljanju podataka i njihove potpunosti. Budući da je jedan od ciljeva reforme unapređenje informacionog sistema Centralne kadrovske evidencije u cilju pružanja potpune podrške razvoju kadrova i jačanje međusobne povezanosti i usklađenosti sistema Centralne kadrovske evidencije sa sistemom evidencije o zaradama Uprave za trezor,¹⁶ njegovo usavršavanje bi bilo od velikog značaja za obezbeđivanje stalne tehničke podrške upravljanju kadrovima. To zahteva potpunu posvećenost i finansijsku podršku. Nesumnjivo, definisanje ciljeva upravljanja kadrovima u često nestabilnom okruženju neophodno je kako bi se razvojem i primenom određene politike i prakse, odgovorilo na potrebe funkcionisanja organizacije, kao i individualne potrebe zaposlenih.

*Određivanje “maksimalnog” broja zaposlenih u javnom sektoru
– aktuelna zakonska rešenja*

Iako je racionalizacija uprave u Republici Srbiji “stalni” deo reforme, mere koje su se sprovodile nisu uvek bile u skladu sa njenom suštinom, koja podrazumeva ukidanje nepotrebnih poslova, pojednostavljenje procedura, smanjivanje broja zaposlenih za kojima ne postoji potreba i druge uštede troškova, a da se pri tome ne umanjuje delotvornost i efikasnost obavljanja upravnih poslova. U prethodnom periodu, izvršeno je linearno smanjivanje broja službenika u svim organima državne uprave za određeni procenat, ali bez prethodne analize potrebe za vršenjem određenih poslova i njihovog obima, postojanja preklapanja ili dupliranja poslova, analize načina obavljanja poslova i mogućnosti za njihovom modernizacijom.

Još je 2009. godine, na osnovu Zakona o određivanju maksimalnog broja zaposlenih u republičkoj administraciji,¹⁷ sprovedeno linearno smanjivanje kao jedna od kratkoročnih mera u procesu racionalizacije. Njime je određen ukupan maksimalan broj zaposlenih u organima državne uprave, javnim agencijama i organizacijama za obavezno socijalno osiguranje. Takođe, Zakonom o određiva-

¹⁶ Videti: *Strategija reforme javne uprave u Republici Srbiji* (“Službeni glasnik RS”, br. 9/14 i 42/14-ispravka) i *Akcionni plan za sprovođenje Strategije reforme javne uprave u Republici Srbiji za period 2015-2017. godine* (“Službeni glasnik RS”, broj 31/15).

¹⁷ Videti: *Zakon o određivanju maksimalnog broja zaposlenih u republičkoj administraciji*, (“Službeni glasnik RS”, broj 104/09).

nju maksimalnog broja zaposlenih u lokalnoj administraciji¹⁸ određen je ukupan maksimalan broj zaposlenih u organima jedinica lokalne samouprave (uključujući i organe gradskih opština), ustanovama koje se finansiraju iz budžeta (osim ustanova u oblasti obrazovanja, zdravstva i predškolskih ustanova), privrednim društvima i drugim oblicima organizovanja čiji je jedini osnivač jedinica lokalne samouprave (osim javnih preduzeća), a koji se finansiraju iz budžeta. Dalje je odlukama nadležnih organa utvrđivan je tačan broj zaposlenih u određenim administrativnim strukturama.¹⁹

To je imalo za posledicu da je u pojedinim organima zadržan preveliki broj zaposlenih, dok je drugim, bez opravdanog razloga, on smanjivan, iako je njihov broj, prema novim nadležnostima ili obimu posla trebalo povećati. Pomenute reformske mere nisu dale očekivane rezultate. Takođe, u pojedinim slučajevima rešenje nije trebalo tražiti kroz mehaničko smanjivanje ili povećanje broja zaposlenih nego u njihovoj preorijentaciji i sticanju novih znanja i veština. Posledice takve "racionalizacije" često su bile u prijemu novih službenika, čak u većem broju u odnosu na obim prethodnog smanjenja. Konačno, sa tim je povezan i problem nepostojanja jedinstvenog registra organa, kao i javnih službenika.

Nesumnjivo, smanjenje broja zaposlenih u javnoj upravi, postaje opet aktuelno, jer "višak" i nepovoljna struktura zaposlenih uzrokuju neefikasnost javne uprave i predstavljaju teret za čitavu privredu. Kako je Zakonom o budžetu za 2015. godinu već izvršeno smanjenje troškova za zarade zaposlenih za 12,5% (smanjenje visine zarada u oktobru za 10% i dodatno smanjenje rashoda zarade za 2,5% linearno po svim budžetskim korisnicima), može se reći da je već sprovedena prva faza racionalizacije i to linearno. Očekuje se da će smanjenje broja zaposlenih u narednom trogodišnjem periodu dovesti do smanjenja rashoda za zarade zaposlenih sa sadašnjih 11,8% na nivo od 8% BDP godišnje.²⁰

Najnoviji zakon koji predviđa smanjenje broja zaposlenih u javnoj upravi i šire javnom sektoru - Zakon o načinu određivanja maksimalnog broja zaposlenih u javnom sektoru,²¹ osnova je za sprovođenje ambiciozne fiskalne konsolidacije i

¹⁸ Videti: *Zakon o određivanju maksimalnog broja zaposlenih u lokalnoj administraciji* ("Službeni glasnik RS", broj 104/09).

¹⁹ Videti: *Odluka o maksimalnom broju zaposlenih u organima državne uprave, javnim agencijama i organizacijama za obavezno socijalno osiguranje* ("Službeni glasnik RS", broj 69/14, 32/15, 39/15, 50/15).

²⁰ Videti: *Obrazloženje Predloga Zakona o načinu određivanja maksimalnog broja zaposlenih u javnom sektoru*, dostupno i na: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/1918-15%20lat.pdf.

²¹ Videti: *Zakon o načinu određivanja maksimalnog broja zaposlenih u javnom sektoru* ("Službeni glasnik RS", br. 68/2015).

strukturnih reformi u zemlji, sa fokusom na zaustavljanje rasta javnog duga i njegovo smanjivanje. Osnovni cilj Zakona je utvrđivanje načina određivanja maksimalnog broja zaposlenih u javnom sektoru, kao i obima i rokova za smanjenje broja zaposlenih do dostizanja utvrđenog maksimalnog broja.²² Principi od kojih se pošlo pri određivanju "optimalnog" broja zaposlenih su određeni kroz odgovorno fiskalno upravljanje, racionalnost, funkcionalnost i efikasnost. Od posebnog su značaja načela racionalnosti i funkcionalnosti, koji se odnose na obavezu uspostavljanja ekonomične organizacione strukture i rukovođenje uz što manje troškove, kao i funkcionalno povezivanje poslova prema njihovoj prirodi i složenosti. Krajnji cilj je uspostavljanje organizacije koja bi sa optimalnim brojem zaposlenih efikasno zadovoljavala potrebe građana i drugih subjekata.²³ S obzirom da potrebe fiskalne konsolidacije prevazilaze uže okvire državne, pa i javne uprave, ideja je da se obuhvati maksimalno mogući deo javnog sektora.²⁴

Kada je reč o postupku sprovođenja racionalizacije, Zakon predviđa da se aktom Vlade, za svaku kalendarsku godinu, utvrđuje maksimalan broj zaposlenih na neodređeno vreme u sistemima državnih organa, javnih službi, autonomne pokrajine i lokalne samouprave, uz prethodno mišljenje nadležnih ministarstava - za poslove državne uprave i lokalne samouprave i za poslove finansija. Ujedno se ovim aktom utvrđuje i maksimalan broj zaposlenih za svaki organ, organizaciju, službu i drugi organizacioni oblik u javnom sektoru, osim za organizacione oblike u sistemu autonomne pokrajine i lokalne samouprave.

Od posebnog je značaja utvrđivanje načina na koji organi predlažu maksimalni broj zaposlenih, odnosno sprovode predviđene mere u datom periodu. Najpre, polazi se od obaveze sprovođenja analize zakonodavnog i strateškog okvi-

²² Zakon se primenjuje od avgusta 2015. do 31. decembra 2018. godine.

²³ Videti: član 3. Zakona.

²⁴ Prema Zakonu o budžetskom sistemu u pojam javnog sektora spadaju organi i organizacije Republike Srbije, pravosudni organi, javna preduzeća, ustanove, javne agencije, pravna lica osnovana od strane javnih preduzeća, organi i službe lokalnih vlasti, organizacije za obavezno socijalno osiguranje, kao i korisnici sredstava Republičkog fonda za zdravstveno osiguranje. Videti: Zakon o budžetskom sistemu ("Sl. glasnik RS", br. 54/2009, 73/2010, 101/2010, 101/2011, 93/2012, 62/2013, 63/2013, 108/2013, 142/2014 i 68/2015). Zakon o načinu određivanja maksimalnog broja zaposlenih u javnom sektoru obuhvata navedene organizacione oblike, osim javnih preduzeća osnovanih od strane Republike Srbije, pravnih lica osnovanih od strane tih preduzeća, preduzeća za profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje osoba sa invaliditetom osnovanih od strane Republike Srbije, odnosno koja posluju sa većinskim državnim kapitalom, javnih medijskih servisa, organizacionih oblika u javnom sektoru koji su osnovani međunarodnim ugovorom ili u kojima se broj zaposlenih određuje u skladu sa međunarodnim ugovorom. Prema ovom Zakonu, maksimalan broj zaposlenih se utvrđuje po sledećim sistemima javnog sektora: sistem državnih organa, sistem javnih službi, sistem autonomne pokrajine i sistem lokalne samouprave.

ra koji je utvrđen za rad organa, njihovih funkcija, unutrašnjeg uređenja, podataka o kadrovskim i finansijskim resursima, mreže ustanova u delokrugu organa i zadovoljavanja potreba korisnika javnih usluga, zastupljenosti pripadnika nacionalnih manjina i drugih. Na osnovu takve analize, organi su dužni da predlože smanjenje broja zaposlenih kroz: a) ukidanje ili objedinjavanje pojedinih poslova koji nisu obuhvaćeni neophodnim funkcijama, b) smanjivanje veličine i promenu strukture organizacionih jedinica, v) uvođenje informaciono-komunikacionih tehnologija, g) razvijanje odnosa između stručnog i administrativno-tehničkog i pomoćnog osoblja, d) objedinjavanje logističkih poslova za više organizacionih jedinica, đ) ukidanje oranzacionih oblika kojima se ne ostvaruju funkcije javnih politika i e) spajanje organizacionih oblika u cilju izbegavanja preklapanja funkcija i smanjenja troškova.²⁵

Imajući u vidu relativno kratke rokove, čini se da ove odredbe upućuju na potrebu sprovođenja dublje analize kako organizacione strukture organa i organizacija tako i poslova koje vrše.²⁶ Budući da se polazi od utvrđenog delokruga organa (stav 3. Zakona), može se zaključiti da sistemska analiza poslova i zadataka nije predviđena, jer bi ona sigurno dovela do izmena propisa kojima se utvrđuju delokrug i nadležnosti. Svaka “preraspodela” već utvrđenih funkcija na nivou organa i organizacija, nužno bi dovela do ukidanja pojedinih, što bi imalo za posledicu ukidanje radnih mesta i shodno tome smanjenje potrebnog broja zaposlenih, ili uvođenje novih, pa u skladu sa tim premeštaj zaposlenih i stručno usavršavanje prema potrebama radnih mesta. Izricanje mere prestanka radnog odnosa ne mora biti konačna odluka, već instituti kao što su premeštaj, stručno usavršavanje, mobilnost službenika putem internog tržišta rada, korišćenje baza podataka, mogu imati punu primenu. Kako Zakon predviđa “ukidanje ili objedinjavanje pojedinih poslova koji nisu obuhvaćeni neophodnim funkcijama organizacionih oblika koji obavljaju poslove iz delokruga organa”, nameće se i pitanje koje su funkcije “neophodne” i koji su kriterijumi za njihovo utvrđivanje. Još je važnije pitanje kapaciteta (ljudskih, materijalnih) i vremenskog okvira u kome se date mere moraju sprovesti. Iako je cilj zakonodavca smanjenje broja zaposlenih u javnom sektoru, odnosno “uspostavljanje efikasnije upravljačke strukture i smanjenje troškova”, smatramo da se samo putem sistemske analize poslova i zadataka, reorganizacije na nivou cele uprave, realokacijom kadrova, praćenih izmenama propisa, mogu postići dugoročni efekti smanjenja troškova rada. Sa ovim

²⁵ Opširnije: član 7. Zakona.

²⁶ Prema članu 11. Zakona, organi i organizacije kojima je utvrđena obaveza racionalizacije, dužni su da to učine najkasnije do 30. juna svake kalendarske godine u periodu sprovođenja racionalizacije, a ukoliko je obaveza racionalizacije utvrđena u 2015. godini, to moraju sprovesti najkasnije u roku od 60 dana od dana donošenja obrazloženih predloga i njihovog usvajanja.

pitanjem je povezan i problem depolitizacije i zapošljavanja partijskih kadrova, što dovodi do "većeg" broja zaposlenih.

U cilju smanjenja broja zaposlenih, regulisana su i pravila u vezi sa prestankom radnog odnosa za vreme primene ovog posebnog zakona. U tom smislu, utvrđeni su uslovi za prestanak radnog odnosa zbog ispunjenja uslova za starosnu penziju, uz isplatu novčane naknade ili otpremnine, kao i izvori za obezbeđivanje sredstava za isplatu novčanih naknada i otpremnina. Propisan je i postupak u vezi sa dostavljanjem zahteva za odobravanje sredstava za isplatu novčane naknade i otpremnine, odnosno isplatu tih sredstava. Takođe, s obzirom da je utvrđen i obim racionalizacije zaposlenih na neodređeno, kao i zaposlenih na određeno vreme i na osnovu drugih ugovora o radnom angažovanju, opšte je pravilo da ukupan broj zaposlenih na određeno vreme ne može biti veći od 10% broja zaposlenih na neodređeno vreme, osim kada je u pitanju organizacioni oblik koji ima manje od 100 zaposlenih koji može da ima najviše do 10 zaposlenih ili angažovanih lica. Izuzetno, tokom 2015. godine, povećanje broja zaposlenih na neodređeno vreme može se vršiti u skladu sa propisima kojima se uređuje budžetski sistem.²⁷ Zakonom je predviđena i zaštita od nezakonitog povećanja broja zaposlenih i mere zaštite sredstava budžeta.

Imajući u vidu specifičnosti pojedinih sistema, propisana su posebna pravila za racionalizaciju u sistemima lokalne samouprave i javnih službi. Kriterijumi i merila za određivanje maksimalnog broja zaposlenih u sistemu lokalne samouprave utvrđeni su na osnovu postojećeg stanja u jedinicama lokalne samouprave. Predloženi način grupisanja jedinica lokalne samouprave se zasniva na broju stanovnika kao osnovnom kriterijumu imajući u vidu to da obim i struktura poslova i usluga koje obavlja jedinica lokalne samouprave direktno zavise od broja stanovnika. Kako bi se proces racionalizacije sprovodio na najcelishodniji način neophodno je da se omogući i proces funkcionalne preraspodele zaposlenih između svih organizacionih oblika u sistemu lokalne samouprave putem uspostavljanja internog tržišta rada. Za sisteme javnih službi predviđena je obaveza organizacionih oblika u javnim službama da u periodu sprovođenja racionalizacije svoje akte o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji radnih mesta dostavljaju na prethodnu saglasnost ministarstvima u čijem delokrugu se nalaze poslovi za čije obavljanje su obrazovane javne službe.²⁸

Pored toga, utvrđeno je da su podaci o broju zaposlenih javni, kao i da su organi nadležni za donošenje odluke o maksimalnom broju zaposlenih dužni da svoje odluke dostave ministarstvu nadležnom za finansije i ministarstvu nadlež-

²⁷ Videti: član 9-11 Zakona.

²⁸ Videti: član 15-19 Zakona.

nom za državnu upravu, pri čemu predloženi broj zaposlenih mora da odgovara masi sredstava za zarade, odnosno plate određene propisima o budžetu. I o transparentnosti procesa se mora voditi računa - obaveštenosti građana o merama upravne reforme koje se preduzimaju u njihovu korist.

Nadzor nad primenom Zakona, pored ministarstva nadležnog za poslove finansija, vrše i ministarstvo nadležno za poslove državne uprave i ministarstvo nadležno za poslove rada u okviru utvrđene nadležnosti. Takođe, nezavisni državni organi, organizacije i tela dužni su da nadležnom odboru Narodne skupštine dostavljaju podatke potrebne za donošenje odluke o maksimalnom broju zaposlenih i druge podatke potrebne za sprovođenje ovog zakona, na način i u rokovima utvrđenim aktom tog odbora. To ujedno predstavlja poseban vid kontrole nad primenom Zakona i garanciju za sprovođenje propisanih mera. U cilju efektivne primene Zakona, utvrđena je i kaznena, odnosno prekršajna odgovornost za rukovodioca ukoliko postupi suprotno odredbama Zakona.

U vezi sa potpunim sprovođenjem racionalizacije, donet je i Zakon o Registru zaposlenih, izabranih, imenovanih, postavljenih i angažovanih lica kod korisnika javnih sredstava,²⁹ sa ciljem uspostavljanja jedinstvene, potpune i ažurne evidencije o zaposlenima u javnom sektoru. Zakonom je predviđeno stvaranje baze kadrovskih podataka za efikasno upravljanje kadrovima i praćenje politike isplate ličnih primanja zaposlenih u cilju ostvarivanja ekonomskih, odnosno finansijskih interesa države. Njime se bliže uređuje vođenje Registra, njegov sadržaj i način vođenja, kao i zaštita i dostupnost podataka. Registar predstavlja skup podataka o korisnicima javnih sredstava, podataka o zaposlenim, izabranim, imenovanim, postavljenim i angažovanim licima kod korisnika javnih sredstava, kao i podataka o primanjima tih lica, a uspostavlja se s ciljem praćenja broja zaposlenih, izabranih, imenovanih, postavljenih i angažovanih lica kod korisnika javnih sredstava i njihovih ličnih primanja. Za njegovo vođenje je nadležno ministarstvo za poslove državne uprave. To međutim ukazuje i na potrebu uspostavljanja efikasnih mehanizama saradnje između svih institucija i tela nadležnih za koordinaciju i kontrolu politike razvoja službeničkih sistema. Time bi se ujedno trebalo da obezbedi ujednačen razvoj savremene prakse upravljanja kadrovima i primena homogenih standarda na nivou cele javne uprave. Iako se očekuje da novi propisi obezbede temelj za održivi razvoj i povećanje zaposlenosti u određenom roku sprovođenjem ambiciozne fiskalne konsolidacije i strukturnih reformi, sa fokusom na zaustavljanje rasta javnog duga i njegovo smanjivanje, ostaje da se vidi kako će biti dugoročni efekti primene pomenutih propisa.

²⁹ Videti: *Zakon o Registru zaposlenih, izabranih, imenovanih, postavljenih i angažovanih lica kod korisnika javnih sredstava* ("Službeni glasnik RS", br. 68/15).

ZAKLJUČAK

Rezultati reforme javne uprave u Republici Srbiji su pokazali vidljiv napredak kada je reč o stvaranju pravnog okvira, imajući u vidu da je usvojen veliki broj reformskih zakona, ali su ukazali i na slabosti u primeni usvojenih propisa s obzirom na to da njihovo usvajanje nije bilo praćeno značajnom reorganizacijom. Iako još uvek postoje brojni problemi, iniciraju se i sprovode reformske mere. Stvaranje efikasne uprave zasnovane na demokratskim principima je dugoročni proces, a delotvorna primena načela zakonitosti, profesionalizma, transparentnosti, efikasnosti i odgovornosti u radu javne uprave, u funkciji su izgradnje moderne pravne države.

Budući da se uticaj finansijske krize na reformu ne sme potceniti, nameće se potreba za preispitivanjem mogućnosti za smanjenje rashoda u budžetu. U složenom i dugotrajnom procesu realizacije ciljeva reforme uprave, jedan od najvažnijih je princip racionalizacije čija primena ima za krajnji cilj stvaranje optimalno organizovane državne uprave koja će efikasno i ažurno pružiti zadovoljavajući kvalitet javnih usluga, uz angažovanje najmanjeg potrebnog broja izvršilaca, kako bi se smanjili ukupni troškovi rada. Ona bi trebalo da dovede do smanjenja troškova rada uprave, pa je naročito važno nastaviti sa reformskim aktivnostima još intenzivnije. Za delotvorno i efikasno funkcionisanje sistema javne uprave potrebno je usklađivanje i unapređenje upravljanja sistema kadrovima. Stoga je neophodno uskladiti propise koji uređuju status državnih službenika i zaposlenih u različitim segmentima javne uprave, u meri u kojoj je to moguće.

Iako je stalna kontrola broja zaposlenih, neizostavni deo reforme uprave, ona mora biti praćena drugim reformskim merama. Pre svega, potrebno je preispitivanje cele organizacije javne uprave budući da često kriterijumi za ukidanje/spajanje određenih organa nisu bili precizno definisani, te se tome često pristupalo bez obrazloženja. Rezultat je i bio kreiranje velikog broja organa, organizacija i tela javne uprave. Takva organizaciona struktura ne može biti dovoljno delotvorna, efikasna i ekonomična. S druge strane, budući da zakonodavac polazi od obaveze sprovođenja analize zakonodavnog i strateškog okvira koji je utvrđen za rad organa i njihovih funkcija, neophodno je sprovesti sistemsku analizu poslova i zadataka javne uprave kako bi se izbegla preklapanja/dupliranja njihovih nadležnosti i poslova. Zato, smatramo da proces smanjenja broja zaposlenih u javnom sektoru mora biti praćen drugim reformskim merama – sveobuhvatnom i detaljnom analizom poslova i zadataka upravnih organa i organizacija, izmenama pravnog okvira, stvaranjem "optimalne" organizacione strukture, realokacijom ljudskih resursa i njihovim stručnim usavršavanjem, informatizacijom i drugim merama. Sistemskim pristupom bi se stvorile osnove za dugoročne i održive promene i to bi

konačno moglo dovesti do “uspostavljanja efikasnije upravljačke strukture i smanjenja troškova”.

ZORICA VUKAŠINOVIĆ-RADOJIČIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Academy Of Criminalistic
and Police Studies, Belgrade

BLAŽENKA STOJANOVIĆ
PAR Consulting, d.o.o., Beograd

PUBLIC ADMINISTRATION RATIONALIZATION – NEW REGULATION ON REDUCING THE NUMBER OF PUBLIC SERVANTS

Summary

In the complex administrative reform process in The Republic of Serbia, principle of rationalization has an important role in designing of optimal administrative structures which will efficiently provide public services, with optimal number of employees. Rationalization of public sector through its downsizing and reducing administrative costs has been defined as one of the strategic reform goal. Considering global economic crises and its effects, this principle has been widely accepted and supported by the Government and public servants. The paper points out to the need to consider an integral, comprehensive reform approach. Consequently, reducing of public servants number should go along with public administration reorganization, functional reviews, effective personnel policy and planning, job analysis, reallocation of personnel, mobility and training of public servants, simplification of administrative procedures, creation of internal servant's market, modernization and informatization. Furthermore, efficient human resource management should provide the ground for professional and efficient public administration operation. The Government of The Republic of Serbia undertakes measures which are expected to reduce negative effects of the global economic crises and support reform processes. New legal framework is expected to provide the basis for the public sector downsizing, reducing administrative costs and achieving public finance consolidation. It remains to be seen whether it will reflect on long-term effects and sustainable changes.

ZORICA UROŠEVIĆ

KONCEPTUALNE I PRAVNE OSNOVE PROFESIONALIZACIJE JAVNE UPRAVE I LOKALNE SAMOUPRAVE

U V O D

Neprestano ubrzanje sticanja novih znanja i unapređenje postojećih je očigledno u prirodnim i tehničkim naukama, a razlike između razvijenih zemalja i onih koje teško drže korak sa vremenom kao da se produbljuju. U vreme dominacije tehnoloških dostignuća i neoliberalne ekonomije pred društvenim i humanističkim naukama je veliki izazov – da obnove energiju, znanje i, možda, utiču na ugao gledanja kako bi se pažljivo i kritički sagledale moguće posledice razvoja.

Naučni i tehnološki napredak možda čoveku izmiče kontroli i globalno društvo pretvara u “odbegli svet”,¹ ali se čini da brzina ovladavanja “društvenim” znanjem i stvarni razvoj profesionalnih predstavljaju odgovor na izazove vremena.

Fenomen znanja i njegovo obeležavanje, definisanje i prodiranje dopire duboko u prošlost čovekovog postojanja jer su opstanak pojedinca i funkcionisanje društva uvek zavisili od nekog oblika sticanja znanja i sposobnosti za rešavanje problema u prirodnom okruženju ili tokom razvoja socijalne organizacije. Međutim, verovatno najznačajniju civilizacijsku prekretnicu donosi pojava modernih

Mr Zorica Urošević, Gradska uprava za inspeksijske poslove Grada Novog Sada.

¹ Paradoks našeg doba je da znanje, naučni i tehnološki napredak nije omogućio da čovek kontroliše procese i budućnost u svetu, već mu on izmiče i postaje, po Gidensu, “odbegli svet”. Gidens, E., *Odbegli svet: kako globalizacija preoblikuje naše živote*, Stubovi kulture, Beograd, 2005.

profesija koje su uticale na vrednosti, organizaciju i način vršenja vlasti i vremenom na razvoj moderne države.

Profesije – gradivno tkivo, podloga za shvatanje i interpretaciju profesionalizma – shvataju se kao podforme organizacije rada, a “profesionalci” kao nosioci uređenog, organizovanog znanja, postaju uticajan društveni sloj, ne samo zbog obrazovanja, nego i zbog njihove uloge u vršenju vlasti, profesionalnih etičkih vrednosti inačine na koji ih pretvaraju u primenjenu moralnost.²

Moderna država se oslanja na pravo i najavni interes koji izražava one vrednosti u čijem centru su danas ljudska prava. Iako je dokazano da slobodna tržišna utakmica podstiče napredak i donosi “bogatstvo naroda” o kome je pisao Adam Smit, ipak je visoka cena rizika i nejednakosti koje donosi, što je stvorilo velike razlike u svetu – kako između država, tako i u nacionalnim okvirima. Svačije osnovne potrebe, bez obzira na privredni uspeh ili lični doprinos, trebalo bi da se zadovoljavaju na osnovu principa jednakosti i pravednosti. A upravo na tim temeljima liberalno-demokratske države dolazi do svetske ekonomske krize, poljuljanog legitimiteta ili razgradnje država i “seobe naroda”, dovodeći u krizu ulogu države i prava.

Neoliberalna ekonomija i globalizacija “zamagljuje” granicu između javnog i privatnog interesa i mogu da utiču na ostvarivanje ljudskih prava, što se posebno oseća u ekonomski slabije razvijenim i tranzicionim zemljama. Odnos nesrazmere između usvojenih standarda i fakta neostvarenja ili delimičnog ostvarenja ovih prava³ dobrim delom zavisi od sposobnosti prilagođavanja promenama i uslovi- ma na svetskom tržištu, na kome sudržave izložene dejstvu međunarodnih političkih, ekonomskih, finansijskih i drugih izazova. Komparativna iskustva pokazuju da se uspešna borba za ekonomski razvoj i približavanje legitimiteta prema legalitetu ljudski pravodi u potpunom ulaganjem u znanje, profesionalizacijom javne uprave i lokalne samouprave i visokim etičkim standardima javnih službenika.

PROFESIONALIZAM I PROFESIONALIZACIJA

Danas se ideja profesionalizma razvija u svim oblastima ljudske delatnosti i je rola šava promene kroz *profesionalno ponašanje* – odnos prema vrednostima i pravilima koji određuju profesiju. Društvena uloga profesije i zanimanja ogleda se u samoj osnovi njihovog nastanka – da se organizovanim znanjem i njegovim oboga-

² Civilizacijski razvoj svedoči o ulozi moralne osnove upotrebe znanja u ostvarivanju uloge države.

³ Perović, S., Pravo i dostojanstvo čoveka, Uvodni referat, Savetovanje pravnika, Budva, 2006, str. 29.

ćivanjem rešavaju problemi i zadovoljavaju potrebe čoveka uzrokovane činjenicom ljudskog postojanja, razvojem društva ili društvenom interakcijom.⁴

Značaj etike u primeni znanja, i za pojedinca i za društvo u celini, inspirisao je da se pozovanjem na teoriju društvenog ugovora objasni profesionalizam i njegova uloga u stvaranju poverenja između pripadnika profesije i društva u savremenim uslovima.” Kada društvo izabere koncept profesije kao sredstvo kojim se organizuje pružanje određenih usluga ili vršenje službe, profesionalizam se pojavljuje kao osnova tog društvenog ugovora.”⁵

Profesionalizam kao “društveni ugovor”obuhvata sledeće elemente: 1) *kontrola kompleksnog specijalizovanog znanja* – uz podršku nauke, transfer znanja na buduće članove, klijente i opštu javnost; 2) *pružanje usluga* – od pojedinačnih korisnika do celine sistema; 3) *altruizam* – osnov poverenja klijenata jerpodrazumeva nesebično pružanje usluga; 4) *autonomija* – individualna u radu, kolektivna u regulaciji profesionalnih prava i obaveza; 5) *profesionalno udruživanje* – forma u kojoj se kolektivno izražava i usmerava interes članova na osnovama kolegijalnosti kao profesionalne vrednosti (iako se najčešće prigovora da baš ova forma omogućava da se ignorišu opšti interesi u korist interesa članova, što dovodi do opadanja poverenja u profesiju); 6) *odgovornost* – za pružanje usluga, samoregulaciju profesije i za finansijske posledice svojih odluka; 7) *etički kodeks* – kao primenjena moralnost profesije i osnova javnih očekivanja, uz primenu efikasnih mehanizama zaštite.

Ovaj koncept je razvijenzbog medicinske profesije, ali njegova osnovna ideja sadrži suštinu profesionalizma u svim oblastima ljudske delatnosti zbog značaja koji ima za stabilne odnose u društvu. Ako obe strane razumeju očekivanja njihovih partnera, i njihove obaveze, ugovor će funkcionisati. U suprotnom, javiće se tenzije.

Sociološke analize profesionalizam prikazuju kao normativni sistem vrednosti i kao ideologiju koja omogućava kontrolu, koji se javlja na svim nivoima – od makro (društvo, država, tržište), preko mezo (organizacije, institucije), do mikro nivoa (grupe i pojedinci). Pošto serazličito ispoljava i tumačizbog različitihkonceptata odgovornosti,profesionalizam ima još jedan element, a to je *pravni okvir* – koji nastaje tumačenjem sistema prava svake zemlje.

⁴ Profesije su uključene u sve aspekte čovekovog života– rođenje, obrazovanje, lečenje, ishrana, bezbednost, putovanja, zabava, sve do odlaska sa “ovog sveta” uključujući i “pregovore” sa “drugim svetom”.

⁵ Cruess, S., Cruess, R., “*Professionalism and Medicine’s Social Contract with Society*” *Medicine and Society*, *AMA Journal of Ethic*, Vol. 6, No 4, 2004. Izvor: <http://journalofethics.ama-assn.org/2004/04/>

Veruje se da je polet u razvoju američkog društva na kraju XIX veka rezultat, između ostalog, akumulirane moći pravnika, lekara, sveštenika, kasnije inženjera, univerzitetskih profesora, koji su "uzdržanim, odgovornim i časnim manirima dokazali da su dostojni naslednici "engleske elite".⁶ Na temelju svog osećanja moralne i javne odgovornosti stečene posebnim obrazovanjem, postali su izvor kolektivne moralne snage u javnom životu. Današnja generacija obrazovanih je usmerena ka ekspertskom profesionalizmu i "tehničkim" znanjima koja imaju cenu na tržištu po čemu se razlikuju, a ne po društvenom značaju posla koji rade. Ove promene imaju ozbiljne posledice po kvalitet javnog života, jer nestaju zastupnici netržišnih vrednosti koji predstavljaju protivtežu ideologiji biznisa i profita.⁷

Istorija je zabeležila i uspone i padove ugleda profesija, a kritike se odnose na različite posledice ili pretpostavke o uticaju procesa profesionalizacije, što je zavisilo od konkretnih povoda i opštih tokova razvoja društva. Ima shvatanja da je profesionalizacija dovela u pitanje integritet istočnoevropskog komunizma,⁸ da je "nusproizvod" obrazovnog sistema u Velikoj Britaniji posle Drugog svet-skog rata koji novim raslojavanjem stvara meritokratsku vladajuću klasu.⁹ Kada su nemački "profesionalci" podržali i služili Hitlerovom "Novom poretku", pokazali su kakve opasnosti krije politički uticaj, država i pozicija vlasti.¹⁰ Na drugom kraju sveta, nedovoljno akademski ispitan i interesantan primer Singapura pokazuje kako autoritarna vlast obrazovanjem i suzbijenom korupcijom obezbeđuje ekonomski prosperitet siromašne države,¹¹ ili kako različite rezultate postižu dve najmnoljudnije zemlje sveta, Kina i Indija. Ne govorimo o razlikama u akademskom diskursu, već o pluralizmu uslova razvoja, različitim konceptima upotrebe znanja i zaštite javnog interesa.

Znanje će imati sve veći uticaj na dalji razvoj društva. Osnova profesionalizma je pomerena ka ekspertskom znanju, ali se različito tumači etičnost i druga lična svojstva profesionalaca. Ima mišljenja da je svet sve više izložen tzv. tira-

⁶ Haber, S., *The Quest for Authority and Honor in the American Professions, 1750-1900*, University of Chicago Press, 1991.

⁷ Brint, S., *In an Age of Experts: The Changing Role of professionals in Politics and Public Life*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1994.

⁸ Đilas, M., *The New Class: An Analysis of the Communist System*, Praeger, New York, 1955.

⁹ Young, M., *The Rise of the Meritocracy, 1870-2033*, Thames and Hudson, London, 1958.

¹⁰ Jarausch, K.H., *The Unfree Professions: German lawyers, teachers and engineers, 1800-1950*, Oxford University Press, 1990.

¹¹ Haque, M.S., *Public Administration and Public Governance in Singapore*, in: Pan Suk Kim, ed., *Public Administration and Public Governance in ASEAN Member Countries and Korea*, Daeyoung Moonhwas Publishing Co, Seoul, 2009, pp. 246-271; Chandler, J. A., ed., *Comparative Public Administration*, Second edition, Routledge, London and New York, 2014. rr. 174-225.

niji eksperata, ali bi se pre moglo reći da su obrazovni, pravni i etički sistemi pred ozbiljnim izazovima. Profesionalizam, kao nosilac ne samo znanja nego i osećanja javne odgovornosti, potisnut je "ekspertskim" individualističkim shvatanjima u kojima dominira "privatna" svestpraktičara.¹² Zato se govori da profesionalizam nije više ono što je nekada bio.

Modernizacija je nesumnjivo ključna reč našeg doba, ali treba imati u vidu i njene negativne posledice. Smanjene potrebe za fizičkim radom ili "izumiranje" zanimanja i postepeni rast nezaposlenosti donosi ekonomske i socijalne probleme. S druge strane, nastaju nove delatnosti i zanimanja koji iz takvih odnosa nastaju, a samim tim i drugačije obrazovanje i shvatanje profesionalizma. Otvaraju se brojna ekonomska, bezbednosna, etička, kulturna, obrazovna, pravna pitanja. U tom kontekstu A. Kin (*Andrew Keen*) u delu "Kult Amatera" (*The Cult of the Amateur*) raspravlja da u vreme "vladavine" interneta i "pobede" amatera, ne samo da se menjaju kultura i ekonomija, nego su "gubitnici" i pripadnici onih zanimanja koji su se borili za profesionalni status u raznim oblastima usluga, maloprodaje, marketinga.¹³ I kod nas primećujemo "kontrakult profesionalaca", tihu pobunu protiv trivijalizacije, površnosti i zloupotreba na svim nivoima društvene i obrazovne aktivnosti.¹⁴

Ovde odvajamo interesno protivljenje svojevrsnoj demokratizaciji profesija od brige zbog ugrožavanja intelektualnog liderstva, iako se prepliću. Intelektualni elitizam, kao kritička misao o društvenim pojavama i procesima, oslobođena od uskih interesa i svrstavanja, dobija novu misiju i izazove u globalnom društvu.¹⁵ Neoliberalna ideologija podstiče borbu za resurse, tržište i profit, uz pomoć snažnih reklamnih kampanja za proizvode, usluge i političke ideje, uticaj medija i zabavne industrije. To stvaraju tzv. organski intelektualci A. Gramscija¹⁶ koje danas predvo-

¹² Po Brintu, na razvoj profesionalne kulture utiču: 1. poslovne usluge (finansijski, pravni i dr. korporativni stručnjaci), 2. primenjene nauke (inženjeri, geolozi i dr.), 3. nauka, kultura i komunikacije, 4. građanska regulatorna sfera (sudije, javni službenici, interesne grupe), 5. javne usluge (učitelji, medicinski dr. radnici). Negira shvatanje da su pripadniciklasičnih profesija **zagovaranjem neoliberalizma** uništili tradicionalne vrednosti u SAD i smatra da su tzv. profesionalci srednje klase (*middle-class professionals*) više liberalni nego „top-menadžeri“, sa tendencijom većeg konzervativizma.

¹³ Keen, A., *The Cult of the Amateur, How today's internet is killing our culture and assaulting our economy*, Nicholas Brealey, London, 2007.

¹⁴ O tome svedoči pojava "novih" univerziteta ("Džon Nezbit" i dr.), izumiranje onih institucija koje su proizvodile ili proizvode „duhovne invalide“. Sve su stroži kriterijumi za prijem na sve veći broj radnih mesta, iako je klijentelizam, korupcija i oportunističko ponašanje i dalje rašireno.

¹⁵ Up: Furedi, F., *Where Have All the Intellectuals Gone? Confronting 21st century philistinism*, Continuum, London, 2004.

¹⁶ Gramsci, A., *The Prison Notebooks: Selections*, trans. Quintin Hoare and Geoffrey Nowel-Smith, New York, International Publishers, 1971, pp. 4.

de različiti “pi ar menadžeri” licenciranih profesionalnih zvanja i sve češće sa akademskim titulama. U službi uže organizovanog i promenljivog interesa, oni svoje znanje, veštine, kreativnost i iskustvo koriste da utiču na ekonomiju, kulturu, pravni poredak, obrazac mišljenja – uvek u pokretu i stvaranju novog. Razlikuju se od tradicionalnih profesija (učitelj, sveštenik, lekar, pravnik) koje su generacijama, manje ili više, radile isto na istom mestu.”¹⁷ Danas je potrebna nova generacija prosvetitelja – kritičko ispitivanje moralnih vrednosti i ciljeva kojima znanje služi, kao osnove kontrole profesionalizma.

U sociološkoj literaturi se zagovara “novi” profesionalizam ili njegova “obnova” zbog prisustva u različitim radnim kontekstima. “Tvrdi” shvatanja govore o deprofesionalizaciji kaoposledici “marketizacije”, a ne o promenjenom profesionalizmu zbog čega se pojačava fokus na profesionalni razvoj onih koji rade u obrazovanju.¹⁸ Možda je to deo snage britanskog ili francuskog obrazovnog sistema, na kojima se dobrim delom zasniva u literaturi često citiran profesionalizam državnih službenika tih zemalja.

SPECIFIČNOSTI PROFESIONALIZMA U JAVNOJ UPRAVI

Profesionalizacija označava fazu razvoja moderne države u kojoj javna služba prestaje da bude privilegija i postaje zanimanje, javni službenik od laika postaje stručno osposobljen i prima odgovarajuću naknadu. Profesionalizam se tokom istorijskog razvoja manifestuje u skladu sa prirodom i promenama uloge javne uprave, odnosno države. Dakle, kao strukturni element organizacije javne uprave, profesionalizam ima i svoj dinamički vid u procesu *profesionalizacije*, u kome nastaju, razvijaju se i menjaju znanja, principi i vrednosti, odnosno pravne i etičke norme na kojima se zasniva obavljanje poslova i reguliše status javnih službenika. Nacionalni okvir tog procesa ima nadnacionalnu dimenziju usled razvoja integracionih procesa u kojima nastaju sistemi organizacija i institucija koji otvaraju novo polje delovanja, odnosno ciljeva, zadataka i metoda rada povezanih zajedničkim upravnim standardima.

¹⁷ Up: Edward W. Said, *Representations of the Intellectuals, The 1993 Reith Lectures*, Vintage Books, A Division of Random House, Inc, New York, 1993, pp. 4.

¹⁸ Videti: Hoyle, E., (2001) *Teaching: prestige, status and esteem*, Educational Management & Administration, 29 (2), rr. 139–152, Hoyle, E. and Wallace, M. (2005) *Educational Leadership: Ambiguity, Professionals and Managerialism* (London, Sage), Hoyle, E. and Wallace, M. (2007) *Educational reform: an ironic perspective*, Educational Management, Administration & Leadership, 35(1) rr. 9–25. Prema: Evans, L. *Professionalism, professionalism and the development of education professionals*, British Journal of Educational Studies, 56 (1), 2008, pp. 20-38. Izvor: <http://eprints.whiterose.ac.uk/4077/2/> (17. avgust 2015. godine)

Profesionalno izvršavanje upravnih poslova zahteva odgovarajuće znanje iz različitih oblasti koje se primarno stiče u sistemu obrazovanja – stručnost za obavljanje upravnih zadataka u vidu zanimanja kojim se obezbeđuje plata kao izvor materijalne egzistencije. Međutim, profesionalizam u javnoj upravi ima naglašenu vrednosnu dimenziju koja izvire iz svojstva javne uprave kao javne službe – *služenje javnom interesu uz zaštitu prava građana u demokratskom društvu*. Vrednosni aspekt ciljeva organizovanja i delovanja javne uprave predstavlja osnovu misije javne uprave i formirakriterijumepo kojima se određuje profesionalizam i sistem odgovornosti i kontrole, koji se značajno razlikuje od onih u privatnom sektoru.

Profesionalizam u javnoj upravi označava odnos javnog službenika prema ciljevima svog posla i organizacije, obuhvatasistem vrednosti i stavova koji čine “profesionalnu ideologiju” organizacije javne uprave u kojoj radi,¹⁹ što znači da svaka “podvrsta” javne službe, javnog službenika, ima i specifična profesionalna obeležja. Ona se sastoje, pored stručnog vršenja poslova i zadataka, u posebnoj *etici, kodeksu* ponašanja javnih službenika, kaoskupu vrednosti, normi i pravila koje su osnov individualnog i kolektivnog ponašanja i odnosa službenika prema tim vrednostima, normama i pravilima. “Višeslojni” aspekt profesionalizma ima prostornu i vremensku dimenziju u kojima se ispoljava normativno i praktično. Zavisno od vrednosti koje štiti, određuje se sadržaj profesionalizma i dinamika procesa profesionalizacije.

Profesionalizacija javne uprave u tranzicionim uslovima podrazumeva da se etika javne službe razvija u atmosferi pravde, transparentnosti, poštenja, nepristrasnosti, poverenja, što obezbeđuje legitimitet vlasti.²⁰ To uključuje slobodne i poštene izbore, nezavisno sudstvo, doslednu primenu pravila o sprečavanju sukoba interesa, suzbijanje i sprečavanje korupcije, slobodan rad nezavisnih kontrolnih organa i institucija civilnog društva, odgovarajuće plate javnih službenika. Javna uprava je deo političkog sistema i pod uticajem jepolitičke kulture u kojoj funkcioniše, da lise razvija integritet javne službe, odgovornost i prema zajednici i u poštovanju ljudskih prava,²¹ čoveka kao pojedinca, njegovih prava i sloboda u sve složenijoj mreži legitimnih interesa.

Civilizacijski razvoj proširuje krug ljudi koji su “društveno kvalifikovani” kao interesenti, ali uslovi saradnje i sukoba stvaraju razlike među njima. Konkurencija je poželjna u privrednim i drugim društvenim odnosima kada predstavlja

¹⁹ Up: Soh, S.M. *Police:Practices, Perspectives, Problems*, Boston, Allyn and Bacon, 1996, str. 84.

²⁰ Up: Kavran, D., *Javna uprava i etika*, Zbornik radova sa Savetovanja pravnika, Budva, 2006, str. 34.

²¹ “ ... materija koja verovatno predstavlja najveću pravnu tekovinu novog veka, modernog doba, i uopšte, prava u celokupnoj njegovoj istoriji – materija ljudskih prava.” Hasanbegović, J., *Topika i pravo*, Vojnoizdavački zavod, CID, Beograd, 2005, str. 415.

podsticaj koji vodi napretku, ali samo do one mere koja doprinosi opštem napretku društva i ne dovodi u pitanje prava i slobode slabijih. To je mesto gde počinje javni interes, potreba da su neki interesi društva kolektivni bez obzira na lični doprinos. Pomeranjem granica između javnog i privatnog usled promena u sve složenijem svetu raste značaj prava koji tu granicu određuje, ali i profesionalizma, odnosno znanja, etike i moralnih vrednosti zbog odgovornosti kod donošenja odluka, bez obzira da li se odnose na pojedinca ili su obavezne za lokalnu, nacionalnu ili širu zajednicu.

Etičnost javnih službenika je neodvojivi deo “dobre” uprave, u kojoj je politizacija svedena na meru koja obezbeđuje da institucije političkog sistema optimalno funkcionišu, a politički interesi ne ometaju zakonito i efikasno postizanje svrhe uprave. Polazeći od pozitivnog značenja Veberove pravno-racionalne birokratije (stručno obavljanje zadataka moderne države), profesionalizacija podrazumeva zapošljavanje službenika različitih struka primenom meritprincipa, a ne samo na osnovu politički kriterijuma, odnosno na osnovu kriterijuma koji određuju opšte-stručna i specifična znanja i sposobnosti potrebna za obavljanje zadataka radnog mesta.

To bi značilo da i tzv. politička imenovanja viših službenika, prisutna u svim upravnim sistemima za “prenos političke volje”, nisu lišena potrebe za profesionalizacijom, jer se putem znanja i sposobnosti uspešno i efikasno ostvaruje javna politika, a pravnim i etičkim normama sprečavaju koruptivna ponašanja. Na taj način napuštena ideja o vrednosno neutralnom službeniku koji “mehanički” obavlja svoj posao na osnovu “neutralnih kompetencija” ne ruši principe depolitizacije kojima se neutrališe štetnost *spoils* sistema (sistem plena). Izraz “odgovarajuće kompetencije” više bi odgovarao realnosti zbog činjenice da javnu politiku vodi demokratski izabrana politička opcija na vlasti, što bi trebalo da podrazumeva i visoke etičke standarde – uvažavanje potreba i interesa i građana i društva.²² Drugim rečima, depolitizacija je neophodna u meri koja ostavlja prostor za profesionalan rad, odnosno zakonito, tačno, efikasno, nepristrasno obavljanje upravnih poslova, uz jasan otklon od korupcije, što stvara uslove za uspešne razvojne tokove. Drugačija rešenja ne nalazimo u komparativnim iskustvima

Ubrzano sticanje znanja i legitimizacija interesa u društvu utiče na potrebu da se stalno povećava nivo znanja u celokupnom upravnom aparatu kako bi uspešno ostvarivao ciljeve svog organizovanja. U javnom interesu je da se znanje širi, jer se samo pomoću znanja mogu sprečiti neželjene posledice njegove primene. Znanje doprinosi pronalaženju metoda i načina ostvarivanja i zaštite javnog interesa, znanje je najbolja prevencija rizika. Otuda ne čudi što u grupu razvije-

²² Up: Peters, G., *The Politics of Bureaucracy*, 5th edition, Routledge, London, New York, 2001, pp. 87.

nih spadaju one zemlje koje imaju razvijen sistem obrazovanja i stručnog usavršavanja javnih službenika, sa visokim etičkim standardima, i to ne samo zemlje “zapadne demokratije”.

Brojni primeri u svetu pokazuju da je znanje ključ uspeha ili sigurniji put u budućnost, ne samorazvijeni hili “velikih” zemalja (Kina). Singapur je npr. za samo pola veka od sticanja nezavisnosti od siromašne “male” zemlje dospao u vrh svetske privrede, a ekonomski napredak dobrim delom duguje stvaranju visoko obrazovanih, kompetentnih i lojalnih, dobro plaćenih državnih službenika, sa praktično suzbijenom korupcijom. Može se ovde razviti rasprava o demokratskom kapacitetu političkog liderstva, ali stabilnost institucija političkog sistema, utvrđenih pravnim poretkom kao garant stabilnosti društvenog poretka, ne zavisi samo od represije, regulacije i redistribucije, već i od fleksibilnosti organizacije, pokretanja i prihvatanja promena, sposobnosti usklađivanja znanja, javne odgovornosti, potreba društva i lokalne kulture, što upravo, čini se, pokazuju primeri “autoritarnih azijskih zemalja”.²³

Ostvarivanje upravnih ciljeva formiranjem autonomnih organizacija koje se pod uticajem “novog javnog menadžmenta” i opšteg pokreta reformi krajem HH veka izlažu tržišnoj konkurenciji i merenju rezultata na principima privatno-vlastničke privrede (javna preduzeća, agencije, i sl.), ne sme da dovede u pitanje osećaj za granicu između privatnog i javnog interesa. Ne samo zato što ima ocena da reforme nisu dovele do smanjivanja javnih troškova i “jeftinije države”,²⁴ nego zato što država, odnosno javna uprava, ima druge važnije opšte društvene ciljeve osim efektivnosti u ekonomskom smislu.

Ovde se pre svega misli najavnu odgovornost, pravednost i poštenje u odnosima prema građanima, ili čvrstinu i izdržljivost u vanrednim situacijama koje su od opšteg interesa društva, kada tržišni kriterijumi praktično nemaju veći smisao. Javni interes zahteva činidbu koja se teško meri profitom kada je utkan u organiza-

²³ Analizom razvoja moderne države i uloge liberalno-demokratskih ideja, britanski ekonomisti J. Micklethwait i A. Wooldridge, izdavači časopisa *Economist*, upozoravaju da države tzv. zapadne demokratije ako se suštinski ne reformišu, autoritarni režimi poput onih u Aziji, uzimaju primat. Autori postavljaju tezu o „četvrtoj revoluciji“ u razvoju moderne države, polazeći od tri „revolucionarne“ ideje koje su oblikovale lidersku ulogu liberalno-demokratske države, počev od T. Hobsa, preko Dž. S. Mila i drugih zagovornika individualnih sloboda, do nastanka intervencionističke države. Stvorena „velika“ ali skupa država, danas je u krizi jer je izložena globalnoj konkurenciji gde inovativna rešenja pobeđuju. Dominaciju „velike“ države ugrožava nedostatak resursa za prava i slobode koje nije u stanju da zaštiti, a napredak društva postiže „pametna“ država, ulaganjem u znanje i nove tehnologije. Micklethwait, J., Wooldridge, A., *The Fourth Revolution, The Global Race to Reinvent the State*, Penguin Books, London, 2015.

²⁴ Nemeč, J., *The Public Finance Crisis: Can NPM Help?* in: *The Past, Present and the Future of Public Administration in Central and Eastern Europe*, NISPAcee Press, Bratislava, 2013, pp. 306-314.

ciona načela, prema njemu se oblikuje i profesionalna autonomija i etika. Motivacija za javnu službu je opšte dobro, a nagrada je plata. Stoga privatizacija upravnih delatnosti (zadataka države), koja predstavlja dalekosežnu i delom problematičnu promenu,²⁵ u tranzicionim uslovima i u nedostatku javnih sredstava može da ugrozi pravilno razumevanje primenenačela zakonitosti uzaštiti javnog interesa, ili praktično postizanje upravne efikasnosti i efektivnosti.

UTICAJ PROFESIONALIZMA NA RAZVOJ

Javnoj upravi treba "prići" iz ugla profesionalizma zbog očiglednog značaja znanja, obrazovanja i etike u obavljanju upravnih poslova. Iako je u našoj pravnoj literaturi puno pisano o pojmu i sadržaju rada javne i državne uprave, nemamo dužu tradiciju ni saglasnost oko sadržaja pojma javne uprave,²⁶ možda zbog "privrženosti" izrazu državna uprava izboga sistema prava kome pripadamo. U pogledu lokalne samouprave, tradicija lokalnog organizovanja obezbeđuje analitičku građu za sistematizaciju iskustva, ali smo praktično na početku razvoja lokalne samouprave u njenom modernom političko-ekonomskom i upravnom značenju. Ne treba zaboraviti da su naša iskustva još uvek vrlo skromna u gotovo svemu što čini modernu javnu upravu i lokalnu samoupravu – profesionalizam, transparentnost, racionalnost, lična odgovornost. Dodatne teškoće nosi tranzicija, munjevit razvoj u svetu i globalne krize, što utiče na ciljeve, strukturu i metode rada unutar celine sistema javne uprave.

U državama sa drugačijim razvojem upravnog prava od evro-kontinentalnih (SAD i dr.) javna upravave razvija u okviru discipline koja se definiše *putem države*, javnog interesa i legitimnosti vlasti, dok se evropski koncept izvodi iz *pojma države* i podrazumeva sistem u čijem centru je državna uprava koja radi na principima zakonitosti, odnosno legalnosti a ne legitimnosti. Otuda različita upravna kultura, organizacija i pristupi obrazovanju službenika.

U anglo-američkoj praksi su u većoj meri zastupljeni principi menadžmenta, dok evropska tradicija prava, kojoj mi pripadamo, odlučujuće utiče na pravom potpunije regulisanu organizaciju i funkcije državne administracije u kojoj uglavnom dominira pravničko obrazovanje ili se zahteva poznavanje prava zbog odgovornosti za upravnu delatnost, zakonitost, ostvarivanje prava i obaveza građana.²⁷

²⁵ Privatizacija je poželjna u privrednim i komercijalnim delatnostima u kojima tržište može doneti podsticaj, ali organizacija čija delatnost direktno pogađa javni interes ne sme svoje kontinuirano funkcionisanje i stabilnost dovesti u pitanje zbog tržišnih rizika. Slično: Pusić, E., *op. cit.*, str. 218.

²⁶ Kavran, D., *Koncepti javne uprave i javnog menadžmenta*, Pravni život, Časopis za pravnu teoriju i praksu, br. 7-8, Beograd, 2003, (str. 7-25), str. 8.

²⁷ Više o tome: Kavran, D., *Koncepti javne uprave i javnog menadžmenta*, *op.cit.*, str. 10-11.

Legalistička tradicija kontinentalnog sistema prava utiče i na značaj pravnog sistema i njegovih instrumenata, za razliku od anglo-američke koja se oslanja na fleksibilno pravo i precedente kao značajne izvore prava. Otuda i razlike u strukturi potrebnih stručnih i profesionalnih znanja i veština.

Javna i državna uprava serazlikuju po tome što je državna uprava uži pojam. Državna uprava obuhvata isključivo državne organe i organizacije određene zakonom, čija su pretežno upravna ovlašćenja takođe određena zakonom i razrađena podzakonskim aktima. Državna uprava se upoznaje preko upravnog zakonodavstva, ali njena pravna dimenzija nije dovoljna da se objasnerazvojni procesi, posebno u tranzicionom uslovima.

Napuštanje koncepta autoritarne države sa kontrolno-nadzornom državnom upravom označilo je razvoj javne uprave u demokratskim uslovima, kao novog koncepta vršenja izvršne vlasti, čija je podloga *uslužna, regulativna, organizatorska i izvršna* funkcija javne uprave. To podrazumeva političku samostalnost sve tri grane vlasti, koje su funkcionalno povezane u procesu pružanja usluga korisnicima na načelima zakonitosti, efikasnosti i profesionalizma. Stoga, u teorijskom smislu, javna uprava predstavlja složeno jedinstvo teorije, pravnih normi koje počivaju na demokratskim vrednostima, organizacionih i funkcionalnih instrumenata, upravnih postupaka i procedura.²⁸ Sledstveno tome, javna uprava se definiše kao “sistem organa, organizacija, tela i međuzavisan skup nadležnosti, poslova i zadataka, specifično povezan i vođen sa ciljem primene pravnih normi, organizacionih instrumenata, metoda upravljanja, procesa i procedura radi ispunjenja mandata izabrane vlasti, skupštine i njene vlade.”²⁹ Ovom definicijom su, u skladu sa razvojnom ulogom savremene demokratske države, obuhvaćeni svi aspekti javne uprave - normativni, funkcionalni, organizacioni, kadrovski i politički.³⁰

Normativni aspekt se odnosi na vladavinu prava, legalitet i obuhvata sistem pravnih akata čije norme izražavaju ciljeve i vrednosti, odnosno funkcije koje se vrše u javnom interesu. Organizacioni aspekt javne uprave uključuje skup instrumenata i inovativnih metoda koji su karakteristični za javni menadžment – formulisanje i primenu pravila u sferi izvršne vlasti, po čemu se bitno razlikuje od menadžmenta u privatnom sektoru. Kadrovski aspekt javne uprave se odnosi na ljude zaposlene u sistemu državne uprave i lokalne samouprave. Oni su, praktič-

²⁸ Prema: Kavran, D., *Koncepti javne uprave i javnog menadžmenta, op. cit.*, str. 15.

²⁹ Kavran, D., *Javna uprava, reforma, trening, efikasnost, op. cit.*, str. 62. Isto i: Kavran, D., *Koncepti javne uprave i javnog menadžmenta, op. cit.*, str. 21.

³⁰ Po autoru, ova definicija proističe iz delatnosti javne uprave, položaja u izvršnoj vlasti, uloge u sve tri grane vlasti, značaja u procesu izvršenja političkih odluka, specifične odgovornosti državnih službenika i drugih zaposlenih u procesu stvaranja složenih struktura, međusobnih odnosa i funkcija te složene profesionalne mašinerije.

no, oslonac celini sistema, jer poseduju znanja i veštine neophodne za obavljanje poslova javne uprave. Otuda i obrazovanje i stručno usavršavanje, uz dosledno negovanje principa profesionalizma i depolitizacije, opredeljuje meru kvaliteta javne uprave.

Profesionalna i efikasna javna uprava obezbeđuje uspešnu vlast i njen legitimitet, nezavisno od koncepta javne uprave. Vidi se po tome kako ekonomske probleme i krize nose razvijene zemlje, ili po napretku onih koje “neguju” znanje i razvijaju intelektualni kapacitet u javnoj upravi (Kina, Singapur, Južna Koreja). Uprava je centralni deo javnog sektora koji odlučujuće utiče na kvalitet političkih odluka, zakona i drugih propisa i njihovu primenu. Ekonomski slabije i tranzicione zemlje opterećuje onaj deo nasleđa koji potiskuje profesionalizam, stručnost, efikasnost, ličnu odgovornost, što se u Srbiji teško uklanja. Ceo proces je otežan i skoro neostvariv bez veće uloge i zaštite karijernih službenika, ljudi profesije, čije iskustvo u upravnoj delatnosti uz odgovarajuće obrazovanje, stručno usavršavanje i trening treba da služi ostvarivanju ciljeva javne uprave u složenim tranzicionim uslovima. Logiku legaliteta, demokratskog i institucionalnog razvoja pratilo gika profesionalizma, depolitizacije i odlučne borbe protiv korupcije.

PROFESIONALIZACIJA I RAZVOJ LOKALNE SAMOUPRAVE

Globalizacija i međunarodne integracije su promenile ulogu država u svetu, ali i položaj i funkcije lokalnih jedinica. Tzv. renesansu lokalnih vlasti ne treba da razumemo kao povratak “slaboj” državi i mogućim dezintegracionim tokovima zbog lošeg iskustva. Uzrok je bio u ideološkoj podlozi decentralizacije a suštinski centralističkoj vlasti kroz partijski vođenu i kontrolisanu nomenklaturu putem partijske hijerarhije. Nestankom integrativne snage te hijerarhije, raspao se i ceo sistem. Potrebna je politička i ekonomska racionalnost, javna odgovornost, razvoj profesionalizma, suzbijanje korupcije. U suprotnom, lokalna samouprava može postati utopija umesto da kao “demokratizacija demokratije” obezbeđuje pozicioniranje i države i lokalnih zajednica u ekonomskim i političkim odnosima na globalnom planu.

Izdvajamo osnovne karakteristike savremene lokalne samouprave: ona je poseban nivo javne vlasti sa demokratski izabranim organima, organizuje se na delovima državne teritorije, ima ustavom ili zakonom garantovan sopstveni delokrug poslova i nadležnosti, priznato svojstvo pravnog lica i svoju imovinu. Ustavnost i zakonitost odluka organa lokalnih jedinica kontroliše država, uz pravnu zaštitu samostalnosti. Ima shvatanja da se lokalna samouprava izdvaja u posebnu, tzv. četvr-

tu vlast u državi³¹ i podvlači se osobenost njenog prava.³² Otuda značaj profesionalizacije njen ekonomski, ali i demokratski razvoj, jer lokalna vlast nije manje autoritarna – samo zato što je lokalna. Lokalna samouprava je na pravi način vraćena u pravno-politički sistem Srbije Ustavom Republike Srbije iz 1990. godine kada je napušten jednopartijski sistem i koncept da je opština deo jedinstvenog sistema državno-partijske vlasti. Razvoj demokratskih institucija je bio otežan zbog razgradnje države, ratnih sukoba, centralizacije i postepene koncentracije političke i ekonomske moći u uskom krugu autoritarne vlasti, različitih oblika pritisaka i korupcije, čije se posledice i danas osećaju.

Ustavom SR Jugoslavije 1992. godine bilo je garantovano pravo na lokalnu samoupravu, ali nije bio određen titular tog prava a nepokretnosti i druga sredstva jedinice lokalne samouprave postale su državna svojina.³³ Posledice autoritarne vlasti i izolacionističke politike nesusamo razorene institucije, ekonomski iscrpljeno društvo i osiromašeni građani, nego i teškoće u razumevanju promena koje su se odvijale u okruženju i na svetskoj sceni.³⁴ Tranzicione ekonomske i političke reforme zahtevale su sistemski pristup, koordinaciju i širenje kruga učesnika koji razume aktuelne procese i podržava promene, kako bi se izbegao rizik da izostane bolje razumevanje ciljeva i potrebna podrška javnosti. Nije bilo spora da li trebaju reforme, ali ni konsenzusa u mandatu prve demokratski izabrane Vlade oko vizije budućnosti Srbije i redosleda koraka, zbog čega nije usvojen strateški dokument kojim je trebalo postaviti stabilne osnove za predstojeću upravnu reformu.³⁵ Iako je bio pripremljen na osnovu temeljne analize i poznavanja domaćih prilika, međunarodnih standarda i decenijskog iskustva drugih tranzicionih zemalja u pogledu izazova koji prete

³¹ Dimitrijević, P., Vučetić, D., *Sistem lokalne samouprave, Norma i proces*, Pravni fakultet, Niš, 2011.

³² “Propisi jedinica lokalne samouprave ne spadaju ni u državno ni u autonomno pravo, već su zasebna kategorija prava *sui generis*.” Milosavljević, B., *Sistem lokalne samouprave u Srbiji*, SKGO, Beograd, str. 69.

³³ Zakonom o sredstvima u svojini Republike Srbije iz 1995. godine jedinice lokalne samouprave su lišene imovinskih prava, a time i osnove za ekonomski razvoj i obavljanje inače skromnog kruga poslova.

³⁴ Informaciona tehnologija je i iz osnove menjala način funkcionisanja savremenog društva i države, postepeno ulazeći u sve sfere čovekovog života, nezavisno od toga da li se radi o demokratski i ekonomski razvijenim zemljama ili onim koje su ušle u proces tranzicije. Tokovi robe i kapitala se ubrzavaju, komunikacije i društvena interakcija su sve intenzivnije, interesi privatnog kapitala izmiču kontroli i interesima nacionalnih država. Svetsko tržište i globalna konkurencija menja ulogu države i javne uprave, modernizacija je uslov napretka. Borba za tržište i resurse utiče na međunarodne integracije, ali i rađa nove političke napetosti i sukobe.

³⁵ Pogledati: *Elementi Startegije upravne reforme u Srbiji*, u: Kavran, D., *Javna uprava, Reforma, Trening, Efikasnost, op. cit*, str. 267-302.

reformama,³⁶ izostala je spremnost ili sposobnost da se shvati njegov značaj za početak stvarnih promena u društvu i u javnoj upravi – za budućnost zasnovanu na profesionalizaciji, efikasnosti i odgovornosti učesnika. Bez iskrene političke podrške i odlučnosti odložene su reforme koje donose suštinske i održive promene. Javna uprava je i lider i nosilac promena u društvu, a ujedno mora da menja sebe. Zbog toga su depolitizacija, profesionalizacija, modernizacija i ulaganje u znanje apsolutni prioriteti bez kojih se teško otklanjaju, ili bar ublažavaju posledice politike koja je dobrim delom doprinela podelama u društvu koje su taložene i duže od jedne decenije. Odlaganje je samo produbilo razlike i jačalo nepoverenje između političkih aktera. Kasniji fokus na reformu državne uprave i tzv. legalistički pristup promenama, koje su u pojedinim oblastima odvojeno vođene i zbog koalicione podela vlasti, doveo je do otežane koordinacije, gubitka vizije celine, skromnog napretka, skupih ili neodrživih parcijalnih rešenja. Koalicione Vlade i podela interesnih sfera "krojenjem" ministarstava po željama partnera zanemarile su profesionalizaciju i depolitizaciju i doprinele razvoju partokratije.

Ambijent lokalne samouprave je od početka u centru tranzicionih procesa. Promenama se pristupalo i ekonomski i politički, ali se stiče utisak da ih je nosila inercija, bez jasne vizije, koordinacije i plana promena, jer su primeri dobre demokratske prakse zabeleženi kao neuspeli eksperimenti, npr. neposredan izbor gradonačelnika. Poveravanje poslova i nadležnostinije uvek bilo praćeno usklađivanjem sektorskih i sistemskih rešenja, niti ozbiljnijim razvojem lokalnih kapaciteta za njihovu primenu. Primeri dobre lokalne prakse su pokazali da su lokalne zajednice u stanju da se mobilišu radi sopstvenog razvoja, ali nedostaju sistemski rešenja koja podstiču i olakšavaju lokalnu participaciju i odgovornost, nezavisno od političkih opcija na vlasti ili ličnosti koje ih predstavljaju.

Bez obzira na stranu pomoć i iskustvo, izostala je šira, argumentovana i akademska rasprava o perspektivi i modelima razvoja lokalnih kapaciteta prilagođenih potrebama, uslovima, tradiciji i kulturi. Po tome se ne razlikujemo puno od zemalja s kojima imamo zajedničku prošlost, ali upravo različita iskustva Slovenije i Hrvatske pokazuju da lokalna samouprava ne treba da bude eksperimentalno polje ili talac vitalnih nacionalnih tema čiji je zajednički sadržalac decentralizacija, jer je osim političkih važan i njen ekonomski aspekt i potencijal. Uostalom, iskustvo Danske pokazuje da dobar rezultat može dati i radikalna reforma tradicionalno usitnjenih lokalnih zajednica.³⁷ Međutim, rasprava o modelima, dina-

³⁶ Korišćenje proverenog iskustva drugih zemalja velika je privilegija javne uprave, jer priroda iz razloga konkurencije na tržištu krije svoja rešenja. Slično: Kavran, D., *Evropski upravni prostor, reforma i obrazovanje državne uprave*, Pravni život, br. 9/2004, str. 1059-1075.

³⁷ Od početka HIH veka pa sve do 1970. godine Danska je imala više od 1300 gradskih i seoskih opština. Reformom od 1970. godine uvodi se monotipska lokalna samouprava i vrši teritori-

mici i efektima decentralizacije u Srbiji nije otvorena, već se drži na nivou stranačkog dnevno-političkog pitanja. Do sada je uloženo dosta sredstava i energije, a ostvareni napredak u institucionalnom razvoju i pravnim reformama ima skroman rezultat ako se posmatra vremenski horizont, propuštene prilike i postignuti efekti. Sistem lokalne samouprave nije suštinski izmenjen i pored dve zakonske intervencije. Zakon o lokalnoj samoupravi iz 2002. godine donet je u zatečenom ustavnom okviru, ali je sadržao rešenja u pravcu razvoja lokalnih institucija, decentralizacije, demokratiskog bića i ekonomske funkcije lokalne samouprave. Afirmacija političkog života na lokalnom nivou dovela je, međutim, do "partizacije" komunalnih pitanja, a u nekim sredinama i do blokade rada lokalnih organa i otežanog ostvarivanja lokalnih funkcija, umesto da se pokrene demokratski dijalog u cilju traženja rešenja koja su zajednički interes građana i privrede na određenom području. Taj paradoks je poslužio kao glavni argument da se već za sledeći izborni ciklus menjaju organizaciona i izborna pravila, ali nijezaustavljeno jačanje političkog i stranačkog uticaja na rad izvršnih organa i drugih lokalnih službi.

Zakon o lokalnoj samoupravi iz 2007. godine donet je u skladu sa Ustavom Republike Srbije iz 2006. godine kojim je Srbija konstituisana kao samostalna država. Talas promena se osećao sa manje ili više uspeha u pogledu stabilizacije izvora finansiranja, proširivanje poslova i nadležnosti, realizaciju programa izgradnje lokalnih kapaciteta pod uticajem članstva i podrške Saveta Evrope. To je ipak ostalo u senci nedoslednosti u sprovođenju reformi i borbe protiv korupcije, otežane primene brojnih zakona, što se negativno odrazilo na efekte decentralizacije i pojačalo dejstvo ekonomske krize. Loše izvedene ili neuspele privatizacije, rast nezaposlenosti i drugi problemi tranzicionog društva udružili su se sa prelivanjem posledica ekonomske krize i na lokalni milje. Sektor komunalnih usluga je pod velikom pritiskom, s jedne strane oskudnih sredstava uz funkcionalnu i organizacionu neefikasnost i neracionalnost, a s druge strane partijskih zapošljavanja koja su skoro izborila legitimitet, jer lokalnu upravu "nagrizala" nejasan pravni status lokalnih službenika, slabosti sistema nadzora, kontrole i odgovornosti, slab uticaj institucija civilnog društva.

Organizaciona samostalnost jedinica lokalne samouprave dovela je do toga da ima sredina u kojima je skoro pravilo da sa stranačkim promenama u lokal-

jalna reorganizacija u kojoj se formira 275 opština i 14 okruga, a nadležnosti opštine su proširene. Tokom 2007. godine sprovedena je nova reforma, ukinuti su okruzi i zamenjeni sa 5 regiona, broj opština je smanjen na 98. Moglo bi se reći da je u Danskoj poslednjih godina, kao i u većini članica EU, na određeni način stalno stanje reforme u cilju podizanja efikasnosti sistema lokalne samouprave, podsticanja lokalnog ekonomskog razvoja i kvalitetnog pružanja javnih usluga. Videti: *The Danish Local Government System*, Local Government Denmark (LGDK), 2009. Izvor: <http://www.kl.dk/> (6. juni 2015. godine)

noj vlasti dolaze organizacione i kadrovske promene u upravi, krojene po meri koalicionih aranžmana, partijske "berze rada" i evidencija nezaposlenih, bez obzira na stvarne potrebe lokalne uprave i javnih službi, potrebnu stručnost i iskustvo, pravnu kakvu-takvu formu zapošljavanja ili sticanja zvanja. Tako nastaju nepotrebni troškovi i diskontinuitet poslova, a nesigurnost zaposlenih i zavisnost od stranaka na vlasti jača zapošljavanjem "na određeno vreme" i za one poslove i zadatke koji imaju kontinuitet trajanja.

Odsustvo odgovornosti za racionalno organizovanje lokalnih poslova, kao i kriterijuma za selekciju kadrova i zapošljavanje, neuređenost prava, obaveza, odgovornosti i pravne zaštite zaposlenih, čak i kada je u pitanju sudska zaštita, doprinosi opštoj nestabilnosti, pojavama nepotizma i korupcije. Niskom nivou funkcionalnog kapaciteta lokalne uprave delom doprinosi i nekontrolisano bujanje obrazovnih profila i zvanja nejasne koristi na tržištu znanja, a prilivu novih kadrova ne prethodi provera znanja, sposobnosti i veština potrebnih za specifičnosti upravnih poslova i odgovornosti rukovodilaca. Stručno usavršavanje je zanemareno, svodi se na fakultativnu ili jednokratnu obuku povodom uvođenja informacione tehnologije ili primene propisa u oblasti javnih nabavki, poreza, budžetskog sistema, i dr. koji se često menjaju.

Lokalni službenici su realni izvršioци, u ime države ili lokalne zajednice, brojnih i raznovrsnih upravnih i drugih stručnih poslova koji se stalno umnožavaju. Uspešne promene podrazumevaju stvaranje ambijenta u kome je omogućen lokalni ekonomski razvoj i obezbeđena zaštita prava građana. Građani danas sve više znaju i očekuju od uprave brže i kvalitetnije usluge, znanje i stručnost, efikasnost i poštovanje. Načelo zakonitosti nije samo formalno-pravno pitanje, već uz doslednu primenu prava i etičkih standarda uključuje i efikasno sprovođenje politike sadržane i u centralnim iu lokalnim propisima, što treba da organizuju lokalni službenici i javni menadžeri sa svojim znanjima, veštinama i sposobnostima.

Reforme nisu ni lake ni jednostavne bez obzira na potrebe i nivo ekonomskog razvoja. Ali, sve veće razlike između razvijenih zemalja i onih koje teško drže korak s promenama pokazuju cenu nerazumevanja ili neuspešnih reformi. Reforme ne daju uvek željene rezultate, ne samo zbog problema političke podrške, otpora promenama, straha od decentralizacije ili neizvesnosti da li će one doneti bolja rešenja, već što su politički procesi unutar svakog društva rezultat istorijskog razvoja i aktuelnog balansa između interesnih grupa. Ne smemo dozvoliti da bas savlada "umor od reformi", nemamo pravo na defetizam. Pošto imamo iskustva sa rezultatima reformi koje se svode na reorganizacije, smanjenje broja organa i organizacija i zaposlenih u njima, došlo je vreme da "probamo" sa ulaganjem u znanje i stručno usavršavanje, profesionalni i etički razvoj. Ako se to organizuje kao dvostran proces, može biti održivo rešenje za stalne neizvesnosti i krize: pozitivno pro-

menjena organizacija utiče na pojedinca, i obrnuto. Profesionalizam, odgovornost i društvena pravda, kao opšti principi sistema vrednosti, "idu pod ruku" sa principom legaliteta, odnosno pravne države.³⁸

ZAKLJUČAK

Raznim oblicimalokalne međunarodne saradnje rešavaju se brojna pitanja na međunarodnom planu, jer se tako bolje i brže reaguje na probleme, koji su, na određeni način, uvek lokalnog karaktera. Sistem lokalne samouprave, kao institucionalni oslonac, predstavlja dodatni resurs za izazove koje donosi budućnost, zbog čega razvoj lokalnih kapaciteta ima stratešku ulogu.

Imamo u vidu da društveni pokreti nisu lokalnog karaktera, niti se na lokalnom nivou donose odluke o bitnim pitanjima ljudske egzistencije. Lokalne zajednice treba samo da optimalno funkcionišu u novim odnosima – u sklopu širih celina da se staraju o specifičnim lokalnim interesima, a uloga države je da podstiče lokalne razvojne inicijative. Lokalne napore treba usmeriti na podizanje kvaliteta lokalnih javnih usluga u promenljivom okruženju, a zajednički sa državom da se obezbede pravne i institucionalne osnove za održivu profesionalizaciju javnih službi." Takvo preplitanje centralnog i lokalnog, u odgovoru na globalno, čini se glavnim šansom da se u razvijenom svetu zauzme svoje mesto..." (Pusić).

Uz razvoj lokalnog službeničkog sistema na principima službeničkog prava, neophodan je organizovani pristup i institucionalizacija obrazovanja i stručnog usavršavanja kadrova. Razvoj službeničke etike i profesionalizam predstavljaju standarde "dobre uprave" bez kojih danas nema racionalne i efikasne državne uprave i lokalne samouprave. Institucionalna kriza i "selektivna" implementacija prava, korupcija i neodgovornost zahtevaju jačanje nadzora, ali i "indukovanu samokontrolu" javnih službenika i drugih zvaničnika. Kako je već rečeno, "Da se ne desi da pravimo državu koju niko ne može da prepozna." (Kavran)

ZORICA UROŠEVIĆ, LL.M.,
City Administration of Novi Sad

PUBLIC ADMINISTRATION AND LOCAL SELF-GOVERNMENT PROFESSIONALIZATION: CONCEPTUAL AND LEGAL FRAMEWORK

Summary

This article is based on the wider analysis on the professionalization of public administration in the transition circumstances. In the view of the importance of the local capacities with regard

³⁸ Slično: Kavran, D., *Koncepti javne uprave i javnog menadžmenta, op. cit.*, str. 25.

to economic and political relations, it is focused on the issues that are the base of professionalism – knowledge, ethics and law.

Internationally, many questions are being answered by the forms of local cooperation and partnerships, aimed to effectively and efficiently solve the problems which are, seemingly, in some way always local. The local self-government system, as an institutional support, represents an additional resource for the economic development and solutions for future challenges. It appears that the development of local capacities has a strategic role.

It is well known that social movements are not local, neither the substantial decisions about the human existence are being made locally. Local communities only have to optimize performances in the new relationships – to take care of the specific local interests in international environment. The government's role is to encourage and support the local initiatives. Local efforts have to be directed towards raising the quality of the local public services to be continuously well adapted to the ever-changing environment, while the central government, along with local, has to provide legal and institutional framework for the sustainable professionalization of local administration. "That central - local synergy, as answer to global, seems to be the main opportunity to take the place in today's developed world." (Pusic)

Professionalism and the ethics of civil service are the standards of good administration, based on public values and law. Thus, it is of main importance to develop a proper legal framework of local servants status and to provide permanent education and training of employees. Institutional crisis and "selective" law implementation, corruption and irresponsibility require supervision strengthening, as well as "induced self-control" of public servants and officials. As it has already been said "To prevent forming a state that nobody will recognize." (Kavran)

LJUBODRAG PLJAKIĆ

DISKRECIONA OVLAŠĆENJA U UPRAVNIM AKTIMA NARODNE BANKE SRBIJE U VRŠENJU KONTROLNE FUNKCIJE NAD POSLOVNIM BANKAMA

U V O D

U vremenu u kome živimo skoro svakodnevno čujemo da će se lica, koja se bave određenim društvenim poslovima, u svom radu zalagati za pravnu državu i vladavinu prava. Ovakve izjave zahtevaju nužno, objašnjenja da bi se shvatio njihov potpuni smisao, imajući u vidu da “nepravna” država ne postoji. Pozivanje na pravnu državu ima smisla samo ako se pod tim pojmom podrazumeva promena u praksi vladavine prava koja će u sebi podrazumevati podvođenje ponašanja, kako pojedinaca, tako i organa i organizacija, usvojenim pravnim normama. U suprotnom, pozivanje na pravnu državu ima značaj govorne poštapalice koja u sebi krije marketinške ciljeve i u končanom ishodu obesmišljava ljudskom rodu prirodni dar da razumom usklađuje poštovanje međuljudskih odnosa.

ZNAČAJ NAČELA U ZAKONU O OPŠTEM UPRAVNOM POSTUPKU

Funkcije pravne države, predstavljene na izloženi način, različito se ispoljavaju. Ustav Republike Srbije, u članu 136., predviđa da je državna uprava samostalna vezana Ustavom i zakonom, a za svoj rad odgovara Vladi. Poslove državne uprave obavljaju ministarstva i drugi organi državne uprave određeni zakonom. U

Ljubodrag Pljakić, sudija Vrhovnog kasacionog suda u penziji.

čl. 137. stav 3. Ustava je predviđeno da se javna ovlašćenja mogu zakonom poveriti i preduzećima, ustanovama, organizacijama i pojedincima, a i posebnim organima preko kojih se ostvaruje regulatorna funkcija u pojedinim oblastima i delatnostima. Kada odlučuju u upravnim stvarima organi državne uprave primenjuju Zakon o opštem upravnom postupku, kao procesni, u daljem tekstu: ZUP. Kao retko koji procesni zakon, ZUP u osnovnim odredbama sadrži 13 osnovnih načela, jednako važnih, koja otklanjaju dileme u primeni njegovih procesnih normi.

Načelo zakonitosti i slobodna (diskreciona) ocena

ZUP u članu 5. stav 1. predviđa da “organi koji postupaju u upravnim stvarima rešavaju na osnovu zakona i drugih propisa”. To bi bio i osnovni smisao ovog načela onako kako se i od građana doživljava. Primena zakona i drugih propisa obavezuje organe kada odlučuju o pravima građana i pravnih lica.

“Akt organa uprave koji je donet bez ovlašćenja iz zakona ili na zakonu zasnovanom propisu, nije opšti akt (propis), pa se s pozivom na takav akt ne mogu donositi rešenja u upravnom postupku.”¹

“Ako se u upravnom postupku stranci utvrđuje kakva obaveza ona mora biti propisom izričito predviđena. Utvrđivanje obaveze stranci analognom primenom propisa protivno je načelu zakonitosti.”²

Meru i domašaj za primenu načela zakonitosti nalazimo uz istovremenu analizu sledećeg načela iz člana 6. ZUP-a – Zaštite prava građana i javnog interesa. Prema tom načelu “pri vođenju postupka rešavanja u upravnim stvarima, organi su dužni da strankama omogućе da što lakše ostvare svoja prava i pravne interese, vodeći računa da ostvarivanje njihovih prava i pravnih interesa ne bude na štetu prava i pravnih interesa drugih lica, niti u suprotnosti sa zakonom utvrđenim javnim interesima.” Dakle, princip zakonitosti u radu upravnih organa je obezbeđen samo u situaciji kada je stranci omogućeno da što lakše ostvari svoja prava kada takvo ostvarivanje prava nije na štetu prava i pravnih interesa drugih lica i nije u suprotnosti sa zakonom utvrđenim javnim interesom. Te tri reperne tačke za odlučivanje u upravnim stvarima predstavljaju okvir u kome se prostire polje zakonitosti. Van njega, prelazi se na klizavi teren nezakonitosti!

“Ako organ uprave svojim rešenjem odbije zahtev stranke, a da je prethodno nije upozorio da predmetno pravo može ostvariti u drugom postupku, sud će u upravnom sporu poništiti takvo rešenje.”³

¹ Vrhovni sud Srbije UP-724/69 od 27.11.1969. god.

² VSS UVP-119/79 od 22.02.1980. god.

³ VSS U-1263/71 od 05.05.1971. god.

Prilikom odlučivanja u upravnom postupku upravni organi odlučuju i po slobodnoj oceni (Zakon o državnim službenicima, Zakon o policiji, Zakon o Narodnoj banci Srbije...). Vrlo često se takvo odlučivanje razume kao princip u radu kod koga sama ocena nije ničim ograničena. Takvom shvatanju, godinama unazad je doprinosila i sama administracija lošim odnosom prema građanima o čemu su pisali ugledni srpski satiričari.

Autor želi da naglasi da se smisao principa zakonitosti ne iscrpljuje samo rešavanjem na osnovu zakona i drugih propisa. U samim temeljima ovog načela, kao njegov izraz, je odlučivanje po slobodnoj oceni.⁴ ZUP u članu 5. stav 2. predviđa da “u upravnim stvarima u kojima je organ zakonom ovlašćen da rešava po slobodnoj oceni, rešenje se mora doneti u granicama ovlašćenja i u skladu sa ciljem u kome je ovlašćenje dato.” “Slobodna ocena kod sistema uprave koji počiva na načelu legaliteta, ne može se shvatiti kao ničim ograničeno postupanje, već se radi o takvom postupanju koje se rukovodi načelom celishodnosti i koje mora da proizlazi iz izvesne određene situacije koju kao činjenično utvrđenje mora ustanoviti upravni organ kome je dato pravo diskrecione ocene.”⁵

Uslovi za rešavanje po slobodnoj oceni

Tri su uslova za donošenje rešenja po slobodnoj oceni u upravnom postupku. Prvi uslov je da je organ zakonom ovlašćen da rešava po slobodnoj oceni. Ovaj zahtev je i najdublji izraz načela zakonitosti bez koga se ne može govoriti o ostala dva. Rešenje doneto po slobodnoj oceni ne sme da izlazi iz okvira datog ovlašćenja (drugi uslov), i mora da bude u skladu sa ciljem u kome je ovlašćenje dato (treći uslov). ZUP u odredbi člana 199. stav 3. i 4. upravo govori kako treba da izgleda obrazloženje rešenja doneto po slobodnoj oceni.

“Da bi moglo da se utvrdi da li je organ pri korišćenju datog mu ovlašćenja za rešavanje po slobodnoj oceni ostao u granicama datog ovlašćenja i da li ga je iskoristio u skladu sa ciljem zbog kojeg mu je isto dato, obaveza je prema članu 209. stav 3. ZUP-a (ranija numeracija: prim. autora) da to pokaže kroz obrazloženje svog rešenja.”⁶

Dve vrste obrazloženja rešenja

Obrazloženja rešenja doneta po slobodnoj oceni razlikuju se po tome da li je organ u zakonu kojim je ovlašćen da donese takvo rešenje, istovremeno ovla-

⁴ Lj. Pljakić – Rešavanje po slobodnoj oceni – izraz načela zakonitosti, Pravni informator 11/2003.

⁵ Savezni sud UŽ. 765/53 od 11.07.1953. god.

⁶ VSS U. 1230/65 od 08.04.1966. god.

šćen i da ne navodi razloge kojima se rukovodio prilikom rešavanja. U rešenju donetom po slobodnoj oceni, pored podataka koja sadrže i druga rešenja, obrazloženje rešenja mora da sadrži propis koji ga ovlašćuje da tako odluči i da izloži razloge kojima se pri donošenju rešenja rukovodio. Kada je zakonom izričito predviđeno da se u javnom interesu ne moraju navesti razlozi za donošenje rešenja, onda će oni izostati, ali je obaveza organa da se pozove na propis koji ga na takvo odlučivanje ovlašćuje. Ovakvo obrazloženje se daje kod donošenja rešenja o odbijanju zahteva za promet oružja zbog razloga bezbednosti i odbrane Republike. U svakom slučaju, i kod rešenja kod kojih organ nije dužan da navede razloge za donošenje, u obrazloženju se moraju utvrditi odlučne činjenice.

“Diskreciona ocena je suptilna i delikatna tehnika dozirano stvaralačke primene javnog prava, posebno česta u domenu upravne regulative. Ona je jedan od neophodnih ventila zakonodavstva i pravne prakse, fini spoj između izgrađivanja i oživotvorenja pravne supstance, ali i most akta i fakta.”⁷

Mogućnost vođenja upravnog spora

Ocena zakonitosti rešenja donetih u upravnom postupku po slobodnoj oceni ne iscrpljuje se samo kroz žalbeni postupak kod drugostepenog organa. Odredbom člana 24. stav 1. tačka 5. Zakona o upravnim sporovima – u daljem tekstu: ZUS, predviđen je jedan od razloga za vođenje upravnog spora i ako je “u aktu koji je donet po slobodnoj oceni, organ prekoračio granice zakonskog ovlašćenja ili ako takav akt nije donet u skladu sa ciljem u kome je ovlašćenje dato.”

Sud u upravnom sporu ne može da ceni koja bi, od mogućih varijanti, u primeni propisa bila celishodnija. Takvo ovlašćenje ima samo drugostepeni organ iz činjenice da je upravni postupak (prvostepeni i drugostepeni) jedinstven. Ali, sud je dužan da ukaže ukoliko odlučne činjenice za primenu prava kod diskrecione ocene nisu pravilno i potpuno utvrđene.

...”To postupanje koje prethodi diskrecionoj oceni podleže pravilima (legalitet) i može se ocenjivati i u upravnom sporu”...⁸

“Ispitivanje da li je rešenje na osnovu slobodne ocene doneto u skladu sa ciljem u kome je ovlašćenje za rešavanje po slobodnoj oceni dato, predstavlja ocenu zakonitosti tog rešenja.”⁹

Konačno, treba reći da je, na osnovu člana 43. Stav 2. ZUS-a isključeno odlučivanje kod Suda u sporu pune jurisdikcije, ukoliko je predmet Upravnog spo-

⁷ Prof. Dr. Zoran R. Tomić – Diskreciona ocena u upravnom pravu, Bilten VSS 3/2006.

⁸ Savezni sud UŽ-765/53 od 11.07.1953. god.

⁹ Vrhovni sud NRS U. 2716/58 od 04.02.1959. god.

ra upravni akt donet po diskrecionoj oceni, a ta mogućnost je predviđena Zakonom o NBS. Završavajući pitanje principa kod odlučivanja po slobodnoj oceni, reći ćemo da su ovlašćenja za ovakvo odlučivanje prepoznatljiva u oba procesna zakona: u ZUP-u i u ZUS-u: preduzimanje radnje bez punomoćja – “može, ako nema sumnje”, “može isključiti javnu raspravu”, “može sam raspraviti prethodno pitanje”, “organ može ranije rešenje poništiti, ili ukinuti”, “može i samo delimično”, a u upravnom sporu “sud može rešiti stvar i bez spisa”, “sud može rešiti da se održi usmena rasprava...”. Za razliku od prepoznatljivog diskrecionog ovlašćenja “može”, zakonski termin “organ će” i “sud će” ne stavlja mogućnost diskrecije, već obavezuje.

MERODAVNO PRAVO ZA NALAGANJE MERA U VRŠENJU KONTROLNO-NADZORNE FUNKCIJE

Prelazeći u ovom referatu sa terena opštijeg ka posebnom, ukazaćemo na propise koji su od značaja za primenu ovlašćenja Narodne banke Srbije – u daljem tekstu: NBS, u poslovima kontrole poslovnih banaka.

To su pre svega ovlašćenja iz Zakona o Narodnoj banci Srbije,¹⁰ a potom iz Zakona o bankama,¹¹ u daljem tekstu: ZOB:

– Članom 2. stav 2. Zakona o NBS je predviđeno da je NBS samostalna i nezavisna u okviru funkcija utvrđenih ovim i drugim zakonima, podleže nadzoru Narodne skupštine i njoj je odgovorna za rad;

– Člana 3. stav 1. Zakona je predviđeno da je osnovni cilj NBS postizanje i održavanje stabilnosti cena, a nedovodeći u pitanje osnovnog cilja, doprinosi očuvanju i jačanju stabilnosti finansijskog sistema (st. 2) i podržava sprovođenje ekonomske politike Vlade, poslujući u skladu sa načelima tržišne privrede (st. 3);

– Odredbom člana 4. tačka 1. je predviđeno da NBS “utvrđuje i sprovodi monetarnu i deviznu politiku, tačkom 3. se predviđa da NBS utvrđuje i sprovodi aktivnosti i mere radi očuvanja i jačanja stabilnosti finansijskog sistema;

– Tačkom 4. da “izdaje i oduzima bankama dozvole za rad, vrši kontrolu boniteta i zakonitosti poslovanja banaka i obavlja druge poslove u skladu sa zakonom kojim se uređuju banke;

– Tačkom 9. “uređuje, kontroliše i unapređuje nesmetano funkcionisanje platnog prometa u zemlji i sa inostranstvom;

– Odredbom člana 6. je propisano da NBS ima statut koji potvrđuje Narodna Skupština;

¹⁰ “Službeni glasnik RS”, br. 72/03...76/012.

¹¹ “Službeni glasnik RS”, br. 107/05, 91/010.

– Članom 8. je propisano da u sastavu NBS, sa obavezama i odgovornostima utvrđenim ovim zakonom i Statutom posluje specijalizovana organizacija: NBS – Zavod za izradu novčanica i kovanog novca;

– Odredbom člana 8a je predviđeno da u okviru NBS, za obavljanje funkcija iz člana 4. stav 1. tačka 4. - 7. ovog zakona, obrazuje se Uprava za nadzor nad finansijskim institucijama, a finansijskim institucijama se smatraju lica koja obavljaju delatnosti iz člana 4. tačka 4. - 7. Zakona;

– Članom 9. Zakona je predviđeno da NBS rukovodi Guverner NBS;

– Odredbom člana 12. je predviđeno da su organi NBS Izvršni odbor, Guverner i Savet guvernera;

– Odredbom člana 15. Zakona je predviđeno da Izvršni odbor, na predlog Uprave za nadzor donosi propise u oblasti kontrolne i nadzorne funkcije kod finansijskih institucija, a takođe, po istoj proceduri “rešenjem odlučuje o davanju i oduzimanju finansijskim institucijama dozvole za rad, odnosno obavljanje delatnosti (ovo rešenje potpisuje Guverner – stav 3.);

– Članom 18. stav 1. tačka 3. je predviđeno da Guverner donosi propise, opšte i pojedinačne akte iz nadležnosti NBS koji zakonom nisu stavljeni u nadležnost Izvršnog odbora i Saveta;

– Odredbom člana 21a stav 1. tačka 1 - 4. je predviđeno da Uprava za nadzor obavlja poslove kontrole i nadzora iz člana 4. tačka 1. - 7. ovog zakona nad finansijskim institucijama, donosi pojedinačne akte u oblasti nadzora nad finansijskim institucijama osim akata iz člana 15. ovog zakona, *predlaže* Izvršnom odboru donošenje propisa i pojedinačnih akata iz člana 15. ovog zakona i nalaže i preduzima mere kojima se uređuje poslovanje finansijskih institucija;

– Odredbom člana 24. stav 2. je predviđeno da je Uprava za nadzor dužna da najmanje jednom u tri meseca Savetu dostavi izveštaj o izdavanju i oduzimanju dozvola iz člana 15. ovog zakona i o nadzoru nad finansijskim institucijama;

– Odredbom člana 34. tačka 8., između ostalih ovlašćenja NBS iz ove odredbe, predviđeno je da NBS, u okviru mera utvrđivanja i sprovođenja monetarne i devizne politike, utvrđuje i mere za održavanje likvidnosti banaka;

– Prethodna odredba je bliže razrađena kroz tri uslova iz člana 42. Zakona;

– U Glavi IV Zakona, odredbama člana 63. i 64. su predviđena ovlašćenja NBS da izdaje i oduzima dozvole za rad i preko Uprave za nadzor da vrši nadzor nad finansijskim institucijama, a u vršenju nadzora da ima pravo uvida u poslovne knjige i drugu dokumentaciju finansijskih institucija;

– U članu 66. Zakona je predviđeno diskreciono ovlašćenje NBS da može banci, na njen zahtev, dati ovlašćenje za obavljanje platnog prometa sa inostranstvom, a može i oduzeti to ovlašćenje;

– U članu 86v je predviđen jedini izuzetak iz Zakona o upravnim sporovima da u upravnom sporu protiv akta NBS sud ne može rešiti stvar u sporu pune jurisdikcije;

– Od značaja za ovaj referat su i odredbe Zakona o bankama koji banku definiše kao akcionarsko društvo sa sedištem u Srbiji, koja ima dozvolu za rad NBS i obavlja depozitne i kreditne poslove;

– Članom 9. ZOB je predviđeno da NBS vrši kontrolu boniteta i zakonitosti poslovanja banaka pri čemu primenjuje Zakon o opštem upravnom postupku, a protiv rešenja NBS, koje je konačno, može se voditi upravni spor u kome takođe, postoji ograničenje da sud ne može da odluči u sporu pune jurisdikcije;

– Za odnos NBS i poslovne banke je značajna odredba člana 61. o dostavljanju i objavljivanju godišnjih finansijskih izveštaja sa izveštajem spoljnog revizora;

– Odredbom člana 73. stav 1. ZOB je predviđeno da je Upravni odbor banke odgovoran da poslovanje banke u skladu sa zakonom, propisima i aktima NBS... Takođe, članom 73. stav 3. tačka 9. je predviđeno da Upravni odbor nadzire rad Izvršnog odbora banke, a stavom 14. da Upravni odbor usvaja tromesečne izveštaje izvršnog odobra banke o poslovanju banke i Skupštini podnosi godišnji izveštaj na usvajanje;

– Kontrolna funkcija i ovlašćenje NBS u njenom vršenju predviđena su u Glavi V ZOB, član 94. - 128.;

– Kontrola boniteta i zakonitost poslovanja banaka sa diskrecionim ovlašćenjem su predviđeni u članu 102. ZOB;

– Mere koje NBS preduzima u vršenju kontrole su predviđene u članu 112. ZOB - 5 vrsta mera: upućivanje pismene opomene, nalogodavnog pisma, može izreći mere za otklanjanje utvrđenih nepravilnosti, uvesti prinudnu upravu i oduzeti dozvolu za rad;

– U članu 113. su predviđene novčane kazne koje se izriču banci, članu Upravnog ili Izvršnog odobra nezavisno od mera iz člana 112. ZOB: u odnosu na banku od 1% - 5% propisanog novčanog dela osnivačkog kapitala banke, a članu Upravnog ili Izvršnog odbora novčanu kaznu koja ne može biti manja od jedne zarade ni veća od zbira 12 zarada koje su ta lica primala u periodu do dana donošenja tog rešenja uz kriterijume iz člana 120. ovog zakona;

– U članu 118. ZOB je predviđeno diskreciono ovlašćenje NBS za nalaganje razrešenja člana Upravnog ili Izvršnog odbora, a u članu 120. je izričito predviđeno diskreciono ovlašćenje NBS za preduzimanje mera uz kriterijume za ocenu težine nepravilnosti i stepena ugrožavanja finansijske discipline;

– U Glavi VI su jasno označeni razlozi za prestanak rada banke.

NALAGANJE MERA, POSTUPAK, IZRICANJE MERA,
VRŠENJE DISKRECIONOG OVLAŠĆENJA

Odavno je rečeno da su procesni zakoni i procesne odredbe u materijalnim zakonima demokratija postupanja i u upravnom i u sudskim postupcima. I zaista, omogućavanje stranci da učestvuje u postupku i da se kroz raspravljanje izjašnjava o svim činjenicama značajnim za odlučivanje u odnosnoj pravnoj stvari, predstavlja izraz jednog od osnovnih načela ZUP-a koji se tiče saslušanja stranke u kome je sadržano i načelo poštovanja dostojanstva stranke na kome se sve više insistira u savremenom pravu.

U vršenju kontrolne funkcije NBS prema bankama, primenjuju se odredbe ZUP-a i procesne odredbe u dva citirana materijalna zakona. To znači da se u vršenju kontrole primenjuje poseban ispitni postupak koji je pravilo po ZUP-u dok je skraćeni postupak izuzetak i primenjuje se samo u četiri zakonom predviđena slučaja. Učešće banke tokom postupka kontrole nije samo puko sagledavanje, saglašavanje ili neslaganje sa nalazima o zatečenom stanju. Ono je i više od toga: davanje što potpunijih odgovora na postavljena pitanja službenog lica, traženje razjašnjenja, nuđenje dokaza za svoje navode rečju, sve ono što predstavlja obavezu lica koje obavlja kontrolnu funkciju (da omogući stranci da se što potpunije izjasi u postupku o svim navodima značajnim za odlučivanje) predstavlja istovremeno, pravo stranke u postupku. Ako je ono povređeno, to mora da bude odgovarajuće sankcionisano kroz sudsku kontrolu donetog akta.

Odmah ćemo reći: postoje dva ispitna postupka koji se odvojeno vode u vršenju kontrolne funkcije. Jedan je postupak kontrole i vršenja u kome se ispituje mogućnost nalaganja mera koje se najčešće i donose, a drugi, opet, ispitni postupak pre donošenja rešenja o oduzimanju dozvole za rad banke. Ne može NBS na razlozima nedovoljne proverljivosti izrečenih mera (u procesnom i materijalnom smislu), automatski, bez saslušanja stranke, donositi rešenje sa najtežim posledicama, a da prethodno nije proverila (u posebnom ispitnom postupku) da li su one zaista i izvršene. Takav pristup usmerava (pogrešno) na zaključak da se veruje samostalnom i nezavisnom organu koji za svoj rad odgovara Skupštini.

Naravno, da takvo zakonsko utemeljenje pravnog statusa NBS ne oslobađa je zakonitosti u vođenju postupka u cilju utvrđivanja i provere načela istine. Penalni karakter izrečenih mera NBS (on je takav po svojoj pravnoj prirodi u evropskom pravu kao kod mera zaštite konkurencije; prim. autora) još više upućuje na poštovanje prava stranke u postupku.

Koji su principi kojima mora da se rukovodi NBS u postupcima vršenja nadzora nad bankom?

Već smo detaljno govorili o primeni načela saslušanja stranke i njenih osnovnih prava u postupku.

Doneto rešenje NBS ne sme da sadrži jednostrane, neobrazložene i kroz detaljno izjašnjenje stranke neproverene konstatacije. Nemačko savremeno upravno sudstvo intervenciju upravnog sudstva u takvim situacijama naziva “zaštitom stranke od sopstvene države predstavljenu kroz demokratsku postupku”, što je uostalom i sadržina pojma upravne stvari.

NBS, kao donosilac upravnog akta ne sme da povredi načelo pravičnog vođenja upravnog postupka i dobre uprave sadržanih u rezoluciji i Preporuci.¹²

– Da upravni organi ne sprovode nikakvu drugu svrhu sem one za koju mu je to ovlašćenje dato,

– Da poštuje objektivnosti i nepristrasnost uzimajući u obzir samo faktore relevantne za konkretan slučaj,

– Da se pridržava načela jednakosti pred zakonom time što izbegava nepravilnu diskriminaciju,

– Da održava odgovarajuću ravnotežu između eventualnih negativnih efekata koje bi njegova odluka mogla da ima na prava, slobode i interese lica i svrhe kojoj teži,

– Da donosi odluku u roku koji je razuman s obzirom na stvar o kojoj se radi,

– Da primenjuje opšte upravne smernice na dosledan način uzimajući istovremeno u obzir konkretne okolnosti svakog slučaja,

– Da sve opšte upravne smernice kojima se rukovodi prilikom vršenja diskrecionih ovlašćenja objavljuje, saopštava na odgovarajući način i u meri u kojoj je to neophodno dotičnom licu na njegov zahtev bilo pre ili nakon preduzimanja radnje koja se njega tiče,

– Da prilikom vršenja nekog diskrecionog ovlašćenja odstupa od opšte upravne smernice na takav način da to štetno utiče na prava, slobode ili interese lica o kome se radi, to lice obaveštava o razlozima za tu odluku što se čini navođenjem razloga u aktu ili saopštavanjem tih razloga dotičnom licu pismenim putem u razumnom vremenskom roku.

Sledeće pravilo postupanja NBS u vršenju nadzora je postupnost u izricanju mera i vođenje računa o adekvatnoj meri nalaganja. To je zapravo, suština načela 6. stav 3. ZUP-a i načela izvršnog upravnog postupka iz člana 263. ZUP-a “da kada se prema stranci nalaže jedna od mogućih mera, odrediće se ona koja najmanje vređa prava stranke, a da se istovremeno postiže cilj i svrha nalaganja”. Organ o tome mora da iznese jasne i proverljive razloge.

¹² Rezolucija Komiteta ministra Saveta Evrope (77) Zakon o zaštiti pojedinaca u odnosu na akte uprave od 28.09.1977. god. i Preporuka Komiteta ministra Saveta Evrope R (80) o vršenju diskrecionih ovlašćenja od strane upravnih organa od 11.03.1980. god.

Dakle, ako zakon predviđa da je moguća mera za izricanje u postupku nadzora oduzimanje dozvole za rad (kao peta mera po redosledu), onda razlozi takvog rešenja (noseći stubovi u građevinarstvu; prim. autora) nužno moraju da sadrže utvrđenje da li su pre tog rešenja nalagane neke druge mere od prethodnih četiri i kakav je njihov učinak. Pri svemu tome, ne mali značaj ocene zakonitosti rešenja NBS u upravnom sporu imaju stavovi Uprave za nadzor o stanju poslovanja banke i njenom značaju za klijente.

Autor želi posebno da naglasi da se najteža mera nalazi u odeljku Zakona koji se odnosi na oduzimanje dozvole. Ako se ova mera predviđa kao mogućnost eto, onda diskrecionog ovlašćenja NBS koje zahteva posebno obrazloženje. Ozbiljno ukazivanje govori da je u članu 24. Stav 1. Tačka 5. ZUS-a kao razlog za pokretanje upravnog spora predviđeno i ako "je u aktu koji je donet po slobodnoj oceni, organ prekoračio granice zakonskog ovlašćenja ili ako takav akt nije donet u skladu sa ciljem u kojem je ovlašćenje dato". Autor je uverenja da odlučivanje organa na osnovu diskrecionog ovlašćenja, po svojoj kreativnosti, uveliko nadilazi značaj direktne primene zakonske norme. U praksi, generalno uzev, nije tako. Diskreciono ovlašćenje se koristi sa pozicija skrivene arogancije "pravo je u meni". Donosilac akta prilikom odlučivanja po slobodnoj oceni iz zakonskog ovlašćenja, isto kao kod obrazlaganja rešenja, mora unapred da prepozna cilj zbog koga mu je ovlašćenje dato.

Šta predstavlja cilj zbog koga je dato ovlašćenje NBS da u poslovima kontrole odlučuje po slobodnoj oceni? Cilj je svakako, sadržan u značenju termina "banka" – čl. 2. st. 1. – praćenje depozitnih i kreditnih poslova, bonitet, sigurnost klijenata. U tome se i prepoznaje zaštita pravnih interesa korisnika i njihova vera i savesnost da uđu u poslovni odnos baš sa određenom bankom.

Dokle seže diskreciono ovlašćenje iz upravnog postupka? Do konačnosti rešenja. Pošto se radi o donošenju rešenja u jednom stepenu u ovoj materiji (žalba je isključena, direktno se ide na sudsku zaštitu u upravnom sporu), diskreciono rešavanje se donetim rešenjem okončava. Sud ne može da preuzme diskreciono rešavanje organa, ali će uvek poništiti doneto rešenje ukoliko ne sadrži potpune razloge kojima se organ rukovodio pri njegovom donošenju.

Sudska zaštita, tužilac u upravnom sporu

Doneta rešenja imaju karakter izvršnih upravnih akata, a kontrola njihove zakonitosti se vrši podnošenjem tužbe Upravnom sudu. ZUS-om nije predviđena žalba protiv donetih odluka, budući da Zakonom o uređenju sudova nije predviđen sud koji bi po žalbi odlučivao. Ipak, u ovoj materiji je dozvoljeno vanredno pravno sredstvo. – Zahtev za preispitivanje odluke Upravnog suda, na osnovu čla-

na 49. stav 2. tačka 3. ZUS-a. Zakonodavac je tom odredbom hteo da dvostepenošću postupak u upravnom sporu nadomesti nedostatak dvostepenosti u upravnom postupku. Zahtev se podnosi neposredno Vrhovnom kasacionom sudu (često se greši, jer pogrešno podnet zahtev Upravnom sudu može dovesti do odbačaja zahteva kao neblagovremenog). Za fizička lica Zahtev uvek podnosi advokat.

Stav je autora da je ovakva zaštita od dve sudske instance mnogo delotvornija od dvostepenog odlučivanja u upravnom postupku plus Upravni sud kao jedina sudska instanca. Tako će biti, nadamo se do skorog formiranja dvostepenog upravnog sudstva.

Ko je aktivno legitimisan za podnošenje tužbe u upravnom sporu protiv donetog rešenja NBS? Konačnošću, te time i izvršnošću donetog rešenja NBS prestaju ovlašćenja nadležnih organa banke, a tako i ovlašćenje zastupanja. Ona prelaze na likvidacionog upravnika Agenciju za osiguranje depozita. Da li će Agencija podneti tužbu za poništaj rešenja NBS? Naravno da neće, jer nema pravni interes, ona samo treba da sprovede likvidacioni postupak.

Autor smatra da akcionari banke imaju neposredni pravni interes za podnošenje tužbe u upravnom sporu, koji rezultira iz njihovog pravnog položaja. Svoj pravni stav autor zasniva i na Odluci Ustavnog suda¹³ kojom je utvrđeno da su rešenjem Vrhovnog suda Srbije U. 6868/07 od 17.12.2008. godine podnosiocu ustavne žalbe povređena prava na pravično suđenje i na pravno sredstvo i poništeno je rešenje VSS kojim je odbačena kao nedzvoljena tužba akcionara u postupku protiv Komisije za hartije od vrednosti.

Iako je Odluka Ustavnog suda doneta u drugoj materiji, u njoj je utvrđen pravni položaj akcionara:

“Ustavni sud ukazuje i na to da se postojanje na zakonu zasnovanog interesa ocenjuje polazeći od materijalno-pravnog propisa, a da je dodatni uslov za tužilačku aktivnu legitimaciju subjektivna ocena lica koje podnosi tužbu da mu je povređeno neko pravo ili pravni interes. Iz toga sledi da je zadatak nadležnog suda da oceni da li je zaista takva povreda učinjena, a da se tužba može odbaciti zbog nedostatka aktivne legitimacije samo u slučaju da je na prvi pogled jasno da se upravnim aktom ili njegovim nedonošenjem ne dira u pravo tužioca ili u njegov na zakonu zasnovani interes, pod kojim treba razumeti promenu subjektivne pravne situacije tužioca do koje dolazi posredno rešavanjem o pravu ili obavezi druge stranke u višestranačkim upravnim stvarima”.

Zaista, suštinska stvar od značaj za legitimaciju akcionara za tužbu u upravnom sporu je iskazan stav u Odluci Ustavnog suda da se donošenjem rešenja NBS o oduzimanju dozvole za rad banke subjektivna pravna situacija akcionara ned-

¹³ UŽ. 1182/09 od 24.11.2011. god.

vosmisleno menja o čemu bi dalja obrazlaganja umanjila nivo pisanja ovog referata. Nepostojanje aktivne legitimacije lica da ospori zakonitost donetog rešenja u upravno – sudskom postupku bi obesmisllilo upućujuću normu iz donetog rešenja o mogućnosti vođenja upravnog spora!

PRIMERI IZ SUDSKE PRAKSE

U predmetu kod Upravnog suda¹⁴ Sud je doneo rešenje o obustavljanju postupka. Naime, podnetom tužbom tužilac je tražio da se poništi rešenje tužene kojim mu je, kao članu Upravnog odbora U. banke, izrečena novčana kazna u iznosu od 804.922,77 dinara, jer nije preduzeo sve potrebne radnje na dokapitalizaciji banke. Rešenje je doneo u primeni navedenog člana 113. ZOB.

U odgovoru na tužbu, tužena je obavestila Sud da je novim rešenjem poništala osporeno rešenje i to novo rešenje je dostavljeno tužiocu (moguće je da tuženi, po dobijanju tužbe, ako uvažava sve zahteve iz tužbe, sam poništi osporeno rešenje iz razloga iz kojih bi sud mogao poništiti takvo rešenje – čl. 251. ZUP-a).

Sud je, po pravilima postupka, pozvao tužioca da se izjasni da li i dalje ostaje kod tužbe ili tužbu proširuje na novi akt uz upozorenje da će postupak obustaviti ukoliko se ne izjasni, nalazeći da je na taj način zadovoljan donetim rešenjem.

Tužilac se, kao što to najčešće biva, nije oglasio budući da je zadovoljan poništajem rešenja osporenog tužbom i donetog novog rešenja na osnovu citiranog člana 251. ZUP-a. Takođe, po tužbi u upravnom sporu kojom je osporeno rešenje tužene kojim je tužiocu kao članu Upravnog odbora U. banke izrečena novčana kazna u iznosu od 5.873.609,53 dinara sud je doneo rešenje kojim se postupak obustavlja.¹⁵ Po prijemu tužbe, tuženi organ je obavestio Sud da je poništio sam osporeno rešenje (takođe ova mogućnost je predviđena kao u prethodnom primeru, na osnovu člana 251. ZUP-a).

Sud je takođe, po predviđenoj proceduri obavestio tužioca sa nalogom da se izjasni da li je zadovoljan novim rešenjem ili tužbu proširuje i na novi akt, pa je tužilac obavestio Sud da je zadovoljan novim aktom zbog čega je Sud postupak obustavio. Napominjemo da je primena člana 251. ZUP-a poseban vid samokontrole tuženih organa koji, povodom podnete tužbe, nalaze da postoje razlozi da im Sud poništi doneto rešenje, pa ga sami poništavaju prihvatajući da su doneli nezakonito rešenje i bez ocene suda.

Kod istog Suda, u toku je postupak¹⁶ po tužbi tužilje radi poništaja rešenja tužene kojim rešenjem je tužena izrekla novčanu kaznu tužilji, kao članu Uprav-

¹⁴ 15 U. 2616/15 od 18.06.2015. god.

¹⁵ 26 U. 3659/15 od 04.06.2015. god.

¹⁶ U. 3813/015

nog odbora SB a.d. u iznosu 6.115.129,00 dinara (oko 50.000 evra!), zbog učinjenih nepravilnosti opet sa pozivom u uvodu rešenja na odredbu člana 113. ZOB koja odredba se nezavisno primenjuje od pet mera iz prethodnog člana 112. istog zakona.

Odluka Suda nije doneta do pisanja ovog referata. Navešćemo neke od razloga iz podnete tužbe za koje smatramo da je stranka u pravu, a koji razlozi se tiču suštine ovog referata. U odnosu na bitne povrede postupka, analizom donetog rešenja, vidi se da je u uvodu rešenja donosilac Uprava kao organizaciona jedinica u sastavu NBS, sa potpisom direktora Uprave, umesto da pored pečata NBS stoji potpis Guvernera (član 18. stav 1. tačka 3. Zakona o NBS) ili lica koje on ovlasti, s tim da ovlašćenje stoji u uvodu rešenja. Sledeća bitna povreda kao osnov za primenu člana 28. stav 1. ZUS-a (poništenje akta u prethodnom postupku) je u tome da dispozitiv rešenja nije u skladu sa članom 198. ZUS-a.

Pravna priroda rešenja kojim se izriče novčana kazna je penalnog karaktera. Ovaj pravni stav o kaznenoj prirodi izrečene mere je poznat u domaćoj upravno-sudskoj praksi, kao i u evropskoj praksi zaštite konkurencije. To praktično znači da su u dispozitivu donetog rešenja morale da budu navedene nepravilnosti koje se tužilji stavljaju na teret i zbog kojih se ona kažnjava. Ima više razloga za ovaj stav: identitet predmeta zbog mogućih budućih rešenja, omogućava se ocena zastarelosti izricanja mere... Rešenje penalnog karaktera koje ne sadrži radnju izvršenja zbog koje se kazna izriče je neizvršivo.

Bitna povreda se tiče i procesnog položaja tužilje. Ona ima položaj stranke iz člana 39. ZUP-a jer je lice "protiv koga se vodi postupak". Kako nije bilo uslova za skraćeni postupak, u odnosu na tužilju je morao da se vodi poseban ispitni postupak iz člana 132. ZUP-a sa pravima tužilje iz člana 133. istog zakona. U obrazloženju rešenja stoji da je tuženi organ sva izjašnjenja u vezi ovog predmeta tražio od poslovne banke, a da je ona, navodno, o svemu obavestavala tužilju. Na taj način je povređeno načelo neposrednosti i saslušanja stranke (član 9. ZUP-a), načelo istine (član 8.) i načelo ocene dokaza (član 10). Navedene bitne povrede ukazuju i da je činjenično stanje pogrešno utvrđeno, što je od značaja za pravilnu primenu materijalnog prava, iz same činjenice da je procesna građa utvrđivana preko banke, a ne neposredno u prisustvu tužilje. Poslovanje banaka je podložno kontroli NBS preko raznih izveštaja, dnevnih, nedeljnih, dekadnih, mesečnih, godišnjih, o čemu su u obrazloženju morali da postoje razlozi. Morale su da se imaju u vidu i nadležnosti i njihova razgraničenja između Upravnog i Nadzornog odbora.

U primeni materijalnog prava morali su da budu dati razlozi u odnosu na svakog člana Upravnog odbora Banke. Odgovornost nije smela da se podiže na nivo objektivne odgovornosti. Uslov za izricanje kazni je subjektivna odgovornost

– postojanje krivice lica kao ličnog odnosa prema predmetu i događaju. Posebno je pitanje (tema ovog referata) korišćenje diskrecionog ovlašćenja prilikom donošenja rešenja. U rešenju je morao da bude definisan cilj zbog koga je dato ovlašćenje za diskreciono postupanje. Takav cilj se u rešenju ne prepoznaje.

Tuženi je pravilno citirao odredbu člana 113. stav 2. ZOB o visini kazne koja se izriče, ali je pogrešno protumačio. Naime, kazna se izriče u odnosu na primanja koja član Upravnog odbora ima vršeci tu funkciju. To je krajnje logičan stav koji ne treba posebno obrazlagati. Zato začuđujuće izgledaju razlozi da je tuženi organ tražio od Uprave javnih prihoda visinu prihoda koje tužilja ostvaruje u obavljanju samostalne delatnosti preko privatne firme, što je bila visina osnovice za izricanje kazne! Ako bi to zaista bio princip, niko se ne bi prihvatao članstva u Upravnom i Nadzornom odboru. Kao da je u pitanju primena Zakona o sticanju imovine krivičnim delom!

*
* *
*

Ovaj rad je na zadatu temu pripreman u nešto dužem periodu. Obuhvata principe odlučivanja na osnovu diskrecione ocene u načelu, sa posebnim osvrtom na diskreciona ovlašćenja NBS prema poslovnim bankama, sa primerima upravne i sudske prakse.

Umesto zaključaka na koje je u datoj analizi jasno ukazano, autor se zalaže da svako službeno lice koje u upravnom postupku odlučuje o pojedinačnim pravima i obavezama fizičkih i pravnih lica, na radnom stolu uvek ima primerak Rezolucije Komiteta ministara Saveta Evrope... i Preporuku Komiteta ministara Saveta Evrope... o načelima pravičnog vođenja upravnog postupka i dobre uprave. Na taj način bilo bi više potvrđenih rešenja u upravnom sporu, a stranke efikasnije ostvarivale svoja prava i pravne interese.

LJUBODRAG PLJAKIĆ
Judge, Supreme Court of Appeals, retired

DISCRETIONARY POWERS IN ADMINISTRATIVE ACTS
OF THE NATIONAL BANK OF SERBIA WITH THE PERFORMANCE
OF THE CONTROL FUNCTION OVER COMMERCIAL BANKS

Summary

The paper deals with issues of resolving in the administrative procedure on the basis of discretionary powers, especially in the relation between the control-supervisory function of the Na-

tional Bank of Serbia and the commercial banks. It expounds the principles of decision-making in all matters in which authorities are legally authorized to resolve at their own discretion. This issue has been studied in the legal theory for a long time and through legal attitudes of our highest courts the quotation of which completes the given topic, especially by the importance of enrichment of the administrative jurisdiction. Therefore the author expects with right that the expounded legal attitudes and critical thoughts will contribute to quality solutions in the administrative procedure and the courts' judgements on the assessment of legality of passed acts.

*BORČE DAVITKOVSKI,
ANA PAVLOVSKA-DANEVA,
IVANA SHUMANOVSKA-SPASOVSKA,
ELENA DAVITKOVSKA*

THE DECISIONS OF THE ADMINISTRATIVE COURT OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA AND THEIR LATEST APPLICATION BY THE ADMINISTRATIVE AUTHORITIES

THE PILLARS OF QUALITY AND EFFICIENT JUDICIAL CONTROL OVER THE ADMINISTRATION

The judiciary control over the administration in the Republic of Macedonia is one of the forms of conducting an external control.¹ Depending on the case of control, the subjects of control and the controls authority, meaning the sanctions and the measures that the courts can issue on the controlled subject, this judiciary

Dr Borče Davitkovski, professor at University of Ss. Cyril and Methodius, Faculty of Law Iustinianus Primus.

Dr Ana Pavlovska-Daneva, professor at University of Ss. Cyril and Methodius, Faculty of Law Iustinianus Primus.

Dr Ivana Shumanovska-Spasovska, Ass professor at University of Ss. Cyril and Methodius, Faculty of Law Iustinianus Primus.

Dr Elena Davitkovska, Ass professor at University of Ss. Cyril and Methodius, Economic Institute.

¹ When we are talking about external control over the administration firstly we think of the control which is conducted by a representative body in particular the Ombudsman of the Republic of Macedonia, control of the public opinion and the judiciary control. Unlike the internal control which is conducted by administrative authorities or between administrative bodies.

control can be conducted by the Court – of – First – Instance – of Skopje – Skopje 1, Court – of – First – Instance – of Skopje – Skopje 2, the Administrative Court and the Supreme Court of the Republic of Macedonia. In particular, labor disputes or disputes over material and criminal liability of officers take place by way of civil or criminal litigation, if implemented control over general acts of the administration responsible for its implementation is the Constitutional Court of the Republic of Macedonia, while control over concrete, final administrative acts is the Administrative Court. The Appellate courts and the Supreme Administrative court are second degree courts which decided on the ordinary filed legal remedy, and that is the appeal in the judiciary procedure, however the Supreme court of the Republic of Macedonia mainly decides on extraordinary legal remedies.²

In this paper, we will focus on the characteristics of administrative and judicial control over the administration, and as basic features of this type of control can be specified:

A) Administrative and judicial control is exercised in a special administrative procedure. The rules of conduct and deciding in this procedure are regulated in a special Law on Administrative Disputes which in the Republic of Macedonia was first adopted in 2006 and modified in 2010.³

B) The procedure is carried out by a specialized court to handle administrative disputes, and as a first instance is the administrative court and the Supreme Administrative Court as a second instance. These courts are functionally and organizationally independent from the administrative organs, in meaning the controlled subject, which corresponds with the principle of separation of the powers;

C) in respect of the parties participating in this process it is characteristic that always sued in the administrative dispute is state body or public body that has authority to make final administrative acts against which the law allowed conducting administrative proceedings.

D) Subject to control is always final administrative act or act against which the party can no longer use a regular legal remedy in administrative proceedings or it is already used. It is usually the second instance decision that ended the first instance administrative procedure or decision against which according to the material regulations an appeal is not allowed, but it can be challenged in a lawsuit with the Administrative Court. Subject to administrative and judicial control can be “silence of administration” as a separate institute in the administrative pro-

² Specifically see also: N.Grizo, S. Gelevski, B.Davitkovski, A.Pavlovska-Daneva, Administrative Law, Skopje, 2011, str. 249.

³ Law on Administrative Disputes, Official Gazette of the Republic of Macedonia no. 62 / 2006 and Law Amending the Law on Administrative Disputes, Official Gazette no. 150 of 18.11.2010.

cedure in which the administrative body does not respond to the party's request or the appeal within the legally defined term, and therefore there is a presumption that a negative act is adopted and the party is ensured protection of the right to administrative and judicial proceedings. In positive enumeration to determine the subject of administrative proceedings, in the Law on Administrative Disputes is listed and an assessment of the legality of individual acts issued in electoral procedure, amongst administrative disputes the court decides for a dispute arising from the implementation and enforcement of the provisions of concession agreements, procurement contracts that are of public interest and for each contract in which one of the parties is a state body, an organization with public authorities, public enterprises, municipalities and the City of Skopje concluded public interest or performing public service (administrative contracts) the court decides when the Second Instance against individual administrative act, has not provided legal protection and legality of administrative acts issued in misdemeanor proceedings.⁴ But also in administrative proceedings may be required and the return of seized items and compensation for the damages inflicted to the plaintiff by the enforcement of the act contested.⁵

D) The court's decision with which is decided on the legality of the challenged administrative act or the powers of the Court as an arbiter is also a special feature of the administrative and judicial control. Namely, if the court accepts the claim in a dispute of legality means that the court has the authority to annul the administrative act and return the case for retrial in front of an administrative authority. In case, the court decided to bring a decision *in meritum* or to resolve the dispute in full jurisdiction it implies that the court's decision shall replace the contested administrative act and the administrative body is obliged within the deadline set by law to act on the decision.

The abovementioned features of the administrative judicial control are bringing about few expectations of it. Firstly, it is expected that the administrative judicial control is exercised in a lawful, objective and transparent manner. Secondly, the procedure should equally protect the public interest and the interests of the parties. Thirdly, the court decision should be based on properly established objective state, no matter whether it will be determined in the administrative proceedings, or the court shall decide to present evidence on its own. On the other hand, for the party not only is important to adopt a lawful decision, but it is just as important to make it "in time" or in "a reasonable time" and be executed within

⁴ Article 2 of the Law on Administrative Disputes, Official Gazette of the Republic of Macedonia no. 62/2006.

⁵ Article 11 of the Law on Administrative Disputes, Official Gazette of the Republic of Macedonia no. 62/2006.

specified time limit. This is the only way in which the party will have confidence that the administrative courts are providing quality and efficient protection of their rights and interests. This means that in its operation the Administrative and the Supreme Administrative Court shall take all measures possible to use all its capacities, human (human resources), material (financial, spatial), technical (equipment, technology, communication) and cooperation between institutions, in order to achieve its primary purpose of existence, and that is a guarantee and provision of efficient and effective independent administrative and judicial protection of the lawfulness of the administrative acts. This reinforces not only repressive but also preventive and advisory role of these courts in relation to the administrative bodies. That is, to transparently and effectively remove the unlawful acts of the legal system and the citizens would be able to exercise their rights and interests in a timely manner.

After all, efficiency, accuracy and the need for specialized solving of administrative disputes were part of the reasons for the establishment of the Administrative Court. However, the statistical data from the Reports of the Administrative Court do not show that such efficiency has been accomplished. In that sense, according to the Report on the work of the Administrative Court in 2011, during 2011, in the Administrative Court were established 11867 cases on different grounds, so taking into account the 13866's unresolved cases from the previous reporting year and 7 wrongly recorded cases during 2011, a total of 25 726 cases were in the court, of which 9746 were resolved and 15980 cases remained unresolved.⁶ According to the performance report of the Administrative Court in 2012, in 2012, the Administrative Court established 14 675 cases on different grounds, so taking into account the 15 980 pending cases from the previous reporting year, and 64 wrongly recorded cases in 2012, a total of 30591 cases were in the Court, of which 16363 are resolved and 14228 cases remain unresolved.⁷ According to the performance report of the Administrative Court in 2013, during 2013, in the Administrative Court were established 12754 cases on different grounds, so having in regard the 14 228 pending cases from the previous reporting year, and 69 wrongly recorded cases, and 92 reestablished cases again during 2013, a total of 27005 cases were in court, of which 14544 have been solved and 12461 cases remained unresolved.⁸ According to the performance report of the Administrative Court in 2014, in 2014, the Administrative Court were established 13585 cases on different grounds, so taking into account the 12461 pending

⁶ Annual Report on the work of the Administrative Court in 2011, www.uskopje.com.mk

⁷ Annual Report on the work of the Administrative Court in 2012, www.uskopje.com.mk

⁸ Annual Report on the work of the Administrative Court in 2013, www.uskopje.com.mk

cases from the previous reporting year, and 68 cases recorded incorrectly, and 160 reestablished cases during 2014, a total of 26138 cases were in court, of which 15395 are resolved and 10743 cases remain unresolved.⁹ According to the report on the operations of the Higher Administrative Court in 2012, in 2012, in the Higher Administrative Court were formed 1750 cases on different grounds, so taking into account the 5 unresolved cases from the previous reporting year, during 2012 in total there were 1755 cases in the Court, of which 1715 were resolved and 40 remained unresolved cases of which 37 cases were administratively returned.¹⁰ According to the report on the operations of the Higher Administrative Court in 2013, in 2013, the Higher Administrative Court formed 1982 cases on different grounds, so taking into account the 40 unsolved cases from the previous reporting year, a total of 2022 cases were in Court, of which 1935 were resolved and 87 cases remained unresolved.¹¹ According to the report on the operations of the Higher Administrative Court in 2014, in 2014, the Higher Administrative Court established 3948 cases on different grounds, so taking into account the 87 unsolved cases from the previous reporting year, in 2014 a total of 4035 cases were in Court, of which 3953 were resolved and 82 cases remained unresolved.¹² These data put into question the justification for the establishment of a specialized (and another two stages) administrative judiciary in the country, because comparative indicators show that citizens are facing the same unwanted circumstances in the conduct of administrative disputes, as at that time they were led before the administrative unit in the Supreme court.

Efficiency and quality of the exercise of administrative proceedings is inevitably determined by the personnel or human resources capacity of the administrative courts. Specifically, it depends on the expertise, professionalism, objectivity and independence of judges in the resolution of administrative disputes and the conditions under which they work. For example, here would be included the financial, technical and technological conditions. What should be paid special attention to correlative relationship between the increase in the number of cases and number of judges and judicial officers. When it comes to the decisions of the Administrative Court it is our position that, despite seeming opposite from the separation of powers principle, the decisions *in meritum* are the only way that the

⁹ Annual Report on the work of the Administrative Court in 2014, www.usskopje.com.mk

¹⁰ Annual Report on the work of the Higher Administrative Court in 2012, www.vusskopje.com.mk

¹¹ Annual Report on the work of the Higher Administrative Court for year 2013, www.vusskopje.com.mk

¹² Annual Report on the work of the Higher Administrative Court for year 2014, www.vusskopje.com.mk

rights of the citizens are realized and the administrative bodies are prevented to make the same decision over and over again, even though it was already suspended in an administrative procedure. In this regard, the powers of the Administrative Court should be increased in order of taking appropriate measures to prevent non-compliance with court rulings, or more precisely, to guarantee the enforcement of court decisions in administrative proceedings.

THE BASIC CONDITION FOR ADMINISTRATIVE COURT DECISIONS IMPLEMENTATION

The execution of administrative court decisions is one of the most important issues in the exercise of administrative and judicial protection. But to answer this question it is first necessary to enumerate the conditions when a court decision becomes final, enforceable and executive and the difference between them.

Final administrative-court ruling is that a judgment is made by a first instance administrative court against which the party may initiate an appeal to the administrative appellate court. What we want to emphasize is that in the Republic of Macedonia until 2010, the judgment of the Administrative Court also was final and binding and enforceable as a result of the nonexistence of a second instance to decide on appeal. But the decision of the Constitutional Court of Macedonia U. 231/08 of 16.09.2009 ("Official Gazette" No. 117/09) the right of appeal has become the rule in administrative proceedings, the two-instance administrative dispute became legal, not factual possibility, because the law did not envisage existence neither the second instance, nor a secondary proceeding. As a bridging solution, until the establishment of the Higher Administrative Court with the Law on changes and amendments to the Law on Administrative Disputes of 2010, the Supreme Court took over responsibility for handling appeals against decisions of the Administrative Court.¹³

Institute of enforcement of court judgments arising from the needs of the legal system as well as the requirements of the protection of citizens' rights and general legal certainty. We conclude that the effectiveness can occur in two forms both formal and material validity of which the formal limits the right to use legal means and material guarantees inviolability of the right which is adjudged in the dispositive of the decision. The final judgment shall bind all or have the effect erga omnes not only for the parties, the defendant and the plaintiff, but the person concerned if such appeared in the proceedings and the court as an arbiter, and other institutions that will apply this judgment. For the court final verdict means

¹³ Conclusion on the adoption of a tentative legal position of the Supreme Court of the Republic of Macedonia, Skopje, 24.12.2009

res judicata verdict or adjudication, for what due to the principle non bis in idem the court cannot decide twice for the same thing, which means that the previous decision cannot be changed. From here, this obligation is governed by the Law on Administrative Disputes, according to which if in the court arrives lawsuit for a finalized case or there is a final decision, the court is obliged to dismiss it in the preliminary procedure. The first instance judgment can become final in two situations: when against it according to the law is not allowed to use the appeal and the party does not exercise the right of appeal. Unlike the first instance verdict, the second instance becomes final in moment of the delivery to the party.

Regarding the question of when the judgment becomes enforceable we will start from the fact that the appeal against the judgment of the Administrative Court does not delay the execution of the judgment. Hence, we conclude that final and enforceable judgments can be executed. Which means that at the moment when the party received the first instance decision (judgment or decision) it becomes enforceable, unless the judgment has other set deadline for compliance? What should be pointed out that even if the judgment is made base on previously held hearing and it is published, it will still become enforceable at the time of delivery to the party.

*Mandatory character of the Administrative court rulings:
is this only de jure statement?*

To explain the importance of compulsoriness of court decisions, we will start from the determination of the fundamental role of government in society. Namely, “the essential role of government consists of the creation of laws, law enforcement and interpretation and application of laws in particular cases.”¹⁴ “In one of the basic features of power is the ability to issue binding general decisions and forcefully implement them while judicial authority implies institutional mechanism of application of legal norms in specific cases.”¹⁵

Therefore, court decisions or judgments are prohibitive or imperative norms that create the duty for the court and the parties involved in administrative proceedings. “Their action also applies to the court and other state authorities, which are obliged to ensure their application, as a prerequisite for the maintenance and development of the community, peace, order, legal security and other legal values.”¹⁶

¹⁴ Endrrju Heywood, Politics, Skopje, 2009, p. 26.

¹⁵ Vlado Kambovski Judicial review, Skopje, 2010, p. 100.

¹⁶ Vlado Kambovski judicial review, Skopje, 2010, p. 101.

The judgment is particularly characterized by its mandatory nature as for the defendant, and the court, the plaintiff and the act itself.¹⁷ And mandatory also means opportunity for coercive enforcement of judgments. With the verdict the defendant is shown the correct application of the law, which in itself has justification of the verdict and specific directions by which should act upon re-examination.

In the Macedonian legislation the compulsoriness of the court judgments is governed by several legislative texts.¹⁸ For example, under Article 5 of the Law on Administrative Disputes is stipulated that judgments of courts adopted in administrative disputes are binding and enforceable. There we will certainly look into Article 13, paragraph 4 and 5 of the Courts Act, under which judicial decisions are obligatory for all legal and private persons and have greater force than the decisions of any other authority, and everyone is obliged to respect the valid and enforceable court decision, under threat of legal sanctions.¹⁹ According to Article 15 of the Law on Courts “every public authority shall, when it is placed in their jurisdiction, to ensure the enforcement of the court decision. The supervision over the enforcement of court decisions is by the court in accordance with law”, according to article 16 of the same law “enforcement of a final and enforceable court decision is implemented on the quickest and most efficient way possible, and it cannot be hindered by the decision of any other state authority”.

The effect of the judgments delivered in the administrative procedure is regulated under Article 52 and Article 53 of the Law on Administrative Disputes. According to Article 52, when a court annuls an act against which administrative proceedings were initiated, the case returns to the way it was before adoption of the annulled act. If by the nature of the matter that was the subject of the dispute, instead of the annulled act should be brought another the competent authority is obliged to act without delay and not later than 30 days from the date of delivery of the judgment. The competent authority shall be bound by the legal opinion of the court, and the court’s comments regarding the procedure.

According to Article 53, paragraph 1, if the competent authority upon annulment of an administrative act does not bring immediately and within 30 days a new administrative act or an act for enforcement of the judgment according to Article 40 paragraph 5 of this Law, the party may request for issuance of such Act. If the competent authority has not issued an act within seven days of

¹⁷ Specifically see: S.Gelevski, Administrative Procedure Law, Skopje, 2007, p. 286-288.

¹⁸ Article 5 of the Law on Administrative Disputes, Official Gazette of the Republic of Macedonia no.62 / 2006th.

¹⁹ Article 13, Law on Courts, Official Gazette of Republic of Macedonia no. 58.2006.

the request, the party may request issuance of such act by the court that rendered the judgment.

This means that the effect of the judgment against the defendant can differ. It depends on whether it was a judgment with which the court rejected the claim, or rejected the complaint. Further on, it depends on whether the court acted in lawfulness – dispute and annulled the disputable concrete administrative act or accepted the claim and brought a decision *in meritis* to finally resolve the dispute in full jurisdiction. If the court decided in full jurisdiction, then, this decision has the same effect as the judgment given in a dispute against the silence of the administration, where the court decided to resolve the administrative matter. “When the Administrative Court will reach a decision *in meritis* and resolve the administrative matter, such a judgment from a formal party is considered a judicial act, since it has been made by an Administrative court in an administrative procedure, but in material terms is an administrative act, because completely solves the administrative work and replaces the act of the competent authority of the public administration.”²⁰

If in the proceedings participated a third interested party, the judgment has the same obligatory action against that person, because it has the same rights as a party in the proceedings.

In practice administrative bodies often act on the ruling, but there are instances in which the body rejects silently or failed to take appropriate action to enforce the judgment. The question in hand is: what to do in this situation? In the Law on Administrative Disputes are provided two alternatives. The first is to inform the superior authority or official for non-compliance with the judgment. The second consists in Article 53 of the Administrative Disputes Act which is considered quite restrictive, and that's Administrative Court to issue a decision, not a decision as a political decision, but a decision as an act that was supposed to be brought by the defendant. For example, the operative part of the decision would read: “The complaint of the plaintiff is accepted, the applicant's appeal was accepted, and the first instance decision is annulled.” We conclude that the decision directly affects threatens the independence of administrative bodies and directly reflects the principle of separation of powers, but is accepted with the explanation that there is no other way for the realization of citizens' rights.

However, such effects of the conduct administrative proceedings or administrative claim court protection of the legality of administrative acts in Macedonia represent a true rarity. Mostly the “justification” for it made by the Administra-

²⁰ Krijan et al., Op. cit. (fn. 7), p. 280. Marko Šikić: The obligation and the enforcement of decisions rendered in administrative proceedings Proceedings of the Faculty of Law in Split, Vol. 49, 2/2012, p. 411th to 424th.

tive Court is that the Court does not possess the records on the issues on which it should be decided upon. Common are situations in which parties multiple times begin and end the circle drawn in the norms stipulated by the Law on Administrative Procedure and the Law on Administrative Disputes. In fact, they both pass through, usually mandatory stages in the administrative procedure (first instance and appeal), then dissatisfied with the decision of the appellate body to bring an administrative dispute with a lawsuit, to spite the resulting judgment by the Administrative Court in their favor with that annuls the solution the party appealed against, however under the new request of the client it happens that the governing body brings the same decision again, or decide contrary to the directions given in the judgment of the Administrative Court.

In our opinion, this is firstly due to the poor and socially insufficiently proven authority of a number of administrative judges, among other things, can be seen from the judgments whose explanations are scant, inconclusive and not sufficiently substantiated. The independence of the judicial system which, of course, includes the administrative judiciary in recent years, according to EC reports on progress of Macedonia, is seriously threatened and this is an additional reason for the ignorance of the administrative bodies of the judgments of the Administrative Court and the Supreme Administrative Court. Finally, the capacity and competence of the public administration is also called into question due to its growing partisanship, politicization and pressures of management that are performed before each election cycle. Hence, to their officials more important become the opinions and informal orders and demands of their superiors, primarily political officials of the authority of government in which they work, rather than the letter of the law expressed in a court order made by a court whose independence is also questionable.

This skepticism about the conditions with the effectiveness of administrative and judicial procedure in Macedonia, and ultimately the legal justification of the decision on the establishment of specialized administrative judiciary in the country is shared by a number of practitioners. Thus, the lawyer Zarko Hadzi-Zafirov²¹ states: *in meritum* address the cases Considering the fact that the Administrative Court began its work late, he brought a large backlog, instead of beginning to annul the unlawful decisions of administrative bodies and objects are back in the administrative authorities. All this leads to the conclusion that the Administrative Court, because it is usually not engaging and still refraining from deciding *in meritum* on cases it only multiplies cases and backlogs

²¹ Specifically” see: Reform of administrative law and administrative courts” published in the professional journal Legal dialogue, No. 3, June 2011, the Institute of Human Rights.

are not reduced, which calls into question the idea of purposefulness expeditious, efficient and effective court.”²²

Because of this, our proposal is to supplement the Administrative Disputes Act with additional guarantees for execution of court rulings and no matter how much such provisions are unusual for developed democracies and legal systems. Thus, the idea of adding another member to the Law on Administrative Disputes should consider, which will provide direct sanctions for the official who did not act on the judgment of the Administrative Court, but also for the person responsible for managing the administrative authority. The sanction should be cumulative, meaning to provide a fine in an amount, and disciplinary action (of course only for the officer, because appointees not subject to the discipline of responsibility, instead they bear political responsibility). A different view of solving the same problem has professor Kamarikj considering it “useful and necessary to constitute a right for the Supreme Court to immediately undertake enforcement measures of coercion against state authorities who refuse to obey the judgments delivered in the administrative disputes.”²³

THE MANDATORY AND ENFORCEABLE COURT DECISIONS IN ACCORDANCE WITH INTERNATIONAL LAWS AND DOCUMENTS

In terms of positive law measures which should be taken we would give several examples of positive comparative legal solutions regarding this issue and indicating examples of international documents regulating this issue.

Inarguable is the fact that the obligation of the judgments of the administrative courts is condition sine qua non of administrative and judicial protection. In order for the court ruling to achieve its goal: the protection of the subjective rights of the parties, and protecting the fair legality, it is necessary to provide the opportunity for its implementation.²⁴

The effective enforcement of a binding judicial decision is a fundamental element of the rule of law. It is necessary to ensure public confidence in the authority of the judiciary. Judicial independence and the right to a fair trial (Article

²² Zarko Hadzi-Zafirov “Reform of administrative law and administrative courts” published in the professional journal *Legal dialogue*, No. 3, June 2011, the Institute of Human Rights, taken by Stamen Filipov *Neizvrshivanje decisions in administrative disputes*<http://www.ihr.org.mk/mk/praven-dijalog/praven-dijalog-br4/137-neizvrshivanje-na-odlukite-vo-upravnite-sporovi.html>.

²³ Kamarić Mustafa, Appendix question of the relationship of the judiciary and administration, *Archive for Legal and Social Studies*, No. 1, str. 460.

²⁴ Mark Šikić: *Obligation and the execution of decisions made in the administrative dispute*, *Proceedings of the Faculty of Law in Split*, Vol. 49, 2/2012, p. 411th to 424th.

6 ECHR) is questioned if the decision is not executed.²⁵ According to Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, everyone is entitled to a fair and public, within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law for his civil rights and obligations to be reviewed and determination. In accordance with the practice of the European Court of Human Rights in Strasbourg for a body to be considered a court in compliance with Article 6 paragraph 1 of ECHR is not enough for such authority only to make recommendations, or tips, but its decisions must be made mandatory.²⁶

Here we would mention Recommendation Rec (2003) 16 of the Committee of Ministers to member states on the implementation of administrative and judicial decisions in the field of administrative law Recommendation Rec (2003) 17 of the Committee of Ministers to member states on enforcement. Refusal of execution of a judgment of the French administrative courts a violation of the principle of the verdict and work entails responsibility. The party in this case may seek damages.²⁷ Recommendation (2003) 16 on execution of administrative and judicial decisions under which Member States should guarantee respect for judicial decisions by administrative bodies. Consequences of failure to implement judgments: allowance of other party, forced execution, at least in terms of financial commitments, authorization of the interested party to execute what the other party should be performed with reimbursement, setting a deadline for enforcement, initiating a procedure for determining the disrespect of the court or giving penalty or other sanction.²⁸

Regarding enforcement of judicial decisions by administrative authorities are provided three general provisions as follows:

- Member States should ensure that administrative authorities implement judicial decisions within a reasonable time. In order to achieve the full impact of the decisions they need to undertake all necessary measures provided by law
- In case of non-implementation of the court decision by Administrative body there should be provided adequate procedure that will require the imple-

²⁵ International documents for independent and efficient judiciary posts (13-16) of the Consultative Council of European Judges of the Council of Europe with reference documents and law of the European Court of Human Rights, OSCE, 2014, p. 20.

²⁶ Mark Šikić: Obligation and the execution of decisions made in the administrative dispute, Proceedings of the Faculty of Law in Split, Vol. 49, 2/2012, p. 411-424.

²⁷ J.Jerinic, judicial administration, Belgrade, 2012, the 340th.

²⁸ Council of Europe (1997), str.102-103, acquisitions of J.Jerinic, judicial administration, Belgrade, 2012, the 343rd.

mentation and enforcement of the decision, in particular through recovery of a penalty.

– Member States shall ensure that the administrative authorities are responsible, if they refuse or neglect the enforcement of court decisions. Public authorities responsible for the enforcement of judicial decisions are subject to disciplinary, civil or criminal punishment, if they do not execute decisions.²⁹

Given the above it seems that the only possible solution is sanctioning bodies and authorized officials for non-compliance with the decisions of the Administrative Court. In Macedonia provision for sanctions foreseen in Article 377 of the Criminal Code, according to which the official or responsible person who does not act upon a final decision of a court which has decided to return the employee to work, shall be punished by a fine or imprisonment one year (paragraph 1). Official or responsible person in the legal entity which is a public authority and which refuses to execute a final and enforceable court decision that is obliged to perform, shall be punished by a fine or imprisonment up to three years (paragraph 2).

Comparative experiences also say that punishment is necessary to be legally provided. So, in the Republic of Serbia in accordance with Article 75 of the Law on Administrative Disputes stipulates that if the head of the body does not respond to the summons of the court or state the reasons for failure of the requested documents, the court shall impose a fine ranging to 10 000 to 50 000 dinars. If it fails to act on the judgment again, the court shall impose a fine of 30 000 to 100 000 dinari. The imposed fine running officially.³⁰

In Bosnia and Herzegovina Article 64 of the Law on Administrative Disputes is almost identical to Article 53 of the Law on Administrative Disputes in the Republic of Macedonia, except that Article 64 stipulates that if the responsible person in the competent institution does not act in accordance with that provision it is seen as a serious breach of duty. Hence, the court has the authority to propose the initiation of disciplinary proceedings against the person. At same time the court informs and the Council of Ministers of Bosnia and Herzegovina.³⁰

²⁹ The Law on Administrative Disputes (“Official Gazette” of the Republic of Macedonia no. 111/09).

³⁰ (“Official Gazette of Bosnia and Herzegovina” no. 19/02) Pursuant to Article IV. 4. a) of the Constitution of Bosnia and Herzegovina, the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina, the House of Representatives, held on 20 June 2002, and of the House of Peoples held on 25 June 2002, adopted the Law on Administrative Disputes of Bosnia and Herzegovina.

European Court in Strasbourg warned Croatia that the repeated retrial can be considered as a mistake in the procedural system.³¹

CONCLUSION

As a conclusion from the above we can emphasize three basic tenets that should be the base of the administrative and judicial system in the Republic of Macedonia, and those are: the appropriate regulatory structure and achieving efficient and effective administrative and judicial protection of the rights and interests of the parties in the administrative dispute. Related to the research subject of this paper, we consider that all these postulates are directly related to the execution of court decisions. This is why the state should take all necessary measures and positive legal and institutional which will provide assurance that the administrative bodies in the legally defined term will act on the requests of the Administrative Court of the submission of the records necessary for solving of administrative disputes, and guarantee that administrative bodies in due time will execute the court decision specifically verdict and act upon the instructions given in the judgment. Only in this way the effectiveness of the administrative dispute will be fulfilled.

Our view is that the current legal solution regarding the obligation of the court judgment does not provide sufficient protection of the parties in relation to the conduct of administrative bodies in judgment. On the contrary, examples from practice show that very often the administrative bodies do not act on the judgment, act contrary to the instructions of the court or do not decide within the deadline determined by law. According with the legal decision under Article 53 of the Administrative Disputes Act provides the possibility of the party to appeal again to the Administrative Court for failure after conviction by a competent authority. In this way the party only enters into the institutional maze between administrative bodies and the Administrative Court, from which the output is very long, and the principles of effectiveness and efficiency cannot be achieved. This supports the fact that in 2013 273 cases were in work of the Administrative Court under UI number (Enforcement of a judgment of the Administrative Court), which means that the parties have appealed to the Administrative Court under Article 53 of the Law on Administrative Disputes.³² Considering this fact, and consequently the obligation of the courts for delivering unified monthly, qu-

³¹ V. decision in the case against the Croatian Christmas of 29 June 2006 acquisitions of doc. Ph. D.. Mark Šikić: Obligation and the execution of decisions taken in administrative proceedings Proceedings of the Faculty of Law in Split, Vol. 49, 2/2012, p. 411th to 424th.

³² Annual report of the Administrative Court in 2013.

arterly, semi-annual and annual reports on the work of courts statistics to higher courts, the Judicial Council of the Republic of Macedonia, the Council of Public Prosecutors, the Ministry of Justice and National Bureau of Statistics,³³ we believe that these competent institutions following the data obtained from the courts, specifically related to our work, the work of the Administrative Court, should take an initiative and to submit proposals with experts how to overcome certain inconsistencies That appear in the execution of court decisions. Namely, there is a need to reassess the section on mandatory court rulings and to take measures that will clarify these provisions and in a clear and understandable manner will regulate further the open issues such as the rights and obligations of the parties relating to the performance, costs of the execution, the term in which it should be performed, to provide an opportunity for disciplinary action for officials who will not act on the judgment, amount and payment of the fine as a sanction, prize for failure to foresee authorities to be responsible for implementation, because at the moment the court has no repressive mechanism that can force the authority to act and make a decision, and at the same time if it made decision *in merittum* it is unable to resolve the disputed administrative work.

This way will be clear the need to introduce and define new principles governing judicial proceedings such as a trial within a reasonable time, effectiveness of judicial decisions etc., all of which illustrate to ensure legal certainty and the protection of the rights and the interests of citizens and legal persons in the administrative dispute. Namely, the effectiveness is that it is perceived by compulsion of judicial decisions, mechanisms for their implementation and consequences of possible non-compliance with the judgement.

What we can conclude is that to prove the credibility of the administrative judiciary appropriate measures must be taken and legislative and institutional and personnel that would provide appropriate conditions for consistent and genuine implementation of judicial decisions, and to predict appropriate sanctions for those who fail to act in accordance with the legal regulations. Time is sometimes the real key and answer to the question of whether the parties really exercised their rights to exercise proper care, a guarantee must be provided within the legal framework provided. Therefore, we believe that efficiency should not always be before effectiveness, through which is perceived the diligence and impact of the materialized justice.

³³ Court Rules, Official Gazette of the Republic of Macedonia no. 66/2013.

BORČE DAVITKOVSKI, LL.D.,

Professor Pravnog fakulteta Justinijan Prvi, Univerzitet Sv. Ćirilo i Metodije

ANA PAVLOVSKA-DANEVA, LL.D.,

Professor Pravnog fakulteta Justinijan Prvi, Univerzitet Sv. Ćirilo i Metodije

IVANA SHUMANOVSKA-SPASOVSKA, LL.D.,

Docent Pravnog fakulteta Justinijan Prvi, Univerzitet Sv. Ćirilo i Metodije

ELENA DAVITKOVSKA, LL.D.,

Docent Ekonomskog instituta Univerzitet Sv. Ćirilo i Metodije

ANALIZU ZAKONSKIH ODREDBI KOJIMA SE OBEZBEDJUJE EFEKTIVNOST IZVRŠAVANJA PRESUDA UPRAVNOG SUDSTVA U MAKEDONIJI

Rezime

Rad sadrži istraživanje i analizu zakonskih odredbi kojima se obezbedjuje efektivnost izvršavanja presuda upravnog sudstva u Makedoniji. Primarna cilj rada je potencirati važnost izvršnosti presuda upravnih sudova za realnu zaštitu prava građana od nezakonitog rada uprave, posebno uzimajući u obzir nepreciznosti Zakona o upravnim sporovima kojima se organima uprave omogućuje da nekažnjeno "zaobilaze" sudske presude prilikom donošenja novog upravnog rešenja. Autori polaze od premise da efektivno izvršenje sudskih odluka predstavlja osnovni element vladavine prava kojim se sagledava delotvornost i efekat realizovane pravde.

U radu je napravljen pokušaj da se dodje do odgovora da li donošenje odluke sa strane upravnog sudstva, samo po sebi, predstavlja dovoljnu garanciju da će stranka realizovati svoje zakonsko utvrđeno pravo i kojim se načinom garantuje obaveznost sudskih odluka. Da bi se došlo do mogućih odgovora, napravljena je analiza nekoliko problema pravne regulative o upravnom sporu: distinkcija između konačnih, pravosnažnih i izvršnih presuda; instrumenti realizacije obavezujućeg dejstva odluka upravnih sudova; međunarodni propisi koji regulišu ova pitanja.

Posebna je pažnja posvećena radu Upravnog suda i Višeg upravnog suda u Makedoniji prikazujući podatke rada Upravnog suda zadnjih nekoliko godina, koji nažalost ukazuju na nedovoljnu efikasnost Upravnog suda, pa čak i na neopravdanost formiranja Višeg upravnog suda. I pored zakonskih odredbi o mogućnosti, pa čak i dužnosti u određenim slučajevima da Upravni sud odlučuje meritorno u sporu pune jurisdikcije, empirijski podaci pokazuju da se te odredbe Zakona o upravnim sporovima u praksi rada upravnog sudstva u Makedoniji nikad ne primenjuju.

Zaključna konstatacija autora u odnosu na aktuelna zakonska rešenja, jeste da je potrebno njihovo preispitivanje i dopunjavanje jer onako kako glase i kako se primenjuju, nedovoljno obezbeduju zaštitu stranke u odnosu na postupanje upravnih organa po donetim presudama. Zbog toga, ukazuje se na potrebu procenjivanja i izmene dela o izvršnosti presuda upravnog sudstva. Posebno se trebaju preispitati zakonska rešenja o pravama i obavezama stranaka u vezi: izvršenja presude; troškova izvršenja; rokova u kojem se presuda treba izvršiti; čak i mogućnosti disciplinskog kažnjavanja službenika koji ne postupa u saglasnosti s dispozitivom pravosnažne presude.

KATASTAR NEPOKRETNOSTI I UPRAVNI SPOR

U V O D

Zakon o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima (u daljem tekstu - prvi zakon¹) propisuje da je katastar nepokretnosti javna knjiga koja predstavlja osnovnu evidenciju o nepokretnostima i pravima na njima, a da se u katastar nepokretnosti upisuju podaci o nepokretnostima i pravima na njima, utvrđeni u skladu sa zakonom.² Takođe, prava na nepokretnosti stižu se, prenose, ograničavaju i prestaju upisom u katastar nepokretnosti.³

Stupanjem na snagu navedenog zakona, upis prava na nepokretnostima poveren je Republičkom geodetskom zavodu (u daljem tekstu - RGZ), kako u postupku izrade (osnivanja) katastra nepokretnosti, tako i u postupku održavanja i obnove katastra nepokretnosti, s tim da je za upis prava na nepokretnosti nadležan RGZ – Organizaciona jedinica u opštini na čijoj se teritoriji nalazi nepokretnost.

Pored navedenog zakona, kao i podzakonskih akata donetih na osnovu istog, u postupku upisa nepokretnosti i prava na njima, primenjuju se supsidijarno i odredbe Zakona o opštem upravnom postupku (u daljem tekstu – ZUP⁴) koji

Jasminka Vukašinović, sudija Upravnog suda, Beograd.

¹ “Službeni glasnik RS”, br. 83/92, 53/93, 67/93, 48/94, 12/96, 15/96, 34/01, 25/02 i 101/05.

² Čl. 4. st. 1.

³ Čl. 5.

⁴ “Službeni list SRJ”, br. 33/97, 31/01.

propisuje žalbu kao redovan pravni lek protiv rešenja donetog u prvostepenom upravnom postupku, a drugostepeno rešenje doneto po žalbi postaje konačno u upravnom postupku i protiv njega se, po pravilu, može pokrenuti upravni spor. Međutim, odredbe prvog Zakona isključuju upravni spor protiv drugostepenog rešenja RGZ-a, donetog po žalbi u postupku izlaganja na javni uvid podataka o nepokretnostima i pravima na njima⁵, kao i protiv rešenja donetog po žalbi u postupku održavanja premera i katastra nepokretnosti.⁶ Na osnovu navedenog proizlazi da je upravni spor, odredbama prvog Zakona bio isključen kao sudski postupak u kome su stranke mogle da štite svoja prava i pravne interese.

ZAKON O DRŽAVNOM PREMERU I KATASTRU

Sa razloga iznetih u uvodu rada, upravno-sudska praksa, do stupanja na snagu Zakona o državnom premeru i katastru (u daljem tekstu - novi Zakon⁷), uglavnom se svodila na odbacivanje tužbe od strane tada nadležnog Vrhovnog suda Srbije, podnetoj protiv rešenja po žalbi u postupku izlaganja na javni uvid podataka o nepokretnostima i pravima na njima ili rešenja po žalbi u postupku održavanja katastra nepokretnosti, primenom odredbi člana 28. Zakona o upravnim sporovima⁸.

Posebno treba istaći da upravno-sudska praksa u vezi sa primenom Zakona o premeru i katastru zemljišta⁹, a koja se odnosi na ocenu zakonitosti rešenja RGZ-a donetih u postupku održavanja katastra zemljišta, nije uporediva sa upravno-sudskom praksom u vezi sa katastrom nepokretnosti. Ovo sa razloga što katastar zemljišta, predstavlja osnovnu evidenciju na zemljištu i objektima na njemu koja se koristi za privredne, upravne i statističke potrebe, za izradu zemljišnih knjiga, za utvrđivanje katastarskog prihoda, za izradu prostornih planova i za druge potrebe organa, organizacija udruženog rada i drugih samoupravnih organizacija i zajednica i građana.¹⁰ U tom smislu, katastar zemljišta predstavljao je samo faktičku evidenciju o nepokretnostima i njihovim korisnicima, ali se u tu evidenciju nisu upisivala stvarna prava, tereti i ograničenja na nepokretnostima, pa upravno-sudska praksa Vrhovnog suda Srbije, koja se odnosi na ocenu zakonitosti drugostepenih rešenja donetih u katastru zemljišta, nije predmet ovog rada.

⁵ Čl. 68.

⁶ Čl. 105.

⁷ "Službeni glasnik RS", br. 72/09.

⁸ "Službeni list SRJ", br. 46/96.

⁹ "Službeni glasnik SRS", br. 11/76.

¹⁰ Čl. 3. st. 2.

Novi Zakon o državnom premeru i katastru, objavljen je u "Službenom glasniku Republike Srbije" broj 72/09 i stupio je na snagu 11.09.2009. godine, kada je prestao da važi prvi Zakon o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima, osim odredaba čl. 67. st. 1. i čl.105. st. 3. Zakona, koje prestaju da važe danom početka primene čl. 11. st. 1. tač. 2., ovog zakona, kojim je propisano da u upravnim poslovima državnog premera, osnivanja i obnove katastra nepokretnosti, osnivanja katastra vodova, kao i njihovog održavanja, rešava u drugom stepenu ministarstvo nadležno za poslove prostornog planiranja i urbanizma. Ovo predstavlja veliku novinu u odnosu na prvi Zakon, s obzirom da je nadležnost RGZ-a za rešavanje u drugom stepenu poverena nadležnom ministarstvu. Do dana pisanja ovog rada, to je bilo Ministarstvo životne sredine i prostornog planiranja¹¹, Ministarstvo životne sredine, rudarstva i prostornog planiranja¹², Ministarstvo građevinarstva i urbanizma¹³ i Ministarstvo građevinarstva, saobraćaja i infrastrukture¹⁴.

Novi Zakon predviđa da se na pojedina pitanja upisa stvarnih prava koja nisu uređena ovim zakonom shodno primenjuju odredbe Zakona kojim se uređuje svojina i druga stvarna prava, a na pojedina pitanja postupka koja nisu uređena ovim zakonom shodno se primenjuju odredbe Zakona kojim se uređuje opšti upravni postupak.¹⁵

Katastar nepokretnosti predstavlja osnovni i javni registar o nepokretnostima i stvarnim pravima na njima, a nepokretnosti koje se u smislu ovog zakona upisuju u katastar nepokretnosti su: 1) zemljište (katastarske parcele poljoprivrednog, šumskog, građevinskog i drugog zemljišta); 2) nadzemni i podzemni građevinski objekti; 3) posebni delovi objekta koji čine građevinsku celinu (stan, poslovni prostor, garaža i drugi).¹⁶

U glavi VI novog Zakona određena su načela katastra nepokretnosti i to, načelo državnog premera, kao novo načelo, koje nije bilo propisano prvim Zakonom, kao i načela upisa, obaveznosti, javnosti, pouzdanja, zakonitosti, prvenstva i određenosti.

Organizacione jedinice RGZ-a donose rešenje u prvom stepenu u postupku osnivanja katastra nepokretnosti (nadležna komisija koju formira RGZ), održavanja katastra nepokretnosti i ispravljanja grešaka u održavanju katastra nepokretnosti (nadležna služba za katastar nepokretnosti), te se u svim slučajevima žalba

¹¹ Čl. 20. Zakona o ministarstvima ("Službeni glasnik RS" br. 65/08, 36/09, 73/10).

¹² Čl. 6. Zakona o ministarstvima ("Službeni glasnik RS" br. 16/11).

¹³ Čl. 6. Zakona o ministarstvima ("Službeni glasnik RS" br. 72/12, 76/13, 34/14).

¹⁴ Čl. 6. Zakona o ministarstvima ("Službeni glasnik RS" br. 44/14, 14/15).

¹⁵ Čl. 7.

¹⁶ Čl. 4.

izjavljuje u roku od 15 dana nadležnom ministarstvu za poslove građevinarstva i urbanizma. Treba napomenuti da je osnovnim tekstom Zakona propisano da se žalba izjavljuje u roku od 8 dana od dana dostavljanja rešenja, kako protiv rešenja donetog u postupku osnivanja katastra nepokretnosti tako i u postupku njegovog održavanja.¹⁷ S obzirom da je navedeni rok od 8 dana za izjavljivanje žalbe, bio kraći od opšteg roka za žalbu propisanog ZUP-om, to je Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o državnom premeru i katastru¹⁸ propisan rok od 15 dana, ali samo za žalbu u postupku održavanja katastra nepokretnosti, dok je rok za žalbu u postupku osnivanja i dalje ostao 8 dana, što, po mišljenju autora, nije dobro rešenje. naime, bez obzira o kom postupku se radi, stranke bi trebalo da imaju jednak pristup žalbenom postupku.

Posebno je važno naglasiti da se u katastru nepokretnosti greške, nedostaci i propusti o upisanim stvarnim pravima na nepokretnostima, mogu ispraviti u roku od 5 godina od dana upisa u održavanju katastra nepokretnosti, ili u roku od 5 godina od dana početka primene katastra nepokretnosti, kao i da o ispravci Zavod donosi rešenje protiv koga se može izjaviti žalba u roku 15 dana od dana dostavljanja rešenja.¹⁹

Vrste upisa u katastar nepokretnosti su: 1) upis nepokretnosti – upis podataka o parceli, objektu i posebnom delu; 2) upis stvarnih prava – upis kojim se stiču, prenose, ograničavaju ili prestaju pravo svojine i druga stvarna prava na nepokretnostima; 3) predbeležba; 4) zabeležba.²⁰ Takođe, upis u katastar nepokretnosti vrši se, po pravilu, po skraćenom postupku na osnovu priloženih isprava, ali u slučaju kada se utvrdi da se na osnovu priloženih isprava ne može odlučiti po zahtevu, može se sprovesti ispitni postupak (saslušanje stranaka, uviđaj, veštačenje i drugo)²¹, a stranke u postupku upisa su: 1) lice u čiju korist se odlučuje o upisu; 2) upisani prethodnik; 3) svako lice radi zaštite svojih prava ili pravnih interesa²².

Međutim, najvažnije u novom Zakonu jeste sudska zaštita propisana u glavi XV, s obzirom da se protiv drugostepenih rešenja donetih u skladu sa odredbama ovog zakona može voditi upravni spor, te kada se upravni spor vodi protiv drugostepenog rešenja donetog u postupku osnivanja ili obnove katastra nepokretnosti, osnivanja katastra vodova, kao i njihovog održavanja, Zavod po službenoj dužno-

¹⁷ Čl. 105. st. 1. i čl. 129. st. 1.

¹⁸ "Službeni glasnik RS", br. 18/2010.

¹⁹ Čl. 137.

²⁰ Čl. 73.

²¹ Čl. 121.

²² Čl. 122.

sti na nepokretnosti, odnosno vođu upisuje zabeležbu radi činjenja vidljivim da je upravni spor pokrenut.

Na osnovu izloženog proizlazi da se o upravno-sudskoj zaštiti u postupku osnivanja i održavanja katastra nepokretnosti, može govoriti tek u periodu od stupanja na snagu novog Zakona.

Takođe, kako se stupanje na snagu novog Zakona i uvođenje upravnog spora protiv drugostepenih rešenja donetih u postupku osnivanja i održavanja katastra nepokretnosti (11.09.2009. godine), donekle podudara sa ustrojavanjem nove mreže sudova u Republici Srbiji i osnivanjem Upravnog suda koji je počeo sa radom 1.01.2010. godine, preuzimajući nadležnost upravnog odeljenja Vrhovnog suda Srbije i upravnih odeljenja okružnih sudova u Republici Srbiji, kao i stupanjem na snagu novog Zakona o upravnim sporovima²³ koji je počeo da se primenjuje 30.12.2009. godine, jasno je da se upravno-sudska praksa u katastru nepokretnosti može analizirati kroz predmete Upravnog suda Republike Srbije u poslednjih 6 godina.

Upravno-sudska praksa odnosi se na predmete u kojima su tužbe podnete nakon 11.09.2009. godine, kao i od osnivanja Upravnog suda odnosno 1.01.2010. godine, te je nesumnjivo da će se upravno-sudska praksa i dalje razvijati. Posebno treba imati u vidu da je, u momentu pisanja ovog rada, u toku javna rasprava o Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Zakona o državnom premeru i katastru, kojim se predviđa velika izmena koja se tiče upravnog postupka, a samim tim i upravnog spora, jer će za odlučivanje po žalbama u drugom stepenu ponovo biti nadležan RGZ, a kako je i bilo do stupanja na snagu novog Zakona, što će, po mišljenju autora, doprineti bržem i kvalitetnijem rešavanju predmeta po žalbama.

JASMINKA VUKAŠINOVIĆ

Judge of the Administrative Court, Belgrade

REAL ESTATE CADASTRE AND ADMINISTRATIVE DISPUTE

Summary

Administrative case law in assessing the lawfulness of second-instance decisions in the process of establishing and maintaining the cadastre of immovable property (all types of registration) was enacted with the entry into force of the Law on State Survey and Cadastre on 11 September, 2009, by introducing an administrative dispute.

²³ "Službeni glasnik RS", br. 111/09.

Cadastral and Land Records has represented factual record on immovable properties, therefore judicial case law regarding the assessment of the legality of decisions, issued during the time of these records, is not comparative with the case law of the Administrative Court.

The Draft Law on Amendments of the Law on State Survey and Cadastre, provides the return of jurisdiction in the second instance to the Republic Geodetic Authority.

DEJAN MILENKOVIĆ

ODREĐENE SPECIFIČNOSTI OSTVARIVANJA I UPRAVNO-PROCESNE ZAŠTITE PRAVA NA PRISTUP INFORMACIJAMA U REPUBLICI SRBIJI

U V O D

Protivrečnost između vlasti i slobode svojstven je, u manjoj ili većoj meri, svim periodima duge istorije ljudskog društva. Nužnost postojanja vlasti u društvu, bez obzira na vrstu ili oblik, doveo je do nastanka države. Međutim, ovaj proces, neminovno je vremenom uslovio i direktno suprotstavljanje države (vlasti) s jedne i slobode ljudi sa druge strane. Vreme je pokazalo i dokazalo da ako i kada u jednoj državi postoji neograničena vlast, onda i oni koji su potčinjeni toj vlasti ne mogu biti slobodni. Posle Drugog svetskog rata krenulo u potragu za unapređenjem prvobitnog koncepta pravne države, a ljudska prava su prestala biti izraz "suverenosti" države, dobijajući univerzalni karakter. Uglavnom, ovo je doprinelo novoj reafirmaciji doktrine prirodnog prava, koja je još od najstarijih vremena podrazumevala postojanje jednog pozitivnog, iskustvenog prava i drugog, hijerarhijski uzvišenog, prirodnog prava, koje je po svom sadržaju pravedno, a po važenju objektivno.¹ Osnovni pravci škole prirodnog prava, pored različitosti u filozofskoj interpretaciji, počev od srednjovekovnog teološko-racionalnog i biološko-racionalnog shvatanja pa do današnjih savremenih shvatanja, svode se na konsta-

Dr Dejan Milenković, profesor i prodekan Fakulteta političkih nauka Univerziteta u Beogradu.

¹ Uporedi: Radmila Vasić, Kosta Čavoški, *Uvod u pravo*, "Draganić", Beograd, 1996, str. 14.

taciju: pored pozitivnog prava postoji i jedno uzvišeno pravedno pravo koje treba da bude uzor pozitivnom. To je prirodno pravo.²

Sloboda pristupa informacija, uobičajno shvaćena kao pravo na pristupa informacijama u posedu organa javne vlasti (u daljem tekstu – SPI), danas je široko prepoznata kao osnovno ljudsko pravo.³ U svojoj evoluciji od prava na slobodu mišljenja i izražavanja, do prava da se bude obavešten i slobode javnog informisanja, SPI se danas sve više izdvaja kao posebno pravo koje proizilazi iz osnovnih principa sadržanih u najznačajnijim dokumentima o ljudskim pravima univerzalnih i regionalnih međunarodnih organizacija, poput, na primer, Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima (čl. 19) i Pakta o građanskim i političkim pravima (član 19) Ujedinjenih nacija, odnosno, Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (član 10) Saveta Evrope (SE), Američke konvencije o ljudskim pravima (American Convention on Human Rights) (član 13) Organizacije američkih država (OAS) i drugih. Na osnovu ovih bazičnih dokumenata UN, SE, OAS i drugih međunarodnih organizacija, vremenom su nastali i konkretni međunarodni standardi sadržani u pojedinim međunarodnim dokumentima koji se odnose na SPI. Svakako najznačajnija je Konvecija 205 o pristupu službenim dokumentima Saveta Evrope koja je otvorena za potpisivanje u junu 2009. godine u norveškom gradu Tromso.⁴ Međutim, treba pomenuti i da je Među-američka Komisija za ljudska prava usvojila Među-američku Deklaraciju o principima slobode izražavanja 2000. godine, u kojoj su takođe razrađeni i principi SPI,⁵ te da su principi SPI sadržani i u međunarodnim dokumentima drugih međunarodnih, kako međudržavnih tako i nevladinih organizacija.⁶

Osnovna karakteristika savremene epohe, posebno druge polovine 20. veka je neslućeno narastanje kompleksnosti u svim oblastima – od svakodnevnog života i rada u grandioznim multi-milionskim urbanim kompleksima, do planetar-

² Uporedi: Slobodan Perović *Prirodno pravo i sud*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 1996, str. 93.

³ Toby Mendel, *Freedom of information (a Comparative Legal Survey)*, United Nations Educational Scientific and Cultural Organisation (UNESCO), New Delhi India 2003, p. iii.

⁴ Council of Europe, Convention on Access to Official Documents, *CETS No. 205*. Tromso, 18.06.2009. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=205&CL=ENG>, 9.08.2015.

⁵ Upordi: 108th Regular Session, 19. October 2000.

⁶ Regulation (EC) No 1049/2001 of the European Parliament and of the Council regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents, "Official Journal of the European Communities" L 145/43; Annual Joint Declarations of the UN, OAS, OSCE and ACHPR mechanisms on freedom of expression - Joint Declaration of 2004 on access to information and secrecy legislation. <https://www.article19.org/resources.php/resource/3053/en/joint-declaration-on-access-to-information-and-secrecy-legislation>. 9.08.2015 i dr.

ne mreže vazdušnih telekomunikacionih veza i “Interneta”. Složenost savremenog sveta ispoljava se u vrtoglavom povećanju broja izvora koji svakog trenutka generišu ogromne količine informacija – od individualne aktivnosti, obrazovanja, kulture, nauke i tehnologije, sve do kompleksih ekonomskih sistema nacionalnih privreda, uprave i javnih službi. U tom smislu, za razliku od nekih ranijih vremena, kada je broj “brodova, rudnika i fabrika” označavao stepen društvenog razvoja, u savremenim uslovima najvažniji razvojni resurs je informacija. O značaju opšteg pojma “informacija” govori i činjenica da je ovaj pojam, od pre nekoliko godina utvrđen i međunarodnim standardom ISO/IEC 2382. a koji je u upotrebi od 1. januara 2001. godine.⁷

Danas se s pravom naglašava da je informacija “kiseonik” demokratije,⁸ a priznavanje slobode pristupa informacijama, ključna tačka transformacije države i uprave, iz aparata vlasti i sile u servisno orijentisanu javnu službu i složeni sistem regulacije društvenih procesa. Uz pomoć SPI, proširuje se sloboda javnog informisanja i upotpunjuje garancija ljudskog prava koja omogućava da građani dođu do informacije od kojih zavisi formiranje i iskazivanje njihove suverene političke volje, što podrazumeva i lakšu kontrolu vlasti i javne uprave.⁹

Nastanku SPI značajno je doprinelo nacionalno zakonodavstvo. Tako je već polovinom 18. veka, u Švedskoj građanima zakonski priznato pravo dostupnosti dokumentima i podacima u posedu javne vlasti (Tryckfrihetsförordning 1766).¹⁰ Međutim, ključni korak u pravcu utemeljenja, stvaranja i zaštite SPI učinile su Sjedinjene Američke Države koje su ovo pravo regulisale posebnim zakonom 1966. godine. Tokom poslednjih pedeset godina, SPI priznato je u mnogim nacionalnim pravnim sistemima širom sveta. Zakoni doneti u poslednjih petnaestak godina, uglavnom su zasnovani i korespondiraju sa principima sadržanim u prethodno pomenim međunarodnim dokumentima.

⁷ Uporedi: Dejan Milenković, “Freedom of Information”, *The Media Freedom Internet Cookbook*, edit by Christian Moller and Arnaud Amouroux, OSCE, Vienna, 2004. p. 191-202.

⁸ Uporedi: *Pravo javnosti da zna – Principi slobode pristupa informacijama*, Article XIX, Crnogorski helsinški komitet za ljudska prava, Cetinje, januar 2003, str. 7. U engleskoj verziji, ova Publikacije organizacije Article XIX, koja je prvi put objavljena januara 1999. godine, pod nazivom *Public’s Right to Know - Principles on Freedom of Information Legislation*, Article XIX, može pronaći na web sajtu ove organizacije: www.article19.org

⁹ Uporedi: Andrew Puddephatt, “Flow of Information Empowers Ordinary People”, in: Richard Calland & Alison Tilley eds, *The Right to Know, the Right to Live (Access to Information and Socio-Economic Justice)* Open Democracy Advice Centre - ODAC, Cape Town, 2002, p. x-xii.

¹⁰ Upor. Vladimir V. Vodinelić, Saša. Gajin, *Slobodan pristup informacijama (ustavno jemstvo i zakonske garancije)*, Fond za otvoreno društvo, Beograd, 2004, str. 11.

PRAVO NA PRISTUP INFORMACIJAMA
KAO "SPECIFIČNO" PRAVO

SPI, pokazalo je, da u današnjim uslovima, "...poverenje građana, dobijeno na opštim, slobodnim, neposrednim i tajnim izborima, predstavlja nužan, ali ne i dovoljan uslov za legitimnost vlasti koja, u toku svog mandatnog perioda, mora da se uvek iznova potvrđuje u svom svakodnevnom delovanju. Stoga je političkoj i pravnoj teoriji gotovo jedinstveno prihvaćeno načelo da je narodno poverenje dobro, ali da je kontrola bolja, pošto vekovno iskustvo nedvosmisleno pokazuje da svaka vlast kvari svoje nosioce, tj. ljude koji je vrše, naročito kada ona ničim nije ograničena."¹¹

Demokratizacija društva u savremenim uslovima naročito se odnosi na zemlje u tranziciji i ona mora da bude zasnovana na principima savremene pravne države, transparentnosti i otvorenog društva što podrazumeva reafirmaciju značaja javne sfere. To je ono polje napetosti koje se uspostavlja između politike i privatnih subjekata (pojedinaца i preduzeća) koji, uživajući svoja prava i slobode u privatnoj sferi, u javnoj artikulišu svoje zahteve i interese i vrše pritisak da budu zadovoljeni merama politike. Zato je SPI postalo neophodan preduslov procesa demokratizacije.¹²

U savremenim uslovima, sloboda pristupa informacijama predstavlja suštinsko obeležje pravne države. Bez neposrednog uvida u rad i postupanje subjekata koji vrše funkciju vlasti i upravljanja dugim javnim poslovima, a posebno bez blagovremenih istinitih i potpunih informacijama o obavljanju poslova iz njihove nadležnosti i delokruga, odnosno iz domena njihove delatnosti, nije moguće na efikasan način ostvariti neophodnu kontrolu, a time i odgovornost za obećane, planirane i očekivane, a izostale rezultate u odgovarajućim oblastima društvenog života. Bliže rečeno, bez adekvatne kontrole i odgovornosti svaka vlast, ma koliko izvorno (po nastanku) bila demokratska, legitimna i legalna, nužno vremenom postaje birokratska, a njeno ukupno delovanje suprotno stvarnim potrebama i interesima građana koje predstavlja. Upravo takvu kontrolu, u savremenim uslovima obezbeđuje sloboda pristupa informacijama. Ona je antipod shvatanju da je ... "svaka vlast kao pečurka, te da se najbolje oseća i uspeva u mraku."¹³

S druge strane, bez SPI, građani se ne lišavaju samo direktnog nadzora nad radom i ponašanjem onih kojima su na demokratskim izborima poklonili po-

¹¹ Zoran Jelić, "U susret zakonskom regulisanju slobodnog pristupa informacijama", *Ekonomika politika*, br. 2624, avgust 2002, str. 28.

¹² Uporedi: Miroljub Radojković, *Za slobodan pristup informacijama*, Prizma, Centar za liberalno-demokratske studije, br. 4/02, str. 29.

¹³ *Ibidem*. str. 29.

verenje već i mogućnosti pokretanja delotvornih inicijativa i davanja nosiocima vlasti konstruktivnih i kvalitetnih predloga za rešavanje pitanja od neposrednog, zajedničkog ili opšteg interesa. Zato je ovo pravo od velikog značaja za prevazi- laženje formalne i uspostavljanje stvarne deokratije u njenom autontičnom zna- čenju kao vladavina naroda, ali i za izgradnju institucija utvorenog i slobodnog društva koje počiva na samoorganizovanju i samoodređivanju.

Dakle, radi se o tome da se građanima omogući da uz pomoć SPI iskažu, za- štite i zadovolje svoje interese, uživajući tekovinu “treće generacije” ljudskih prava i sloboda. Građani, zahvaljujući SPI postaju “četvrta” vlast koja kontroliše one ko- jima je na izborima poverena upravljачka funkcija.

Značaj koji u pluralističkom demokratskom društvu ima transparentnost države i brz i efikasan pristup informacijama o pitanjima od javnog interesa od ključnog su značaja za formiranje kritičkog mišljenja građana o stanju društva u kome oni žive i organima koji njime upravljaju. SPI podstiče informisano učešće javnosti u pitanjima od zajedničkog interesa kao i efikasnost javne uprave i očuva- nje njenog integriteta. Na taj način se izbegava opasnost od korupcije i doprino- si afirmisanju legitimiteta države i uprave kao javne službe kroz jačanje poverenja javnosti u organe vlasti. Organi javne vlasti zato treba da se obavežu da će vodi- ti aktivnu politiku komunikacije kako bi javnosti stavili na raspolaganje sve in- formacije koje se smatraju korisnim u transparentnom demokratskom društvu.¹⁴

Znači, specifičnost SPI je u tome što se građani pojavljuju kao neposredni “kontrolori” rada javne uprave, pa i šire, organa javne vlasti uopšte, odnosno, kao “četvrta vlast”. Za razliku od drugih oblika kontrole zakonitosti i pravilnosti rada javne uprave, odnosno javne vlasti uopšte, koja se prvenstveno obezbeđuje kroz nadzornu funkciju koju obezbeđuju drugi državni organi, SPI omogućava da gra- đanin sam postane kontrolor javne vlasti.

MODELI UPRAVNO-PROCESNE ZAŠTITE PRAVA NA PRISTUP INFORMACIJAMA U UPOREDNOM PRAVU

Specifičnost SPI koja afirmiše ulogu građana kao “četvrte” vlasti, dovela je do nastanka tri različita modela pravne zaštite ovog prava. Ostvarivanje pra- va uglavnom je zasnovano na modelu posebnog upravnog postupka u kome se upravnom odlukom (rešenjem), deklarirše postojanje prava u konkretnom sluča- ju, sa izuzetkom Republike Srbije. Najpre ćemo sagledati komparativne modele

¹⁴ Uporedi: *Preambula Preporuke R (2002) 2 Komiteta ministara Saveta Evrope o pristupu službenim dokumentima*. Preporuka na srpskom jeziku sa obrazloženjem se može naći i u publikaci- ji: Stevan Lilić, Dejan Milenković, *Slobodan pristup informacijama*, Komitet pravnika za ljudska pra- va, Beograd, 2003, str. 220-241.

zaštite. Prvi bi mogli označiti kao “klasični” model upravno-procesne zaštite ovog prava, koji podrazumeva hijerarhijsku – instancionu “unutrašnju” kontrolu nižeg organa od strane višeg na osnovu izjavljene žalbe, i spoljnu, sudsku kontrolu, koju po pravilu vrše upravni sudovi na osnovu podnete tužbe o kojoj se odlučuje, po pravilu u upravnom sporu. Drugi model je onaj u kome učestvuje nezavistan i samostalan kontrolni organ sa imperativnim ovlašćenjima u procesu upravno-pravne, i sud u postupku upravno-sudske zaštite. Još jedan model koji je u svetu manje prihvaćen i koji se u praksi nije pokazao i dokazao kada je reč o SPI je onaj u kome kontrolu vrše nezavisni organi ali sa “ombudsmanskim” a ne imperativnim ovlašćenjima. Pojedine zemlje imaju i “atipičan” pristup u zaštiti ovog prava, kod kojeg nema upravne instancione kontrole, već postoji samo sudska zaštita. Model zaštite preko nezavisnog kontrolnog organa sa imperativnim ovlašćenjima pokazao je najbolje rezultate i sve više se širi.

Prvi model je model klasične upravno-procesne zaštite prava, kome podleže i zaštita SPI, preuzet je u Norveškoj, Danskoj, Češkoj, Slovačkoj, Rumuniji, Albaniji i drugim zemljama.¹⁵ Naravno, u svakom nacionalnom zakonodavstvu, u vezi sa ovim modelom mogu postojati i određene specifičnosti, ali je “režim” zaštite uglavnom identičan. Kao primer, uzećemo Češku.

Češka je donela *Zakon o slobodnom pristupu informacijama* 1999. godine, a u pogledu zaštite prava na SPI predviđeno je da ako nosilac obaveze, odnosno organ javne vlasti ne udovolji u potpunosti ili delimično zahtevu tražioca, mora da donese rešenje o odbijanju zahteva. Ako nosilac obaveze, u roku koji je ustanovljen za pružanje informacije ne pruži informaciju ili ne donese rešenje (“ćutanja uprave”), smatra se da je zahtev odbijen. Žalba se podnosi u roku od 15 dana od isteka roka za donošenje rešenja, odnosno 15 dana od prijema rešenja kojim je zahtev tražioca odbijen i podnosi se preko organa koji je doneo prvostepeno reše-

¹⁵ Uporedi: Norveška: *Act relating to public access to documents in the public administration - Freedom of Information Act Norway*, “Law Gazette of the Kingdom of Norway”, No. 69/1970, 7/97; art. 9 <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/6949>, 15.08.2015.; Danska: *The Danish Access to Public Administration Files Act*, “Law Gazette of the Kingdom of Denmark”, No 572/1985. art. 15, <http://www.unecce.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C200828/response/DKAccessToPublicAdministrationFilesAct.pdf>, 15.08.2014.; Slovačka: *Act on Free Access to Information - FOI Slovakia*, “Official Gazette of Slovakia”, No. 211/2000, Ars. 13-20, http://www.rti-rating.org/view_country?country_name=Slovakia, 17.08.2015; Češka: *Law on Free Access to Information*, “Official Gazette of Czech Republic” No. 106/1999, ars. 13-20. http://www.rti-rating.org/view_country?country_name=Czech%20Republic, 14.08.2015; Rumunija: *Law on Free Access to Information of Public Interest*, “Official Gazette of Romania”, No. 544/2001 663/2001, arts. 21-22. <http://www.rti-rating.org/wp-content/uploads/Romania.pdf> 24.08-2015; Albanija: *Law on the Right to Information Over Official Documents*, “Official Gazette of Albania”, No. 8503/1999. arts. 14-18; Moldavija: “Official Gazette of Moldova” No. 982-XIV, 2000 arts. 21-24. http://www.freedominfo.org/regions/europe/Country%20Files/Moldova/law_on_access_to_information.pdf, 14.08.2015.

nje. Po žalbi protiv rešenja nosioca obaveze odlučuje neposredno viši organ. Kada takvog organa nema, rešenje po žalbi donosi funkcioner organa koji je odluk doneo u prvom stepenu. Drugostepeni organ donosi rešenje po žalbi u roku od 15 dana od njenog prijema. Ako rešenje po žalbi nije doneto u ovom roku, smatra se da je žalba odbijena. Konačno rešenje može biti preispitano od strane suda u skladu sa zakonom o upravnim sporovima.¹⁶

Specifičnosti SPI o čemu je prethodno bilo reči, dovela je do nastanka drugog, novog modela zaštite ovog prava. Kod ovog modela, ustanovljeni su posebni, nezavisni i samostalni, inoksoni ili kolegijalni državni organi, kojima je povereno vršenje upravno-pravne kontrole, a čije konačne odluke (najčešće rešenja) mogu biti podvrgnute preispitivanju od strane suda, pokretanjem postupka upravno-sudske zaštite. Ovaj model upravno-procesne zaštite, ustanovljen je u Sloveniji, Islandu, Srbiji, Hrvatskoj, Makedoniji, Crnoj Gori, Irskoj, Velikoj Britaniji, Estoniji i drugim zemljama.¹⁷ Kao primer, uzećemo Hrvatsku.

Hrvatska je sa prvobitnog klasičnog modela, koji je bio ustanovljen Zakonom iz 2003. godine,¹⁸ prešla na model upravno-procesne zaštite uz učešće nezavisnog kontrolnog organa sa izvršnim ovlašćenjima donošenjem novog *Zakona o pravu na pristup informacijama* (SPPI) 2013. godine. Ovim zakonom, ustanovljen je poseban, nezavistan i samostalan državni organ – *Poverenik za informiranje*, koga bira Hrvatski sabor na period od pet godina.¹⁹ Poverenik, između ostalog, obavljajući poslove drugostepenog tela, rešava po žalbi o ostvarivanju SPI. Pošto organ javne vlasti od koga je tražena informacija donese rešenje o odbijanju ili kada ne odluči o zahtevu podnosioca, podnosilac može izjaviti žalbu Povereniku u roku od 15 dana od dana dostavljanja rešenja, odnosno od dana kada je istekao rok u kome je organ javne vlasti bio dužan da odluči o zahtevu. Poverenik dono-

¹⁶ Uporedi: *Law on Free Access to Information*, "Official Gazette of Czech Republic" 106/1999, ars. 13-20.

¹⁷ Uporedi: Slovenija: *Zakon o dostupu do informacij javnega značaja* – ZDIJZ, *Uradni list RS*, br. 24/03. <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO333610.08.2015>; *Zakon o informacijskem pooblaščenju* - ZnfP Slovenija, "Uradni list RS" br. 113/05, <http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlurid=20055005>, 11.08.2015; Hrvatska: *Zakon o pravu na pristup informacijama* - ZPPI Hrvatska, "Narodne novine RH", br. 25/13, http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2013_02_25_403.html, 20.08.2015; Makedonija: *Zakon za slobodan pristup do informacij od javnog karaktera*, *Službeni vesnik na Republika Makedonija*, br. 13/2006; Crna Gora: *Zakon o slobodnom pristupu informacijama*, "Službeni list Crne Gore", br. 44/2012; Irska: *Access to Information Act*, "Official Gazette of Republic of Ireland", No. 13/97, <http://www.irishstatutebook.ie/1997/en/act/pub/0013/>, 21.08.2015, etc.

¹⁸ Uporedi: *Zakon o pravu na slobodan pristup informacijama*, "Narodne novine RH", br. 172/03.

¹⁹ ZPPI Hrvatska, 2013, čl. 35-37.

si rešenje po žalbi najkasnije u roku od 30 dana, pri čemu rešenje dostavlja stranci preko prvostepenog organa. Poverenik, kada se zahtev tražioca odnosi na informaciju koja može biti izuzeta od pristupa, preispituje da li je organ pravilno sproveo test srazmernosti i javnog interesa, pri čemu je rok za donošenje rešenja 60 dana. Kada utvrdi da je žalba osnovana, Poverenik će rešenjem korisniku omogućiti pristup informaciji. Protiv rešenja Poverenika žalba nije dopuštena, ali se može pokrenuti upravni spor pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske. Ovaj sud dužan je doneti odluku o tužbi u roku od 90 dana. Tužba ima suspenzivno dejstvo ako je rešenjem omogućen pristup informaciji. Protiv rešenja Poverenika tužbu može izjaviti kako podnosilac zahteva, tako i organ koji je doneo prvostepeno rešenje.²⁰

Treći model ima dve suštinske karakteristike. Prva je da kontrolu vrši nezavisan i po pravilu, kolegijalni organ, a drugi je da ovaj organ ne donosi pravno obavezujuće odluke, odnosno konačno rešenje, jer nije reč o organima koji imaju "imperijum", već je reč o preporukama i mišljenjima upućeni organima od koga je tražena informacija, u slučajevima kada je uskraćen pristup. Ovakav pravni režim ustanovljen je u Francuskoj, Belgiji, Kanadi, Mađarskoj Portugalu i još nekim zemljama,²¹ pri čemu, u pojedinim od njih, postoji i mogućnost sudske zaštite SPI a u nekima je ona alternativno određena.

Belgijskim zakonom iz 1998 godine, koji je poslednji put izmenjen i dopunjen 2004. godine, osnovana je *Komisija za pristup aktima državne uprave*. Sastav i rad Komisije utvrđuje se dekretom Kralja. Članove Komisije predlaže Savet ministara. Kada je zahtev tražioca odbijen, tražilac informacije od organa koji je zahtev odbio može tražiti da ponovo razmotri zahtev, što znači da u ovom slučaju nije reč o instancionoj kontroli, odnosno "klasičnoj" žalbi. Međutim, tražilac istovremeno može podneti zahtev i Komisiji. Komisija dostavlja svoje mišljenje u roku od 30 dana od dana prijema zahteva, organu javne vlasti i tražiocu. U slučaju da Komisija ne dostavi mišljenje u ovom roku, ono i neće biti uzeto u obzir. Organ javne vlasti, preispituje zahtev i obaveštava tražioca i Komisiju o ponovljenom razmatranju ili odbija žalbu rešenjem u roku od 15 dana od dana prijema mišljenja Komisije. Organ javne vlasti može da se, pre donošenja odluke konsul-

²⁰ Uporedi. ZPPI Hrvatska, čl. 25-26.

²¹ Uporedi: Francuska: *Loi portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal*, Loi No. 753/1978, No. 321/2000, No. 650/2005, <http://www.rti-rating.org/wp-content/uploads/France.pdf>, 20.08.2015; Belgija: *Loi relative à la publicité de l'administration*, 11. Avril 2004, (Modifiée par Loi 25 Juin 1998. et Loi 26, Juin 2000), Art. 8. Par. 1-3. <http://www.rti-rating.org/country-data>, 22.08.2015; Kanada: *Access to Information Act*, R.S., 1985, c. A-1, arts. 54-66. <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-1/> 22.08.2015; etc.

tuje sa Komisijom. Ukoliko organ javne vlasti ne dostavi obaveštenju u roku, zahtev se smatra odbijenim. Kada je zahtev tražioca i pri ponovljenom razmatranju odbijen, tražilac može izjaviti tužbu Državnom savetu, na osnovu Zakona o državnom savetu. Uz tužbu, tražilac dostavlja i mišljenje Komisije. Odluka Državnog saveta je konačna.²²

SPECIFIČNOSTI SRPSKOG MODELA OSTVARIVANJA I ZAŠTITE PRAVA NA PRISTUP INFORMACIJAMA

Republika Srbija, opredelila se, od samog početka, kada je i usvojen Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja 2004. godine (u daljem tekstu ZSPI), za veoma specifičan model ostvarivanja ovog prava. Zapravo, dok u pogledu zaštite SPI možemo da konstatujemo da srpski model zaštite (uz određene specifičnosti) pripada drugom modelu koji pronalazimo u uporednom pravu, način ostvarivanja SPI, u odnosu na sve druge prethodno pomenute zemlje je drugačiji, jer je u potpunosti u funkciji shvatanja da ljudska prava, odnosno, u širem smislu prava građana, sama po sebi građanima i pripadaju. Tako je način njegovog ostvarivanja u potpunosti u "duhu" savremene teorije prirodnog prava.

Postupak za ostvarivanje SPI pokreće se podnošenjem zahteva organu javne vlasti koji raspolaže informacijom. Zahtev se može podneti kako u pismenom tako i u usmenom obliku. Kada se informacija traži usmeno, zahtev se saopštava u zapisnik koji vodi ovlašćeno lice organa javne vlasti za pristup informacijama. Posebno je važno istaći da tražilac ne mora navesti razloge za podnošenje zahteva. Evidentno je da je zahtev kroz navedena zakonska rešenja lišen formalnosti, te da tražilac nema obavezu da navodi razloge traženja informacije.²³ Organ vlasti je dužan da bez odlaganja (odnosno odmah), a najkasnije u roku od 15 dana od dana prijema zahteva, postupi po zahtevu tražioca. To znači da je organ vlasti dužan da najkasnije u ovom roku, tražiocu omogući ostvarivanje prava na pristup informacijama. Zakonom je predviđena i mogućnost da ovaj roku bude produžen do 40 dana, a ako se informacija odnosi na npr. zaštitu života i slobode pojedinca rok je kraći, tačnije samo 48 časova.²⁴

Kada organ vlasti omogući tražiocu pristup informaciji o tome neće izdati posebno rešenje, već će sačiniti službenu belešku. Organ vlasti pismeno oba-

²² Uporedi: Belgium, *Loi relative à la publicité de l'administration*, art. 8. Par. 1-3.

²³ Uporedi: *Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja* - ZSPI "Službeni glasnik RS", br. 120/04, 54/07, 104/09, 36/10, čl. 15. st. 5-6; Dejan Milenković, *Priručnik za primenu Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja*, Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, Beograd, 2010, str. 93.

²⁴ Uporedi: ZSPI čl. 16. st. 1-9.

veštava tražioca: da poseduje ili da ne poseduje traženu informaciju, da može da izvrši uvid u dokument koji sadrži traženu informaciju u službenim prostorijama organa vlasti u određeno vreme i na određeni način, odnosno da će mu izdati ili dostaviti kopiju tog dokumenta sa iznosom nužnih troškova kopiranja ili dostavljanja. Samo u slučaju kada organ javne vlasti odbija zahtev tražioca, on donosi rešenje kao autoritativni akt kojim uprava odlučuje o pravima, obavezama i pravnim interesima pojedinca u upravnoj stvari. Rešenje mora da bude pismeno i obrazloženo. Smatra se kao da je organ doneo rešenje o odbijanju i kada "čuti" (poznati institut upravno-procesnog prava – "čutanje uprave"), odnosno kada na zahtev tražioca ne odgovori u roku. Cela dikcija postuka, ukazuje na to da se SPI ostvaruje kroz upravno postupanje a ne upravno odlučivanje.²⁵

Međutim, to otvara jedno prethodno pitanje. Da li je sadašnji postupak za ostvarivanje SPI utvrđen u ZSPI poseban postupak ili je poseban upravni postupak, na koji se supsidijarno primenjuju odredbe Zakona o opštem upravnom postupku. Odgovor na ovo pitanje nije ni malo jednostavan. Kako sam ZSPI predviđa supsidijarnu primenu Zakona o opštem upravnom postupku, u prvi mah bi se moglo zaključiti da je reč o jednom od brojnih posebnih upravnih postupaka utvrđenim mnogobrojnim posebnim zakonima. Razlika između opšteg upravnog postupka utvrđenog Zakonom o opštem upravnom postupku i posebnih upravnih postupaka ogleda se u tome što su pravila opšteg upravnog postupka sadržana u jednom opštem procesnom zakonu, dok su pravila posebnih postupaka sadržana u odgovarajućim materijalnim zakonima (npr. Zakonu o patentu, i dr). To znači da praktično nema posebnih procesnih zakona koji propisuju posebne upravne postupke, već su posebni upravni postupci propisani posebnim odredbama materijalnih zakona za odgovarajuću oblast.²⁶ Međutim, čini se da ovo razgraničenje nije dovoljno da bismo zaključili da je postupak utvrđen ZSPI samo poseban upravni postupak, te je za rešenje ove dileme neophodno preispitati neke osnovne pravne institute upravnog prava, a pre svega institut upravne stvari.

Upravna stvar je jedan od važnih instituta upravnog prava kao sistematizovane celine pravnih odnosa i pravnih normi.²⁷ Upravna stvar, shodno pozitivno-pravnim propisima (Zakonom o upravnim sporovima) određuje se kao..."pojedinačna nesporna situacija od javnog interesa u kojoj neposredno iz pravnih propisa proizilazi potreba da se buduće ponašanje stranke autoritativno pravno odredi".²⁸

²⁵ Uporedi: ZSPI, čl. 16. st. 1-9; Dejan Milenković, op. cit., str. 98-100.

²⁶ Uporedi: Stevan Lilić, *ZUP i ZUS*, Savremena administracija, Beograd, 1999, str. 12-13.

²⁷ Uporedi: Ivo Krbeč, *Pravo javne uprave I*, Zagreb, 1960, str. 99.

²⁸ *Zakon o upravnim sporovima - ZUS*, "Službeni glasnik RS" br. 111/09. čl. 5.

ZSPI, u vezi sa postupkom pred organom, utvrđuje da organ javne vlasti postupa po zahtevu tražioca, čime tražiocu obezbeđuje da ostvari svoje pravo. Ostvarivanje prava, ne obezbeđuje se donošenjem pozitivnog upravnog akta, odnosno pozitivnog rešenja kojim javna uprava "dozvoljava" pristup informacijama, jer u tom slučaju, SPI ne pripada sama po sebi građanima, već predstavlja predmet upravnog odlučivanja i autoritativne delatnosti uprave. Postupanje organa u ovom Zakonu se okončava obaveštavanjem, tačnije jednom od neautoritativnih aktivnosti javne uprave (upravnim radnjom saopštavanja). Organ odlučuje po zahtevu i može ga odbiti samo onda kada se zahtev odnosi na informacije koje se odnose na pretežnije interese utvrđene zakonom i nakon sprovođenja tzv. "testa proporcionalnosti". Tako se SPI kao pravo građana u našem pravu ne "svodi" na pojam upravne stvari, bar ne u onom smislu u kome ovaj pojam proizilazi iz našeg pozitivnog zakonodavstva, kao "čista" autoritativna delatnost uprave u kojem uprava autoritativno odlučuje o pravu. Kako je pojam upravne stvari osnov za razgraničenje upravnog postupka od drugih vrsta postupaka, možemo zaključiti da je postupak ostvarivanja SPI, u ovom trenutku, jeste poseban postupak, na koji se supsidijarno primenjuju odredbe Zakona o opštem upravnom postupku.

Zato postupak utvrđen ZSPI u budućnosti može značajno da doprinese reformi opšteg upravno-procesnog zakonodavstva i iz temelja ga promeni, jer je ovim Zakonom uvedena obaveza za organ javne vlasti da u ostvarivanju prava građana postupe (neautoritativna aktivnost) kako bi građanima obezbedili ostvarivanje prava, odnosno da o pravu odlučuju (autoritativna aktivnost) samo u zakonom određenim slučajevima kada je konkretno pravo u direktonoj suprotnosti sa nekim značajnijim (pretežnijim) interesom. Tako ovaj posebni postupak "prenet" u neki budući zakon o opštem upravnom postupku, može "suštinski" da utiče na preobražaj javne uprave ali i države iz "aparata vlasti" u upravu kao "servis" građana.

Zato raduje što novi, (doduše već treći od 2011. godine) Nacrt Zakona o opštem upravnom postupku iz juna 2015. godine, prepoznaje potrebu da temeljno redefiniše pojam upravne stvari. U ovom Nacrtu, upravna stvar se ne posmatra isključivo kao autoritativno odlučivanje, već je određuje na sledeći način: "Upravna stvar..., jeste pojedinačna situacija u kojoj organ, neposredno primenjujući zakone i druge propise, pravno ili faktički utiče na položaj stranke, tako što donosi upravne akte, zaključuje upravne ugovore, preduzima upravne radnje i pruža javne usluge. Upravna stvar je i svaka druga situacija koja je zakonom određena kao upravna stvar".²⁹ Prema tome, u skladu sa novim konceptom upravne stvari, pro-

²⁹ *Nacrt Zakona o opštem upravnom postupku*, Ministarstvo državne uprave i lokalne samouprave, jun 2015. <http://www.mduls.gov.rs/dokumenta-zakoni-javne-rasprave.php> 31.08.2015.

cedura ostvarivanja SPI ne bi ni formalno bila predmet “upravnog odlučivanja” već “upravnog postupanja”.

Određene specifičnosti i značajna odstupanja u odnosu na opšti upravni postupak, ali i uporedno-pravne modele zaštite SPI postoje i kada je reč o postupku “instancione” kontrole. Najpre, kada je reč o podnošenju žalbe, žalba se direktno podnosi nezavisnom kontrolnom organu – Povereniku za informacije od javnog značaja (i zaštitu podataka o ličnosti), koji odlučuje po žalbi. U tom smislu, ne primenjuju se odredbe ZUP-a koje se odnose na rad prvostepenog organa po žalbi.³⁰ Drugo važno obeležje, jeste da se žalba ne može izjaviti Povereniku za informacije od javnog značaja, ako je do odbijanja pristupa informacijama došlo od strane šest najviših državnih organa, jer se protiv rešenja Narodne skupštine, predsednika Republike, Vlade Republike Srbije, Vrhovnog suda Srbije, Ustavnog suda i Republičkog javnog tužioca ne može se izjaviti žalba Povereniku, ali se može pokrenuti upravni spor.³¹ U Sloveniji na primer, u kome je ustanovljen sličan model zaštite, žalba se može izjaviti i protiv rešenja najviših državnih organa.³² Međutim, ono što treba označiti kao značajnu i dobru karakteristiku, po čemu se srpski model, komparativno posmatrano, razlikuje od npr. modela zaštite u Hrvatskoj, Sloveniji ili Ujedinjenom Kraljevstvu³³ je u tome što protiv odluke kontrolnog organa (poverenika, tribunala i sličnih), organ javne vlasti koji je doneo rešenje o odbijanju pristupa informacijama ne može podneti tužbu nadležnom sudu. U poslednjih nekoliko godina primene ZSPI, u više desetina slučajeva, organ vlasti od kojeg je tražena informacija, nezadovoljan rešenjem Povernika, tužbom je, (do 2010. pred Vrhovnim sudom a od 2010. godine pred Upravnim sudom), nastojao da pokrene upravni spor. Nadležni Sud je svojom rešenjem, takve tužbe do sada redovno odbacivao. Ovo rešenje ne priozilazi direktno iz ZSPI, već iz ZUS-a, jer iz primene ZUS-a proističe da organ javne vlasti protiv kojeg je Poverenik u postupku po žalbi doneo rešenje nema aktivnu legitimaciju za podnošenje tužbe Sudu, pa samim tim nema ni mogućnost da tužbom pokrene upravni spor, već u njemu može biti samo tuženi.³⁴ Tako je drugostepeno rešenje Poverenika kojim se osporava rešenje organa javne vlasti kojim se odbija pristup

³⁰ Uporedi: *Zakon o opštem upravnom postupku*, “Službeni list SRJ”, br. 33/97 i 31/01 i “Službeni glasnik RS”, br. 30/10, 224-228.

³¹ Uporedi: ZSPI, čl. 22. st. 2-3; Dejan Milenković, op. cit., str. 107-108.

³² ZInFP - Slovenija, čl. 27.

³³ Uporedi: ZInFP - Slovenija, čl. 10-11; ZPPI Hrvatska, *Narodne novine RH*, br. 25/13, čl. 35-37. *Freedom of Information Akt UK*, November 2000, Ars. 6, 50-59.

³⁴ Uporedi: ZUS, čl. 11-12.

informacijama i nalaže organu da postupi po zahtevu tražioca, za konketni organ javne vlasti obavezujuće, konačno i izvršno.³⁵

ZAKLJUČAK

– OSTVARIVANJE I ZAŠTITA PRAVA NA PRISTUP INFORMACIJAMA I PRIRODNO-PРАВNA DOKTRINA

U razvijenim demokratskim zemljama zapada, prvobitni “formalno-normativistički” koncept pravne države odavno prevaziđen. Prepoznavanje ideje o prirodnom pravu i međunarodnim ljudskim pravima kao idealu modernog društva, dodatno je ubrzalo menjanje i unapređivanje prvobitnog koncepta pravne države. Unapređeni teorijski koncept pravne države, sadržanski je identičan pojmu vladavine prava (Rule of Law) koji se razvio u anglosaksonskom pravu. Pojam vladavine prava proistekao je iz shvatanja da nije dovoljno da državna vlast bude ograničena pravom, bitno je i to da pravo bude valjano po sadržini što dovodi do vezivanja prava za pravdu, moralne zakone i druge drevne običaje.³⁶

Ove promene u teorijskom pristupu, izazvane, između ostalog i internacionalizacijom ljudskih prava kao prirodnih prava nakon Drugog svetskog rata, dovele su i do promena koncepta tzv. državne uprave (uprave kao vlasti) i stvaranja koncepta uprave kao složenog sistema regulacije društvenih procesa prema kome se vršenje upravnih aktivnosti ne može svesti isključivo na vršenje državne vlasti, već ono mora obuhvatati i vršenje onih aktivnosti kojima se stvaraju neophodni uslovi za nesmetan život i rad građana i napredak društva kao celine. Delatnost uprave počinje da obuhvata različite aktivnosti u okviru kojih se prožimaju elementi kako autoritativnog, tako i neautoritativnog karaktera. Prema ovoj koncepciji, izvršavanje zakona nije osnovni cilj uprave, već samo okvir njenog delovanja. U njoj princip proporcionalnosti odnosno legitimiteta upravnog delovanja, kao i princip javnosti (otvorenosti i transparentnosti), imaju ogroman značaj. Posebno je potrebno naznačiti ulogu u ovoj transformaciji javne uprave, imalo SPI. Ono je i afirmisalo i princip otvorenosti i transparentnosti kao jedno od osnovnih “globalnih” principa upravnog delovanja.

Specifičnosti SPI, kojim se afirmiše uloga građana kao “četvrtе” vlasti, zahtevalo je i pronalaženje specifičnih “modela” ostvaravanja ovog prava kao i upravno-procesne, drugih sličnih modela zaštite. Republika Srbija donela je ZSPI tek 2004. godine, ali se pri koncipiranju načina ostvarivanja i zaštite ovog prava, opre-

³⁵ Uporedi: ZSPI, čl. 28.

³⁶ Uporedi: Radmila Vasić, *Princip vladavine prava*, u zborniku: *Ustavnost i vladavina prava*, pr. Kosta Čavoški, CUPS, Beograd, 2000. str. 16-17.

delila za najefikasniji model, a sam ZSPI od strane relevantnih međunarodnih nevladinih organizacija³⁷ proglašen je 2012. godine najboljim na svetu.

Ostvarivanje i zaštita SPI u Republici Srbiji, u duhu je teorije prirodnog prava. Reč je o pravu koje samo po sebi pripada svakom fizičkom i pravnom licu, domaćem i stranom, a pošto ono samo po sebi već pripada "građanima", organ javne vlasti ne odlučuje o zahtevu tražioca već po njemu "postupa". Na taj način, postupanje javne uprave, a u širem smislu organa javne vlasti, "ne tretira" se kao autoritativna, već neautoritativna delatost uprave, odnosno jedna od upravnih radnji saopštavanja, jer organ kome je zahtev upućen, odlučuje o ovom pravu samo onda, kada nakon primene testa "proporcionalnosti" ograniči pristup informacijama u posedu organa javne vlasti, i to samo iz zakonom utvrđenih razloga. Na ovaj način, menja se i funkcija uprave u celini. Javna upravu, u kontekstu teorije prirodnog prava i ostvarivanja SPI postaje servis građana a ne suverena vlast koja o njemu odlučuje.

Takođe, pošto nezavisni kontrolni organ - Poverenik za informacije od javnog značaja (i zaštitu podataka o ličnosti) odlučuje po žalbi tražioca informacije, ovaj organ je funkciji obezbeđenja transparentnosti rada javne uprave i zaštite SPI. Njegova rešenja kao upravni akti su zato za upravu, odnosno organe javne vlasti obavezujuća, konačna i izvršna, a protiv takvog rešenja organ javne vlasti ne može tužbom pokrenuti upravni spor.

U prethodno navedenom značenju, "radikalna" promena opšteg upravnog postupka, bila bi učinjena ako bi, u budućnosti, način ostvarivanja i drugih prava, bila obezbeđena na sličan način, odnosno kroz postupanje javne uprave pri ostvarivanju prava građana a ne kao što je to danas slučaj, kroz upravno odlučivanje, koji nas vraća na zastareli teorijski koncept uprave kao vlasti. Prvi korak u tom pravcu je već učinjen u sadašnjem Nacrtu Zakona o opštem upravnom postupku koji je značajno proširio sam pojam upravne stvari, a kojim su obuhvaćene i neautoritativne aktivnosti uprave.

Način ostvarivanja i zaštita SPI u Republici Srbiji, korespondira i u funkciji je teorije prirodnog prava, i sa stanovišta građana, predstavlja značajan korak u prevazilaženju formalne i stvaranju neposredne demokratije shvaćene kao vladavine naroda, a zakonom utvrđeni način njegovog ostvarivanja može predstavljati solidnu osnovu za neko buduće vreme, u kome će opšti upravni postupak biti zasnovan na "upravnom postupanju" a ne kao što je do danas slučaj, na "upravno odlučivanju" i kada je reč o drugim pravima građana.

³⁷ Reč je o međunarodnim nevladinim organizacijama *Access Info* i *Centre for Law and Democracy*, koje su po ustanovljenoj metodologiji izvršili rangiranje zakona o slobodnom pristupu informacijama u više od 100 zemalja sveta. Dostupno na: <http://www.rti-rating.org>, 10.08.2015.

DEJAN MILENKOVIĆ Ph.D.,
Vice Dean, Associate Professor, Faculty
of Political Sciences, University of Belgrade

CERTAIN SPECIFICS OF IMPLEMENTATION
AND ADMINISTRATIVE-PROCEDURAL PROTECTION
OF FREE ACCESS TO INFORMATION IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Since the earliest times, with development of state and law, a man was looking for true natural law. After the World War II, the quest for improvement of the original concept of the *Rechtstaat* had started and human rights ceased to be an expression of “sovereignty” of a state, acquiring a universal character. In the mid 60-ies of XX century, from the freedom of expression, as a fundamental political right, gradually set aside one special and specific right - the right of access to information (FOIA), which has expanded to all continents. It affirms the role of citizens as “fourth power”, and on the other, ensures the implementation of one of the basic principles of modern public administration - the principle of transparency. Specifics of this law have led to development of many different models of realization and its administrative-procedural protections in national legal systems. Barely in 2004, with the adoption of the FOIA Law, Republic of Serbia determined the way of realization and protection of this right. Specifics of implementation and administrative protection of the FOIA in Serbia, can significantly contribute to the “radical” reform of the general administrative procedure in the future, which is a key factor for the actual transformation of public administration in a functional sense, from the administration as an instrument of power to administration as a citizens service.

TREĆA KATEDRA

**PRAVO
NA IMOVINU**

**Opšta pitanja – Kodifikacije – Svojina
– Ugovor i odgovornost za štetu**

VITOMIR POPOVIĆ

O ARGUMENTIMA ZA DONOŠENJE GRAĐANSKOG ZAKONIKA REPUBLIKE SRPSKE

U V O D

Vlada Republike Srbije je, uvažavajući dugogodišnju inicijativu Kopaoničke škole prirodnog prava i Udruženja pravnika Srbije, donijela odluku o imenovanju Komisije za kodifikaciju građanskog prava i izrade Građanskog zakonika Republike Srbije¹.

Prilikom donošenja ovakve odluke i prihvatanja inicijative Kopaoničke škole prirodnog prava i Udruženja pravnika Republike Srbije, Vlada je pošla od sljedećih činjenica:

1. Da je Srbija još 1844. godine donijela svoj Građanski zakonik koji je ostao na snazi sve do 1946. godine, kada je sa svim zakonima Srbije i predratne Jugoslavije pod pritiskom novoosnovane komunističke države i revolucionarne svijesti prestao da postoji;

2. Da u Republici Srbiji postoji ustavni osnov za donošenje Građanskog zakonika u oblasti građanskopravnih odnosa;

3. Da je Republika Srbija jedna od rijetkih zemalja koja nema svoj Građanski zakonik iako je bila među prvim evropskim zemljama koja ga je donijela u 19. vijeku;

Akademik prof. dr Vitomir Popović, dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci.

¹ Ova odluka Vlade je objavljena u "Sl. glasniku Republike Srbije" br. 104/06, 110/06, 85/09 i 53/13.

4. Da se rad na izradi ovog Građanskog zakonika ne bi trebao svoditi samo na prostu recepciju posebnih zakona u građanskopravnoj oblasti i njihovo tehničko uobličavanje u smislu kodeksa, nego bi on prije svega trebao da obuhvati analizu posebnih zakonskih rješenja, njihovo osavremenjivanje i nadogradnju a naročito usklađivanje sa savremenim civilizacijskim tekovinama, pravnom praksom i teorijom²;

Zahvaljujući predanom radu Komisije a naročito krajnjem požrtvovanju i upornosti njenog predsjednika akademika prof. dr Slobodana Perovića ova Komisija je utvrdila osnovnu koncepciju i orijentacioni sadržaj Građanskog zakonika, izradila njegovu radnu verziju u tzv. formi „prednacrt“ i dostavila ga pravničkoj i ostaloj javnosti na javnu raspravu.

Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije se sastoji od 5 dijelova odnosno knjiga i to:

1) Opšteg dijela, koji pored uobičajnih uvodnih odredbi sadrži i posebne odredbe posvećene subjektima građanskog prava tj. fizičkim i pravnim licima sa svim njihovim atributima, subjektivnim pravima, imovini, pravnim poslovima, zastupanju, objektima građanskog prava, proteku vremena, odnosno dejstvu protoka roka i njegovog računanja itd.;

2) Obligacionopravni odnosi koji, pored opštih odredbi, regulišu oblast ugovora, prouzrokovanje štete, neosnovano bogaćenje, nezvano vršenje tuđih poslova, jednostranu izjavu volje, prava povjerioca i dužnikove obaveze, ispunjenje obaveza, ostale načine prestanka obaveza, zastarjelost, novčane obaveze, obaveze sa više predmeta, ustupanje potraživanja, detaljna regulisanja međusobnih prava i obaveza u ugovornim odnosima itd.;

3) Stvarnopravni odnosi, koji su, pored opštih odredbi o svojini i njenih ograničenja, posvećeni sticanju prava svojine sa posebnim aspektom na ova sticanja na osnovu pravnog posla, zakona, odražaja, priraštaja, građenja na tuđem zemljištu, sađenja i sejanja na tuđem zemljištu, različitim oblicima prirastanja zemljišta, prestanku prava svojine, zaštiti prava svojine, etažnoj svojini, susjedskim pravima, pravu preče kupovine, stvarnim službenostima, ličnim službenostima, založnim pravima, itd.;

4) Porodični odnosi, koji pored opštih odredbi, sadrže i odredbe o zaključanju braka, prava, dužnosti i slobode supružnika, prestanak braka, odnose djeteta i roditelja, o usvojenju, zasnivanju hranjenja, izdržavanju, imovinskim odnosima supružnika, zaštiti od nasilja u porodici, posebnim postupcima u porodičnopravnim sporovima, itd.;

² Poblje o razlozima za donošenje Građanskog zakonika Republike Srbije vidjeti u prvoj knjizi Komisije koja nosi naslov “Rad na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije- izvještaj Komisije sa otvorenim pitanjima” objavljene novembra 2007. godine.

5) Oblast nasljeđivanja, koja pored opštih odredbi, reguliše nasljeđivanje na osnovu zakona, zavještanja (testamenta, posljednje volje), ugovora u nasljednom pravu, prelazak zaostavštine na nasljednike itd.

Paralelno sa objavljivanjem svake od navedenih knjiga, u okviru godišnjih savjetovanja pravnika (na Kopaoničkoj školi prirodnog prava), savjetovanja pravnika u privredi u Vrnjačkoj banji, Budvanskim pravničkim danima, Oktobarskim pravničkim danima u Banjoj Luci, itd., kao i u okviru organizacije Ministarstva pravde Republike Srbije je *de facto* započela javna rasprava o ovom najvećem projektu u oblasti građanskopravnog zakonodavstva Republike Srbije.

Rad na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije je izazvao veliko interesovanje i u pravničkoj javnosti Republike Srpske. Ideja na donošenju Građanskog zakonika Republike Srpske, u početku nije nailazila na posebno interesovanje pravničke javnosti, ali je postepeno, a naročito privođenjem kraju izrade Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije i početkom obavljanja javne rasprave, počela sve više dobijati na značaju. Tako je jedan od osnovnih zaključaka na Međunarodnom savjetovanju pravnika u organizaciji Udruženja pravni-ka Republike Srpske i Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci pod nazivom „Oktobarski pravnički dani“ održanog u Banjoj Luci u vremenu 2. i 3. oktobra ove godine bio posvećen potrebi za donošenjem Građanskog zakonika Republike Srpske³.

Donošenje ovakvog Zakonika bi bilo od ogromnog značaja i Republici Srpskoj bi donijelo čitav niz prednosti u odnosu na zemlje koje nemaju svoj Građanski zakonik, a iskustva u izradi i donošenju Građanskog zakonika Republike Srbije bi bila dragocjena prilikom njegovog donošenja⁴.

PRAVNI OSNOV ZA DONOŠENJE GRAĐANSKOG ZAKONIKA

U formalnopravnom smislu ne postoje bilo kakve ustavnopravne ili druge prepreke za donošenje Građanskog zakonika Republike Srpske, iako Republika Srpska čini dio unutrašnje strukture Bosne i Hercegovine zasnovane na bazi Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini poznatiji kao Dejtonski mirovni sporazum od 14. decembra 1995. godine. Republika Srpska je osnovana 9. januara 1992. godine.

³ Zaključak o potrebi za donošenjem Građanskog zakonika Republike Srpske biće objavljen u časopisu „Pravna riječ“ broj 4 ovog skupa, čija je štampa u toku.

⁴ Pobljiže o tome vidjeti Vitomir Popović, „Nacrt Građanskog zakonika Republike Srbije kao preteča Građanskom zakoniku Republike Srpske“, *Aktuelna pitanja savremnog zakonodavstva*, Zbornik radova savjetovanja 8-12. jun 2015., HH Budvanski pravnički dani. Budva. 16.

Odmah po njenom osnivanju i donošenju Ustava pristupilo se izgradnji njene unutrašnje organizacije i donošenju njenog zakonodavno-pravnog okvira. Ustavnim zakonom za sprovođenje Ustava bilo je predviđeno da se na teritoriji Republike Srpske (tadašnja Republika Srpska Bosna i Hercegovina) primijenjuju zakoni SFRJ i SR BiH koji nisu u suprotnosti sa Ustavom do donošenja zakona od strane Narodne skupštine Republike Srpske.

U vremenu od 9. januara 1992. godine pa sve do 14. decembra 1995. godine kao dana stupanja na snagu Dejtonskog mirovnog sporazuma Narodna skupština Republike Srpske je donijela čitav niz zakona u skoro svim oblastima njenog života i rada i time izgradila svoj zakonodavno-pravni okvir neophodan za njeno funkcionisanje. Ovaj period od osnivanja Republike Srpske pa sve do stupanja na snagu Dejtonskog mirovnog sporazuma bi se mogao označiti kao prva faza u izgradnji njegovog zakonodavno-pravnog okvira.

Stupanjem na snagu Dejtonskog mirovnog sporazuma uslijedila je druga faza u razvoju njenog pravnog sistema. Ova faza je na određen način imala za cilj da odrazi „unutrašnju strukturu Dejtonske Bosne i Hercegovine“, shodno njenom Ustavu kao Aneksu 4 Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini. Prema članu 1.3 ovog Ustava Bosna i Hercegovina će se sastojati od dva Entiteta, Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske tako da nadležnosti Republike Srpske i njen zakonodavno-pravni okvir treba posmatrati u odnosu na, ne samo Ustav Republike Srpske, nego i Bosne i Hercegovine. Naime, prema ovom Ustavu Dejtonska Bosna i Hercegovina predstavlja složeni oblik državne zajednice koja spada u red tzv. država *sui generis* (posebne vrste) sa 13 Ustava i Statutom Brčko Distrikta koji *de iure* nije Ustav ali *de facto* to jeste s obzirom na obim nadležnosti i ovlašćenja koji regulišu odnos između izvršne, sudske i zakonodavne vlasti. Naime, prema arbitražnoj odluci Arbitraže za oblast Brčko, ovaj grad je proglašen posebnom jedinicom lokalne samopurave, a osnov za donošenje ove odluke je predstavljao Sporazum o razgraničenju između entiteta i odnosnim pitanjima, kao Aneks 2 Opšteg okvirnog sporazuma za mir u BiH⁵.

Ovako složenu unutrašnju strukturu Dejtonske Bosne i Hercegovine prati njena zakonodavno-pravna struktura. Naime, zakonodavna vlast se na nivou Bosne i Hercegovine ostvaruje putem Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, u Republici Srpskoj zakonodavnu vlast vrši Narodna skupština, u Federaciji Bosne i Hercegovine zakonodavnu vlast vrši Skupština Federacije Bosne i Hercegovine i 10 kantonalnih Skupština, a u Brčko Distriktu Skupština Brčko Distrikta, zavisno od toga kako i na koji način je izvršena podjela nadležnosti između zajednič-

⁵ Poblize o tome vidjeti član 5 Sporazuma o razgraničenju između entiteta i odnosnim pitanjima.

kih institucija u Bosni i Hercegovini, sa jedne strane i entiteta, odnosno Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine, sa druge strane.

U nadležnosti ustanova Bosne i Hercegovine, prema članu 3.1 Ustava spadaju: a) spoljna politika; b) spoljnotrgovinska politika; v) carinska politika; g) monetarna politika; d) finansiranje ustanova i međunarodnih obaveza BiH; đ) politika i propisi za useljavanje, izbjeglice i azil; e) sprovođenje krivičnih zakona na međunarodnom planu i između entiteta, uključujući odnose sa Interpolom; ž) uvođenje i rad sredstava za međusobne i međunarodne komunikacije; z) regulisanje saobraćaja između entiteta; i) kontrola vazdušnog saobraćaja.

Sve ostale državne funkcije i ovlaštenja koja ovim Ustavom nisu izričito dodijeljena institucijama Bosne i Hercegovine pripadaju entitetima.

Drugim riječima, prilikom opredjeljivanja za izradu Građanskog zakonika Republike Srpske mora se imati u vidu činjenica da se određen broj zakona nalazi u nadležnosti Bosne i Hercegovine, a drugi i pretežni dio tih zakona, naročito u oblasti građanskopravnog zakonodavstva, u nadležnosti Republike Srpske.

Zakoni na nivou i iz nadležnosti Bosne i Hercegovine se javljaju u dva vida: jedni kojima se meritorno rješavaju određena pitanja iz nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine i koji se kao takvi primijenjuju u Republici Srpskoj, i drugi u formi tzv. Okvirnih zakona koji samo u opštem ili pojmovnom smislu regulišu neka pitanja a u nadležnosti Republike Srpske ili Federacije Bosne i Hercegovine je donošenje meritornih zakona kojima se regulišu određene oblasti. Ovi drugi tzv. Okvirni zakoni su više u funkciji harmonizacije zakonodavstava između Republike Srpske, Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko Distrikta i vezani su za usaglašavanje domaćeg zakonodavstva sa Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju sa zemljama EU koji je potpisan 16. juna 2008. godine a stupio na snagu 1. juna 2015. godine.

Ako analiziramo strukturu zakonodavstva na nivou Bosne i Hercegovine i Republike Srpske sa aspekta donošenja Građanskog zakonika možemo doći do sljedećih zaključaka:

1) Na nivou Bosne i Hercegovine, barem u ovom momentu njenog Dejtonskog postojanja, ne postoje uslovi za donošenje ne samo Građanskog nego ni bilo kog drugog zakonika obzirom da je Ustavom Bosne i Hercegovine ograničena njena nadležnost u oblasti zakonodavstva i vezana je isključivo za određene oblasti njenog života koje prate nadležnost ustanova u Bosni i Hercegovini. To se prije svega odnosi na: a) Spoljnu politiku; b) Spoljnotrgovinsku politiku; v) Carinsku politiku; g) Monetarnu politiku, koja je određena članom VII;d)Finansiranje ustanova i međunarodnih obaveza Bosne i Hercegovine; đ) Politika i propisi za useljavanje, izbjeglice i azil; e) Sprovođenje krivičnih zakona na međunarodnom planu i između Entiteta, uključujući tu odnose sa Interpolom; ž) Uvođenje i rad

sredstava za međusobne i međunarodne komunikacije; z) Regulisanje saobraćaja između Entiteta; i) Kontrola vazdušnog saobraćaja⁶.

2) S druge strane, izuzev taksativno nabrojanih nadležnosti ustanova u Bosni i Hercegovini, u nadležnost Republike Srpske spadaju sve državne funkcije i ovlašćenja koja ovim Ustavom nisu izričito dodijeljena institucijama Bosne i Hercegovine⁷. Drugim riječima, u nadležnosti Republike Srpske je zakonodavstvo kojim se reguliše oblast građanskopravnih odnosa. Ovdje prije svega mislimo na obligacionopravno, stvarnopravno, porodičnopravno, nasljednopravno, procesnopravno i druge oblike građanskog zakonodavstva. Posmatrano u ovom kontekstu, Republika Srpska je donijela svoj Zakon o obligacionim odnosima⁸, Zakon o stvarnim pravima⁹, Porodični zakon¹⁰, Zakon o parničnom postupku¹¹, Zakon o izvršnom postupku¹², itd.

Drugim riječima, postojeće građanskopravno zakonodavstvo Republike Srpske ima sve, ne samo praktičnopravne nego i teoretskopravne pretpostavke za donošenje Građanskog zakonika Republike Srpske, odnosno Republika Srpska kao i Republika Srbija ima sve pretpostavke da pristupi izradi i donošenju svog Građanskog zakonika. Na ovaj način bi se manifestovala sigurnost njenog pravnog sistema i ona bi se istovremno svrstala u red onih zemalja koje imaju svoj Građanski zakonik.

Prve ideje za donošenje jednog Građanskog zakonika Republike Srpske su se javile u vrijeme donošenja Zakona o obligacionim odnosima februara mjeseca 2001. godine. Naime, Zakon o obligacionim odnosima je donesen 1978. godine. Ovaj Zakon, kao zakon bivše SFRJ je mijenjan u nekoliko navrata i to 1985, 1989. i 1993. godine. U pravni sistem Republike Srpske, Zakon o obligacionim odnosima je implementiran na osnovu člana 12. Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srpske u istovjetnom tekstu¹³. Uz neznatne izmjene, ovaj zakon je preuzet i u pravni sistem Federacije Bosne i Hercegovine ali i pravne sisteme biv-

⁶ Poblže o tome vidjeti član 3.1 Ustava Bosne i Hercegovine.

⁷ Poblže o tome vidjeti član 3.3 Ustava Bosne i Hercegovine.

⁸ "Službeni glasnik Republike Srpske" broj 17/93, 3/96, 74/04.

⁹ "Službeni glasnik Republike Srpske" 124/08, 58/09, 95/11.

¹⁰ "Službeni glasnik Republike Srpske" 54/02, 41/08, 63/14.

¹¹ "Službeni glasnik Republike Srpske" 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09, 61/13.

¹² "Službeni glasnik Republike Srpske" 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12, 67/13.

¹³ Član 12. Ustavnog zakona za sprovođenje ustava RS, "Službeni glasnik Republike Srpske", broj: 21/92.

ših jugoslovenskih republika koje danas imaju status suverenih država¹⁴. Kao temelj za donošenje Zakona o obligacionim odnosima je poslužila Skica za zakonik o obligacionim odnosima koju je sačinio profesor dr Mihajlo Konstantinović, profesor Pravnog fakulteta u Beogradu¹⁵. Skica za zakonik o obligacionim odnosima i ugovorima je, pored modernih rješenja iz evropskih građanskih kodifikacija, sadržavala i rješenja koja je do tada prihvatila sudska i arbitražna praksa kako na prostorima bivše Jugoslavije tako i šire¹⁶.

Naime, radi se o jednom od najstabilnijih zakona koji je, uprkos brojnim društvenim i drugim promjenama vezanim za disoluciju bivše SFRJ ostao na snazi, uz neznatne suštinske i tekstualne izmjene, skoro 37 godina od njegovog donošenja a kao takav preuzele su ga sve bivše jugoslovenske republike koje su, prestankom postojanja bivše SFRJ, stekle državnopravni subjektivitet.

Mogući koncept i sadržaj Građanskog zakonika Republike Srpske

Donošenje Građanskog zakonika Republike Srpske bi imalo za cilj da obuhvati sva otvorena pitanja i moguća normativna rješenja u pojedinim oblastima građanskopravnih odnosa. Ova nova rješenja bi podrazumijevala ne samo usavršavanje i kompletiranje postojećih zakonodavnih rješenja u skladu sa postojećim naučnim, potrebama poslovne i sudske prakse nego i harmonizaciju ovog zakonodavstva sa evropskim pravom i pravom Evropske unije kao i čitavim nizom drugih međunarodnih konvencija i standarda koje čine korpus međunarodnog prava.

Ovdje naročito treba imati u vidu činjenicu da je Republika Srpska prilikom donošenja svog zakonodavstva u oblasti građanskopravnih odnosa vršila njegovo usaglašavanje sa pravom Evropske unije i drugim međunarodnopravnim standardima sadržanim u Dejtonskom mirovnom sporazumu i Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju koji je Bosna i Hercegovina potpisala sa zemljama Evropske unije 16. juna 2008. godine a koji je formalnopravno stupio na snagu 1. juna 2015. godine.

¹⁴ Zakon o obligacionim odnosima je ugrađen u pravne sisteme Republike Slovenije, Mađarske, Srbije i Crne Gore.

¹⁵ Skica za Zakonik o obligacionim odnosima je sačinjena 1968. godine i u sebi je sadržala niz rješenja koja su do tada bila poznata i kod ostalih evropskih kodifikacija kao npr. Švajcarskog zakonika o obligacijama iz 1911. godine, Francuskog Građanskog Zakonika (*Code Civil*) iz 1804. godine, Austrijskog Građanskog Zakonika iz 1811. godine, Njemačkog Građanskog Zakonika iz 1900. godine i sl.

¹⁶ Više o tome: Vitimir Popović, "Time-sharing i ugovor o lizingu u prijedlogu novog Zakona o obligacionim odnosima Republike Srpske", *Srpska pravna misao, časopis za pravnu teoriju i praksu*, broj: 1-4/2002, Banja Luka. 180.

Drugim riječima, sa pravom se može govoriti o stabilnom pravnom sistemu Republike Srpske, naročito u oblasti građanskopravnih odnosa, koji predstavlja *conditio sine qua non* za donošenje Građanskog zakonika Republike Srpske. Od izuzetnog značaja i neprocijenjive vrijednosti bi bila postojeća iskustva Republike Srbije i njene Komisije koja je učestvovala u donošenju, odnosno izradi radnog teksta Građanskog zakonika Republike Srbije.

Čini se da u posljednje vrijeme, naročito nakon završetka rada na radnoj verziji Građanskog zakonika Republike Srbije prevladava stav da bi Građanski zakonik Republike Srpske trebalo raditi kao Opšti građanski zakonik koji bi kao kodifikacija obuhvatio sve pravne cjeline koje čine konzistentan korpus građanskih prava koja su od najvećeg značaja za kvalitet života, rada i poslovanja svih građanskopravnih subjekata. Ovo na određen način znači odustajanje od ideje da se pristupi izradi Građanskog zakonika Republike Srpske za pojedine oblasti prava kao npr. obligaciono, stvarno, porodično, naljedno, procesnopravno itd.

Čini se da bi i ponuđena struktura Građanskog zakonika Republike Srbije, posebno imajući u vidu činjenicu o postojanju čitavog niza sličnosti između zakonodavstava Republike Srbije i Republike Srpske, kako u sadržajnom tako i u koncepcijskom pristupu, mogla biti u cjelosti prihvaćena. Dostignuta iskustva u izradi Građanskog zakonika Republike Srbije i uz angažovanje njegovih tvoraca, kao članova Komisije, bi bila od ogromne koristi i sa čitavim nizom vremenske prednosti pri izradi i donošenju Građanskog zakonika Republike Srpske.

Razlozi za donošenje Građanskog zakonika Republike Srpske

Donošenje Građanskog zakonika Republike Srbije je nametnulo potrebu za ozbiljnim razmišljanjima u cilju donošenja i Građanskog zakonika Republike Srpske. U tom smislu bi se mogli navesti brojni razlozi koji opravdavaju opredejeljenja Republike Srpske za donošenjem svog Građanskog zakonika. Ovi razlozi bi se kratko mogli sumirati u sljedećem:

1) Ustav Republike Srpske, u svom članu 70 sadrži pravni osnov za donošenje Građanskog zakonika;

2) Prema Ustavu Bosne i Hercegovine Republika Srpska ima nadležnost za donošenje čitavog niza zakona iz građanskopravne oblasti koje bi bile sastavni dio ovog Građanskog zakonika. U ove oblasti građanskog prava spadaju: obligacionopravna, stvarnopravna, porodičnopravna, nasljednopravna, procesnopravna, izvršnopravna, itd.;

3) Navedene oblasti građanskopravnih odnosa su, počev od 14.12.1995. godine kao dana stupanja na snagu Dejtonskog mirovnog sporazuma, usaglašavane sa pravom Evropske unije i Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju koje su ze-

mlje Evropske unije potpisale sa Bosnom i Hercegovinom 16. juna 2008. godine a koji je stupio na snagu 1. juna 2015. godine;

4) Sastavni dio ovako usaglašenog zakonodavstva predstavljaju i brojne međunarodne konvencije koje su u pravni sistem Republike Srpske preuzete bile na temelju Ustavnog zakona Republike Srpske ili na osnovu Ustava Bosne i Hercegovine i Republike Srpske;

5) Donošenje Građanskog zakonika bi bilo u funkciji izbjegavanja rascjepkanosti postojećeg pravnog sistema Republike Srpske u ovim oblastima i direktno bi uticalo na povećanje stepena njegove pravne sigurnosti;

6) Samim postojanjem Građanskog zakonika bi se izbjegle česte bespotrebne izmjene zakonodavstva u ovim oblastima;

7) Republika Srpska bi se, donošenjem Građanskog zakonika, svrstala u red onih zemalja i pravnih sistema koje su oblast građanskopravnih odnosa uredile Građanskim zakonikom;

8) Donošenjem Građanskog zakonika Republike Srbije i dostignuta iskustva vladine Komisije za izradu Građanskog zakonika bi bila od neprocijenjive vrijednosti u donošenju Građanskog zakonika Republike Srpske;

Pored navedenih postoji čitav niz drugih razloga za donošenje Građanskog zakonika Republike Srpske kojima se mi, radi pravne prirode ovog rada, nećemo ovom prilikom baviti.

ZAKLJUČAK

Završetak rada Komisije Vlade Republike Srbije za izradu Građanskog zakonika i otvaranje javne rasprave je nametnula potrebu za ozbiljnim razmišljanjem pravnika i nadležnih organa Republike Srpske za donošenjem Građanskog zakonika Republike Srpske. U tom smislu treba posmatrati zaključak građansko-pravne katedre sa tradiciionalnog međunarodnog skupa pravnika pod nazivom „Oktobarski pravnički dani“ održanog u Banjoj Luci u vremenu 2. i 3. oktobra 2015. godine. Od izuzetnog značaja u izradi Građanskog zakonika Republike Srpske bi bila iskustva do kojih je došla Komisija za izradu ovog zakonika Republike Srbije a samo donošenje Građanskog zakonika Republike Srpske bi bilo u funkciji daljeg jačanja njenog pravnog sistema i izbjegavanja njegove postojeće rascjepkanosti. U međunarodnopravnom smislu Republika Srpska bi se svrstala u red onih zemalja koje imaju svoje građanske zakonike.

Academician VITOMIR POPOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Banja Luka

ENACTING CIVIL CODE OF REPUBLIC OF SRPSKA
– PROS AND CONS

Summary

In this paper the author rethinks the idea of codification and promulgation of Civil Code of Republic of Srpska. The existing legal system, its constitutional framework, current concordance with the European and international law, and, especially, experiences of the Republic of Serbia Government Commission, are of great importance for its enactment. In this way, certain fragmentations in the field of civil law relations would be avoided, frequent and unjustified changes to the existing statutes would be hindered, further enhancing legal certainty in the legal system of the Republic of Srpska, and, especially, within the Republic and international community.

BRANKO MORAIT

AUTONOMIJA LIČNOSTI *SINE QUA NON* GRAĐANSKOG ZAKONIKA

U V O D

Subjekt prava je prvo pravno lice.¹ Čovjek je jedino lice koje po svojoj ontološkoj prirodi zahtijeva pravno određenje, jer je samosvjesno lice, sposobno da se ponaša prema normama, da svojom svješću određuje svoje ponašanje i da odgovara za protivpravno (nenormalno) ponašanje.² Pošto su ljudi jednaki svi treba da budu i subjekti prava.³ Ograničenja pravnog subjektiviteta, kao izuzetak od pravila, rezervisana su samo za one ljude koji su po prirodi nesposobni za puni subjektivitet (npr. nezrelošću ili bolešću).⁴ Biti subjekt prava, imati pravnu sposobnost kao nosilac prava i obaveza i biti, povrh toga, sposoban zasnivati prava i obaveze u smislu poslovne sposobnosti su formalno-pravne pretpostavke rezervisane za sve ljude.⁵ Svako formalno-pravno ograničenje pravnog subjektiviteta (autonomije ličnosti) vrijeđa dostojanstvo čovjeka i njegovu ontološku suštinu. Poznati

Dr Branko Morait, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banja Luci. Naslov članka za-pravo bi trebalo da glasi: "Autonomija ličnosti *sine qua non* građanskog zakonika i njeni neprijatelji".

¹ Dr Radomir D. Lukić : Sistem filozofije prava, "Savremena administracija", Beograd, 1992, str. 417.

² Ibid., 418.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid., 419.

su nam istorijski primjeri neopravdanog, formalno-pravnog, ograničavanja pravnog subjektiviteta odnosno autonomije ličnosti, robova u robovlasničkom društvu ili žena u pojedinim građanskim zakonicima odnosno starosjedilačkog indijanskog stanovništva u SAD.⁶ Pored čovjeka, kao bića prirode, i pravna lica su subjekti prava.⁷ Pravo podjednako priznaje i štiti “prirodne”, pojedinačne (fizička lica) i kolektivne, “vještačke”(pravna lica) subjekte prava obezbjeđujući im autonomiju ličnosti odnosno slobodu djelovanja odnosno djelanja. To proizilazi iz ontološkog bića čovjeka kao stvaralačkog i slobodnog, a pravno lice formiraju i čine ljudi u njemu udruženi i organizovani.⁸

Priroda stvari određuje prirodu prava.⁹ Bez autonomije ličnosti nema autonomije volje. Izjava volje leži u osnovi pravnog akta kao akta volje, koji ili sadrži pravnu normu ili uslov za primjenu neke druge norme.¹⁰ Među formalnim izvorima prava pretežan značaj imaju zakoni, a od zakona zakonicima odnosno kodifikacijama.¹¹ Akti društvenih organizacija koje donose same svoje akte i njima propisuju norme o ponašanju svojih članova, mada, same po sebi, nisu pravo u državno-pravnom smislu, mogu dobiti podršku državnog aparata prinude, tj. sankciju, i tada postaju pravne norme, opšti pravni akti autonomnog prava.¹² Aktima autonomnog prava država ne nameće pravila iz svoga heteronomnog prava nego dopušta određenim subjektima prava da samostalno uređuju vlastito ponašanje ili ponašanje svojih članova.¹³ Prirodno-pravno shvatanje autonomnog prava njega ne izvodi iz milosti države nego iz legitimnog prava koje je “urođeno” i “neotuđivo” pa ga država ne može ni da “podari”, jer bi tada ti subjekti izgubili svoju autonomiju.¹⁴ Predmet i metod regulisanja autonomnih pravnih odnosa obuhvata sve društvene odnose u kojima vlada autonomija volje.¹⁵

Autonomija ličnosti omogućava autonomiju volje, da subjekt prava, svojim slobodnim i svjesnim izjavama, samostalno formira svoje pravne obaveze, preuzima obaveze i stiče prava. Mada ima neki, gotovo svetački, oreol, autonomija lič-

⁶ Ibid., 418 i 419.

⁷ Ibid., 420.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid., 422.

¹⁰ Radimir D. Lukić, Budimir D. Košutić, Dragan M. Mitrović, Uvod u pravo, “Službeni list SRJ”, Beograd 1999., str. 448.

¹¹ Ibid., 487.

¹² Ibid., 493.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid., 494.

¹⁵ Ibid., 485.

nosti i sloboda volje nije bez svojih “neprijatelja”, kako jučer tako i danas. Upravo su heteronomni akti države najčešći “neprijatelji” pune autonomije ličnosti u pravu. Zbog toga je danas i ovdje najaktuelnije pitanje odnosa projekta građanske kodifikacije prema autonomiji ličnosti, autonomiji volje, privatnoj autonomiji, slobodi ugovaranja i slobodi testiranja. Pravni posao je pravni akt, sredstvo autonomije volje ličnosti kojim subjekti prava slobodno regulišu svoje pravne odnose.¹⁶ Autonomija volje stvara autonomne izvore prava, a cjelina pravnih normi privatnog prava (građanskog, pretežno imovinskog prava) predstavlja okvir u kojem subjekti prava slobodno, autonomno, djeluju i stvaraju. Ovo iz razloga, što, po prirodi stvari, u privatno-pravnim, građansko-pravnim odnosima opšte heteronomne norme privatnog prava nemaju dovoljno određene dispozicije, pa ih subjekti prava moraju dovoljno odrediti pravnim poslovima. Uolikoj mjeri će subjekti prava biti autonomni odnosno slobodni zavisice od konkretnih društvenih uslova.¹⁷ Konkretno društvene uslove u Republici Srbiji sada utvrđuju i omeđuju kodifikatori građanskog prava.

Terminološka određenja

Izraz “autonomija ličnosti” nije uobičajen u dosadašnjoj pravnoj terminologiji. Svima su mnogo poznatiji izrazi: “autonomija volje” i “privatna autonomija”. Na prvi pogled autonomija volje i autonomija ličnosti upućuju na psihološko porijeklo.

Mi smo se opredjelili, prije nego li je profesor Slobodan Perović izložio svoj fundamentalni uvodni referat na ovogodišnjoj školi, da autonomiju ličnosti u pravu posmatramo kao pravni subjektivitet, pravnu i poslovnu sposobnost, pa i delikttnu sposobnost lica u pravu.

Prema leksikografima¹⁸ autonomija (grč. zakon) je samozakonodavstvo, samostalnost; fil. pokoravanje svojim vlastitim zakonima (supr. heteronomija). Autonoman znači samoupravni, samostalan, slobodan, koji se upravlja i živi po svojim sopstvenim zakonima. Prema enciklopedistima¹⁹, u odrednici “autonomija volje u imovinskom pravu”, to je jedno od osnovnih načela modernog građanskog prava, po kome se voljom zasnivaju i regulišu građansko-pravni odnosi dok zakonodavac, sem u krajnjoj nuždi, te odnose ne reguliše propisima koji obavezuju pojedince (*ius cogens*), već onim koji se primjenjuju ako same stranke dru-

¹⁶ Ibid., 515.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Milan Vujaklija: *Leksikon stranih reči i izraza*, Prosveta, Beograd, str. 93.

¹⁹ *Pravna enciklopedija*, Savremena administracija, Beograd, 1979, str. 64-65

gačije ne riješe (*ius dispositivum*). U savremenom pravu, autonomija volje se javlja u doba liberalnog kapitalizma, a kao izraz “sloboda ugovaranja” ili “slobodna inicijativa stranaka” zastupljen je u pravnoj nauci. Istorijski posmatrano, najširu afirmaciju u našem pravu je osvojio izraz “autonomija volje”. Izraz “privatna autonomija” pojedini autori ističu kao operativniji za pravo, jer asocira na privatno pravo i rasprostranjenost autonomije lica u privatnom pravu. Tako, profesor Oliver Antić ističe u svojim djelima: “osnov prava je volja pojedinca, autonomna volja”. Kao bitne elemente građanskog prava, prof. Antić podrazumijeva slobodu ličnosti i slobodu svojine, a sloboda svojine podrazumijeva slobodu ugovaranja i slobodu zavještanja.²⁰

Autonomiju volje, isti autor razumijeva kao mogućnost pravnih subjekata da stiču, mijenjaju ili prenose svoja subjektivna prava ako posjeduju imovinu koja je pretpostavka za sticanje i prenos prava, ali i garancija za ispunjenje obaveza.²¹ Autonomija volje polazi od pojedinaca međusobno suprotstavljenih interesa. Kritika autonomije volje se razvijala u zakonodavstvu i praksi sudskih precedenata u *common law* sistemu prava. Autonomija volje u pravu se povlačila pred javnim poretkom, renesansom formalizma, zabranom zloupotrebe prava, zabranom zahvatanja nužnog dijela, te je gubila i svoje ime, tako da je počelo više da se govori o “načelu privatne autonomije”.²² Autonomija ličnosti je drugo ime za slobodu ličnosti, jer je čovjek kao razumno biće ujedno autonomno biće.²³ Osnov prava je volja autonomnih ličnosti bilo kao osnov društvene, državne, organizacije ili kao autonomna volja koja formira subjektivna prava za autonomne ličnosti. Ako se nadovežemo na Varufakisovo razmišljanje o gubitku vrijednosti tj. dobiti kao preduslovu nestanka tržišnog društva, možemo ga iskoristiti za uspostavljanje analogije sa mjestom i ulogom autonomije volje u građanskom pravu. Što se autonomija volje više povlači pred nadiranjem svojih “neprijatelja” to je manje prava, a više regulacije. Regulacije koja je danas u rukama Euro birokratije. Zbog toga je odbrana autonomije volje, autonomije ličnosti odbrana građanskog prava, ljudskog prava, prava koje potiče iz čovjeka da služi čovjeku i čovječanstvu, a ne samo otuđenim centrima moći.

Najzad, autonomija volje proističe iz značenja autonomije kao slobodne volje, čovjekove osobine da gospodari svojim postupcima, odlučuje o izboru al-

²⁰ Prof.dr Oliver Antić, *Obligaciono pravo*, “Službeni glasnik”, Beograd, 2008, str. 38.

²¹ *Ibid.*, 39; Prema Janisu Varufakisu u knjizi: “Ovaj svet može da bude bolji”, Kreativni centar, 2015, ljudsko društvo je tržišno društvo bez kojeg nema razmjenske vrijednosti. Što se više proizvodnja robotizuje, vrijednost proizvoda teži nuli, razmjenska vrijednost, cijene i dobit preduzeća se gubi i nestaje temelj tržišnog društva.dobit.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*, 38.

ternativa na osnovu racionalnih saznanja i preuzima odgovornost za posljedice učinjenog. Autonomija ličnosti u građanskom pravu označava mogućnost donošenja pravnih odluka odnosno pravnih akata unutar jedne društvene zajednice odnosno unutar pravnog poretka. Okvir autonomije ličnosti u građanskom pravu postavlja se građanskim zakonikom. Unutar tog okvira formira se personalna autonomija i određuje stepen i domen slobode pojedinca u građansko-pravnim odnosima. U okvirima svoje autonomije, tj. slobode od države, pojedinac može slobodno i nezavisno donositi odluke od pravnog značaja i vršiti izbor svojih pravnih radnji i postupaka. Prihvatljivo za pravno značenje autonomije je razumijevanje autonomije kao samozakonodavstva, pokoravanje svojim vlastitim pravilima (supr. heteronomija).

Autonomija ličnosti u Prednacrtu Građanskog Zakonika Republike Srbije

Tradicionalno, građanski zakonici su zaštitnici i promotori autonomije ličnosti i autonomije volje. Može li biti da sama građanska kodifikacija sužava granice autonomije ličnosti i autonomije volje? Može li da radi sama protiv sebe? Govoreći apstraktno mislimo da se i to može. To nikako ne bi bilo dobro i prirodno, da neko radi u korist svoje štete ili da je sam svoj neprijatelj, ali da je moguće ne treba sumnjati. To je moguće posebno danas s intenziviranjem pojave harmonizacije unutrašnjeg prava sa pravnom tekovinom EU.

Kako ukazuje profesor Votson²⁴, "sistematizacija savremenog građanskog prava koja je zasnovana na Justinijanovima institucijama, u većoj ili manjoj mjeri, može da se nađe u svim savremenim građanskim zakonima koji vode porijeklo iz rimskog prava. Holandski građanski zakonik podijeljen je na četiri knjige: prva - lica; druga - stvari uključujući i nasljeđivanje; treća - obligacije i četvrta se bavi dokazivanjem. Španski građanski zakonik, također, četiri knjige: prva-lica, druga - stvari, svojina i druga stvarna prava, treća - sticanje svojine i nasljeđivanje, a četvrta-obligacije. Tako izlazi da se prve tri knjige Justinijanovih institucija i najznačajniji građanski zakonici iz XIX i XX vijeka u suštini bave istim problemima i da pokrivaju onu oblast koja se zove građansko (privatno, imovinsko) pravo."²⁵ Profesor Votson ukazuje i da se građanski zakonik u evropskim zemljama uvijek smatra osnovom prava, dok se na ostale zakone gleda kao na sekundarne po važnosti, zbog toga što građanski zakonik obrazuje "povezani skup pravila koji čini osnovnu sadržinu pravnog sistema."²⁶ Po našem skromnom mišljenju, građanski zako-

²⁴ Alan Votson, *Pravni transplantipristup uporednom pravu*, drugo izdanje, Beograd, 2010, str. 77.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid., 79.

nik čini organsku i koherentnu cjelinu, jer je zasnovan na identičnom predmetu i metodu uređivanja društvenih odnosa. U centru metoda je autonomija volje i dispozitivnost normi, a sadržaj je razvrstan kao u prikazanom po Votsonu sve do Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije. Koji su razlozi da se održava istorijski kontinuitet u sistematici građanskog kodeksa, od Justinijana do naših dana? Da li savremeni kodifikatori imaju više prostora i novih instituta i mogu li korijenito odstupiti od justinijanovog koncepta?

Predmet i metod su osnovna pitanja za svaki kodifikatorski poduhvat. Kodifikatorski optimizam jednim dijelom potiče i iz stava da su po svojoj prirodi, građanskopravni odnosi, uprkos međusobnoj raznolikosti, u suštini jedinstveni i mogu se svesti na zajednički nazivnik povodom odnosa u koje subjekti tih odnosa svakodnevno i vijekovima stupaju. Radi se u principu o odnosima u koje građani stupaju u privatnom životu radi ličnog i porodičnog egzistiranja u uslovima demokratske i pravne države. To su odnosi razmjene i potrošnje koji počivaju na ravopravnosti i slobodi uređivanja tih odnosa, njihovoj imovinskoj prirodi i imovinskoj zaštiti. Smatra se da se donošenjem kodifikacije građanskih prava ne remeti parcijalno regulisanje, ali se spriječava da pojedini dijelovi i instituti ne budu u suprotnosti s generalnim propisom, već da moraju biti usklađeni poštujući načelo zakonitosti. Time bi se postigla efikasnija zaštita građanskih prava a tako i ljudskih prava.

Opredjeljenje da se zakonopisci okrenu nekom stranom uzoru, ma kako zvodljivo bilo, kao što smo vidjeli iz prethodne istorijske digresije, nije urodilo plodom. Mada na prvi pogled izgleda jednostavno okrenuti se nekom velikom kodifikatorskom djelu, to ne daje ohrabrujuće rezultate. Prepisi, recepcije i razni transkripti stranih izvornika obili su se o glavu naših predaka a posljedice i prezir osjećaju se do danas. Ono što je po našem mišljenju nužno jeste utvrditi predmet i metod izrade kao i odnos između predmeta i metoda. Drugim riječima, svi oni pravni odnosi koji su podložni istim metodama regulisanja (ravopravnosti strana, autonomiji volje, prenosivosti prava, imovinskom karakteru prava i imovinskoj sankciji) trebaju naći mjesta u građanskoj kodifikaciji. Predmet mora da slijedi ove methodske jedinice.

To znači da je nesporna stvarno-pravna i obligaciono-pravna knjiga. Ove dvije knjige budućeg građanskog zakonika mogu se formirati oko već postojećih kodifikacija obligacionog i stvarnog prava.

Porodično i nasljedno pravo, kao posebne knjige, lično imovinska komponenta, mogu ući u svim onim dijelovima u buduću kodeks koji podliježu normama izvedenim iz navedenih metoda građansko-pravnog regulisanja. Čini se da pragmatični razlozi uslovljavaju kompromis da se sadašnje zakonske forme uređivanja porodičnih i nasljednih odnosa u cjelini, tako reći mehanički, unesu u

budući kodeks. Po nama to nije neophodno ako se želi očuvati čistota metoda i predmeta regulisanja. S druge strane, nisu isključeni posebni zakoni koji uređuju one dijelove porodičnopravnih i nasljednopravnih odsnoa koji nisu podložni građansko-pravnom metodu regulisanja. Tako, na primjer, testamentarno raspolaganje sigurno može da uđe kao dio knjige o nasljednom pravu u građanski kodeks, ali se postavlja pitanje sistematizovanja zakonskog nasljednog režima. Isto se može postaviti pitanje i za pojedine, pa čak i velike dijelove porodičnog prava. Sve te dijelove trebalo bi odvojiti po demarkacionoj liniji koja dijeli privatnopravno od javnopravnog, odnosno oblast privatne autonomije od javnopravnih, imperativnih, kogentnih, normi.

Kako se odnositi prema pravu zaštite potrošača? Uz sve primjedbe koje je svojevremeno opravdano izrekao akademik Slobodan Perović u pogledu inkorporacije prava potrošača u obligaciono pravo²⁷, mi bi, posebno, dodali da smatramo pravo potrošača dijelom javnog poretka, kogentnom normom, faktorom ograničavanja slobode ugovaranja i stranim tijelom u odnosu na principe i pravila ugovornog prava. To je tako kada na ovo gledamo kao na principijelno pitanje. Ako bismo na ovo pitanje gledali pragmatično moglo bi se poslužiti jednim velikim stranim uzorom, na primjer modernizacijom Njemačkog građanskog zakonika, koji je pravo zaštite potrošača, putem harmonizacije direktiva EU o zaštiti potrošača, uvrstio u tekst Njemačkog građanskog zakonika.

Ono što čini glavnu teškoću kodifikatorima jeste koncept opšteg dijela građanskog zakonika. Zagovornici opšteg dijela ističu brojne razloge koji to opravdavaju. Koncept privatnog prava počiva na osnovnim principima kao i zajedničkom uređenju subjekata prava, predmeta i objekata povodom kojih ti odnosi nastaju, njihovoj sadržini i zaštiti. Opšti elementi građanskopravnih odnosa su subjekti prava, pravni poslovi, stvari, ostvarivanje i zaštita prava. Objedinjavanje svih ovih pitanjaomogućilo bi operativnost sistema, jer su mnoga sada regulisana na različitim mjestima, u raznim zakonima, uz mnoga ponavljanja i preplitanja, u različito vrijeme i na različiti način. Pojam fizičkog lica, iz sistema normi porodičnog prava, čini se nepovezan za pojam pravnog lica uređen raznim zakonima, pa se stiče pogrešan utisak da se radi o različitim institutima a ne jednom jedinstvenom. I naša pravna teorija nije se dovoljno posvetila izgradnji pojmova opšteg dijela da utvrdi opšte elemente prava koji se odnose na subjekte i objekte prava, pravne poslove i pravne radnje, vršenje i ostvarivanje prava. Uređenje opšteg di-

²⁷ Prof.dr Slobodan Perović: Stručno mišljenje o Nacrtu zakona o obligacionim odnosima Republike Srpske/Federacije BiH, Srpska pravna misao, 1-2/2002, str. 92-93.

jela građanskog zakonika imalo bi značaj i kao osnova za usaglašavanje domaćeg prava sa pravnom tekovinom EU.²⁸

Za našu temu je od posebnog značaja detektovanje i upozoravanje zakonodavca da na što manju mjeru smanji broj tzv. “zakonodavnih izuzetaka”, tj. povlačenje autonomije volje pred heteronomnim djelovanjem koje se prepoznaje u zauzimanju prostora autonomije od strane: imperativnih normi, običaje i moral (normi ustanove javnog poretka; renesanse formalizma, nasuprot proklamovanom konsensualizmu; posebnim pravilima tumačenja ugovora; dejstvu promijenjenih okolnosti, i upotrebi zabrane zloupotrebe prava.

Poseban značaj u sistemu građanskog prava danas se pridaje *ličnim pravima*. Po našem mišljenju, postoje dva puta za definisanje ličnih prava: Prvi je, taksonomskim nabrojanjem a drugi je, navođenjem njihovih karakteristika. Prednacrta koristi odnosno kombinuje prvi i drugi način definisanja ličnih prava. U odredbi člana 80. stava 2. Prednacrta pravo na dostojanstvo ličnosti određeno je kao sveobuhvatno lično pravo koje u sebi sadrži pravno priznata i zaštićena lična prava na život, zdravlje i tjelesni integritet, slobodu, čast i ugled, ime, lični identitet, sopstvenu sliku, tajnost pisama, glas, lični (privatni) život, psihički integritet, kao i druga prava ličnosti utvrđena ustavom, međunarodnim konvencijama i posebnim zakonima. Na ovakav način konstituiše se jedna normativna koncepcija prava ličnosti, a posebno “ostalih prava ličnosti”, koja se priznaju i štite ako su utvrđena nabrojanim opštim pravnim aktima unutrašnjeg i međunarodnog prava. U odredbi člana 81. Prednacrta daju se karakteristike prava ličnosti, od kojih se izdvaja po značaju njihova neotuđivost. Pravo ličnosti se ne može ustupiti *inter vivos* niti preći *mortis causae* na nasljednike titulara prava ličnosti. Data je i alternativa ovoj odredbi po kojoj su prava ličnosti urođena i neotuđiva. Stavom 2. Istog člana Prednacrta propisano je da se niko ne može odreći prava ličnosti protivno zakonu, javnom poretku ili moralu. Stavom 3. Istog člana Prednacrta propisuje se da niko ne može da otuđi ili ograniči svoju slobodu, ako je to protivno zakonu, javnom poretku ili moralu.

Pojam *pravnog posla* definisan je u odredbi člana 95. Prednacrta: “Pravni posao je izjava volje koja proizvodi pravna dejstva.” Alternativa je da se ovome doda novi član koji je naslovljen “Punovažnost pravnog posla” i koji bi glasio: “Pravni posao je punovažan ako je slobodna volja poslovno sposobnog pravnog subjekta izražena radi ostvarenja dozvoljenog cilja ili interesa i ako su ispunjeni posebno propisani uslovi za punovažnost određene vrste pravnog posla.” Prednacrta posebno ne razrađuje vrste pravnih poslova.

²⁸ Radmila Kovačević Kuštrimović i Miroslav Lazić, Građanski zakonik Srbije i pravo Evropske Unije, zbornik radova-Aktuelna pitanja građanske kodifikacije, Niš, 2008, 29.

Zapaženije proširenje autonomije ličnosti nalazimo i u Četvrtoj knjizi Prednacrtu (Nasljeđivanje), u kojoj se kao osnov nasljeđivanja uvrštava i ugovor o nasljeđivanju kako bi supružnici mogli otkloniti opasnost nastanka brojnih sporova između preživjelog supružnika i ostalih nasljednika.

U pogledu autonomije ličnosti u porodičnim odnosima, uređivanje bračnih odnosa nije prepušteno supružnicima. To se vidi iz odredbe člana 3. stava 3. Prednacrtu: "Brak se zaključuje na osnovu slobodnog pristanka budućih supružnika."

Dakle, oni daju svoj pristanak na status koji je propisao zakon. Odredba člana 10. Propisuje slobodu uređivanja imovinskih odnosa, tako što se imovinski odnosi u porodici mogu uređivati sporazumno, u skladu sa ovim zakonom. Bračni ugovor je podrobno regulisan. Sposobnost za zaključenje bračnog ugovora ne izjednačava se sa ugovornom sposobnošću, jer budući maloljetni supružnik može zaključiti bračni ugovor ako je dobio sudsku dozvolu za zaključenje braka prije punoljetstva, a prema alternativni ove odredbe (člana 218. stav 2. Prednacrtu), to ne može učiniti ni maloljetni supružnik ni budući maloljetni supružnik. Bračnim ugovorom se, između ostalog, ugovara isključenje zakonskog režima zajedničke imovine u korist posebne imovine za sve stečeno u toku trajanja braka. Ugovaranje unaprijed određenih dijelova u zajedničkoj imovini i ugovaranje prava izbora (prvenstva prava izbora) kod diobe zajedničke imovine. Predviđa se i mogućnost ugovaranja odložene zajedničke imovine, što podrazumijeva da supružnici tokom braka stiču, upravljaju i raspolažu svojom imovinom samostalno, a u slučaju prestanka braka svaki pojedinačno prijavljuje imovinu koju je unio u brak i koju je stekao u braku radom i na druge načine, te se tako utvrđena imovina stečena radom dijeli na dva jednaka dijela (član 224. Prednacrtu).

Nadalje, predviđa se mogućnost ugovaranja bračnim ugovorom univerzalne (opšte) imovinske zajednice, kao udruživanje cjelokupne ili dijela posebne imovine supružnika sa zajedničkom imovinom stečenom tokom trajanja braka, a dioba se vrši u slučaju prestanka braka na način predviđen bračnim ugovorom (član 225. Prednacrtu). Bračnim ugovorom supružnici mogu slobodno ugovarati način snošenja porodičnih troškova (član 226. Prednacrtu). Međutim, zabranjene su klauzule bračnog ugovora kojima bi supružnici uređivali lične odnose, odricali se prava na izdržavanje, određivali način izdržavanja i raspolaganje stambenim prostorom suprotno najboljem interesu djeteta (čl. 227. i 228. Prednacrtu). Jedan od modaliteta supružanskih ugovora je i ugovor o upravljanju i raspolaganju zajedničkom imovinom (član 230. Prednacrtu). U odnosu na vanbračne partnere, na njihove imovinske odnose shodno se primjenjuju odredbe o imovinskim odnosima supružnika (član 231. stav 2 Prednacrtu). Imovinski odnosi šire porodične zajednice mogu se na drugačiji način ugovoriti u odnosu na zakonsku pretpostavku da je to zajednička imovina (člana 239. u vezi s članom 235. Prednacrtu).

Autonomija volje i sloboda ugovaranja

U drugoj knjizi Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije²⁹ nalazimo Osnovna načela obligacionih odnosa (obligacija) i odredbu člana 4 (član 10. ZOO) "sloboda ugovaranja": "Strane ugovornice su slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i morala, da svoje odnose urede po svojoj volji. Ugovor obavezuje strane ugovornice kao zakon." Ovu odredbu dopunjuje odredba člana 14 (član 20. ZOO): "Dispozitivni karakter odredaba zakona", po kojoj: "Strane mogu svoje obligacione odnose da urede drukčije nego što je ovim zakonom određeno, ako iz pojedine odredbe ovog zakonika ili iz njenog smisla ne proizlazi što drugo."

Ako se osvrnemo na materiju zaključivanja ugovora, kao osnovne opcije slobode ugovaranja (autonomije volje u obligacionim ugovorima) tada se u Prednacrtu, kao ograničenje autonomije javlja obavezno zaključivanje i obavezna sadržina ugovora (čl.20.-27. ZOO). U odredbi člana 20 (član 27. ZOO) propisano je obavezno zaključivanje i obavezna sadržina ugovora. Stav 1. ove odredbe predlaže pravilo: "Ako je neko po zakonu obavezan da zaključi ugovor, zainteresovano lice može zahtevati da se takav ugovor bez odlaganja zaključi." U napomeni ispod ovog člana na str. 16. Druge knjige Prednacrtu, redaktori ukazuju da sankcija za nepoštovanje zakonske obaveze da se obavezno zaključi određeni ugovor postoji u odredbi člana 183. ZOO u vidu obaveze na naknadu štete time izazvane. Dalje se, u istoj napomeni redaktora Prednacrtu, izlaže da bi se, kao alternativna mogućnost sankcionisanja, mogla predvidjeti i sudska intervencija u vidu sudske odluke koja bi supstituisala nezaključeni ugovor. I, u posljednjoj rečenici pomenute napomene redaktori ukazuju na zakonski rezon, po kojem bi takva mogućnost, donošenja sudske odluke koja zamjenjuje ugovor, bila poželjna kada neki subjekt sa monopolističkim položajem na tržištu ne poštuje zakonsku obavezu zaključenja određenog ugovora čije je zaključivanje zakonska obaveza jednog od subjekata.

*Obavezivanje na zaključenje ugovora kao mjera zaštite
prava konkurencije*

Kako smo ranije spomenuli "neprijatelje" autonomije volje, koji se javljaju u zakonodavstvu i sudskoj praksi, navešćemo jedna primjer iz primjene posebnih propisa o pravu konkurencije. Radi se o slučaju kada zakonom nije bilo propisano obavezno zaključenje ugovora, ali je takva obaveza bila preduzeta od poslovnog subjekta koji ima dominantan položaj na tržištu pa je, pod dejstvom okolnosti, od

²⁹ Obligacioni odnosi, Beograd, 2009. god.

zaključenja ugovora sa drugim poslovnim subjektom odustao. Drugi poslovni subjekt je ishodio sudsku odluku po čijoj je izreci bila za njega stipulisana obaveza na zaključenje ugovora. Po našem mišljenju, Sud je širokim tumačenjem opravdao svoje postupanje *contra legem*, pozvavši se na odredbe posebnog zakona prema kojima organ za zaštitu konkurencije može izreći mjeru obaveznog zaključenja ugovora ako se može pozvati na presudu Evropskog suda ili odluku organa EU koji takvu mjeru nameću nekoj strani ugovornici radi zaštite konkurencije. Citiraćemo najvažnije dijelove sudske odluke i sudsku argumentaciju sadržanu u njoj.

“U zahtjevu za preispitivanje sudske odluke protiv prvostepene presude Suda Bosne i Hercegovine³⁰ kojom je odbijena tužba tužioca protiv prethodno izloženog rješenja Konkurencijskog vijeća BiH³¹, tužilac smatra da je tuženi, Konkurencijsko vijeće, odlučujući u toj pravnoj stvari izašao iz svoje upravne nadležnosti i riješio pitanje iz nadležnosti redovnih sudova koje se tiče ispunjavanja obaveza iz “pisma namjere”, jer isti nije nadležan da ispituje zakonitost i osnovanost raskida obligacionih odnosa. Tumačenjem pisma namjere od strane tuženog i Suda BiH došlo je do pogrešne primjene odredbe člana 30. Zakona o obligacionim odnosima, jer je “pismu namjere” data snaga ugovora. Sud zaključuje da je tužilac “ASA auto”, kao ekskluzivni uvoznik za Bosnu i Hercegovinu VW vozila odustao od zaključenja ugovora o prodaji i servisiranju proizvoda marke VW sa M.R.M., a po prethodno zaključenom pismu namjere. Sud ističe da vladajući položaj na tržištu nije sam po sebi zabranjen, već samo njegova zloupotreba.. Sud je, kao nesporno, utvrdio da je tužilac, kao ekskluzivni uvoznik vozila marke VW na području Bosne i Hercegovine, stekao status jedinog ovlaštenog, ekskluzivnog importera-uvoznika te da navedena vozila privredni subjekti u Bosni i Hercegovini ne mogu nabavljati odnosno uvoziti radi dalje prodaje samostalno, već isključivo posredstvom tužioca.

Stoga, zaključuje Sud, tužilac ima i posebnu odgovornost i obaveze u smislu odredbi Zakona o konkurenciji, jer svojim djelovanjem može direktno uticati na ograničavanje, narušavanje i spriječavanje tržišne konkurencije, te je u konkretnom slučaju bio dužan primjenjivati identične kriterije i uslove prema privrednom subjektu M.R.M. u postupku sticanja statusa ovlaštenog trgovca, kakve je imao i prema ostalim ovlaštenim trgovcima. Iz stanja spisa proizilazi da nakon što je preduzeće M.R.M. ispunilo sve uslove iz pisma namjere, tužilac je odbio da zaključi navedeni ugovor iz razloga što je bez odobrenja tužioca upotrebjavao zaštitni znak VW i vršio reklamiranje prije zaključenja ugovora. Sud nala-

³⁰ Presuda vijeća za upravne sporove Suda BiH, broj: U-383/09 od 27.10.2010. god.

³¹ Rješenje broj: 01-06-26-027-140-II/08 od 21.07.2009. god.

zi da tužilac u pismu namjere nije identično postupao prema svim kandidatima za ovlaštenog trgovca, jer je svima ostalima kandidatima u pismu namjere dozvolio korištenje zaštitnog znaka VW i prije zaključenja "glavnog" ugovora. Takvim postupanjem tužilac je doveo u neravnopravan i diskriminatorski položaj kandidate za buduće ovlaštene trgovce, a samim tim dolazi do narušavanja slobodne tržišne utakmice, jer je predmet interesa i zaštite slobodne tržišne utakmice položaj u pogledu određene vrste robe, što je u ovom slučaju vozila marke VW čija je mogućnost nabavke privrednim subjektima ograničena, jer su upućeni isključivo na tužioca "ASA-auto". Sud nalazi da je Konkurencijsko vijeće pravilno primijenilo materijalno pravo odnosno komparativno pravo Evropske zajednice vezano za distribuciju motornih vozila, jer mu to omogućuje odredba člana 43. ZoK koja propisuje da se Konkurencijsko vijeće, kao domaći organ koji je nadležan za zaštitu konkurencije u prvom stepenu, "u svrhu ocjene datog slučaja, može koristiti sudskom praksom Evropskog suda pravde i odlukama Evropske komisije." Nadalje, Sud ističe da je, u slučajevima u kojima se ispituje je li tržišna utakmica narušena, Konkurencijsko vijeće ovlašteno primijeniti kriterije koji proizilaze iz primjene pravila o tržišnoj utakmici iz Evropske zajednice. Stoga je izrečena mjera nalaganja zaključenja ugovora o distribuciji motornih vozila pravilno određena, jer se istom postiže svrha utvrđivanja postojanja zloupotrebe vladajućeg položaja na mjerodavnom tržištu. Stoga, cijeneći praksu Suda EU, vijeće zaključuje da je nametanje obaveze zaključenja ugovora o prodaji i servisiranju motornih vozila pod istim uslovima u odnosu na druge ovlaštene servisere motornih vozila pod istim uslovima u odnosu na druge ovlaštene servisere opravdana mjera za spriječavanje stvaranja monopolističkog položaja na tržištu od strane tužioca.

Nadalje, Sud u obrazloženju svoje odluke navodi da, iz prakse Komisije i Suda EU proističu četiri kriterijuma da bi se privrednom subjektu, od strane državnih organa, moglo nametnuti davanje licence drugim licima. Ti kriteriji su, prema nalaziuma Suda Bosne i Hercegovine: davanje licence je drugom neophodno radi pristupa i ostanka na relevantnom tržištu, 2) postoji opasnost isključenja efikasne konkurencije ako se licenca ne izda i postoji opasnost na budući negativan uticaj na tehnički razvoj u toj oblasti na štetu potrošača, jer odsustvo konkurencije omogućuje vlasniku licence da ne unapređuje svoju tehnologiju od čega potrošači mogu očekivati dobijanje nekvalitetne usluge odnosno proizvoda, i 4) da ne postoji objektivno opravdanje za neizdavanje licence. Sud zaključuje da obaveza za zaključenje ugovora može postojati samo ako je položaj preduzeća na datom tržištu takav da druga preduzeća samo preko njega mogu dobiti pristup tržištu koje je ocijenjeno kao relevantno tržište. Tada iz takvog, ne samo vladajućeg nego faktički monopolskog položaja može nastati obaveza zaključenja ugovora jer, u suprotnom, drugo preduzeće ne može ni na koji način da pristupi tržištu. U

takvim slučajevima diskriminacija nekog preduzeća može opravdati nalog za zaključenjem ugovora bez diskriminacije.”

Poslije ove digresije nastavljamo sa izlaganjem ograničenja načela autonomije volje u Prednacrtu, koje se javlja i u odredbi člana 34, “ukrštanje ponuda”, po kojoj: “ U slučaju ukrštenih ponuda koje se razlikuju u tome što jedna strana traži manju naknadu za svoju obavezu, a druga joj nudu više, ugovor je zaključen za srednji iznos.” To nije volja ugovarača, ona je modifikovana, jer zakonodavac proklamuje *favor contractus*.

Odredbe o predugovoru (čl. 40-45. ZOO) sadrže Alternativu koja zamjenjuje stav 5. i koja glasi: “Ali, ako su u predugovoru određeni bitni uslovi za zaključenje glavnog ugovora, sud će, na zahtjev zainteresovane strane, osuditi drugu stranu *koja odbija da pristupi zaključenju glavnog ugovora* /podvukao autor/ da to uradi u roku koji će joj odrediti, poslije čijeg isteka će se presuda smatrati kao zaključenje glavnog ugovora.” Ovo je primjer slamanja slobodne volje iz zakonskih razloga, suprotstavljanja načela autonomije volje i načela zabrane zloupotrebe prava. Koji od ova dva principa treba da prevagne u materiji zaključenja ugovora?

Obavezna forma ugovora

Odredba člana 67. Prednacrtu, Forma ugovora o prometu nepokretnosti, predviđa za ugovor o prometu nekretnina pismenu formu i njenu ovjeru. U Alternativi uz ovaj član predlaže se stav 2, koji glasi: “Ugovor o prometu nepokretnosti punovažan je iako nije ovjeren.” Ovo je potpuni trijumf autonomije volje na jednom osjetljivom terenu, i predstavlja dosljednu afirmaciju odredbe člana 64 (član 67. ZOO) koji proglašava princip neformalnosti ugovora, po kojoj, “ zaključenje ugovora ne podliježe nikakvoj formi, osim ako je zakonom drukčije određeno.”

Ovdje bi se zadržali na još jednom reformatorskom postignuću, zavodaženju notarijata, tog jedino ovlašćenog sastavljača javnih isprava u materiji ugovora i akata privrednih društava. Projekat je težio slamanju autonomije volje kako heteronomnih zakonodavaca tako i autonomnih zakonodavaca, svagdje tamo gdje je to Zakonom o notarima, a ubuduće i materijalnim propisima koji tako propišu, jer se zaključivanje određenih pravnih poslova povjerilo isključivo notarima (javnim bilježnicima). U zakonima o notarima u Bosni i Hercegovini³² propisana je obaveza notarske obrade isprave za pravne poslove.³³ Od donošenja i početka primjene zakona o notarima svi pravni poslovi nabrojani u navedenim odredbama

³² Zakon o notarima FBiH, “Službene novine FBiH”, br. 45/02; Zakon o notarima RS, “Službeni glasnik RS”, 86/05; Zakon o notarima Brčko Distrikta BiH, “Službeni glasnik Brčko Distrikta, 09/03.

³³ Član 73. ZN FbiH; član 68. ZN RS; član 47. ZN BD.

biće ništavi, ako nisu poštovani propisi o formi notarski obrađene isprave odnosno notarske ovjere isprave.³⁴ Komentatori zakona o notarima u BiH, pod svrhom i smislom uvođenja “latinskog notarijata” u BiH, navode razlog uspostavljanja pravne države u centralnu oblast kao što je pravo privrednih društava i promet nekretnina, jer se notarskom formom obezbjeđuje tačnost novouvedenih trgovačkih registara i zemljišnih knjiga u tranzicionim državama.³⁵ Odredbom člana 4. Zakona o notarima utvrđena je dokazna snaga notarskih isprava kao javnih isprava. Dozvoljeno je dokazivati da je izjava netačno notarski obrađena, odnosno da su posvjedočene činjenice netačne. Kao pravni poslovi za koje je obavezna notarska obrada isprave navode se: pravni poslovi o regulisanju imovinskih odnosa bračnih i vanbračnih partnera; o raspolaganju imovinom maloljetnika i poslovno nesposobnih lica; pravni poslovi besteretnog raspolaganja; pravni poslovi prenosa ili sticanja vlasništva ili drugih stvarnih prava na nekretninama; pravni poslovi za koje je obaveza notarske obrade predviđena u drugim zakonima; pravni poslovi za koje stranke zahtijevaju obaveznu notarsku obradu isprave.

Za zaključivanje ugovora bila je potrebna poslovna sposobnost. Asistenciju kod zaključivanja ugovorima strankama su pružali advokati. Advokatima je Zakonom o advokaturi bilo obuhvaćeno u opisu djelatnosti, između ostalog i sastavljanje isprava (ugovora, testamenta i dr.).³⁶ Kao još jedan od razloga što je advokatima iz opisa poslova izuzeto sastavljanje isprava i povjereno isključivo notarima, jeste da je notar neutralan savjetnik svih učesnika u notarskoj obradi isprave, dok advokat uvijek djeluje kao zastupnik interesa samo jedne, svoje, stranke.³⁷ Najzad kao još jedan razlog zavođenja notarijata u BiH navodi se da je to važan korak za buduću integraciju u EU, jer za sve perspektivne kandidate ja važno da svoje pravne sisteme harmonizuju sa Evropskim pravom.³⁸

Jednostrano raskidanje ugovora kao mjera zaštite potrošača

Kako smo u gornjem izlaganju naveli primjere “neprijatelja” autonomije volje iz zakonodavne i sudske prakse, spomenućemo i problem nekritičkog i apologetskog zagovaranja harmonizacije domaćeg prava sa pravnom tekovinom EU, posebno sa direktivama EU. Javlja se neka vrsta imperativnog zadatka za domaću teoriju i praksu da se direktive što brže “implementiraju”, da se “prepišu” u doma-

³⁴ Meliha Powlakić i dr., Komentar zakona o notarima u BiH, Sarajevo 2009, str. 11.

³⁵ Ibid., 12.

³⁶ Član 3. Tačka 3. Zakona o advokaturi Republike Srpske, “Službeni glasnik RS”, 37/02.

³⁷ Meliha Powlakić i dr., op.cit. str. 14.

³⁸ Ibid., 16.

će zakonodavstvo, čime se stvara jedan hibridni sistem, a implementacija se svodi na grubu transplantaciju bez osjećaja da li domaći “organizam” može podnijeti “strano tijelo” ili će ga “imunološkim reakcijama” odbaciti. Kod takvog stanja stvari, volja domaćeg zakonodavca, kao materijalni izvor prava, potčinjava se volji međunarodnog zakonodavca bezuslovno i bezpogovorno, jer se, po shvatanjima promotora i zagovornika harmonizacije i implementacije, domaći zakonodavac ništa i ne pita, nego se samo doslovnim prepisivanjem direktive postiže cilj, harmonizacija i potpuna implementacija. I ovdje ćemo istaći primjer zakonodavstva o zaštiti potrošača, koje zadire u građansko-pravne obligacione odnose stavljajući pod posebnu zaštitu građane, fizička lica, koja se nađu u ulozi potrošača. To umnogome mijenja pa čak i deformiše pojedine institute obligacionog prava, kao što je, na pr. institut *pacta sunt servanda*.³⁹ Navedena autorica se u apstraktu navedenog članka izjašnjava za održavanje i ispunjenje zaključenog ugovora voljom stranaka. U tom smislu ne gubi značaj rimsko pravilo *pacta sunt servanda*. Međutim, ističe autorica, kada su u pitanju određene vrste potrošačkih ugovora ovo načelo gubi na svom suverenitetu, jer, kako ona ukazuje, potrošački ugovori ulaze u grupu pravnih poslova kod koje je privatna autonomija stranaka uslovljena nizom ograničenja zbog nejednake ekonomske, finansijske, tržišne, stručne i psihološke snage ugovornih strana.

Drugim riječima, autorica se izjašnjava da pomenuto načelo i načelo privatne autonomije moraju da ustuknu kako bi riješili problem pretpostavljene narušene ravnopravnosti stranaka, a koje stranke nisu više samo ugovorne strane ili povjerilac i dužnik nego potrošač i preduzetnik, koje su ekonomske a ne pravne kategorije. Autorica dalje izlaže, kao specifično obilježje prava zaštite potrošača, pravo na odustanak od ugovora koje se, od strane jedne ugovorne strane, potrošača, može realizovati bezrazložno, bezuslovno, u određenom roku i bez ikakvih posljedica po ugovornu stranu koja odustaje od ugovora, jer je potrošač. Autorica ističe da je ovakvo pravilo ili izuzetak od pravila “izvorno evropski proizvod” sadržan u određenim direktivama *consumer aquisa*, koji je postao pravni transplant u nacionalna zakonodavstva i koji, navodno, otklanja nepravilna dejstva dosljedne primjene principa *pacta sunt servanda*. Međutim, uprkos tačnosti analize koju smo parafrazirali, u narednim redovima navedenog rada autorica kopernikanski konačno zaključuje da: “...iako se na prvi pogled čini da je ovim instrumentom i minimalno povjerenje suprotne strane u ugovor izgubljeno, ugovorna disciplina trajno i nepovremeno narušena ipak modifikacija klasičnog načela u korist po-

³⁹ Vidi kod: dr.sc. Anita Petrović, doc. Pravni fakultet u Tuzli, Klasično načelo s aspekta zaštite potrošača “*pacta sunt servanda*”, Zbornik radova, Trinaesto mjeđunarodno savjetovanje-Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Neum, 12.13. i 14. Lipnja 2015. Mostar, 2015, str. 354-370.

trošača (“*pacta non sunt servanda*”) omogućava bolje poštivanje svih ostalih principa ugovornog prava.” Ovakav zaključak nas uvodi kao Alisu u zemlju čuda, u potrošačko pravo, u kojoj “zemlji” je sve moguće i sve opravdano, pa kada se uruše principi i autonomija i povjerenje u ugovor i *pacta sunt servanda* to će, tobože, omogućiti bolje poštivanje svih ostalih principa ugovornog prava uz početak slavljenja nove dogme, “*pacta non sunt servanda*”. Mi ovdje ne činimo zamjerke autorici navedenog članka koja je iskreno izložila ono što je vidjela i pokušala to da racionalizuje. Kako je nezgrapno implementirano tako se mora i interpretirati. Pravo je pitanje: da li se to moralo implemetirati? Ovdje se radi o problematiki koja zalazi u pitanje morala i dobrog poslovanja, dobrih poslovnih običaja ili uzansi. Na tom planu je, možda, bilo moguće izgladiti odnos između agresivnog trgovca i neopreznog potrošača. Autorica pravilno ističe da osnovna načela ugovornog prava nalaze primjenu na sve vrste ugovora bez obzira na pravni status ugovornih strana. Ali, ta opšta načela ne važe za potrošačke ugovore, jer su odstupanja od opštih načela nužna iz razloga zaštite slabije strane, i zaključuje:”

U praksi potpuna jednakost ugovornih strana i apsolutna sloboda ugovaranja gotovo da i ne postoje.”⁴⁰ Autorica navodi inostrane pisce po kojima izlazi da mnogi autori zastupaju stanovište da je prošlo stoljeće obilježila “ozakonjena erozija autonomije stranaka”.⁴¹ Kao opravdanje nudi nam se saznanje da pojam odustanka ne poznaje Zakon o obligacionim odnosima, ali da je stupanjem na snagu Zakona o zaštiti potrošača BiH uspostavljen poseban ugovorni režim, te da pored obligacionih i trgovačkih ugovora, sada postoji i treća kategorija, potrošački ugovori.⁴² Utješno nam se nudi i da “pravo na odustanak” nije opšte pravilo ni za sve potrošačke ugovore, nego samo na ugovore sklopljene izvan poslovnih prostori- ja trgovca, ugovora na daljinu, ugovora o potrošačkim finansijskim uslugama, timeshere ugovora, ugovora o potrošačkom kreditu i ugovora o životnom osiguranju.⁴³

Najzad, dužina trajanja roka za odustanak je potpuno harmonizovana i iznosi 14 kalendarskih dana za sve potrošačke ugovore.⁴⁴ Da su naša zapažanja o redukovanju autonomije volje domaćeg zakonodavca, kao materijalnog izvora prava, u interakciji sa pravom direktiva EU, govori i iskaz iz navedenog članka, kako “je izlišno govoriti o tome da se Zakon o zaštiti potrošača BiH temelji na nevažećim direktivama i da je krajnje vrijeme pristupiti njegovoj redakтури, pa sa-

⁴⁰ Ibid., 354.

⁴¹ Ibid., 355.

⁴² Ibid., 360.

⁴³ Ibid., 361.

⁴⁴ Ibid., 367.

mim tim i pravo na odustanak podliježe brojnim kritikama.”⁴⁵ Znači da se domaće zakonodavstvo uskladi sa važećim direktivama, a kada one postanu “nevažeći dokumenti” pristupićemo novom usklađivanju i tako ćemo stvarati “svoje” pravo izvodeći ga odnosno prevodeći iz važećih direktiva. Utješno je da o ovoj neobičnoj i zabrinjavajućoj pojavi diskusiju otvaraju i mlađi naučni poslenici koji stasavaju uz neuobičajen način stvaranja prava iz direktiva. Takav postupak ne može se uporediti sa stvaranjem prava putem “pravnih transplanata”, kako ih Votson opisuje, nego se radi o diktatu jedne naddržavne organizacije čija se pravna rješenja ne preuzimaju autonomnim odlukama i promišljenim opredjeljenjima i voljnim odlukama domaćeg zakonodavca, nego se prosto implementiraju radi harmonizacije domaćeg prava sa pravnom tekovinom EU. U krajnjoj liniji radi se o slamanju autonomije volje domaćeg zakonodavca u svim pravnim područjima koje dotiče pravo EU.

*Autonomija ličnosti i građanskopravna odgovornost,
novi ugovori i svojina*

Autonomija ličnosti je osnova građansko-pravne odgovornosti. Odnos prema sebi i drugome je slobodan izbor. Čuvati drugoga od sebe odlika je čojstva. I kada subjekti formiraju ugovorni obligacioni odnos ulaze u njega da bi postigli cilj, konačno izvršili preuzete obaveze. I u društvenom saobraćaju svako na sebe preuzima obavezu da drugome ne škodi. Otuda načelo autonomije volje pokriva cjelokupno građansko pravo i prouzrokovanje štete kao izvor obligacije, te se ne može ograničiti na primjenu samo u domenu ugovornih obligacija. Deliktne radnje su antipod pravnih poslova.

Po pitanju unošenja tzv. “novih ugovora”, odnosno ugovora autonomnog privrednog prava, u Prednacrt je ušao manji broj ugovora afirmisanih u poslovnoj praksi i pretresanih u pravnoj teoriji, kao što su: ugovor o finansijskom lizingu, ugovor o distribuciji, ugovor o franšizingu. Odranije su poznati ugovor o saradnji u poljoprivredi i ugovori o bankarskim poslovima.

Svojinska prava su emanacija privatne autonomije. U Prednacrtu je svojina okarakterisan kao ljudsko pravo čije je vršenje u načelu neometano (član 1695), ali su data i uobičajena ograničenja po kojima, svojina obavezuje (član 1698), zabrana zloupotrebe prava svojine (član 1699), obaveza da se stvar upotrebljava (član 1700), prostiranje prava svojine (član 1701), privremena upotreba tuđe stvari (1702) i ograničenja na osnovu pravnog posla (član 1703). Sopstvenik se po osnovu pravnog posla može obavezati da određenu stvar ne otuđi ili je optereti, ali ne duže od deset godina.

⁴⁵ Ibid., 368.

ZAKLJUČAK

Nastojali smo u najkraćim crtama locirati načelo autonomije ličnosti u građanskom obligacionom pravu. Autonomiju ličnosti smo shvatili kao obim ovlašćenja koja objektivno pravo dopušta licima u građanskom pravu, fizičkim i pravnim, da samostalno odlučuju o svojim građanskim pravima i pravno zaštićenim interesima i da im niko izvan njihove autonomije ne nameće odluke. U ovom radu smo istakli samo one izrazite situacije i primjere kada autonomija ličnosti djeluje i kada je ugrožena, s posebnim osvrtom na zaključenje ugovora. Potpuna autonomija ličnosti u građanskom pravu je nemoguća misija. To proizilazi iz prirode stvari, jer se radi o društvenom životu u kojem ne može svaka jedinka da propisuje sopstvena pravila ponašanja i da se po njima ponaša ne vodeći računa o drugim jedinkama. Volja jednog ugovarača ograničena je i uslovljena voljom drugog ugovarača. Osim toga, za račun svih jedinki, djeluje ustanova javnog poretka, u koju ulazi i budući Građanski zakonik Republike Srbije.

Povratak Srbije Građanskom zakoniku, po uzoru na stanje iz 1844. godine, koji je bio na snazi stotinu godina, po našem mišljenju, nije potpuni zaokret u odnosu na zatečenu sistematiku materije građansko-pravnih propisa, koji su se razvijali posljednjih pedesetak godina u okruženju socijalističkih društvenih odnosa. Uprkos tome što redaktori Prednacrtu ističu da rad na izradi Građanskog zakonika ne treba svesti samo na prostu recepciju postojećih posebnih zakona u ovoj oblasti i njihovo tehničko uobličavanje u smislu Kodeksa,⁴⁶ čini se da organizovanje sadržaja nije pretrpilo nužne izmjene i redukcije u smislu zaokruživanja onih zakonskih rješenja koja, po prirodi stvari, treba da izviru iz načela autonomije ličnosti. To se posebno uočava u sadržaju Treće knjige Prednacrtu-Porodični odnosi kojom je obuhvaćeno i upravno-pravno rješavanje kod starateljstva i usvojenja kao i procesno-pravna pravila koja su, po svojoj pravnoj prirodi, javno-pravna. Ova primjedba se djelimično odnosi i na Četvrtu knjigu Prednacrtu-Nasljeđivanje, jer se u njoj dominantno uređuje zakonsko nasljeđivanje, što potiskuje u drugi plan autonomiju ličnosti i testamentarno nasljeđivanje. Čini se da je ovo posljedica oslanjanja na neposrednu tradiciju organizovanja pravnog sistema proklamovanog poznatim člankom profesora Jovana Đorđevića o sistemu prava iz pedesetih godina prošlog vijeka. Nadalje, poznata je i sudbina rada na pripremanju projekta Civilnog kodeksa, kao posljednjeg pokušaja da Jugoslavija dobije građanski kodeks što u onovremenoj ideološko-političkoj situaciji nije bilo ostvarivo, nego je razvoj tekao po posebnim granama prava. Nesporno je da su pravila građanskog sudskog postupka usko vezana za materijalna pravila građan-

⁴⁶ Uvodne napomene uz Treću knjigu Prednacrtu, str. 4.

skog prava,⁴⁷ ali to ne znači da pravila procesnog prava, makar i fragmentarno, treba da se uvrste u Građanski zakonik. Možda su takva nastojanja pragmatično motivisana, ali nemaju naučnog odnosno metodološkog opravdanja. Nije sporno da takvi pristupi postoje u uporednom pravu, te bi po njima možda mogla da se doda i šesta knjiga-Građansko procesno pravo.

Pred Prednactom, kojem želimo uspješno skorašnje kodifikovanje, je zadatak da uspostavi najoptimalnije omjere između djelovanja “zakonodavnih izuzetaka”, koji sužavaju prirodno stanje autonomije ličnosti u građansko-pravnim odnosima kao *sine qua non* principa građanskog prava.

BRANKO MORAIT, LL.D.,
Professor, Faculty of Law University of Banja Luka

AUTONOMY PERSONALITY SINE QUA NON CIVIL CODE

Summary

The article presents a terminological meaning of personal autonomy. Autonomy personality is defined as the freedom of creating legal norms and legal relations of the subjects of civil law. Autonomy of the will is limited by public policy, certain legal norms and individual judgments. Pre-draft of the Civil Code of the Republic of Serbia is a historical opportunity for the reaffirmation of private autonomy in a civil law system.

⁴⁷ Predgovor Četvrte knjige - Nasljeđivanje, str. 17.

ŽIVOJIN PERIĆ O KODIFIKACIJI GRAĐANSKOG PRAVA KAO ČINIOCU DRŽAVNE KOHEZIJE

U V O D

Kodifikacija građanskog prava nikada nije prestala da privlači pažnju pravnikai to najviše zato što je njeno postojanje ukazivalo na viši stepen pravne uređenosti odnosno države. Tako, Bogišić kaže da kad neko pita da li u nekoj državi postoje pisani zakoni, taj je u stvari mislio isključivo na građanski zakonik: “U Evropi kad god se pita da li su kodifikovani zakoni u nekoj državi, ako su samo građanski zakoni u državi, o kojoj je riječ, uređeni i svedeni u cjelinu, a svi ostali ni taknuti da nijesu, ipak se kaže da su zakoni kodifikovani (..) radi prostoga uzroka što građanski zakoni i po svome opsegu i po svojoj važnosti predstavljaju glavnu grupu zakona svake države”.¹

Takva teza afirmisana je i od strane Komisije za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije, koja ističe da svaka kodifikacija u oblasti građanskog prava “već samim svojim postojanjem uveličava bogatstvo pravne zajednice i doprinosi stabilnosti pravnih ustanova, što predstavlja jedan od neophodnih uslova konstitucije pravne države”.² A postavljajući unifikaciju građanskog prava za glavni cilj

Dr Radomir Prelević, advokat u Podgorici.

¹ Bogišić, Dr Valtazar, Referato načelimazaizraduGrađanskogzakonikapodnesenKnjazuiSenatu Crne Gore 19/31. jula 1875, CrnogorskiZakonici 1796-1916, Knjiga III, str. 360, Podgorica 1998. priredili Pavičević, Dr Branko iRaspovović. Dr Radoslav.

² Komisija za izradu Građanskog zakonika: Rad na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije – izvještaj Komisije sa otvorenim pitanjima, str. 18, Beograd, 2007.

kodifikacije, Komisija ističe da takva koherentna cjelina prvenstveno treba da doprinese “većem poštovanju načela pravne sigurnosti”, ali da istovremeno “ne zatvara put daljoj evoluciji građanskog prava i stalnog usavršavanja pravnog poretka u cjelini”, već da tu evoluciju još i podstiče.³

O značaju kodifikacije građanskog prava na posebno impresivan način piše Živojin Perić u jednom radu koji je posvećen jednoj vanpravnoj ali epohalnoj temi- stvaranju Federacije Evropskih država. Bio je to referat profesora Perića na Prvom Kongresu Evropskog saveza koji je održan 1909. godine u Rimu. U tom referatuprofesor Perić nalazi da kodifikacija građanskog prava predstavlja izuzetno važan faktor državne kohezije, pa će ta njegova teza ovdje biti bliže predstavljena.

Podsjećanje na pomenuti rad ovog neprevaziđenog klasika Srpske jurisprudencije primjereno je i iz više posebnih razloga. Prvo, što se upravo sada privodi kraju višegodišnji rad Komisije za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije, tako što je Vladi Srbije i stručnoj javnosti predat na dalji postupak, razmatranje i usvajanje cjelovit tekst Nacrta ovog Zakonika.

Drugo, što je Republika Srbija, kao i Crna Gora, riješena da se učlani u Evropsku Uniju, dakle u tvorevinu koja svoje porijeklo izvodi i od pomenutog Prvog Kongresa Evropskog Saveza od 1909. godine. I, treće, što Kopaonička škola prirodnog prava trajno neguje spomen na Živojina Perića, što je naročito manifestovao 1993. godine kad su decembarski dani ove škole bili posvećeni Živojinu Periću kroz opštu temu Ugovor i njegovo izvršenje i kroz Uvodni referatprofesora Slobodana Perovića “Spomen na delo Živojina Perića”⁴.

Učešće profesora Perića na Prvom kongresu Evropskog saveza

Na Prvom kongresu Evropskog saveza (Le premier Congres de la Federation Europeenne) Profesor Perić učestvuje u privatnom svojstvu, ali i uz pomoć Ministra prosvete i crkvenih poslova Kraljevine Srbije, koji mu je u tu svrhu “odobrio petnaestodnevno odsustvo od školske dužnosti...stavivši mu na raspolaganje sumu od tri stotine dinara...”⁵

³ Ibid., str. 19.

⁴ Perović, Dr Slobodan, Delo Živojina Perića = paradigma kulture prava, Pravni Život, Udruženje pravnik Srbije, Beograd, br. 9-10/1993, str. VII-XX.

⁵ Perić, dr Živojin, Prvi kongres Evropskog saveza (le premier Congres de la Federation Europeenne) – održan od 3/16 do 7/20 maja 1909. godine u Rimu – Izveštaj g. Ministru prosvete i crkvenih poslova g. Ljubomiru Stojanoviću, Beograd, 1910. (odštampano iz “Srpskih novina”), vol. 72 strana. U izveštaju je detaljno prikazano a) inicijativa za saziv Kongresa; b) rad po sekcijama prva,

Kongres je održan od 3/16 do 7/20 maja 1909.godine u Rimu na inicijativu engleskog pacifiste i biznismena Maksa Vehtera, koji se kod realizacije ove ideje rukovodio primjerom Sjedinjenih Američkih Država. Prednosti postojanja Federacije Evropskih država, u memorandumu za saziv Kongresa opisane su kao onemogućavanje Evropskog rata, ostvarenje vidnih ušteda na troškovima za naoružanje i usmejranje tih ušteda na postizanje blagostanja, smanjenje nezadovoljstva građana, smanjenje nacionalnih i rasnih predrasuda, sticanje zavidne ekonomske moći federativne države, kao i njena nadmoćna pozicija u pogledu potrebe pripremanja odbrane od mogućnog stranog napada.

Domaćin Kongresa bio je Italijanski Institut za društvenu kooperaciju čiji predsjednik je bio Knez od Kasana, a u radu učestovali su naučnici, publicisti i finansijeri iz Austrije, Belgije, Bugarske, Velike Britanije, Grčke, Danske, Nemačke, Norveške, Portugalije, Rumunije, Rusije, Srbije, Ugarske, Francuske, Holandije, Crne Gore, Švajcarske, Švedske, Španije.

Kongres je imao privatni karakter, tako da na njemu nije bilo zvaničnih predstavnika ni jedne države. Rad Kongresa odvijao se u dvije sekcije: političkoj i pravnoj.

Učešće profesora Perića na Kongresu bilo je izuzetno zapaženo i uspješno. Na pravnoj sekciji izlagao je svoj referat "Uticaj jedinstva građanskog zakonodavstva na razvijanje solidarnosti među ljudima". Njegova riječ i predlozi koje je stavio bili su predmet rasprave i osvrta kako predsjedavajućeg, tako i ostalih učesnika Kongresa. Iako on to izričito ne navodi, indirektno se može zaključiti da je njegov "memoar" ustvari bio osnovni referat na pravnoj sekciji Kongresa.

Specifično značenje kodifikacije građanskog prava

Misao da federacija ojačava duh solidarnosti među državama, a zatim nužno i među ljudima koji ih čine, u Perićevom referatu podupirese naprije razlozima fiziološke, vjerske i socijalne prirode kao i uticajem sistema vladavine.

Zatim prelazi na društvenu funkciju samog građanskog prava koju ovako opisuje: "Građansko zakonodavstvo vrši, na društvene odnose, uticaj prvog reda. Nijedni propisi među onima koje jedna država donese ne obuhvataju čoveka u tolikom obimu kao što je slučaj sa građanskim zakonodavstvom (...). Nijedan zakon ne reguliše toliko važnih odnosa koliko građanski zakonik. Njegov domen je širi od domena ostalih zakona koji spadaju u nadležnost sudske vlasti. Nema zakona koji bi bio u jačoj vezi sa ostalim manifestacijama društvenoga života, ekonomiji

politička i druga, pravna sekcija; v) opšta sednica Kongresa i usvojena Rezolucija. Na str. 44-54. prikazan je autorov referat ili, kako ga on naziva, "memoar".

jom, moralom, politikom, religijom nego građanski zakonik. Građansko zakonodavstvo jeste, može se reći, ogledalo u kome se ogleda stanje kulture jednog naroda, to je puls društvenoga života”.⁶

Uzimajući da je građansko zakonodavstvo u tijesnoj vezi sa moralnom stranom čovjeka, on zaključuje da je razumljivo što ono ima tako intezivno dejstvo na ljude. Otuda, jednoobraznost zakona u oblasti građanskog prava čini da se umanjuju moralne razlike među pripadnicima različitih naroda, odnosno da se uvećava njihova solidarnost. Za ovu tezu navodi primjere o blagotvornom uticaju kodifikacije građanskog prava na unutrašnje jedinstvo pojedinih naroda u Evropi. Najprije izlaže primjer *Code civila*:

“Poznato je kakvo je bilo, u ovom pogledu, stanje Stare Francuske. Ono se odlikovalo raznolikošću pravnih običaja koji su u njoj, zajedno sa rimskim pravom, normirali, pre Revolucije privatno-pravne odnose Francuza. Građanski Zakonik (le Code Civil) od 1804. godine učinio je kraj ovoj štetnoj situaciji, davši Francuskoj jedno opšte građansko pravo. Je li nužno podsjećati na korisno dejstvo ove pravne unifikacije u pogledu razvijanja duha solidarnosti kod stanovnika Francuske Države? Dovoljno je ovde navesti samo jedan deo iz govora Portalis-a, jednoga od kodifikatora Građanskog Zakonika od 1804, pa da se vidi velika dobit koju je Francuska imala od ovoga stapanja, u jedan kodeks, raznolikih građanskih zakona. “Ljudi, veli Portalis, koji zavise od jedne suverenosti a koji ne potpadaju pod iste zakone, strani su jedni drugima; oni su potčinjeni jednoj istoj sili, pa opet nisu članovi iste države. Oni sačinjavaju toliko raznih naroda koliko ima raznih običajnih prava. Oni ne mogu da pokažu jednu zajedničku otadžbinu.” I, zatim, praveći aluziju na kodifikaciju, dodaje: “Mi nećemo biti više Provansalci, Bretonci, Elzašani, nego Francuzi.”⁷

Kod primjera kodifikacije građanskog prava u Italiji, on naročito ističe kako je ta kodifikacija bila od presudnog uticaja na jačanje državnog jedinstva: “Isto tako bilo je i sa Italijom koja, do 1866. god., nije imala opštega građanskog zakonika. Te godine svršena je kodifikacija privatnoga prava koja je još tešnje vezala Italijane, vezane već politički posle ratova za Oslobođenje. Zauzeće Papskih Država, u godini 1870, dovršilo je pravno ujedinjenje Italije.”⁸

⁶ Perić, Dr Živojin, Ibid, str.46-47. Ovamisadoslovnoseponavljaameričkomfilmu “Đavoljiadvokat” (RediteljTaylorHackford, glavneuloge – KeanuReeves, AlPacino...) gđjedijalogizmeđu mladogprevarenogadvokataInjegovog principala - đavolatečeo vako: Zašto si odabrao advokaturu za svoje djelovanje? Zato što ništa na svijetu ne obuhvata čovjeka, sve njegove interese i manifestacije – kao što je to slučaj sa pravom.

⁷ Ibid, str. 47-48.

⁸ Ibid, str. 48.

Za Austrijski građanski zakonik od 1811. godine kaže da je bio “probitačan za zблиženje onih raznih naroda koji sastavljaju ovo heterogeno carstvo”, uz napomenu da to pravno jedinstvo nije moglo biti na onom stepenu kao što je to slučaj u Francuskoj i Italiji kao jednonacionalnim državama.

Međutim, Nemački građanski zakonik od 1896. godine ističe kaonajbolji primjer značaja kodifikacije građanskog prava za državnu koheziju:

“Ovaj Zakonik je dovršio ujedinjenje nemačko. U početku prošloga veka, moglo se za Nemačku reći ono što se, u ostalom netačno, bilo kazalo za Italiju: da je ona bila samo jedan geografski pojam. Bilo je i tada Nemaca, ali nije bilo Nemačke. Ono što se danas zove Nemačkom, to je bilo više raznih državnica, među kojima je Pruska zauzimala prvo mesto. Istina je da raznolikost građanskih zakonodavstava koja su vladala u tim državama nije bila tolika kolika je bila u Francuskoj, iz toga razloga što je temelj svima tim zakonodavstvima bilo rimsko pravo koje je, pre kodifikacije od 1896. godine, predstavljalo opšte nemačko pravo (*das allgemeine bürgerliche Recht*). Ali je ipak, pri svem tom, postojala dosta ozbiljna nejednakost u istim zakonodavstvima.

Po ovome se može lako suditi o domašaju koji je za nemačko jedinstvo, imalo *Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich*. Danas kada Nemačka nije više samo jedan geografski izraz nego se predstavlja kao jedna država čija pojedina kraljevstva, vojvodstva, provincije, uživaju širu ili užu političku autonomiju, Građanski Zakonik je još više privezao, jedne za druge, pojedine članove ove moćne nacije, praveći ih solidarnijim među sobom.”⁹

Zadnji primjer koji za ovu tezu navodi profesor Perić jeste uticaj Švajcarske kodifikacije građanskog prava koja je započeta 1883. godine a dovršena 1907. godine, koji se prvenstveno ogleda u učvršćivanju nacionalnog osjećanja švajcarskog naroda:

“I ako je ova mala Republika sastavljena iz tri raznolike *narodnosti*, francuske, nemačke i italijanske, ipak tu postoji samo jedan isti *narod*. To je još jedan dokaz da jednakost u društvenim pogodbama pod kojima živi jedan narod, sastavljen iz više raznih rasa, otklanja mnoge razlike među tim rasama i od njih pravi jednu etničku cjelinu. Kao što se vidi, država, ako ne može da stvori nove *narodnosti*, ima bar mogućnosti da stvori *narod (naciju)*, to jest da, od ljudi koji pripadaju možda raznim narodnostima, načini jedan solidarni kolektivitet.”¹⁰

Profesor Perić zaključuje da se iz izloženih primjera jasno vidi da jedinstvo građanskog zakonodavstva doprinosi koheziji među stanovnicima jedne države, ali da ono, *mutatis mutandis*, proizvodi ista dejstva i kada je riječ o odnosima

⁹ Ibid, str. 48-49.

¹⁰ Ibid, str. 50.

među pojedinim državama. Na tom mjestu on prelazi na teren međunarodnog privatnog prava, odnosno uporednog prava i potrebu njegovog ujednačavanja, što vidi kao jedan od važnih uslova na putustvaranja federacije evropskih država.

Kad nestane oštrih moralnih i socioloških razlika među narodima, onda će se stvoriti uslovi za vladavinu jednog, opšteg zakona, kaže profesor Perić: “Ko kaže zakon, kaže prostor i vreme. I, zbog toga, čim je pravo stupilo u društvo nauke, i uporedno pravo se pojavilo. Da bi se pronašli pravni zakoni, nije trebalo zadržati se u granicama samo jedne države niti samo jednog određenog perioda vremena. Valjalo je, naprotiv, obuhvatiti sve države i sve vekove (...) ima, razume se, malih pravnih zakona koji vladaju samo na jednoj određenoj teritoriji, ali postoje, takođe i obimniji pravni zakoni koji se odnose na sve narode (...) tako da onoga dana kada moralne i sociološke razlike među narodima budu iščezle, neće, u domenu prava, biti drugih zakona do tih zajedničkih, opštih zakona, i tek toga trenutka pravo će zasluživati potpuno ime nauke ...”¹¹

Epilog

Prvi Kongres Evropskog Saveza, kako po svom nazivu, tako i po svom sadržaju, idejama i rezultatima, može se smatrati za djelotvorni početak uvođenja zajednice Evropskih država u realni svijet,¹² što će se dogoditi u drugoj polovini XX vijeka.

Sam profesor Perić, međutim, nikada nije napustio ideju Evropskog saveza država. Naprotiv, naročito između dva svjetska rata, u Srbiji, u Francuskoj, u drugim Evropskim zemljama, na raznim jezicima, objavio je značajne radove o toj temi.¹³ Ubijedeno je zastupao ideju stvaranja jedne evropske savezne države. Procjena njegovog pacifizma iz današnje perspektive Evropske Unije, koja je realnost vodi, zaključku da je “ovaj znameniti Srbin bio vizionar onoga što će se

¹¹ Ibid, str. 52-53. U vezi s ovim zanimljivo je zapažanje prof. Bartoša da je Perić bio “u osnovi protivnik međunarodnog privatnog prava uopšte, jer smatra da je jedinstveno međunarodno privatno pravo suprotno ideji postojanja raznih nacionalnih suvereniteta” (Bartoš, Dr Milan, Arhiv za pravne i društvene nauke, br.1-2, 1938, str. 32). Citirano prema: Perović, Dr Slobodan, Živojin Perić. Život i delo, Pravni Život, Beograd, br. 1, 1987, str. 118.

¹² Sama ideja o Savezu Evropskih država je znatno starija; Njemački filozof Karl Fridrih Krauze, profesor Univerziteta u Jeni, još 1814. godine objavio je Nacr Saveza Evropskih država.

¹³ Perović, Dr Slobodan, u op.citiranom radu “Delo Živojina Perića – paradigma kulture prava”, na str. XI, podsjeća na sledeće radove profesora Perića na temu Saveza Evropskih država: La Societe des Nations on l'anarchie europeen, La revue Mensuelle, Geneve, 1937; Evropski državni savez, Letopis Matice Srpske, knj. 319, sv. 1; Savezne Evropske Države, književni sever, Subotica, 1927; Društvo naroda i ujedinjene evropske države, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1930.

u Evropi desiti šest decenija posle pojave njegovih radova posvećenih evropskom pitanju.¹⁴

Današnja Evropska Unija, međutim, nije federacija kako je profesor Perić zamišljao, već je istovremeno i federacija i konfederacija i međunarodna organizacija, tj. jedan sui generis Evropski savez država.

Evropska Unija je federacija u monetarnim odnosima, poljoprivredi, trgovini i pitanjima zaštite životne sredine. Konfederalni odnosi vladaju u socijalnoj i ekonomskoj politici, unutrašnjoj politici i zaštiti potrošača, dok u oblasti spoljne politike ima karakter međunarodne organizacije.

Na području građanskog prava u Evropskoj Uniji još uvijek postoje samo razvojne tendencije pravnog usklađivanja. Osnovni pojmovi građanskog prava nose snažna državna obeležja. Jedinstveno evropsko građansko pravo, dakle, još uvijek je stvar budućnosti.

ZAKLJUČAK

Savremene težnje Srbije, Crne Gore (kao i drugih neuključenih država našeg regiona) da postanu ravnopravni članovi Evropske Unije, a prije toga i samo stvaranje Evropske Unije kao zajednice 28 evropskih država, podstiču da se sa dužnim poštovanjem istakne doprinos profesora Živojina Perića stvaranju te iste Evropske Unije.

U ovom radu to je postignuto prikazom njegovog učešća na Prvom Kongresu Evropskog Saveza 1909. godine, dakle prije punih 116 godina. To omogućuje, ujedno, da se savremeni pravници bliže upoznaju sa njegovim shvatanjem kodifikacije građanskog prava kao važnog činioca državne kohezije, što može biti od značaja i za savremenu kodifikaciju građanskog prava u Srbiji.

RADOMIR PRELEVIĆ, LL.D.,
Lawyer, Podgorica

ŽIVOJIN PERIĆ ON THE CIVIL RIGHTS CODIFICATION AS THE STATE COHESION COMPONENT

Summary

This paper is dedicated to remembering the beginnings of achieving the idea of uniting European countries and the participation of professors Perić at the First Congress of the European

¹⁴ Ibid, str. XII.

Union in Rome in 1909. On that occasion, Professor Perichas particularly stressed the codification of civil law as a factor of state cohesion and even as an important factor of formation of new state forms. This reminder is particularly relevant at this time of finalization of activities on the codification of the civil law of the Republic of Serbia, as well as the commitment of Serbia, Montenegro and other uninvolvement countries to become full members of the European Union.

POSTUPAK LIŠENJA POSLOVNE SPOSOBNOSTI I OČUVANJE PRAVNOG KAPACITETA LIČNOSTI

U V O D

Osobe sa invaliditetom ubrajaju se u kategoriju posebno osetljivih društvenih grupa (“društveno ranjive osobe, “socially vulnerable persons”). Stigmatizacija i diskriminacija ovih osoba civilizacijski je problem sa kojim se suočavaju i savremene države. Savremeni pristup u njegovom prevazilaženju svoj osnov ima u konceptu neotuđivih ljudskih prava, a međunarodni standardi formulisani su uz pozivanje na dostojanstvo i autonomiju ličnosti, odnosno potrebu očuvanja, u najvećoj mogućoj meri, pravnog kapaciteta ovih osoba, ali i onemogućavanja različitih oblika zloupotrebe kojima su ove osobe izložene. “Krovni” međunarodni dokument, “moralni kompas”¹ za promenu stava prema osobama sa invaliditetom svakako je Konvencija UN o pravima osoba sa invaliditetom.² Prihvatajući Konvenciju Srbija je preuzela obavezu obezbeđenja i poštovanje “punog i jednakog uživanja svih ljudskih prava i osnovnih sloboda svim osobama sa invalidite-

Dr Dušica Palačković, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ Jacobus tenBroek, Rights of Persons with Disabilities: Toward a New International Politics of Disability, Disability Law Symposium, April 17, 2009, Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights, Vol. 15:1, str. 34 i 41, dostupno na: http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tfcl15&div=5&g_sent=1&collection=journals, 08.08.2015, koji kao najvažniji, u ovom smislu, prepoznaje čl. 3.

² Zakon o potvrđivanju Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom, “Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori”, br. 42/2009, od 02.06.2009. (dalje “Konvencija”).

tom”, i “unapređenja poštovanja njihovog urođenog dostojanstva”.³ U kontekstu fundamentalnog ljudskog prava na autonomiju i nezavisnost,⁴ “punog i efikasnog učešća i uključivanja u društvo”⁵ i “jednakih mogućnosti”,⁶ kao i poslovne sposobnosti lica sa invaliditetom⁷ neophodno je implementirati nove standarde iz Konvencije u naš pravni sistem. *Sedes materiae*, kada je u pitanju poslovna sposobnost, svakako je implementacija u okviru materije građanskog prava, kako materijalnog, tako i procesnog (mada je korpus prava iz Konvencije širi).⁸ Pri tome

³ Čl. 1. st. 1. Konvencije. Međunarodna povelja o pravima čoveka, odnosno Univerzalna deklaracija UN o pravima čoveka (Skupština UN, Rezolucija 217 (III) od 10. decembra 1948), u Preambuli, navodi: “Pošto je priznavanje urođenog dostojanstva i jednakih i neotuđivih prava svih članova ljudske porodice temelj slobode, pravde i mira u svetu”, u čl. 1. da se: “Sva ljudska bića rađaju (se) slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima”, u čl. 6. da: “svako ima pravo da svuda bude priznat kao ličnost pred zakonom”. Preambulom Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950, dalje “EKLP”) naglašava se da se u njenom donošenju “ima u vidu” upravo Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, mada se izričito ne pominje autonomija ličnosti, sloboda ličnog izbora i nezavisnost.

⁴ Čl. 3(a) Konvencije, “Opšta načela” - “poštovanje urođenog dostojanstva, individualne autonomije koja uključuje slobodu ličnog izbora i nezavisnost osobe”

⁵ Čl. 3(c) Konvencije. Takođe, inkluzija, odnosno uključenost osoba sa invaliditetom u sve opšte tokove i politike je i osnovna ideja vodilja Strategije EU za lica sa invaliditetom - European Disability Strategy 2010-2020, Brussels, 15.11.2010, 2. Participation, dostupno na: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1137,01.07.2015>.

⁶ Čl. 3(e) Konvencije, kao i čl. 5. O konceptu formalne i supstancijalne jednakosti i razumnim prilagodavanju videti Jenet E Lord, Rebecca Brown, SSRN Electronic Journals, January 2010, dostupno na https://scholar.google.com/scholar?q=substantive+equality+to+persons+with+disabilities.&btnG=&hl=sr&as_sdt=0%2C5&as_vis=1, str. 275, 06.07. 2015, koje pod formalnim modelom razumeju kada se prava “neutralno formulišu”, odnosno ignorišu razlike među ljudima, a socijalne barijere koče uživanje prava i punu participaciju. Za supstancijalnu jednakost manje je važan jednak tretman u odnosu na povredu jednakosti i benefite jednakosti.

⁷ Konvencija koristi termin “*legal capacity*”, koji je kod nas preveden kao “pravni kapacitet”, što odgovara “pravnoj sposobnosti”. Prema Cambridge Dictionaries (Online), dostupno na: <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/business-english/legal-capacity>, 01.07.2015, “*legal capacity*” je pravo lica (“*person or company*”) da donosi samostalno odluke, ima samostalnu odgovornost i tsl., a tako i u Wikipediji, dostupno na: https://en.wikipedia.org/wiki/Capacity_%28law%29, 01.07.2015.

⁸ Za biračko pravo, npr., Zakon o izboru narodnih poslanika, Sl.glasnik RS, br. 35/2000, 57/2003 - odluka USRS, 72/2003 - dr. zakon, 75/2003 - ispr. dr. zakon, 18/2004, 101/2005 - dr. zakon, 85/2005 - dr. zakon, 28/2011 - odluka US, 36/2011 i 104/2009, čl. 10, određuje da ga ima “punoletan poslovno sposoban” državljanin RS (isto i Ustav RS, čl.52), bez pominjanja lica koja su delimično lišena. Teško je pretpostaviti da odluke o delimičnom lišenju nabrajaju sva prava koja su “neokrnjena”, pa i biračko. U Hrvatskoj je 2012. ocenjeno da su odredbe Zakona o izborima zastupnika u Hrvatski sabor zbog zabrane za lica koja su “pravnosnažnom sudskom odlukom lišena poslovne sposobnosti” neustavne, v. izmene i dopunama ovog Zakona iz 2015, čl. 3, dostupno na: http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2015_02_19_398.html, 08.08.2015.

je odredba čl. 12. Konvencije od suštinske važnosti. Ona uvodi koncept da osobe sa invaliditetom "...imaju pravo da svuda budu priznate pred zakonom kao i druga lica" (st.1), kao i da "...ostvaruju svoj pravni kapacitet ravnopravno sa drugima u svim aspektima života" (st. 2). Pravni kapacitet, koji svakako podrazumeva poslovnu sposobnost, preduslov je ostvarenja svih ostalih konvencijskih prava. Ova sposobnost "podupire" ("underpines") njihovo uživanje,⁹ a obaveza država članica je da preduzmu "...sve korake ka neposrednoj realizaciji prava u okviru čl. 12. Konvencije, uključujući *pravo na podršku u realizaciji* (podv. Autor) poslovne sposobnosti", odnosno "...dužne su da revidiraju zakone koji omogućavaju starateljstvo i da preduzmu akcije za razvijanje zakona i politika koje će zaminiti režime starateljskog donošenja odluka sa *režimom donošenja odluka uz podršku* (podv. autor), a koji poštuje autonomiju, volju i želje svake osobe".¹⁰ Uskraćivanje prava na poslovnu sposobnost mora biti ukinuto i obezbeđeno poštovanje prava na pun pravni kapacitet na jednakim osnovama sa drugima. Čl. 12. Konvencije, zapravo, afirmiše stav da ovakve osobe imaju pun pravni kapacitet¹¹ koji je "univerzalni atribut inherentan svim osobama".¹² Kulminacija priznanja fundamentalnog principa autonomije ljudskih bića je u priznanju autonomije osoba sa invaliditetom, pa i poslovne sposobnosti u skladu sa njenim prirodnim domaćajem, odnosno obimom.¹³ To je civilizacijski pomak ukoliko se zna da oko milijardu ljudi ima neke forme invaliditeta (oko 15% stanovništva), a da između 110 i 190 miliona stanovnika od 15 godina i starijih ima značajne teškoće u funkcionisanju.^{14,15}

⁹ Oliver Lewis, *Advancing Legal Capacity Jurisprudence*, European Human Rights Review, Issue 6, 2011, str. 700, dostupno na: http://www.academia.edu/1163165/Advancing_legal_capacity_jurisprudence, 09.07.2015.

¹⁰ General comment No 1(2014, Committee on the Rights of Persons with Disabilities), Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Art. 12, par. 3 (dalje "General comment No 1(2014)"), dostupno na: <http://www.mdri-s.org/>, 07.07.2015.

¹¹ Pravni kapacitet podrazumeva i "kapacitet da se poseduju (imaju) prava i da se prava vrše", General comment No 1(2014), par. 11., dakle i pravnu i poslovnu sposobnost.

¹² General comment No 1(2014), par. 8; Frédéric Mégret, *Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?*, Human Rights Quarterly, Vol. 30, Vo 2 (May, 2008), str. 512, dostupno na: http://www.jstor.org/stable/20072851?seq=17#page_scan_tab_contents, 07.07.2015.

¹³ Frédéric Mégret, op. cit., str. 512.

¹⁴ Prema podacima WHO (World Health Organization), Media Centre, Disability and Health, December 2014, dostupno na: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs352/en/>, 02.07.2015.

¹⁵ Prema podacima Republičkog zavoda za socijalnu zaštitu u 2012. godini bilo je skoro 29.000 osoba lišenih poslovne sposobnosti, 20% više nego u 2011. Navodi se i da je u Izveštaju o napretku Srbije Evropske komisije (2014) prvi put ukazano na ovaj problem, dostupno na: <http://www.euractiv.rs/ljudska-prava/8564-alarmanтно-liavanje-poslovne-sposobnosti-u-srbiji>, 10.08.2015.

Konvencija, pri tome, ne priznaje, prema preovlađujućem stavu i u teoriji, nova prava, već objašnjava obaveze države u respektovanju i stvaranju uslova za jednako uživanje postojećih ljudskih prava osobama sa invaliditetom.^{16,17} Takav pristup uslovio je i izmenu koncepta lišenja poslovne sposobnosti u pravu Republike Srbije,¹⁸ uz izmene u domenu zabrane diskriminacije¹⁹ i sudski odobrene hospitalizacije.²⁰ Reforma postupka lišenja izvršena je uz uvažavanje ključnih principa Konvencije, ali i referentne prakse Evropskog suda za ljudska prava²¹ u nizu oblasti iz EKLP - oduzimanje slobode, odnosno prisilan psihijatrijski tretman (čl. 5(e)), pravo na pristup sudu i pravičan postupak (čl. 6), pravo na privatni i porodični život (čl.8), pravo na imovinu i obrazovanje iz dodatnog Protokola br. 1. (čl. 1 i 2) i opšta zabrana diskriminacije iz Protokola br. 12. (čl. 1).

Analiza izvršenih intervencija pokazuje da izvesna rešenja, koja su i predmet pažnje u ovom radu, moraju biti još jednom preispitana sa aspekta novog obrasca invaliditeta iz Konvencije, ali i drugih relevantnih međunarodnih akata. Lica sa invaliditetom nisu isključivo "pacijenti" (tzv. medicinski model i (ili) model socijalne pomoći).²² Invaliditet je "koncept koji se razvija i ... proizlazi iz interakcije lica sa oštećenjima i barijera u ponašanju i okruženju kojima se onemogućava (njihovo) puno i delotvorno učešće u društvu ravnopravno sa drugima"²³

¹⁶ "From Exclusion to Equality, Realizing the rights of persons with disabilities", Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol, UN Office of the High Commissioner for Human Rights Inter-Parliamentary Union, 2007, s. 5, dostupno na: <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=212>, 10.08.2015.

¹⁷ O "reformulaciji" korpusa osnovnih ljudskih prava i sloboda u Konvenciji, da su to, zapravo "ljudska prava uz razlike", ljudska prava "plus", Frédéric Mégret, op. cit, str. 503-510.

¹⁸ Zakonom o izmenama i dopunama ZVP RS (dalje "ZID ZVP"), Sl. glasnik RS, br. 55/2014. U našoj teoriji, ali i javnosti, i pre ovih intervencija, postojala je saglasnost o njihovoj neophodnosti. Tako, Marija Draškić, Novi standardi za postupak lišenja poslovne sposobnosti: aktuelna praksa Evropskog suda za ljudska prava, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, god. LVIII, 2/1010, str. 369.; Milan Marković, Poslovna sposobnost kao univerzalno ljudsko pravo i determinanta društvenog položaja lica sa mentalnim invaliditetom, Stanovništvo, br. 2/2012; Jelena Petrović, Sporna pitanja kod postupka lišenja poslovne sposobnosti, <http://www.pravniportal.com/sporna-pitanja-kod-postupka-lisenja-poslovne-sposobnosti>, 02.07.2015; Građanska smrt, dostupno na: <http://pes-canik.net/gradanska-smrt-2/>, 02.07.2015.

¹⁹ Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom, "Sl.glasnik RS", br. 33/2006. (dalje "ZSDOI").

²⁰ Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama, "Sl. glasnik RS", br. 45/2013 (dalje "ZZLMS")

²¹ Dalje "ESLJP".

²² Videti, Milan Marković, op. cit., str. 68.

²³ Preambula Konvencije, (e); Identičan pristup ima i Preporuka SE Komiteta Ministara Rec(2006)5, od 5. aprila 2006, Sekcija 2.2., dostupno na: <https://wcd.coe.int/ViewDoc>.

Prema Preporuci Rec²⁴ No R (99) 4²⁴ “nesposobnost” (“*incapacity*”) nastaje kao posledica mentalne nesposobnosti, odnosno invaliditeta, bolesti ili drugih uzroka,²⁵ a smatra se da prihvata najrazvijeniji funkcionalni pristup poslovnoj sposobnosti.²⁶ Ona sadrži i najširi korpus procesnih principa i prava posebno naglašavajući potrebu procene poslovne sposobnosti u zavisnosti od vrste i vremenskog okvira donošenja odluke.²⁷ Preporuka, mada neobavezujući dokument, deluje, ipak, snagom svojih principa.

Podsetimo da Konvencija definiše osobe sa invaliditetom kao “... *one*²⁸ (podv. autor) koje imaju dugoročna fizička, mentalna, intelektualna ili čulna oštećenja koja u interakciji sa raznim preprekama mogu ometati njihovo puno i efikasno učešće u društvu na jednakom osnovi sa drugima (čl. 1 st. 2).

Problem ustavnog osnova, definisanje i sticanje poslovne sposobnosti

Ustav RS²⁹ u korpus osnovnih ljudskih prava i sloboda svrstava i “pravo na pravnu ličnost”, odnosno na pravnu i poslovnu sposobnost. Za sticanje poslovne sposobnosti, koja se određuje kao “sposobnost da (lice) samostalno odlučuje o svojim pravima i obavezama”, izuzev godina starosti, Ustav ne predviđa nika-

jsp?id=986865, 04.07.2015. Za najvažnije dokumenta EU u ovoj oblasti, pored Preambule ove Preporuke v. u Vladimir Pešić, Evropska unija i osobe sa invaliditetom, Narodna kancelarija Predsednika Republike, Beograd 2006, Prilozi, str. 131- 213.

²⁴ Recommendation No R (99) 4 on the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning the Legal Protection of Incapable Adults, of 23. February 1999, (dalje “Rec No R (99) 4”), dostupno na: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=407333>, 07.07.2015.

²⁵ Rec No R (99) 4, Principles, Part I - Scope of applicationn, 2.

²⁶ Vidi Model Zakona o razlozima i postupku ograničenja i zaštite pojedinih prava i sloboda, Poslovna sposobnost osoba sa invaliditetom, Centar za unapređenje pravnih studija, ur. Saša Gajin (dalje “Model zakona”) Beograd 2012, str. 18., dostupno na: https://www.google.rs/search?q=cups+modela+zakona+o+razlozima+i+postupku+&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=IAnTVY-pDIqMsgGPipOIAw, 08.07.2015.

²⁷ Rec No R (99) 4, Part III, Procedural principles, - pravila postupka moraju biti fleksibilna; dopušteno je pokretanje po službenoj dužnosti; osoba hitno mora biti informisana na način koji razume o pravilima postupka koji se tiče pravnog kapaciteta; istraživanje bitnih činjenica i procena stanja osobe moraju biti adekvatni, a restriktivnu meru prihvatiti lice (uz moguće izuzetke); meru mora prihvatiti najmanje jedan prihvatljiv kvalifikovani ekspert; lice treba da bude saslušano u svakom postupku koji bi mogao da utiče na njenu poslovnu sposobnost, a mere, kada god je to moguće i prikladno, treba da budu ograničenog trajanja; odluka treba da bude periodično razmatrana, pa i izmenjena, a mora biti predviđeno i pravo na žalbu.

²⁸ Engleski termin “*include those*”, preveden je u zvaničnoj verziji Konvencije kao “uključuje i”, a kontekst formulacije iz originalne verzije bio bi “uključuje one koji...”

²⁹ Ustav RS, “Sl. glasnik RS”, br. 98/2006, 37. st. 1 i 2.

kve dodatne uslove kao ni mogućnost ograničenja ili oduzimanja. Prema opštoj normi Ustava o ograničenju ljudskih i manjinskih prava,³⁰ ono je moguće samo ukoliko ga dopušta sam Ustav, u svrhe radi kojih ga Ustav dopušta, u obimu neophodnom da se ustavna svrha ograničenja zadovolji u demokratskom društvu i bez zadiranja u suštinu prava. Takvih ograničenja, naravno, ima, npr., odredbom čl.65 st.2 Ustav dopušta oduzimanje ili ograničenje roditeljskih prava odlukom suda i kada je to u najboljem interesu deteta. Ovakav normativni pristup potencira problem zakonskog ograničenja, a naročito oduzimanja poslovne sposobnosti, odnosno prava na poslovnu sposobnost kao osnovnog ljudskog prava.³¹ Koncept zakonskog prihvatanja i regulisanja ovakvih mogućnosti zahteva, naime, ustavno opravdanje (osnov).

U kontekstu lišenja poslovne sposobnosti relevantna je i ustavna garancija neprikosновенosti ljudskog dostojanstva i obaveza svih da ga poštuju, ali i pravo svakoga na slobodan razvoj ličnosti, uz jedino ograničenje da time ne krši prava drugih zajemčena Ustavom,³² što upućuje, kao i za pravo na pravnu ličnost, pa i poslovnu sposobnost, na nepostojanje izričitog ustavnog osnova za ograničenja.

Porodični zakon RS³³ ne definiše poslovnu sposobnost, ali utvrđuje da se potpuna stiće punoletstvom, uz dva izuzetka za lica sa navršениh 16 godina - sklapanjem braka po dozvoli suda i ako je lice postalo roditelj, uz, u oba sličaja, potreban nivo telesne i duševne zrelosti.³⁴ Radni tekst Građanskog zakonika Srbije³⁵ odredbe o poslovnoj sposobnosti locira u Uvodni, Opšti deo, gde im je, zapravo i mesto, a zatim, u čl. 29. st. 2. definiše poslovnu sposobnost kao "mogućnosti da se sopstvenim izjavama volje stiču, menjaju, prenose, gase i štite građanska prava".³⁶ Materiji građanskog zakonika pripada svakako još i normiranje (uslova)

³⁰ Videti odredbu čl. 20 st. 1 Ustava RS.

³¹ Postupak lišenja regulisan je čl. 31-44 Zakona o vanparničnom postupku RS, "Sl. glasnik SRS", br. 25/82 i 48/88, "Sl. glasnik RS" br. 46/95 - dr. zakon, 18/2005 - dr. zakon, 85/2012, 45/2013 - dr. zakon, 55/2014 i 6/2015 (dalje "ZVP").

³² Čl. 23. Ustava RS.

³³ Porodični zakon RS, "Sl. glasnik RS", br. 18/2005, 72/2011 - dr. zakon i 6/2015 (dalje "PZ RS").

³⁴ Čl. 11. st. 2. PZ RS, up. čl. 23. st. 2, takođe čl. 64 i 72.

³⁵ Građanski zakonik Srbije, Radni tekst (u daljem tekstu "GZ RS"), Beograd, 29. maj 2015, Knjiga prva, Uvodne odredbe, Opšti deo (dalje "GZ RS"), čl.29-39, dostupno na: <http://www.propisi.com/.prednacr-t-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html>, 02.07.2015.

³⁶ Definisana je poslovna sposobnost mlađih i starijih maloletnika, odnosno "poslovna sposobnost deteta" i "delimična poslovna sposobnost", mada su, suštinski obe "delimične" samo različite po ovlašćenjima, čl. 30 i 31 GZ RS. Izvan konteksta rada, ali pomenimo da nam se čini i da je ponuđena alternativa za čl. 31. st. 2, o poslovima koje može samostalno obavljati stariji maloletnik,

uzroka koji vode delimičnom ili potpunom lišenju.³⁷ Uz to, GZ RS, čl. 84, "Prava ličnosti",³⁸ promovise pravo na dostojanstvo po analogiji na ustavnu formulaciju. Od izuzetne su vrednosti, prema našem sudu, stavovi autora GZ RS da iz ovog prava proizlaze sva druga prava ličnosti i da su ona "urođena i neotuđiva" (alt. čl. 86 st. 1).

Pomenimo da Strategija unapređenja položaja osoba sa invaliditetom u RS za period 2013-2015.³⁹ kao osnov prihvata usvojena nacionalna i međunarodna dokumenta "koja pitanja tretmana osoba sa invaliditetom ne postavljaju kao segment socijalne politike već kao pitanje poštovanja ljudskih prava", a kao strateški cilj određuje "unapređenje položaja osoba sa invaliditetom do pozicije ravnopravnih građana koji uživaju sva prava i odgovornosti".

Novi pristup postupku za lišenje poslovne sposobnosti

Izmenama vanparnične procedure iz 2015,⁴⁰ uvedene su brojne i značajne novine u regulisanju postupka lišenja poslovne sposobnosti u cilju prilagođavanja savremenim novim međunarodnim standardima. Pre svih, ZID ZVP uvodi novu terminologiju u odnosu na najčešći uzrok lišenja poslovne sposobnosti - umesto termina "duševno zdravlje" koristi se termin "stanje mentalnog zdravlja"⁴¹ koji je, inače, u medicinskoj i pravnoj literaturi već dugo u upotrebi,⁴² a koristi ga

usklađenija sa savremenim pristupom ljudskim pravima, odnosno procesom individualizacije koji im je imanentan, ali da otvara problem primenljivosti i procene.

³⁷ Razlikovanje uzroka nije u država regiona opšteprihvaćeno. Tako, Obiteljski zakon Republike Hrvatske (NN, br. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11, 25/13, 03/15, dalje "OZ RH"), dostupno na: <http://www.zakon.hr/z/88/Obiteljski-zakon, 08.07.2015.>, čl. 159 st. 1 daje jedinstvenu formulaciju. U teoriji se kritikuje i normativno razdvajanje kao neprecizno i nedorečeno, Marija Gabler-Čižmek, *Sudski postupak - teorija i praksa, suradnja s ostalim stručnim subjektima u postupku, perspektive razvoja*, u: "Poslovna sposobnost i skrbništvo - raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse", *Zbornik radova*, Zagreb, 2012. (dalje "Zbornik 2012"), str. 20, dostupno na: https://www.google.rs/search?q=poslovna+sposobnost+i+skrbnistvo+zbornik+radova&ie=utf-8&oe=utf8&gws_rd=cr&ei=rpvVVdmkK4T8aeC4grAE, 10. 08.2015.

³⁸ Odeljak 3. Glava II, Knjiga prva, GZ RS.

³⁹ Strategija unapređenja položaja osoba sa invaliditetom 2007-2015, *Sl. glasnik RS*, br. 1/07.

⁴⁰ Izmene izvršene Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o vanparničnom postupku *RS, Sl. glasnik RS*, br. 55/2014. (dalje "ZID ZVP")

⁴¹ Videti čl. 12. ZID ZVP, kao i Strategija razvoja zaštite mentalnog zdravlja, *Sl. glasnik RS*, br. 55/05 i 71/05- ispr., dostupno na: https://www.google.rs/search?q=strategija+razvoja+mentalnog+zdravlja&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=c3vMVbOBecbRswHkvIrwCA, 10.08.2015.

⁴² Tako, Principles for the protection of Persons with Mental Illness A/Res/46/119, of 17 December 1991, dostupno na: <http://www.un.org/documents/ga/res/46/a46r119.htm, 09.07.2015.>, u definisanju osnovnih pojmova govori o "zaštiti mentalnog zdravlja" ("*mental health care*"); Evrop-

i ZZLMS.⁴³ Nova, destigmatizujuća terminologija nije, međutim, dosledno uvedena. Tako, npr., sam naziv postupka prejudicira odluku o lišenju pa bi korektniji bio "neutralan" naziv - "postupak u kome se odlučuje o poslovnoj sposobnosti", npr.⁴⁴

Među suštinskim novinama najvrednija pažnje je ona o meri periodičnog preispitivanje odluke.⁴⁵ Naime, sud je u obavezi da u rešenju odredi "vreme za koje će se (pod. autor) proveriti da li postoje razlozi za dalje trajanje izrečene mere..." Jezički nevešto sročena, formulacija se odnosi na sudski rok za preispitivanje mere koji ne može biti duži od tri godine.⁴⁶ Kako početak računanja roka nije određen, procesna korektnost i analogija sa načinom regulisanja početka roka za obavezno preispitivanje rešenja čija je pravnosnažnost nastupila pre stupanja na snagu izmena i dopuna, upućuju na zaključak da je on teče od dana pravnosnažnosti rešenja.⁴⁷ Ipak, smatramo da se to mora izričito normirati. Od posebnog je značaja činjenica da se provera daljeg postojanja razloga za lišenje vrši *ex officio*.⁴⁸ Permanentna provera razloga potencirana je uvođenjem mogućnosti da se, i u okviru trajanja maksimalnog roka, usled izmene okolnosti, preispita odluka o lišenju, a sudu su ostavljene sve mogućnosti - vraćanje poslovne

ska konvencija o ljudskim pravima i prava osoba koje imaju probleme sa mentalnim zdravljem i (ili) su intelektualno onesposobljene, Mental Disability Advocacy Centre, 2003, dostupno na: https://www.google.rs/search?q=mdac+evropska+konvencija+o+ljudskim+pravima+i+prava+osoba+koje+imaju+probleme+sa+mentalnim+zdravljem&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=jujFVcHGI4G.asgG_3qCIBw,08.07.2015, i termin "mentalno obolele osobe" smatra stigmatizujućim pa pledira za termin "mentalna onesposobljenost" za sve koji imaju probleme sa mentalnim zdravljem i one sa intelektualnom deficijentnošću. U pravnoj literaturi paralelno se koriste termini "duševno obolela" i "duševno poremećena" lica, ali i lica sa "mentalnim problemima", "mentalno obolela" i lica sa "mentalnim poremećajima". Za prvo, umesto svih, Petar Opalić, Neformalna i formalna kontrola duševno poremećenih osoba, Anali, LIV, br. 2/2006, str. 151-165, za drugo, umesto svih, Nevena Petrušić, Postupak za prinudnu hospitalizaciju osoba sa mentalnim poremećajem u svetlu standarda zaštite ljudskih prava, Temida, septembar 2007, tema broja: "Mentalni poremećaji i viktimizacija", str. 25-37. Za medicinsku literaturu, umesto svih, Ivana Milačić-Vidojević, Nada Dragojević, Stigma i diskriminacija prema osobama s mentalnom bolešću i članovima njihovim porodica, Specijalna edukacija i rehabilitacija, Beograd, Vol. 10, br. 2. 2011, str. 319-337. Izraz "lica sa mentalnim invaliditetom", najsveobuhvatniji i najmanje stigmatizujući, koristi Model zakona.

⁴³ Videti, npr., čl. 2 (1) - "lice sa mentalnim smetnjama" je "nedovoljno mentalno razvijeno lice, lice sa poremećajem mentalnog zdravlja, odnosno lice obolelo od bolesti zavisnosti".

⁴⁴ Ovakvu, neutralnu formulaciju, odnosno naslov, ima pomenuti Model zakona ("o razlozima i postupku ograničenja i zaštite pojedinih prava i sloboda").

⁴⁵ Čl. 8 ZID ZVP i čl. 14. ZID ZVP

⁴⁶ Čl. 14 ZID ZVP.

⁴⁷ Up. čl. 56 st. 3 ZID ZVP.

⁴⁸ Čl. 17. st. 1 ZID ZVP.

sposobnosti (potpuno ili delimično),⁴⁹ izmena delimičnog u potpuno kao i izmena odluke u pogledu obima poslova koje delimično poslovno sposobno lice može samostalno preuzimati.⁵⁰

Krug ovlašćenih predlagača, u odnosu na lica iz čl. 32. ZVP, proširen je uključivanjem vanbračnog partnera, ali nekorektnost terminologije prepoznajemo u formulaciji da je reč o “supružniku, vanbračnom partneru, detetu ili roditelju lica koje treba lištiti poslovne sposobnosti (podv. autor)”.⁵¹ I ovim se, naime, prejudicira ishod postupka pa je adekvatnija “neutralna” formulacija - lica o čijoj poslovnoj sposobnosti se odlučuje.

U pogledu saslušanja lica o čijoj se poslovnoj sposobnosti odlučuje, novina je da se, u slučaju da je hospitalizovano, obavezno sasluša u zdravstvenoj organizaciji.⁵² Afirmativna formulacija iz čl. 10 st. 2 ZID ZVP odražava savremen pristup o potrebi uvažavanja mišljenja ovog lica.

Značajnu novinu uvodi čl. 13 st. 3 ZID ZVP predviđajući da žalba protiv rešenja o privremenom smeštaju u odgovarajuću zdravstvenu organizaciju kada je to neophodno da bi se utvrdilo njegovo zdravstveno stanje ima suspenzivno dejstvo. Nadalje, obaveza je (ne više mogućnost) suda da rešenjem o delimičnom lišenju odredi, na osnovu rezultata medicinskog veštačenja, vrstu poslova koje osoba može samostalno preduzimati.⁵³ Izmenjene su odredbe o žalbi protiv rešenja o lišenju određivanjem posebnog roka od osam dana za izjavljivanje žalbe i za donošenje odluke u drugom stepenu.⁵⁴ Kratki rokovi svakako su u skladu sa načelom hitnosti statusnih vanparničnih postupaka, ali nam se čini da izmena u postupku po žalbi otvara problem savesnog i potpunog utvrđivanja okolnosti koje su

⁴⁹ Dostupni podaci pokazuju da je vraćanje poslovne sposobnosti veoma retko u praksi. Tako, od jula 2013 do jula 2014, u Vojvodini je evidentirano ukupno deset osoba kojima je vraćena poslovna sposobnost, a pri tome, prema evidenciji Centra za socijalni rad u Pokrajini su 3 634 osobe lišene poslovne sposobnosti - 3 300 potpuno, a 334 delimično, dostupno na: <http://www.021.rs/Info/Vojvodina/Liseni-poslovne-sposobnosti-bez-sistemske-podrske.html>, 09.08.2015. Prema istraživanju Beogradskog centra za ljudska prava, Inicijativa za prava osoba sa mentalnim invaliditetom, 2011, dostupno na: <http://www.mc.rs/poslovna-sposobnost-kao-ljudsko-pravo-u-srbiji.4.html?eventId=8202>, 08. 08. 2015, od ukupnog broja predmeta u čak 93.92% slučajeva izrečena je mera potpunog lišenja.

⁵⁰ Čl. 18 ZID ZVP, odnosno novi čl. 42(b).

⁵¹ Ranija verzija je “lica kod koga su se stekli zakonski uslovi”, čl. 32 st 1 ZVP.

⁵² Up. čl. 36 st. 1 ZVP, da se ovo lice “po pravilu” sasluša u ustanovi u koju je smešteno i čl. 10 st. 1 ZID ZVP.

⁵³ Videti čl. 14 ZID ZVP.

⁵⁴ Opšti rok od 15 dana sledio je iz odredbe čl. 19 ZVP.

posebno složene u predmetima povezanim uz probleme mentalnog zdravlja, odnosno invaliditeta.⁵⁵

Suštinski problemi normativnog okvira i prakse

Osnov (i razlog) izmenama postupka za lišenje poslovne sposobnosti - suštinski novi pristup ljudskim pravima osoba sa invaliditetom, već po sebi uslovljava problem prihvatanja promene preovlađujućeg "mentalnog koda" u stavu prema ovim licima od strane svih pojedinaca, organa, društva u celini. Tome će svakako doprineti neophodne sistemske promene (npr., starateljstvo, pomoć pri izražavanju mišljenja i sl, o čemu će biti reči), ali ne i dovoljno. Najvažnija i najteža biće promena svesti! Ne otvarajući ovu složenu temu, ponovimo da su i same izmene ZVP nedosledne u prihvatanju savremenih standarda u ovoj oblasti, a postavlja se i pitanje primene preuzetih starih rešenja. Tako, npr., postupak se i dalje može pokrenuti i po službenoj dužnosti od strane suda. Iznenađuju, međutim, navodi iz odluke u slučaju Salontaji-Drobnjak protiv Srbije, u kojoj se navodi da je "Opštinski sud u Vrbasupreporučio lokalnom Centru za socijalni rad da *zvanično zatraži pokretanje postupka za utvrđivanje poslovne sposobnosti podnosioca predstavke*", i da je "centar za socijalni rad ...*prihvatio ovaj predlog*", a "opštinski sud....*ustanovio da je navedeni postupka time pokrenut po službenoj dužnosti*...⁵⁶ Ako je, naime ovo praksa, onda nema svrhe normirati pokretanje postupka od strane suda po službenoj dužnosti. Okolnosti ovog slučaja, naime, upućuju na to da je sud imao neophodna saznanja o mentalnom stanju lica.⁵⁷ Stoga ni obaveštavanje organa starateljstva i preporuka da postupak pokrene nemaju osnov sobzirom na neizmjenjenu formulaciju da se postupak "pokreće po službenoj dužnosti, kao i na predlog organa starateljstva... (podv. autor)". Način saznanja suda za relevantne okolnosti nije od važnosti. Ako, pak, organ starateljstva ima neophodna saznanja, on će podneti predlog što se, takođe, smatra pokretanjem *ex officio*.⁵⁸ Ovakva praksa mora biti promenjena bez obzira na činjenicu da sudovi retko koriste pomenu-

⁵⁵ Izuzetno kratak rok za odlučivanje u postupku po žalbi predviđa i ZZLMS, čak tri dana od dana dostavljanja spisa.

⁵⁶ Videti Salontaji-Drobnjak protiv Srbije, predstavka br. 36500/05, presuda od 13. oktobra 2009, par. 19-21, dostupno na: https://www.google.rs/search?q=presuda+salontaji+drobnjak+protiv+srbije&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=W47IVeDpKcWasAHYhr6gBQ, 07.07.2015.

⁵⁷ Podnosiocu je dijagnostifikovana *paranoia querulans*, većinu sudskih postupaka pokrenuo je pred Opštinskim sudom u Vrbasu, a u krivičnim postupcima veštačenjem je utvrđena paranoidna psihoza, v. par. 8-19. presude Salontaji-Drobnjak protiv Srbije.

⁵⁸ Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinelić, Građansko procesno pravo, Beograd, 2010, str. 578.

to ovlašćenje.⁵⁹ Ukazujemo, ovde, i na odredbu čl. 25. ZZLMS, o obaveznom obaveštavanju suda o prisilnom zadržavanju. Mada je svrha obaveštavanja drugačija, sud i na ovaj način dobija informacije o licima za koje će se u velikom broju slučajeva pokazati da je potrebno voditi i postupak o poslovnoj sposobnosti.

Poseban problem je poštovanje prava na participaciju lica o čijoj se poslovnoj sposobnosti odlučuje, uz obavezno prethodno obaveštenje o pokretanju postupka, što ZID ZVP ne predviđa izričito.⁶⁰ Jedna strana ovog problema jeste neadekvatna regulativa zastupanja, odnosno nedostaci u obezbeđenju asistencije ovakvim licima kako bi izrazili svoju volju (želje, stavove, mišljenja), druga je, svakako, kako postići cilj u skladu sa međunarodnim standardima. U odnosu na prvi problem opravdano se postavlja pitanje da li je potrebno posebno regulisati ulogu privremenog “zastupnika”⁶¹ lica prema kome se postupak vodi. Naime, postavljanje i privremenog staraoca i privremenog zastupnika ovom licu, prema važećim propisima je samo “mogućnost”, kako za organ starateljstva (privremeni staratelj),⁶² tako i za sud (privremeni zastupnik).^{63,64} Čini nam se neophodnom izmena u smislu obaveze postavljanja privremenog staraoca licu prema kome se vodi postupak lišenja.⁶⁵ No, i pored toga, privremeni staralac, koji ima ograničena ovlašćenja - odlukom o postavljanju određuje se pravni posao ili vrsta pravnog posla koju može preduzimati,⁶⁶ nije i konačno rešenje u kontekstu pomo-

⁵⁹ Istraživanje Beogradskog centra za ljudska prava, op. cit., ukazuje da je u postupcima predlagač u preko 68% slučajeva bio organ starateljstva, u preko 42% srodnici, a samo u 0,2% sud.

⁶⁰ Čl. 12. Model zakona da je obavezno u svakom postupku ograničenja sloboda i prava ovih lica. Videti odluku u slučaju X protiv Hrvatske, presuda od 3. studenog 2011, par. 53., dostupno na: https://www.google.rs/search?q=x+protiv+hrvatske&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=o2jMVdZYMo.OLsAHF-aXAAg, 11.08.2015, u kojoj se konstatuje da “...Sud teško može prihvatiti činjenicu da svaka osoba lišena poslovne sposobnosti treba automatski biti isključena iz postupka posvojenja svog deteta”, te da “je bilo potrebno pružiti joj priliku da bude saslušana”.

⁶¹ Za svrhe rada pojam podrazumeva i privremenog staratelja i privremenog zastupnika.

⁶² Videti čl. 132 PZ RS, za štićenike, decu pod roditeljskim staranjem i poslovno sposobna lica ako je to neophodno radi privremene zaštite ličnosti, prava ili interesa. U okviru slučajeva kada je organ starateljstva “dužan” da postavi privremenog staratelja (st 2) relevantan je samo onaj iz t. 6, “drugom licu kada je to predviđeno zakonom”. Takvog, drugog zakona, međutim, nema. Postoji samo obaveza suda da obavesti organ starateljstva, ako on nije i predlagač, da je postupak pokrenut (čl. 4 st. 2 i 3 ZVP).

⁶³ Čl. 6 ZVP, i uslovi iz ZPP (čl. 81-84).

⁶⁴ Slično i u postupku prisilne hospitalizacije po ZZLMS, v. Dušica Palačković, Sudski odobrena hospitalizacija, Pravni život, 2013, br. 9, str. 354-356.

⁶⁵ Tako, npr., čl. 168 (1) OZ RH predviđa izričito ovakvu obavezu za centar za socijalnu skrb. Pomenimo da GZ RS, odredbom čl. 158 preuzima u potpunosti odredbu čl. 132 PZ RS o privremenom starocu, odnosno da ne uvodi i neke nove skućajeve obaveznog postavljanja.

⁶⁶ Odredba čl. 132 st. 3 PZ RS.

ći i podrške u izražavanju mišljenja i stavova, pa i u sudskim postupcima,^{67,68} a isti zaključak sledi i za privremenog zastupnika. Za pretpostaviti je, naime, da oni nemaju (ili nemaju dovoljno) ni veštine ni znanja neophodna za ovu, širu ulogu koju bi trebalo da ima lice u ulozi reprezentanta osobe prema kojoj je usled mentalne nesposobnosti pokrenut postupak lišenja poslovne sposobnosti. Takve obaveze ne proističu ni iz smisla procesnog instituta privremenog zastupanja,⁶⁹ a, uz to, u našem pravu nije izričito predviđeno da je svrha starateljstva zaštita ljudskih prava i dostojanstva lica sa invaliditetom.⁷⁰

Mogući zaključak je da se problem zastupanja mora posmatrati i regulisati odvojeno od pitanja asistencije licima prema kojima se vodi postupak lišenja poslovne sposobnosti da izraze svoju volju, želje, mišljenje ili stavove u skladu sa očuvanim intelektualnim i emocionalnim kapacitetom. Ovo je od presudne važnosti za ostvarenja prava na participaciju, koje, opet, podrazumeva, kao prethodno, pravo na informisanje o svim okolnostima vođenja postupka. Uloga ličnih asistenata⁷¹ u postupku lišenja poslovne sposobnosti (ali i u postupku vraćanja, zatim za produženje roditeljskog prava kao i njegovo vraćanja) mora biti poverena edukovanim, stručnim licima. Koncept se mora promisliti, stoga što je promovisanje autonomije (volje) ovih lica ograničeno neophodnošću istovremene zaštite njihove ličnosti, prava i interesa. Prvi korak mogao bi biti da se privremeni staratelji za ova lica biraju isključivo iz kruga stručnih lica sa potrebnim veštinama (strogo individualiziran pristup), a to podrazumeva i broјčano i profesional-

⁶⁷ Zoran Ponjavić, Pravni značaj volje punoletnih poslovno nesposobnih lica, Zbornik radova: Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru, Knjiga treća, Niš, 2013. str. 223-241; O stvarnom (ne)učešću posebnog staraoca, pasivnosti, nezainteresovanosti, ne posedovanju informacija i dokumentacije potrebne u postupku lišenja, Aleksandra Korać Graovac, Anica Čulo, Konvencija o pravima osoba s invaliditetom - novi pristup shvaćanju prava osoba s duševnim smetnjama, Zbornik PF u Zagrebu, 61, (1), 2011, str. 76, dostupno na: http://hrcak.srce.hr/index.php?show=toc&id_broj=5201, 10.08.2015.

⁶⁸ Vredan pažnje, u ovom kontekstu, je čl. 153 (čl. 127 PZ RS) GZ RS, Knjiga treća, koji predviđa da štićenik, sa navršenih 10 godina i sposoban za rasuđivanje, ima pravo da predloži da mu određeno lice bude ili ne bude postavljeno za staraoca kao i da njegov predlog mora biti uzet u obzir u meri u kojoj je to moguće i ako je u njegovom interesu.

⁶⁹ Čl. 82 ZPP, da ima prava i obaveze zakonskog zastupnika "u postupku za koji je postavljen".

⁷⁰ Videti Starateljstvo i ljudska prava, Analiza pravnog uređenja i prakse starateljstva u Srbiji, MDAC, Beograd, 2006, str. 25-28, dostupno na: https://www.google.rs/search?q=starateljstvo+i+ljudska+prava+u+srbiji&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=rW3IVdzhD4elsAGFj4joBw, 09.08.2015.

⁷¹ Termin koriste, npr., Marko Kos, Lud, zbunjen, političan i subjekt, JAHR, Nol. 5. br. 9, 2014, str. 218, dostupno na: https://www.google.rs/search?q=marko+kos+lud+zbunjen+politican+i+subjekt&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=dfrKVc6FGMWzsQHtrZnIBw, 09. 08. 2015; Aleksandra Korać Graovac, Anica Čulo, op. cit., str. 76 i dr.

no ojačanje timova stručnjaka, posebno psihologa, organa starateljstva za pomoć i potporu u ovom smislu.⁷² Sledeći korak bio bi uvođenje ličnih asistenata.

Uloga ličnog asistenta veoma je značajna i u informisanju lica o pitanju o kome ono treba da odluči, "približavanju" problema, razumevanju mogućnosti (izbora), tumačenju želja i potreba ovih lica, a posebno kada je invaliditet uslovljen mentalnom nesposobnošću i kada on, zapravo, treba da "nadopuni volju štice (potpomognuto odlučivanje)", a ne da donosi odluke u njegovo ime.⁷³ Uvođenje asistenta u prethodno opisanoj ulozi moglo bi biti uvod u prihvatanje rešenja iz par. 1896. BGB, o pomoćniku punoletnog lica koje zbog mentalne ili fizičke nesposobnosti nije u stanju da potpuno ili delimično obavlja svoje poslove.⁷⁴

Takođe, procesna uloga asistenata mora biti regulisana kada su učesnici sudskih postupaka pri saslušanju ovih lica.⁷⁵ Prema trenutnom stanju regulative jedino ZZLMS, čl. 28. st. 3, sudu daje eksplicite ovlašćenje da dopusti da ročištu prisustvuje, pored članova uže porodice lica o čijoj prisilnoj hospitalizaciji se odlučuje i lica u koje ono ima poverenje (podv. autor), ako se ono ili njegov zakonski zastupnik tome ne protive.⁷⁶ Ovu, za sada maglovitu, formulaciju, svakako treba ozbiljno analizirati i predvideti u obe procedure.⁷⁷ Pri tome, ovakav, lični asistent, nije i njegov punomoćnik.⁷⁸ Mišljenja smo, takođe, da je trebalo zadržati ovlašćenje za sud da odustane od saslušanja lica, ali ako se "lično uveri da saslušanje nije moguće s obzirom na "njegovo) mentalno stanje".⁷⁹

⁷² Videti, npr., Božena Horvat Alajbegović, Uloga centra za socijalnu skrb u primjeni Instituta skrbništva, Zbornik 2012, str. 29-32, 11. 08. 2015.

⁷³ Aleksandra Korać Graovac, Anica Čulo, op. cit., str. 76.

⁷⁴ O ovom institutu videti Ivana Milas Klarić, Lišenje poslovne sposobnosti i skrbništvo - od zakonodavstva i prakse danas, do potrebe za promjenama de lege ferenda u svetlu Konvencije o pravima osoba s invaliditetom, Zbornik 2012, op. cit., str. 81.

⁷⁵ Videti Istraživanje Beogradskog centra za ljudska prava, op. cit, prema kome je u posmatranom periodu od tri godine u svim sudovima RS u predmetima lišenja poslovne sposobnosti samo u 12, 58% predmeta iz uzorka lica saslušano (pokušano, nesposobna - 10, 16%, a ne pominje se u odlukama ili je sud odustao od saslušanja, 77,26%), što su zabrinjavajući podaci!?

⁷⁶ Pominje ga i Model zakona, čl. 16 st. 2, odnosno da licu u toku postupka saslušanja, koje je, inače, i prema ovom dokumentu obavezno, može pomagati osoba od ličnog poverenja (podv. autor).

⁷⁷ Jedna od obaveza država potpisnica Konvencije, koja sledi iz čl. 12. st. 3, upravo je preduzimanje odgovarajućih mera kako bi se licima sa invaliditetom omogućile dostupnost pomoći koja im može biti potrebna u ostvarivanju njihovog pravnog kapaciteta.

⁷⁸ Aleksandra Korać Graovac, Anica Čulo, op. cit., str. 76. Posebnog punomoćnika za davanje saglasnosti za preduzimanje medicinske mere reguliše, čl. 16 st. 5 Zakona o pravima pacijenata, Sl. glasnik RS, br. 45/13.

⁷⁹ Ovo je i rešenje Model zakona, čl. 16 st. 4; O neophodnosti ličnog kontakta suda sa licem o čijoj se poslovnoj sposobnosti odlučuje, što je, naravno, povezano i uz njegovo saslušanje, izjasnio se i ESLjP, npr., u slučaju X i Y protiv Hrvatske, 2011, par. 82-84, dostupno na: <https://www.go->

Tek ukoliko bi se barem u najvećem delu realizovali zahtevi o kojima je bilo reči odredba o saslušanju lica, kojom je, kako je rečeno, potencirana obavezna suda ("sud će saslušati") u postupku lišenja poslovne sposobnosti, kao i ona da će sud "uvažiti mišljenje i stavove u meri u kojoj je to moguće s obzirom na stanje njegovog mentalnog zdravlja " može postići cilj.⁸⁰ Mogla bi se prihvatiti i analogija na rešenja iz ZZLMS, čl. 28. st. 3, kojim se sudu daje ovlašćenje da dopusti da ročištu prisustvuje, pored članova uže porodice lica o čijoj prisilnoj hospitalizaciji se odlučuje i *lice u koje ono ima poverenje* (podv. autor), ako se ono ili njegov zakonski zastupnik tome ne protive. To je norma u kojoj se jedino na eksplicitan način pominje "lice od poverenja",⁸¹ što je u najdirektnijoj vezi i sa mogućnošću da se sazna mišljenje ili stav posebno lica sa mentalnim smetnjama. Ovu, za sada maglovitu, formulaciju, svakako treba ozbiljno analizirati i predvideti u obe procedure.⁸² Pri tome, ovakav, lični asistent, nije i njegov punomoćnik.⁸³ Mišljenja smo, takođe, da je trebalo zadržati ovlašćenje za sud da odustane od saslušanja lica, ali ako se "lično uveri da saslušanje nije moguće s obzirom na "njegovu" mentalno stanje".⁸⁴

Pomenimo, ne manje važno, da bi nepoštovanje prava na izražavanje mišljenja, izuzev u ekstremnim situacijama najtežih mentalnih bolesti i stanja, bio i razlog za pobijanje rešenja o lišenju što dodatno potencira značaj.

ogle.rs/search?q=x+i+y+protiv+hrvatske&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=82rMVZOGFoW5sQG845LYCA, 11.08.2015, kao i odluke u slučaju Shtukatur v. Russia, of 27 March 2008, p. 35-37, dostupno na: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85611#{%22itemid%22:\[%22001-85611%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85611#{%22itemid%22:[%22001-85611%22]}), 11.08.2015.

⁸⁰ Videti Istraživanje Beogradskog centra za ljudska prava, op. cit, prema kome je u posmatranom periodu od tri godine u svim sudovima RS u predmetima lišenja poslovne sposobnosti samo u 12, 58% predmeta iz uzorka lice saslušano (pokušano, nesposobna - 10, 16%, a ne pominje se u odlukama ili je sud odustao od saslušanja, 77,26%), što su zabrinjavajući podaci!?!)

⁸¹ Pominje ga i Model zakona, čl. 16 st. 2, odnosno da licu u toku postupka saslušanja, koje je, inače, i prema ovom dokumentu obavezno, može pomagati *osoba od ličnog poverenja* (podv. autor).

⁸² Jedna od obaveza država potpisnica Konvencije, koja sledi iz čl. 12. st. 3, upravo je preduzimanje odgovarajućih mera kako bi se licima sa invaliditetom omogućile dostupnost pomoći koja im može biti potrebna u ostvarivanju njihovog pravnog kapaciteta.

⁸³ Pomenimo, takođe, da lice o čijoj se poslovnoj sposobnosti odlučuje svakako može imati i punomoćnika s obzirom da je još uvek poslovno sposobno. Interesantno zapažanje je da i on mora biti posebno edukovan, Aleksandra Korać Graovac, Anica Čulo, op. cit., str. 78.

⁸⁴ Ovo rešenje zadržava i Model zakona, čl. 16 st. 4, a o potrebi ličnog kontakta suda sa licem o čijoj se poslovnoj sposobnosti odlučuje, što je, naravno, povezano i uz njegovo saslušanje, izjasnio se i ESLJP, npr., odluka u slučaju X i Y protiv Hrvatske, od 3. studenog 2011, par. 82-84, dostupno na: https://www.google.rs/search?q=x+i+y+protiv+hrvatske&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=82rMVZOGFoW5sQG845LYCA, pregledano 11.08.2015, kao i odluke u slučaju Shtukatur v. Russia, of 27 March 2008, p. 35-37, dostupno na: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85611#{%22itemid%22:\[%22001-85611%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85611#{%22itemid%22:[%22001-85611%22]}), pregledano 11.08.2015.

Nova regulativa, uz nužne korekcije o kojima je i u ovom radu bilo reči, nadamo se, doprineće da se ne ponove situacije da se postupci lišenja vode i o lišenju odluči, a da sudija nije video lice o kome se postupak vodi.⁸⁵ Naime, ni nalaz i mišljenje lekara-veštaka nisu smeli biti, a pri novom stanju regulative posebno, opravdavajući razlog da se ne pokuša saslušanje. Kada je lice već pre pokretanja postupka hospitalizovano, lekar koji ga je primio i učestvovao u postupku prisilne hospitalizacije kao veštak ne bi trebalo da bude i veštak u postupku lišenja poslovne sposobnosti. Izuzetak bi bio slučaj kada je smeštaj naložio sud u postupku lišenja, radi pregleda, ali smatramo da i tada lice prema kome se vodi postupak lišenja treba da ima pravo na “drugo mišljenje”.⁸⁶

Interesantno je, takođe, da se pri izmenama pravila za postupak lišenja nije uzela u obzir mogućnost da se ročište, ukoliko je lice već, dobrovoljno ili prisilno, hospitalizovano, održi u zdravstvenoj organizaciji. Takvo rešenje, naime, predviđa odredba čl. 29 st. 1 ZZLMS, a sasvim je svrsishodna i u postupku lišenja. Tada je, kako je pomenuto i olakšana komunikacija sa ovim licem u smislu saslušanja i saznanja njegovog mišljenja kome lekari svakako doprinose.

Mislimo i da je potrebno preciznije odrediti zadatak lekara-veštaka u smislu u kome to sledi iz odredbe čl. 18 st. 2 Model zakona. Oni, prema ovoj formulaciji daju nalaz i mišljenje o “stepenu i vremenskom trajanju umanjenja sposobnosti donošenja, saopštavanja, razumevanja ili pamćenja odluka lica čije se pravo ili sloboda ograničava, odnosno njegovoj sposobnosti komunikacije sa drugima”.⁸⁷ Sam postupak veštačenja je veoma zahtevan,⁸⁸ a osnovni cilj mu je “procena kapaciteta za odlučivanje”, odnosno “mentalnog kapaciteta”.⁸⁹

⁸⁵ Prema navedenom Istraživanju Beogradskog centra za ljudska prava, op. cit, u preko 70% predmeta iz uzorka sudija nije ni video lice čijoj poslovnoj sposobnosti odlučuje!?!

⁸⁶ Videti o tome za postupak prisilne hospitalizacije, rešenje iz hrvatskog Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, NN, br. 76/14 (pročišćen tekst), dalje “ZZODS”, dostupno na; <http://www.zakon.hr/z/181/Zakon-o-za-%C5%A1titi-osoba-s-du%C5%A1evnim-smetnjama>, 09.08. 2015, čl. 37, kojom se omogućava licu koje je prisilno zadržano u zdravstvenoj ustanovi ili njenom punomoćniku da obrazloženim zahtevom zatraže mišljenje lekara psihijatra koji nije zaposlen u ustanovi u koju je lice smešteno, odnosno koji nije učestvovao u postupku prisilnog zadržavanja.

⁸⁷ Model zakona obavezuje da se veštačenje bez izuzetaka koji se u našoj regulativi odnose na situaciju kada je lice smešteno u zdravstvenu organizaciju, vrši u prisustvu suda (up čl. 18 st. 3 i čl. 38 st 2 ZVP).

⁸⁸ Tako, za pitanja na koja mora da odgovori veštak, A. Korać, Postupak za lišenje poslovne sposobnosti, u: M. Goreta, I Peko-Čović, N. Buzina, Psihijatrijska vještačenja, Knjiga druga, Zagreb: Naklada Zadra, Psihijatrijska bolnica Vrapče, 2006, navedeno prema: Tija Žarković Palijan, Lišavanje poslovne sposobnosti i skrbništvo u Hrvatskoj - praktična iskustva, dileme i preporuke vještaka, Zbornik 2012, str. 24 i 25.

⁸⁹ Sladjana Štrkalj Ivezić, Procjena kapaciteta za odlučivanje kao ključni faktor u donošenju odluke o lišenju poslovne sposobnosti, Zbornik 2012, op. cit., str. 67-71.

Uz sve pomenuto i specifična edukacija sudija, u oblasti prava osoba sa invaliditetom, koji vode postupke lišenja svrsishodno je rešenje,⁹⁰ a ova razmatranja su i pravo mesto da se pomene da u Srbiji ne postoji poseban ombudsman, poverenik ili "pravobranitelj" za osobe sa invaliditetom, kao, npr., u Hrvatskoj,⁹¹ pa bi se i o tome moglo razmisliti.

DUSICA PALAČKOVIĆ, LL.D.,

Professor, Faculty of law University of Kragujevac

THE PROCEDURE FOR REMOVING THE LEGAL CAPACITY – PRESERVING THE LEGAL CAPACITY OF AN INDIVIDUAL

Summary

The essentially new approach to the rights of people with disabilities, promoted in the UN Convention from 2006, calls for a new approach to the issue of legal capacity of this vulnerable social group. Instead of long-lasting stigmatization and discrimination, the new model leads to the recognition and respect of all human rights and basic liberties and to the enhancing the respect of human dignity, autonomy and independence. International standards, including the right to a due process, have caused significant amendments in the Serbian Law on extra-judicial proceeding in relation to the procedure of removing the legal capacity. Yet, their analysis points out to the inconsistencies in their implementation, particularly in relation to the right to information and the right to participation and expressing opinion. The model of exclusive representation shows serious deficiencies in relation to the rights of this group of people to personally express their will, attitude and opinion within the boundaries of their preserved emotional and intellectual capacities with the assistance of those empowered by necessary knowledge and skills.

⁹⁰ Videti, odredbu čl. 34 st. 2 ZZODS, odnosno izričito se pri "postavljanju" sudija iz reda sudija nadležnog suda, od strane predsednika Vrhovnog suda, za vreme od pet godina, mora "voditi računa o njihovoj stručnosti iz područja forenzičke psihijatrije", ali i čl. 13. st. 2 Konvencije

⁹¹ Zakon o pravobranitelju za osobe sa invaliditetom, 2007, dostupno na <http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/329376.html>, 09.08.2015, posebno čl. 6.

VIDA VILIĆ,
IVAN RADENKOVIĆ

PRAVO NA PRIVATNOST U SVETLU ZAKONA O ZAŠTITI PODATAKA O LIČNOSTI

U V O D

Društvene mreže i kompanije koje obezbeđuju sajtove za društveno umrežavanje svoja bogatstva i popularnost grade na posmatranju ponašanja i odnosa u društvu, kao i na ciljano oglašavanje različitih stvari, pri čemu se masovno koriste sakupljeni podaci o korisnicima društvenih mreža i dnevnici njihovih redovnih aktivnosti na društvenim mrežama.

Zakon o zaštiti podataka o ličnosti (dalje: Zakon)¹ definiše uslove za prikupljanje i obradu podataka o ličnosti, prava lica i zaštita prava lica čiji se podaci prikupljaju i obrađuju, predviđa ograničenja zaštite podataka o ličnosti, postupak pred nadležnim organom za zaštitu podataka o ličnosti, obezbeđenje podataka, evidencija, iznošenje podataka iz Republike Srbije i nadzor nad izvršavanjem ovog zakona (čl. 1). *Da li ovaj Zakon može da se primeni i na lične podatke koji se objavljuju na internetu, posebno na društvenim mrežama, i da li može da obezbedi pravnu zaštitu korisnicima?* Društvene mreže veoma često lične podatke svo-

Vida Vilić, Pomoćnik direktora Klinike za stomatologiju Niš, studentkinja doktorskih studija Pravnog fakulteta u Nišu.

Ivan Radenković, dvokat – Advokatska kancelarija “Stanković”, Niš.

¹ Zakon o zaštiti podataka o ličnosti (“Službeni glasnik RS”, br. 97/2008, 104/2009 - dr. zakon, 68/2012 - odluka US i 107/2012).

jih korisnika “dele” sa različitim kompanijama, a najčešće sa kompanijama koje se bave marketingom i reklamnim poslom, prepuštajući im zajedno sa ličnim podacima o korisnicima i njihova interesovanja, čime zadiru duboko u prava ličnosti i krše njihovu privatnost.²

Lični podaci i pravo na privatnost

U ranijem periodu virtuelni prostor bio je pun zanimljivih i korisnih informacija, ali je bilo veoma malo mogućnosti da ovaj prostor bude interaktivan i da se u kreiranju podataka aktivno učestvuje. U današnje vreme društvene mreže predstavljaju način za povezivanje ljudi širom planete. Pored prednosti koje internet i društvene mreže pružaju, zabeležen je porast zloupotreba vezanih za virutelni prostor. U vezi sa kompjuterskim zloupotrebama postavilo se pitanje zaštite pojedinačnog ličnog prava - prava na privatnost. Kompjuterskoj zloupotrebi privatnosti naročito su izložene određene grupe ljudi o kojima je prikupljen veći broj podataka, to su na primer oni koji se najčešće koriste određenim društvenim uslugama i čije je ponašanje devijantno ili kriminalno.

Lična dobra poput života, slobode, imena, časti i ugleda, smatrana su neodvojivim delom ličnosti. U prava ličnosti spada i pravo na privatnost, kojim se od objavljivanja u javnosti štite podaci i zapisi vezani za nečiji privatni život. U izvornom smislu, privatnost označava želju neke osobe da ne bude uznemiravana.³ Privatnost u elektronskim komunikacijama (koja obuhvata prikupljanje, obradu i davanje informacija o korisniku trećim licima) može se shvatiti kao sloboda od sistematskog posmatranja i beleženja aktivnosti i ličnih podataka, odnosno pravo pojedinaca da sami određuju kada, kako i u kojoj meri informacija o njihovim komunikacijama treba i može da bude dostupna drugima,⁴ dok pojedini autori⁵ privatnost definišu kao složen pojam, koji obuhvata ličnu autonomiju, demokratsku participaciju, upravljanje sopstvenim identitetom i društvenu koor-

² Catanese, A. S., De Meo, P., Ferrara, E., Fiumara, G., Provetti, A.: “Crawling Facebook for Social Network Analysis Purposes”, 2011., <http://arxiv.org/pdf/1105.6307.pdf>, pretraženo 15.02.2015. god.

³ Nikolić, Milan: “Praktični aspekti zaštite privatnosti korisnika i bezbednosti elektronskih komunikacionih mreža i usluga u Srbiji”, http://www.telekomunikacije.rs/arhiva_brojeva/peti_broj/milan_nikolic_prakticni_aspekti_zastite_privatnosti_korisnika_i_bezbednosti_elektronskih_komunikacionih_mredja_i_usluga_u_srbiji_305.html, pretraženo 15.06.2014.godine.

⁴ *Ibid.*

⁵ Cho, Hichang, Rivera-Sánchez, Milagros, Lim, Sun Sun: “A Multinational Study on Online Privacy: Global Concern and Local Responses. *New Media & Society*”, vol.11, 2009., str.395-416, <http://nms.sagepub.com/content/11/3/395.short>, pretraženo 12.11.2014.god.

dinaciju. Centralno mesto ove multidimenzionalne konstrukcije čini želja da se lični podaci zadrže za sebe i da drugi ljudi ne dođu do njih.

U kontekstu društvenih mreža, privatnost i lične informacije obuhvataju sve podatke koje jedna individua objavljuje na svom profilu, a koje podrazumevaju slike, komentare, podatke o kretanju i druženju i slično.⁶ Neki od razloga za dobrovoljno otkrivanje ličnih podataka koje su pojedini autori prepoznali su želja za pažnjom, nezainteresovanost ili opušten stav prema poštovanju svoje ili tuđe privatnosti, nepotpuno plasiranje informacija, poverenje u bezbednost podataka na društvenoj mreži kao i poverenje u prijatelje na društvenoj mreži.⁷

Veća popularnost sajtova za društveno umrežavanje dovela je do intenzivnijeg razmatranja zaštite privatnosti. Spokeo ne predstavlja klasičnu društvenu mrežu, ali predstavlja pretraživač za povezivanje ljudi koji koristi podatke skupljene agregacijom. Naime, sajt sadrži informacije kao što su starost, status veze, imućnost, informacije o bližim članovima porodice, kao i adrese registrovanih korisnika. Ove informacije su sakupljene pomoću podataka koji već postoje na internetu a koje su korisnici društvenih mreža navodili, ali sajt ne garantuje za tačnost podataka.⁸

Najčešći načini nepoštovanja podataka o ličnosti na internetu su neovlašćen pristup, prikupljanje i obrada ličnih podataka korisnika, zloupotreba prikupljenih podataka i presretanje poslatih informacija.

Zakon o zaštiti podataka o ličnosti

U smislu čl. 3 Zakona, podatak o ličnosti predstavlja svaku informaciju koja se odnosi na fizičko lice, bez obzira na oblik u kome je izražena i na nosač informacije (papir, traka, film, elektronski medij i sl.), po čijem nalogu, u čije ime, odnosno za čiji račun je informacija pohranjena, datum nastanka informacije, mesto pohranjivanja informacije, način saznavanja informacije (neposredno, putem slušanja, gledanja i sl, odnosno posredno, putem uvida u dokument u kojem je informacija sadržana i sl.), ili bez obzira na drugo svojstvo informacije.

⁶ King, Jennifer, Lampinen, Airi, Smolen, Alex: "Privacy: Is There An App for That?", Symposium On Usable Privacy and Security (SOUPS), Pittsburgh, PA, USA, 2011, <https://www.truststc.org/pubs/864.html>, pretraženo 23.11.2014. god.

⁷ Gross, R., Acquisti A. : "Information revelation and privacy in online social networks", In Proceedings of the 2005 ACM workshop on Privacy in the electronic society, 2005, str. 71-80., ACM, <http://www.heinz.cmu.edu/~acquisti/papers/privacy-facebook-gross-acquisti.pdf>, pretraženo 15.02.2015. god.

⁸ About Spokeo, <http://www.spokeo.com/blog/about>, pretraženo 12.8.2012. god.

Zakon za cilj ima da se, u vezi sa obradom podataka o ličnosti, *svakom fizičkom licu obezbedi ostvarivanje i zaštitu prava na privatnost i ostalih prava i sloboda* (čl. 2). Zaštita podataka o ličnosti je, u skladu sa ovim Zakonom, obezbeđena svakom fizičkom licu, bez obzira na državljanstvo i prebivalište, rasu, godine života, pol, jezik, veroispovest, političko i drugo uverenje, nacionalnu pripadnost, socijalno poreklo i status, imovinsko stanje, rođenje, obrazovanje, društveni položaj ili druga lična svojstva.

Interesantno je da se Zakon ne primenjuje na podatke koji su dostupni svakome i koji su objavljeni u javnim glasilima i publikacijama (čl. 5 st. 1 tač. 1), kao i na podatke koje neko lice, sposobno da se stara o sebi, samo o sebi negde objavi (čl. 5 st. 1 tač. 4). Iz ove odredbe može da se zaključi *da je ovaj zakon nemoguće primeniti na zaštitu korisnika društvenih mreža prilikom zloupotrebe objavljenih ličnih podataka od strane nekog trećeg lica*.

Ipak, Zakon u čl. 8 propisuje i da obrada podataka nije dozvoljena kada fizičko lice nije dalo pristanak za obradu podataka, kada se obrada podataka vrši bez zakonskog ovlašćenja, kada je način obrade nedozvoljen ili kad nije jasna svrha obrade. Pod obradom podataka podrazumeva se svaka radnja preduzeta u vezi sa podacima kao što su: prikupljanje, beleženje, prepisivanje, umnožavanje, kopiranje, prenošenje, pretraživanje, razvrstavanje, pohranjivanje, razdvajanje, ukrštanje, objedinjavanje, upodobljavanje, menjanje, obezbeđivanje, korišćenje, stavljanje na uvid, otkrivanje, objavljivanje, širenje, snimanje, organizovanje, čuvanje, prilagođavanje, otkrivanje putem prenosa ili na drugi način činjenje dostupnim, prikrivanje, izmeštanje i na drugi način činjenje nedostupnim, kao i sprovođenje drugih radnji u vezi sa navedenim podacima, bez obzira da li se vrši automatski, poluautomatski ili na drugi način. *Na ovaj način Zakon ipak ostavlja mogućnost zaštite ličnih podataka koji su objavljeni a za koje ne postoji izričito dat pristanak, što je u potpunosti u skladu sa zabranom propisanom u čl. 146 Krivičnog zakonika kojim je sankcionisano neovlašćeno prikupljanje ličnih podataka*.

Obradu podataka bez pristanka lica koje je podatke objavilo Zakon dozvoljava samo kada je neophodno zaštititi nečiji život, zdravlje ili fizički integritet, kao i u svrhu poštovanja pravnih propisa (čl. 13).

Povreda prava na privatnost na društvenim mrežama

Povreda prava na privatnost najčešće se vrši u okviru društvenih mreža sa najvećim brojem registrovanih korisnika, kao što su Facebook, Twitter i LinkedIn. Pitanja koja se nameću su *da li su korisnici društvenih mreža i dalje vlasnici svih informacija i da li je moguće trajno uklanjanje naloga i brisanje jednom objavljenih podataka?*

Twitter

Kada korisnik kreira ili rekonstruiše Twitter nalog, obavezan je da ostavi neke podatke o sebi: ime, korisničko ime, lozinku i e-adresu. Serveri automatski evidentiraju sve podatke (tzv. dnevnik podataka) kreirane od strane korisnika.⁹ Dnevnik podataka može da sadrži informacije kao što su IP adresa, tip pretraživača, posećene stranice, operater mobilne telefonije korisnika, najčešći pretraživani termini, interakcija sa sajtom, aplikacijama i reklamama. Twitter prikuplja lične podatke o svojim korisnicima, privatne i javne poruke, javne tvitove ili broj korisnika koji su kliknuli na određenu vezu, i sve ove podatke može da deli sa trećim licima.¹⁰

Interesantan primer zloupotrebe prava na privatnost dogodio se januara 2011.godine, kada je vlada Sjedinjenih Američkih Država uručila ovoj društvenoj mreži sudski nalog za otkrivanje informacija o nekim korisnicima koji su bili umešani u slučajeve Vikiliksa. Interesantan je slučaj Birgitta Jonsdottir, poslаницe u Islandskom parlamentu i nekadašnjeg volontera WikiLeaks, koja trenutno vodi sudski spor sa američkim pravosudnim sistemom zbog pokušaja da se iskoriste njene privatne poruke koje je slala i primala na Twitter mreži počev od 1.novembra 2009.godine. Jonsdottir je izjavila kako je svesna da se ovde ne radi samo o njenim informacijama, već da je ovo upozorenje svima koji su saradivali sa Vikiliksom. Nju, kao poslanicu državnog parlamenta od javnog korišćenja i objavljivanja privatnih poruka štiti poslanički imunitet, ali šta će se desiti sa običnim ljudima koji se iz nekog razloga nađu u sličnoj situaciji?¹¹ Twitter je reagovao opozivanjem sudskog naloga, zalažući se za ideju da bi korisnici interneta trebalo da budu obavešteni i da im se pruži prilika da odbrane svoja ustavna prava pred sudom pre nego što budu kompromitovana.

Što se tiče "trgovine" prikupljenim podacima od korisnika, Twitter zadržava pravo da proda sve sakupljene informacije ako dođe do promene vlasnika mreže, dok u ostalim slučajevima sadržaje koje su objavili korisnici nema pravo da deli sa trećim licima, u skladu sa Politikom privatnosti ove društvene mreže. Sva-

⁹ Twitter – Privacy policy, <https://twitter.com/privacy>, pretraženo 4.8.2012. godine i 06.08.2015. god.

¹⁰ Rushe, D. (2011). Icelandic MP Fights US Demand for Her Twitter Account Details, The Guardian, <http://www.guardian.co.uk/media/2011/jan/08/us-twitter-hand-icelandic-wikileaks-messages>, pretraženo 4.8.2012. god.

¹¹ Government Requests For Twitter Users' Personal Information Raise Serious Constitutional Concerns, Says ACLU, ACLU – American Civil Liberty Union, 2011, <http://www.aclu.org/technology-and-liberty/government-requests-twitter-users-personal-information-raise-serious-constitution>, pretraženo 12.8.2012. god.

ki korisnik zadržava pravo na sve sadržaje koje stavi na ovu društvenu mrežu,¹² ali time što bi odreženi sadržaj bio učinjen javnim preko ove društvene mreže, smatra se da je korisnik dozvolio društvenoj mreži da ove sadržaje koristi, umnožava, obrađuje, prilagođava, menja, objavljuje, prenosi dalje, objavljuje i distribuira na sve poznate medijske načine.¹³

Kada je nalog deaktiviran on se ne briše 30 dana, nakon ovog perioda počinje proces brisanja naloga, što može da potraje i do nedelju dana.¹⁴

Facebook (FB)

Proučavajući ovu društvenu mrežu stiče se utisak da je težnja da što više ličnih podataka o korisnicima bude dostupno za pregled celokupnoj javnosti koja se kreće virtuelnim prostorom interneta, jer su prilikom registracije korisnika svi podaci na minimalnoj opciji zaštite privatnosti dok korisnik sam ne postavi određene granice. Korisnici mogu da sami podese opcije svoje privatnosti na ovoj društvenoj mreži i da na taj način sebi osiguraju nekoliko različitih stepena zaštite svoje privatnosti.

Korisnik koji želi da kreira nalog mora da navede svoje ime, e-mail adresu, datum rođenja i pol.¹⁵ Ovi podaci, uključujući i profilnu sliku korisnika, korisničko ime i lozinku postaju dostupni svima na internetu. Svaki put kada se korisnik uloguje na svoj profil, kada pregledava tuđi profil, potraži određenu stranicu ili prijatelja, klikne na oglas koji se nalazi na stranici ili koristi bilo koju aplikaciju Facebook dobija, prikuplja i čuva ove podatke, a ukoliko korisnik objavi fotografiju ili video zapis, Fejsbuk beleži i vreme, datum i mesto na kome je fotografija ili video zapis nastao. Podaci se prikupljaju i skladište bez obzira kako i odakle su poslani na profil (da li su poslani sa računara, mobilnog telefona ili bilo kog drugog uređaja sa koga je moguće pristupiti društvenoj mreži).

Postoji nekoliko vrsta ličnih podataka koje se na Fejsbuku sakupljaju:¹⁶

1. List of Friends – u kojoj se nalazi spisak svih korisnika društvene mreže koju je neki konkretan korisnik prihvatio i označio kao “prijatelja”; u zavisnosti

¹² <https://twitter.com/tos?lang=en>, pretraženo 06.08.2015. god.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Twitter – Privacy policy, <https://twitter.com/privacy>, pretraženo 4.8.2012. godine i 06.08.2015. god.

¹⁵ Facebook - Privacy policy, <http://www.facebook.com/about/privacy/your-info#inforeceived>, pretraženo 4.8.2012. godine i 06.08.2015. god.

¹⁶ McCown, F., Nelson, M. (2009). What happens when facebook is gone? In Proceedings of the 9th ACM/IEEE-CS joint conference on Digital libraries, pp. 251-254. ACM, <http://www.cs.ou.edu/~mln/pubs/jcdl09/archiving-facebook-jcdl2009.pdf>, pretraženo 15.02.2015. god.

od bezbedonosnih podešavanja svakog korisničkog naloga, ovaj podatak mogu videti ili samo prijatelji korisnika ili može da bude javan i dostupan svima koji su na internetu.

2. Personal Information – deo koji obuhvata sve informacije koje je korisnik želeo da navede o sebi, poput imena i prezimena, zanimanja, starosti, političke i verske pripadnosti, stvari koje korisnik voli, lična interesovanja, članstva u različitim grupama na društvenoj mreži i sl.

3. Wall posts – predstavljaju javne poruke koje je neki korisnik primio od drugih korisnika ili aplikacija koje korisni na društvenoj mreži, mogu da predstavljaju i različite vrste obaveštenja; oni najčešće izražavaju kako se korisnik oseća, šta radi, šta misli i sa kim je u određenom trenutku.

4. Messages – predstavljaju privatne poruke primljene od drugih korisnika ove društvene mreže, slično porukama elektronske pošte.

5. Photos – koje korisnik nije obavezan da objavljuje već ih objavljuje po svojoj volji i na njima može da označi (engl. Tag) sve osobe koje se nalaze na njima; o ovim slikama u zavisnosti od bezbedonosnih podešavanja korisnici društvene mreže mogu da postavljaju komentare.

6. Notes – predstavljaju pisanja korisnika slična blogovima koji sami korisnici kreiraju i koji mogu da sadrže tekst i fotografije, dok drugi korisnici mogu da ih komentarišu ili dele dalje.

Navedene informacije koje je Facebook sakupio postaju dostupne velikom krugu lica: prijateljima korisnika, svim korisnicima ove mreže, a ukoliko se ova opcija ne isključi biće dostupne i marketinškim partnerima sa kojima Facebook saraduje, oglašivačima koji kupuju reklamni prostor, kao i autorima video igara i aplikacija na društvenoj mreži. Osnivači Facebook mreže su odmah i objasnili svrhu korišćenja ličnih podataka korisnika: radi sigurnosti proizvoda i usluga mreže, zaštite prava intelektualne svojine mreže i njegovih korisnika, deljenja lokalnih događaja i usluga sa ostalim korisnicima, merenja i boljeg razumevanja efekta koje reklamni prostor izaziva kod korisnika davanja preporuka za nalaženje mogućih prijatelja ili deljenja zajedničkih slika, za rešavanje tehničkih problema i načina poboljšanja same usluge.

Kako bi Facebook i dalje bio besplatan za korisnike, osnivači ove društvene mreže “moraju” da “dele” lične kontakte korisnika različitim marketinškim kompanijama kako bi im one posredstvom interneta slale reklamni materijal. Sama pravila mreže su takva da podstiču korisnike da otkrivaju što više ličnih podataka i da na taj način sami ruše svoju privatnost.

U polisi o korišćenju usluga navedeno je da je korisnik i dalje vlasnik svih informacija, da je u mogućnosti da zabrani mreži korišćenje ličnih informacija i podataka ili da zahteva da mu se ime ne spominje kako bi identifikacija bila spre-

čena. Interesantno je da većina korisnika i ne zna za ove mogućnosti kao ni za svoja prava, jer najveći broj korisnika retko ulazi u podešavanja naloga i ne postavlja lične zahteve za realizaciju ovih mogućnosti.

Kada bi neki korisnik hteo da deaktivira svoj nalog, politika mreže mu to ne dozvoljava da odjednom učini. Nalog se najpre "stavlja na čekanje" i za to vreme nije vidljiv drugim korisnicima društvene mreže. Sve informacije koje su bile objavljene prilikom deaktiviranja naloga se ne brišu, čak ni nakon deaktiviranja naloga. Za deaktivaciju naloga potrebno je oko mesec dana, dok neke informacije mogu da ostanu u rezervnim kopijama i evidencijama do 90 dana.

Interesantan je podatak da je ova društvena mreža koristila neznanje korisnika i njihove lične podatke činila dostupnim bez njihove saglasnosti. Još 2007. godine Facebook je počeo da koristi tzv. Bikon program (engl. Beacon program) koji je imao za zadatak da prijavljuje internet aktivnosti korisnika raznim drugim korisnicima i reklamnim agencijama, što je razbesnelo milione korisnika ove društvene mreže. Na taj način, svaka kupovina koju bi preko interneta neki Facebook korisnik obavio bila bi smeštena u ažuriranje aktivnosti (engl. News Feed) i dostupna na uvid svim internet prijateljima tog korisnika. Korisnik pri tom nije ni svestan da je u sekundi celo internet društvo upoznato sa njegovom aktivnosti, niti da pod podešavanjima koja se odnose na privatnost korisnik ovu opciju ne može nikako da trajno isključi ili bar privremeno blokira. Facebook je tek 2009. godine prestao sa korišćenjem ovog programa, tek nakon brojnih kritika Electronic Privacy Information Center – EPIC.¹⁷

Facebook politika nepoštovanja privatnosti je 2009. godine pokrenula brojne akcije kako bi se zaštitila privatnost korisnika ove društvene mreže, na taj način što ova društvena mreža ne bi smela da u javnost prosleđuje lične podatke poput korisničkog imena, slike i pola korisnika. Zbog aktivnosti EPIC i javne kritike koja je rasla iz dana u dan, Facebook je 2010. godine promenio svoju politiku privatnosti, omogućavajući korisnicima da podešavanjima svog korisničkog naloga utiču na dostupnost i vidljivost ličnih podataka.

Uprkos napretku u čuvanju privatnosti koje Facebook plasira, i dalje postoji nekoliko "slabih tačaka" koje ugrožavaju privatnost ličnih podataka korisnika ove društvene mreže. Npr. prilikom pretrage određenog imena preko Google pretraživača, prva opcija koja se dobija kao rezultat pretrage je kompletan Facebook nalog, ukoliko on postoji. Jedan od problema na koji je već sugerisano od strane EPIC (EPIC 2011) je i mogućnost zaštite podataka poput adrese i telefonskog

¹⁷ Spinello, R. (2011) Privacy and Social Networking Technology, International Review of Information Ethics Vol. 16 (12/2011), p.43, <http://www.i-r-i-e.net/inhalt/016/spinello.pdf>, pretraženo 1.3.2013. god.

broja korisnika, koji su sada, ukoliko su uneti u korisnički profil, dostupni svima.¹⁸

Facebook počev od januara 2015. godine uvodi određena nova pravila kada je u pitanju privatnost ličnih podataka korisnika ove društvene mreže koji se objavljuju i koji su vidljivi širokom krugu korisnika. U domenu zaštite privatnosti korisnika¹⁹, Facebook se potrudio da detaljno pojasni kako sam korisnik vidi svoj profil, kako taj profil vide drugi korisnici i kako korisnici mogu međusobno da komuniciraju. Ovim izmenama je samo poboljšan način zaštite korisnika u odnosu na druge korisnike, jer je moguće odrediti koje će informacije biti kome dostupne i prikazane. Takođe, ove novine dozvoljavaju i da se ograniči broj korisnika koji mogu objavljivati svoje postove na nečijem profilu kao i kontrolisano obeležavanje ljudi na fotografijama koje se objavljuju, čime se donekle sprečavaju podrugljivi postovi i nasilje koje nastaje na ovaj način.²⁰ Ipak, na ovaj način je korisniku ove društvene mreže samo pojašnjeno šta može sam da učini kako bi od drugih korisnika pokušao da sačuva svoju privatnost, ali još uvek nije rešen problem kako sama društvena mreža i u kojoj meri sme da raspolaze ličnim podacima koje joj korisnici, saglašavajući se sa pravilima korišćenja, ostavljaju “na čuvanje”.

LinkedIn

Kao i prilikom registracije na Facebook ili Twitter, prilikom registracije na LinkedIn informacije o korisnicima obuhvataju ime, e-adresu, lozinku. Svaki korisnik prilikom registracije može da napiše i druge podatke o sebi, npr. Zemlju u kojoj živi, posao kojim se bavi, kod kog poslodavca radi...ali se samim tim saglašava da je LinkedIn može da koristi sve lične podatke koji su navedeni. Takođe, LinkedIn u određenim slučajevima može od korisnika da zatraži i njegove podatke o bankovnom računu ili kreditnoj kartici.²¹

Podatke je moguće prikupiti i kada ih korisnik izričito ne daje već prilikom pregleda i korišćenja veb stranica sa iste IP adrese, pri čemu je moguće dobiti i IP adresu korisnika, tip korišćenih pretraživača, operativni sistem koji se koristi i adrese svih posećivanih sajtova u kojima su ugrađene tehnologije LinkedIn platforme.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ <https://www.facebook.com/about/basics>, pretraženo 29.11.2014. godine i 06.08.2015. god.

²⁰ <https://www.facebook.com/about/basics/how-others-interact-with-you/>, pretraženo 29.11.2014. god. i 06.08.2015. god.

²¹ <https://www.linkedin.com/legal/privacy-policy>, pretraženo 06.08.2015. god.

Interesantna je odredba da prikupljene podatke LinkedIn ne može prodavati, iznajmiti ili deliti trećim licima bez pristanka korisnika, osim ukoliko je to neophodno partnerima LinkedIn u pružanju usluga.²² LinkedIn se ograđuje od neovlašćenog korišćenja ličnih podataka na sledeći način: "Lične informacije korisnika biće bezbedne u skladu sa industrijskim standardima i tehnologijama. Pošto internet nije okolina koja je 100% sigurna, ne možemo da garantujemo ili obezbedimo sigurnost bilo koje informacije koju postavite na LinkedIn. Ne postoji garancija da informacijama neće biti pristupano, da neće biti kopirane, menjane, podeljene sa drugima ili uništene".²³ LinkedIn čuva podatke sve dok je korisnički nalog aktivan.

Podaci o registrovanim korisnicima ili informacije koje su objavljivali korisnici mogu biti u sledećim slučajevima podeljeni sa trećim licima tek nakon davanja izričite saglasnosti: (1) ukoliko su bitni za vođenje sudskog postupka, izdavanja sudskog naloga ili izricanje bilo kakve pravne sankcije; (2) zbog poštovanja Ugovora o uslovima korišćenja usluga mreže; (3) ako neki drugi korisnik prijavi da je došlo do kršenja pravila ponašanja na mreži; (4) ako je u interesu zaštite nečijih prava, imovine ili lične sigurnosti.

ZAKLJUČAK

Iako je veliki broj korisnika društvenih mreža svestan činjenice na društvenim mrežama privatnost može da bude povređena ili bar ugrožena, veliki broj ličnih podataka korisnici i dalje nastavljaju da objavljuju putem društvenih mreža. Trenutna postojeća zakonska regulativa nije dovoljno konkretna u propisivanju mehanizama zaštite korisnicima interneta uopšte, a pogotovo korisnicima društvenih mreža, koji dobrovoljno ostavljaju svoje lične podatke čineći ih dostupnim milionima internet korisnika u celom svetu.

Svako korisnik koji ima aktivan nalog na nekoj od popularnih društvenih mreža mora da bude svestan da opasnost od zloupotrebe objavljenih podataka uvek postoji ali da je on sam taj koji mora da količinu objavljenih ličnih podataka "dozira" kao i da sam odredi koje podatke će deliti sa kim u virtuelnom svetu. Najbolji način za zaštitu privatnosti svih internet korisnika je upravo princip kontrolisanog otkrivanja ličnih informacija. Korisnici koji žele više da zaštite svoju privatnost mogu da pokušaju da postignu internet anonimnost – na taj način je moguće korišćenje interneta bez davanja mogućnosti trećem licu da se poveže sa internet aktivnostima za ličnu identifikaciju internet korisnika. Osećanje bliskosti

²² LinkedIn - Privacy policy, http://www.linkedin.com/static?key=privacy_policy&trk=hb_ft_priv, pretraženo 4.8.2012. godine i 06.08.2015. god.

²³ *Ibid.*

među korisnicima koje virtualni prostor pruža može da bude veoma opasno, jer, s jedne strane, korisnici nisu baš uvek oni za koje se predstavljaju i nemaju uvek dobre namere, dok, sa druge strane, društvene mreže žive od reklamnih kompanija sa kojima dele lične podatke o svojim korisnicima kako bi im kompanije nudile svoje usluge.

Zaštitne mere koje umanjuju mogućnost zloupotrebe objavljenih ličnih podataka su dostupne na nekoliko društvenih mreža, pa se na taj način korisnicima uliva poverenje da njihovi podaci i lične informacije bez njihove volje i saglasnosti neće postati dostupni svima. Podešavanja privatnosti su obavezan korak u korišćenju bilo koje društvene mreže, a svaki korisnik ima povlastice da koristi takva podešavanja kada ostavlja lične informacije na internetu.

VIDA VILIĆ

Assistant director for Legal matters at Clinic
of Dentistry Niš, PhD student at Faculty of Law University of Niš

IVAN RADENKOVIĆ

Lawyer – Law Office “Stanković”, Niš

RIGHT TO PERSONAL DATA ACCORDING TO THE LAW ON PROTECTION OF PERSONAL DATA

Summary

The social networks and companies providing sites for social networking build up their wealth and popularity on the grounds of close observations of social behavior and relations, as well as on targeted advertising of various things, largely relying on the data collected on social network users and logs on their regular activities on social networks.

The Law on Protection of Personal Data defines the conditions for collection and processing of personal data, personal rights and the protection of collected personal data, provides limits for collecting of personal data, data security, disclosure of data and supervision for the execution of this law. Is this law applicable to personal data published on the Internet, especially on social networks, and whether it can provide legal protection to the users? Some of the reasons for voluntary disclosure of personal data recognized by several authors include desire for attention, disinterest or lax attitude toward one's own or other people's privacy, incomplete placement of information, confidence in security of the data on social networks, as well as trust in their social media friends.

Violation of the right to privacy most often occurs within the social networks with the highest number of registered users like Facebook, Twitter and LinkedIn.

O SUBJEKTIVITETU SUBJEKATA

Ideja o priznavanju pravnog subjektiviteta svim ljudima, bez obzira na njihove razlike, je naročito bila zastupljena u školi prirodnog prava koja je zastupala tezu da su svi ljudi jednaki i imaju, od strane prirode, data prava. Deklaracija o pravima čoveka i građanina iz 1789. godine proklamuje načelo da se “ljudi rađaju slobodni i jednaki pred zakonom”¹. Ujedno, etički imperativ o poštovanju ličnosti kao najvišu vrednost, Hegel je podigao na nivou pravnog imperativa: “Budi čovek i poštuj ostale ljude kao ličnosti. Najveća ljudska osobina je biti ličnost!”. Tako je i građansko pravo prepoznalo i kodifikovalo ovaj princip i etički imperativ u obliku jednake, opšte pravne sposobnosti fizičkih lica. Građanske kodifikacije, bez isključka, garantuju svim ljudima jednak i potpuni pravni subjektivitet i pravnu sposobnost. Tako, Code Civil obavezuje da su “svi ljudi u granicama zakona jednako sposobni da imaju prava i obaveze”.

Svako živo biće, sva fizička lica nakon rođenja postaju subjekti prava i nisu potrebni nikakvi akti (državnih organa i institucija) kojima bi se ozvaničila ili priznala njihova pravna sposobnost². Sa istoriskog aspekta, ne uvek i nije svim fizičkim licima bio priznat pravni subjektivitet. U rimsko doba robovi su bili objekti prava. U srednjovekovnom feudalizmu, subjekti prava, ako se uopšte može govo-

Dr Igor Kambovski, profesor Pravnog fakulteta, Univerzitet “Goce Delčev”, Štip, Makedonija.

¹ Član 1 Deklaracije o pravima čoveka i građanina, usvojena u Francuskoj Nacionalnoj Skupštini 26.08.1789. god.

² Slavnić J., Velimirović M., Vukićević S., “Privredno pravo sa osnovana građanskog prava”, Viša Poslovna Škola, Beograd, 2001, str. 40.

riti o fizičkim licima kao o subjektima prava, nisu bili izjednačeni, već je njihova pravna sposobnost zavisila od pripadnosti određenom staležu. Kmet je u izvesnom smislu bio subjekt prava, ali on nije mogao sticati ona prava koja su bila rezervisana za pripadnike viših staleža, Čak je i između staleža i pripadnika jednog istog staleža postojala hijerarhija u pogledu sticanja i ostvarivanja određenih prava³.

Savremena pravna teorija je ustanovila pravilo da, kao uslov za sticanje pravne sposobnosti, fizičko lice mora biti rođeno živo i čovekoliko⁴, odnosno da daje znake života. Postoji izvesno odstupanje od ovog pravila, i to u situaciji kada je dete začeto, a još nije rođeno. Još je u rimskom pravu uspostavljena pravna fikcija *infans conceptus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*, tako da se pretpostavlja da je začeto a nerođeno dete (*nasciturus*) živo u utrobi majke i da se smatra kao da je rođeno, ako je to u njegovom interesu, i tom se detetu, bez obzira na činjenicu dali će se roditi živo, priznaje pravni subjektivitet i garantuju mu se izvesna pravna ovlašćenja⁵. Ova je fikcija prihvaćena u većini savremenih zakonodavstva, a u Zakonu o nasleđivanju Republike Makedonije (član 122, stav 2) je predviđeno da "dete koje je već začeto u trenutku otvaranja nasledstva, smatra rođenim, ako se rodi živo", i može ostvarivati sva nasledna prava čime se izjednačuje sa ostalim naslednicima prvog naslednog reda. U tom pravcu je i predloženo rešenje u članu 24 Radnog teksta Građanskog Zakonika Republike Srbije (29.05.2015 godine), po kome dete još pre rođenja ima posebnu pravnu sposobnost, definisanu posebnim zakonom, dok je alternativa predloga slična makedonskom zakonskom rešenju.

Pravni subjektivitet fizičkog lica traje sve do smrti ili proglašavanja tog lica nestalim. Sam trenutak nastupanja smrti je faktičko pitanje koje prepuštamo pravilima sudske medicine. Proglašavanje nekog lica umrlim je pravna pretpostavka koja ima za cilj saobražavanje faktičkog stanja (otsustnost, nestajanje lica) sa pravnim stanjem (gašenje pravnog subjektiviteta lica), i to u korist pravnog stanja. Ova pretpostavka je rušljiva i svako lice koje ima pravni interes može dokazati suprotno⁶. Neke starije kodifikacije, kao na primer Code Civil, poznavale su i gubljenje pravne sposobnosti pre smrti, preko stanja takozvane "civilne smrti", kod koje se lice koje bi bilo osuđeno na doživotnu robiju smatralo, sa aspekta građanskog prava, mrtvim, iz razloga što to lice ne bi moglo sticati ni ostvarivati

³ Gams A., Đurović Lj., "Uvod u građansko pravo-Opšti deo", Savremena Administracija, Beograd, 1985, str. 101.

⁴ Bajaldžiev, op. cit., str. 205.

⁵ Gams, op. cit., str. 102.

⁶ Pop-Georgiev D., "Osnovi na imotnoto pravo", UKIM, Skopje, 1971, str. 17-18.

građanska subjektivna prava, i njegova imovina bi postala predmet nasleđivanja⁷. Čak i danas, u određenim državama, pod uticajem crkve, smatra se da lica koja stupaju u monaške redove gube, potpuno ili delimično, ne samo imovinu kojom raspolažu, već i pravnu sposobnost⁸.

U drugom slučaju, kada se zbog odsutnosti fizičkog lica ne može utvrditi dali je to lice živo i gde se nalazi, a kako bi se zaštitili interesi njegovih naslednika i drugih zainteresovanih lica, ustanovljen je institut-proглаšavanje nestalog lica umrlim. Tako, ukoliko je neko lice odsutno od svog prebivališta i o njemu već izvesno vreme nema nikakvih informacija o tome gde se nalazi i da li je uopšte živo, njegovi naslednici ili druga zainteresovana lica (član 76 Zakona o vanparničnom postupku Republike Makedonije) koja imaju pravni interes⁹ mogu pokrenuti vanparnični postupak o proglašenju nestalog lica umrlim, i od dana pravosilnosti rešenja kojim se to lice proglašava umrlim oni mogu ostvarivati nasledna prava nad imovinom tog lica.

Pored pravne sposobnosti, fizičko lice koje želi da obavlja određene pravne radnje mora imati i poslovnu sposobnost, sposobnost izražavanja zdrave svesti i zrele, pravno relevantne volje¹⁰. Takva sposobnost znači mogućnost subjekta da izjavom volje proizvodi pravne radnje, čime prouzrokuje nastanak, promenu ili prestanak subjektivnih građanskih prava. Ukratko, to znači sposobnost jednog lica da realizuje svoju pravnu sposobnost¹¹. Ipak, sama poslovna sposobnost se ne javlja u trenutku rađanja, kao što je slučaj sa pravnom sposobnošću, već se razvija od rođenja i u toku detinstva i puberteta. Tako, u zavisnosti od sposobnosti lica da izražava pravno-relevantnu volju i da razume pravne posledice svojih radnji, postoje tri kategorije fizičkih lica za različitim stepenima poslovne sposobnosti: lica sa opštom, potpunom poslovnom sposobnošću; lica sa ograničenom poslovnom sposobnošću; poslovno nesposobna lica.

Postoje neka odstupanja od navedenih podelbi. Konkretno, fizička lica mogu imati i radno-pravnu sposobnost, koja se stiče pre poslovne sposobnosti,

⁷ Stanković O., Vodinelić V., "Uvod u građansko pravo", NOMOS, Beograd, 20014, str. 54.

⁸ Gams, op. cit., str. 102.

⁹ Georgievski S., "Komentar na Zakonot za vonprocesnapostapka", Univerzitet "Kiril i Metodij", Skopje, 1989, str. 114 - "Predlog može podneti ovlašćeno lice, a to je lice koje ima pravni interes da se iščezlo lice proglasi umrlim. U taj krug spadaju bračni drug iščezlog lica, njegova deca, njegovi roditelji i ostala rodbina, ali i druga lica koja su zainteresovana za nasledna prava".

¹⁰ Gaber S., "Teorija na državata i pravoto", Kultura, Skopje, 1970, str. 370 - "Bez svesti i volje, tačnije, bez aktivne zrele svesti i volje, nema uslova da se jedno fizičko lice stekne efektivnim pravnim subjektivitetom. A za efektni pravni subjektivitet, nije dovoljno da se subjekt prava pasivno pošna nasuprot pravnom dinamizmu, on mora biti aktivni faktor u pravnim odnosima".

¹¹ Popov D., "Građansko pravo-Opšti deo", Službeni glasnik, Beograd, 2005, str. 101.

sa 15 godina starosti. To je donja granica uzrasta posle koje se smatra da je fizičko lice spremno i svesno da samo može obavljati određene radnje, poslove, usluge, čime postaje subjekt radnog odnosa¹². Lice koje je napunilo 15 godina ima mogućnost da zasnuje radni odnos (član 7, stav 1 Zakona o radnim odnosima Republike Makedonije), čime stiče radno-pravnu sposobnost, ali ne i opštu poslovnu sposobnost. Sama radno-pravna sposobnost predstavlja posebnu vrstu predpostavljene sposobnosti čijom se materijalizacijom realizuje, ustavom zagarantovano, pravo na rad. Ovo je korisno i praktično zakonsko rešenje, imajući u obzir da se time daje pravo maloletnom, poslovno ograničeno-sposobnom licu, da samostalno stiče sredstva za ličnu egzistenciju putem uključivanja u radni proces i sticanjem prava i obaveza kao subjekt radnog odnosa.

Poslovno nesposobna lica su ona lica koja nemaju mogućnost izražavanja relevantne volje koja bi proizvela pravnu radnju. Ovde spadaju mlađi maloletnici i lica kojim je oduzeta poslovna sposobnost zbog nesposobnosti o staranju za same sebe, svoju ličnost, svoja prava i obaveze. Pravne radnje koje ova lica zaključuju su ništavne i ne proizvode pravno dejstvo, niti se mogu kasnije konvalidirati saglasnošću roditelja, staratelja ili drugih zastupnika. Ipak, postoji isključak u slučaju kada saugovarač poslovno nesposobnog lica koji je zaključio ugovor sa njim bez odobrenja od strane njegovog zakonskog zastupnika, može da pozove zastupnika da se, u roku od 30 dana, izjasni dali ozvaničava ugovor¹³. U slučaju kada je dete-maloletnik i nakon nastupanja punoletstva, zbog određenih psihičkih anomalija, nesposobno da se samo stara o sebi, svojoj ličnosti, o svojim pravima i interesima, može se produžiti roditeljska vlast sve dok traje takvo stanje. O pravnim ovlašćenjima i zaduženjima poslovno nesposobnog lica stara se njegov zakonski zastupnik (roditelji) ili pravni staratelj (starateljski organ)¹⁴.

Ipak, prema stanovištu prof. Perovića, princip da apsolutno poslovno nesposobna lica ne mogu zaključivati ugovore mora pretrpeti izvesna ublaživanja, tako da se smatra da ova lica mogu zaključivati uobičajene, svakodnevne ugovore male vrednosti. Sa teoretske tačke gledišta, ova pravna dela su nevažeća, imajući u obzir nedostatak pravno relevantne volje, ali iz praktičnih razloga, dinamika pravnog prometa nalaže da se pitanje o punovažnosti ovih ugovora uopšte ne postavlja, zbog male vrednosti predmeta (novine, hleb, pića sa automata i slično)¹⁵.

¹² Kalamatiev T., "Trudovo-pravna sposobnost", *Pravnik* br. 125 - Septemvri 2002, str. 28.

¹³ član 50 Zakona o obligacionim odnosima R. Makedonije.

¹⁴ Bajaldžiev, op. cit., str. 211.

¹⁵ Perović S., "Obligaciono pravo, Knjiga prva", Privredna Štampa, Beograd, 1980, str. 246; isto i: Radišić J., "Obligaciono pravo-Opšti deo", NOMOS, Beograd, 2004, str. 78.

Lica sa ograničenom poslovnom sposobnošću su maloletnici između 14 i 18 godina starosti, takozvani stariji maloletnici. U ovoj kategoriji spadaju i punoletna lica koja su, sudskom odlukom, delimično lišeni poslovne sposobnosti. Lica iz ove kategorije mogu samostalno da zaključuju pravna dela, ali, kako bi ona postala punovažna, osim kod prethodno pomenutih dela manje vrednosti, potrebna je saglasnost (prethodna ili dopunska) njihovih zastupnika. Pravna radnja zaključena bez saglasnosti roditelja ili staratelja je rušljiva, ali se može konvalidirati u zakonskom roku, čime postaje punovažna, smetajući od trenutka njenog zaključenja¹⁶. Stariji maloletnici raspolažu i posebnom poslovnom sposobnošću, u konkretnim, zakonom opredeljenim slučajevima, i to kada maloletnik zaključuje ugovor o poklonu u kome se javlja kao primalac poklona (član 557, stav 2 Zakona o obligacionim odnosima Republike Makedonije); može svojom voljom raspolagati sopstvenom zaradom i može sastaviti testament sa navršenih 15 godina starosti¹⁷.

Takođe, i punoletnom licu može biti oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost¹⁸ ako to lice postane nesposobno za rasuđivanje ili ako svojim postupcima i ponašanjem ugrožava svoja ili tuđa prava i interese. Razlozi za oduzimanje ili ograničenje poslovne sposobnosti najčešće su: nastupanje duševnog oboljenja, zaostalost, zloupotreba alkohola ili opijata, staračka nemoć i slično. Tako, postoje slučajevi zakasnelog sticanja poslovne sposobnosti, mogućnost privremenog ili trajnog gubljenja, kao i mogućnost vraćanja, uz postupak delimičnog ili potpunog proglašavanja lica poslovno sposobnim¹⁹.

Interesantan primer faktičkog ograničenja poslovne sposobnosti, koja nije vezana za uzrast ili psihičko stanje ličnosti, imamo u Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Makedonije iz 2001 godine u kojem se stranci (stranska fizička lica) ograničavaju u pogledu ostvarivanja naslednih prava, na način što je njihovo pravo nasleđivanja uslovljeno postojanjem reciprociteta između Republike Makedonije i njihovezemlje, osim kada je to drugačije uređeno međunarodnim ugovorom. Isti uslov-reciprocitet je postavljen i kod sticanja prava vlasništva stana ili stanbenezgrade, kao i sticanje prava vlasništva ili dugotrajnog zakupa poslovnog prostora na teritoriji Republike Makedonije.

¹⁶ član 48 ZOO – “Za zaključivanje punovažnog ugovora potrebno je da ugovarač ima poslovnu sposobnost potrebnu za zaključivanje takvog ugovora. Ograničeno poslovno sposobno lice može, bez odobrenja svog zakonskog zastupnika da zaključuje samo one ugovore koji su mu zakonom dozvoljeni. Ostali ugovori koje će ova kategorija lica zaključiti, ako je to bez odobrenja zakonskog zastupnika, su rušljivi, ali mogu ostati na snazi uz njegov dopunsko odobrenje.

¹⁷ Pop Georgiev, op. cit., str. 20.

¹⁸ Georgievski, op. cit., str. 69.

¹⁹ Georgievski, idem, str. 68-69.

Lica sa opštom, potpunom poslovnom sposobnošću su lica sa 18 godina starosti (punoletna lica), pod uslovom da su sposobni za rasuđivanje, kao i maloletna lica koja su, postupkom emancipacije, stekla opštu poslovnu sposobnost. Punoletstvo, ili 18 godina starosti, smatra se granicom posle koje je fizičko lice intelektualno i fizički zrelo da može samostalno da preduzima pravne radnje i da stupa u odnose na osnovu izjavljene zrele i pravno relevantne volje, bez odobrenja njegovih zakonskih zastupnika. Njegova zrelost podrazumeva svest o postupcima i pravnim posledicama na osnovu preduzetih pravnih radnji. Lice sa opštom poslovnom sposobnošću može, bez nikakvih ograničenja, preduzimate sve pravne radnje. U prvim evropskim građanskim zakonicima je postojala polova nejednakost pri čemu je muž, kao bračni partner, bio zastupnik svoje supruge koja nije raspolagala opštom poslovnom sposobnošću. Tako, u prvoj verziji Code Civil, žena u braku nije imala potpunu poslovnu sposobnost, sve do novele iz 1938 godine kada biva izjednačena sa mužem i stiče opštu pravnu sposobnost²⁰. Slično ovome, i Nemački građanski zakonik čak u 1957. godinu uspostavlja potpunu poslovnopravnu ravnopravnost između muškaraca i žena²¹.

Isključak od pravila da se opšta poslovna sposobnost stiče punoletstvom postoji kod postupka emancipacije, kada maloletno lice sa navršениh 16 godina starosti²² želi da stupi u brak. U takvim slučajevima, sud je dužan da utvrdi dali je maloletno lice spremno i sposobno da stupi u brak, da razume pravne posledice braka i sva prava i obaveze koje iz braka proizlaze. 16 godina života je najniža granica ispod koje nije moguće zaključiti brak. Stupanjem u brak, maloletno lice stiče punu, opštu poslovnu sposobnost i time prestaje roditeljska vlast nad njime. Važno je istaći da dozvola koju daje sud, a kojom se dozvoljava zaključenje braka, nema nikakvu pravnu važnost što se tiče poslovne sposobnosti maloletnog lica,

²⁰ izvor: *Fin de l'incapacitecivile des femmes*-www.8mars.online.fr/article.php3?id_article=338.

²¹ Gams, idem, str. 28.

²² Ne može zaključiti brak lice koje nije navršilo 18 godina starosti. Nadležni sud može, u vanparničnom postupku, dozvoliti zaključivanje braka onom licu koje je navršilo 16 godina života ako se ustanovi da je postiglo telesnu i psihičku zrelost potrebnu za ostvarivanje prava i obaveza koji nastaju u braku, na osnovu prethodnog mišljenja zdravstvene ustanove i socijalnog radnika"-član 18 Zakona o porodici; u ovom kontekstu i član 20 istog zakona:-"Ne mogu zaključiti brak lica koja imaju manifestni oblik duševnog oboljenja sa psihotičnim simptomima ili rezidualnim znacima bolesti i zbog toga ne mogu razumeti značaj braka i obaveza koji iz njega proizlaze, a koja su istovremeno i nesposobna za rasuđivanje. Ne mogu zaključiti brak i lica koja zaostaju u mentalnom (psihičkom) razvoju, a pripadaju grupi lica sa teškom i najtežom mentalnom omećenošću sa IQ ispod 36".

sve do trenutka zaključenja braka. U tom trenutku maloletno lice postaje poslovno sposobno, i tu sposobnost ne može izgubiti, čak ni u slučaju razvoda braka²³.

Takođe, poslovna sposobnost fizičkih lica je neophodan uslov i kod jednog posebnog slučaja prenosa prava mortis causa. Kod nasleđivanja, ukoliko želi da se otkáže od svog dela, naslednik mora imati opštu poslovnu sposobnost. U suprotnom, to lice ne može dati izjavu o otkazivanju, međutim takvu izjavu može dati njegov zakonski zastupnik, uz dopunsko odobrenje starateljskog organa. Ukoliko izjava nije data lično, od strane naslednika, to može uraditi i njegov punomoćnik, uz prethodno ovlašćenje sadržano u specijalnom punomoćju²⁴.

Kada je reč o vršenju pravnih radnji od strane fizičkih lica, ne smemo zapostaviti treću vrstu sposobnosti kod fizičkih lica-deliktne sposobnost. To je sposobnost, na osnovu uslova i trenutka nastajanja, starija od poslovne sposobnosti; jedno lice može da je poslovno nesposobno, ali može biti deliktne sposobno²⁵.

Pravila u vezi poslovne sposobnosti koja se odnose na pravne radnje i ostala pravna dejstva (izjave volje koje su pravno relevantne) su opšta pravila, koja ne obuhvaćaju one pravne odnose koji nastaju kao posledica nedozvoljene radnje-delikta. Mora se napraviti distinkcija između građansko-pravnog i krivično-pravnog delikta, polazeći, pre svega, od činjenice da je posledica kod građansko-pravnog delikta nastajanje obaveze za nadoknadu štete. Tako, počinilac nedozvoljene radnje-štetnik odgovara za posledice tih nedozvoljenih radnji samo ako je svestan svojih postupaka i posledica istih. Ipak, kod deliktne odgovornosti se traži relativno niži stepen svesti, svesnosti o počinjenim deliktima, nego što je to potrebno kod zaključivanja pravnih poslova. Znači, počinilac mora biti svestan samo o tome dali je nešto nedozvoljeno ili nije. Iz tog razloga, ponekad i poslovno nesposobna lica mogu biti deliktne odgovorna, ali samo ako se dokaže da su dovoljno psihički zrela i da mogu razumeti prirodu, značaj i posledice svojih postupaka. Generalno, maloletna lica do 7 godina starosti, duševno obolela lica i lica sa smetnjama u razvoju su nesposobna za rasuđivanje, a samim time i deliktne nesposobni, pa za štetu koju će ova lica izazvati odgovara onaj koji se o njim brine, a to su njihovi zakonski zastupnici-roditelji i staratelji. Ova odgovornost zastupnika za delikt njegovog štitićenika (ovo se odnosi na duševno obolela lica i lica omeštena u razvoju) nije objektivna, zasniva se na relativno pretpostavljenoj krivici, što bi moglo značiti da odgovorno lice-zastupnik može biti oslobođen odgovornosti ako se dokaže da je pažljivo obavljao nadzor i da bi šteta u svakom slučaju nastu-

²³ Spirović Trpenovska Lj., "Semejno pravo", Studentski zbor, Skopje, 1997, str. 88.

²⁴ Spirović Trpenovska Lj., "Otkazivanje od nasledstvo", Zbornik vo čest na Mile Hadži Vasiliev, Praven Fakultet "Justinijan Prvi", Skopje, 2004, str. 42.

²⁵ Grupče A., "Imotno (Građansko) pravo-Opštdel, Kultura, Skopje, 1983, str. 130.

pila, i pored brižljivog obavljanja nadzora (član 151, stav 2 ZOO). Kod maloletnika, roditelji u svakom slučaju odgovaraju za štetu koje je prouzrokovalo dete do 7 godina, bez obzira na njihovu krivicu. Ipak, oni mogu biti oslobođeni odgovornosti ako postoje razlozi za isključivanje odgovornosti prema pravilima odgovornosti bez obzira na krivicu, ako je šteta nastala dok je dete bilo povereno na čuvanje drugom licu i to lice snosi odgovornost za štetu. Ukoliko je dete već napunilo 7 godina, roditelji mogu biti oslobođeni odgovornosti za štetu ako dokažu da je šteta nastala bez njihove krivice (član 152 ZOO)²⁶.

Za razliku od fizičkih lica, pravna lica, kao oblici udruživanja i organiziranja fizičkih lica, su složene forme kojima država, odnosno pravo, priznaje status subjekata prava. Prof. Gaber definiše pravna lica kao zbir, kolektiv fizičkih lica, udruženih radi ostvarivanja jednog, pravno dozvoljenog, zajedničkog interesa²⁷. Neki autori obopštavaju pojam pravnog lica kao zbir više fizičkih lica, udruženih, na osnovu pravnih propisa, radi ostvarivanja nekog zajedničkog cilja²⁸, dok drugi, kao bitan element za osnivanje i postojanje pravnog lica, navode i imovinu²⁹, pa čak i stešnjavaju dijapazon delovanja pravnog lica samo na ostvarivanju imotne koristi putem obavljanja neke ekonomske delatnosti³⁰. Time se marginalizuje postojanje pravnih lica koji su osnovani iz sasvim drugačijih pobuda i motiva koji za svoju osnovu nemaju profit (književna udruženja, šahovski klubovi, amaterski sportski klubovi, asocijacije i dr.). Prof. Gams smatra da i dobrotvorne organizacije, kao i razna naučna, sportska, kulturna i ekonomska udruženja, kako bi obavljali svoju osnovnu delatnost, moraju istovremeno obavljati i ekonomsku delatnost, moraju biti učesnici u prometu roba i usluga, makar u ograničenom obimu. Samo tad, i u tom obimu, pravna lica su subjekti građanskog prava³¹. Prof. Bajaldžiev kao suštinsku osobinu pravnog lica navodi činjenicu da se pravno lice ne poistovećuje sa fizičkim licima koi ga stvaraju, već proizvodi svoju sopstvenu, izdvojenu individualnost, zbog čega mu se priznaje pravni subjektivitet i mogućnost da bude nosilac pravnih ovlašćenja i zaduženja³². I pored svih različitih definicija o pojmu pravnog lica, najprihvatljivije je stanovište da pravno lice, bez obzira

²⁶ Radišić J., "Obligaciono pravo-Opšti deo", Savremena Administracija, Beograd, 1982, str. 238.

²⁷ Gaber, op. cit., str. 369.

²⁸ Bajaldžiev, op. cit., str. 211.

²⁹ Popov, op. cit., str. 117 – "Pravno lice je organizovana grupa ljudi koja poseduje sopstvenu imovinu radi ostvarivanja nekog društveno podobnog cilja i kojoj pravni poredak priznaje osobinu subjekta prava".

³⁰ Gams, op. cit., str. 115 – "pravno lice je samo onaj kolektiv ljudi koji ima izvesnu imovinu i imovinsku masu, kao zbir ekonomskih dobara radi obavljanja neke ekonomske delatnosti".

³¹ Gams, idem, str. 125.

³² Bajaldžiev, idem, str.212.

na formu i delatnost, mora raspolagati izvesnom sopstvenom imovinom i kapitalom, radi normalnog funkcionisanja i obavljanja delatnosti zbog koje je i osnovano, kao i radi odgovornosti za građansko-pravne obaveze koje pravno lice preduzima u okviru svog rada i postojanja i njihovog podmirivanja nakon prestanka pravnog lica.

Pravno lice je poseban pravni subjekt, veštačka tvorevina kreirana pravnim aktom, organizaciona celina koja postoji nezavisno od fizičkih lica koji je sačinjavaju, bilo to da su njegovi članovi, zapošljeni, osnivači i dr. Takođe, kod pravnih lica, udružena fizička lica su, preko raznih formi i oblika organizovanja i dogovaranja, doslednim poštovanjem pravnih propisa, upućeni ka ostvarivanju onog cilja kojeg bi, individualno, teško mogli postići. Da bi jedno pravno lice nastalo, potrebno je ispunjenje sledećih uslova: cilj, članstvo, organi, sredstva, statut, jedinstvo i identitet³³: cilj pravnog lica ima odlučujuću ulogu u njegovom osnivanju i pravcu poslovanja, ali i osnovni beleg po kojem će država odlučiti dali će dozvoliti njegovo osnivanje i registraciju; članstvo-kolektiv predstavljaju ljudi koji pripadaju organizaciji, pravnom licu; Da bi određeni cilj mogao biti ostvaren, potrebna su sredstva za normalno funkcionisanje pravnog lica, čija vrsta i kvalitet zavise od osnovne delatnosti; od fizičkih lica koji sačinjavaju pravno lice potrebno je izdvojiti grupu lica-organ koji će rukovoditi i upravljati pravnim licem, koji će istovremeno i predstavljati pravno lice u odnosima sa trećim licima u pravnom prometu; zbog utvrđivanja svih konstitutivnih i pravnih elemenata, svako pravno lice mora pripremiti statut koji mora biti odobren od strane nadležnog državnog organa, pri čemu uloga države i pravnog sistema uopšte nema samo deklarativni, već konstitutivni karakter; pravno lice je posebna organizaciona celina koja se ne može poistovetiti za običnim skupom ljudi-članova, već u pravnom prometu pravno lice nastupa jedinstveno; najčešće se dešava da pravno lice "nadživi" svoje članstvo i svoje osnivače, ono ima svoj trajni pravni kontinuitet i identitet.

Prema drugim stanovištima, za nastanak pravnog lica potrebno je da budu ispunjeni određeni opšti uslovi koji važe za sva pravna lica: organizaciona samostalnost, imovinska samostalnost, cilj osnivanja pravnog lica i priznavanje pravnog subjektiviteta od strane pravnog poredka³⁴. Prof. Vodineć smatra da su svim organizacijama sa statusom pravnog lica zajednički sledeći elementi: pravno uređena organizacija, organi, dopušten cilj i pripadnost (kao elementi identiteta) i pravna, poslovna i deliktna sposobnost (kao elementi priznavanja pravnog subjektiviteta)³⁵. Ova definicija, iako je po svom obimu najopštija, je istovremeno

³³ Bajaldžiev, idem, str. 214.

³⁴ Popov, idem, str. 122.

³⁵ Stanković, Vodineć, idem, str. 86.

i najsvrsishodnija i odražava pravu prirodu pravnih lica, sa svim njihovim atributima i karakteristikama, koji doprinose da mogu biti aktivni i kompetentni subjekti u pravnom prometu.

Pravna lica se, još u fazi osnivanja, opredeljuju za osnovnu delatnost koju će obavljati, ako ta delatnost kasnije može biti promenjena (što nije slučaj kod fizičkih lica). U svakom slučaju, država mora imati kontrolu nad delatnošću i poslovanju pravnog lica i, ukoliko se ispostavi da postoje određene nezakovitosti, može sprečiti i sankcionisati tu delatnost ili čak i postojanje pravnog lica. Ujedno, za svaku značajnu promenu u okviru poslovanja pravnog lica mora postojati normativno izražena volja udruženih fizičkih lica koja sačinjavaju to pravno lice, iz razloga što ta ista volja i zajednički stremež su i stvorili pravno lice, pa shodno tome, ista ta fizička lica mogu novom izjavom volje dovesti i do prestanka, ukidanja pravnog lica.

Pojam pravne ličnosti i pravnog subjektiviteta kao opšt pravni pojam je nastao kao rezultat plodne naučne pravne misli u devetnaestom veku. Zakonici iz prve polovine devetnaestog veka posvećuju izuzetno malo pažnje pravnim licima. Konkrentno, Austriski građanski zakonik samo spominje opštine i zadruga kao pravna lica, ali ne sadrži opšte propise kojim bi njihovo postojanje i poslovanje bilo uređeno. Ni Code Civil nema odredbe o pravnim licima. Nasuprot tome, Nemački i Švajcarski građanski zakonici sadrže jasne i sistematizirane odredbe o pravnim licima, obzirom na činjenicu što su oba navedena zakonika donešena u eri finansiskog kapitala i imperijalizma, kada se, zbog koncentracije kapitala, pravna lica probijaju i etabliraju u ekonomskom i društvenom životu tih zemalja³⁶. Ipak, to ne znači da je pravna nauka u tom periodu uspela da razreši sva pitanja koja su se postavljala u vezi pravnih lica i pravnog subjektiviteta uopšte. Pitanje pojma i pravne prirode pravnog lica je bilo naročito interesantno za pravnu teoriju, ali nije bilo konsenzualnog, opšto prihvaćenog stanovišta po tom pitanju, nije bila izgrađena konkretna definicija, s obzirom na različita tumačenja koja su zastupale određeni pravni pravci i teorije.

Tako, teorija fikcije je nastarija teorija koja tumači suštinu pravnog lica i njene korene srećemo još u rimskom pravu, ali je najjasnije konkretizovao Savinji u devetnaestom veku. Ova teorija polazi od stanovišta da određene društvene tvorevine u stvarnosti nisu subjekti prava iz razloga što im nedostaje sopstvena volja³⁷. Subjekt prava može biti samo fizičko lice koje raspoláže mogućnošću izražavanja sopstvene volje, s obzirom na činjenicu da je subjektivno pravo ovlašćenje koje zakonodavac veže za uslov-postojanje volje. Pošto pravno lice nema sopstve-

³⁶ Gams, idem, str. 117.

³⁷ Pop Georgiev, idem, str. 93.

nu volju, ono postoji samo kao zamišljeni, fiktivni, fingirani subjekt prava, radi olakšanja pravnog prometa.

Kao reakcija na teoriju fikcije, pojavila se takozvana organska teorija koja pravna lica poistovećuje sa biološkim organizmima. Ovo učenje je razradio engleski filozof Spenser, a prihvatio i razvio nemački pravnik Girke. Na osnovu postulata ove teorije, pravno lice pretstavlja svojevrsnu društvenu realnost kao što je slučaj i sa fizičkim licima, ono ima svoju sopstvenu "dušu", sopstvenu volju, a njegovi organi su živi delovi pravnog lica, njegovi članovi i organi upravljanja, pa na osnovu toga, pravno lice ima svoju pravnu i poslovnu sposobnost koje manifestuje u pravnom prometu preko svojih organa, preko fizičkih lica kao njegovih organa³⁸. Taj organizam (pravno lice) nije fiktivna tvorevina, ono relno postoji i njemu pravo priznaje određeni pravni subjektivitet³⁹. Kontra organske teorije, koja pretstavlja korak napred u razvoju pravne misli, je Jeringova Teorija interesa (Interessendogma). Ona polazi sa stanovišta da pravno lice uopšte nije subjekt prava, s obzirom na činjenicu da nema posebne interese koji bi se razlikovali od interesa njegovih članova. To znači da pravni subjektivitet pripada članovima pravnog lica, da postoji svojevrsni kolektivni subjektivitet pravnog lica, umesto ličnog, direktog, jedinstvenog pravnog subjektiviteta pravnog lica⁴⁰.

Teorija kolektivnog vlasništva koju zastupa francuski pravnik Planiol razvija tezu da pravno lice ne postoji, tačnije, njegovo postojanje je izlišno, nepotrebno. Pojam pravnog lica mora se zameniti pojmom kolektivnog vlasništva koje pripada određenoj grupi ljudi. Pravno lice je samo organizovana forma zajedničkog, kolektivnog vlasništva, kroz koju se manifestuju i realizuju interesi članova pravnog lica⁴¹.

Pragmatisti (Rimelin, Koler, Erencvajg, Kolen, Kelzen) se uopšte ne upuštaju u objašavanje i definisanje suštine pravnog lica, oni tvrde da zakonodavac može svaku formaciju proglasiti pravni licem, naročito u trenutku sticanja prava i obaveza, ukoliko je isto od koristi za zakonodavnu i pravnu tehniku u datom trenutku.

Digi negira pojam pravnog lica obzirom na činjenicu da postoji samo individualna, a ne i kolektivna volja. Pravo štiti samo individualnu volju zbog realizacije nekog kolektivnog cilja. Tako, negiranje pravnog lica proizlazi iz njegovog negiranja postojanja subjektivnih prava, pa i pravnih subjekata uopšte⁴².

³⁸ Popov, idem, str. 122.

³⁹ Pop Georgiev, op. cit., str. 94.

⁴⁰ Popov, op. cit., str.120; isto i Pop Georgiev, idem, str. 95.

⁴¹ Popov, ibid.

⁴² Popov, ibid.

Konačno, teorija realnosti pravnog lica, čiji su osnovopoložnici francuski pisci Mišu i Salej, definiše pravno lice kao proizvod društva, kao jednu društvenu i pravnu realnost. Pravno lice postoji nezavisno od svojih članova i osnivača, ima svoj poseban kolektivni interes, cilj i kolektivnu volju, koju izražava preko svojih organa, sastavljena od fizičkih lica koji zastupaju volju pravnog lica⁴³. Ova teorija je veoma bliska postulatima organske teorije.

Nijedna od ovih teorija ne objašnjava do kraja suštinu pravnog lica, svaka od njih, pokušavajući da objasni pravnu prirodu pravnog lica, polazi od određenih formalnih elemenata, zanemarujući pri tom, činjenicu da je pravno lice jedna društvena tvorevina nastala kao izraz određenih društveno-ekonomskih odnosa⁴⁴. Ujedno, nijedna od teorija nije uzela u obzir sve elemente koji su potrebni kako bi pravno lice postalo subjekt prava a to su, pored postojanja organizacionog jedinstva i zakonski dozvoljenog cilja, i imovinu pravnog lica i pravno priznanje od strane društva da takva organizacija ima status subjekta prava⁴⁵.

Termin "pravno lice" je u opštoj upotrebi u praksi i regulativi, ali nije najprikladniji iz razloga što su fizička i pravna lica podjednako "pravni" u smislu da im pravni poredak priznaje svojstvo subjekata prava. Ipak, termin "pravno lice" je opšto prihvaćen, iako je u vreme njegovog nastajanja vladalo mišljenje da je pravno lice veštačka tvorevina nastala radi ostvarivanja određenih pravnih potreba i ciljeva, pa se ovaj termin "odomaćinio", kao antiteza fizičkom licu. U svakom slučaju, ono što je zajedničko i za pravna i za fizička lica jeste činjenica da i jedni i drugi imaju pravnu samostalnost i egzistenciju, kao i mogućnost da, u okviru pravne sposobnosti koju im pravo priznaje, budu titulari prava i obaveza.

Makedonski zakon o privrednim društvima (Zakon za trgovski društva) prati francusku koncepciju u pogledu priznavanja pravnog subjektiviteta privrednim društvima. Ovim se zakonom svim privrednim društvima, uključujući i personalna društva, priznaje status pravnog lica. Nasuprot ovome, nemačko i englesko zakonodavstvo ovim društvima ne priznaje takav status, iako ovlašćenja koja su im data omogućuju njihovo ravnopravno učešće u pravnom prometu. U makedonskom zakonu su eksplicitno navedena ovlašćenja koje može da preuzima svako privredno društvo u Republici Makedoniji⁴⁶. Tako, na primer, priznavanje pravnog subjektiviteta nije samo društvena pojava i potvrda jedne realne činjeni-

⁴³ Pop Georgiev, idem, str. 95.

⁴⁴ Gams, op. cit., str. 128-130.

⁴⁵ Popov, idem, str. 121.

⁴⁶ "Privredno društvo kao pravno lice može sticati prava i obaveze, vlasništvo i druga stvarna prava, da zaključuje ugovore i ostale pravne radnje, da tuži i da bude tuženo pred sudom, arbitražom ili drugim izabranim sudom i da učestvuje u drugim postupcima"-član 25, stav 1 Zakona o privrednim društvima, Služben vesnik na RM br. 28-2004.

ce, već i korak ka olakšanju pravnog prometa i nastupa društva na tržištu. Samo društvo u svakodnevnom prometu roba i usluga ostvaruje mnogo veće i šire ciljeve od onih koje čovek kao pojedinac-fizičko lice može ostvariti. Pravo uvažava činjenicu da je za postizanje određenih društvenih ciljeva potrebno ujedinjenje fizičkih i ekonomskih potencijala velikog broja pojedinaca u okviru takve društvene tvorevine kao što je privredno društvo, koje može imati na stotine i hiljade članova, kao što je slučaj kod akcionarskog društva. Zato se tim i takvim društvenim tvorevinama priznaje pravni subjektivitet kako bi postali aktivni učesnici u ekonomskim, socijalnim i pravnim odnosima⁴⁷.

Pravni subjektivitet privrednih društva se ne stiče u trenutku osnivanja društva i stvaranja organa preko kojih će izražavati svoju volju, bez obzira na proceduru osnivanja, nego nakon okončanja administrativne procedure propisane u Zakonu o privrednim društvima. U uporednom pravu postoje tri načina, modaliteta za sticanje statusa pravnog lica, i to: u trenutku kada je država bila obavještena o osnivanju društva, t.j. kada je nadležnom organu dostavljen ugovor ili odluka o osnivanju društva; u onom satu kada je bilo objavljeno osnivanje društva u odgovarajućem glasilu određeno zakonom; i u onom satu kada je izvršen upis u određenom registru privrednih društava⁴⁸. Makedonska koncepcija je prihvatila treći modalitet, sa upisom u registar društava (član 25, stav 2 ZTD). Ovako stečen pravni subjektivitet društva traje sve do trenutka prestanka postojanja, neke statusne promene (spajanje, preuzimanje), ili do trenutka donošenja odluke o prestanku društva i njegovog brisanja iz registra.

U ovom kontekstu postavlja se interesantno pitanje: šta sa odnosima društva u osnivanju sa trećim licima pre njegovog upisa u registar, odnosno pre sticanja pravnog subjektiviteta? Generalno, društvo u postupku osnivanja-predruštvo još uvek nije steklo pravni subjektivitet, pa shodno tome, ne može nastupati u svoje ime i za svoj račun, a ne može ni delegirati ovlašćenja drugom licu-zastupniku, iz razloga što i ne raspolaže njima. Ali, prof. Nedkov i prof. Beličanec⁴⁹ smatraju da, kada je to potrebno u svrsi osnivanja društva i stvaranja uslova za otpočinjanje poslovnim aktivnostima, osnivači mogu preduzeti obaveze u njegovo ime (u ime društva) i za njegov račun, sa obavezom da jasno i nedvosmisleno izjave, ili svojim postupcima da ostave ozbiljan utisak, da deluju u ime i za račun društva. Predruštvo nema svoj pravni subjektivitet i ne može sticati prava i obaveze, tako da sve pravne radnje osnivača koji deluju kao zajednica obligaco-

⁴⁷ Nedkov M., Beličanec T., Gradiški-Lazarevska E., "Pravo na društva-Kniga Prva", *Sigmapres*, Skopje, 2003, str. 258.

⁴⁸ Nedkov i dr., str. 260.

⁴⁹ Nedkov i dr., op. cit., str. 243.

nopravne prirode (ortakluk)⁵⁰, padaju na teret osnivača koji su zaključili pravni posao u ime i za račun preddruštva (član 23, stav 3 ZDT). Ako posle upisa u trgovski registar, privredno društvo preuzme obaveze na način što će nastupiti na mesto dužnika, za preuzimanje duga nije potrebna saglasnost poverioca ako ta obaveza bude preuzeta u roku od tri meseca od dana upisa društva u registar i ako društvo ili dužnik u ovom roku obaveste poverioca o tome (stav 4). Ipak, prof. Nedkov i prof. Beličanec smatraju da ovo pitanje, ovako postavljeno i uređeno, ostavlja široke mogućnosti za osporavanje ovlašćenja za preuzimanje obaveza i mora biti nadopunjeno navođenjem određenim brojem razloga koji bi opravdali neprihvatanje preuzetih obaveza od strane društva.

IGOR KAMBOVSKI, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University
“Goce Delcev”, Štip, Macedonia

THE SUBJECTIVITY OF SUBJECT

Summary

The contemporary law recognizes two types of legalentities – physical persons and legal persons. Physical persons are individuals, every human being to whom the law and legal system recognizes the opportunity to beholder of legalauthority and responsibility. Various forms of organizations consisted of physical persons, and institutionally recognized by the state, are called legal persons. At the present level of social, legal, political and cultural development, every personis considered to be the legalentity.

⁵⁰ Brajanovski B, Nikolovski A., “Komentar na Zakonotza trgovskite društva”, Skopje, 2004, str. 36.

JEMSTVO U OPŠTEM IMOVINSKOM ZAKONIKU ZA KNJAŽEVINU CRNU GORU (1888)

U V O D

Jemstvo podrazumijeva mogućnost da se povjeriocu iz jednog obligacionog odnosa, osim dužnika, obaveže još jedno lice da će mu ispuniti tražbinu pod uslovom da je dužnik ne ispuni. Dakle, jemstvo je lično sredstvo obezbjeđenja ispunjenja obaveze gdje se povjeriocu, pored dužnika, obavezuje još jedno lice. To lice koje se obavezivalo naziva se jemac i njegova obaveza se sastojala u tome da platiti tuđi dug, dug glavnog dužnika.

Opšti imovinski zakonik, prva moderna kodifikacija imovinskog prava u Crnoj Gori, posvetio je srazmjerno veliki broj članova ustanovi jemstva, ukupno 18 (457-472), tj. 16 pravila u trećem dijelu koji reguliše pojedine ugovore, i dva pravila u okviru šestog dijela Objašnjenja, određenja, dopune (894, 895).¹ U okviru opštih odredbi o jemstvu nalaze se određenja pojma jemstva i pravila o odnosu između povjerioca i jemca (čl. 457-466), zatim slijede odredbe o odnosima jemca i dužnika (466-469) i na kraju odredbe o vrstama jemstva, odnosno o sajemcima, jemčevom jemcu i odgovornom licu za jemčevu štetu (469-472).

Mr Rajka Peković, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta "Mediteran", Podgorica.

¹ Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru, Cetinje 1888. , V. Z. Rašović, "Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru – moderna kodifikacija", *Međunarodni znanstveni skup Bogišić i kultura sjećanja 1834-1908-2008*, Zagreb 2011, 183.

OSNOVNE KARAKTERISTIKE JEMSTVA

Jemac se mogao obavezati na ispunjenje bilo koje dužnikove punovažne obaveze bez obzira na njenu sadržinu i osnov iz kojeg je potekla. Svakako, način ispunjenja od strane jemca zavisio je od same prirode obaveze jer ako dužnik nije ispunio obavezu koja je bila vezana za njegovu ličnost i koja je glasila na činidbu, onda se jemčeva obaveza svodila na obavezu naknade štete.

Obaveza jemca iz ugovora o jemstvu je sporedna, odnosno akcesorna, obaveza koja je pratila pravnu sudbinu glavnog duga. Kako to jezgrovito stoji u članu 458: "Gdje nema duga, nema ni jemca, te po tome, kad dug zakonit nije, ni jemstvo ne može imati zakonite snage."

Dakle, obaveza glavnog dužnika je morala biti punovažna, ili po riječima zakonopisca, dug je morao biti "zakonit," da bi jemčevo obavezivanje imalo dejstva.

Od ovog opšteg pravila postojao je svojevrstni izuzetak. Naime, jemstvo koje je bilo preuzeto uz nepotpuni ugovor, ugovor djelimično sposobnog lica koje se obavezalo bez saglasnosti zakonskog zastupnika, kao i za ugovore koji su bili zaključeni usled zablude ili prevare dužnika, proizvodilo je pravna dejstva kao da je preuzeto uz punovažnu obavezu. Naravno, pod uslovom da je jemac znao za ove činjenice.² Praktično, to je značilo da lični prigovori dužnika prema povjeriocu nijesu mogli koristiti jemcu. Zakon je, imajući u vidu uobičajne prilike, pošao od pretpostavke da je jemac bio upoznat sa svim aspektima tuđeg posla čije ispunjenje garantuje, pa je zbog toga na njemu bila eventualna obaveza da dokaže suprotno.

Pored toga što je bila akcesorna, jemčeva obaveza je i subsidijarna. O ovom svojstvu jemstva izričito govori član 457. Naime, ovaj član glasi: "Pravilo: jemac, platac" zakon tako razumije da jemac, kad što drugo ugovoreno nije, plaća dug samo, ako ga dužnik ne namiri, ili onaj dio što ne namiri, pošto dužitelj bude na to dužnika sudom nagonio." Dakle, jemac je bio obavezan da isplati dug samo kada povjerilac nije mogao sudskim putem da ostvari namirenje potraživanja od dužnika. Jemac je bio dužnik drugog reda pa je njegova obaveza u odnosu na dužnikovu – glavnu ili primarnu obavezu, dopunskog (supsidijarnog) karaktera. Subsidijarnost je po pravilima Zakonika bila redovna karakteristika jemstva, tako da su stranke suprotnu volju morale izričito izraziti.³

² Opšti imovinski zakonik, čl. 458: "Ipak, ako nije dopušteno sudom dug naplatiti, radi uzroka koji se lično dužnika tiče, a za koji je jemac znao kad se podjemčio, njegovo je jemstvo prema dužitelju i opet tvrdo; osim ako je dug već sam po sebi ništav, što je postao od nepoštena ili inače nedopuštena posla."

³ Ipak, veći stepen sigurnosti bio je potreban u privrednom prometu tako da je mjenično jemstvo bilo solidarnog karaktera što je Ministarstvo Pravde objasnilo raspisom sudovima: "Mjenič-

Subsidijernost je svojstvo koje se vezuje za kasnije faze u razvoju jemstva. Uglavnom, kod prvobitnih oblika jemstva, jemčeva obaveza je imala primaran karakter, kao i dužnikova obaveza. Dovoljno je sjetiti se rimskog prava gdje je svojstvo subsidijerne obaveze jemstvo steklo na završnom stupnju razvoja.⁴ Istim putem išlo je jemstvo i u crnogorskim običajima. Naime, jemčev položaj u običajnoj praksi odslikavalo je pravilo “jemac, platac”. To pravilo je značilo da je jemac bio dužan da plati tuđi dug za koji se obavezao bez obzira da li je povjerilac tražio namirenje od samog dužnika. Takav jemac je odgovarao solidarno sa dužnikom i zbog toga se za ovaj oblik jemstva ustalio naziv solidarno jemstvo, ili se takav jemac jednostavno nazivao jemac-platac.⁵

Međutim, staru poslovicu “jemac - platac” Bogišić je interpretirao suprotno do tada važećim običajima. Naime, kao što je napomenuto, ranije se smatralo da je jemac u obavezi da namiri dug istovremeno, ili čak prije dužnika.⁶ Jemčeva obaveza je bila akcesorna jer je on odgovarao za “neizvršioca za kojega se podjemčio”,⁷ ali nije bila subsidijarna. To se još jasnije vidi iz Zapisnika: “Do sada je pravilo bilo da se nije da onaj dužitelj nije mnogo dužnika ni tražio odmah pošto je rok isteka on je tražio jemca pak i jemac i dužitelj obično su oboica tražili preko suda dužnika i sud gotovo nigda nije nije primorava jemca dok je u dužnika bilo čišće platiti nego je i otaga pravila bilo izuzetka”.⁸

ni jemac jemči za isplatu mjeničnog duga solidarno sa onim za koga jemči, t.j. odgovoran je isto kao i on, kako za isplatu duga na rok tako i za način isplate. Ovdje jemcu ne pripada pravo zahtjeva, da se prvo dužnik sudom nagoni na isplatu duga, nego naprotiv vlasnik mjenice (u praksi obično Banka) može “sudom nagoniti” na isplatu duga, čim ne bude plaćen na rok i mjenica bude protestirana, neposredno koga od jemca ili sve, ne dirajući dužnika; a jemac, odnosno jemci dolaze u onaj isti pravni položaj prema dužniku, u kom je bio vlasnik mjenice (Banka) prije isplate,” KaCt-58:2/1909; Raspis Ministarstva Pravde od 23. februara 1909. g., broj 572.

⁴ R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York 1996, 129.

⁵ V. Bogišić, *Izabrana djela 2, Pravni običaji u Crnoj Gori*, Podgorica-Beograd 2004, odgovor 11, 184.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ J. Bojović, *Usvajanje teksta Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru*, (Zapisnici sjednica Odbora), Podgorica 1992, u daljem tekstu-Zapisnici. Vidi: Zapisnici, Sjednica XVIII, 29. decembra 1881. godine, Cetinje, 128. V. Državni Arhiv Crne Gore, Fond Veliki Sud-VS, n. 504, 25. avgust 1879. g., Cetinje: “Ivana Đura Ukmanovića kaže daima jemca u Bukovik za dug Pera Kralja. Stoga piši K. Kneževiću ako je jemca za Pera Kralja da ga prinudi miriti Ivanu Đurovu. Nebude li jemca, onda namiri Ivanu od imaća Pera Kralja kao i druge dužnike.” Iz ove naredbe Velikog suda lokalnom kapetanu vidi se da se namirenju iz dužnikove imovine pristupalo ako nije bilo jemca, a kada je postojao jemac, on je bio dužan da plati dug.

Razlog koji je eventualno uticao na redosled namirenja mogao se tražiti i u načinu na koji je nastalo jemstvo. Naime, Bogišić je zabilježio da su postojale dvije vrste jemstva koje su imale različiti pravno dejstvo usled toga što se jemac obavezivao različitim riječima. Postojalo je solidarno jemstvo, jemstvo koje je jemac preuzimao riječima: “ja sam ti jemac i odgovornik za njega” i supsidijarno, ustanovljeno riječima “što god on (dužnik - R. P.) neplati ja ću platiti”⁹.

Sem toga, na redosled namirenja moglo je uticati i vrijeme nastanka ugovora o jemstvu. Naime, ako je jemstvo nastalo istovremeno sa glavnim dugom sud je odobravao povjeriocu naplatu direktno od jemca, ali ako je jemstvo nastalo kasnije jer je “jemac uradio da mu (dužniku-R.P.) dužitelj produži rok”¹⁰ sud je gledao da se namirenje na prvom mjestu ostvari od dužnika.

Dakle, prije donošenja Zakonika jemčeva obaveza je bila supsidijarna kada je to bilo izričito ugovoreno ili kada je nastala nakon dospelosti glavne obaveze kako bi se dužniku produžio rok.

Po Imovinskom zakoniku supsidijarna odgovornost jemca se podrazumijevala kada drugačije nije bilo ugovoreno (čl. 457, 894). Ovo rješenje, već prisutno u pravnim sistemima drugih zemalja,¹¹ uticalo je na poboljšanje položaja jemca i trebalo je da uspostavi pozitivniji odnos prema ovom vidu garancije.

Akcesornost i supsidijernost su osobine jemstva koje su bile prisutne i u praksi. Iz sačuvane presude Okružnog suda u Cetinju vidi se da je jemstvo bilo supsidijarna obaveza. Ugovor o jemstvu je bio sklopljen u aprilu 1920. godine prilikom kupoprodaje volova i “naročito je uglavljeno bilo da tužitelj ima o roku namir duga zatražiti od jemca ako ga glavni dužnik ne bi podmirio...”¹² Dakle, u samom ugovoru se navodilo da je jemčeva obaveza dopunska, što je ostatak običajne prakse prema kojoj je, kao što se vidjelo, jemčeva obaveza bila supsidijarna samo ako se izričito tako ugovorilo. Dalje, iz obrazloženja presude se vidi da je povjerilac tužio glavnog dužnika i da je on - Nikola Perov Vukmirović, osuđen da plati dug. “Pošto je izvršenje bilo bezuspješno, što se utvrđuje izjavom opštine Žabljačke ..., tužitelj (povjerilac - R. P.) sagl. čl. 457 i dr. OIZ. traži od tuženoga kao jemca da dug s priložjem isplati”¹³ Tuženi jemac, Kuća Zeka Perišina Vukmirovića, se pozvao na činjenicu da su kupljeni volovi bili lošeg kvaliteta i da je prodavac snizio cijenu, čime je po njemu bila sklopljena nova pogodba u kojoj on nije

⁹ Zapisnici sjednica Odbora na Njegušima i u Cetinju 1881–1882, XIX sjednica 30. decembra.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Austrijski građanski zakonik, § 1355; Njemački građanski zakonik, § 771.

¹² Državni Arhiv Crne Gore, Okružni Sud Cetinje - OSC, br. 285, IV-1924-51, f. 194, Cetinje 14. marta 1924.

¹³ *Ibid.*

učestvovao. Ipak, u razlozima presude stoji da “ugovor od 9.4.1920. g. kojim se tuženi podjemčio da će o Mitrovudne 1920. g. isplatiti tužitelju dug od dinara 4650, za slučaj ako ovaj ne bi glavni dužnik isplatio - nije ni najmanje oslabljen time, što je dužitelj 9.5.1920. g. glavnica snizio za 250 dinara, te o kakvom prometnuću i ne može biti govora, jer za ovu manjkaju uslovi iz čl. 948 OIZ.”¹⁴ Dakle, smanjenje duga nije moglo biti razlog za prestanak jemstva već je ono, u skladu sa svojom akcesornom prirodom, nastavljalo da egzistira u smanjenom obimu.

ODNOS JEMCA I POVJERIOCA

Osnovno dejstvo jemstva u odnosima između jemca i povjerioca zavisilo je od vrste ugovorenog jemstva. Ako je jemstvo bilo subsidijerno, jemac je imao pravo da istakne prigovor reda prvenstva prema povjериocu koji je od njega zahtijevao isplatu duga prije nego od glavnog dužnika. Ovo pravo dužnika prema povjериocu formulirano je u rimskom pravu Justinijanovog perioda kao *beneficium excussionis*,¹⁵ preuzeto je u građanske kodifikacije 19. vijeka i preko njih ušlo je u naše savremeno pravo,¹⁶ tako da je sasvim tačna konstatacija R. Zimmermana da osnovni principi jemstva savremenog doba potiču iz rimskog prava.¹⁷

Ipak, ovo pravo subsidijerni dužnik nije imao ako je dužnik “posve imanjem otančao, ili bi pobjegao iz zemlje, ili bi se što drugo dogodilo, što čini da nije moguće ili je preko mjere teško naplatiti dug od samog dužnika ...”¹⁸ Naravno, povjerilac nije mogao u ovoj situaciji tužiti jemca radi isplate prije dospelosti same obaveze.¹⁹ Očigledno je da je zakonodavac putem ove norme želio da zaštiti povjerioca od gubitka vremena i ostalih troškova, kada je već bilo izvjesno da se naplata ne može ostvariti od dužnika.

S druge strane, ako je bilo ugovoreno solidarno jemstvo, jemac nije mogao istaći privilegiju redosleda već je povjerilac mogao direktno da tuži njega radi namirenja obaveze.

Posebnu pažnju zakonodavca privukla je situacija kada povjerilac nije pristupao realizaciji svojeg potraživanja. S obzirom da je naplata dugovanog bila nje-

¹⁴ *Ibid*

¹⁵ R. Zimmermann, 130.

¹⁶ Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ* br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Službeni list SRJ* broj 31/93, 22/99, 23/99, 44/99 i *Službeni list SCG* broj 1/2003, čl. 1004-ZOO; Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore, *Službeni list Crne Gore*, br. 47/08, 04/11, čl. 1107-ZOOCG.

¹⁷ R. Zimmerman, 114.

¹⁸ Opšti imovinski zakonik, čl. 461, st. 1. Upor. ZOO, čl. 1004, st. 2. Slično i § 773 Njemačkog građanskog zakonika (isključenje prigovora pretečne tužbe).

¹⁹ Opšti imovinski zakonik, čl. 461, st. 2.

govo pravo, dužnik ga nije mogao sudski primorati da to pravo i ostvari. S obzirom da je za dužnika dug bio teret, njemu je takvo stanje i odgovaralo, što se ne može reći i za jemca. Upravo radi zaštite interesa jemca, Zakonik je sadržao pravila koja su se mogla primijeniti kada je povjerilac odugovlačio sa naplatom duga.

Zakonopisac je na prvom mjestu napravio razliku u pogledu oročenih i neoročenih obaveza. Kada su u pitanju bile obaveze ograničene rokom, a povjerilac nije zahtijevao od dužnika isplatu po dospelosti, jemac je mogao sudskim putem odrediti rok u kojem je morao od dužnika zahtijevati ispunjenje. Kako dalje Zakonik kaže “ako za određeno vrijeme dužitelj to ne učini, ili započevši posao sudskog iskanja, obustavi ili ga zanemari, jemac ne odgovara više, nako je sam pristao na odmicanje dužniku rokova, ili je inače sam kriv kakvoj preprijeti u tečaju sudske naplate”²⁰

S druge strane, “u slučajevima u kojima je do volje dužiteljeve kad će da traži namirenje duga, jemac, pošto prođe godina dana od kad se podjemčio, može iskati da dužitelj učini sve što treba za naplatu duga”²¹ Ono što je bitno za jemca jeste da je on bio oslobođen od jemstva kada povjerilac nije postupio po ovom njegovom zahtjevu.

Pravila ova dva člana Zakonika su obavezala povjerioca da vodi računa o roku i da shodno tome ne može po svojoj volji dužniku odlagati isplatu bez saglasnosti jemca samim tim što se jemac obavezao kako bi povjerilac dobio veću sigurnost da će mu dug biti isplaćen.

Sličnu pravnu zaštitu jemcu su pružali neki zakonici donešeni u vrijeme izrade OIZ-a. Ipak, rješenja tih zakonika, osim zajedničke svrhe koja se sastojala u svojevrsnoj zaštiti jemca, bila su različito koncipirana.²² Rješenja Imovinskog zakonika, uz manje izmjena,²³ našla su svoje mjesto u našem modernom obligacionom pravu posredstvom Skice Mihaila Konstantinovića.²⁴

²⁰ Opšti imovinski zakonik, čl. 462, st. 2.

²¹ Opšti imovinski zakonik, čl. 463.

²² Švajcarski zakonik o obligacijama je u ovom segmentu je pravio razliku između jemstva sa određenim i neodređenim trajanjem. član 510, st. 3.

²³ Tako, na primjer ZOO je predvidio da se jemac oslobađao odgovornosti kada povjerilac na njegov “poziv posle dospelosti, ne zahteva ispunjenje od glavnog dužnika u roku od mesec dana od toga poziva.” Dakle, jemac nije morao sudskim putem da poziva povjerioca da zahtjeva ispunjenje, kao što je bilo normirano u OIZ-u. Osim toga, rok u kojem je povjerilac imao tražiti naplatu je zakonski fiksiran, ali nezavisno od tih posebnosti, koncepcija rješenja je ista.

²⁴ M., Konstantinović, *Obligacije i ugovori: skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd 2006, 335, član 1019 (Oslobođenje jemca zbog povjeriočevog odugovlačenja): “1. Jemac se oslobađa odgovornosti ako povjerilac, na njegov poziv posle dospelosti potraživanja, na zahteva ispunjenje od glavnog dužnika u roku od mesec dana od tog poziva. 2. Kad rok za ispunjenje nije određen, jemac se oslobađa odgovornosti ako poverilac, na njegov poziv po isteku jedne godine od

Nakon izloženog nameće se pitanje o porijeklu ovih pravila u OIZ-u. Običajna građa na kojoj se temelji Zakonik pokazuje da jemstvo prije donošenja Zakonika nije bilo u cjelini oblikovano, ali se ipak može primijetiti da je postojala mogućnost da se jemac oslobodi svoje ugovorne obaveze u slučajevima kada je povjerilac bez njegovog pristanka odlagao naplatu potraživanja. Tačnije, "tada je sud oslobađao jemca ovoga jemstva pa baš da dužnik nije postao propalica".²⁵

Pored toga, ovom problematikom se bavila jedna teorijska rasprava autora Đorđa Pavlovića koja je bila naslovljena: "Objašnjenje Građanskog zakonika o jemstvu," a koja je objavljena 1879. godine.²⁶ Inače, upadljiva je sličnost teorijskih rješenja ove rasprave i rješenja Imovinskog zakonika. Odnosna pravila Srpskog građanskog zakonika Đ. Pavlović je protumačio u korist jemca jer je po njemu jemac mogao sudskim putem da zahtijeva namirenje duga ili oslobođenje od jemstva,²⁷ što je suštinski predviđao i Opšti imovinski zakonik u članu 462 gdje je omogućio jemcu da zahtijeva naplatu ili oslobođenje.

Dalja suština rješenja Imovinskog zakonika sastojala se u tome što je jemcu bila naložena obaveza brižljivosti u odnosu na realizaciju povjeriočevog potraživanja od strane dužnika. Naime, jemac je bio dužan da izrazi svoje neslaganje sa neaktivnošću povjerioca povodom naplate ili sa eventualnim produžavanjem rokova. Suprotno ponašanje imalo je za posledicu produženje, odnosno opstajanje jemstva. O svemu tome kazuje jedna presuda u kojoj su sasvim jasno obrazloženi članovi 462 i 463 Opšteg imovinskog zakonika.

U toj presudi stoji: "Prema čl. 462 i 463 O. I. Z. jemac može da za dug glavnog dužnika ne odgovara, ako o roku isplate, bilo da je ovaj određen ili neodređen, sudskim putem naznači dužitelju vrijeme, za koje treba da od dužnika sudom traži namir duga. I ako je ova dužnost jemčeva fakultativna, ipak zanemarjenje iste ima za posledicu održavanje jemca u daljoj obavezi".²⁸

I u ovoj presudi se govori o dužnosti jemca da se aktivno ponaša povodom naplate potraživanja. Dakle, u ovoj situaciji imali bi aktivnog jemca i povjerioca koji je bio pasivan prema dužniku i jemcu. Sem toga, povjerilac koji nije bio u potpunosti pasivan povodom realizacije potraživanja jer je, na primjer, odlagao rokove namirenja, nije mogao da zauzme pasivan stav prema jemcu. Naime, on je

zaključenja ugovora o jemstvu, ne učini u roku mesec dana od tog poziva potrebnu izjavu za određivanje datuma ispunjenja."

²⁵ Zapisnici, Sjednica XVIII, popodne 29. decembra 1881. g., Cetinje, 128.

²⁶ Đ. Pavlović, *Objašnjenje Građanskog zakonika o jemstvu*, Beograd 1879.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ OSC, br. 285-IV-1924-51, f. 194, Cetinje 14. marta 1924.

bio dužan da obavijesti jemca o dužnikovim propuštanjima jer je on u suprotnom snosio eventualne posljedice.

Drugi aspekt odnosa jemca i povjerioca vezan je za krajnju fazu pravnog odnosa koji je nastao povodom ugovora o jemstvu. Naime, radi se uticaju povjerioca na realizaciju jemčevog prava naknade od dužnika. O tome detaljno govori član 464 Imovinskog zakonika: “Kad je god u opšte dužitelj kriv što jemac neće moći više od dužnika naplatiti ono što bi trebalo zanj da plati, ili dio toga: bilo za to što mu je dužitelj povratio zalog, što mu je lakomisleno odučio rokove plaćanja bez jemčeva pristajanja, bilo kojim drago drugim nesmotrenim ili zlomislenim načinom, - jemac se oslobodava jemstva u toliko u koliko mu se time krnji ili oduzimlje mogućnost da se od dužnika naplati.”

Povjerilac je mogao da osujeti jemčevo pravo naknade prema dužniku napuštanjem realnog obezbjeđenja. Naime, značaj ovog povjeriočevog akta može se sagledati u najprostijem slučaju kada se namirenje potraživanja nije moglo postići od dužnika koji nije bio solventan pa je zato tužen jemac koji prethodno nije preduzeo bilo koju pravnu radnju kojom bi zaštitio svoje pravne interese prema dužniku (n.pr. nije dužniku zahtijevao obezbjeđenje) jer je računao na namirenje iz zaloge.

Na ovom mjestu može se postaviti pitanje kakav je bio položaj jemca kada je potraživanje bilo obezbijeđeno zalogama? Naime, samim tim što citirani član 464 sankcioniše povjerioca koji je napustio zalogu, jasno je da redosled namirenja od glavnog dužnika i jemca nije bio promijenjen usled postojanja založnog prava. Tačnije, povjerilac nije bio dužan da pristupi realizaciji založnog prava prije obraćanja jemcu radi naplate potraživanja. Međutim, on je bio dužan da jemcu preda zalogu jer se jemac “samo uz zalog obvezao”²⁹

Ipak, ugovarači su mogli saglasno odrediti redosled realizacije relnih i personalnih garancija. Kao što se moglo vidjeti, najčešće su jemci bili u obavezi da namire nedostatak koji je ostao nakon sudske prodaje založenih stvari kada njihova vrijednost nije bila dovoljna da se cijeli dug namiri.³⁰

Osim napuštanja garancija, povjerilac je mogao produžavati dužniku rokove bez jemčevog pristanka i tako dovesti u pitanje njegovo namirenje od dužnika.

²⁹ Srpski građanski zakonik §836: “Ako bi poverilac osim jemstva još i zalogu imao, on nije vlastan na štetu jemca, zalogu iz ruke ispustiti; jer inače jemac od svoga jemstva odustati može, po čim se on samo uz zalog obvezao.” Isto i Austrijski građanski zakonik, § 1360. Suprotno rješenje su sadržali Švajcarski zakonik o obligacijama (čl. 495) i Njemački građanski zakonik (§ 772). Naime, po njima je običan jemac mogao da traži od povjerioca da se naprije namiri iz vrijednosti založenih stvari.

³⁰ Državni Arhiv Crne Gore, Fond Kapetanija Lješanska – KALj, 4;1/1902; Slično i Zastavni ugovor od 18. januara 1911. godine, OSC, broj 145, II-1911-21.

Svakako, u ovom segmentu se može uočiti da je povjerilac imao dužnost da obavijesti jemca o odlaganju naplate i propuštanje ove dužnosti uticalo je da povjerilac snosi štetne posledice koje su usled toga nastale po jemca.³¹

Jemac koji je u jednoj parnici tužen pozvao se na to da je povjerilac kriv zbog nemogućnosti namirenja od dužnika. Sud je nakon sprovedenih dokaza povodom te tvrdnje odlučio da “tužitelj po čl. 464 O. I. Z. nije kriv, što se jemac neće moći od dužnika naplatiti, pa sve da je ovome lakomisleno odmicao rokove, budući da je ovo odmicanje bivalo u najmanju ruku sa prećutnim pristankom jemca, kojeg je tužitelj uvijek obavještavao o hodu i načinu isplate duga.”³² Dakle, jemac se nije mogao ponašati pasivno povodom svoje obaveze iako je ona bila sporedna u odnosu na dužnikovu obavezu. Zanemarivanje koje je pokazao navedeni jemac imalo je loše posledice za njega jer na kraju nije mogao da ostvari svoje pravo namirenja od dužnika.

ODNOS GLAVNOG DUŽNIKA I JEMCA

Kada se govori o odnosu glavnog dužnika i jemca po pravilu se misli na njihov međusobni odnos koji je nastao nakon isplate povjerioca od strane jemca. Čak više, naglašava se da pravni odnos između dužnika i jemca nastaje u momentu isplate povjerioca od strane jemca,³³ a u tom smislu i podnaslov razdjela Imovinskog zakonika koji se tiče ove materije označen je kao međusobni “dodir” jemca i dužnika.

Povodom odnosa između dužnika i jemca prije isplate duga od jemaca, obično se konstatuje da je jemstvo moglo biti ustanovljeno i bez dužnikovog znanja, čak i mimo njegove volje. Ovakavi odnosi između dužnika i jemca danas su mogući samo kada su stranke fizička lica dok u privrednom prometu zaključenju ugovora o jemstvu prethodi ugovor o davanju jemstva kojim se jedno lice obavezuje glavnom dužniku da će zaključiti ugovor o jemstvu sa trećim licem.³⁴

Svakako, jemac je mogao da zaključi ugovor o jemstvu i sa znanjem, odnosno uz saglasnost dužnika,³⁵ a Imovinski zakonik posebno govori o jemcu koji je jemčio “po molbi ili s privolom dužnikovom.” Dakle, između ovoga jemca i glavnog dužnika je postojao poseban odnos koji je bio mjerodavan za regulisanje nji-

³¹ Švajcarski zakonik o obligacijama u posebnom članu govori o obavezi povjerioca da obavještava jemca o isplati duga, čl. 505.

³² OSC, br. 285-IV-1924-51, f. 194, 14. marta 1924. g., Cetinje.

³³ J, Radišić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2008., 322.

³⁴ S, Perović (gl. ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga I, Savremena administracija, Beograd 1995, 1608.

³⁵ Lj, Milošević, *Obligaciono pravo*, Beograd 1976, 112, S., Perović, 1609.

hovog međusobnog položaja i koji je postojao nezavisno od ugovora o jemstvu. Pravni položaj jemca, glavnog dužnika i povjerioca je usled postojanja ovog posebnog odnosa između glavnog dužnika i jemca postao složeniji. Naime, jemac koji se obavezao po molbi ili uz saglasnost dužnika imao je mogućnost da od nje ga zahtijeva oslobođenje od jemstva ili obezbjeđenje svojih eventualnih zahtjeva i prije isplate duga povjeriocu.

Jemac je dužniku ovaj zahtjev mogao uputiti u tri slučaja:

“a) ako je istekao rok izvršenju, pa dužnik odvlači plaćanjem; a i prije roka, ako dužnik znatno imanjem otanča; b) ako dužnik predigne preko granice, ili se pripravlja da to učini; v) ako se je i inače bojati da jemac, prema prilikama koje su se docnije pojavile, neće imati od koga ni od čega da se naplati”.³⁶

Kao što se može vidjeti, to su situacije koje su jasno nagovještavale da jemac neće biti u mogućnosti da ostvari pravo naknade troškova prema dužniku čiji je dug trebao da isplati povjeriocu. Ovlašćenja jemca koji nije dobio ni obezbjeđenje ni oslobođenje od dužnika zavisila su od toga kako su bili regulisani odnosi između njega i glavnog dužnika.

Na drugom mjestu se nameće pitanje položaja povjerioca u situaciji kada je na jednoj strani insolventani ili odbjegli dužnik, a na drugoj strani jemac koji je oslobođen od jemstva. Kada je isplata izostala od dužnika, a jemca je dužnik oslobodio, rizik insolventnosti je prešao na povjerioca, a to je bilo suprotno cilju jemstva jer je rizik insolventnosti dužnika trebao da snosi jemac! U tome treba tražiti razloge zbog čega navedeno zakonsko pravilo nije bilo sankcionisano bez obzira kako se kvalifikuje “dodir” jemca i dužnika prije jemčeve isplate duga povjeriocu. Upravo zbog toga većina zakonodavstava nije predviđala oslobođenje od jemstva već samo obezbjeđenje jemca.³⁷

U našem modernom pravu odnosna pravila prate rješenja austrijskog i srpskog zakonodavstva pa jemcu ne daju pravo da zahtijeva oslobođenje od jemstva, već jedino prethodno obezbjeđenje kada su mu zbog sličnih razloga interesi bili ugroženi.³⁸ Ovakvo suženje jemčevih prava može se opravdati i potrebama složenijeg prometa, u kojem je radi pravne sigurnosti, bilo neophodno jemce izložiti većem riziku i posredno im nametnuti obavezu da dobro procijene za koga će garantovati.

³⁶ Opšti imovinski zakonik, čl. 466.

³⁷ Austrijski građanski zakonik (§ 1365); Srpski građanski zakonik (§ 839) vrlo jasno: “Ako bi jemac video, da glavni dužnik propada i malaksava, ili se iz otečestva udaljava, i nekud premešta; onda on ima pravo zahtevati obezbeđenje jemstvovanog duga od njega.”

³⁸ ZOO, čl. 1015. ZOOCG, čl. 1118. Ovo pravilo je identično pravilu člana 1023 iz Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima.

Pitanje jemčevog obezbjeđenja je razmatrano u praksi. Tuženi jemac, kuća Zeka Perišina Vukmirovića, je u toku postupka istako da je povjerilac bio dužan da ga osigura od eventualne štete zbog dužnikovog lošeg imovinskog stanja po osnovu čl. 464 OIZ-a. Sud je ovu tvrdnju proglasio neosnovanom “jedno s toga, što mu (povjeriocu – R. P.) ova dužnost nije nikakvim zakonskim propisima nametnuta, a drugo s toga, što u tome i svakako ne bi uspio, jer manjkaju uslovi iz čl. 198 G. S. P., budući da nije imao nikakvog osnovanog razloga, da se boji za uspjeh svog traženja, kad mu je ovo jemstvom bilo osigurano. S traženjem obezbjede mogao je dužitelj uspjeti tek onda, kad bi sudu vjerovatnim učinio, da dug ne može naplatiti ni od glavnog dužnika ni od jemca, u kom slučaju mogao bi obezbjedu izdejstvovati čak i protiv jemca. U ostalom, ako je ova dužnost ikome nametnuta, to je baš jemcu, razumije se fakultetivno (čl. 466 O. I. Z.)”³⁹

Dakle, ovaj slučaj kazuje da je jemac prethodno obezbjeđenje tražio od povjerioca, a ne od dužnika, kao što je i bilo predviđeno članom 466 Opšteg imovinskog zakonika. Traženje takvog obezbjeđenja od povjerioca je suprotno prirodi jemstva jer se jemac obavezao kako bi obezbijedio isplatu duga povjeriocu.

ODNOS JEMCA I DUŽNIKA NAKON ISPLATE POVJERIOCA OD STRANE JEMCA

Jemac se obavezivao prema povjeriocu kao neko ko plaća tuđi dug, a ne kao neko ko je preuzeo taj dug na sebe. Isplatom potraživanja od strane jemca prestajao je dug glavnog dužnika prema povjeriocu ali je u istom momentu, po sili zakona, isto potraživanje prelazio na jemca. Jemac je po osnovu personalne subrogacije stupao u sva prava povjerioca i imao je pravo da zahtjeva nadoknadu od dužnika. Ovo jemčevo pravo je bilo prisutno prije donošenja Zakonika i o njemu izričito svjedoče oba Bogišićeva zbornika običajnog prava.⁴⁰ Jemci su pravo naknade od dužnika ostvarivali u praksi,⁴¹ s tim što je bilo slučajeva i kada su snosili posledice prezduženosti dužnika pa nijesu mogli da ostvare pravo na naknadu.⁴²

O ovom jemčevom pravu govori se u članu 467 Imovinskog zakonika. U njemu stoji sledeće: “Pošto je jemac namirio dužitelja, sva prava i načini obezbjede i naplate duga, koje je ovaj do tada imao, prelaze sami po sebi na jemca.” Da-

³⁹ OSC, br. 285-IV-1924-51, f. 194, Cetinje 14. marta 1924.

⁴⁰ V. Bogišić, (2004a), odgovor 213, 421: “Ako dužnik ne plati na rok, to plaća njegov jamac, ali opet jamac, koji plati, ima pravo tražiti od onoga, za koga je platio: *jamac-platac*.” Isti, (2004b), pitanje i odgovor 12, 184.

⁴¹ VS, Broj 214, 11.2.1881. g., Cetinje.

⁴² V. Bogišić, (2004b), odgovor 12, 184: “A ako dužnik nema sad da plati, to kad bi imao. “

kle, po srijedi je bila personalna subrogacija u prava povjerioca i to bez bilo kakve aktivnosti dužnika ili povjerioca već po sili zakona (“prelaze sami po sebi”).

Jemac je bio obavezan da povjeriocu isplati samo ono što mu je dužnik dugovao. To konkretno znači da je jemac prije isplate povjeriocu bio dužan da se kod dužnika obavijesti o stanju duga jer je u suprotnom mogao da pretrpi gubitak u vidu umanjenja ili izostanka nadoknade. Sem toga, u naknadu jemcu dužnik je bio obavezan da uračuna i “sve neizbježne troškove i štete koje je radi jemstva imao”.⁴³

Kako je teklo ostvarenje jemčevog prava namirenja prema dužniku može se vidjeti iz spora koji je pokrenuo jemac Milanović Ilija protiv dužnika Miljana Mijovića. Pošto tuženi kao glavni dužnik nije isplatio dug iz kupovine kaputa u vrijednosti od 688 dinara, prodavac je zahtijevao i ostvario naplatu od jemca i to posredstvom zabrane na dijelu njegove plate. Tužilac je stoga, kao jemac, od tuženog tražio da mu isplati dug u iznosu od 1003.74 dinara koji su činili vrijednost kaputa i troškova zabrane koje je snosio jemac. Tuženi u postupku nije sporio iznos duga od 688 dinara na ime cijene za kupljeni mantil ali je sporio “reštvo” duga, tj. troškove zabrane. Međutim, tužilac je priložio rješenje Sredskog suda u Sarajevu iz kojeg se jasno vidjelo da je “tužitelju stavljena zabrana na jednu trećinu plate u korist Leona Fincija iz Sarajeva radi naplate duga od dinara 688 sa 6% interesa od 22.2.1935. god. do isplate kao i da plati troškove oko stavljanja zabrane u iznosu od dinara 275, što skupa iznosi sa interesom više od utuženog iznosa... Sa izloženog i člana 468,” sud je usvojio tužbeni zahtjev i naložio je tuženom da isplati traženi iznos.⁴⁴

S druge strane, u praksi je jasno definisano da presuda “protiv glavnog dužnika veže jemca u toliko u koliko je ona na zakonu osnovana.”⁴⁵

Konkretno, u ranije navedenom slučaju prvostepeni sud je obračunao kamatu na dug u iznosu od 10%, iako ta visina nije bila izričito ugovorena pa je s toga trebalo obračunati po stopi od 8% (čl. 261 i 262 OIZ-a). Drugostepeni sud je kamatu obračunao po stopi od 8%, pa je jemac bio obavezan da namiri dug u manjem iznosu od glavnog dužnika. Bez obzira što glavni dužnik nije prigovorio načinu obračuna duga od strane prvostepenog suda, sud drugog stepena je pravilno zaključio da “jemca se to ništa ne tiče,”⁴⁶ što znači da je jemac mogao da koristi prigovore koje je dužnik propustio da koristi.

⁴³ Opšti imovinski zakonik, čl. 468.

⁴⁴ SSB, br. 712-IV-1936-251, f. 571, 10. marta 1936, Bar.

⁴⁵ OSC, br. 285-IV-1924-51, f. 194, Cetinje 14. marta 1924.

⁴⁶ *Ibid.*

ZAKLJUČAK

Značajno mjesto jamstva u Imovinskom zakoniku opravdano je ulogom koju je ono trebalo da ostvari u praksi. Povjerilac koji je svoju tražbinu osigurao jamstvom mogao je naplatu duga da traži od glavnog dužnika pa zatim od jemca. Svakako, taj redosled namirenja ugovorne strane su mogle da izmijene saglasnošću volja i tada je egzistiralo solidarno jamstvo gdje je jemac bio dužnik istog reda kao i glavni dužnik.

Između jemca i povjerioca je zasnovan ugovorni odnos u kojem su postojala uzajamna prava i obaveze koje su bile specifične zbog same uloge jamstva kao sredstva obezbjeđenja. Jemčeva glavna dužnost je bila da isplati dug povjeriocu umjesto dužnika ali i prije ostvarenja te obaveze njemu je Zakonik naložio da utiče na glavnog dužnika da ispuni svoju obavezu, što je bila osobenost rješenja Imovinskog zakonika koja je vodila porijeklo iz običajne prakse.

Povjerilac je ugovorom o jamstvu sticao pravo da zahtijeva namirenje duga od jemca, ali i obavezu da samog jemca obavještava o toku naplate od dužnika. Naime, njegov pasivan odnos prema samom dužniku nije smio da utiče na pogoršanje jemčevog položaja pa je shodno tome povjerilac bio dužan da pruži jemcu mogućnost da odlučuje o produženju rokova dužniku. Suprotno postupanje je moglo dovesti do prestanka jamstva što u većini slučajeva nije pogodovalo povjeriocu.

Nakon analize pravila Imovinskog zakonika o jamstvu može se osnovano zaključiti da su ona u najvećem dijelu bazirana na opšte prihvaćenim postavkama tašašnjih građanskih zakonika uz sporadične ustupke običajnim rješenjima koja su bila zadržana zbog posebnog karaktera odnosa između glavnog dužnika i jemca.

RAJKA PEKOVIĆ, LL.M.,
Assistant, Faculty of Law, University "Mediterran,"
Podgorica

SURETYSHIP IN THE GENERAL PROPERTY CODE FOR THE PRINCIPALITY OF MONTENEGRO (1888)

Summary

In this paper author examines rules of General Property Code about the suretyship like the most important type of personal security. The focus of interes is on the rules that regulates the relationship between the surety and the principal debtor, and relationship between the surety and the

creditor. Suretyship was known before enactment of the General Property Code and it was elaborated through common practice . The basic characteristic of that earlier suretyship could be cognized from the sources which were collected by Valtazar Bogisic. Yet, considering that comparative experience was very important for Bogisic, it was considered in this paper. Further, particular attention is paid to our modern solutions of the suretyship, particularly in part which was different from the solutions of the General Property Code. Algate, it was made an attempt at showing all specific rules of the General Property Code, from theoretical and applicable side.

PROBLEM PRAVNOG SUBJEKTIVITETA ŽIVOTINJA

U V O D

Stav da pravo služi isključivo ljudima već hiljadama godina dominira pravnom teorijom i praksom.¹ Taj stav, međutim, nije podrazumevao da životinje ne mogu biti pravni subjekti, tako da priznavanje životinjama bar nekih elemenata pravnog subjektiviteta ne predstavlja ništa novo. U drevnim pravima (antičkim i srednjovekovnim) one su redovno označavane kao pravni subjekti; doduše uglavnom kao krivičnopravni subjekti, zbog čega se svakako nisu mogle ubrojati u prave, autentične pravne subjekte.² U moderno doba, sve do druge polovine

Dr Slobodan R. Martinović, docent Univerziteta Singidunum, Beograd, Poslovni fakultet Valjevo.

¹ “*Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris... dicemus*”(Hermogenianus, D, 1, 5, 2) – “Dakle, zato što je sve pravo ustanovljeno radi ljudi, najpre govorimo o položaju lica, a posle o ostalom”(Justinijanova *Digesta* (Prva knjiga), s latinskog preveo dr Antun Malenica, Javno preduzeće “Službeni glasnik”, Beograd 2003, str. 114, 115).

² Tako na primer Toma Živanović (*Sistem sintetičke pravne filozofije (Sintetička filozofija prava I)*, “Službeni list SRJ”, Beograd 1997, str. 150); Radmila Vasić i Kosta Čavoški, *Uvod u pravo II*, Izdavačka kuća “Draganić”, Beograd 1994, str. 185), itd. Nepravim pravnim subjektima smatraju ona bića ili tvorevine kojima su priznata subjektivna prava, pravne obaveze i/ili odgovornosti, ali ne poseduju sva svojstva neophodna da bi se smatrali pravim pravnim subjektima. Ta svojstva su: 1) mogućnost da budu obuhvaćeni vlašću pravnih normi; 2) sposobnost komuniciranja na nivou jezičkih znakova i značenja, bilo neposredno, lično, bilo tako što im je nedostatak sposobnosti komuniciranja repariran postavljanjem zastupnika; 3) posedovanje ne samo pravnih obaveza i odgovornosti nego i subjektivnih prava. Razliku između pravih i nepravih pravnih subjekata detaljno

HH veka, životinjama su i pravna teorija i filozofija, kao i pravna praksa uglavnom poricale pravni subjektivitet, sasvim u skladu s antropocentričnom paradigmom modernog doba. U drugoj polovini XX veka pojavljuju se teoretičari koji ublažavaju takav stav, dok pozitivno pravo do današnjih dana životinje ne tretira kao pravne subjekte. To ne znači da na polju zaštite dobrobiti životinja pozitivno pravo mnogih država nije načinilo gotovo revolucionarne korake.

*Pitanje pravnog subjektiviteta životinja kroz istoriju,
teoriju i pozitivno pravo*

Kao što je rečeno, drevna prava nisu životinjama potpuno odirala pravni subjektivitet. Promena na tom polju nastaje u moderno doba.

Do potpunog odricanja pravnog subjektiviteta životinjama verovatno je došlo pod uticajem modernih prirodno-pravnih teorija. Racionalističke kakve su bile, one su upravo na razumu ili umu, kao svojstvima koja među prirodnim bićima poseduje isključivo čovek, zasnivale svoj antropocentrizam. Ni starije prirodno-pravne teorije, s retkim izuzecima, nisu izlazile iz okvira antropocentrizma. Razlog je isti: subjekti prirodnog prava mogu biti samo ona bića koja mogu spoznati prirodni zakon. Na toj liniji je i mišljenje istaknutog hrišćanskog mislioca, Aurelija Avgustina (Augustinus Aurelius):

“Mi, dakle, odbacujemo takvu zabludu, smatrajući da se zapovjed ‘Ne ubij’ ne odnosi niti na biljke, jer ne posjeduju osjećanje, niti na stvorenja kao što su ptice, ribe, četvoronožne životinje i gmizavci. Ta stvorenja ne mogu biti dio našega društva, jer, poput nas, ne primiše dar razuma (iz čega slijedi da nam pravednom odredbom Stvoritelja njihov život i smrt stoje na raspolaganju). Prema tome, kad čujemo da neko kaže ‘Ne ubij’ dužni smo zaključiti da to znači ne ubij niti drugoga, niti samoga sebe, jer ko sebe lišava života, taj ubija čovjeka.”³

Ulpijan (Ulpianus) je, međutim, u tom pogledu, sa svojom definicijom prirodnog prava značajan izuzetak:

“Prirodno pravo je ono koje je priroda podarila svim živim bićima. Naime, ovo pravo nije svojstveno samo ljudskom rodu, već svim živim bićima koja se rađaju na zemlji i u moru, a zajedničko je i pticama. Iz njega proističe zajednica muškarca i žene koju mi nazivamo brak, iz njega (proističe) stvaranje dece, iz njega (proističe) vaspitavanje. Vidimo, zaista, da i druga živa bića, zveri takođe,

sam obrazložio u svojoj doktorskoj disertaciji (*Pitanje pravnog subjektiviteta*), odbranjenoj 26. oktobra 2012. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu (1.4. Pravi i nepravi pravni subjekti, str. 219-247).

³ Aurelije Avgustin, *Država božja*, s latinskog preveo, studiju i komentare sačinio dr Marko Višić, “CID”, Podgorica 2004, str. 60.

uvažavaju isto iskustveno pravo.”⁴ Ovom svojom definicijom on je otišao dalje od svih drugih učitelja prirodnog prava, a da, sasvim izvesno, njenom značenju nije mogao pridavati onu težinu koja današnjem čoveku može izgledati sasvim opravdana.

Interesantna je i oštra reakcija savremenog obnovitelja prirodnog prava, Ernsta Bloha (Ernst Bloch), na Ulpijanovo određenje prirodnog prava:

“Ta je rečenica uzor smanjenja protezanjem; jer time što prirodno pravo proteže na sva živa bića, ono gubi humani sjaj i ponos. A koliko je ta definicija udaljena od one Ciceronove u prvoj knjizi *De legibus*: ‘Omnium, quae in hominum doctorum disputatione versantur, nihil est praestabilius, quam plane intelligi, nos ad iustitiam esse natos, neque opinione, sed natura substitutum esse ius.’ Vidljivo je ne samo, što nije štetno, da je taj retorički prizvuk kod Ulpijana iščezao, nego da je pridošlo jako zoološko proširenje do humanuma ili i umesto njega. Kasniji reacionari (kao F. L. Štal u svojoj kršćanski konzervativnoj filozofiji prava) otuda su stalno ukazivali na to da je Ulpijanovom preširokom definicijom prirodno pravo prilično osuđeno: *quod licet bovi, non licet homini*. Pa ipak, ptice nisu pružale najstrašniji primjer, one su svagda bile visoko simbolične, kao bića koja nisu vezana ni za kakva granična područja; stara je revolucionarna slika: biti slobodan kao ptica u zraku. Iz svoje definicije Ulpijan ipak ne izvodi ni nešto što ponižava ni nešto što visoko leti, nego jedino prirodno pravo spolnog ujedinjenja, braka, rađanja djece, odgoja.”⁵

Jedini od široko poznatih autora koji životinjama bez rezerve priznaje potpuni pravni subjektivitet jeste Petražicki (Lev Ёosifovič Petražickij). Samo, to nije *pozitivnopravni* subjektivitet. Sasvim u skladu sa svojim učenjem o subjektivnim pravima i pravnim obavezama kao imperativno-atributivnim emocijama, Petražicki mogućnost združivanja takvih emocionalnih doživljaja sa životinjama stavlja van svake sumnje:

“...neće nam biti teško da se uvjerimo da, dolazeći u kontakt sa životinjama, mi njima često pripisujemo razna prava, ovlašćenja i pretenzije, uopšte doživljavamo takve akte pravne svijesti u kojima ta bića figurišu u svojstvu subjekta atributiva. Zahtijevajući u lovu poslušnost od našega psa (tj. odnoseći se prema njemu kao prema subjektu pravnih obaveza), negodujući i kažnjavajući ga za od-

⁴ “Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit; nem ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreation, hinc education: videmus eteim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censerī” (D. 13, 1, 1, 3), Justinijanova Digesta (Prva knjiga), str. 64, 65.

⁵ Ernst Bloh (Ernst Bloch), *Prirodno pravo i ljudsko dostojanstvo*, s nemačkog preveo Ante Pažanin, Izdavački centar “Komunist”, Beograd 1977, str. 26 i 27.

govarajuće prekršaje, mi, s druge strane, u slučaju očekivanih, a utoliko prije, izuzetnih lovačkih usluga od strane psa, smatramo svojom dužnošću da se na odgovarajući način sa njim i ophodimo, da ga poslije lova nagradimo dobrom večerom i sl.; i pri tome karakter naše etičke svijesti biće takav da je pas to zaslužio, da mu sljedeje nagrada itd.”⁶

Bez obzira na to da li su bili pristalice priznavanja životinjama pravnog subjektiviteta ili ne, mnogi autori su se zalagali za njihovu zaštitu od zlostavljanja.

O nekoj vrsti zaštite koju dobijaju (domaće) životinje pokorivši se ljudima govori već Aristotel.⁷ Ali, priznavanjem zaštite on im ni u kom slučaju nije priznao pravni subjektivitet.

Premda ističe nepremostive razlike između ljudi i životinja, Ruso smatra da one ne treba da budu nepotrebno zlostavljane, s obzirom na to da, kao i ljudi, osećaju bol, odnosno pate. U stvari, njegovo prirodnopravno učenje sadrži, više implicitno, klicu priznavanja prirodnopravnog subjektiviteta životinjama:

“...Na taj način se rešava i nekadašnje sporno pitanje da li da se i životinje obuhvate prirodnim zakonom, jer je jasno da one nemaju razuma i da nisu slobodne, te da im je prema tome nemoguće da same upoznaju zakon; ali budući srodne ljudima utoliko što i one osećaju, mora im se priznati udeo a čoveku pripisati izvesne obaveze prema njima. Doista, ako ne činim nikakvo zlo bližnjem, to je više iz tog razloga što i on oseća bol, a ne zato što i on ume da misli; pa kako je ova osobina zajednička a ljudima i životinjama, osnovano je da jedni sa pravom očekuju da ne budu bar nepotrebno zlostavljani od drugih.”⁸

Kritikujući stav prema kojem zabrana mučenja životinja postoji samo kada je nesvrshodna i isključivo radi zaštite interesa ljudi, a ne radi samih životinja, Petražicki veli:

“...u savremenoj literaturi ponavlja se stereotipna pouka i objašnjenje da ako se pravo ponekad tiče životinja, zabranjuje nemilosrdno ophođenje sa njima i sl., to nikako ne znači da se to čini u interesu životinja, da postoje nekakva prava životinja i sl.; riječ je u tom slučaju samo o interesima i pravima ljudi, o zaštiti ljudi od neprijatnih prizora nesvrshodnog mučenja životinja itd. Sudeći prema pred-

⁶ Petražicki, Lav Josifovič, *Teorija prava i morala*, s ruskog preveo Petar Bunjak, JP “Službeni list SRJ”, “CID” i Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Beograd – Podgorica – Sremski Karlovci – Novi Sad 1999, str. 98, 99.

⁷ *Politika*, prevela sa starogrčkog Ljiljana Crepajac, BIGZ PUBLISHING D. P., Beograd 2003, 1251b.

⁸ Žan Žak Ruso (Jean-Jacques Rousseau), *O poreklu i osnovima nejednakosti među ljudima*, Ruso, Žan-Žak, u knjizi: *Društveni ugovor*, s francuskog preveo Tihomir Marković; *O poreklu i osnovima nejednakosti među ljudima*, s francuskog preveo Radmilo Stojanović; *Da li je obnova nauka i umetnosti doprinela popravljaju morala*, s francuskog prevela Mira Vuković, “Filip Višnjić”, Beograd 1993, str. 134.

stavama i mišljenjima koja vladaju u toj oblasti savremene pravne literature, moglo bi se pomisliti da je *homo sapiens* takva vrsta koja je po svojoj prirodi sazdana za apsolutno egoistički, čisto eksploatatorski odnos prema svim ostalim bićima koja žive i pate na zemlji, ili bar, u najmanju ruku, da sa stanovništa teoretičara prava ljudi razumno i ne treba drugačije da misle i postupaju...⁹

Na sličan način rezonuje i Toma Živanović, mada ni za njega pružanje zaštite životinjama ne znači priznavanje pravnog subjektiviteta:

“Svako postupanje, naročito zlostavljanje životinja civilizovano društvo ne može dopustiti kako zbog njih samih kao živih bića i svim ljudskim duhovnim svojstvima u većem ili manjem obimu snabdevenih, tako i zbog ljudskog osećanja sažaljenja prema njima u slučaju rđavog postupanja. Prefinjena kultura saoseća ... da pored ljudi postoje na zemlji i druga osećajuća bića, i zato smatra kao ‘nedaću, kad se ovim bićima nanose neosnovana mučenja’ ...iz toga ne proističe da su životinje pravni subjekti i da tako stupaju u pravne odnose s ljudima. To važi i za razne fondacije u njihovu korist, tj. pravni subjekat je sama fondacija.”¹⁰

Pravna zaštita životinja od zlostavljanja novijeg je datuma. Tek se u XIX veku javlja zaštitno zakonodavstvo koje zabranjuje i kažnjava ubijanje i mučenje životinja, (nezakonito) podvrgavanje eksperimentima i slična postupanja. Objekt zaštite nisu bile same životinje, nego osećanja ljudi prema životinjama.

U XX veku u pravnu teoriju i praksu prodire stav da životinje treba zaštititi radi njih samih, a ne samo da bi se zaštitili imovinski ili neimovinski interesi čoveka. U XX veku počinje da se govori i o pravima životinja. Tako Univerzalna deklaracija o pravima životinja (1978) govori o pravu na život, zabrani biocida (ubistva životinje) i zabrani genocida (istrebljivanje vrste, ubijanje velikog broja), pravu da proživi svoj prirodni vek, zabrani njenog napuštanja, obavezi da se životinja ubije trenutno i bezbolno. Poseban status životinja u XX veku počinje da biva priznat i nacionalnim zakonodavstvima.¹¹

U prošlom veku, naročito u njegovoj drugoj polovini, i u teoriji prava pojavljuju se autori koji se zalažu ne samo za zaštitu životinja, nego i za priznavanje njihovog pravnog subjektiviteta.

U našoj pravnoj literaturi pitanjem pravnog subjektiviteta životinja najviše se bavio Milan Paunović, zalažući se za priznanje životinja za pravne subjekte. U njegovom delu *Prava životinja (Savremeni međunarodni standardi)*,¹² mogu se

⁹ Petražicki, *op. cit.*, str. 100.

¹⁰ *Op. cit.*, str. 350, 351.

¹¹ *Leksikon građanskog prava*, grupa autora (Obren Stanković i dr.), Izdavačko preduzeće “Nomos”, Beograd 1996, str. 163.

¹² Pravni fakultet i “Đuro Salaj”AD, Beograd 2004.

naći informacije o pravnom tretiranju životinja u većem broju zemalja i o međunarodnopravnoj zaštiti životinja.

Naš Zakon o dobrobiti životinja,¹³ koji je donet 2009. godine, životinje tretira na sličan način kao što to čine i zakoni visokorazvijenih država, samo što su to one učinile znatno ranije. Ni taj zakon, kao što to ne čine ni zakoni ostalih država, životinjama ne priznaje pravni subjektivitet, ali njihov položaj značajno unapređuje, uvodeći za državne organe i građane veliki broj obaveza u vezi s dobrobiti životinja.¹⁴ Domaći zakon kao svoj predmet označava dobrobit životinja, prava, obaveze i odgovornosti pravnih i fizičkih lica, odnosno preduzetnika, za dobrobit životinja, postupanje sa životinjama i zaštitu životinja od zlostavljanja, zaštitu dobrobiti životinja pri lišavanju života, držanju, uzgoju, prometu, prevozu, klanju i sprovođenju oglada na životinjama, kao i druga pitanja od značaja za zaštitu dobrobiti životinja (član 1). Taj zakon se ne odnosi na dobrobit svih životinja, nego samo na kičmenjake koji su u stanju da osele bol, patnju, strah i stres (član 5. tačka 13).

Argumenti u prilog priznavanju pravnog subjektiviteta životinja

U prilog priznavanju pravnog subjektiviteta životinjama ističu se sledeći argumenti:¹⁵

¹³ "Službeni glasnik RS", broj 41/09.

¹⁴ Osnovna načela, koja su propisana članom 4. tog zakona, veoma dobro oslikavaju njegov karakter: "1) načelo univerzalnosti bola, koje podrazumeva da životinje mogu da osele bol, patnju, stres, strah i paniku, kao i obavezu čoveka da pored očuvanja vrste brine i o zaštiti života i dobrobiti svake jedinke; 2) načelo brige o životinjama, koje podrazumeva moralnu obavezu i dužnost čoveka da poštuje životinje i brine o životu i dobrobiti životinja čiji opstanak zavisi neposredno od njega; 3) načelo integralnosti, koje podrazumeva da državni organi i organi jedinica lokalne samouprave, u okviru svog delokruga, obezbeđuju integralnu zaštitu dobrobiti životinja sprovođenjem međusobno usaglašenih planova i programa; 4) načelo posvećivanja pažnje dobrobiti životinja, koje podrazumeva da se u svim aktivnostima koje se preduzimaju u oblasti poljoprivrede, stočarstva, veterinarstva, prometa, istraživanja, kao i u drugim oblastima koje se na direktan ili indirektan način odnose na životinje mora posvetiti puna pažnja zaštiti dobrobiti životinja; 5) načelo prevencije i predostrožnosti, koje podrazumeva da svaka aktivnost koja je u direktnoj ili indirektnoj vezi sa životinjama mora biti planirana i sprovedena tako da predstavlja najmanji rizik po život i dobrobit životinja, ljudi i životne sredine i zasniva se na proceni uticaja različitih načina korišćenja životinja na njihov život i dobrobit, kao i na korišćenju najboljih raspoloživih tehnologija, sredstava i opreme; 6) načelo odgovornosti, koje podrazumeva da je vlasnik, odnosno držalac životinja odgovoran za njihov život i dobrobit i da je dužan da snosi troškove zbrinjavanja životinja čiji je vlasnik, odnosno držalac, ako više ne želi ili nije u mogućnosti da se stara o njima."

¹⁵ Argumenti u prilog priznavanju pravnog subjektiviteta životinjama preuzeti su iz knjige Milana Paunovića, *op. cit.*, str. 163, 164, 166 i 167.

1) Priznavanje životinjama subjektivnih prava nameće priroda životinja: one imaju svoje poreklo, potrebe, interese i prirodnu vrednost nezavisnu od vrednosti koju im pripisuju i nameću ljudi:

“Saznanje da životinje imaju svoje urođene potrebe i interese kao i prirodne vrednosti koje su potpuno nezavisne od vrednosti i zahteva koje im nameće čovek, obavezuje ljude da životinje tretiramo onako kako one zaslužuju, tj. onako kako bismo se odnosili i prema svim drugim ljudima. To znači da životinje imaju pravo da budu slobodne od ljudskih okrutnosti i iskorišćavanja, baš kao što pojedinac poseduje ta prava.” Za priznanje pravnog subjektiviteta životinjama relevantna osobina je njihova sposobnost za patnju i njihov interes da patnje budu pošteđene.

Tako Džeremi Bentam (Jeremy Bentham) izvodi analogiju između priznavanja prava životinjama i oslobođenja robova, s obzirom na podjednaku podobnost za bol i patnju: “Doći će dan kada će ostatak životinjskih stvorenja moći da stekne ona prava koja će im moći biti oduzeta samo rukom nekog tiranina. Francuzi su već otkrili da crna boja kože nije razlog za prepuštanje ljudskog bića na milost i nemilost hirovima nekog mučitelja... Šta je ono što treba da povuče liniju preko koje se ne sme preći? Da li je to moć razuma, ili, možda, sposobnost raspravljanja? Ali odrastao konj ili pas je neuporedivo razumniji i sposobniji za komunikaciju od odojčeta starog jedan dan, jednu nedelju ili čak jedan mesec. Ali šta bi nam pomoglo da stvar postavimo na drugi način? Pitanje nije da li oni mogu da rasuđuju; niti da li mogu da govore, nego da li oni mogu da pate.”¹⁶

2) Životinje jesu intelektualno nekompetentne, nisu sposobne da razumeju pravne norme kojima bi im se priznala subjektivna prava niti su u stanju da pokrenu pravnu proceduru za njihovu zaštitu. Ali tako nešto nisu u stanju ni mala deca, mentalno retardirani niti teško duševno bolesna lica, a oni su ipak pravni subjekti. To znači da određeni nivo razvijenosti psihe, sposobnost za rasuđivanje nije uslov za priznavanje pravnog subjektiviteta. Drugačije rečeno, nepostojanje ovog svojstva nije prepreka za priznavanje pravnog subjektiviteta životinjama.

3) Prema Kelzenu (Hans Kelsen), pravni subjekt predstavlja personifikovano jedinstvo jedne skupine pravnih normi što znači da su u pravu čovek i subjekt

¹⁶ “The day may come, when the rest of the animal creation may acquire those rights which never could have been withholden from them but by the hand of tyranny. The French have already discovered, that the blackness of the skin is no reason why a human being should be abandoned without redress to the caprice of a tormentor... What else is it that should trace the insuperable line? It is the faculty of reason, or, perhaps, the faculty of discourse? But a fullgrown horse or dog is beyond comparison a more rational, as well as a more conversable animal, than an infant of a day, or a week, or even a month, old. But suppose the case were otherwise, what would it avail? The question is not, Can they reason? Not, Can they talk?, but, Can they suffer?” (*An Introduction of the Principles of Morals and Legislation*) – navedeno prema: Artur Kaufman (Artur Kaufmann), *Pravo i razumevanje prava*, s nemačkog preveo Danilo N. Basta, “Gutenbergova galaksija”, Beograd-Valjevo 1998. (rasprava *Postoje li prava prirode?*), str. 224).

dva potpuno različita pojma.¹⁷ Iz ove Kelzenove tvrdnje Milan Paunović izvlači zaključak da životinje možemo posmatrati kao refleksne subjekte savremenih pravnih poredaka, kojima se mogu pripisati ovlašćenja (prava), a ne i obaveze. One bi mogle biti samo refleksni subjekti zbog toga što ne mogu samostalno ostvarivati svoja prava, nego ih mogu ostvarivati samo na taj način što će objektivno pravo ostvarivanje i zaštitu prava životinja staviti u nadležnost pravnih zastupnika.¹⁸

4) Na pitanje zašto bismo životinjama priznali subjektivna prava i brinuli o tim pravima kad ni ljudi ne uživaju mnoga garantovana prava, može se odgovoriti da je svrha takvog ponašanja minimizovanje muka svih živih bića, pa i životinja. Pored toga, u pozadini takve brige stoji briga za promovisanje obima ljudskih poslova. Nadalje, brigom za prava životinja poboljšavamo zdravlje i životinja i ljudi pa i sprečavamo ljudsko umiranje od gladi i slabe ishrane. Konačno, briga za prava životinja sprečava slom našeg planetarnog eko-sistema.

5) Životinjama se subjektivna prava mogu priznati i proširivanjem teorije o ljudskim pravima:

“Na pitanje da li ljudska prava mogu biti preliminarni odgovor za probleme zajednice šire od ljudske...odgovor je pozitivan, jer na bazi same doktrine koja ih ustanovljava vidi se da ljudska prava nisu ‘ljudska’. S jedne strane manje ili više prihvaćena ideja da pripadnost vrsti nije moralno relevantna *de facto* je eliminisala iz osnove te teorije bilo kakvu referencu na postojanje genotipa *homo sapiensa*. S druge strane, namera da se obezbede jednaka fundamentalna prava svim ljudskim bićima, uključujući i ona koja smatramo neparadigmatskim, impliciraju da karakteristike tog bića na koje se pozivamo da bismo opravdali to što im pripisujemo takva prava, ne mogu biti one koje smatramo tipično ljudskim, već moraju biti na jednom kognitivno-emotivnom nivou koji je dostupan i velikom broju ne-ljudskih životinja.”¹⁹

Kritički osvrt na argumente u prilog priznanju pravnog subjektiviteta životinja

Argumenti u prilog priznavanja pravnog subjektiviteta životinjama izgledaju ubedljivo. Naročito izgleda ubedljivo sledeći argument, sastavljen iz dva dela:

¹⁷ *Opšta teorija prava i države*, s engleskog preveli Radomir D. Lukić i Milorad V. Simić, “Arhiv za pravne i društvene nauke”, Beograd 1951, str. 101, 102.

¹⁸ *Op. cit.*, str. 171, 177.

¹⁹ Paola Cavakieri, *The Animal Question: Why Nonhuman Animals Deserve Human Rights*, translated by C. Woolard, Oxford University Press, 2001 (citirano iz navedenog dela Milana Paunovića, str. 181).

1) I životinje (bar kičmenjaci) mogu osećati bol i patiti na druge načine, zbog čega im se može pripisati interes da budu pošteđene patnje koliko god je to moguće. Taj interes će se zaštititi priznavanjem životinjama odgovarajućeg subjektivnog prava.

2) Za priznavanje subjektivnog prava uopšte nije prepreka nesposobnost životinja za rasuđivanje, drugim rečima – njihova nesposobnost za pravno relevantnu komunikaciju u kojoj bi one mogle da razumeju značenje pravnih normi i istaknu zahtev za ostvarenje svojih subjektivnih prava. Takvu sposobnost nemaju ni mala deca, mentalno retardirani niti teško duševno bolesni ljudi. A oni su ipak pravni subjekti.

U prvom delu argumenta u prilog pravnom subjektivitetu životinja izrečena je tvrdnja da životinjama treba priznati subjektivna prava kako bi bile zaštićene od bola i drugih oblika patnje.

Opravdanost zaštite životinja od svih oblika patnje, koliko je to moguće, u današnje vreme nije predmet značajnih osporavanja. Pri tome se, naravno, ne može ići toliko daleko pa zahtevati da životinje budu pravno zaštićene od svih oblika patnje koja im dolazi od ljudskih bića. Ni sama ljudska bića, naime, nisu pravno zaštićena od svih oblika patnje koja im dolaze od drugih ljudskih bića pa se takva zaštita ne može tražiti ni za životinje.

Ali opravdanost zaštite životinja od patnje ni u kom slučaju ne znači neophodnost priznavanja životinjama subjektivnih prava. Daleko je važnije utvrditi čovekove obaveze prema životinjama ili, bolje rečeno, u vezi sa životinjama, i propisati posledice njihovog kršenja, nego životinjama priznati subjektivna prava.²⁰

Smatram da ima osnova i za radikalniju tvrdnju: posedovanje pravnog subjektiviteta ne znači uvek i veću pravnu zaštićenost u odnosu na bića koja ga ne poseduju. Na primer, u Zapadnoj Evropi kućni ljubimci nisu pravni subjekti, ali su njihova pravna zaštita i položaj znatno bolji od zaštite i položaja najamnog radnika u nekoj nerazvijenoj zemlji pa čak i od položaja nekih kategorija najamnih radnika (na primer doseljenika iz nerazvijenih zemalja) u samoj Zapadnoj Evropi, iako oni jesu pravni subjekti.

Sličnu tvrdnju o položaju kućnih ljubimaca izrekao je i Milan Paunović, iako se nepokolebljivo zalaže za to da oni budu priznati za pravne subjekte:

“Pravni položaj ovih bića je toliko uznapredovao, da bi se figurativno moglo reći da psi i mačke, a zajedno sa njima i mnogi drugi kućni ljubimci, ‘postaju građani prvog reda’. Barem u zemljama Evropske unije.”²¹

²⁰ Up.: Artur Kaufman, *op. cit.*, str. 238.

²¹ *Op. cit.*, str. 95.

Ako su neke životinjske vrste i bez priznavanja pravnog subjektiviteta postale "građani prvog reda", zašto je onda toliko važno da im se prizna pravni subjektivitet? Tim pre što postoje ljudska bića kojima pravni subjektivitet nije doneo takav položaj, nego spadaju u građane drugog reda.

Pogledajmo sada drugi deo argumenta u prilog pravnom subjektivitetu životinja. Zaista je tačno da objektivno pravo priznaje subjektivna prava i ljudskim bićima koja nisu sposobna za pravno relevantnu komunikaciju u ranije navedenom smislu. Mala deca, mentalno retardirani niti teško duševno bolesni ljudi nemaju tu sposobnost, a poseduju subjektivna prava. Uz to ni ranija ni današnja prava ne ograničavaju pravni subjektivitet na čoveka – on je priznat i ne-ljudskim bićima kao što su pravna lica, koja pravno relevantnu komunikaciju ostvaruju samo preko zastupnika. Zašto onda subjektivna prava ne bi bila priznata i životinjama?

Navešću razloge koji znatno otupljuju oštricu navedenog argumenta.

Odrasla ljudska bića *po pravilu* imaju sposobnost za pravno relevantnu komunikaciju. Drugim rečima, odrasli ljudi koji su nesposobni za pravno relevantnu komunikaciju čine vrlo mali deo ukupne ljudske populacije. A pravo računa s onim što se po pravilu događa. Zbog toga određivanje zakonskog zastupnika (staratelja) licima bez navedene sposobnosti ne predstavlja veliki problem. Što se tiče dece, pravo računa s pravilom da će ona jednog dana steći sposobnost za pravno relevantnu komunikaciju, a dok je ne steknu, o njihovim subjektivnim pravima staraju se roditelji (ili staratelji) kao zakonski zastupnici, što takođe, po pravilu, ne predstavlja problem.

No, priznanje subjektiviteta pravnim licima kao da ide u prilog argumentu u prilog pravnog subjektiviteta životinja: nijedno pravno lice ne može ostvarivati pravno relevantnu komunikaciju bez zastupnika. Ali ta činjenica ne može se upotrebiti za opravdanje pravnog subjektiviteta životinja. Konstitutivni element, sastavni deo svakog pravnog lica jeste njegov organ nadležan za zastupanje. U očima prava, bez tog organa ne postoji ni pravno lice. Tako pravno lice u stvari jeste sposobno za pravno relevantnu komunikaciju.

Životinje, pak, ne poseduju i ne mogu posedovati sposobnost za pravno relevantnu komunikaciju. Ta njihova nesposobnost može se reparirati samo institutom zakonskog zastupništva. Ako bi se svakoj životinji odredio zakonski zastupnik, ona bi se i mogla smatrati pravnim subjektom.

Ali tim putem dolazimo do pravnotehničke neizvodljivosti priznanja životinjama subjektivnih prava.²² Zagovornici pravnog subjektiviteta životinja tvr-

²² Slično i Artur Kaufman (*op. cit.*, str. 237): "Ne bi bilo ogrešenje o princip ako bi se životinjama, pa i drugim delovima prirode, priznala sopstvena prava. Pitanje je da li je to *praktikabilno* i *pravnotehnički izvodljivo*. A na to pitanje hteo bih jednoznačno da dam odrećan odgovor."

de da pravni subjektivitet ljudskih bića koja su nesposobna za pravno relevantnu komunikaciju i pravnih lica govori u prilog mogućnosti priznavanja pravnog subjektiviteta i drugim bićima bez takve sposobnosti. I životinje bi, dakle, mogle biti pravni subjekti, samo im treba postaviti zakonskog zastupnika. Ali pristalice takve ideje ne smeju zaboraviti niti prećutati činjenicu da *svako* ljudsko biće bez sposobnosti za pravno relevantnu komunikaciju i *svako* pravno lice ima zakonskog zastupnika. Zakonski zastupnik i zastupani čine neku vrstu jedinstva. Ne samo da takvo rešenje ne izgleda moguće kada su životinje u pitanju već bi ono bilo u priličnoj meri bizarno. Zamislimo samo situaciju u kojoj svaka konkretno određena životinja ima zakonskog zastupnika!

ZAKLJUČAK

Smatram da prethodno izlaganje daje dovoljno osnova za zaključak da priznanje životinjama pravnog subjektiviteta nije opravdano s pravnoteorijske tačke gledišta. No, ono što je još važnije, priznanje pravnog subjektiviteta životinjama nije pravno-tehnički izvodljivo (neophodnost da svaka životinja ima zastupnika!).

Ono što je, verovatno, najvažniji argument – životinjama priznanje pravnog subjektiviteta nije ni potrebno. Od priznavanja pravnog subjektiviteta ne-ljudskom živom svetu mnogo je značajnije pravno uobličiti položaj čoveka na takav način da se obezbedi ispunjavanje njegovih obaveza u vezi sa zaštitom prirodne sredine, a to znači i u vezi sa opstankom i dobrobiti živih vrsta i njihovih pripadnika. Čovekov položaj treba da bude drugačiji od položaja ostalih živih bića; njegova prava i obaveze su veći pošto on treba da brine o tome da se poredak ne naruši. To znači da on treba da vodi računa i o ostalim živim bićima, a ne samo o sebi. Tako čovek postaje *staratelj prirode* (*naturae curator*), kao jedino prirodno biće koje raspolaže razumom, ali i sposobnošću za etičko ponašanje.²³ Pri tome, ovaj staratelj mora biti svestan toga da je njegov starateljski zadatak, očuvanje prirodnog poretka stvari, prirodne ravnoteže, podjednako u interesu staratelja kao i šticećenika i da je on *odgovoran* za izvršenje tog zadatka. Odgovorno delanje je princip kojim treba da budu prožeti čitava misao i delanje našeg vremena.²⁴

²³ Martin Hajdeger upotrebljava lep izraz: *pastir bića*.

²⁴ Ovom principu Hans Jonas (Hans Jonas) posvetio je knjigu *Princip odgovornost*, s nemačkog preveo Slobodan Novakov, "Svjetlost", Sarajevo 1990.

SLOBODAN R. MARTINOVIĆ, LL.D.,
Assistant professor, University Singidunum, Belgrade
Faculty of Busines, Valjevo

THE PROBLEM OF THE LEGAL PERSONALITY OF ANIMALS

Summary

The problem of the legal personality of animals is especially obvious from the second half of the last century. The problem was elaborated by the philosophy and science, as well as by public opinion. As a result, legal protection of animals in many countries has reached unimaginable levels, and there are many representatives of the idea that the legal personality must be recognized for animals. The author believes that the recognition of the legal personality of animals can not be justified by legal theory - animals can not be true, authentic legal entities because they are, dew to their nature, incapable for legally relevant communication, so they can not be subordinated to the authority of legal norms. In addition, recognition of the legal personality of animals would be legally and technically unfeasible because of the necessity that every animal considering as a legal entity must have a representative.

Finally, and probably most importantly, the recognition of the legal personality of animals is not necessary at all. It is much more important and useful for animals to prescribe to human beings adequate obligations relating to non-human forms of life, of which living beings will have many more benefits.

CENZORSKA KONTROLA MORALA U ANTIČKOM RIMU

Nadzor nad javnim moralom (*regimen morum*) su vršili cenzori u antičkom Rimu. Poznato je da su Rimljani svjesno izbjegavali definisanje. Tako nikada nisu dali definiciju pravnog instituta *regimen morum*. Smatrali su da je taj pojam suštinski jasan i opšteprihvaćen, te da bi svaka definicija samo negativno djelovala u praksi. Termin *regimen morum*, koji se danas koristi u literaturi, preuzet je iz Livijevih djela (*mores regere*).¹ U drugim izvorima nalazimo slične termine i konstrukcije, koji u odgovarajućem kontekstu označavaju isti pojam, npr. *moribus praepositus*, *moribus praefuisse*, *magister morum*. Pojam *mores* najbliže odgovara našem pojimanju morala, ali u rimskom kontekstu ima znatno šire značenje. *Mores* predstavlja i način života, ustaljene navike ponašanja i postupanja i sl.

Današnji pojam cenzora i ceznure, je u ovom elementu najbliži nekadašnjoj ulozi rimskog magistrata. Smatra se da je upravo ova funkcija cenzoru davala toliki ugled i poštovanje u rimskom društvu. Ova ugledna i moćna funkcija se razvila iz ovlašćenja cenzora da isključi sa liste građana svako lice, za koje smatra da nije dostojno ranga, političke pozicije i funkcije u društvu. On je na svoj način, presuđivao za sve sramne i nedolične postupke, nedostojne rimskoj tradiciji i moralu. *Infamia*, odnosno gubitak časti je bila ozbiljna sankcija u vremenu kada je moral društva bio na visokom nivou, a čestitost ljudi veoma cijenjena. U vrije-

Mladen Nikolić, asistent Pravnog fakulteta Slobomir P Univerziteta, Bijeljina.

¹ William Smith, *A concise dictionary of Greek and Roman antiquities*, Murray London 1898, 157.

me kada se, umjesto zakonom, veći dio društvenih odnosa regulisao običajima, religijskim normama i moralom, cenzor je postao čuvar dobre vjere, lijepog ponašanja i osnovnih društvenih vrijednosti. *Nota censoria* je most od religijskih do zakonskih oblika zaštite tih vrijednosti.² Livije jasno ističe da zadatak cenzora nije samo da sprječavaju ili kažnjavaju nezakonite i nemoralne akte, nego da očuvaju tradicionalni karakter, moral i očaje rimskog naroda.³ Kao čuvar rimskog duha i tradicije, cenzor je, kako neki autori hrabro tvrde, imao cjelokupan nadzor i kontrolu javnog i privatnog životu svih Rimljana. Ciceron je na to kritički gledao. On kaže: Postaviću princip, da li je nešto tačno samo zato što je zapisano u cenzorovu bilješku kao takvo, ili što je zaista tačno. Ako je zato što je samo zapisano, zabrinimo se, jer smo cenzorima dali kraljevsku moć, zabrinimo se jer cenzorova bilješka može stvoriti veći strah od samih proskripcija, a pero cenzora kao mač diktatora.⁴ Tako je pored pravosudnog stvoren paralelni sistem zaštite osnovnih društvenih odnosa i vrijednosti. Iz tog razloga su npr. delikti prevare, izigravanje povjerilaca i slični, u pravnom smislu, zakonske regulative, nastali znatno kasnije.

U nauci se često postavljalo uloge moralnih normi u regulisanju širih društvenih odnosa, u kontekstu rimskih i sadašnjih vremena. Veliki broj pravnika ukazuje na efikasnost rimskog pravnog sistema, čiji je integralni dio nadzor nad javnim moralom (*regimen morum*). Gergelji Deli (Gergely Deli) tako tvrdi da se efikasno regulisanje društvenih odnosa uvijek bazira na interakciji različitih vrsta normi. Slijedeći ideju Cvajgerta utemeljenu na relativitetu, ovakvu međuzavisnost različitih vrsta normi možemo nazvati sistem pravnog relativiteta. Kritikujući današnji sistem građanske odgovornosti, Deli ukazuje na evidentan vakum, na mjestu iščezlih religijskih i moralnih normi, koje su kao snažne javne norme davale balans individualističkom karakteru privatnog prava.⁵ U budućnosti kaže on, ne trebamo strahovati od bilo kakvih ograničavanja našeg egoističkog ponašanja.

S druge strane mnoge kritike današnjeg koncepta građanske privatnopravne odgovornosti se baziraju na njegovom osnovnom načelu imovinske odgovornosti i prioritetnom cilju materijalne nadoknade oštećenog lica. Mnogi naučnici

² Abel. Handy. J. Greenidge, *Infamia, its place in roman public and private law*, Oxford University Press 1894, 74.

³ Livije, IV 8, "Idem hic annus censurae initium fuit, rei a parua origine ortae, quae deinde tanto incremento aucta est, ut morum disciplinaeque Romanae penes eam regimen, senatui equitumque centuriis decoris dedecorisque discrimen sub dicione eius magistratus, ius publicorum priorumque locorum, vectigalia populi Romani sub nutu atque arbitrio eius essent."

⁴ Ciceron, *Pro Cluentio*, XLIV 123.

⁵ Gergely Deli, Continuity and discontinuity in concept of legal responsibility, *Cofola 2008 Conference-key points and ideas* (eds. R.David, J. Neckar, M. Orgonik, D. Sehnalek, J. Tauchen, J. Valdhans), Masarykova univerzita, Brno 2008, 998-1008.

danas, ne osporavaju prioritet imovinske komponente u odgovornosti, ali upozoravaju na njenu nedovoljnost, naročito u realizaciji širih društvenih interesa. Ukazujući na pozitivne primjere i iskustva iz istorije, a posebno antičkog Rima, Deli ističe da se uloga i značaj moralnih sankcija i javne sramote ne smiju potcijeniti. On naglašava da se ne smiju zaboraviti dostignuća moderne filozofije naučnih istraživanja, i izričito sugerše da “ako poznajemo mehanizam naučnog istraživanja, sa svim mogućim stranputicama i ćorsokacima, možemo neutralisati ili bar minimizirati efekte pogrešnih pretpostavki i očekivanja”.⁶

Instrument autoriteta je bilješka koja se zvala *nota* ili *notatio* odnosno *animadversio censoria*.

Stupanjem na dužnost, cenzori su polagali zakletvu da će svoju dužnost obavljati pošteno i nepristrasno. Pored imena građanina koga označi krivim, cenzor je morao i navesti razlog za takvu osudu (*Subscriptio censoria*), ali ne i obazloženje (*rationale*), zbog čega je donio određenu odluku.⁷ Ipak ovakva praksa se sprovodila samo u slučaju iskljućenja iz Senata, *lectio senatus*, ali ne i na druge kategorije građana. Isto naglašava Ciceron, u jednom govoru, “*Pro Cluentio*”, u kome brani građanina, koji nije iz senatorskog staleža. Tek je krajem republike donijet zakon, *Lex Clodia*, prema kome su se, u slučaju optuženih senatora, morale, pred oba cenzora, sprovesti procedure saslušanja kao u redovnom sudskom postupku. U velikom broju slučajeva senatori su tako i dokazali svoju nevinost i izbjegli sigurnu sankciju. *Subscriptio censoria* je tako bio jedini vid kontrole odluka cenzora.

Cenzor po svojoj funkciji sankcioniše nemoralne, a ne nezakonite postupke. On je naravno mogao notom označiti svako lice, protiv koga se vodi sudski postupak, ili koje je osuđeno, nevezano za sankciju koja mu je izrečena. U najvećem broju slučajeva, gubitak prava na građanske počasti, javna zvanja i priznanja traje znatno duže od kazne koju izrekne sud. Gubitkom časti cenzor može kazniti svakog građanina za ponašanja i postupke protivne tadašnjem poimanju morala, ali ne i suprotne važećim rimskim zakonima. Nemoralno ne podrazumijeva uvijek i nezakonito, stoga cenzor u svojoj odluci nije nužno vezan zakonom i sudom. Prema tome, može se zaključiti, da *nota censoria* i nadzor nad javnim moralom predstavlja sistem kontrole društvenog ponašanja koji djeluje paralelno sa pozitivnim pravom, a što je bitnije, predstavlja oblik zaštite društvenih odnosa koji nisu regulisani zakonskim normama.

Kvalifikacija nemoralnog postupka je potpunoj diskrecionoj ocjeni cenzora. On svoju procjenu i osudu temelji na poznavanju rimske tradicije, dobrih običaja

⁶ *Ibid.*

⁷ Nico P. Swartz, “*The Censor in the Late Republican Empire and His Meaning for Modern Democracy*” vol.3.no.1,110 Canadian center of science and education

i ljudske časti. Nemamo dokaze da je postojao zakon odnosno drugi akt rimskog pravnog poretka, kojim su konkretno navedeni nedopušteni postupci, odnosno bilo kakvi principi i kriterijumi kvalifikacije nemoralnih i nečesnih ponašanja, prema kojima bi se cenzor rukovodio u ocjeni moralnosti nekog čina. On se morao rukovoditi onim što Rimljani nazivaju *mores maior* grubo prevedeno uzvišeni moral, ustvari su opštepoznate i opšteprihvaćene tradicionalne vrline rimskog naroda na čijem temelju je građena moćna država. Svaku klasifikaciju nemoralnih postupanja i kategorizaciju stanje morala u starom Rimu, današnji autori uglavnom baziraju na praktičnim primjerima *nota censoria*.

Iako sva ta djela ugrožavaju javne interese na određene načine, uočavaju se grupe djela koja potiču iz privatne, i koja potiču iz javne sfere života, i tako direktno ugrožavaju interese *res publicae*.

Nemoralna djela u privatnoj sferi života, najčešće potiču iz porodičnih i poslovnih odnosa. U prvom krugu te sfere su porodični odnosi, kao najstariji domen cenzorske kontrole morala. Tu imamo sledeće primjere:

a) *Cjelibat*. – Cenzor je neženje dodatno oporezivao. Brak i stvaranja potomstva je u Rimu bila takoreći društvena obaveza. Izbjegavanje braka, *caelibes*, je bila nepoželjna pojava, o kojoj je se cenzor brinuo. Još je 403. god.p.n.e. zabilježena cenzorska kazna za *caelibes*⁸. U svom djelu *De Legibus*, Ciceron oštro skreće pažnju cenzorima da zabrane cjelibat.⁹ Kasnije je Avgust doneo nekoliko zakona, *Leges Iuliae*, kojim su se sankcionisali cjelibat, nedozvoljen raskid braka, preljuba, i sl.

b) *Raskid i prestanak braka suprotan zakonu i običajima, odnosno bez osnovanog razloga*. – U Rimu su muškarci bili “favorizovani” prema ženama, kako u bračnim tako i u svim drugim odnosima. Ipak brak kao institucija i njegovo očuvanje su u interesu cijelog društva. Zato su cenzori sankcionisali raskid braka bez razloga. U jednom primjeru *Lucius Annius* je isključen iz Senata jer se razveo od žene, prije nego što je konsultovao porodični savjet (*Consilium domesticus*).¹⁰

⁸ Valerije Maksim, *Factorum et dictorum memorabilium libri novem*, II 2.9.1., www.latinlibrary.com “Camillus et Postumius censores aera poenae nomine eos, qui ad senectutem caelibes peruenerant, in aerarium deferre iusserunt, iterum puniri dignos, si quo modo de tam iusta constitutione queri sunt ausi, cum in hunc modum increparentur: ‘natura uobis quemadmodum nascendi, ita gignendi legem scribit, parentesque uos alendo nepotum nutriendorum debito, si quis est pudor, alligauerunt. accedit his quod etiam fortuna longam praestandi huiusce muneris aduocationem estis adsecuti, cum interim consumpti sunt anni uestri et mariti et patris nomine uacui. ite igitur et non odiosam exsoluite stipem, utilem posteritati numerosae.”

⁹ Ciceron. *De legibus*.3.III 7, www.latinlibrary.com “...caelibes esse prohibento...”

¹⁰ Valerije Maksim, II 2.9.2. “Horum seueritatem M. Valerius Maximus et C. Iunius Brutus Bubulcus censores consimili genere animaduersionis imitati sunt: L. enim Annius senatu moue-

c) *Neprijemljeno ponašanje prema robovima, klijentima, ženi, djeci i roditeljima, velika popustljivost prema djeci i zanemarivanje porodičnog kulta.* – Dionizije ističe da je cenzor posebno bio zainteresovan za odnose gospodara i robova, roditelja i djece, muževa i žena, braće i sestara. Takođe ističe da je cenzor imao autoritet da otvori vrata svake kuće u Rimu, i ode čak do spavaće sobe.¹¹

d) *Rasipništvo.* – Rasipništvo je kao negativna pojava odranije suzbijano. U Zakonu dvanaest tablica postoji odredba koja naređuje da se *prodigus*, tj. onima koji rasipaju naslijeđenu imovinu, zabranjuje da upravljaju domaćinstvom i imovinom i da u bratstvu budu označeni kao zaduženi.

Katon je više puta isticao da je velika odgovornost na svakome ko je naslijedio imovinu da ne dozvoli da se njegovo nasljeđe smanjuje, nego da se povećava. Jednom je nekakav čovjek prodao očinsko imanje koje se nalazilo na morskoj obali. 'Taj čovek' - reče Katon, ponašajući se kao da se čudi - 'jači je od mora, jer što bi more jedva moglo sprati, on je lako popio!'¹²

e) *Ekstravagantan i nekontrolisano luksuzan stil života.* – Ovo je najpoznatija i najpopularnija aktivnost cenzora. U literaturi imamo najveći broj primjera ove prirode. Istina, izvori saznanja su vanpravnog karaktera, anegdote i slični sadržaji poznatih rimskih pisaca i historičara. U nauči se ubrzo postavljalo pitanje vjerodostojnosti ovih priča, a naročito samih stavova i ocjena koje su autori zauzeli u ovom kontekstu. Poznato je da su cenzori pored imena označenog građanina morali navoditi samo razlog za sankciju, a ne i dokaze koji argumentuju odluku, što umnogome otežava tumačenje i prirodu njegovog suda. Ipak nema sumnje u činjenicu da su se cenzori oštro borili sa pretjeranim luksuziranjem svojih sugrađana, a naročito poslednjih dva vijeka republike. Jer već tada država zbog svoje veličine nije mogla da čuva svoju moralnu čistotu, nego je time što je vladala nad tolikim državama i narodima, mešala se s mnogim stranim običajima i usvajala obrasce svakojakih načina života.¹³ *Caelius* je cinično komentarisao, da Apije Klaudije misli kako je cenzorstvo voda i sapun, kojim će oprati sve mrlje u društvu.¹⁴ Isticali su više razloga zašto moraju suzbiti ovu pojavu. Prvo, pretjerano luksuziranje vodi u nekontrolisano rasipništvo i dalje posljedice, o čemu je prethodno rečeno. Drugi razlog je posebno isticao Katon. On je tvrdio da ekstravagantan život,

runt, quod quam uirginem in matrimonium duxerat repudiasset nullo amicorum [in] consilio adhibito”.

¹¹ A. Astin, 25.

¹² Plutarh, 2002, 85.

¹³ *Ibid.* 83.

¹⁴ Ciceron, *Epistulae ad familiares* VIII XIV, www.latinlibrary.com “... scis Appium censorum hic ostenta facere: ...persuasum est ei censuram lomentum aut nitrum esse: errare mihi videtur; nam sordes eluere vult, venas sibi omnes et viscera aperit.”

naročito visokih državih funkcionera i službenika vodi u zloupotrebe i korupciju, i naposljetku i u loše upravljanje državom.

Vremenom je postajala stvar prestiža ko će neobičnije, luksuznije i maštovitije organizovati gozbe ili kupovati skupocjene stvari. Cenzori su se protiv toga oštro borili, kada je taj fenomen postao trend načina života, koji je poprimio široke razmjere. Veliki broj analitičara ovu dekadenciju vide i kao jedan od glavnih razloga kasnije propasti rimskog društva. Postoji veliki broj zabilježnih slučajeva ove prirode, a naročito u periodu Katonovog cenzorstva. Ediktom je 89. god. p.n.e. zabranjena prodaja egzotičnih skupih parfema, a drugim iz iste godine pokušali smanjiti konzumaciju skupih vina.¹⁵ Apije Klaudije je u vrijeme svog mandata naročito provjeravao kupovine skupocjenih slika i statua. Zapuštanje, nemar i neodgovorno održavanje imanja i posjeda

Održavanje zemlje je duboko ukorjenjeno u tradiciji, i obaveza je svakog Rimljana. Istoričar Gelijske navodi: "Ako je neko bio nemaran u održavanju zemlje i dozvolio da ona propada, tako što je nije orao i zapustio u korov, ili je održavao voćnjak ili vinograd kao da je napušten, takvo ponašanje nije moglo proći nekažnjeno od cenzora i takav čovjek bi postao *aerarian (incuria)* ili bi mu se oduzimao konj." Svi su tako smatrali, a Katon je to često potvrđivao.¹⁶

Kada je 179. god. p.n.e. cenzor *M. Aemilianus Lepidus* naredio *Antistius*-u da preda konja, njegovi prijatelji su u njegovu odbranu, pored svih vrli na posebno isticali da je izuzetan poljoprivrednik (*optimus colonus, parcissimus, frugalissimus*).¹⁷

Drugi osnov cenzorove sankcije nastaje zbog krivičnih i drugih nečasnih djela koja nastaju u javnoj sferi života, posebno prilikom vršenja određenih javnih funkcija.

f) *Korupcija i zloupotrebe u vršenju javnih funkcija kao i svako ponašanje nedostojno ugledu funkcije koja se vrši.* – Poslije Punskih ratova zloupotrebe u vršenju vlasti postaju sve intenzivnije. To je period naglog bogaćenja, otmačine osvojenih dobara i velike pohlepe. Moral i tradicionalne vrline su bili na novom iskušenju. Cenzori su na svoj način reagovali. Kao tribun *C. Lucius* je označen *nota censoria*-om i vjerovatno isključen sa funkcije, jer je uhapsio i pritvorio jednog građanina, a bez prisustva drugog tribuna.

Da su zloupotrebe u vlasti dobile velike razmjere i postale opasne po društvo govori i Acilijev zakon (*Lex Acilia*) koji predviđa da cenzori mogu djelovati protiv

¹⁵ *Ibid* 24.

¹⁶ Aul Gelijske, 4.12.1-3.

¹⁷ Ciceron, *De oratore* 2.287, "... ut censor Lepidus, cu M. Antistio Pyrgensi equum ademisset, amici cum vociferarentur et quaererent quid ille patri suo responderet cur ademptum sibi equum [diceret], cum optimus colonus, cum parcissimus modestissimus frugalissimus esset..."

svakog lica u slučaju korupcije i iznude, ukoliko za to imaju dokaze, te ga po tom osnovu isključiti iz plemena, oduzeti mu konja itd.¹⁸

g) *Nepoštovanje zakona i drugih javnih funkcija, kao i pokušaji da im se ograniči moć i uticaj ospori ili ugrozi važnost ili djelovanje.* – Zanimljivo je da cenzori nisu često i rigorozno kažnjavali nepoštovanje i neprikladno ponašanje pred samim cenzorima. Zabilježena su dva slučajeve kada su dva građanina degradirana u status *aerarii* zato što su na cenzorova pitanja odgovarali šaljivim dosjetkama, a ne na obavezan način.¹⁹ Opet u drugom slučaju jedan građanin se izvukao od kazne, kada se zbog učestalog zijevanja pred cenzorom pravdao kako mu je to zdravstveni problem.²⁰ Izgleda da ipak nisu bili toliko rigorozni u ovakvim slučajevima.

h) *Krivokletstvo i davanje lažnih iskaza.* 174. god. p.n.e., bivši pretor *M. Cornelius Scipio Maluginensis* je zbog krivokletstva isključen iz Senata.²¹ Krivokletstvo je takođe bilo osnova da cenzori 115. god. p.n.e. *Cassius Sabaca* isključe iz senata.²²

i) *Vojna nedisciplina, nečasno otpuštanje iz vojske, neposlušnost i kukavičluk u vojsci i drugi načini zanemarivanja vojne obaveze. Evo nekih primjera.* – Zbog odbijanja da učestvuju u izgradnji vojnog utvrđenja, cenzor je 252. god. p.n.e. kaznio šesnaest senatora i četiri stotine pripadnika ekvestarskog staleža.²³ Takođe, zbog zanemarivanja vojne obaveze u bici kod Pidne, jednog centuriona je Scipion 142. god. p.n.e. degradirao u status *aerarii*.²⁴ Oduzimanjem državnog konja, cenzori su kažnjavali tjelesno zapuštanje i način života koji je konjički stalež činio nesposobnim za vojnu službu.²⁵ Naveden je primjer iz perioda 214-209 god. p.n.e. o slučaju degradiranja dvije hiljade građana u *aerarii* status zbog zanemarivanja vojne obaveze.

¹⁸ A. Astin 21.

¹⁹ Aul Gelije, IV.20., "Notati a censoribus, qui audientibus iis dixerant ioca quaedam intempestiviter; ac de eius quoque nota deliberatum, qui steterat forte apud eos oscitabundus."

²⁰ Ciceron *De oratore*, LXIV 260.

²¹ Livije, XLI 27.

²² A. Astin, "Regimen morum," *The journal of roman studies* 78/1988, 21.

²³ Valerije Maksim, II 2.9.7. "Equestris quoque ordinis bona magna pars cccc iuvenes censoriam notam patiente animo sustinuerunt, quos M. Valerius et P. Sempronius, quia in Sicilia ad munitionum opus explicandum ire iussi facere id neglexerant, equis publicis spoliatos in numerum aerariorum retulerunt."

²⁴ Ciceron, *De oratore* "II 272. <http://www.uah.edu/SAL/texts/latin/classical/cicero/deoratore>" "...ut cum Africanus censor tribu movebat eum centurionem, qui in Pauli pugna non adfuerat, cum ille se custodiae causa diceret in castris remansisse quaereretque cur ab eo notare..."

²⁵ Aul Gelije, VI 22.

j) Zapuštanje i nemar prema konju (*equus publicus*), koje konjički stalež daje za vojne i državne potrebe.

k) Nepoštovanje i zanemarivanje religijskih običaja i rituala kao i porodičnih kultova. Ovakvi postupci su mogli izazvati gnijev bogova i kazniti Rim. Zato su ove obaveze od javnog interesa.

Cenzor je mogao sankcionisati i sve druge postupke i ponašanja za koje smatra da ugrožavaju javni moral i ugled rimskog društva, a posebno nepoštovanje edikta (*edicta censoria*), kojima cenzor upućuje i sugeriše na određena društveno štetna i nemoralna ponašanja.

“Cenzori Gnej Domicije Ahenobar i Lucije Licinije Kras su sledeći proglasili: “Javljeno nam je da postoje ljudi koji podučavaju novu vrstu nauke, kod kojih se omladina sastaje radi zabave. Oni su sebi nadenuili ime latinskih retora. Kod tih ljudi mladi besposličice cele dane. Naši stari koji su svoju decu podučavali, kada su želeli da ih vode na igre, priređivali su ih. Na ovu novinu koja se događa nasuprot navici i starom običaju niti treba pristati niti je smatrati ispravnom. Zato i kod onih koji kod sebe prave zabavu i kod onih koji odlaze da se savetuju treba videti ponašanje koje ne treba da dozvolimo, zato objavljujemo ovu našu odluku.”²⁶

Iz ovog primjera se očigledno vidi da, osim individualnog sankcionisanja neprimjerenog postupanja građana, cenzori, u svrhu očuvanja morala i dobrih navika, jasno ukazuju i na pojave i negativne trendove, koji šire zahvataju rimsko društvo, te da iste suzbijaju na adekvatne načine. Iako su izvori saznanja o cenzorskim ediktima dosta skromni, na osnovu postojećih fragmenata, može se zaključiti jedinstvena struktura svakog edikta. U prvom dijelu edikta cenzor hvali neke dobre rimske običaje i veliča bogatu tradiciju vrijednosti, zatim kritikuje neke trenutne pojave i na kraju izriče zabranu istih.²⁷ Inače, cenzori su najprije držali javne govore u kojima su ukazivali i kritikovali na određene pojave, a kasnije i donosili edikte, *viva vox mores*,²⁸ živi glas morala, kojima su takve pojave i suzbijali. Ti

²⁶ Svetonije., “De rhetoribus.c.1, De eisdem interiecto tempore CN. Domitius Ahenobarbus, Lucius Licinius Crassus censores ita edixerunt: Renuntiatum est nobis, esse homines qui novum genus disciplinae instituerunt, ad quos inventus in ludum conveniat; eos sibi nomen imposuisse Latinos rhetoras; ibi homines adolescentulis dies lotos desiderere. Maiores nostri, quae liberos suos discere et quos in ludos itare vellent, instituerunt. Haec nova, quae praeter consuetudinem ac morem maiorum fiunt, neque placent neque recta videntur. Quapropter et iis qui eos ludos habent, et iis qui eo venire consuerunt, videtur faciendum ut ostenderemus nostram sententiam, nobis non placere”, prevod prema: Ž. Bujuklić, *Forum romanum*, Beograd, 2009.

²⁷ A.H. J. Greenidge, 1894, 59.

²⁸ *ibid*, 60.

edikti nisu imali pravnu snagu zakona, ali su obavezivali i naredne cenzore koji su primjenjivali te edikte i prema njima izricali svoje sankcije.²⁹

Građanin koji smatra da je pogrešno i nepravedno označen notom, može pokušati i dokazati svoju nevinost pred cenzorom. Ako ne uspije u tome, najčešće bi pokušao tražiti zaštitu kod drugog cenzora. Ranije je navedeno da *infamia* proizvodi dejstva, samo ako postoji saglasnost oba cenzora po tom pitanju.

Sankcije koje cenzori mogu odrediti su različite prirode i težine, a zavise od više okolnosti. Nesumnjivo je, da zavise od težine i vrste postupka, koje cenzor smatra nečasnim i nemoralnim, ali i od društvenog ranga lice koje se sankcioniše. Postoje brojni primjeri da su građani najvišeg ranga, označeni *nota censoria*-om, sankcionisani sa više vrste sankcija kojima je cenzor raspolagao. Treba svakako naglasiti da je je oznaka *nota censoria* preduslov bilo koje vrste cenzorskih sankcija. Kazne koje izriče cenzor, mogu se podijeliti u četiri kategorije.

Isključenje iz senata (*motio e senatu, lectio senatus*) i isključenje iz senatorskog staleža je sankcija koja se odnosi na najugledniju državnu funkciju i stalež u Rimu. Najveća moć i strahopoštovanje cenzora leži u ovom ovlašćenju. Najveći broj pouzdanih istorijskih podataka se upravo odnosi na ovu nadležnost.

Sredinom republike usvojena je posebna procedura sankcije *motio e senatu*. Zakonom *Lex Ovinia*, 312. god. p.n.e. cenzorima je data funkcija sastavljanja liste senatora, dužnost koju su do tada vršili konzuli.³⁰ Naime, prilikom javnog čitanja nove liste senatora (*recitatio*), cenzor bi preskočio ima senatora, koga je sankcionisao isključenjem. Izraz *praeteriti senatores* (preskočeni senatori) ima isto značenje, odnosno političku posljedicu kao i *ejectio e senatu*.³¹

Kao što je već navedeno, cenzori su pred imena isključenog senatora navodili i razlog isključenja (*subscriptio censoria*), a pored toga dopisivali ime novooдреđenog senatora (*sublectio*).³² Isključenje iz senata najčešće ne podrazumijeva zabranu obavljanja bilo druge javne funkcije, koje su politički prethodile položaju senatora, tako da se isključeni senator mogao ponovo dokazati kroz drugu funkciju, te tako opet biti na listi senatora.

Faktičkim prestankom cenzorske institucije, nadležnost sastavljanja liste senata, zajedno sa ostalim ovlašćenjima, prelazi u ruke princepsa.

Oduzimanjem konja ekvestrima cenzor može kazniti svakog pripadnika konjičkog staleža, te ga isključiti iz istog. Suštinski, oduzimanje konja je simboličan

²⁹ O. Seyffert, 1894, 121

³⁰ Herbert Felix Jolowicz, Barry Nicholas, *Historical introduction to the study to the Roman law*, Cambridge University Press London 1932, 32.

³¹ William. Smith, *Dictionary of Greek and Roman antiquities*, Murray London 1875, 262.

³² A.H. J. Greenidge, 76.

akt kazne isključenja iz konjičke centurije i degradiranja u status *aerarii*. U praksi, svaki pripadnik ovog reda, o čijem postupku se odlučivalo, pred cenzore je dolazio vodeći svog konja pored sebe. Ako bi cenzori odlučili da nije kriv, tada bi simbolično rekli da nastavi da vodi konja dalje (*traduc equum*), u suprotnom oni bi okrivljenom nalagali da proda konja (*vende equum*).³³ Na njegovo mjesto cenzori su postavljali one koji bi prema prethodnom cenzusu bili odgovarajući za taj položaj, a iz vojnog roda pješadije (*pedites*).³⁴ Jasno je, da je ovo stalež militarističkog karaktera, pa se zato cenzorski nadzor i ocjena moralnosti ove kategorije odnosi samo na postupke u vezi sa vojnom službom, najčešćem primjeru zamenarivanja vojnih obaveza, nepoštovanja vojničke discipline, kukavičluka i nečasnog otpuštanja iz armije.

Motio e tribu, odnosno isključenje ili prinudno premještanje građana a drugi tribus, je instrument sankcije, koji je blisko vezan sa funkcijom popisa stanovništva. Cenzor je prilikom popisa utvrđivao kom tribusu postojeće stanovništvo pripada. Prema istom principu je i nove građane Rima upisivao u odgovarajuće tribuse. Tokom republike oslobođenici (*libertini*) su svrstavani uglavnom u gradske tribuse, tako da su se one vremenom počele smatrati inferiornim, kako u političkom tako i u socijalnom pogledu.³⁵ Nasuprot tome, zabilježeno je da je poznati cenzor Apije Klaudije, sve stanovništvo nižih klasa (vjеровatno i oslobođenike) upisao u seoske tribuse, i dao im pravo glasa, što je izazvalo burne političke reakcije. Ipak to je bio izuzetak. Tako je mjera prinudnog premještanja iz tribusa, faktički značila protjerivanje iz seoskih (*tribus rusticae*) u gradske tribuse (*tribus urbanae*).

Četvrta kategorija cenzorovih sankcije se zvala *reffere in aerarios* ili *aerarium facere*. Podrazumijeva degradaciju u *aerarii*, poseban oblik političkog i ekonomskog statusa. Termin *aerarii* podrazumijeva posebnu kategoriju stanovnika koji, prema cenzorovim popisnim listama ne mogu biti u sastavu trideset tribusa i nisu prema tome ni obveznici poreza koji cenzor utvrđuje. Oni nemaju pravo glasanja (*ius suffragi*), kao ni pravo izbora na bilo koja javnu funkciju (*ius honorum*) i mogućnost služenja u rimskoj armiji. Takav pravni položaj je veoma sličan peregrinima, stanovnicima pokorenih gradova u sastavu imperije. Postoje različita mišljenja o sličnosti ove i sankcije premještanja u drugi tribus. Prema Teodoru Momzenu, *aerarii* su izvorno bili građani koji su ostali bez zemlje, isključeni iz tribusa, centurije i rimske vojske. Kada je cenzor Apije Klaudije sve bezzemljaše svrstao u određene tribuse uglavnom seoske, tako su *aerarii* kao politička kate-

³³ *ibid*, 96.

³⁴ Oskar. Seyffert, *Dictionary of classic antiquities*, William Glaiser ltd London 1894, 122.

³⁵ Ž. Bujuklić, 2009, 313.

gorija privremeno iščezli. Takvo stanje nije dugo trajalo, jer je cenzor *Fabius Rullianus*, 304. god. p.n.e. sve građane tog statusa uveo u četiri gradska tribusa, ali im nije oduzeo pravo glasa i vojne službe.³⁶ Od tog momenta, Momzen smatra, termini *aerarium facere* i *tribum movere* imaju isto pravno i političko značenje. Drugi autori, kao npr. Grinidž i Belot tvrde suprotno. Oni se između ostalih argumentata pozivaju na i na Livijeve navode, *tribum movere et aerarium facere*, kao dvije odvojene i različite kategorije. Tako je *tribum movere*, prema njihovom shvatanju, isključenje iz tribusa, a *aerarium facere* isključenje iz centurije i vojne službe (legije), koje se jedino odnosi na konjički stalež, i koje podrazumijeva oduzimanje aktivnog biračkog prava.³⁷ Momzenovom stavu, naročito odgovara nesumnjiva okolnost da su građani degradirani u status *aerarii*, mogli biti birani na javne funkcije, te da je apsurdno da nisu imali *ius suffragi*. Greenedge i Balot, ipak tvrde da je to realno, jer cenzorske nadležnosti ne odnose na izbor magistrata. Nibur tako ocjenjuje da se apsolutna moć cenzora na svom najvišem nivou ogleda u ovlašćenju da, po ličnoj procjeni oduzimaju prava rimskih građana.³⁸

Osim navedenog *nota censoria* podrazumijeva i obilježje javne sramote i društvenog prezira, koje se javlja u obliku *ignominia-e* a ne infamije (*infamia*). Infamija, kao gubitak gubitak časti je znatno teža sankcija od ignominije. Ona ima različite uzroke u čijoj je bazi nečasno i nemoralno ponašanje. Može tako nastati zbog presuda za krivična djela, delikata kao što su prevara, prinuda i izigravanje povjerenjaca, nepoštovanja obaveza iz ugovora kod kojih se zahtjeva posebno povjerenje kao što su fiducija, ortakluk, mandat i dr., nečasnog otpuštanja iz armije, zloupotrebe ovlašćenja paterfamilijasa, gubitak imovine (bankrotstvo), bigamija, i drugih djela.³⁹ Lice pogođeno infamijom se ne može pojaviti na sudu u ulozi branioca, svjedoka ili tužioca za *actio popularis*, ne može biti tutor, ne može biti obavljati javne funkcije i sl. *Nota censoria*, u najvećem broju slučajeva proizvodi ignominiju, koja takođe podrazumijeva javnu sramotu ali ne i pravne posljedice kao infamija.. Ciceron kaže da cenzorska odluka ne nanosi ništa osim sramote licu koje je osudio. Ako njegov sud pogađa jedino čovjekov dobar glas, onda se takva kazna zove *ignominia*.⁴⁰ Ignominija je i vremenski ograničena do isteka cenzorskog mandata, tako da npr. isključeni član senata može ponovo biti vraćen

³⁶ W. Smith 1875, 264 .

³⁷ A.H. J.Greenidge ,1894, 111.

³⁸ Barthold.G.Niebuhr, *History of Rome*, prevod Julius Charles Hare, Connop Trihlwall, London 1830, 401.

³⁹ Adolf. Berger *Encyklopedic dictionary of Roman Law* part 2, New York 1953, 500.

⁴⁰ Ciceron, *De Republica*. 4.6. www.latinlibrary.com "Censoris iudicium nihil fere damnato nisi ruborem affert. Itaque, ut omnis ea iudicatio versatur tantummodo in nomine, animadversio illa ignominia dicta est."

u senat ili biran na druge javne funkcije. Tako je *Mamercus Aemilius* postao diktator iako je ranije bio kažnjen od cenzora.⁴¹

U vezi sa ovim, u teoriji se najviše razmatralo pitanje da li se postupak ocjene morala i javno obilježavanje građanina (*notatio*) može okarakterisati kao suski postupak odnosno nazvati suđenjem. Ciceron smatra da se ovaj postupak pred cenzorom ne može kvalifikovati kao suđenje, jer, za razliku od redovnog sudskog postupka, ne postoje striktno forme i procedure koje se moraju poštovati, a naročito u dijelu izvođenja dokaza. On takođe ističe i da presuda cenzora nema snagu i autoritet sudske presude. naglašava da suštinska razlika postupka pred cenzorom i krivičnog sudskog postupka, nije procesnog karaktera, nego leži u težini i svrsi sankcije koja se izriče.⁴² Jedno je sigurno, a to je da se akti cenzora (*nota censoria*) baziraju na nezavisnoj diskrecionoj ocjeni, koju nije mogla dovesti u pitanje nijedna instanca u organizaciji državne vlasti. Prema tome postoje brojni primjeri, gdje cenzor nije reagovao niti kaznio lica, iako je imao pouzdane i čvrste dokaze za osudu. Drugi opet smatraju, da velika sloboda u diskrecionom odlučivanju i nepostojanje strogih formi postupka, ne negiraju karakter suđenja u ovim postupcima. Oni ističu da postoji zabilježen veliki broj postupaka pred cenzorom, u kojima su cenzori saslušavali sve strane u postupku kao i treće lica, koja su pozivali ili su mu se ova sama prijavljivala, zatim su svim stranama nalagali da, izvode dokaze, dovode svjedoke odnosno preduzmu sve druge radnje, kako bi konačna odluka bila kvalitetnija i pravednija. To potvrđuje i već pomenuti zakon *Lex Claudia*, koji je predviđao da se protiv okrivljenog od strane trećeg lica mora sprovesti utvrđeni dokazni postupak i to pred oba cenzora istovremeno. Tako *notatio* dobija formu sudskog postupka, čime se, kako Grinidž smatra, demokratizuje ova institucija. Ukidanjem *Lex Claudia*, poslednji pokušaj reforme najrepublikanskije i najaristokratske institucije, pao je na pragu monarhije, ali su cenzori ipak obavili svoj posao u definisanju koncepta infamije.⁴³

⁴¹ Livije, IV 31 ...” *dictatorem Mam. Aemilium dixit et ipse ab eo magister equitum est dictus; adeo, simul fortuna civitatis virtute vera eguit, nihil censoria animadversio effecit, quo minus regimen rerum ex notata indigne domo peteretur.*”

⁴² A.H. J. Greenidge, 52.

⁴³ A.H. J. Greenidge 1894, 56.

MLADEN NIKOLIĆ

Assistant, Faculty of Law Slobomir P University, Bijeljina

CENSORSHIP CONTROL MORALITY IN ANCIENT ROME

Summary

In circumstances of rapid development of the society in the period of the republics, the Romans noticed the tendency of morals degradation which affected all levels of society, and especially the highest ones. Therefore, censors were given jurisdiction for and office of protection of morals as one of the highest social values. Censor's reprimand, which meant loss of civil honour, together with appropriate sanction, became such and effective tool in the struggle to preserve morals and protect the society. The fact that Roman laws did not stipulate offences such as fraud, duress or deception of creditors, speaks volumes about how effective this mechanism of oversight of people was in preventing this kind of behaviour.

ANTIČKI RIM U SKLOPU ISTORIJSKOG PRISTUPA AUTONOMIJI LIČNOSTI

Pri osvrtu na većinu pravnih instituta antičkog Rima, posebno u privatno-pravnoj oblasti, valja podsetiti (iako bi trebalo da je to skoro opštepoznato) da je reč o pravu izgrađenom za odnose među slobodnim pojedincima društva. Pitanja vezana za ropstvo (i položaj robova), generalno gledano, marginalnog su značaja, regulisana su posebnim propisima i samo delimično doticana kroz impozantan pravni sistem stvaran u periodu od skoro trinaest vekova. Otuda i jeste bilo moguće i korisno recipirati rimsko privatno pravo tj. ugraditi brojne pravne institute u kasnije evropsko pravo. Međutim, iako rimsko pravo predstavlja kolevku modernog, nije jednostavno definisati elemente koji prethode nekim modernim konceptima pravnih instituta, s obzirom na ondašnji stepen razvoja prava i pravne tehnike. Ipak jeste moguće uočiti ih, sa više ili manje uspeha, te se u tom smislu može dati osvrt i na neka pitanja vezana za autonomiju ličnosti.

Poznato je da su Stari Rimljani imali uglavnom kazuistički pristup pravu, da se ne bave filozofijom prava i da se teorija prava kod njih tek utemeljuje. Ali van svake sumnje je da su srednjovekovni i kasniji evropski pravници upravo u rimskom pravu našli osnove za brojne definicije i teorijske rasprave o pojedinim pravnim institutima. U pogledu pitanja autonomije ličnosti kroz koje se prepliću pravo i moral, za antički Rim su ilustrativne poznate pravne izreke. Iako se kao primeri navode kroz pravne tekstove, sadrže i određene etičke elemente, posebno kroz naglašavanje pitanja pravde. Čuvena je Celzova definicija prava - "Pravo

Ivana Vrkatić, asistent Fakulteta za pravne i poslovne studije "dr Lazar Vrkatić", Novi Sad.

je umetnost dobrog i pravičnog”.¹ U Justinijanovim *Institucijama* uneta je misao: “Pravna nauka je saznanje o božanskim i ljudskim pitanjima, nauka o razlikovanju pravde od nepravde”.² Unet je i poznati Ulpijanov stav (izrečen u *Regulama*): “Tri su pravna načela - časno živeti, drugom ne štetiti, svakome svoje dati”.³ A na samom početku *Institucija* se kaže: “Carsko veličanstvo treba da bude ne samo ukrašeno oružjem, već i naoružano zakonima”.⁴

Uz još dosta izreka (ili uzgrednih stavova) kroz koje se naglašava pravednost i zakonitost, rimsko pravo je sadržalo i niz ograničenja građanskih prava (naravno u odnosu na slobodne pripadnike, čak i u odnosu na neke iz najviših slojeva). Neka od tih ograničenja se vezuju za ponašanja pojedinaca kojima se krše običajna i moralna pravila. Druga proizilaze iz zakonskih normi koje odstupaju od dotadašnje prakse, odnosno kojima se uvode zabrane nekih postojećih ponašanja ili naređuju ponašanja koja ranije nisu bila obavezna. Predmet ovog rada su upravo neka ograničenja građanskih prava u antičkom Rimu, a cilj je skretanje pažnje na temelje (ili začetke) nekih elemenata autonomije ličnosti, iako tada nije postojao izgrađeni koncept autonomije ličnosti. Slična situacija je bila i kod nekih drugih pitanja, kod zloupotrebe prava, recimo. Uostalom, iako se ondašnje shvatanje pravednosti i zakonitosti razlikuje od modernog, primetna je činjenica da se kroz rimsko pravo prvi put u istoriji ističu takve ideje.

Rimljani, kao što je već rečeno, nisu poznavali koncept autonomije ličnosti, bar ne u modernom smislu (Kantovom ili drugom), ali se kroz tri postojeća statusa može uočiti da li je bilo autonomije ličnosti ili ne, kao i da li je ona bila ograničena: *status libertatis* (status slobode), *status civitatis* (status građanstva) i *status familiae* (položaj u porodici). U odnosu na *status libertatis* ljudi su deljeni na slobodne i neslobodne (robove). Rimljani su robove smatrali objektima, a ne subjektima prava, te su ih nazivali oruđem koje govori (*instrumentum vocale*).⁵ Robo-

¹ “Ius est ars boni et aequi”; *Digeste* 1.1.1.

² “Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.”; *Institutiones* 1.1.1.

³ “Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere”; *Institutiones* 1.1.3.

⁴ “Imperatoriam maiestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam”; *Institutiones*, Prooemium

⁵ “Međutim, nije oduvek položaj robova bio tako ponižavajući i nehuman. Sve do okončanja Drugog punskog rata (218-202 g.p.n.e), govori se o patrijarhalnom ropstvu u Rimu. Rob je tada bio više smatran kao član porodice, s tim da nije imao pravo glasa u odlučivanju, ali je bitno naglasiti da nije bilo dozvoljeno ni njegovo fizičko maltretiranje, kao ni ubijanje. Razlog za ovakav položaj robova leži u činjenici da je vladala zatvorena kućna privreda i naturalna proizvodnja, s tim da dominira konzorcijum (*consortium*), tj. porodična zadruga kao vrsta porodice.”, Mila Jovanović, *Antički rimski pravni i vanpravni tekstovi uz osvrt na zablude o statusu žene*, Pravni fakultet u Nišu, Niš 2014, str. 90. “Isto tako, broj robova je mali i tek nakon sloma Kartagine, koji je doveo do naglog ši-

vi nisu imali pravo na sopstveno ime, već su nazivani po gospodaru, a kasnije su dobijali ime po narodu kom pripadaju.⁶ Oni su bili u potpunoj vlasti gospodara koja se ogedala u pravu da ih proda, pokloni, zlostavlja, pa čak i ubije.⁷

Status civitatis su imale samo osobe koje su bile građani Rima, dok stranci (*peregrini*) nisu imali rimsko građanstvo sve do Karakalinog edikta (*Constitutio Antoniniana*) 212. g.n.e. Procenjuje se da je Rimsko carstvo na vrhuncu moći imalo oko 60 miliona stanovnika, dok neki autori misle da je bilo oko 100 miliona. Od te brojke svega 6-10 % imalo je aktivno rimsko građansko pravo, dok su ostatak činili robovi (*servi*), oslobođenici (*libertine*) i peregrini (*peregrini*).

Rimsko građansko pravo (*ius civile*) podrazumeva: pravo glasa na skupština (*ius suffragi*), pravo da se bude izabran za magistrature (*ius honorum*), pravo na posedovanje imovine (*ius census*), pravo postavljanja tužbenog zahteva (*ius postulandi*), pravo sklapanja punovažnog braka (*ius conubii*), pravo sastavljanja testamenta (*ius testamenti faciendi*), pravo trgovanja putem svečanih formi civilnog prava (*ius commercii*), pravo priziva skupštini za ukidanje nepravilne krivične presude (*ius provocationis*), pravo da se bude sveštenik (*ius sacerorum*), pravo na vlast u porodici (*patria potestas*), pravo na tri imena (*ius tria nomina*), pravo služenja u rimskoj vojsci (*ius militae*) i pravo na nošenje svečane odeće (*ius togae*). Robovi i peregrini su bili izuzeti iz ovih prava. Sloj peregrina činili su brojni narodi iz različitih područja, pa čak i sa različitih kontinenata. Svaki pokoreni narod imao je specifičan položaj u Rimskom carstvu zavisno od toga da li se svojevremeno predao, ili je pak pružao otpor rimskim osvajačima.⁸

Međutim, iako nisu imali rimsko građansko pravo, peregrini su bili slobodni i imali su značajan uticaj pre svega u oblasti privrede. Zbog potreba rešavanja sporova između peregrina i Rimljana, pa i samih peregrina, ustanovljen je 242. g. p.n.e. peregrinski pretor.⁹ Peregrinima, iako su imali pravni subjektivitet, bila su uskraćena prava koja su garantovana rimskim građanima. U praksi to je znači-

renja Rima, dolazi do drastičnog skoka broja robova, što je uslovalo pojavu klasičnog ropstva i potpune objektivizacije robova.”

⁶ Žika Bujklič, *Forum Romanum*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2010, str. 680.

⁷ *Ibid.*

⁸ Peregrini dedijaciji su imali najnepovoljniji položaj jer su pružali žestok otpor rimskoj vojsci pre nego što su osvojeni.

⁹ Pretor (*praetor*) kao posebna magistratura uveden je sa *Lex Licinia Sextia* 376. g. p.n.e. Osnovna delatnost pretora bila je organizovanje civilnog pravosuđa u samom gradu Rimu, te je, stoga, on nazvan *praetor urbanus* (gradski pretor). Broj pretora se povećavao u skladu sa širenjem Rima, pa ih je u doba Suline diktature bilo osam, a za vreme Cezara šesnaest. Pošto je pretorska magistratura trajala svega godinu dana, svaki pretor je na početku svog mandata donosio edikt sa uputstvom o načinu svoje pravosudne delatnosti. Peregrinski pretor je svojim ustanovio novi pravni sistem *ius gentium* (narodno pravo), koji je postojao paralelno sa rimskim građanskim pravom (*ius civile*) i pretorskim ili honorarnim pravom (*ius honorarium*).

lo da peregrin ne može steći svojinu, da ne može sastaviti validan testament, da ne može sklopiti punovažni brak sa građaninom ili građankom Rima, da ne može obavljati javne funkcije, da ne može da glasa niti da bude pripadnik rimskih legija. Iako nisu smatrani rimskim građanima peregrini su plaćali porez koji je predstavljao veliki izvor prihoda za rimsku državu, pošto se pretpostavlja da su oni činili 80-90% ukupnog stanovništva Rimskog carstva. Sa Karakalinihim ediktom svi peregrini su, osim peregrina dedicija, dobili rimsko građanstvo i tako postali ravnopravni članovi društva.

Status familiae označavao je položaj osobe u porodici, odnosno da li je neko lice svojevlasno (*sui iuris*), ili je podređeno (*alieni iuris*). U periodu kada je dominantan oblik porodice bio konzorcijum i agnatska familija, u praksi je to značilo da je jedino *pater familias sui iuris*, dok su svi ostali članovi porodice *alieni iuris*. *Pater familias* je jedini u porodici imao poslovnu sposobnost i snosio je noksalnu odgovornost za dela koja bi podređeni članovi porodice učinili.

Takođe, imao je pravo života i smrti (*ius vitae ac necis*) nad ostalim članovima porodice koje je stvaranjem kognatske porodice ukinuto i preneto na državni aparat prinude. Naravno, pitanje položaja u porodici postavljalo se samo u odnosu na lica koja imaju status građana Rima.

Rimsko građanstvo se, po pravilu, sticalo rođenjem, a gubilo smrću. Postojala je, međutim, i tzv. građanska smrt. Naime, još za života moglo je doći do promene sva tri pomenuta statusa (*libertatis, civitatis, familiae*), kroz institut *capitis deminutio* (što se prevodi "umanjene ličnosti"). Javlja se kroz tri oblika: *capitis deminutio maxima* (rimski građanin postaje rob),¹⁰ *capitis deminutio media* (rimski građanin postaje peregrin ili Latin),¹¹ *capitis deminutio minima* (promena položaja u porodici koja dovodi do toga da određeno lice emancipacijom od *alieni iuris* postaje *sui iuris* ili adrogacijom, adopcijom ili dolaskom pod manus muža od *sui iuris* postaje *alieni iuris*). Dakle, građani Rima su iz različitih razloga mogli da dožive velika ograničenja kao i gubitak građanstva. Zapravo, osim ograničenja u sferi poslovne sposobnosti (od kojih neka prirodno postoje i u modernom pravu), antički Rim karakterišu i brojna ograničenja pravne sposobnosti u okviru sloja građana. Naime, unutar sloja rimskih građana, osim punopravnih postoje i kategorije kojima su određena prava bila uskraćena. Tu spadaju žene (kojima je i poslovna sposobnost bila ograničena), oslobođenici, klijenti,¹² osobe kojima su bila

¹⁰ U klasičnom pravu gubitak slobode se dešava kao posledica kazne, zarobljavanjem i ukoliko slobodna žena opšti sa robom; Ž. Bujuklić, 205.

¹¹ Rimski građanin je postajao peregrin u slučaju interdikta vode i vatre (*interdictum aque et ignis*), a u klasičnom pravu deportacijom; Ž. Bujuklić, 205.

¹² Klijenti (*clientes*) su bili slobodno rođeni građani rimske države, koji su se usled svog siromaštva dobrovoljno ulazili u patronski odnos. Patron je u ovom slučaju bio moćan čovek koji bi mogao da pomogne klijentu ukoliko bi se našao u nekom ekonomskom ili pravnom problemu. Za-

ograničena neka građanska prava zbog bavljenja određenom profesijom, ili usled sramotnog načina života, kao i lica kojima su iz različitih razloga posebnim zakonima bila ograničena neka građanska prava. Ovde će, osim ukratko o ženi i libertinima, više pažnje biti posvećeno licima pogođenim infamijom, kao i ograničenjima po zakonima prvog rimskog princepsa Oktavijana Avgusta.

Žene su tokom čitave rimske istorije bile isključene iz formalnog prava uz neka ograničenja i u privatnopravnoj sferi. Tek na kraju rimske istorije, u doba Justinijana (VI vek n. e.), u privatnom pravu žene su skoro izjednačene s muškarcima. One su, takođe, bile ograničene i na polju poslovne sposobnosti (daleko manje nego maloletnici). Tokom najvećeg dela rimske istorije bile su pod tutorstvom koje je zvanično ukinuto tek 410. g. n. e. (mada se već nešto ranije bilo izobičajilo).¹³ U praksi to je značilo da nije mogla samostalno da zaključi brak sa manusom, da otuđi *res Mancipi*,¹⁴ da primi nasleđe, oslobodi robove, da svečano oprosti dug ili da dâ miraz.¹⁵

Oslobođenici (*libertini*) su bila lica rođena kao robovi, ali su tokom života oslobođeni iz ropstva. Neki od njih su sticali i status građanstva, dok su drugi imali položaj Latina ili peregrina. Libertini-građani nisu spadali u punopravne. Čitavog života morali su da iskazuju poštovanje prema patronu (bivšem gospodar), čak, pod pretnjom da budu vraćeni u položaj robova. Uskraćene su im bile magistrature, svešteničke funkcije i članstvo u Senatu. Od vremena Avgusta bilo im je zabranjeno sklapanje braka sa pripadnicima najvišeg, senatorskog sloja. Do izjednačavanja sa slobodno rođenima (*ingenui*) došlo je tek u doba Justinijana (VI vek) i to, pre svega, putem dozvola sa pripadnicima najviših slojeva društva.¹⁶

Infamija je predstavljala gubitak, pre svega, časti¹⁷ koji je za sobom povlačio i gubitak određenih građanskih prava. Ona nikada nije dovođila do potpunog

uzvrat klijent je morao da iskazuje duboko poštovanje prema patronu u vidu ispunjavanja određenih poslova, davanja novca patronu ukoliko bi se našao u nevolji. Patronski odnos je bio nasledan i sakrosanktan, odnosno ukoliko bi patron prekršio vernost prema klijentu postao bi *homo sacer* (mogao je biti nekažnjeno ubijen).

¹³ Tek Avgustovim zakonom *Lex Papia Poppea* (9. g. n. e.) uvodi se oslobađanje žene od tutorstva ukoliko rodi troje dece. Institut tutorstva je zvanično ukinuo car Honorije 410. g. n. e. mada je u praksi počeo da iščekava krajem Principata u III veku n. e.

¹⁴ U *res Mancipi* se ubrajaju stvari koje su bile od izuzetnog značaja za privredu Rima, a to su: robovi, četvoronožne životinje, zemljište i zgrade, alati i zemljišne službenosti. Te stvari su se mogle otuđiti jedino putem mancipacije (obavezno prisustvo pet svedoka i libripensa - merača vage) i injurecesije fiktivnog vođenja spora pred pretorom.

¹⁵ Obrad Stanojević, *Rimsko pravo*, Dosije Studio, Beograd 2010, 134-5.

¹⁶ Abel Henry Jones Greenidge, *Infamia its Place in Roman Public and Private Law*, Oxford Press, London 1894, 150; Novele 78.1.

¹⁷ "Čast (*existimatio*) je stanje nepovređenog ugleda (*dignitas*) priznatog zakonima i običajima koji se zbog našeg delikta na osnovu zakona umanjuje ili gubi", Digeste 50.13.5.1. Kalistratus (III

gubitka građanskih prava, za razliku od *capitis deminutio maxima*. Koren reči *infamia* je *fama*, što znači dobar glas, pa odakle proizlazi da u doslovnom prevodu infamija znači nemati dobar glas, odnosno biti na lošem glasu. Taj glas se, pre svega, odnosi na položaj u društvu i prihvatanje tog položaja od strane samog društva. Iz tog ugla infamija više pripada području morala, nego prava. Rimljani nisu imali uopštenu definiciju infamije¹⁸ nego je ona u sebi obuhvatala nekoliko načina umanjenja prevashodno časti, a potom i građanskih prava. Postojale su četiri kategorije umanjenja časti kod rimskih građana: *intestabilitas*, *nota censoria*, *infamia* i *turpitude*:¹⁹

a) *Intestabilitas* podrazumeva da se licu koje je bilo svedok ili *libripens* u sklapanju nekog pravnog posla, pa je kasnije odbilo da svedoči o tome, onemogućujući svedočenje i prizivanje svedoka u bilo kojem drugom slučaju,²⁰

b) *Nota censoria* je cenzorska beleška na osnovu koje su cenzori brisali sa spiska senatore i vitezove koji se ne ponašaju u skladu sa svojim položajem. U literaturi se još naziva i cenzorskom infamijom. Cenzori nisu imali čvrste činjenice na osnovu kojih su ocenjivali moralno ponašanje građana, već ih je obavezivalo uzimanje u obzir javnog interesa građanstva.²¹ Posledice cenzorske note nalaze se takođe van pravnog područja jer one ne utiču na ostala privatna i javna prava građanina.²² Osoba kojoj bi cenzor zapisao notu bila bi uklonjena sa liste senatora i iz tribu, odnosno gubila bi *ius honorum*.²³ Cenzorska infamija nije morala biti trajna jer je postojala mogućnost da već sledeći cenzori izbrisano lice vrate na listu senatora.²⁴

c) *Infamia*²⁵ predstavlja onemogućavanje zastupanja sebe, drugih ili davanja predloga za drugoga pred sudom, što je bilo određeno pretorskim ediktima i zakonima, te se zbog toga naziva još i *infamia iuris*. Smatra se da je *infamia iuris* ne-

vek n. e.); prevod Ante Romac, *Izvori rimskog prava*, Informator, Zagreb 1973, 153.; Alan Watson reč *existimatio* prevodi kao status; Alan Watson, *The Digest of Justinian*, vol 4, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1998, 444.

¹⁸ Ante Romac, *Rimsko pravo*, Narodne novine, Zagreb 1989a, 91.

¹⁹ *Ibid.*, 90.

²⁰ Zakon XII tablica VIII 21.

²¹ M. Kaser, 226.

²² *Ibid.*

²³ Ivo Puhani, *Rimsko pravo*, Naučna knjiga, Beograd 1974, 36.

²⁴ A. H. J. Greenidge, 177.

²⁵ Autor predlaže upotrebu termina infamija u užem smislu, ili *infamia iuris*.

stala sa Justinijanovim reformama koje su omogućile sudiji da po svom nahođenju vrši ograničavanje prava određenih osoba pri podizanju tužbi ili svedočenja.²⁶

Najviše se o pretorskoj infamiji saznaje iz Večitog edikta koji u delu "O postavljanju tužbenog zahteva"²⁷ izdvaja tri kategorije lica koja ne mogu u potpunosti ili delimično da zastupaju sebe, odnosno kojima je ograničen *ius postulandi*:

1) Lica koja uopšte ne mogu postavljati tužbeni zahtev, odnosno lica koja su zbog starosti, odnosno maloletnosti i gluvosti onemogućena u tome jer se smatraju kao nesposobna i ne potpadaju pod infamiju;

2) Lica koja ne mogu umesto drugih da postavljaju tužbeni zahtev (*in alieni nomine*) mogu se podeliti na lica koja zbog pola ili fizičkog nedostatka ne mogu to da učine (žene²⁸ i lica slepa na oba oka) i lica koja su zbog svog ponašanja ili načina života onemogućena u tome (onaj koji je unajmljen da se bori sa divljim zverima, pasivni homoseksualac, osuđenik za kapitalno krivično delo);

3) Lica koja inače ne mogu postavljati tužbeni zahtev, osim u slučajevima za određene osobe.²⁹ U tu grupu se ubrajaju nečasno otpušteni iz vojske od strane imperatora ili onoga ko je bio ovlašćen da o tome odlučuje, glumci i cirkusanti, organizatori prostitucije, udovice ili osobe pod čijom se vlašću nalaze nakon smrti supruga, za neispunjavanje perioda žaljenja (*tempus lugendi*) za pokojnim suprugom, lice koje se po svojoj volji dva puta veri ili zaključi brak, osuđeni u javnom postupku za učinjeno delo *calumnia* i *praevaracationis*,³⁰ osuđeni po *actiones famosae*.³¹ Pretorska infamija može nastupiti kao posledica sudske presu-

²⁶ Ante Romac, Rječnik rimskog prava, Informator, Zagreb, 1989b, 369.; Marijan Horvat, *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1980, 58.

²⁷ Ante Romac (1973), 41–43.

²⁸ Ženama je to pravo bilo dozvoljeno samo u slučaju da goni nekoga za smrt svojih roditelja, dece, patrona i patronove žene, njihovog sina, ćerke, unuka ili unuke (Digeste 48.2.1. Pomponius).

²⁹ "može postavljati samo tužbene zahteve za 'roditelje, patrona, patronku, za djecu i roditelje patrona i patronke, za svoju djecu, brata ili sestru, suprugu, tasta, punicu, zeta, snahu, očuha, maćehu, pastorka, pastorku, maloljetnika, maloljetnicu, duševno bolesnog ili duševno bolesnu, nad kojima mu je od njihovih roditelja ili predaka povjereno tutorstvo, ili mu je odlukom (magistrata) koji su nadležni određena dužnost da im bude tutor ili kurator", A. Romac (1973), 43.

³⁰ Ova dva delikta predstavljaju u suštini zloupotrebu i izigravanje suda, te zato ne čudi što su sa sobom povlačila infamiju. Kalumnija predstavlja svesno lažno optuživanje nekog lica radi šikaniranja, a prevarakacija je dogovor između tužioca i optuženog u krivičnom postupku kako bi tužilac odustao od tužbe a zauzvrat dobio mito.

³¹ U *actiones famosae* ubrajaju se dve grupe tužbi. Prvu grupu čine tužbe zbog neispunjavanja obaveza zasnovanih na posebnom poverenju stranaka, kao što su *actio mandati*, *actio depositi*, *actio pro socio*, *actio fiduciae*, *actio tutelae*. Drugu grupu čine tužbe nastale iz privatnih delikata i tu se ubrajaju *actio furti*, *actio de dolo*, *actio vi bonorum raptorum*, *actio iniuriarum*.: Ž. Bujuklić (2010), 113–114.

de ili vansudskih radnji,³² te se, stoga, vrši podela na: *infamia mediata* (posredna infamija)³³ i *infamia immediata* (neposredna infamija).³⁴ Postojala je mogućnost ukidanja pretorske infamije - posredna infamija se ukida poništavanjem presude i vraćanjem na pređašnje stanje (*restitutio in integrum*), a neposredna infamija se mogla ukinuti samo specijalnim benefitom imperatora (*abolitio infamiae*).³⁵

d) *Turpitudō* (sramota, loš glas) je oblik umanjenja građanske časti koji se temeljio na osnovu javnog mnjenja i još se naziva *infamia facti*. *Turpes personae* su prevashodno bili rasipnici, pijanci, prostitutke, podvođači i podvođačice, kao i ostale osobe koje su bile na lošem glasu³⁶ (glumci,³⁷ lanisti i gladijatori³⁸).³⁹

³² A. H. J. Greenidge, 38.

³³ Grindž dodaje spisku posredne infamije: bankrotstvo, loše vođenje tutorstva i starateljstva i nepoštovanje zabrane venčavanja tutora i kuratora i njihovih sinova sa šticećicama. A. H. J. Greenidge, 135-140.

³⁴ Ova klasifikacija nije delo rimskih pravnika, već je nastala u srednjem veku. Ona omogućava da se na jedan sistematičniji način pristupi proučavanju pretorske infamije pošto se pojavljuje kao posledica u velikom broju izuzetno raznolikih slučajeva. *Infamia mediata* nastupa uvek kao posledica presude, a *infamia immediata* je posledica nekog ponašanja, načina života ili činjenja i za nju nije potrebna presuda da bi nastupila.

³⁵ A. H. J. Greenidge 178-181.

³⁶ Tertulijan u delu "De spectaculis" navodi paradoksalnu situaciju - oni koji finansiraju i organizuju javne igre u kojima slave gladijatore, glumce, atlete, vozače kočija, istovremeno aktere tih igara, stigmatizuju i zabranjuju im pristup kuriji, rostri, Senatu, ekvestarskom sloju, kao i svim ostalim javnim počastima; Tertulian, *De Spectaculis*, 22; vozači kočija najverovatnije nisu bili objekat infamije, mada ih Tertulijan spominje; Catharine Edwards, "Unspeakable Professions: Public Performance and Prostitution in Ancient Rome", *Roman Sexualities*, ed. Judith P. Hallett, Marilyn B. Skinner, Princeton University Press, New Jersey 1997, 75.

³⁷ Glumačka profesija se smatrala za nečasnu iz nekoliko razloga. Glumci su se bavili iluzijom i varanjem, vrlo često su u svom poslu doticali političke teme, njihova sposobnost da izazovu smeh smatrana je uznemirujućom, a vladalo je i mišljenje da su i glumci i glumice skloni prostituciji; C. Edwards, 79-80.

³⁸ Gladijatori su uglavnom bili robovi i osuđeni kriminalci, a i neki slobodni rimski građani. Ne zna se tačan odnos između ovih grupacija, ali se zna da je slobodan rimski građanin bio plaćen za taj posao i da je usled toga bio stigmatizovan. Slobodni rimski građani koji su odlučili da postanu gladijatori (*auctorati*) sklapali su ugovor sa lanistom, čime su gubili slobodu i polagali zakletvu kojom su pristajali da ih spale, okuju, bičuju ili mačem pogube (*uri, vinciri, verberari, ferroque necari patior*); Petronius, *Satyricon* 117; Petronius *Arbiter*. Petronius. Michael Heseltine. London. William Heinemann. 1913; To su uglavnom bili siromašniji građani, koji su kroz gladijatorske igre videli šansu za izlazak iz finansijskih problema. Pored ograničenja koja su važila za sve *turpes personae*, gladijatorima je bilo zabranjeno da budu vojnici, a vojnici koji bi u toku svoje službe nastupili u areni bili bi kažnjeni smrtnom kaznom; C. Edwards, 71; Takođe, svedočenje gladijatora smatralo se validnim jedino ukoliko je uzeto pod torturom. *Digeste* 22.5.21.2., Arkadije.

³⁹ *Turpes personae* nisu u rimskom pravu tačno definisane već se može na osnovu nekih zakona izvući zaključak ko je pod ovim pojmom obuhvaćen. Zabrana sklapanja brakova senatorima

Zakonski *turpitude* nije bio predviđen kao razlog ograničenja pravne sposobnosti, ali je mogao dovesti do određenog ograničavanja prava ili negativnih posledica po slobodnom uverenju sudije ili magistrata.⁴⁰ To ograničavanje je bilo izraženo pri pozivanju za svedočenje,⁴¹ odlučivanju o imenovanju tutora i ograničenju podizanja *querella inofficiosi testamenti*.⁴² Katarina Edwards (Catharine Edwards) smatra da su *turpes personae*, pored ovih ograničenja, mogle biti telesno kažnjavane i maltretirane, bez ikakvih pravnih posledica.⁴³ Iako su zanimanja *turpes personae* bila legalna,⁴⁴ sklapanje braka između pripadnika senatorskog sloja i njih je bilo zabranjeno sa nekoliko zakonskih akata o kojima će u daljem tekstu biti više reči. I pored toga što su ove profesije bile stigmatizovane, one su bile primamljive višim slojevima društva, a naročito gluma i gladijatorski nastupi u areni pošto su glumci i gladijatori tretirani kao zvezde u rimskom društvu.⁴⁵ Ovim profesijama nisu odoleli ni neki carevi, poput cara Nerona koji se okušao u glumačkim vodama,⁴⁶ a za cara Komoda, Dio Kasijus tvrdi da je uživao u gladijatorskim borbama i u borbama sa divljim zverima⁴⁷ iako je sa S. C. *Latinum* (19. g. n. e.) to bilo izričito zabranjeno.

II.) Kroz istoriju rimskog prava donet je veliki broj zakona koji su za sankciju imali infamiju. Bilo je i zakona kojima nije prevashodni cilj bila infamija, ali su njima bivala ograničena određena prava građana. Zapravo, tim zakonima se od građana zahtevalo neko određeno ponašanje, a nepokoravanje zakonima dovelo je do uskraćivanja nekih prava koja su građani imali ranije (pre donošenja zakona). Reklo bi se da je u pogledu ograničavanja autonomije ličnosti posebno ilustrativno (i svakako najinteresantnije) Avgustovo bračno zakonodavstvo (za-

iz *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, zatim S. C. *Latinum*, *Lex Iulia de municipalis* i Konstantinova konstitucija o zabrani priznavanja dece iz 336. g. n. e. daju podatke o tome ko se smatrao za nečasnu osobu na osnovu načina života, a zajedničko im je da su svi na neki način prodavali svoje telo ili telo drugih. Bitno je naglasiti da je stigma ovih lica pratila i njihove ćerke, tj. da je vladalo mišljenje da se i one bave tim nečasnim zanimanjima.

⁴⁰ A. Romac, (1989 a), 91.

⁴¹ *Lex Iulia de vi publica et private* (18. g. p. n. e.) onemogućava prostitutkama i gladijatorima svedočenje protiv okrivljenog.

⁴² A. Romac, (1989 a), 91.

⁴³ C. Edwards, 66.

⁴⁴ Iako su bile stigmatizovane, prostitutke su plaćale porez državi uveden negde sredinom I veka n. e; Robert C. Knapp, *Invisible Romans*, 161.

⁴⁵ Gladijatori su bili naročito popularni među ženama iz viših slojeva društva. Njihova telesna građa, obnaženost i muževnost bili su naročito privlačni ženama tog doba, čak toliko da su neke stupale u seksualne i ljubavne veze sa njima i po cenu gubljenja povlašćenog položaja.

⁴⁶ C. Edwards, 90.

⁴⁷ R. Knapp, 187

kon o preljubi i dva kadukarna zakona). To zakonodavstvo zalazi u srž i stub rimskog društva, u porodicu i porodične odnose. Ovo zakonodavstvo čine tri zakona koji su doneseni u I veku p. n. e, a to su *Lex Iulia de adulteriis coercendis* (17. g. p.n.e.), *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (18. g. p.n.e.) i *Lex Iulia Papia Poppaea* (9. g. n. e.).⁴⁸ Ovim zakonima se može pridodati senatska odluka iz vremena Tiberija, *Senatus consultum Larinum* (19. g. n.e.) koja je imala za cilj očuvanje ugleda senatorskog reda.⁴⁹ Avgustova namera je bila da ojača poljuljanu rimsku porodicu koja se usled naglog širenja Rimske države, masovnog klasičnog ropstva i dugotrajnih surovih građanskih ratova, našla u dekadenciji. Rimski građani, a naročito senatorski sloj, nisu bili voljni za sklapanje braka sa Rimljankama, već su radije ulazili u vanbračne odnose i zajednice sa robinjama. Novostečena moć je uticala na senatorski sloj koji se u potpunosti prepustio hedonističkom načinu života i raspusništvu. Avgust se opravdano zabrinuo za budućnost države jer je njen stub stabilnosti i moći bila vojska (sačinjena od građana) koja bi usled niskog nataliteta mogla značajno oslabiti; a u političkom smislu to je bio Senat koji je polako počeo da gubi ugled među običnim stanovništvom pre svega zbog neprimernog načina života njegovih članova.

Lex Iulia de adulteris coercendis (17. g. p.n.e.)⁵⁰

Ovaj zakon je bio usmeren na sprečavanje preljube ali se, pre svega, odnosio na preljubu žene. Radi jačanja porodice Avgust je preljubu proglasio za javni delikt.⁵¹ Zakon razlikuje preljubu kao odnos sa udatom ženom *adulterium* i *stuprum* kao odnos sa devicom, udovicom⁵² ili sa dečakom.⁵³ Takođe, pravi razliku između zakonite supruge i konkubine, u smislu kažnjavanja, pošto je konkubina izu-

⁴⁸ *Lex Iulia de maritandis ordinibus* i *lex Iulia Papia Poppaea* se u izvorima najčešće pominju kao jedan zakon - *lex Iulia et Papia Poppea*.

⁴⁹ Ovom senatskom odlukom je senatorima, njihovim sinovima i kćerkama, unucima i unukama, prauucima i praukukama, ili bilo kojem muškarcu čiji je otac ili deda (bilo sa majčine ili očeve strane), ili brat ili ženskoj osobi čiji je muž, otac ili deda (bilo sa očeve ili majčine strane) imao pravo da sedi na mestima rezervisanim za vitezove, zabranjeno učestvovanje u gladijatorskim igrama, jer će u suprotnom doživeti infamiju; Barbara Levick, "The Senatus Consultum from Larinum", *The Journal for Roman Studies*, vol. 73 (1983), 99; Vitezovi su bili oslobođeni ove zabrane u periodu od 11. g. n. e. do 19. g. n. e.; *Ibid.*, 102. To najverovatnije znači da će biti izbačeni iz svog sloja čime gube *ius honorum*, kao i neka druga prava.

⁵⁰ O ovom zakonu najviše podataka postoji u Digestama (48.5), zatim u Justinijanovim Institucijama (4.18.4) i Paulovim Sentancijama (2.26).

⁵¹ M. Jovanović, 438.

⁵² Digeste 48.5.6.1. Papinian.

⁵³ Digeste 48.5.35.1. Modestin.

zeta od ovog zakona.⁵⁴ Pod konkubinatom se smatrala faktička zajednica između osoba različitog tj. neravnopravnog statusa, s tim da muškarac nije imao zvaničnu suprugu (*uxor*).⁵⁵ Takođe, po ovom zakonu suprug nema prava za podizanje tužbe protiv supruge koja je prostitutka,⁵⁶ a smatralo se da se sa ženskim osobama koje javno prodaju robu ili upravljaju gostionicama ne može učiniti preljuba.⁵⁷ Pod preljubom se nije smatrao ni blud sa robinjom, ukoliko tim činom nije umanjena njena vrednost, ili ako se na taj način ne vređa njen gospodar.⁵⁸ Muškarci koji vrše neku funkciju mogu biti optuženi za preljubu, ali se optužnica podiže tek nakon okončavanja njihove službe.⁵⁹ Interesantan je podatak da je određen broj preljubnica iz viših slojeva pokušavao da izbegne kaznu za preljubu tako što su postajale upravnice bordela, ili su bile plaćene za scenski nastup, ali su se i dalje mogle kazniti po ovom zakonu jer je o tome doneta posebna senatska odluka.⁶⁰ Međutim, ukoliko suprug nakon što je uhvatio suprugu u preljubi ostane u braku, biće optužen za *lenocinium* (podvođenje),⁶¹ delo koje je za sobom povlačilo infamiju. Naročito su bili kažnjavani vojnici koji su postigli dogovor sa preljubnikom svoje supruge i to isključivanjem iz vojske⁶² koje je takođe za sobom povlačilo infamiju. Zakonom o preljubi bili su obuhvaćeni i homoseksualci koji su bili kažnjavani konfiskacijom polovine imovine i ograničenjem testamentarne sposobnosti, u smislu da nemaju slobodno raspolaganje većim delom imovine prilikom sastavljanja testamenta.⁶³ Muškarci koji su silovali drugog muškarca bili su kažnjavani smrtnom kaznom.⁶⁴

Žene osuđene za preljubu bile su kažnjavane konfiskacijom polovine miraža, trećine ostale imovine, relegacijom (deportacijom) na ostrvo⁶⁵ i doživljavale su infamiju.⁶⁶ Muškarcima osuđenim za preljubu takođe se konfiskovala polovina

⁵⁴ Digeste 48.5.6.14. Ulpijan.

⁵⁵ Andrew T. Bierka, Charles P. Sherman, Emilie Stocquart, "Marriage in Roman Times", *The Yale Journal*, vol 16., No. 5 (March 1907), 305.

⁵⁶ Digeste 48.5.6.2. Ulpijan.

⁵⁷ J. Paul, *Senteticije* 2.26.11.

⁵⁸ *Ibid.*, 2.26.16.

⁵⁹ Digeste 48.5.39.10. Papinian.

⁶⁰ Digeste 48.5.11.2. Papinian

⁶¹ Digeste 48.5.2.2. Ulpijan; D. 48.5.30; J. Paul, *Sentencije* 2.26.8.

⁶² Digeste 48.12. Papinian.

⁶³ J. Paul, *Sentencije* 2.26.13.

⁶⁴ *Ibid.*, 2.26.12.

⁶⁵ *Ibid.*, 2.26.14.

⁶⁶ Digeste 23.2.43.12. Ulpijan.

imovine i bili su deportovani na ostrvo.⁶⁷ Ženi optuženoj za preljubu zabranjivalo se sklapanje novog braka sve dok joj je bivši muž živ, čak i pre osude⁶⁸ čime joj je ograničeno *ius conubii*. Inače, po pretorskom ediktu osuđenim preljubnicama bio je uskraćen i *ius postulandi* tj. pravo postavljanja tužbenih zahteva i zastupanja pred sudom. Ovaj zakon je imao efekta u suzbijanju preljube, ali ne u željenoj meri.⁶⁹ Zakon o preljubi sadrži i jedan relikv prošlosti koji je imao funkciju očvršćavanja očinske vlasti nad ćerkom, bez obzira što je ona udata. Naime, postojala je mogućnost dozvoljenog ubistva ćerke i preljubnika od strane oca ukoliko ih zatekne u sopstvenoj kući, ili u kući zeta.⁷⁰ Muž preljubnice je imao pravo da nekažnjeno ubije preljubnika ako ga zatekne u kući, ali se morao nakon toga obavezno razvesti od žene i pri tome je bila značajna pripadnost određenom sloju.⁷¹ Ukoliko bi muž ubio ženu zatečenu u preljubi a nižeg je sloja, bio bi kažnjen trajnim progonstvom, a ako je višeg sloja, relegacijom na određeni period.⁷² Muž je takođe mogao da zatoči preljubnika na 20 sati kako bi obezbedio njegovo svedočenje tj. dokaz o preljubi.⁷³

Lex Iulia de maritandis ordinibus (18. g. p.n.e.)

Augustov zakon o braku propisivao je obavezno zaključivanje braka za rimske građane. Starosne granice su najverovatnije bile za žene od 20 do 50 godina, a za muškarce od 25 do 60 godina.⁷⁴ Osobe koje nisu sklopile brak bile su nazivane *caelibes* i njima su bila ograničena ili uskraćena neka građanska prava, poput *ius honorum* za muškarce, a za oba pola je važno uskraćivanje nekih naslednih prava,⁷⁵ kao i prisustvo religijskim, svetovnim i javnim svečanostima.⁷⁶ Ukoliko bi neženja bio imenovan za naslednika u testamentu, takav testament bi se pro-

⁶⁷ J. Paul, *Sentencije* 2.26.15.

⁶⁸ *Digeste* 23.2. 26. Modestin.

⁶⁹ M. Jovanović, 419.

⁷⁰ *Digeste* 48.5.23. Papinian; Mila Jovanović navodi da ovakva praksa nije zabeležena, naročito u slučaju preljubnika iz višeg sloja; M. Jovanović, 438.

⁷¹ *Digeste* 48.5.25. Macer

⁷² *Digeste* 48.1.5. Marcian.

⁷³ *Digeste* 48.5.26. Ulpijan.

⁷⁴ M. Jovanović, 440.

⁷⁵ Gaj 2,286.

⁷⁶ M. Jovanović 440.

glašavao ništavim⁷⁷ a u slučaju intestatskog nasleđivanja neženjama je davan rok od 100 dana da stupe u brak, ili bi u suprotnom gubili nasleđe.⁷⁸

Za samu infamiju značajan je deo zakona koji se odnosi na bračne zabrane za senatore. Ulpijan,⁷⁹ Paul⁸⁰ i Modestin⁸¹ svedoče o ovoj zabrani, s tim da postoje izvesne razlike u interpretaciji. Mila Jovanović smatra da je najpotpuniji Paulov tekst⁸² koji glasi:

“Ovako je utvrđeno po *lex Iulia*: ko je senator, njegov sin, unuk od sina, praunuk od unuka sinovljevog sina, bilo ko od njih da je bio, ne može nijedan svesno ili zlonemarno da veri ili da uzme za suprugu oslobođenicu, kao ni onu koja je sama ili čiji se roditelji bave ili su se bavili glumačkim pozivom;⁸³ niti senatorova kćerka, unuka od sina ili praunuka od unuka može sklopiti veridbu ili brak svesno i zlonamerno sa oslobođenikom, ili sa onim koji je sam ili čiji su se roditelji bavili glumačkim pozivom, niti neko od njih može svesno i zlonamerno ove žene uzeti.”

Ulpijan je ovu zabranu proširio i na prostitutke, a navodi da je ostalim slobodno rođenim građanima (*ingenui*) bio zabranjen brak sa podvodačicom, osobom koju su podvodač ili podvodačica oslobodili, osobom koja je uhvaćena u preljubi i osuđena u javnom postupku.⁸⁴ Obaveza sklapanja braka, kao i bračne zabrane za senatore imale su za cilj da održe čistotu senatorskog sloja, kao i da povećaju natalitet jer je određen broj senatora izbegavao sklapanje braka, pošto su imali konkubine ili robinje koje su mogle da zadovolje njihove prirodne potrebe. Takođe su bračne zabrane imale za cilj i onemogućavanje nečasnih žena da dostignu rang svojih suprug, pošto je posledica legalnog braka bilo uzdizanje ili spuštanje ženinog statusa u odnosu na muževljevi status tj. žena je sticala status suprug.⁸⁵ Ukoliko se ćerka senatora bavila prostitucijom, glumom ili je bila osu-

⁷⁷ Gaj 2.144.

⁷⁸ Ulpijan, *Knjiga regula* 17.1.

⁷⁹ *Ibid.*, 13.1.

⁸⁰ Digeste 23.2.44. Paul.

⁸¹ Digeste 23.2.42. Modestin.

⁸² M. Jovanović, 508.

⁸³ Zabrana braka između senatora i glumice ukinuta je tek za vreme Justina, i to pre svega iz političkih razloga, kako bi se Justinijanu dozvolio brak sa Teodorom; Codex 5.4.23; Prokopije, *Tajna istorija*, prevod Albin Vilhar, Dereta, Beograd 2012, 54.

⁸⁴ Ulpijan, *Knjiga regula* 13.1.

⁸⁵ Andrew T. Bierka, Charles P. Sherman, Emilie Stocquart, Marriage in Roman Times, *The Yale Journal*, vol 16., No. 5 (March 1907), 304.

đena u krivičnom postupku mogla se udati za oslobođenika jer je izgubila svoju čast,⁸⁶ a samim tim i svoj status.

Uticao Avgustovog bračnog zakonodavstva se vidi i u Konstantinovom ediktu iz 336. g. n. e. koji zabranjuje senatorima, prefektima, duovirima, kvinkvenalima i sveštenicima iz provincije priznavanje dece čije su majke: robinje ili ćerke robinje, oslobođenice ili ćerke oslobođenice, glumice i glumičine ćerke, krčmarice i njihove ćerke, žene niskog i poniženog porekla (*humilis vel abiectaque*), ćerke makroa i gladijatora, žene koje su optužene da su prodavale robu u javnosti.⁸⁷ Ukoliko takva deca budu priznata za zakonitu, slede infamija i gubitak građanskih prava za očeve.⁸⁸ Nasledstvo koje su očevi ostavili deci iz takvih odnosa biće oduzeto i vraćeno legitimnom potomstvu.⁸⁹ Ova konstitucija je ukinuta za vreme Justinijana.⁹⁰

Lex Papia Poppea (9. g. n. e.)

Poslednji Avgustov zakon iz seta Kadukarnih zakona, *Lex Pappia Poppea*, imao je za cilj povećanje nataliteta. Naime, ovim zakonom je uvedena kategorija lica bez dece (*orbi*) koja su bila kažnjavana gubitkom polovine zaostavštine i legata.⁹¹ Njihov deo zaostavštine i legata prelazi na lica pomenuta u testamentu koja imaju decu.⁹² Ovaj zakon uvodi *ius liberorum* tj. pravo preko deteta kojim se žene sa troje dece oslobađaju tutorstva⁹³ a muškarci imaju prednost prilikom kandidature za javne funkcije (*ius trium liberorum*).⁹⁴ Dešavali su se i slučajevi izigravanja ovog zakona tako što su deca usvajana samo radi dobijanja nekih funkcija, a kasnije su bila zanemarivana ili oterana.⁹⁵

⁸⁶ D. 23.2.47. Paul.

⁸⁷ Thomas McGinn, "The Legal Definition of Prostitute in Late Antiquity", *Memoirs of the American Academy in Rome*, Vol. 42, (1997), 76–77.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ A. H. J. Greenidge, 151; Nov.89.15.

⁹¹ Gaj 2.286a.

⁹² *Ibid.*, 2.286a.

⁹³ S tim da se zahtevalo od žene da tri puta rodi živo dete. Blizanačka trudnoća se tretirala kao jedno dete tj. jedno rođenje. Oslobođenice su se oslobađale tutorstva posle rađanja četvrtog deteta; M. Jovanović 457; Ženama je preko *ius trium liberorum*, senatskom odlukom donesenom za vreme Hadrijana (*S.C. Tertulianium*), priznato intestatsko nasledno pravo prema bračnoj i vanbračnoj deci; A. Romac (1989b), 319.

⁹⁴ M. Jovanović, 440.

⁹⁵ *Ibid.*, 441.

Avgustovim Kadukarnim zakonima uvedena je obaveza ponovnog sklapanja braka za udovice i razvedene jer bi u suprotnom one bile smatrane za *caelibes*. Prvobitno je period žaljenja za udovice bio godinu dana, a sa *Lex Papia Poppea* povećan je na dve godine, dok je za razvedene taj rok bio prvobitno šest meseci, a sa *Lex Papia Poppea* je povećan na osamnaest meseci.⁹⁶ Mila Jovanović smatra da se taj Ulpijanov podatak pogrešno prevodio tj. da žena ima pravo čekanja, a ne obavezu čekanja za isticanje tog roka.⁹⁷ Smatra da taj tekst ima značaj *vacatio legis* tj. da žena u tom roku nema zakonsku obavezu sklapanja braka.

Iako *caelibes* i *orbi* nisu zvanično proglašavani za infamna lica, sankcije u vidu uskraćivanja, pre svega nekih naslednih prava, govore da su i njima bila umanjena građanska prava i samim tim je stavljano do znanja da nisu ravnopravni članovi društva. Pravo nasleđivanja je bilo jedno od osnovnih i najznačajnijih prava rimskog građanina, te ne čudi što je baš njih Avgust ograničio. Ova ograničenja za *caelibes* i *orbes* su ukinuta tek Konstantinovom konstitucijom iz 320. g. n. e. koja je donesena pod uticajem hrišćanstva. Konstantin je tada odredio da se neženjama i onima koji nemaju dece to ne uzima za zlo.⁹⁸

Ove zakonske mere iz vremena Avgusta (i Tiberija) sprovodile su se i kasnije, o čemu postoji svedočanstvo kod Svetonija u biografiji Domicijana. Svetonije navodi da je Domicijan zabranio promiskuitetima da sede sa vitezovima u pozorištu; zatim da je isključio iz Senata osobe kvestorskog ranga, zbog izvodenja mimikrije (glume) i plesa; zabranio je infamnim ženama (*probrosis feminis*) korišćenje nosiljki, kao i prihvatanje legata ili nasledstva; sa liste sudija je isključio rimskog viteza koji je primio nazad ženu od koje se razveo i koja je bila osuđena za preljubu.⁹⁹

ZAKLJUČAK

Autonomija ličnosti u antičkom Rimu, kao što već rečeno, nije postojala kao koncept, ali su se neki njeni elementi ostvarivali putem dodeljivanja rimskog građanstva i ostvarivanja pune pravne sposobnosti. Na osnovu pregleda strukture i slojeva rimskog društva, izvodi se zaključak da je izuzetno mali procenat stanovništva imao obezbeđene elemente autonomije ličnosti, tj. u pitanju su punoletni slobodno rođeni muškarci iz najviših slojeva građana. Kod ostalih slojeva ti

⁹⁶ Ulpijan, *Knjiga regula* 14.1.

⁹⁷ M. Jovanović, 491.

⁹⁸ Codex Thodosianus 8.16; C. 8.57.1.

⁹⁹ Svetonije, Domicijan 8.3; Suetonius: *The Lives of the Twelve Caesars; An English Translation, Augmented with the Biographies of Contemporary Statesmen, Orators, Poets, and Other Associates*. Suetonius. Publishing Editor. J. Eugene Reed. Alexander Thomson. Philadelphia. Gebbie & Co. 1889.

elementi nisu uopšte postojali (kao kod robova) ili su bili ograničeni (kod peregrina, žena i oslobođenika). Pored toga njihovo ostvarivanje se moglo ograničiti usled nezakonitog ili neprimerenog ponašanja njihovih nosilaca. Ta ograničenja su se mogla sprovesti putem instituta *capitis deminutio*, infamije ili određenih zakonskih akata. Ona su za cilj imala da putem zaštite elemenata autonomije ličnosti, istovremeno zaštite i sam državni poredak. Možda najinteresantniji primer ograničavanja elemenata autonomije ličnosti, daje Avgustovo bračno zakonodavstvo, koje je neženjama (*caelibes*) i osobama bez dece (*orbi*) ograničilo neka nasledna prava i *ius honorum*, dok je preljuba proglašena za javni delikt, a senatorskom sloju je zabranjeno da stupa u bračne odnose sa libertinima i osobama koje se bave neprimerenim, mada legalnim profesijama. Sa stanovišta modernog zapadnog čoveka, koji živi u društvu gde su sve osobe pred zakonom jednake, to je neshvatljivo. Međutim, ovaj vid ograničavanja elemenata autonomije ličnosti je imao za cilj jačanje porodice, koja je ne samo u rimskom, već i u ostalim antičkim društvima, bila temeljni stub, na koji se oslanjao i sam državni poredak.

IVANA VRKATIĆ

Teaching assistant, Faculty of law
and business studies "dr Lazar Vrkatić"

ANCIENT ROME IN HISTORICAL PERSPECTIVE OF PERSONAL AUTONOMY

Summary

People of ancient Rome did not recognize the concept of personal autonomy as such, not in the modern sense at least. However, through the three statuses that used to exist *status libertatis* (status of liberty), *status civitatis* (status of Roman citizenship) i *status familiae* (status in the family) it can be observed whether personal autonomy existed or not, and whether it was limited if it did exist. Since slaves were not considered persons but rather talking tools (*instrumentum vocale*) personal autonomy did not apply to them. *Peregrini*, although free, were deprived of most rights available to Roman citizens. However, even within the group of Roman citizens, personal autonomy was not granted to all layers of the society, especially women and freed slaves (*libertine*) because of their limited legal capacity. Also, all three statuses could be changed by the legal action of *capitis deminutio*. *Infamia* and some legal acts could bring about limitations of certain civil rights. Augustus' marriage legislation is possibly one of the most interesting examples of limiting personal autonomy by law, by introducing categories of *caelibes* (bachelors) and *orbi* (childless persons), which were deprived of certain possession rights, and senators, the highest layer of the society, were prohibited from getting married with the freed slaves and persons of doubtful moral and professions.

Svojina

Svojina i druga stvarna prava

DURĐE NINKOVIĆ

PRAVO SVOJINE U PREDNACRTU GRAĐANSKOG ZAKONIKA

Pokazalo se da zemlje koje poštuju i štite pravo svojine bolje i brže napreduju u ekonomskom i svakom drugom pogledu. Ako se uzme u razmatranje zaštita svojine u Engleskoj onda moramo početi od Doomsday Book (Knjiga Sudnjeg Dana), koju je sačinio Viljem Osvajač posle pobede u bitci kod Hejstingsa 1066. godine.

Doomsday Book ili Knjiga Sudnjeg Dana sadrži popis svih imanja u Engleskoj i njihovih vlasnika. Ovaj popis je bio od značaja za ustanovljenje poštovanja prava svojine jer je samim svojim nazivom definisao svojinu kao večito pravo koje traje do sudnjeg dana. (Encyclopaedia Britannica – 1985 Ed.).

Taj popis imovine i princip stalnosti prava svojine prekršen je kada je Henri Osmi u pokušaju razvoda braka osporio autoritet Rimskog Pape, osnovao Anglikansku crkvu, izuzeo Englesku iz verske vlasti Rima, oduzeo zemlju Katoličkim manastirima i proterao sve katoličke kaluđere. To je bio jedini primer odstupanja od principa neprikosnovenosti svojine.

Ondom uprkos dinastičkim borbama i revoluciji koja je potresla Englesku u sedamnaestom veku nije bilo kršenja prava svojine. Zbog toga se Engleska proćula kao zemlja u kojoj je svojina neprikosnovena i nepovrediva.

Durde Ninković, advokat, član Komisije za izradu Građanskog zakonika Srbije.

To ima višestruke posledice kako u samom ustrojstvu države, osećaju sigurnosti njenih građana, tako i u poreskoj oblasti, jer su poznati vlasnici svakog pedlja zemlje, pa je tako ubiranje državnih poreza olakšano i uređeno.

Kada govorimo o osećaju imovinske sigurnosti treba da pročitamo primere iz literature gde vlasnici zemlje sade drveće koje će izrasti i dostignuti svoju pravu veličinu i lepotu tek u vreme njihovih unuka i praunuka sa punim pouzdanjem da će potomci uživati u njihovom hladu. Međutim, osim lepote engleskog pejzaža imovinska sigurnost ima još jednu značajniju posledicu. Naime, ulagači u industriju i preduzetnici u građevinarstvu i drugim oblastima sa velikom sigurnošću i izvesnošću ulažu novac u zemljište i druge nekretnine znajući da niko neće hteti niti moći da "oduzme" njihovu svojinu.

Taj isti razlog privlači inostrane ulagače i preduzetnike da svoj kapital donose u Englesku i razvijaju svoje poslove pod zaštitom prava koje garantuje neprikosnovenost svojine.

Zbog imovinske sigurnosti nepokretnosti u Engleskoj dostižu višestruko veću tržišnu cenu nego iste takve nepokretnosti u zemljama koje imaju istoriju oduzimanja privatne svojine putem nacionalizacije ili konfiskacije. Dakle, imovinska sigurnost ima svoju visoku cenu i ulagači ne plaćaju samo zemljište, zgrade i zasade, nego kupuju i imovinsku sigurnost.

Pošto ovo nije rad o engleskom pravu svojine nego o našem srpskom sada ću da kažem šta mislim o tome. Po dolasku na vlast komunista 1945 godine prevladao je politički stav da je svojina građanska "buržoaska" tvorevina i da je treba ukinuti kako bi se omogućio razvoj socijalizma i kasnije komunizma. Odmah se prešlo na delo, pa je od 1945 godine izvršeno niz konfiskacija privatne imovine, da bi od 1946 godine pa sve do 1958 godine bila sprovedena sveobuhvatna nacionalizacija koja je u rukama privatnih vlasnika ostavila samo beznačajnu imovinu jedva dovoljnu da pokrije najneophodnije potrebe ljudi. (Denacionalizacija između nacionalizacije i privatizacije, Vladimir Todorović, 2001).

Na taj način je potpuno uništen svojinski sistem koji je do tada u Srbiji postojao bar jedan vek. Treba se podsetiti na Paragraf 211 Građanskog zakonika koji glasi: "Sve stvari, dobra i prava, koji Srbinu pripadaju, jesu njegova svojina ili sopstvenost, koje će reći, da je svaki Srbin savršeni gospodar od svojih dobara, tako, da je on vlasan, ova po svojoj volji uživati, s njima po volji raspolagati, i svakoga otuda isključiti, naravno po propisu zakona." (Sudski Trebnik 1927, Zakonik građanski stupio u život 25.3.1844. godine, priredio Laza Urošević, Kasacioni Sudija).

Prvi stav Člana 16. Opšteg Imovinskog Zakonika za Knjaževinu Crnu Goru glasi: "Svačije imanje je sveto i neprikosnovenno. Ko nije voljan, nije nikako dužan, za kako bilo visoku cijenu, ustupiti što kome iz imanja svoga." (Opšti imovinski

zakonik za Knjaževinu Crnu Goru 1888 Valtazara Bogišića prema izdanju Tomice Nikčevića iz 1980 godine).

Dakle, naša pravna tradicija je u potpunom skladu sa shvatanjem prava svojine koje je prevladavalo u Evropi, u Engleskoj i u velikom delu sveta. Kada smo od tradicije odstupili načinjen je veliki nered u pitanjima svojine. Ustav FNRJ iz 1946 uvodi pojam "opštenarodna imovina". Ustav iz 1974 godine i Zakon o udruženom radu iz 1976 godine uvode "nesvojinsku koncepciju svojine" koja ukazuje na konfuziju pojma koji je definisan ovako: niko nema pravo svojine

na društvenim sredstvima za proizvodnju i niko ne može ni po kom pravno-svojinskom osnovu prisvajati prizvod društvenog rada, i upravljati ili raspolažati društvenim sredstvima za proizvodnju i rad, niti samovoljno određivati uslove raspodele. Drugim rečima društvena svojina je bila svačija i ničija. (Besede sa Kopaonika, "Svojinsko pitanje" 1991, prof. S. Perović)

Zakonom o uslovima i postupku pretvaranja društvene svojine u druge oblike svojine iz 1991 godine društvena svojina je dobila novo ime – duštveni kapital. (Op. cit. prof. S. Perović).

Od izuzetne važnosti je pitanje da li su revolucionarni zakoni, ili kako ih sada nazivaju "istorijski zakoni" prestali da važe ili su još uvek na pravnoj snazi. Profesor Perović daje jasan i nedvosmislen sud: "kada jedan zakon više ne odgovara društvenom zbivanju i opštem htenju, njega treba menjati ili ga, pravnim putem staviti van pravne snage". (Op.cit. str.57). Dakle, pošto ti zakoni nisu menjani niti su stavljeni van pravne snage, ima se uzeti da i danas važe.

Njihova važnost je čak i potvrđena najnovijim zakonodavstvom. Tako član 15. Zakona o privatizaciji iz 2001. godine glasi: "Kad postupak privatizacije obuhvata imovinu oduzetu od fizičkih i pravnih lica primenom propisa o oduzimanju imovine na teritoriji Republike Srbije, a koja je određena posebnim propisom kojim se uređuju pitanja vezana za vraćanje imovine (u daljem tekstu nacionalizovana imovina), vrednost te imovine biće nadoknađena bivšim vlasnicima isključivo iz novčanih sredstava koja za te namene obezbeđuje Republika Srbija." (Zakon o privatizaciji (Sl.glasnik RS br.38/2001 i dalje njegove izmene i dopune).

Iz formulacije člana 15. jasno proizilazi da se Zakon o privatizaciji oslanja na propise o oduzimanju imovine od fizičkih i pravnih lica na osnovu nepravičnih zakona donošenih pola veka ranije u potpuno drukčijim političkim i društvenim okolnostim, i nastavlja da tu imovinu, odlukom "demokratski izabrane Narodne Skupštine" i dalje drži pa čak i rasprodaje. Jedini razlog je bio "državi treba novca", a o tome što "pravda drži zemlju i gradove" niko nije vodio računa.

Još jedna velika mana citiranog člana 15. je što govori o "bivšim vlasnicima". Videli smo na početku ovoga rada da je u tradiciji našega i evropskog prava da "Sve stvari, dobra i prava, koji Srbinu pripadnje, jesu njegova svojina i on

je vlastan svakoga otuda isključiti...” Takođe Opšti Imovinski Zakonik za Knjaževinu Crnu Goru kaže: “ Ko nije voljan, nije nikako dužan,...ustupiti što kome iz imanja svoga.” (Op.cit). Dakle, tradicionalno vlasnik je vlastan svakoga isključiti iz svojine svojih dobara, odnosno ako nema volje nije dužan ništa ustupiti drugome iz svoga imanja. Iz toga proizilazi da ne postoji “bivši vlasnik”, jer onaj koji je od svoje volje raspolagao svojim imanjem nije više ni bivši, niti ikakav vlasnik, nego prodavac, poklonodavac i slično.

Postavlja se pitanje kako smo izgubili tu svest o društvenoj važnosti svojine? Gde je iščezlo shvatanje da je “svačije imanje sveto i neprikosnoveno” i da je “svaki Srbin savršeni gospodar od svojih dobara”? Otkuda to da mi sa lakoćom unosimo u svoje najnovije zakonodavstvo takve antipravne pojmove kao što je “bivši vlasnik” i sa lakoćom i mirne savesti uređujemo prodaju imovine nasilno oduzete nepravедnim i nemoralnim zakonima?

Sve ovo ukazuje da je potrebna korenita reforma ne samo našeg pravnog sistema, nego i naše pravne svesti U tome će veliku ulogu odigrati donošenje Građanskog zakonika Srbije u čijem prednacrtu pitanje svojine zauzima vrlo važno mesto.

Tako Član 1694 glasi: “Svojina je najšire pravo fizičkog ili pravnog lica da stvar po svom nahodjenju drži, upotrebljava, pribira plodove i druge koristi od stvari i da njome raspolaze u granicama zakona.

“Sopstvenik ima pravo da svoju stvar ne upotrebljava (i da propušta da pribira plodove i druge koristi) izuzev ako se posebnim zakonom predviđa dužnost upotrebe stvari,

“Sopstvenik može isključiti sva lica iz dodira sa stvarju i zahtevati predaju stvari od bilo kog lica učijoj državini se stvar nalazi bez pravnog osnova.”

Član 1695. nastavlja ovu misao i kaže: “Svako fizičko ili pravno lice ima pravo na neometano vršenje i (mirno) uživanje svojih dobara, na kojima ima pravo svojine ili neko drugo stvarno pravo.” Ili alternativa: “Svako fizičko ili pravno lice ima pravo zahtevati od svih i od svakoga da poštuju njegovo pravo svojine i ostala prava koja mu pripadaju.”

Drugi stav određuje: “Svojina se može oduzeti nekom licu samo iz razloga javnog (opšteg) interesa i pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava.”

“Sopstvenik kome je oduzeto ili ograničeno pravo svojine (ili neko drugo stvarno pravo) ima pravo na pravičnu naknadu (koja ne može biti manja od tržišne cene”.

Takođe je izuzetno važan prvi stav člana 1696: “Smatra se da pravo svojine nije ograničeno ni u pogledu sadržine, ni u pogledu trajanja.”

“Isto tako ko tvrdi da je nečije pravo svojine ograničeno u javnom (opštem) interesu, dužan je da dokaže da postoji takvo ograničenje i da je javni interes utvrđen na osnovu zakona.”

Ili alternativa – Stavovi 2 i 3 zamenjuju se sledećim stavoma:

“Ograničenje prava svojine u korist drugog lica ili u javnom interesu dužan je dokazivati onaj ko tvrdi da takvo ograničenje postoji.”

Najzad, Član 1697. pod naslovom “Istovrsnost prava svojine” koji glasi:

“Pravo svojine je jedinstveno, ima istu sadržinu i uživa jednaku pravnu zaštitu, bez obzira da li je sopstvenik građanin (fizičko lice) ili Republika Srbija, autonomna pokrajina, jedinica lokalne samouprave, zadužbina ili neko drugo pravno lice javnog ili privatnog prava.”

Treba zabeležiti da je Komisiju za izradu prednacrtu Građanskog zakonika svojim jasnim i konciznim formulacijama naročito u delu “Pravo svojine” uveliko zadužio Profesor Dr. Miodrag Orlić.

ĐURĐE NINKOVIĆ

Advocate and Memembr of the Working group
drafting Serbian Civil Code

RIGHT OF OWNERSHIP IN THE DRAFT OF THE SERBIAN CIVIL CODE

Summary

In Comparative Law one can see that the countries protecting and honouring right of ownership progress better economically, socially and in other ways as well. I took as example protection of ownership in England starting from Domesday Book till present and submitted conclusion that commerce, economy, land ownership and other aspects of commercial and social life progressed and developed due to security offered by the laws and custom governing ownership.

I compared this with Serbia (Kingdom of Yugoslavia) before 1941 and indicated that both, the Serbian Civil Code passed in 1844 and General Ownership Law for Montenegro had very strong and clear provisions protecting private ownership, which opened gates of economical, commercial and social progress.

Following that I wrote about the advent of revolutionary communism since 1945 and its derogation of all civil codes and ownership laws replacing them with “state ownership” and later with “social ownership”. It was expected that with change of government from autocratic communism to democracy in the years following 2000-2001 the oppressive and expropriatory laws would be abolished and abrogated. However, Article 15. of the Privatisation Law from 2001 in fact relies on the

sommunist laws of nationalisation and provides for the sale of the expropriated assets by the democratic government, rather than restituting them to the true owners.

Draft of the Civil Code which is on a drawing board in the Articles 1694 and the following provides once again, after seventy year gap, legal protection for private property and ownership equal to the one guaranteed by the old Serbian Civil Code and Montenegrin Property Law.

STICANJE SVOJINE OD NEVLASNIKA

U V O D

Sticanje svojine od nevlasnika prihvaćeno je u većini pravnih sistema u svijetu. Radi se o institutu koji zbog svoje složene strukture protivrječi mnogim temeljnim principima građanskog prava, pa zato u pravnoj teoriji konstantno traje polemike o smislu njegovog postojanja. Ovaj institut, koji je svojevrsni pravni fenomen, prije svega je u suprotnosti sa principom neopovredivosti privatne svojine, jer na taj način prestaje svojina ranijeg vlasnika, a izuzetak je i od pravila građanskog prava da niko ne može na drugog prenijeti više prava nego što ga sam ima,¹ čime se anulira princip pravne sigurnosti i zaštite stečenih prava. Takođe, ovaj institut je suprotan i načelu apsolutnog, erga omnes dejstvu prava svojine, pošto negira pravo vlasnika na sledovanje svojine i traženje vraćanja stvari (vindikaciona tužba). Time se gubi na sigurnosti i trajnosti stečenih prava.² Prema tome, priznavanje ovakvog sticanja znači odstupanje od ključnih načela čitavog građanskog prava. Odnos između savjesnog sticaoca, koji stiće svojinu od nevlasnika i vlasnika stvari je inspiracija za mnoge pravne pisce i nesumnjiv izazov za proučavanje. Nema sumnje da postojanje ovog instituta pogoduje pravnom prometu, njegovoj sigurnosti i brzini, kao i načelu savjesnosti i poštenja, ali s druge strane, kada se ima u vidu raniji vla-

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

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

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

snik, protivno njegovoj volji dolazi se do nečega što nije prihvatljivo i što se teško može razumno opravdati. Dakle, savjesni sticalac i raniji vlasnik se nalaze na suprotnim polovima i postoji evidentan sukob njihovih interesa, a ovaj odnos otvara mnoga suptilna pitanja na koja nije uvijek lako dati adekvatne odgovore.

Centralno pitanje koje se ovdje stalno postavlja je da li svojina lica koje otuđuje neku stvar uvijek mora da bude pretpostavka za punovažno sticanje pribavilaca?³ Pored toga, pitanje je da li je u savremenim uslovima nužno postojanje ovog instituta, zašto on uopšte egzistira, pod kakvim uslovima je djelotvoran, u kom obimu ga treba priznati itd. Principijelno, prodaja tuđe stvari treba da uzrokuje određene obligaciono-pravne posljedice između otuđivaoca i savjesnog sticaoca i ne treba da utiče na položaj vlasnika, a pravo na obeštećenje koje vlasnik ima prema otuđivaocu, ne pruža vlasniku dovoljno prihvatljivo objašnjenje zašto se u ovim situacijama prednost daje nekim drugim vrijednostima. Ovdje se ne radi o prenosu svojine, jer je otuđivalac stvari nema, već o sticanju svojine bez kontakta sa vlasnikom stvari, koji mora priznati efekte pravnog posla u kome nije učestvovao. Sticanje svojine od nevlasnika nije sticanje na osnovu pravnog posla (derivativno), jer subjekt koji vrši prenos nije vlasnik stvari niti njegov punomoćnik.⁴ Otudivalac od strane vlasnika nije ovlašćen na raspolaganje, niti je vlasnik izvršeno otuđenje naknadno odobrio. Savjesni sticalac nije sukcesor vlasnika, svoje pravo ne izvodi od njega, jer pravne sukcesije nema. Raniji vlasnik prema savjesnom sticaocu ne može uspjeti ni sa stvarno-pravnim ni sa obligaciono-pravnim zahtjevom, između njih nema nikakvih međusobnih potraživanja i dugovanja, jer oni nisu ni u kakvom pravnom odnosu. U ovim slučajevima dolazi do sticanja prava svojine na osnovu činjenica koje određuje zakon (originarno) i ovaj stav dominira u uporednom pravu. Privid prava svojine stvoren državinom ili nekim drugim okolnostima na strani otuđivaoca teško za tako nešto može biti osnov opravdanja. Zato se sticanje svojine savjesnog sticaoca, bez obzira na sve posebne razloge, vrlo teško može braniti dovoljno jakim argumentima i stalno se postavlja pitanje zašto je (savjestan) vlasnik stvari manje vrijedan zaštite od savjesnog sticaoca.

Međutim, sigurno je da kod procjene nužnosti postojanja ovog instituta, osim individualnih interesa, moramo voditi računa i o kolektivnim interesima društvene zajednice koja želi razvoj sigurnog i nesmetanog pravnog prometa i trgovine, mada ni njoj ne može biti u interesu da se to vrši činjenjem nekog od krivičnih djela. Ako se posmatra s tačke gledišta prometa, ovdje je očit konflikt individualnog i kolektivnog interesa i u ovom sukobu prednost najčešće dobija kolektivni interes koji se smatra vrednijim. Kroz istoriju razni pravni sistemi

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

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

su na sva ova komplikovana pitanja davali različite odgovore. Ipak, ovaj institut je postepeno uobličavan kroz vrijeme i danas ga većina država poznaje, a razlike između njih postoje samo u uslovima, kvalitetu i kvantitetu te zaštite.⁵ Svi ti pravni sistemi ga priznaju kao izuzetnu mogućnost za koju trebaju biti ispunjeni tačno propisani uslovi. Oni, prije svega, zavise od faktičkih okolnosti i pravne tradicije, ali i od ekonomskih i političkih faktora koji značajno utiču na oblikovanje pravnog poretka. Zbog toga bi bilo vrlo teško izvršiti unifikaciju regulative ovog instituta na međunarodnom planu, mada bi ona sigurno bila od koristi, jer pravni promet već odavno ne poznaje granice.

Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske (ZSP)⁶ sticanje svojine od nevlasnika reguliše na način koji je skoro identičan hrvatskom pravu i pod određenim uslovima predviđa mogućnost sticanja prava svojine na nekretninama s povjerenjem u javne knjige i sticanja prava svojine od nevlasnika na pokretnoj stvari. Polazi se od pretpostavke da je vlasnik nekretnine ono lice koje je upisano u javnu evidenciju odnosno da je vlasnik pokretne stvari njen držalac. U oba slučaja pretpostavke za sticanje prava svojine su valjan pravni posao i savjesnost sticatelja, dok je sve ostalo različito.

STICANJE SVOJINE S POVJERENJEM U JAVNU EVIDENCIJU

Novo zemljišnoknjižno pravo u Republici Srpskoj⁷ donijelo je pojačano dejstvo načela povjerenja u zemljišne knjige.⁸ To načelo je jedno od temeljnih načela ovih knjiga i od stepena povjerenja u zemljišne knjige zavisi i njihov značaj za sigurnost pravnog prometa.⁹ Zbog dejstva ovog načela treća savjesna lica mogu se pouzdati da je ono što je upisano u zemljišnu knjigu tačno (pozitivni pravac načela povjerenja – istinitost), a da ono što nije upisano ne postoji (negativni pravac načela povjerenja – potpunost).¹⁰ Zato se metaforički kaže da je zemljišna knjiga

⁵ Rimsko pravo nije poznavalo sticanje svojine od nevlasnika, a to je bilo u skladu sa značajem svojine kao najpotpunije pravne vlasti koja podrazumijeva najpotpuniju pravnu zaštitu.

⁶ Službeni glasnik RS br. 124/08, 58/09, 95/11.

⁷ Zakon o zemljišnim knjigama Republike Srpske (ZZK) – Službeni glasnik RS br. 67/03, 46/04, 109/05 i 119/08.

⁸ Vid. član 9 ZZK.

⁹ O načelu povjerenja u zemljišne knjige v. J. Weike i L. Tajić, *Komentar Zakona o zemljišnim knjigama u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2005, str. 43–45; M. Povlakić, *Reforma zemljišnoknjižnog prava kao dio ukupne reforme građanskog prava*, u: Zbornik radova “Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse,” Mostar, 2003, str. 239–241.

¹⁰ O. Stanković i M. Orlić, *Stvarno pravo*, deveto izdanje, Beograd, str. 332.

ogledalo prava na nekretninama.¹¹ Upisima u zemljišnu knjigu daje se vanjska slika pravnog stanja nekretnine.¹² Javna evidencija u pogledu nekretnina ispunjava svoju funkciju u pravnom prometu samo ako stvara pretpostavku prava.¹³ Jedino relevantno je ono što je upisano. Narušavanje povjerenja u zemljišne knjige dovede do pravne nesigurnosti, što je suprotno načelu vladavine prava kao jednoj od najviših vrijednosti ustavnopravnog poretka. Zemljišne knjige su javne, njihova sadržina je dostupna svakome,¹⁴ pa se niko ne može pozivati na to da mu je bilo nepoznato pravno stanje u pogledu određene nekretnine.¹⁵ Upisom u ove knjige u odnosu na stvarna prava na nekretninama ostvaruje se jedno od osnovnih načela stvarnopravnog uređenja – načelo publiciteta.¹⁶ U zemljišnim knjigama se publikuje sve ono što je bitno za određene nekretnine. Upisom prava u zemljišne knjige nastaje (oboriva) pretpostavka da je lice koje je upisano kao njegov nosilac zaista i njegov stvarni nosilac sa onim sadržajem i obimom koji je u njima upisan. Smisao načela povjerenja u zemljišne knjige je u tome da se savjesni sticalac prava svojine i drugih stvarnih prava na nepokretnosti može pouzdati u njih i onda kada stanje u njima nije istinito i potpuno. Na ovaj način zemljišne knjige su dobile onaj značaj koji stvarno treba da imaju. Ipak, uklapanje sadržaja ovog načela u opšta načela građanskog prava donosi određene probleme i nedoumice.

I novi Zakon o premjeru i katastru Republike Srpske¹⁷ slijedi ta načela koja su od suštinskog značaja. Ovim zakonom je zemljišna knjiga zamijenjena kata-

¹¹ P. Simonetti, Stjecanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige po Nacrtu Zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske, Pravna riječ, br. 5/05, str. 95.

¹² Načelo upisa je usko povezano sa načelom pouzdanja. Nekada se čak smatralo da se radi o jednom načelu. Ova načela se međusobno dopunjuju i uslovljavaju.

¹³ M. Pvlakić, Novo zemljišnoknjižno pravo u BiH, *Pravni savjetnik*, br. 12/03, str. 48.

¹⁴ Svako može tražiti da pogleda bilo koji zemljišnoknjižni uložak i zahtijevati da mu se on izda bez dokazivanja pravnog interesa.

¹⁵ P. Simonetti, *Stjecanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige u Republici Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini*, u: Zbornik radova "Aktuelna pitanja građanskog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini," Jahorina, 2010, str. 12.

¹⁶ Publiciranje stvarnih prava je pretpostavka za njihovo dokazivanje i zaštitu. Da bi djelovala apsolutno, prema svim trećim licima (*erga omnes*), stvarna prava moraju biti vanjski vidljiva. To ima posebno značenje za sigurnost pravnog prometa. Publicitet stvarnih prava na nekretninama ostvaruje se njihovim upisom u javne registre. Načelo javnosti proizilazi iz same definicije zemljišne knjige kao javnog registra (član 2. st. 1).

¹⁷ Službeni glasnik RS, br. 6/12. Republika Srpska je za 16 godina tri puta promijenila svoju orijentaciju u pogledu evidencije nekretnina, što je svakako negativno uticalo na pravnu sigurnost. Prvo je 1996. godine donesen Zakon o premjeru i katastru nekretnina (Službeni glasnik RS, br. 19/96), zatim je 2002. godine od strane Visokog predstavnika za BiH nametnut Zakon o zemljišnim

strom nepokretnosti.¹⁸ Međutim, do uspostavljanju katastra nepokretnosti za odgovarajuću katastarsku opštinu nastavlja se korišćenje i održavanje evidencije u zemljišnim knjigama. Pošto je osnivanje katastra nepokretnosti u toku i on je, za sada, osnovan samo za neka područja u Republici Srpskoj, za ostali dio teritorije se još uvijek vode zemljišne knjige po pravilima zemljišno-knjižnog prava.¹⁹ I ovaj zakon naglašava da su podaci o nekretninama istiniti i da potpuno odražavaju činjenično i pravno stanje nekretnine, te da sticalac koji je u dobroj vjeri postupao s povjerenjem u ove podatke uživa zaštitu ako nije znao niti je, s obzirom na okolnosti, imao dovoljno razloga posumnjati u ono što je upisano (načelo povjerenja).²⁰ Ovo načelo daje smisao postojanja samog katastra nepokretnosti.²¹

Nažalost, slika o nekretninama može biti i pogrešna. Poznato je da je kod nas ovo stanje nesređeno i da su javne knjige često nepotpune i neistine, te da ne prikazuju uvijek stvarno stanje u pogledu relevantnih činjenica. Zato je usklađivanje vanknjižnog i knjižnog stanja od velike važnosti za pravnu sigurnost u ovoj oblasti i za zaštitu svih onih koji sudjeluju u prometu nekretnina. Tačna i ažurna evidencija o pravima na nekretninama doprinijela bi i afirmaciji i garanciji prava svojine, koja je preduslov za provođenje svih bitnih reformi u društvu.

Reafirmaciju načela povjerenja u javne knjige i prekid sa dotadašnjom pravnom tradicijom predviđa i ZSP. Smatra se da javna evidencija istinito i potpuno odražava činjenično i pravno stanje nekretnine, pa ko je u dobroj vjeri postupao s povjerenjem u javnu evidenciju uživa u pogledu tog sticanja zaštitu prema odredbama ovog zakona.²² Uvođenjem ovakve definicije načela povjerenja ponovo se potencira njegov značaj za sigurnost pravnog prometa nekretnina. Zato je ZSP predvidio sticanje prava svojine s povjerenjem u javnu evidenciju.²³ To pravo sti-

knjigama, koji je Republika Srpska u istovjetnom tekstu usvojila 2003. godine, da bi napokon 2012. godine bio donesen Zakon o premjeru i katastru Republike Srpske.

¹⁸ Stupanjem na snagu ovog zakona Zakon o zemljišnim knjigama je prestao da važi, osim odredaba zakona koje se odnose na korišćenje i održavanje evidencije iz člana 189. ovog zakona.

¹⁹ Zbog ovoga je u članu 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o stvarnim pravima (Službeni glasnik RS, br. 95/11) termin zemljišna knjiga zamijenjen sa terminom javna evidencija.

²⁰ Član 56. Zakon o premjeru i katastru Republike Srpske.

²¹ R. Jotanović, Načelo povjerenja u katastar nepokretnosti u pravu Republike Srpske, *Pravna riječ*, br. 40/14, str. 559.

²² Član 55 st. 1 ZSP-a.

²³ U vrijeme važenja ZOSPO nije postojala ova mogućnost. Sudska praksa je išla protiv načela zaštite povjerenja u javne knjige, što se pravdalo velikim raskorakom između knjižnog i vanknjižnog stanja. Tako je na savjetovanju građanskih i građansko-privrednih odjeljenja Saveznog suda, Vrhovnog vojnog suda i vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina održanom 28. i 29. 5.1986. godine donesen Zaključak broj 2/86 – "Titular stvarne službenosti stečene održajem koja nije upisana u zemljišne knjige može svoje pravo sa uspjehom isticati i prema savjesnom stica-

če ono lice koje u trenutku sklapanja pravnog posla²⁴ i u trenutku kada je zahtijevao upis nije znao niti je imao razloga da sumnja da stvar ne pripada onom licu koje je otuđuje i koje je upisano kao vlasnik, iako to nije bio.²⁵ Neoboriva je pretpostavka da je upis prednika sticaoca valjan. Smatra se da u korist njegovog prednika postoji knjižno pravo kako je to i upisano u javnoj evidenciji. Pravni učinci zaštite povjerenja nastupaju samo kad je knjižno stanje u momentu kada savjesni sticalac zahtijeva upis nepotpuno ili neistinito odnosno različito od vanknjižnog stanja. U ovom slučaju privid mijenja postojeće pravo. Savjestan sticalac pravnim učincima zaštite povjerenja sanira nedostatak svojine knjižnog prethodnika. Istovremeno sa nastupanjem pravnih učinaka zaštite povjerenja koji se neće moći osporavati, stvarni nosilac čije je knjižno pravo bilo povrijeđeno neistinitom uknjižbom iz koje je savjesni sticalac izveo svoje sticanje prestaje biti nosilac tog prava. Saznanje da je vlasnik nekretnine drugo lice, a ne ono koje je upisano u javnoj knjizi, koje je uslijedilo nakon podnošenja zahtjeva za upis, a prije uknjižbe, nije prepreka za sticanje prava svojine po ovom osnovu,²⁶ niti je razlog za odbijanje zahtjeva za uknjižbu.²⁷ Sprovedena uknjižba, inače, djeluje od trenutka kada je sudu podnesen zahtjev za uknjižbu.²⁸

Upis u javnu evidenciju je dozvoljen samo uz saglasnost lica koje je u vrijeme podnošenja zahtjeva upisano kao nosilac prava svojine. Sticanjem prava svojine s povjerenjem u javnu evidenciju to pravo gubi ono lice koje ga je vanknjižno steklo, ako nije podnijelo zahtjev za upis svog prava prije nego što je savjesni sticatelj podnio zahtjev za upis s povjerenjem u javnu evidenciju. Time se sankcioniše propust uknjižbe vanknjižno stečenih prava njihovih nosilaca. Vanknjižno stečeno pravo djeluje apsolutno prema svim trećim licima tek kad se upiše u javnu evidenciju. Upis je najsigurniji način zaštite prava na nekretninama.²⁹ U kon-

ocu prava svojine na poslužnom dobru “ u: A.Radovanov, Načelni stavovi i pravna shvatanja, Novi Sad, 2000, str. 246.

²⁴ Najčešće se radi o ugovoru o prodaji, ali se može raditi i o nekom drugom ugovoru npr. darovnom.

²⁵ Članovi 55 st. 2 i 56 st. 1 ZSP-a. Vid. S. Mulabdić, *Savjesno sticanje prava vlasništva na nekretnini zaštitom povjerenja u istinitost i potpunost zemljišne knjige*, ZIPS, br. 1135/08, male stranice, str. 1–24.

²⁶ Mala fides superveniens non nocet. Sec. Paulus, D. 41, 3, 4,18 (CJ. 7, 31, 4).

²⁷ Tako i P. Simonetti, *Stjecanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige po Nacrtu Zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske* str. 97.

²⁸ Član 53. st. 4. ZSP.

²⁹ T. Josipović, *Izvanknjižno stjecanje i prestanak stvarnih prava na nekretninama – usklađivanje zemljišnoknjižnog stanja-*, u: *Nekretnine kao objekti imovinskih prava* (Opća redakcija Olga

fliktu vanknjižnog i knjižnog stanja, makar ono bilo i nepotpuno, prednost se daje stanju u javnoj evidenciji. Dejstvom načela pouzdanja knjižno stanje se više ne razlikuje od vanknjižnog. Nakon upisa savjesnog sticaoca vanknjižni nosioci neupisanih prava nemaju prema njemu pravo na stvarnopravni ni obligacionopravni zahtjev. Oni mogu samo da podnesu obligacionopravni zahtjev prema knjižnom prethodniku ako su ispunjene određene pretpostavke.

Dakle, sticalac koji se pouzdao u stanje u javnim evidencijama treba da je savjestan, a pri tome on nije dužan da istražuje vanknjižno stanje.³⁰ Dovoljno je da je izvršio uvid u javnu evidenciju u cjelini i on nema obavezu da na neki drugi način ispituje pravno stanje nekretnine. Neobaveznost istraživanja vanknjižnog stanja će ubrzati pravni promet nekretnina i dodatno stabilizovati javne evidencije. Međutim, sticalac neće biti savjestan ako je uz običnu pažnju mogao znati za razliku između vanknjižnog i knjižnog stanja. Ukoliko je sticalac nesavjestan, ništav je i pravni posao jer je protivan načelu savjesnosti i poštenja, pa je samim tim ništava i uknjižba prava svojine na njegovo ime.³¹ Za opseg načela povjerenja od bitnog značaja je upravo definicija savjesnosti tog lica.³² Da bi se sticalac smatrao savjesnim, on prilikom sticanja mora upotrebiti uobičajenu (običnu) dužnu pažnju koja se očekuje od svakog prosječnog razumnog čovjeka u tim okolnostima koja je potrebna za takav način sticanja u pravnom prometu. Savjesnost sticaoca se pretpostavlja. Ako neko tvrdi suprotno, na njemu leži teret dokazivanja. Postojanje savjesnosti se cijeni u svakom konkretnom slučaju zavisno od svih relevantnih okolnosti. Prema tome, iako sadržaj javne evidencije predstavlja samo oborivu pretpostavku u pogledu upisanih prava, on savjesnom sticaocu garantuje sticanje prava svojine, čak i ako se kasnije utvrdi da lice sa kojim je sklopio pravni posao nije stvarni vlasnik. Pri tome je samo bitno da se on kao savjesno lice opravdano pouzdao u taj sadržaj (njegov subjektivni odnos prema sadržaju) i da nije imao razloga posumnjati u njegovu istinitost i potpunost, a nije od značaja što se taj sadržaj ne slaže sa stvarnim, vanknjižnim stanjem. Kada bi sticalac znao da je neko treće lice steklo svojinu predmetne nekretnine, iako to nije uknjižilo u javnim knjigama, tada sticalac ne bi bio savjestan jer bi mu bilo poznato da stvarno stanje ne odgovara stanju u ovim knjigama. Ovakvo dejstvo načela povjerenja

Jelčić), Zagreb, 2005, str. 17.

³⁰ Član 55 st. 3 ZSP-a. Saznanje da su knjižno i vanknjižno stanje u suprotnosti čini određeno lice nesavjesnim. Prije donošenja ZSP se zahtijevalo da sticalac istovremeno istražuje knjižno i vanknjižno stanje da bi se mogao smatrati savjesnim. To je bitno otežavalo pravni promet nekretnina i ugrožavalo pravnu sigurnost, a vanknjižni nosioci prava svojine i drugih stvarnih nisu bili motivisani da vrše upis u javnu knjigu.

³¹ Ako pravni posao nije pravno valjan, samom uknjižbom se ne može steći pravo svojine.

³² O tome: R. Cvetić, *Savremena evidencija nepokretnosti*, Novi Sad, 2009, str. 126-130.

će dovesti do toga da će se titulari određenih (vanknjižnih) prava na nekretninama morati odgovornije i savjesnije odnositi prema javnoj evidenciji i truditi se da sve pravne promjene na vrijeme provode i ažuriraju da bi izbjegli sve negativne pravne posljedice koje za njih mogu da nastanu. Obaveznost upisa koja je propisana Zakonom o premjeru i katastru Republike Srpske³³ je strana principima građanskog prava, jer svaki titular prema načelu dispozicije odlučuje da li će preduzeti određene radnje radi zaštite svojih prava. Ona predstavlja ograničenje volje i odstupanje od načela dispozicije u vršenju i zaštiti građanskih prava, ali svakako ima društvenog opravdanja.³⁴ Pretpostavkom tačnosti i potpunosti javne evidencije su zaštićena samo treća savjesna lica koja su određena prava na nekretninama stekla putem pravnog posla, dok za slučaj da se radi o drugim osnovima sticanja, primjera radi na osnovu nasljeđivanja, ova pretpostavka ne važi.

Sticalac u ovom slučaju samo prividno stiče svojinu od knjižnog vlasnika (nevlasnika),³⁵ mada on, u stvari, stiče pravo svojine na nekretnini izvorno, po samom zakonu, na osnovu skupa određenih pravnih činjenica koje su predviđene kao dovoljne. On se oslanja na publicitet javne knjige koji stvara privid postojanja prava. Pravni posao čiji je cilj sticanje prava svojine na nekretnini mora biti kauzalan i ispunjavati sve tražene pretpostavke za njegovu valjanost, jer se uknjižba prava svojine može izvršiti samo na osnovu punovažnog pravnog posla. Ovaj pravni posao mora biti sastavljen u formi notarski obrađene isprave.³⁶ Radi se o obaveznoj formi, formi ad solemnitatem. Tabularna isprava mora da ispunjava opšte i posebne pretpostavke za upis, jer u korist sticaoca mora biti proveden upis koji je valjan. Ukoliko pravni posao ispunjava sve uslove za punovažnost, onda je za sticanje svojine zaštitom povjerenja u javnu evidenciju nebitno da li se radi o teretnom ili dobročinom pravnom poslu. Da bi nastupili pravni učinci zaštite povjerenja, kao što smo istakli, knjižno stanje mora biti neistinito ili nepotpuno i to u trenutku kada je sticalac podnio zahtjev za upis svog prava svojine. U slučaju da je knjižno stanje istinito i potpuno, sticalac upisom na osnovu pravnog posla na derivativan način stiče pravo svojine od istinito upisanog prethodnika.

Odredbe o brisovnoj tužbi,³⁷ koje čine cjelinu sa odredbama o sticanju s povjerenjem u javnu evidenciju, zbog svojih kontradiktornosti stvoriće u primjeni

³³ Član 63.

³⁴ Vid. N. Planojević, Načela katastra nepokretnosti u Srbiji i Republici Srpskoj, Pravna riječ, br. 32/12, str. 173-174.

³⁵ Ni jedno pravo, pa ni pravo svojine, ne može se steći od onoga koji to pravo nema.

³⁶ Član 68. Zakona o notarima

³⁷ Brisovna tužba bi trebala biti uređena Zakonom o zemljišnim knjigama odnosno Zakonom o premjeru i katastru nekretnina, a ne odredbama materijalnog stvarnog prava.

dosta problema. Lice koje je upisom prava svojine prodavca povrijeđeno u svom knjižnom pravu svojine može podnijeti tužbu za brisanje tog upisa u roku od tri godine od kada je taj upis bio zatražen³⁸ odnosno u roku od 60 dana od proteka roka za žalbu protiv rješenja kojim je sud dozvolio neistinit upis.³⁹ Prema tome, rokovi prema licu koje je bilo uredno obaviješteno vežu se za rok za žalbu. U završnim odredbama ZSP propisuje da rokovi za podizanje brisovne tužbe teku od dana stupanja na snagu zakona.⁴⁰ Ovim se, faktički, željelo odložiti dejstvo pozitivnog pravca načela povjerenja odnosno nastupanje pravnih posljedica zaštite povjerenja u istinitost.⁴¹ Tek istekom rokova sticalac može biti siguran da je konačno stekao određeno pravo, koje mu više ne može biti osporeno. Brisovna tužba je, inače, sredstvo za zaštitu povrijeđenog knjižnog prava svojine nevaljanim upisom u javne knjige i ona odstupa od klasičnih petitornih tužbi.⁴² Aktivno legitimisan za njeno podnošenje je knjižni vlasnik čije je pravo povrijeđeno nevaljanim upisom (ili njegov pravni sljednik). Vanknjižni vlasnik nema pravo na podnošenje te tužbe, jer on nije povrijeđen u svom knjižnom pravu. U brisovnoj parnici se odlučuje o valjanosti uknjižbe prava svojine (ili drugog knjižnog prava).

Međutim, odredba da se brisovna tužba može podići u rokovima u kojima se može osporavati pravni osnov upisa⁴³ u suprotnosti je sa odredbom koja određuje navedene rokove brisovne tužbe. Propisivanje da se brisovna tužba ne može podići ukoliko je treće savjesno lice upisalo svoje pravo u javnu knjigu znači da učinci načela povjerenja prema ovom licu nisu odgođeni. Kod postojećeg stanja stvari, smatramo da su odredbe o brisovnoj tužbi unijele dosta konfuzije, da su teško primjenljive i da su bile nepotrebne.

³⁸ Ovo podrazumijeva da lice o njemu nije bilo obaviješteno.

³⁹ Član 56 st. 3 ZSP-a. ZZK ne poznaje ovu tužbu i zbog šturog regulisanja u ZSP-u u primjeni ovog pravnog sredstva će sigurno biti određenih problema. Član 60 ZZK-a govori o načinu ispravke zemljišnoknjižnog upisa. Zakon o zemljišnim knjigama iz 1930. godine je tu tužbu regulisao (§ 68–71).

⁴⁰ Član 345 ZSP-a. Kada se imaju u vidu rokovi iz člana 56. st. 3. ZSP ova odredba se čini suvišnom.

⁴¹ To je preuzeto iz austrijskog zemljišnoknjižnog prava (v. § 63 i 64 austrijskog Zakona o zemljišnim knjigama iz 1955. godine). Ovaj sistem zaštite povjerenja u istinitost u literaturi se naziva tzv. sistemom umjerene zaštite povjerenja. O tome: T. Josipović, Stjecanje stvarnih prava na nekretninama na temelju povjerenja u zemljišne knjige, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, br. 2/98, str. 457.

⁴² O brisovnoj tužbi šire: T. Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb, 2001, str. 269–276.

⁴³ Član 56. st. 4. ZSP.

Uvažavajući činjenicu da je stanje nekretnina često neusklađeno sa vanknjižnim stanjem, da su javne knjige u velikom broju slučajeva nepotpune i neistinite, ZSP u završnim odredbama propisuje obavezu uknjižbe stvarnih prava. Vanknjižni nosioci stvarnih prava mogu u roku od tri godine pokrenuti postupak za upis stvarnih prava na nekretninama i svih promjena na njima u javnu evidenciju, a nadležno pravobranilaštvo je dužno da u istom roku pokrene postupak za upis stvarnih prava na nekretninama kojih je nosilac Republika odnosno jedinica lokalne samouprave, kao i upis javnih i opštih dobara.⁴⁴ U periodu odgođene primjene pravila o zaštiti povjerenja u istinitost i potpunost javnih knjiga vanknjižni nosioci prava na nekretninama mogu zahtijevati upis protiv svakog sticaoca. Imajući u vidu da postoji obaveza upisa svih nekretnina, ni one u svojini Republike ili jedinice lokalne samouprave, kao ni javna i opšta dobra, ne mogu da budu izuzetak. Zaštita povjerenja u istinitost i potpunost javnih knjiga određena ovim zakonom neće se primjenjivati u korist sticanja do kojih dođe unutar roka od tri godine od stupanja na snagu ovog zakona, ako se njime stiče nekretnina na kojoj je bila upisana društvena svojina, a nije brisana prije stupanja na snagu ovog zakona.⁴⁵ Upisom vanknjižno stečenog prava njegov nosilac stiče mogućnost daljih raspolaganja tim pravom na osnovu pravnog posla sa svim trećim licima. Inače, odgođa zaštite povjerenja u javnu evidenciju negativno utiče na pravni promet nekretnina i razvoj tržišne privrede u cjelini.

Sticalac koji stiče svojinu s povjerenjem u javne knjige stiče svojinu nekretnine kao da na njoj ne postoje tuđa prava, tereti ni ograničenja koja nisu bila upisana u ovu knjigu, osim onih koja postoje na osnovu samog zakona, a ne upisuju se u javnu knjigu.⁴⁶ Ovo je i pod pretpostavkom da je sticalac nakon podnošenja zahtjeva za uknjižbu prava svojine saznao za vanknjižno postojanje tih prava, tereta i ograničenja.⁴⁷ Prava koja kreira sam zakon postoje iako nisu upisana u javnu knjigu i njihov upis bi imao samo deklaratorni karakter. Savjesni sticalac stiče ovo pravo opterećeno onim pravima, teretima i ograničenjima koja su u času podnošenja zahtjeva za upis već bili upisana u javnoj knjizi ili je iz ove knjige bilo uočljivo da je zatražen njihov upis. Neupisani nosioci stvarnih prava na nekretninama svoje pravo da zahtijevaju upis vanknjižno stečenih prava mogu ostvarivati samo dok u korist savjesnog sticaoca ne nastupe pravni učinci zaštite povjerenja

⁴⁴ Član 346. st. 1. i 2. ZSP.

⁴⁵ Član 346. st. 3. ZSP.

⁴⁶ Član 56 st. 2 ZSP-a.

⁴⁷ P. Simonetti, Stjecnje prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige i učinci pravnog posla otuđenju tuđe nekretnine, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1/01, str. 299.

u istinitost i potpunost. Kada dođe do toga, vanknjižni nosioci tih prava prestaju biti njihovi nosioci, pa ih više ne mogu ni upisati u javnu evidenciju.

STICANJE SVOJINE OD NEVLASNIKA NA POKRETNIM STVARIMA

Kao iznimka od opšteg načela, ovaj originarni način sticanja prava svojine dolazi u obzir samo u zakonom određenim slučajevima i uz ispunjenje propisanih pretpostavki. Ovdje se na račun vlasnika stvari maksimalno štite ona lica koja su u pravnom prometu bila savjesna pouzdajući se u publicitetno djelovanje državnine. To je pitanje koje ne zadire samo u odnose statike prava nego i njegove pravno valjane dinamike.⁴⁸ ZSP se u pogledu ove materije značajno razlikuje od ranijeg Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima (ZOSPO)⁴⁹ bivše SFRJ. Sada je ovakvo sticanje olakšano u cilju veće zaštite povjerenja u promet.⁵⁰ Uslovi su da se radi o pokretnoj stvari,⁵¹ da je pravni posao za sticanje prava svojine bio teretan, da je sticalac bio savjestan i da je prodana stvar preuzeta u državinu.⁵² Svi ovi uslovi moraju da budu ispunjeni da bi došlo do sticanja svojine od nevlasnika. Dovoljno je da samo jedna činjenica nedostaje, pa da do sticanja ne dođe. Tada svojina ranijeg vlasnika ne prestaje i on može vindicirati svoju stvar od držaoca. Više se ne traži da je stvar pribavljena od nevlasnika koji u okviru svoje djelatnosti stavlja u promet takve stvari ili da ju je raniji vlasnik predao nevlasniku na osnovu pravnog posla koji nije osnova za pribavljanje prava svojine odnosno da je stvar pribavljena na javnoj prodaji.⁵³

U slučajevima sticanja svojine od nevlasnika postoji privid valjanog prenosa svojine. Prividna derivacija mora imati sve osobine prave derivacije. Neophodan uslov za to je postojanje punovažnog *iustus titulus*⁵⁴ (pravni posao koji zaključuju savjesni sticalac i otuđivalac) koji je usmjeren na sticanje svojine. On ne smije da ima nedostatke koji bi doveli do njegove ništavosti, bez obzira što ovdje nema derivacije. Pravni posao mora da bude dvostran, zaključen *inter vivos*, kauzalan i da ispunjava uslove za sticanje svojine, kao da se svojina pribavlja derivatnim putem od

⁴⁸ N. Mojić, O sticanju vlasništva od nevlasnika, *Pravna riječ*, br. 8/06, str. 115.

⁴⁹ Službeni list SFRJ br. 6/80 i 37/90.

⁵⁰ Član 111 ZSP-a.

⁵¹ Ona ne smije da bude izuzeta iz prometa.

⁵² To je gotovo identično članu 118 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske koji je rađen po uzoru na odgovarajuća rješenja Njemačkog građanskog zakonika.

⁵³ Vid. član 31 st. 1 ZOSPO.

⁵⁴ Ovo je prihvaćeno gotovo u svim zemljama sa izuzetkom Francuske.

pravog vlasnika stvari. Obavezan uslov je da je teretan,⁵⁵ a prihvatljive su sve vrste teretnih poslova. Naravno, u praksi se najčešće zaključuje ugovor o prodaji. Ovo je sasvim razumljivo, jer teretni pravni poslovi moraju da budu bolje zaštićeni od dobroćinih, gdje savjesni pribavilac ne daje za stvar nikakvu naknadu. Postavlja se pitanje kako postupiti kod sticanja kod kojih postoji miješanje elemenata teretnosti i besplatnosti (mješoviti ugovor). Smatramo da u ovim slučajevima treba koristiti kriterijum prevladavajućeg elementa, pa ako preovladava onaj besplatni, ovakvo sticanje je isključeno. Ovdje bi bilo neprihvatljivo priznati sticanje u jednom dijelu, jer je namjera sticaoca bila usmjerena na cjelinu stvari.⁵⁶ Za ovaj pravni posao se, po pravilu, ne zahtijeva pismena forma, osim za pojedine vrste pokretnih stvari ili ako ugovorne strane predvide formu kao uslov punovažnosti.

Predaja državine sticaocu je modus acquirendi za sticanje svojine od nevlasnika. Tek predaja državine dovodi do sticanja svojine novog vlasnika. Do tada, ugovor sa nevlasnikom ima samo obligaciono-pravno dejstvo. Državina savjesnog sticaoca mora biti zakonito stečena. Za razliku od ZOSPO-a, sada su prihvatljivi samo oni načini predaje koji sticaocu donose neposrednu i samostalnu državinu. Neposredni držalac je lice koje svoju faktičku vlast vrši lično ili putem pomoćnika u državini, a samostalni držalac je lice koje drži stvar kao da je njen vlasnik.⁵⁷ Prema tome, nema sumnje da su kao načini predaje prihvatljivi *traditio vera* i *traditio symbolica*. Ako je sticaocu stvar predata u samostalnu državinu samom izjavom volje, on će pravo svojine steći tek kad mu stvar bude predata u neposrednu državinu.⁵⁸ Izuzetak postoji samo kod *traditio brevi manu*, gdje se stvar već nalazi kod sticaoca. Ovdje se odstupa od principa da forma prividne derivacije mora imati sve osobine prave derivacije od vlasnika i da neposredna i posredna državina uživaju istu pravnu zaštitu.

Savjesnost sticaoca predstavlja ključni element činjeničnog stanja sticanja svojine od nevlasnika.⁵⁹ Za sticanje svojine od nevlasnika bitna je savjesnost sticaoca, a ne savjesnost otuđivaoca.⁶⁰ Postojanje savjesnosti sticaoca je faktičko pitanje o kome

⁵⁵ To je predviđeno u pravnim sistemima Rusije, Austrije, Engleske, Sad, Hrvatske, Makedonije, Slovenije, Crne Gore itd. Neki zakonici dopuštaju i dobroćini pravni posao kao osnov sticanja svojine od nevlasnika (v. čl. 2279 Code civil i § 932 BGB).

⁵⁶ Tako i H. Kačer, Stjecanje (pokretnina) od nevlasnika, u: Zbornik radova "Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse," Zagreb, 1994, str. 331.

⁵⁷ Član 303.st. 2. i 304. st. 1. ZSP.

⁵⁸ Prema tome, isključeni su *constitutum possessorium* i *cessio vindicationis*.

⁵⁹ N. Planojević, *Predmet savjesnosti sticaoca svojine od nevlasnika u uporednom i komunitarnom pravu*, u: Zbornik radova "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Mostar, 2010, str. 328.

⁶⁰ Vid. Vrhovni sud Srbije, Rev- 4216/98, u: S. Međedović, *Stvarno pravo*, Novi Pazar, 2011, str. 103.

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

Sticanje svojine od nevlasnika je dopušteno samo na povjerenim stvarima. ZSP propisuje pravilo da ovakvo sticanje ne dolazi u obzir na stvarima koje su vlasniku bile ukradene ili ih je on izgubio odnosno zagubio,⁶⁴ osim ako se ne radi o sticanju gotovog novca, hartija od vrijednosti na donosioca ili sticanju na javnoj licitaciji.⁶⁵ Pojam krađe u kontekstu sticanja od nevlasnika treba poistovjetiti sa pojmom krivičnog djela krađe, bez obzira da li je počinitelj zbog toga i kažnjen. Društvo se nesumnjivo mora zaštititi od protivpravnih radnji. Izgubljene i zagubljene stvari su takođe nestale vlasniku protiv njegove volje, pa je i na njima sticanje na ovaj način moguće samo izuzetno. Ovo može da bude podvrgnuto kritici, jer sticalac najčešće ne može znati kako i na koji način je vlasnik ostao bez državine.

⁶¹ Član 305. ZSP.

⁶² O pravnom položaju neovlašćenog otuđivaoca v. N. Planojević, Pravni položaj neovlašćenog otuđioca kod sticanja svojine od nevlasnika, *Pravna riječ*, br. 11/07, str. 265-281.

⁶³ O tome: N. Planojević, Vremenski trenutak prema kome se procjenjuje savjesnost u kontekstu člana 111 Nacrta Zakona o stvarnim pravima RS, *Pravna riječ*, br. 5/05, str. 253-266.

⁶⁴ Prema odredbi člana 120 st. 1 ZSP-a, stvar koju je vlasnik izgubio, zagubio ili mu je ukradena samim tim nije prestala biti njegova svojina.

⁶⁵ Ti izuzeci su predviđeni zbog sigurnosti pravnog prometa.

Pošto se radi o sticanju svojine na osnovu zakona, propisano je da prava trećih lica na stvari stečenoj od nevlasnika prestaju,⁶⁶ osim ako je sticalac u času pribavljanja svojine za njih znao ili mogao znati (ZOSPO se o tome nije izjašnjavao).⁶⁷ To ne znači da je ovaj način sticanja svojine prestao da bude originaran. Problem između savjesnog sticaoca i titulara stvarnih prava je sasvim razumljivo riješen u korist savjesnog sticaoca, jer titulari stvarnih prava ne mogu da budu u povoljnijem položaju od ranijeg vlasnika. Međutim, i ovo ne važi bezuslovno. Sticalac koji zna ili je mogao znati za postojanje tih prava ne može steći svojinu bez njih. Predviđena je i pretpostavka da se smatra da je sticalac znao da postoji založno ili neko drugo pravo ako je o postojanju tog prava mogao saznati uvidom u odgovarajući javni registar. Ta presumpcija se ne primjenjuje ako je stvar u promet stavio prodavac u okviru svog redovnog poslovanja.

Za prava koja prestaju sticanjem svojine od nevlasnika sticalac ne duguje naknadu njihovim nosiocima. Raniji vlasnici imaju pravo da podnesu obligacionopravni zahtjev protiv lica koje je određenu stvar na taj način otuđilo. ZSP ne predviđa pravo ranijeg vlasnika za vraćanje ove stvari od savjesnog sticaoca (kao što je to predviđao ZOSPO) u slučaju da je ta stvar za njega imala tzv. afekcionu vrijednost. I ovo je na liniji zaštite pravne sigurnosti i sprečava mogućnosti za nove sudske sporove. Nova rješenja su prilagođena potrebama savremenog prometa i novih odnosa u društvu, a koliko su ona prihvatljiva najbolje će pokazati njihova primjena u praksi.⁶⁸

ZAKLJUČAK

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

Mogućnost ovog sticanja na prvi pogled izgleda prilično začuđujuće i protivna je pravičnosti, pravnoj sigurnosti i apsolutnom dejstvu privatne svojine. Ovdje određeno lice postaje novi vlasnik stvari nezavisno od volje ranijeg vlasnika i to na osnovu pravnog posla sa licem koje nema ni svojinu stvari ni ovlašćenje na njeno otuđenje. Time se napuštaju mnoga temeljna načela građanskog prava. Ako vršimo komparaciju individualnih interesa vlasnika stvari i savjesnog stica-

⁶⁶ Nema kontinuiteta između svojine sticatelja i ranije svojine.

⁶⁷ Ovo je u skladu sa članom 23 stav 3 ZSP-a koji normira sticanje svojine na osnovu zakona.

⁶⁸ Vid. kritiku ovog koncepta kod: S. Stepanović, Da li treba mijenjati zakonsku regulativu instituta sticanje od nevlasnika, *Pravna riječ*, br. 11/07, str. 232; S. Stjepanović, Sticanje od nevlasnika, u: *Aktuelna pitanja građanske kodifikacije*, Zbornik radova, Niš, 2008, str. 131.

oca, čini nam se da je interes vlasnika stvari ipak vredniji zaštite. Međutim, ako sve ovo posmatramo sa aspekta kolektivnog interesa jedne društvene zajednice i uvažavanja realnosti, može se izvući drugačiji zaključak. Naime, nesumnjivo je da dozvoljavanje ovakvog sticanja značajno ubrzava i olakšava pravni promet, te da doprinosi njegovoj sigurnosti, što je od velike važnosti u svakoj državi. Upravo značaj tog kolektivnog interesa donosi prevagu pred individualnim interesom vlasnika stvari i zato je ovaj institut i prihvaćen i kod nas i u uporednom pravu. Interes savjesnog sticaoca nije vredniji od vlasnikovog, ali se on, u ovim slučajevima, poklapa sa kolektivnim interesom i zato se preferira. Dakle, u savremenim uslovima evidentna je potreba postojanja ovog instituta. Drugo je pitanje obima ovakvog sticanja u raznovrsnim životnim situacijama i uslova pod kojima ga treba dopustiti, jer se radi o institutu koji je vrlo pogodan za razne vrste zloupotreba. Pri tome, trebalo bi imati u vidu da li se radi o trgovačkoj ili građansko-pravnoj sferi prometa, jer brzina prometa i masovnost kod trgovaca traže mnogo elastičnija rješenja, dok promet između pojedinaca koji nisu trgovci ne zahtijeva posebnu, dodatnu zaštitu.

Zakonodavac u Republici Srpskoj je postupio u duhu modernih tendencija u ovoj oblasti i znatno odstupio od ranijeg propisa (ZOSPO). Sada je dopušteno sticanje svojine od nevlasnika i na nepokretnim i na pokretnim stvarima pod propisanim uslovima. Ovakvo sticanje na nekretninama predstavlja značajnu novinu koja će sigurno doprinijeti stabilizaciji javnih registara, dok je sticanje na pokretnim stvarima sada znatno olakšano. U ovim slučajevima sticalac vjeruje u privid prava stvoren njegovim upisom u javne evidencije odnosno državinom otuđivaoca. On opravdano vjeruje da stiče stvar od samog vlasnika i ovakav pravni promet je zbog toga i dobio pravnu zaštitu. Bez savjesnosti sticaoca nema primjene ovog instituta. Zaštita se, razumljivo, pruža samo onom ponašanju tog lica koje je u duhu načela savjesnosti i poštenja. Podržavamo nova rješenja i nadamo se da će u praksi opravdati svoje postojanje.

DUŠKO MEDIĆ, LL.D.,

Profesor, Judge of the Constitutional Court of Republika Srpska

OBTAINING THE PROPERTY RIGHT FROM A NON-POSSESSOR

Summary

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

MIRJANA VULIĆ

NACIONALIZACIJA GRAĐEVINSKOG ZEMLJIŠTA

U V O D

Nacionalizacija je oduzimanje prava svojine na određenim dobrima (nepokretna, pokretna imovina, finansijski kapital) u određenim privrednim granama od opštedržavnog interesa i njen prelazak u državnu svojinu, uz mogućnost ali bez obaveze plaćanja naknade ranijim vlasnicima.

Nastanak nacionalizacije se vezuje za 19. vek. U Francuskoj je već 1818. godine izvršena nacionalizacija kada je država preuzela svojinu na nekim rudnicima. Nacionalizacija je mera kojoj država pribegava u određenim vremenskim intervalima. Recimo u vreme velikih ekonomskih kriza, posle ratova, u slučaju poremećaja u određenim privrednim granama. Radi toga nisu postojali opšti zakoni o nacionalizaciji kao što je to slučaj bio sa eksproprijacijom. Države su svoje ovlašćenje da vrše nacionalizaciju dobijale na osnovu samog ustava. Zakoni o nacionalizaciji su donošeni pojedinačno za određene privredne grane ili određenu vrstu dobara. Tako su u Engleskoj nacionalizovana preduzeća u čeličnoj industriji, a u Francuskoj je između dva svetska rata nacionalizovana železnica. U kapitalističkim sistemima nacionalizacija je mera za reformu kapitalističkog privrednog sistema.

U zemljama socijalističke orijentacije nacionalizacija ima funkciju socijalnog prevrata. Zato je "nacionalizacija odnos klase prema klasi, često kazna za povredu pravila poretka i morala (sa stanovišta novog društva).Šire gledano nacio-

Mirjana Vulić, pomoćnik direktora JP "Preduzeće za izgradnju grada Kragujevca".

nalizacija je odnos novog poretka prema vladajućoj klasi predhodne društveno ekonomske formacije”.¹ Nacionalizacija se uvek javlja isključivo u individualnoj varijanti: javlja se u određenim istorijskim periodima i odnosi se na određene privredne objekte i privredne grane. U zemljama socijalističke orijentacije ona je vršena i izvršena posle drugog svetskog rata, kada su i nastale ove države.

Izuzetak je Sovjetski savez u kome je odmah po završetku oktobarske revolucije započet proces nacionalizacije. Dekretom o zemlji iz 1917. godine izvršena je nacionalizacija celokupnog zemljišnog fonda, 1918. godine nacionalizovana je industrija, zatim banke, transportna preduzeća, spoljna trgovina.

Proces nacionalizacije u Demokratskoj republici Nemačkoj započeo je 1945. godine. Sovjetskim vojnim naređenjima u periodu 1945/46 nacionalizovana je najpre ključna industrija, zatim preduzeća, zatim preduzeća u trgovini, za snabdevanje energijom i bankarstvo. Mala i srednja preduzeća su prvobitno bila izuzeta, ali su i ona u periodu 1950-1960. godine prešla u državno vlasništvo. Od nacionalizacije su bile izuzete male zanatske radionice, mali trgovci i kafedžije.

Nacionalizacija na našim prostorima

Na području bivše Jugoslavije proces nacionalizacije je trajao od 1946. god. do 1958. godine. Zakon o nacionalizaciji privatnih privrednih preduzeća donet je 1946. godine.² Ovim Zakonom nacionalizovana su sva privatna privredna preduzeća u 42 privredne grane. Dopunom ovog zakona 1948. godine nacionalizovala su se kreditna i osiguravajuća društva, električne centrale, železnička preduzeća...

Postupak nacionalizacije završen je 1958. godine donošenjem Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta.

Nacionalizacija je u našoj državi počela 1946. godine donošenjem Zakona o nacionalizaciji privatnih privrednih preduzeća.

Zakon ne sadrži definiciju nacionalizacije, već u uvodnom delu govori o ciljevima nacionalizacije.³

Danom stupanja na snagu ovog Zakona sva privatna privredna preduzeća u 42 grane privrede prešla su u državnu svojinu. Ova lista je proširena 1948. godine.

¹ Jožef Salma

² Sl. list FNRJ 98/46.

³ “U cilju da se dade puni razmah ostvarenju društveno-ekonomskih načela Ustava federativne Narodne Republike Jugoslavije: Načela pravilnog iskorišćavanja svih postojećih privrednih snaga zemlje; Načela davanja pravca privrednom životu i razvitku od strane države putem opšteg privrednog plana; Načela o opštenarodnoj svojini sredstava proizvodnje kao glavnom osloncu države u razvitku narodne privrede; Načela o odbrani naroda od eksploatacije; A da bi se zaštitili životni interesi naroda i podiglo blagostanje radnog naroda; Narodna skupština FNRJ donosi Zakon o nacionalizaciji.”

Nacionalizacija preduzeća je obuhvatila svu pokretnu i nepokretnu imovinu kao i sva imovinska prava (patente, licence, dozvole za rad, žigovi, modeli i slično). Zakonom je propisano da sopstvenicima pripada naknada za nacionalizovanu imovinu. Naknada je mogla da se isplati u državnim obveznicama koje glase na donosioca ili u novcu. Zakon je obavezao saveznu vladu da donese bliže propise o načinu i postupku procene nacionalizovane imovine i isplati naknade. Propisi nisu doneti pa je izostalo plaćanje naknade.

Određena lica nisu imala pravo na naknadu. U prvu grupu spadaju lica protiv kojih se vodi krivični postupak za dela za koja može da se izrekne mera konfiskacije kao i lica kojima je prestalo državljanstvo zbog prelaska u strano državljanstvo. Naknada se nije davala za nacionalizovanu imovinu koja je služila socijalnim, humanim, kulturnim i sličnim svrhama.

Nadležni sudovi su po zahtevu državnih organa vršili prenos prava svojine i drugih prava sa ranijeg sopstvenika na državu. Osnivanje novih privatnih privrednih preduzeća iz grana privrede koja je bila predmet nacionalizacije bilo je zabranjeno. Samo izuzetno Vlada FNRJ mogla je da da dozvolu za osnivanje preduzeća.

Sledeći je donet Zakon o izmenama i dopunama Zakona o nacionalizaciji privatnih privrednih preduzeća⁴. Ovim Zakonom se nacionalizuju privatna preduzeća u preostalim privrednim granama i svojina na nepokretnosti svih stranih fizičkih i pravnih lica.

Zakonom o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta iz 1958.god⁵. nacionalizuju se sve najamne stambene zgrade i najamne poslovne zgrade. Građevinsko zemljište u gradovima i naseljima gradskog karaktera nacionalizuje se i postaje društvena svojina.

U članu 2. Ovog Zakona propisano je:

“Građani mogu na teritoriji Jugoslavije sticati i imati u svojini: porodičnu stambenu zgradu, tj.zgradu sa dva stana ili sa tri manja stana, ili najviše dva stana kao posebne delove zgrade, ili jednu porodičnu stambenu zgradu i jedan stan kao poseban deo zgrade”.

Na isti način zakon je propisao šta mogu sticati i imati od nepokretne imovine građanska pravna lica, udruženja građana i zanatlije.

Pošto je na ovaj način ograničio pravo svojine na nepokretnosti, sve što je prelazilo dozvoljeni maksimum bilo je nacionalizovano.

Svim ovim licima je takođe za ubuduće zabranjeno sticanje nepokretnosti preko utvrđenog maksimuma.

⁴ Sl. list FNRJ 35/48.

⁵ Sl. list FNRJ 52/58.

Zakonom su nacionalizovana i sva građevinska zemljišta izgrađena i neizgrađena u gradovima i naseljima gradskog karaktera. Građevinsko zemljište postaje društvena svojina a dotadašnji vlasnik postaje korisnik zemljišta.

Naknada za nacionalizovane stambene objekte utvrđena je u visini 10 % od stanarine koja se plaća za tu zgradu na dan stupanja na snagu zakona za vreme od 50 godina. Tako utvrđena naknada trebalo je da se plaća u jednakim mesečnim obrocima za vreme od pedeset godina počev od 1. januara 1959. godine.

Postupak nacionalizacije vodile su posebne komisije za nacionalizaciju pri opštinskim narodnim odborima. Protiv rešenja ove komisije mogla se izjaviti žalba komisiji za nacionalizaciju pri sreskom narodnom odboru. Vođenje upravnog spora bilo je zabranjeno.

Postupak određivanja naknade vodio se po pravosnažnosti rešenje o nacionalizaciji. Postupak je vodio organ uprave nadležan za poslove finansija pri opštinskom narodnom odboru. Protiv rešenja o naknadi nije se mogla izjaviti žalba niti se mogao voditi upravni spor.

Iz analize navedenih zakona zaključujemo da se nacionalizacija u bivšoj Jugoslaviji razlikuje od one u državama nesocijalističke orijentacije. Razlika se ogleda u predmetu nacionalizacije i naknadi za nacionalizovanu imovinu.

“Razlika između predmeta nacionalizacije u bivšoj Jugoslaviji i nesocijalističkim državama jeste, kao što se iz ovog pregleda može videti, u tome što je u Jugoslaviji taj predmet bio obimniji, širi, i to u dva pravca. On se odnosi ne samo na privredna preduzeća u nekim privrednim granama, već na sva takva preduzeća u gotovo svim privrednim granama; a obuhvatao je i prava na novoj vrsti objekata: stambenim i poslovnim objektima i građevinskom zemljištu u gradovima, nezvano za bilo koju privrednu granu. Dakle, predmet nacionalizacije u Jugoslaviji bio je širi i u kvantitativnom i u kvalitativnom smislu. Sledeća razlika vezana je za naknadu koju pogođeni titulari dobijaju. U nesocijalističkim državama naknada je puna, tržišna. U bivšoj Jugoslaviji ona je takođe postojala, ali je bila simbolična, zbog cilja sa kojim je izvođena. Naknada nije omogućavala uspostavljanje prvobitne ekonomske pozicije pogođenog subjekta. Gubitak imovinskih prava za njega je bio konačan. Da podsetimo, naknada za oduzeti stan ili poslovni objekat iznosila je 10% od stanarine za vreme od 50 godina. I taj umanjeni iznos naknade bio je isplaćivan u obveznicama, u roku od 50 godina čija vrednost nije bila zaštićena vezivanjem za stabilnu valutu pa ju je inflacija dodatno obezvređila.”⁶

Na osnovu prikaza jedina dva zakona o nacionalizaciji koja su doneta u našoj zemlji možemo zaključiti da su osnovne karakteristike nacionalizacije slede-

⁶ Nina Planojević, “Naknada za oduzete stambene i poslovne objekte“, Pravni život, br. 11/2007. god.

će: da se vrši neposredno na osnovu zakona, da su predmet nacionalizacije prvenstveno privredni objekti, ali i pokretne stvari i neka prava, da vlasnici predmeta nacionalizacije mogu da budu i fizička i pravna lica i da plaćanje naknade za nacionalizovanu imovinu nije neophodan uslov.

Nacionalizacija je vršena na osnovu samog zakona tako što je propisivano da sva imovina navedena u zakonu, danom stupanja na snagu zakona prelazi u državnu svojinu. Tako je Zakonom o nacionalizaciji privatnih privrednih preduzeća iz 1946. godine predviđeno da sva imovina privatnih preduzeća u 42 privredne grane prelazi u državnu svojinu. Pojedinačni upravni akti nisu donošeni, odnosno nisu vođeni bilo kakvi pojedinačni upravni postupci nacionalizacije. Objekti nacionalizacije su privatna privredna preduzeća. Nacionalizuje se celokupna imovina preduzeća, nepokretna i pokretna imovina, postrojenja, oprema kao i sva imovinska prava kao što su patenti, licence, dozvole za rad, službenosti, rudarska prava, uzorci, žigovi i sl. Međutim Zakonom o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta iz 1958. godine nacionalizuje se samo određena vrsta nepokretnosti: najamne stambene zgrade, najamne poslovne zgrade i građevinsko zemljište, čime je učinjeno znatno odstupanje od opšteg pojma nacionalizacije. Jer je nacionalizacija prvenstveno privredno-politička mera koju država sproviđi u određenim privrednim granama. Zakon iz 1958. godine nije usmeren ni na jednu privrednu granu, već na tačno određene objekte u privatnoj svojini fizičkih lica.

Kada je u pitanju naknada za nacionalizovanu imovinu zakonom su bile predviđene situacije u kojima se naknada ne plaća i situacije u kojima se ona isplaćuje. Vlasnicima nacionalizovanih preduzeća naknada je isplaćivana u državnim obveznicama, a vlasnicima stanova davana je simbolična naknada na 50 godina. Iz ovoga možemo da zaključimo da je faktički nacionalizacija vršena bez naknade.

Nacionalizacija građevinskog zemljišta

Zakonom o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta iz 1958. godine nacionalizovano je izgrađeno i nbeizgrađeno građevinsko zemljište u užim građevinskim reonima gradova i naselja gradskog karaktera.

Postupak nacionalizacije građevinskog zemljišta započinjao je odlukom Izvršnog veća Republike određivanjem mesta koja se smatraju gradovima i naseljima gradskog karaktera. Zatim su opštinski organi donosili odluke o utvrđivanju građevinskih reona. Odluka je sadržala popis svih katastarskih parcela koje ulaze u sastav užeg građevinskog reona. Ovu odluku potvrđivalo je republičko Izvršno veće. U toku 1959. godine svi gradovi i naseljena mesta u Srbiji doneli su ove odluke.

Na osnovu ovih odluka geodetske uprave su uradile zapisnike obeležavanja granica užeg građevinskog reona i prostorne karte-geodetske podloge, sa ucrtanom granicom užeg građevinskog reona. Tako je nastao uži građevinski reon, koji će kasnije dobiti naziv gradsko građevinsko zemljište.

Posle ovog zakona nije donet nijedan zakon koji bi u svom naslovu sadržao pojam nacionalizacije. Međutim, nacionalizacija građevinskog zemljišta vršena je sve do 1995. godine zakonima o građevinskom zemljištu.

Godine 1968. donet je savezni Zakon o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera⁷. Zakonom se propisuje da se kao građevinska mogu odrediti samo ona zemljišta koja su već urbanistički izgrađena ili za koja se donese urbanistički plan i ako će se gradnja na tim zemljištima u celini ili većim delom izvršiti u roku od deset godina. Građevinsko zemljište se određuje republičkim zakonima.

Iako ovaj zakon u svom naslovu ne sadrži pojam nacionalizacije, iz samog sadržaja zakona jasno je da se radi o nacionalizaciji građevinskog zemljišta.

Interesantno je napomenuti da je stručna javnost ovaj zakon nazivala malim zakonom o nacionalizaciji.

Na osnovu ovlašćenja iz ovog zakona Republika Srbija iste godine donosi zakon o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera.⁸

Zakon sadrži spisak 35 mesta u Srbiji, 25 u Vojvodini i 3 na Kosovu i Metohiji. Građevinsko zemljište u nabrojanim gradovima i naseljima gradskog karaktera postaje društvena svojina.

Skupštine opština su bile dužne da u roku od dva meseca sačine zapisnik o omeđavanju i skice zemljišta sa spiskom katastarskih parcela koje postaju društvena svojina i da to stave na javni uvid.

Pitanje naknade za nacionalizovano zemljište regulisano je saveznim zakonom o određivanju građevinskog zemljišta. Ranijem vlasniku pripada pravična naknada po odredbama Zakona o eksproprijaciji. Međutim, raniji vlasnik stiče pravo na naknadu ne u momentu nacionalizacije, već od momenta kada zemljište bude predato opštini ili drugom korisniku.

U suštini to znači da ranijem vlasniku ne pripada naknada za ukinuto pravo svojine sve dok koristi zemljište odnosno, dok je u faktičkom posedu tog zemljišta. Njemu će pripasti naknada tek ako to zemljište bude izuzeto iz njegovog faktičkog poseda. Rok za plaćanje naknade vlasniku teče od momenta predaje ze-

⁷ Sl. list SFRJ br. 5/68, 20/68.

⁸ Sl. glasnik SRS br. 32/68...i 39/73.

mljišta opštini. Naknada se isplaćuje u roku od pet godina i to u jednakim godišnjim obrocima.

Možemo da zaključimo da je nacionalizacija vršena bez naknade. Vlasnik zemljišta je ostajao bez svojine; preostalo mu je samo pravo korišćenja kojim nije mogao samostalno da raspolaže. Raniji vlasnik je svoje pravo korišćenja mogao da prenese na bračnog druga, potomke, usvojenike, roditelje i usvojioce.

Da je nacionalizacija vršena bez naknade potvrdio je zakon o vražanju oduzete imovine i obeštećenju⁹ kojim je propisano da pravo na vražanje oduzete imovine i obeštećenje imaju i lica kojima je oduzeta imovina na osnovu Zakona o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera iz 1968. godine.

Nacionalizacija građevinskog zemljišta nastavlja se donošenjem Zakona o građevinskom zemljištu iz 1875. godine¹⁰.

Ovim zakonom se prvi put uvodi pojam gradskog građevinskog zemljišta. Ono se definiše kao: "izgrađeno i neizgrađeno građevinsko zemljište u gradovima i naseljima gradskog karaktera koje je određeno zakonom ili na osnovu zakona i građevinsko zemljište u gradovima i naseljima gradskog karaktera koje se u skladu sa uslovima i po postupku koji su utvrđeni zakonom odredi opština."

Iz citirane definicije zaključujemo da postoje dve vrste gradskog građevinskog zemljišta: prva koju čini zemljište koje je određeno zakonom ili na osnovu zakona kao građevinskog do 1975. godine. To je pre svega uži građevinski reon, formiran na osnovu Zakona o nacionalizaciji iz 1958. godine i saveznog i republičkog zakona o određivanju građevinskog zemljišta iz 1968. godine; druga vrsta zemljišta je ono koje će opštine proglasiti kao gradsko građevinsko zemljište ubuduće u skladu sa zakonom.

Od donošenja zakona o građevinskom zemljištu nadležnost za određivanje gradskog građevinskog zemljišta predla je sa republike na opštinu.

Uslovi i postupak proglašenja zemljišta za gradsko građevinsko

Zakon je utvrdio uslove koji moraju biti ispunjeni da bi jedno zemljište bilo proglašeno za gradsko građevinsko. U tri slučaja zemljište može biti proglašeno za gradsko građevinsko: (1) ako je urbanistički već izgrađeno, (2) ako se nalazi u granicama generalnog urbanističkog plana i (3) zemljište u drugim područjima predviđenim za stambenu i drugu kompleksnu izgradnju.

⁹ Sl. glasnik RS br. 72/0211.

¹⁰ Sl. glasnik SRS, br. 32/75.

U sva tri slučaja moraju da budu ispunjena dva uslova: da je donet detaljni urbanistički plan i da je uređenje i izgradnja tog zemljišta predviđena srednjoročnim društvenim planom opštine.

Detaljni urbanistički plan se donosi za deo naselja, u okviru generalnog plana i njime se utvrđuje i uređuje organizacija, uređenje i korišćenje celokupnog prostora određenog naselja. Obavezni delovi urbanističkog plana su pravila uređenja, pravila građenja i grafički prilozi. Pravilima uređenja se definišu mreže saobraćajnica i trase kretanja linijske infrastrukture (vodovodne i kanizacione mreže, elektro mreže, mreže toplovoda i gasovoda...). Pravila građenja utvrđuju veličine građevinske parcele i vrste objekata koji će se na njima graditi, građevinske i regulacione linije, stepen izgrađenosti i zauzetosti građevinskih parcela. Grafički prilozi sadrže geodetske podloge na kojima se prikazuje postojeće stanje katastarskih parcela, kao i buduća namena predviđena planom.

Detaljne urbanističke planove donosile su opštine u formi odluke o usvajanju detaljnog urbanističkog plana.

Postupak donošenja urbanističkog plana odvijao se u dve faze. U prvoj fazi opština je donosila odluku o pristupanju izradi detaljnog urbanističkog plana. Ova odluka je imala tačno propisan sadržaj. Kao prvo, sadržala je opis granice zahvata urbanističkog plana navođenjem brojeva katastarskih parcela. Zatim su nabrajane parcele koje se nalaze unutar ovih granica. Donošenjem ove odluke obustavljen je promet zemljišta koje se nalazi u zahvatu plana za vreme od dve godine. Takođe se do donošenja plana obustavljalo izdavanje građevinske dozvole. Odluka je sadržala i odredbe kojim se zemljišno-knjižno odeljenje opštinskog suda obavezivalo na upis i sprovođenje zabeležbe obustave prometa.

Odluka je stupala na snagu po objavljivanju u opštinskom službenom listu.

Sledeća faza je donošenje odluke o usvajanju detaljnog urbanističkog plana.

Odluku su donosile skupštine opština. Sastavni delovi odluka su bili elaborati detaljnih urbanističkih planova koje su radile stručne urbanističke organizacije. Pošto je detaljni urbanistički plan usvojen opština je mogla da pristupi donošenju odluke o proglašenju zemljišta za gradsko građevinsko.

Ove odluke su nosile naziv "Odluke o određivanju gradskog građevinskog zemljišta". U prvom članu svih odluka navodio se naziv naselja na koji se odnosi odluka. Sledeći član je opisivao granicu zahvata navođenjem graničnih katastarskih parcela. Zatim su morale da budu pobrojane sve katastarske parcele koje se nalaze u zahvatu. Najbitnije odredbe ovih odluka su one kojima se ukida pravo svojine i naređuje promena u zemljišnim knjigama.

U odluci o određivanju gradskog građevinskog zemljišta¹¹ Skupštine grada Kragujevca iz 1979. godine u članu 7. propisano je: “stupanjem na snagu ove odluke prestaje pravo svojine na zemljištu opisanom u prethodnim članovima na koje je do tog dana postojalo pravo svojine”. U odluci iz 1978. godine umesto izraza “prestaje pravo svojine” upotrebljen je izraz “postaje društvena svojina”.

Upotrebljavana su dva različita izraza za isto pravno dejstvo odluke o određivanju gradskog građevinskog zemljišta. Jer donošenjem ove vrste odluka istovremeno prestaje pravo svojine i postaje društvena svojina na zemljištu koje je navedeno u odluci.

Opštinski sud je posebnom odredbom ove odluke obavezan da sprovede odgovarajuće upise i promene po zemljišnim knjigama. Odnosno, zemljište je knjiženo kao društvena svojina, a dotadašnji vlasnici upisivani su kao korisnici. Ove odluke objavljivane su u opštinskim službenim listovima i isticane su na oglasnim tablama mesnih kancelarija radi obaveštavanja.

Skupština grada Kragujevca donela je ukupno šest odluka o određivanju gradskog građevinskog zemljišta, prvu 1976. godine, a zadnju 1989. godine. Sve odluke su imale isti sadržaj, osim naravno spiska katastarskih parcela. Odluke nisu regulisale prava ranijih vlasnika, kao ni mogućnost eventualnog prigovora na odluku.

Prava ranijeg vlasnika zemljišta

Ograničenje prava privatne svojine na zemljištu počinje od trenutka kada opština donese odluku o pristupanju izradi detaljnog urbanističkog plana. Donošenjem odluke o pristupanju zabranjuje se promet zemljišta a upis ove zabrane po službenoj dužnosti vršilo je zemljišno-knjižno odeljenje opštinskog suda. Ova zabrana je mogla da traje najduže dve godine. U istom periodu bilo je zabranjeno vršenje bilo kakvih promena na ovom zemljištu izgradnjom, odnosno zabranjeno je bilo izdavanje građevinskih dozvola.

Nakon usvajanja detaljnog urbanističkog plana opština donosi odluku o određivanju gradskog građevinskog zemljišta. Donošenjem ove odluke ukida se pravo svojine na zemljištu.

Zakon o građevinskom zemljištu je detaljno regulisao prava ranijeg sopstvenika. Raniji sopstvenik neizgrađenog gradskog građevinskog zemljišta kome je oduzeto pravo svojine, postaje korisnik zemljišta. Prema odredbi člana 23. Zakona o građevinskom zemljištu on ima pravo “da zadrži u posedu to zemljište i da ga upotrebljava za dozvoljene svrhe, na način kojim se ne menja oblik i svojstvo zemljišne parcele do dana kada ga je na osnovu odluke nadležnog organa du-

¹¹ Međuopštinski službeni list Opština Šumadije, br. 15/79.

žan predati opštini, odnosno određenom korisniku radi privođenja tog zemljišta predviđenoj nameni”.

Zavisno od namene neizgrađenog gradskog građevinskog zemljišta koja je utvrđena detaljnim urbanističkim planom raniji sopstvenik mogao je da se nađe u dvema različitim situacijama:

Raniji sopstvenik neizgrađenog gradskog građevinskog zemljišta ima prvenstveno pravo korišćenja tog zemljišta radi izgradnje zgrade na koju po zakonu može steći pravo svojine u granicama jedne građevinske parcele čija je površina potrebna za redovnu upotrebu zgrade, ako se na osnovu detaljnog urbanističkog plana na tom zemljištu može podići zgrada (preče pravo gradnje)-propisano je članom 24. Zakona. Pojasnićemo ovu odredbu. Ako je detaljnim urbanističkim planom na neizgrađenom građevinskom zemljištu predviđena izgradnja porodične zgrade, raniji sopstvenik ima preče pravo gradnje na tom zemljištu, pod uslovom da budućom izgradnjom ne stiče svojину na nepokretnosti preko maksimuma koji su određeni zakonom. U slučaju da može da ostvari preče pravo gradnje i pored toga što je raniji sopstvenik već upisan kao korisnik mora se obratiti nadležnom opštinskom organu za dobijanje na korišćenje tog istog zemljišta. Ostvarivanje ovog prava vezano je za rok kako u pogledu podnošenja zakona, tako i u pogledu roka u kome mora da se završi izgradnja objekta. U slučaju protoka rokova sankcija je gubitak prava.

Ukoliko je detaljni urbanistički plan predvideo da se na neizgrađenom gradskom građevinskom zemljištu gradi objekat koji ne može biti u privatnoj svojini (bolnice, škole, parkovi, ulice) u tom slučaju raniji sopstvenik to zemljište koristi na način koji ne menja oblik i svojstvo zemljišne parcele. Odnosno zabranjeno mu je bilo kakvo izvođenje građevinskih radova. Raniji sopstvenik može koristiti zemljište sve dok opština ne odluči da zemljište privede planiranoj nameni izgradnjom škole, bolnice ili ulice. Ova situacija je nepovoljnija za ranijeg sopstvenika od prethodne. Kada će se pristupiti izgradnji ovih objekata zavisice isključivo od opštine. Događalo se da od donošenja plana do izgradnje prođe više godina, pa i decenija. Za to vreme raniji sopstvenik je u faktičkom posedu tog zemljišta bez mogućnosti da na njemu gradi ili bilo šta menja.

Gradsko građevinsko zemljište je u društvenoj svojini i nije u prometu. Pravo raspolaganja ima opština pod uslovima koje propisuje zakon o građevinskom zemljištu.

Pravo korišćenja koje je ranijem sopstveniku preostalo posle ukidanja prava svojine takođe nije bilo u prometu. Odnosno, on nije mogao da raspolaze tim pravom. Izuzetno on je to svoje pravo mogao da prenese samo na najuži krug srodnika.

Naknada ranijem sopstveniku

Saveznim zakonom o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera iz 1968. godine bilo je propisano da "naknada za zemljište koje je postalo društvena svojina isplaćuje se u roku od pet godina od dana kada je to zemljište predato opštini i to u jednakim godišnjim obrocima". Zakon o građevinskom zemljištu iz 1975. godine predviđa plaćanje za zemljište prema propisima o eksproprijaciji. Međutim i prema ovom zakonu pravo na naknadu raniji sopstvenik stiće tek kada mu zemljište bude uzuzeto iz poseda. Na isti način plaćanje naknade je regulisao i zakon o građevinskom zemljištu iz 1979. godine.

Prema navedenim zakonima raniji sopstvenik neizgrađenog gradskog građevinskog zemljišta ne stiće pravo na naknadu momentom ukidanja prava svojine. On to pravo stiće tek kada zemljište preda u posed opštini i to na njen zahtev. O tome kada će doći do predaje u posed opštini neizgrađenog gradskog građevinskog zemljišta nije mogao da odlučuje raniji sopstvenik. Već smo napomenuli da je između ukidanja prava svojine i predaje u posed zemljišta opštini moglo da prođe više godina pa i više decenija. Na taj način odlagan je momenat sticanja prava na naknadu ranijeg sopstvenika za oduzeto pravo svojine. Očigledno je da su zakoni o građevinskom zemljištu preuzeli odredbe saveznog zakona o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera iz 1968. godine koji se odnose na plaćanje naknade za zemljište koje je prešlo u društvenu svojinu.

Nijedan od navedenih zakona ne predviđa plaćanje bilo kakve naknade za oduzeto pravo svojine i zabranu raspolaganja preostalim pravom korišćenja ranijim sopstvenicima. Oduzetae bilo kog imovinskog prava mora da podrazumeva i plaćanje naknade za oduzeto pravo.

Već smo napomenuli da je Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju priznao pravo na vraćanje oduzete imovine i obeštećenje licima kojima je oduzeta imovina na osnovu saveznog zakona o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera iz 1968.godine.

Postavljamo pitanje zašto to pravo nije dato i licima kojima je imovina oduzimana na osnovu Zakon o građevinskom zemljištu. Analizom sadržaja i pravnog dejstva odluka o određivanju gradskog građevinskog zemljišta dolazimo do zaključka da je ovim odlukama vršena nacionalizacija građevinskog zemljišta. Postupak za donošenje ovih odluka isti je kao i postupak sprovođenja nacionalizacije: nije obezbeđeno učešće vlasnika zemljišta u donošenju ovih odluka, ukidanje svojine vrši se opštim aktom, promena upisa u zemljišnim knjigama vrši se po službenoj dužnosti, vlasnicima zemljišta nije obezbeđena pravna zaštita i uglavnom nije isplaćivana naknada za oduzeto pravo svojine.

Jedina razlika postoji u nadležnosti. Nacionalizaciju prema Zakonu o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera vršila je država, a nacionalizaciju prema zakonu o građevinskom zemljištu vršila je opština donošenjem odluka o određivanju gradskog građevinskog zemljišta.

ZAKLJUČAK

Možemo zaključiti da je u našoj zakonskoj regulativi postojala specifična vrsta nacionalizacije koja je vršena u periodu od 1975. do 1995. godine.

Na osnovu Zakona o građevinskom zemljištu opštine su donosile odluke o određivanju gradskog građevinskog zemljišta kojima se ukidala privatna svojina i uspostavljala društvena svojina na gradskom građevinskom zemljištu. Vlasnik kome je oduzeto pravo svojine nije sticao pravo na naknadu momentom oduzimanja svojine, već je ovo pravo sticao tek kad opštini preda u posed građevinsko zemljište.

Odluke o određivanju gradskog građevinskog zemljišta koje su donošene u periodu od 1975. do 1995. godine su imale nacionalizatorski karakter.

Mišljenja smo da bi izmenama zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju trebalo priznati pravo na vraćanje i obeštećenje za oduzetu imovinu i licima kojima je oduzimana imovina na osnovu odluka o određivanju gradskog građevinskog zemljišta.

MIRJANA VULIĆ

Assistant director, "The City of Kragujevac
Building Company"

NATIONALIZATION OF THE BUILDING SITES

Summary

There was a specific type type of building site nationalization throughout our country. Nationalization was conducted by municipalities issuing an act of proclamation of the land as a building site. As soon as the Act becomes effective, private property is abolished and the building site becomes public property. Prior owner wasn't allowed the possibility of involvement, he didn't have any legal protection nor he received the compensation for the abolished private property.

This type of nationalization was conducted from 1975. to 1995. It is our position that those former proprietors should at least be entitled to a restitution claim.

ODREDIVOST KAMATE KOD POTRAŽIVANJA OBEZBEĐENOG HIPOTEKOM U BUDUĆEM GRAĐANSKOM ZAKONIKU SRBIJE

U V O D

Današnje stanje zakonodavstva u oblasti hipotekarnog prava u Srbiji može se najbolje opisati citatom Đorđa Pavlovića iz jednog od prvih udžbenika o hipotekarnom pravu na srpskom jeziku: “Neophodno je i nužno da oni kojima padne zakon u posao, da zakone objašnjavaju i primenjuju, znaju cilj potrebu i pobuđenja tih zakona. Današnji zakoni u Srbiji sastavljeni su i izrađeni većinom po stranim zakonicima, vrlo često bez jake sistematične sveze u odnosu na celinu, oni se mogu uporediti –nek mi se oprostite ovaj izraz s kakvim amalgamom ili meteorskim kamenom, kome se pored sve dobre volje i sposobnosti ispitača, priroda i sastavni delovi teško opredeliti daju. Prva naređenja našeg zakonodavca o hipotekarnom pravu nalazimo u Uredbi o intabulaciji od 14.09.1839. godine, u kojoj su najelementarniji pojmovi o hipoteci izloženi tako da se ta uredba posle toga dva puta rešenjima zakonodavca objašnjavati morala.”¹

Nakon reforme hipotekarnog prava u Srbiji, koja je sprovedena usvajanjem Zakona o hipoteci² i ukidanjem zemljišnoknjižnog sistema otvoreno je mnogo spornih pitanja koja se trebaju rešiti u budućem Građanskom zakoniku. Jedno

Srđan Stojilković, sudijski saradnik Privrednog suda u Požarevcu.

¹ Đorđe Pavlović, *Hipotekarno pravo u Kneževini Srbiji*, Beograd 1868, 1-2, 124.

² Zakon o hipoteci – ZOH, (*Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 115/2005, 60/2015).

od važnijih spornih pitanja jeste preterano odstupanje od načela specijalnosti do koga se dolazi zbog nedovoljne odredivosti kamatnih stopa kod potraživanja koje se obezbeđuje hipotekom. Predmet rada jeste analiza mogućnosti poboljšanja zakonskog okvira *de lege ferenda* u pogledu nedovoljne odredivosti kamatnih stopa kod potraživanja obezbeđenih hipotekom u našoj praksi, koja za posledicu ima značajno otežavanje ne samo položaja dužnika u hipotekarnom odnosu, već i trećih lica, potencijalnih docnijih hipotekarnih poverilaca, koji uvidom u registar ne mogu saznati do kog iznosa je nepokretnost već opterećena.

NAČELO SPECIJALNOSTI U POGLEDU OBEZBEĐENOG POTRAŽIVANJA KOD HIPOTEKE

Princip specijalnosti i princip javnosti vladajući su principi hipotekarnog prava.³ Hipoteka nema sopstveni obim već se ravna prema obezbeđenom potraživanju, što znači da iz predmeta zaloge nije dozvoljeno naplatiti iznos veći od obezbeđenog potraživanja.⁴ Hipoteka obezbeđuje glavni dug, kamatu i troškove naplate, a samo obezbeđeno potraživanje mora biti prezicno određeno ugovorom o hipoteci u pogledu iznosa glavnog duga, kamatne stope i drugih sporednih davanja.⁵ Zbog toga je važno da se u registrima u kojima se upisuju hipoteka jasno naznači koliki je iznos obezbeđenog potraživanja, kao i visina kamatne stope kako bi se zaštitila kreditna sposobnost hipotekarnog dužnika, ali i treća lica potencijalni docniji zajmodavci, koji bi uvidom u registar mogli saznati do kog iznosa je nepokretnost već opterećena.⁶ Prema načelu specijalnosti u registru treba biti označen tačan iznos glavnog potraživanja kao i visina kamate.⁷

Odstupanja od načela specijalnosti kod obezbeđenja uslovnih i budućih potraživanja hipotekom

³ Đ. Pavlović, 140. Cilj principa specijalnosti je dvojaka: jedna se odnosi na hipotekovana dobra, a druga na količinu tražbine odnosno da se iznese na vidik pravo stanje dužnikovog kredita kako bi se tačnije opredelio stepen njegovog hipotekarnog kredita. Badava bi nam upis kazivao da je dužnikovo dobro hipotekom opterećeno, kad nam ne bi u isto vreme i sumu hipotekarne tražbine opredelio, *Ibid.*, 141, 183.

⁴ Miloš Živković, *Akcesornost založnih prava na nepokretnosti*, Beograd, 2010, 69.

⁵ Vid. čl.7 i čl.12 st.1.t.3 ZOH.

⁶ Nedavnim izmenama Zakona o hipoteci iz jula 2015. godine došlo je do poboljšanja definisanja obezbeđenog potraživanja, te je određeno novim članom 7 stav 3 ZOH da ako kamata nije upisana u registar nepokretnosti, hipoteka obuhvata samo zakonsku kamatu od trenutka docnije, određenu u skladu sa propisima kojima se uređuju obligacioni odnosi i zatezna kamata, ali ne i u slučaju kada se ugovorena kamatna stopa primenjuje kao zatezna i posle padanja dužnika u docnju.

⁷ Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1999, 244.

Odstupanja od načela specijalnosti obezbeđenog potraživanja postoje kada se hipotekom obezbeđuju uslovna ili buduća potraživanja jer se u momentu konstituisanja hipoteke ne zna koliko je iznos obezbeđenog potraživanja.⁸ Kod kaucione hipoteke obezbeđuje se potraživanje koje može ali i ne mora nastati, dok se kreditna hipoteka u registru upisuje za ceo iznos potraživanja koje je banka odobrila u vidu kredita ali koji iznos nije u celosti prenet dužniku.⁹ U ovim slučajevima u registru se treba upisati maksimalan iznos do koga hipoteka obezbeđuje ova potraživanja.¹⁰ Ovaj maksimalan iznos predstavlja najviši iznos do kojeg hipotekovana nepokretnost služi obezbeđenju poveriočevog potraživanja i to za glavnica, kamatu i troškove naplate.¹¹ Ukoliko potraživanje sa kamatom pređe iznos obezbeđenja koji je upisan u registar, načelo specijalnosti nalaže da zaloga ne obezbeđuje višak potraživanja.¹² Iako je institut maksimalne hipoteke bio predviđen našim ranijim pravnim okvirom, kao i Nacrtom Zakona o hipoteci profesora Miodraga Orlića, on nije našao svoje mesto u samom ZOH. Pozitivna je stvar što je Nacrt Građanskog zakonika predvideo reafirmaciju maksimalne hipoteke u vidu posebnog instituta u svom članu 2112.¹³

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*, 245.

¹⁰ Zamršenost problema kod određenja hipotekarne tražbine vezane za budući kredit ili kod trgovačkog otvorenog kredita utvrdio je još 1868 godine Đorđe Pavlović u odličnoj teorijskoj diskusiji o maksimalnoj hipoteci. Na poveriocu je da proceni koliko će dati zajma, da proceni iznos interesa (kamate) i komisionog procenta, te da traži upis hipoteke na ovaj iznos. Ukoliko poveritelj kod otvorenog kredita sa nagomilanim interesom i komisionim procentom pređe sumu upisane procene, onda poveritelj, naplaćujući se, neće moći uzeti sa dobra veću sumu, nego onoliko za koliko se upisao. Vid. Đ. Pavlović, 143-156.

¹¹ Vid čl. 9 st. 2 Nacrta zakona o hipoteci. Miodrag Orlić, *Nacrt zakona o hipoteci* (treći nacrt, dalje u tekstu: NZOH), poseban otisak iz časopisa *Pravni život* br. 11/2005. Članom 9 st.3 NZOH bilo je propisano da ako potraživanje prelazi najviši iznos upisan u zemljišnu knjigu, poverilac može zahtevati da razliku naplati samo iz ostale dužnikove imovine.

¹² O. Stanković, M. Orlić, 245. Nacrt Građanskog zakonika u članu 2112. stav 3 propisuje da ako potraživanje prelazi najviši iznos upisan u zemljišnu knjigu, poverilac može zahtevati da razliku naplati samo iz ostale dužnikove imovine. Radni tekst Građanskog zakonika je predat Vladi Republike Srbije maja 2015. godine. Vid. Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, *Radni tekst Građanskog zakonika Republike Srbije*, Beograd 2015, dostupno na stranici: <http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 01.07.2015.

¹³ Članom 2112 Nacrta propisano je da se hipoteka se može zasnovati za obezbeđenje budućih ili uslovnih potraživanja. U zemljišnu knjigu se tada upisuje najviši iznos do kojeg hipotekovana nepokretnost služi za obezbeđenje poveriočevog potraživanja i to glavnica, kamata i troškovi naplate (maksimalna hipoteka). Ako potraživanje prelazi najviši iznos upisan u zemljišnu knjigu, poverilac može zahtevati da razliku naplati samo iz ostale dužnikove imovine. Ovakvom načinu određivanja maksimalne hipoteke za buduća i uslovna potraživanja ne može se dati niti jedna zamerka, ali se

*Novija odstupanja od načela specijalnosti
obezbeđenog potraživanja karaktera*

Pored klasičnih odstupanja od načela specijalnosti obezbeđenog potraživanja kod hipoteke vezanih za uslovna i buduća potraživanja, koja su ukorenjena u našem i u uporednom pravu, u skorijem periodu došlo je do odstupanja od načela specijalnosti nepravičnog karaktera po hipotekarne dužnike i docnije kreditore dužnika. Problemi na koje naša teorija i sudska praksa ne obraćaju dovoljnu pažnju jesu potreba da kamata bude registrovana da bi bila obuhvaćena hipotekom, vrste kamata koje su obuhvaćene hipotekom i bez registracije, vremenske granice u pogledu kamata pokrivenih hipotekom i povećanje kamatnih stopa kod obezbeđenog potraživanja.¹⁴ Zato smatram da je neophodno izvršiti posebnu analizu koja se odnosi na problem promene visine kamatne stope tokom trajanja obezbeđenog potraživanja (kada je ugovorena varijabilna kamatna stopa) jer su varijabilne kamatne stope značajno poremetile ne samo srpsko hipotekarno tržište već su jedan od osnovnih uzroka nedavne svetske finansijske krize.

Pravna pravila Zakona o zemljišnim knjigama jasno su određivala da kada se hipotekom obezbeđuje tražbina na kojoj se imaju platiti kamate, mora se upisati visina kamate.¹⁵ U zemljišnu knjigu se ne može upisati ništa neodređeno, tako da svako potraživanje koje je osnov sticanja hipoteke mora biti upisano u određenoj novčanoj sumi, te ukoliko se na tražbinu imaju platiti kamate, mora se upisati njihova visina.¹⁶ Hipoteka obuhvata i troškove parničenja i izvršenja, te trogodišnje zaostale kamate imaju prioritet u namirenju kao i glavnica.¹⁷ Međutim novija sudska praksa zauzima suprotan stav, da je pogledu upisa kamata koje su obuhva-

može dati sugestija da se i kod registrovane zaloge na pokretnim stvarima za obezbeđenje budućih i uslovnih potraživanja "maksimalna registrovana zaloga" treba urediti na istovetan način. Član 2048 Nacrta u stavu 5 propisuje da se založnim pravom mogu obezbediti i buduća, kao i uslovna potraživanja, te da se u ovom slučaju u registar zaloge upisuje najviši iznos glavnog potraživanja do kojeg založno pravo obezbeđuje uslovna ili buduća potraživanja. Smatram da i kod registrovane zaloge za obezbeđenje uslovnih ili budućih potraživanja najviši iznos upisan u registru treba obuhvatati i sva sporedna potraživanja kao i kod hipoteke.

¹⁴ M. Živković, 70-71.

¹⁵ Vid. §14 st.1 pravnih pravila Zakona o zemljišnim knjigama, (*Službene novine Kraljevine Jugoslavije*, br. 146/1930 i 281/1931-90, dalje u tekstu: ZZK).

¹⁶ Vid. Dragoljub Stojanović, *Stvarno pravo*, Beograd, 1987, 294-295.

¹⁷ §16-17 ZZK. Nedavnim izmenama ZOH ponovo je u naš pravni okvir vraćeno pravilo trogodišnjeg zaostatka kamata. Vid. čl.7 st.4 ZOH koji propisuje da tekuće kamate, kao i trogodišnje zaostale kamate, računajući od dana donošenja rešenja o izvršenju, odnosno od pravnosnažnosti rešenja o zabeležbi hipotekarne prodaje u postupku vansudskog namirenja, imaju isti red prvenstva kao i glavnica. Pravilo trogodišnjeg zaostatka kamata propisivali su izvršni zakoni, ali isto nije bilo primenljivo u praksi usled pretežnog ugovaranja vansudskog postupka namirenja hipoteke.

ćene potraživanjem koje obezbeđuje hipoteka, dovoljno pozivanje na ugovor koji sadrži odredbe o visini kamate i vreme njegovog zaključenja.¹⁸

Katastar nepokretnosti je preuzeo pretežni deo pravne evidencije o nepokretnostima, ali odredbe Zakona o državnom premeru i katastru¹⁹ ne sadrže pravila o jasnom određenju upisa visine kamatne stope, niti pravilo o trogodišnjim zaostalim kamatama kakva su bila propisana u ZZK. Zbog toga je uobičajeno da se u list nepokretnosti unese neodređeni podatak o visini kamatne stope, jer su bankarski ugovori o zajmu obično sadržali i dodatni uglavak kojim se davalo pravo kreditoru na jednostrano povećanje kamatne marže.²⁰ Bankarska praksa pored ovih klauzula (nepravinih po delu sudske prakse),²¹ izražava stav da se hipotekom na određen iznos (fiksna hipoteka) uz naznačenje varijabilne kamatne stope obezbeđuju sva potraživanja između banke i klijenta, što ne bi smelo biti dozvoljeno kod fiksne hipoteke.²²

¹⁸ Vid. presudu Vrhovnog suda Srbije Rev.4384/03 od 10.6.2004.godine, objavljena u *Izbor sudske prakse*, br.5/2006, str.46; rešenje Vrhovnog suda Srbije. Rev.2790/07 od 2.7.2008.godine, objavljeno u pravnoj bazi Paragraf lex, dostupno na adresi: <http://www.paragrafnet/index.html>, 15.2.2012.godine.

¹⁹ Zakon o državnom premeru i katastru, (*Službeni glasnik RS*, br.72/2009 i 18/2010; dalje u tekstu: ZDPK).

²⁰ Katastar nepokretnosti često vrši upis kamate tako što navodi da je kamatna stopa određena u skladu sa ugovorom, bez upisa u listu nepokretnosti kakva je to ugovorna odredba u pogledu kamate, pa samim tim zapravo nije ni vršen upis visine kamatne stope u registru. Bankarska praksa u skorijem periodu podrazumeva da kamatna stopa bude promenljiva i ima svoje dve komponente čiji zbir vrednosti daje visinu kamatne stope. Jedna komponenta kamatne stope je kamatna marža koju određuje banka, dok je druga komponenta referentna kamatna stopa koja se određuje na međubankarskom tržištu kapitala i koja bi trebala imati objektivni karakter. Kamatna marža bi trebala biti fiksna za vreme trajanja ugovora o kreditu ili da se njena promenljivost određuje na osnovu objektivnih kriterijuma. Banke u Srbiji su ugovarale pravo na jednostrano uvećanje kamatne marže sve do donošenja Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga (*Službeni glasnik RS*, br.36/2011) koji je zabranio ugovaranje prava na jednostranu promenu kamatne stope. Vid. Tatjana Jovanić, "Pravni rizik banaka zbog kvalifikacije pojedinih odredbi ugovora o stambenim kreditima kao nepravinih", *Pravo i privreda* br. 4-6/2013, 374.

²¹ Presudama Prvog osnovnog suda u Beogradu P. 26407/11 od 3.4.2012. godine, P. 4853/2011 od 7.12.2011. godine, utvrđena je ništavost odredbi ugovora o kreditu po kojim banka ima pravo na jednostranu izmenu kamatne stope, ali je praksa za sada neujednačena nakon odluka viših sudskih instanci. Više o sudskoj praksi u pogledu ništavosti ovlašćenja banaka na jednostranu izmenu kamatne stope vid. T. Jovanić, 374-379.

²² Iz ovih razloga radi odobravanja kredita većeg iznosa banke zahtevaju od zajmodavca otvaranje tekućeg računa kod nje, te kada se zadocni sa ratom, knjiži se minus (dozvoljeni, a potom i nedozvoljeni) po tekućem računu na koji ide veoma visoka kamatna stopa. Usled ovakvih obračuna banaka, kao i korišćenjem prava na jednostranu izmenu kamatne stope dolazi se do slučajeva da kamata u roku od 3 godine dostigne iznos dvostruko veći od iznosa glavnog duga, te je od stane suda dozvoljavan ovakav vid naplate kamata iako iste nisu bile upisane u registru. Više o bankarskoj

Naš pravni okvir u pogledu obuhvaćenosti kamata hipotekom danas podseća na situaciju iz Pruskog Landrehta iz 1794 godine po kome je nepokretnost opterećena hipotekom odgovarala za sve kamate vezane za obezbeđeno potraživanje bilo da su ugovorne, zatezne ili zakonske, bez obzira na to da li su ove kamate bile upisane u zemljišne knjige kao deo obezbeđenog potraživanja.²³ Pruski zakonodavac je shvatio da ovakva situacija nije baš sasvim odgovarajuća jer je dolazilo do oštećenja hipotekarnih poverilaca nižeg ranga nesrazmernim povećanjem obezbeđenog potraživanja prvenstvenog ranga usled prikrivenih kamata, te je 1872 godine donet Zakon o sticanju svojine i stvarnom opterećenju zemljišta, rudnika i samostalnih dobara po kome je hipoteka obuhvatala samo kamate koje su upisane u zemljišnoj knjizi bez obzira da li su ugovorne ili zakonske.²⁴ Upravo istorijski razvoj germanskog prava ugrađen je u Nemački građanski zakonik koji propisuje da se hipotekom obezbeđuju bez upisa u zemljišnu knjigu samo zakonske kamate.²⁵ Nemački građanski zakonik propisuje da visina ugovorne kamate mora biti upisana u zemljišnu knjugu kako bi bila obezbeđena hipotekom.²⁶ Nagnadno ugovaranje ili povećanje ugovornih kamata do nivoa od 5 % godišnje ima isti rang obezbeđenja kao glavnica i za ovo povećanje nije potrebna saglasnost hipotekarnih poverilaca nižeg ranga.²⁷

Francusko pravo dozvoljava registraciju varijabilnih kamatnih stopa kod hipoteke, tako što se upisuje u registru da kamatu predstavlja zbir neke referentne kamatne stope koja se menja na 3, 6 ili 12 meseci (poput Libora ili Euribora) i kamatne marže.²⁸ U francuskom pravu kod promenljive kamate nije potrebno naznačiti maksimalnu vrednost do koje može kamata dosegnuti, ali su razlozi za ovu situaciju sistematske prirode obzirom da upis hipoteke u Francuskoj ima samo publicitetno dejstvo, a ne konstitutivno, te upis samo prati ono što je već na-

praksi obračuna kamata kod obezbeđenog potraživanja vid. T. Jovanić, 364 i dalje; M. Živković, 115. Obezbeđenje svih potraživanja između ugovornih strana, bez jasnog označenja pravnih osnova (što je slučaj naše prakse) ne može se postići ni hipotekom na najviši iznos (maksimalna hipoteka).

²³ M. Živković, 71.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Vid. § 1118 Nemačkog Građanskog zakonika. Tekst Nemačkog građanskog zakonika dostupan je na engleskom jeziku na internet stranici: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf, 01.03.2014.

²⁶ §1115 Nemačkog Građanskog zakonika.

²⁷ §1119 Nemačkog Građanskog zakonika. Slična je situacija i u švajcarskom pravu gde hipoteka obuhvata pored upisanog obezbeđenog potraživanja i zakonsku kamatu bez obzira na upis, dok ugovorne ne moraju biti upisane ukoliko je njihova godišnja kamatna stopa ispod 5%. Vid. M. Živković, 74.

²⁸ *Ibid.*, 75.

pisano u ugovoru.²⁹ Međutim ne treba izgubiti iz vida da je bankarski sistem u Francuskoj stabilnog karaktera i da se u praksi jako slabo koriste varijabilne kamatne stope u Francuskoj.³⁰

Regulisanje kamata koje su obuhvaćene hipotekom u austrijskom pravu gotovo je istovetno situaciji koja je postojala u našem Zakonu o zemljišnim knjigama.³¹ Ugovorne kamate u austrijskom pravu moraju biti upisane kako bi bile obuhvaćene hipotekom, za razliku od zakonskih, te kada na obezbeđeno potraživanje teče promenljiva kamatna stopa u zemljišnu knjigu se mora upisati najviša obezbeđena kamatna stopa.³²

Kako je austrijsko pravo nama najrodnije u pogledu hipotekarnog prava smatram da bi rešenje koje ima austrijsko pravo trebalo preneti u naš pravni okvir obzirom da je ono jako dobro i omogućava ostvarenje svrhe načela specijalnosti.³³ Zato kada je ugovorom o kreditu obezbeđenim hipotekom određena varijabilna kamatna stopa, zakon treba imperativno odrediti da se u registar unese maksimalni iznos do koga može dosegnuti procenat kamate.³⁴

Smatram svrishodnim da se uporedi način upisa varijabilnih stopa u našem pozitivnom pravu sa austrijskim. Kako bi situacija bila potpuno jasna uzećemo primer jednog stambenog kredita u Srbiji sa rokom otplate od 25 godina, pod najpovoljnijom bankarskom maržom od 4,5 % i tromesečnim euriborom od 0,24 %, što u momentu zaključenja ugovora predstavlja kamatu od 4,74%. Pod ovom kamatom cena kredita od 50.000,00 evra iznosi ukupno 85.431,00 evra i mesečna

²⁹ *Ibid.* Više o translativnom dejstvu ugovora o sticanju stvarnih prava u Francuskoj vid. O.Stanković, M. Orlić, 72-73.

³⁰ Promenljive kamatne stope kod stambenih kredita su pretežne na području EU, izuzev Nemačke, Holandije, Belgije, i Francuske gde dominantno koriste fiksne kamate, što je pokazala nedavna izrada nacrtu direktive EU koja ima za cilj da se varijabilne kamatne stope stave pod regulaciju nakon utvrđenih brojnih zloupotreba. Vid. European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on indices used as benchmarks in financial instruments and financial contracts*, 2013, 82 fn. 110, dostupno na adresi: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SWD:2013:0336:FIN:EN:PDF>, 15.01.2014.

³¹ M. Živković, 76-77.

³² *Ibid.*

³³ Presađivanje pravnih pravila pa čak i velikih delova pravnog sistema iz sistema davaoca u pravni sistem primaoca je najplodniji izvor pravnog razvitka koji postoji još od doba najranije pisane istorije. Da bi preuzeto pravno pravilo imalo pozitivan efekat u pravnom sistemu preuzimaoca neophodno je imati u vidu i pravnu tradiciju, odnosno izbor sistema koji je podoban za pozajmljivanje, vid. Alan Votson, *Pravni transplanti-Pristup uporednom pravu*, Beograd 2010, 53 i dalje. Austrijsko pravo jeste model po kome je kreirano naše ranije hipotekarno pravo kao i način registracije prava na nepokretnostima.

³⁴ Za sada je ovakav predlog u našoj teoriji izneo samo profesor Miloš Živković, vid. M. Živković, 81.

rata je 284,77 evra. Ukoliko vrednost euribora skoči na 3% ukupna cena kredita iznosi 110.850,00 evra, a mesečna rata 369,5 evra.³⁵ Nepokretnost opterećena hipotekom prema našem pravnom okviru, koji ima previše praznina, nakon ukidanja zemljišnih knjiga odgovara za svako buduće povećanje kamata.

Ovakva situacija nije moguća u austrijskom pravu jer se u registru ne može upisati neodređeni podatak o visini kamatne stope, na bazi elemenata na osnovu kojih se određuje kamata, kao što je to moguće u našem pravu. U zemljišnoj knjizi u Austriji bi morao biti upisan najviši iznos procenta kamate koja se hipotekom obezbeđuje. Ovakvo određenje značajno doprinosi pravnoj sigurnosti kako za hipotekarne dužnike, tako i za potencijalne docnije zajmodavce dužnika (buduće hipotekarne poverioce nižeg ranga) jer će oni znati za koji iznos hipotekarno dobro maksimalno odgovara. U primeru koji smo naveli sa stambenim kreditom gde je početna vrednost kamate jednaka zbiru tromesečnog euribora od 0,24% i marže od 4,5% u Austriji bi ugovorne strane morale odrediti u ugovoru i najviši iznos kamatne stope za koju može odgovarati hipotekarno dobro, te bi se upisom u registru da se obezbeđuje kamata do visine od maksimalno 7,5% godišnje uspostavila pravna sigurnost. Na taj način hipotekovano dobro ne bi odgovaralo za kamate veće od 7,5% godišnje bez obzira na rast elemenata na osnovu kojih se određuje kamatna stopa. Za kamatnu stopu iznad 7,5% poverilac bi se mogao naplatiti kao hirograferni poverilac.

U praksi našeg Katastra nepokretnosti postalo je uobičajeno upisati da hipoteka obezbeđuje kamatu na glavni dug koja se određuje na bazi zbira tromesečne ili šestomesečne vrednosti euribora ili libora sa kamatnom maržom. Na srpskom tržištu ne postoji praksa ugovaranja kamatnog plafona, koji postavlja maksimalnu vrednost do koje kamata može dosegnuti.³⁶ Postavljanje granica do koje može dosegnuti kamata nije praksa poslovnih banaka u Srbiji, ali je zabrinjavajuće da kamatni plafon ne predviđa pozitivno zakonodavstvo.³⁷ Zakon o zaštiti

³⁵ Ukoliko Euribor skoči na 5,38%, koliko je bila njegova vrednost tokom 2008 godine ukupna cena kredita skače na čak 135.144,00 evra, što je gotovo 50 hiljada evra viša cena kredita od prvobitno planirane. Navedena kalkulacija izvedena je od strane potrošačke organizacije "Efektiva", u članku "Rate dugoročnih kredita u evrima će rasti" objavljenom u dnevnom listu *Politika* dana 16.12.2013.godine, članak dostupan na adresi: <http://www.politika.rs/rubrike/potrosac/Rate-dugorocnih-kredita-u-evrima-ce-rasti.lt.html>, 15.01.2014.

³⁶ Ovakva situacija nije proizvod neupućenosti banaka koje posluju na našem tržištu, obzirom da svaki ugovor sadrži odredbu o kamatnom minimumu, koja štiti interes kreditora.

³⁷ Posebno je zanimljivo analizirati način ugovaranja Libor klauzule u morgidž ugovorima o kreditu u SAD kod kojih je shodno američkom zakonodavstvu obavezno ugovaranje kamatnog plafona u većini federalnih država. Iz ugovora koji je priložen uz tužbu u parnici *Annie Bell Adams, et al. vs. Bank of America, et al*, utvrđuje se da je prvotužilja sa prvotuženim ugovorila kredit od 66.000,00 USD, koji će otplaćivati mesečno u narednih 30 godina, te joj je početna rata 654,86 USD koja se može menjati. (Vid. tužbu u navedenoj parnici str. 49-52, Tekst tužbe dostupan je na adre-

korisnika finansijskih usluga ograničio je samo jedan element varijabilne kamatne stope, bankarsku maržu, obzirom da su banke do donošenja ovog zakona jednostrano povećavale maržu.³⁸ ZZKFU deklarativno određuje da ugovorna obaveza mora biti određena ili određiva, ali kod ugovora koji sadrže obavezu plaćanja varijabilne kamate, ozbiljno se dovodi u pitanje odredivost ugovorne obaveze u momentu zaključenja ugovora. Tačno je da zakon obavezuje banke da u predugovornoj fazi obaveste klijenta o efektivnoj kamatnoj stopi, kao i da efektivna kamatna stopa mora biti izračunata na dan zaključenja ugovora.³⁹ Međutim, sam ZZKFU članom 11 st.5 određuje da se efektivna kamatna stopa zasniva na pretpostavci da će nominalna kamatna stopa ostati nepromenjena do kraja ugovora.⁴⁰ To suštinski znači da klijent koji uđe u kreditni odnos sa obavezom plaćanja promenljive nominalne kamatne stope u ugovoru, nema određenu efektivnu kamatnu stopu koja predstavlja granicu iznad koje kamata ne može dosegnuti.⁴¹ Rastom međubankarske kamatne stope poput Libora ili Euribora raste nominalna

si: <http://www.law360.com/cases/5075a89793a2165ac5004399>, 15.10.2013). Rate dospevaju prvog u mesecu, a prva promena kamatne stope moguća je nakon 2 godine od dana zaključenja ugovora. Nakon 2 godine kamata će se usklađivati svakih 6 meseci i izračunavaće se zbirom bankarske marže koja je fiksna i iznosi 2,5%, sa šestomesečnom vrednošću Libora. Vrednost šestomesečnog Libora bila je u momentu zaključenja ugovora 5,025 tako da je kamatna stopa (marža 2,5% + Libor 5,025%) prve dve godine iznosila 7,525%. Ugovor je predvideo kamatni minimum, ograničenje da ukoliko vrednost Libora u budućem periodu padne ispod 5,025%, kamata se neće smanjivati ispod 7,525%, ali ni da se nakon prvog uvećanja ne može uvećati za više od 2%, bez obzira ako vrednost Libora ode na viši nivo. Predviđen je i kamatni plafon, klauzula da kamata ne sme nikada preći nivo od 12,525% bez obzira na eventualni rast vrednosti Libora. Ukoliko bi Libor skočio u nekom periodu na 11%, ukupan iznos kamate bio bi (11% Libor + 2,5% marža) 13,5%, ali klijent ne bi plaćao ovu kamatu već maksimalno ugovorenu od 12,525%.

³⁸ Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga (*Službeni glasnik RS*, br. 36/2011; dalje u tekstu: ZZKFU) u primeni je od 4.12.2011. godine. Do otpočinjanja primene ZZKFU kamatu je suštinski činio zbir dve promenljive veličine, marže koju banka menja po svojoj volji bez objektivnih kriterijuma i Libora i Euribora koji se menjaju u skladu sa podacima na odgovarajućim panelima banaka. Član 8 st. 4 ZZKFU je zabranio jednostrano povećanje kamatne marže.

³⁹ Vid. čl. 17 st. 4 t. 8, čl. 19 st. 1 t. 7 ZZKFU.

⁴⁰ Vid. čl. 11.st. 5 ZZKFU. Nominalna kamatna stopa može biti promenljiva ili fiksna. Vid. čl. 2 st. 1 t. 20 i čl. 26 ZZKFU.

⁴¹ Upor. čl. 19 st. 1 t. 7 ZZKFU koji propisuje da se kod ugovora o kreditu efektivna stopa i ukupan iznos koji korisnik treba da plati obračunavaju na dan zaključenja ugovora i čl. 5 Odluke NBS o uslovima i načinu obračuna efektivne kamatne stope i izgledu i sadržini obrazaca koji se uručuju korisniku (*Službeni glasnik RS* br. 65/2011), koji propisuje da se za potrebe obračuna efektivne kamatne stope kod kredita sa promenljivom kamatom, uzima vrednost promenljivih elemenata na dan obračuna. Predviđanje efektivne kamatne stope je zapravo potpuno beskorisno za klijente koji su ugovorili kredit sa varijabilnom stopom, jer banke zbog njenog predviđanja imaju samo obavezu da klijentu dostave novi plan otplate kredita kada se rate povećaju usled skoka Libora ili Euribora.

kamatna stopa, kao i efektivna kamatna stopa, te ne postoji zakonsko ograničenje koje bi predstavljalo kamatni maksimum u efektivnoj kamatnoj stopi. Pravilan obračun maksimalne vrednosti promenljive kamate u našem pravnom i ekonomskom okviru, matematičkom primenom čiste indukcije, možemo predstaviti sledećim formulama pri čemu će ukupna cena kredita biti određena sa C , glavnica kredita sa G , kamata sa K , bankarska marža sa M i međubankarska referentna kamatna stopa (Libor, Euribor) sa R .

$$C=G+K$$

$$K=M+R$$

$$R=\{0...0,1,...0,2...1...5,5...7,5... 500...1000... +\infty\}$$

$$K= M+R \approx M+\{0...0,1,...0,2...1...5,5...7,5... 500...1000... +\infty\}$$

$$K \approx +\infty$$

$$C =G+K \approx G +(+\infty) \approx +\infty$$

Matematički precizno možemo zaključiti da u Srbiji kamatna stopa, kod uglavaka o promenljivoj kamatnoj stopi, jeste veoma neizvesna vrednost koja može da raste do beskonačne vrednosti ($+\infty$). Naše zakonodavstvo ni na koji način ne ograničava procenat do koga može doseći promenljiva kamatna stopa, što nije slučaj sa razvijenim zemljama u kojima su propisani kamatni maksimumi. Nesporno je da u materiju hipotekarnog prava ne spada regulacija dozvoljenosti indeksnih i valutnih klauzula, ali u materiju hipotekarnog prava spada sprovođenje načela specijalnosti hipoteke u pogledu obezbeđenog potraživanja. Prema našem trenutnom pravnom okviru promenljiva kamatna stopa može dosegnuti do beskonačne vrednosti, a kada je ovakva kamata ugovorena kod zajma koji se obezbeđuje hipotekom proizilazi da hipotekovano dobro odgovara za kamatu koja može dostići beskonačnu vrednost. Nesporno je da u ovakvoj situaciji ne postoji sprovođenje načela specijalnosti hipoteke, već potpuna pravna neizvesnost o obimu odgovornosti hipotekovanog dobra. Zato je odlično rešenje ovog problema ugledati se na pravilo austrijskog prava koje zahteva upis maksimalne kamatne stope u zemljišnu knjigu kada na obezbeđeno potraživanje teče promenljiva kamatna stopa.

PREDLOŽENA REŠENJA U NACRTU GRAĐANSKOG ZAKONIKA U POGLEDU OBUHVAĆENOSTI KAMATA HIPOTEKOM

Nacrt Građanskog zakonika u članu 2111 propisuje da se hipotekom može obezbediti novčano potraživanje čiji je iznos izražen u domaćoj ili stranoj valuti. Stavom dva istog člana propisano je da se hipotekom obezbeđuje glavno potraživanje, dužna kamata i troškovi oko ostvarenja naplate potraživanja. Stavom 3 citiranog člana propisano je da se kamata i troškovi ostvarenja naplate potraživanja

obezbeđuju hipotekom ako su u ugovor o hipoteci uneti podaci o visini kamatne stope ili elementima na osnovu kojih se određuje iznos kamate, kao i kad, gde i kako se kamata ima platiti i podacima o najvišem iznosu troškova naplate. Kao alternativa ovom članu predviđeno je brisanje stava 3 ili njegova izmena uz dodavanje stava 4 koji bi glasil:

“Kamata i troškovi ostvarenja naplate potraživanja se obezbeđuju hipotekom ako su u ugovor o hipoteci uneti podaci o visini kamatne stope ili elementima na osnovu kojih se određuje iznos kamate ili najvišoj (maksimalnoj) kamatnoj stopi, kao i kad, gde i kako se kamata ima platiti i podacima o najvišem iznosu troškova naplate.

Potraživanje zakonske kamate se obezbeđuje bez obzira na sadržinu ugovora o hipoteci.”

Osnovni predlog o obuhvaćenosti kamata hipotekom iz stava 3 člana 2111 Nacrta građanskog zakonika predstavlja rešenje kakvo već postoji u našem pravu prema Zakonu o hipoteci koje nije odgovarajuće iz razloga koji su već navedeni u prethodnom delu rada obzirom da se u ovom slučaju dozvoljava obuhvaćenost hipotekom kamata koje mogu dosegnuti do beskonačne vrednosti.

Varijanta stava 3 koja predviđa obezbeđenje kamata hipotekom, ukoliko je u ugovor unet podatak o visini kamatne stope ili elementima na osnovu kojih se određuje kamatna stopa ili najvišoj maksimalnoj kamatnoj stopi približava se rešenju koje bi bilo adekvatno i za upis promenljivih kamatnih stopa nalik u austrijskom pravu. Međutim veznik ili između sintagme “elementima na osnovu kojih se određuje kamatna stopa” i sintagme “najvišoj maksimalnoj kamatnoj stopi” ostavlja mogućnost kreditorima da nastave sa dosadašnjom praksom u pogledu upisa varijabilnih kamatnih stopa. Nesporno je da u samom ugovoru o hipoteci mora biti upisana visina kamatne stope ako je zajmom ugovorena fiksna kamata, odnosno elementi na osnovu kojih se kamata određuje ako je predviđena promenljiva kamata.⁴² Svrha samog načela specijalnosti kod promenljivih kamatnih stopa može se postići samo ukoliko se u javnim knjigama bude unosi podatak o najvišoj kamatnoj stopi do koje hipotekovano dobro odgovara za ugovorenu kamatu. Zbog toga smatram da ugovorna kamata može biti obuhvaćena hipotekom samo ukoliko je upisana u registru, a ne ukoliko je navedena u ugovoru o hipoteci, kako glasi predlog nacrta.⁴³

⁴² Zbog toga smatram da je odgovarajući član 2121 tačka v) Nacrta koji propisuje da ugovor o hipoteci sadrži podatke o potraživanju koje se obezbeđuje sa podacima o visini glavnog potraživanja, kamatnoj stopi ili elementima na osnovu kojih se može odrediti iznos kamate, kad, gde i kako se kamata ima platiti kao i iznos drugih sporednih davanja ako su takva davanja ugovorena.

⁴³ Ovakav predlog da su kamate obuhvaćene hipotekom ako su navedene u ugovoru, a ne upisane u zemljišnu knjigu ili drugom javnom registru o pravnoj evidenciji na nepokretnostima

Kako bi se uvela pravna sigurnost i postigla svrha propisivanja odredbe čiji je cilj ostvarenje načela specijalnosti obezbeđenog potraživanja smatram da bi stav 3 trebao *de lege ferenda* da glasi:

“Kamata i troškovi ostvarenja naplate potraživanja se obezbeđuju hipotekom ako je u zemljišnoj knjizi (javnom registru u kome se upisuje hipoteka) uneta visina kamatne stope ili najviša (maksimalna) kamatna stopa kada je ugovorena promenljiva kamatna stopa, kao i kad, gde i kako se kamata ima platiti i podaci o najvišem iznosu troškova naplate.”

ZAKLJUČAK

Srpski zakonodavac mora imati u vidu prilikom usvajanja Građanskog zakonika da su poslednjih par godina godine najveće banke na svetskom finansijskom tržištu, pred pravosudnim organima desetak država, na tri kontinenta, priznale vršenje prevare lažiranjem referentnih kamatnih stopa Libor i Euribor.⁴⁴ Mora se imati u vidu da formiranje međubankarskih referentnih kamatnih stopa poput Libora i Euribora nije pod kontrolom niti jednog nacionalnog zakonodavstva, niti pod kontrolom prava Evropske Unije, već da je reč o isključivo tržišnim indeksima koje određuju najveće svetske banke.⁴⁵ Evropska Komisija izrazila je veliku zabrinutost zbog obima bankarske prevare koju odslikava podatak da su

više odgovara francuskom pravu gde upis hipoteke u registar nema konstitutivno dejstvo, kao i regulaciji obuhvaćenosti kamata kod instituta morgidž (*mortgage*) u sistemu opšteg prava. Međutim kako Nacrt Građanskog zakonika u čl.2124 predviđa da se hipoteka stiče upisom u zemljišnu knjigu, to je nesporno da je ideja autora da hipoteka ostaje stvarno pravo, pa bi stoga i kamate trebale biti upisane u zemljišnu knjigu kako bi bile obezbeđene hipotekom.

⁴⁴ Više o prevari svetskih banaka sa Liborom i Euriborom, vid. Srđan Stojilković, “Nameštanje međubankarskih kamatnih stopa Libor i Euribor na svetskom finansijskom tržištu i potencijalne posledice na srpsko hipotekarno tržište”, *Pravo i Privreda* br. 4-6/2014 str. 319-339.

⁴⁵ Regulativa nad procesom formiranja Euribora ne postoji na nivou Evropske Unije, ali je nacrt direktive spreman i očekuje se njeno usvajanje u toku 2016. godine Na ovaj način će i Evropska Unija propisati mogućnost kaznenog procesuiranja banaka kada iste manipulišu Euriborom. EU jeste nedavno (4.12.2013. godine) kaznila banke suštinski zbog lažiranja Euribora, ali je kazna formalno pravno izrečena bankama zbog stvaranja kartela i kršenja antimonopolskih propisa. Ovakva “pravna gimnastika” izvedena je zbog nepostojanja regulative po kojoj bi EU kaznila banke zbog nameštanja kamatnih stopa. Vid. European Commission, *Commission fines banks € 1.71 billion for participating in cartels in the interest rate derivatives industry*, dostupno na adresi: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1208_en.htm, 15.12.2013. Više o predlogu za regulisanje međubankarskih kamatnih stopa na nivou EU vid. European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on indices used as benchmarks in financial instruments and financial contracts*. Kao najteža sankcija koju može izreći Upravni odbor Evropske Bankarske Federacije (EBF), banci koja manipuliše kamatnim stopama novim Kodeksom od 1.10.2013.godine predviđeno je (članom B.3.5) izbacivanje banke sa panela na kome se formira Euribor. Vid. Euribor, Europe-

Udruženja za zaštitu potrošača u Italiji podnela krivičnu prijavu, na osnovu koje je tužilaštvo pokrenulo istragu protiv banaka zbog nameštanja Euribora. Italijansko tužilaštvo procenjuje da su banke neopravdanim povećanjem (zbog veštačkog, nameštanog rasta Euribora) mesečnih rata kod 2,5 miliona stambenih hipotekarnih kredita neosnovano zaradile oko 3 milijarde evra.⁴⁶ Afera nameštanja međubankarskih kamatnih stopa dobila je značajan odjek u Poljskoj i Bugarskoj gde je čak dovedena u pitanje ustavnost odredbe zakona koja definiše međubankarske kamatne stope.⁴⁷

Ugovori o zajmu sa promenljivom kamatnom stopom koje banke u Srbiji zaključuju sa građanima, privrednicima i državom mogu se porediti sa dužničkim dogovorom opisanim u renesansnoj tragediji Kristofera Marloa⁴⁸, između Fausta i Lucifera po kome Faust prima dvadeset četiri godina ugodnosti, za koje će morati da plati najviši oblik kamate ustupanjem svoje duše.⁴⁹ Dužnici koji zaključuju ugovore o zajmu sa varijabilnim kamatnim stopama zapravo ne mogu ni znati koliko će biti dužni u budućnosti, te je njihov položaj u izvesnoj meri nepovoljniji od položaja Fausta.⁵⁰

an Banking Federation, *Euribor Code of Conduct*, 2013, dostupno na adresi: http://www.euriborebf.eu/assets/files/Euribor_code_conduct.pdf, 15.01.2014

⁴⁶ European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on indices used as benchmarks in financial instruments and financial contracts*, 50.

⁴⁷ Bugarski Ombudsman nakon žalbi i zahteva većeg broja građana zbog povećanja kamata tokom 2012 godine, ipak nije pokrenuo postupak za proglašenje neustavnim odredbe Zakona o potrošačkim kreditima, koja definiše međubankarsku kamatnu stopu kao indeks koji se obračunava po metodologiji određenoj od strane kreditora. Ombudsman je odlučio da se obrati Centralnoj Banci Bugarske sa preporukom za pokretanje inicijative za odgovarajuće zakonske izmene kako bi se u budućnosti onemogućilo jednostrano povećanje kamatne stope od strane banaka, bez objektivnih kriterijuma. Poljsko Udruženje za zaštitu potrošača pokrenulo je inicijativu za ocenu pravilnosti formiranja domaće međubankarske kamatne stope (WIBOR) pred Generalnim Direktoratom EU za zdravlje i zaštitu potrošača (*Directorate General for Health and Consumers*) ali je inicijativa odbačena jer regulisanje ove međubankarske stope nije u nadležnosti EU. Više o navedenom vid. EC, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on indices used as benchmarks in financial instruments and financial contracts*, 114-116.

⁴⁸ Christopher Marlowe, *The tragical history of doctor Faust*, London 1604.

⁴⁹ Mefisto, Luciferov izaslanik traži od Fausta da dužnički ugovor koji je jako detaljan ispiše svojom krvlju, koja se najpre zgrušava, što je bila svojevrsna opomena Faustu o pogubnosti čina kome pristupa. Međutim uz pomoć Mefista koji donosi vatru da rastopi krv Fausta, ugovor biva uspešno potpisan. Vid. Kristofer Marlo, *Faust*, prevod Živojin Simić i Sima Pandurović, objavljeno u: *Engleske renesansne tragedije*, Beograd 1959, 187-189.

⁵⁰ Faust je znao prilikom zaključenja ugovora šta je njegova obaveza ali nije verovao sa svojim naučnim saznanjima (kao doktor teologije) da postoji pakao kao geografsko mesto, te je bio nezadovoljan odgovorom Mefista na pitanje o postojanju pakla koji mu odgovara da pakao nije geo-

Ne spada u oblast Građanskog zakonika određivanje zabrane korišćenja promenljivih kamatnih stopa koje imaju karakter "Faustovskog đavoljeg ugovora", ali bi o njihovoj primeni pažnju morala posvetiti nadležna tela Republike Srbije s obzirom na dešavanja na svetskom finansijskom tržištu koja su pokazala da su ove stope neobjektivnog i nepoštenog karaktera. Građanski zakonik u pogledu kamata obuhvaćenih hipotekom mora da pođe od svrhe načela specijalnosti obezbeđenog potraživanja i pravnih instrumenata usmerenih na to da potencijalni docniji zajmodavci hipotekarnog dužnika, docniji hipotekarni poverioci ne budu oštećeni nesrazmernim povećanjem obezbeđenog potraživanja usled rasta kamate.

Jedan od pravnih instrumenata kojim se ostvaruje svrha načela specijalnosti jeste pravilo o trogodišnjem zaostatku kamata po kome samo ugovorne kamate za period od poslednje tri godine od početka realizacije hipoteke imaju prioritet kao glavnica, koje nije uneto u Nacrt Građanskog zakonika.⁵¹ Smatram da bi

grafsko mesto već stanje uma: "Pakao granica nema i nije okružen na jednom mestu. Tamo gde smo mi pakao je, a gde je pakao tu moramo uvek biti mi". K. Marlo, *Faust*, 190. Dužnici u svoj "pakao" sa promenljivim kamatnim stopama ulaze odmah nakon skoka Libora i Euribora na tržištu kapitala, dok je Faust imao na raspolaganju dvadeset četiri godina ugodnosti do momenta kada treba da vrati dug sa najvišim oblikom kamate. Ono što Faust bezuspešno pokušava da uradi pri kraju drame (peti čin, scena druga) jeste da spreči vreme da teče, kako bi se konačno pokajao za svoju svesnu odluku odricanja od duše i vratio u božansko okrilje. Međutim, svi apeli prirodi i bogu, od kojih se Faust davno odrekao, postaju uzaludni. Iako to još ne shvata u tom trenutku drame, on se već nalazi u paklu, a dolazak ponoćnog časa kada prema propozicijama pakta sa đavolom treba da bude konačno prognan u pakao, neće mu znatno promeniti stanje u kom se on nalazi. Shodno zaključenom ugovoru Faust odlazi u pakao i Lucifer mu oduzima dušu, dok nasuprot tome u Geteovom delu o Faustu (Johan Wolfgang Gete, *Faust*, prevod Branimir Živojinović, Novi Sad 2004) Faust se spašava pakla. Razlika između dva kraja iste drame nalazi se u tome da kada je Marlo pisao dramu ugovaranja zajma sa katomom smatrano je velikim grehom ne samo po islamu, već i u hrišćanskoj veri, te je pozorišna publika prilikom izvođenja predstave tražila kažnjavanje Fausta. Međutim u vreme kada je pisao Gete (tri veka kasnije od Marloa) stvari su se promenile obzirom da je pokret protestanata prihvatio davanje novca uz kamatu, što je kasnije prihvaćeno u svim hrišćanskim veroispovestima. Više o tome vid. Janis Varufakis, *Ovaj svet može da bude bolji*, prevod Mina Radulović, Beograd 2015, 48-49.

⁵¹ Julskim izmenama ZOH ovo pravilo je uneto u naše pozitivno pravo, što je svakako pozitivna promena u ZOH. Pravilo trogodišnjeg zaostatka kamata bilo je predviđeno Zakonom o zemljišnim knjigama i smatram da bi moglo naći svoje mesto u Građanskom zakoniku, vid. fn.17. Pretpostavljam da pravilo o trogodišnjem zaostatku kamata nije ušlo usled želje autora za donošenjem novog Zakona o zemljišnim knjigama, obzirom da se u našem ranijem pravu ova odredba nalazila u Zakonu o zemljišnim knjigama što je slučaj i u austrijskom pravu. Više o ideji autora Nacrta Građanskog zakonika za ponovnim uspostavljanjem zemljišnih knjiga vid. u fn.5 kod čl.1703 nacrta. Međutim kako je veoma teško očekivati ponovno vraćanje sistema zemljišnih knjiga u Srbiji (iako delim mišljenje autora nacrta da je sistem zemljišnih knjiga daleko bolji od sistema katastra nepokretnosti), s obzirom na ugovorne obaveze države Srbije iz IDA kredita zaključenog sa Svet-

ovo pravilo o trogodišnjem zaostatku kamata bilo veoma korisno, jer ima svoju pravnu tradiciju kod nas, a isto postoji u gotovo svim razvijenim kontinentalnim pravnim sistemima.⁵²

Drugi, bitniji pravni instrument kojim se postiže svrha načela specijalnosti jeste neophodnost upisa visine kamate u javni registar, što se kod promenljivih kamatnih stopa može postići samo upisom najviše maksimalne kamatne stope u registar.

SRĐAN STOJILKOVIĆ, LL.M.,
Assistant Judge, Commercial Court, Požarevac

DETERMINABILITY OF INTEREST IN CLAIMS SECURED BY HYPOTHEC IN FUTURE CIVILE CODE OF SERBIA

Summary

The aim of this paper is to analyze the possibility of improving our legal framework about insufficient precision of the interest rates for receivables secured by hypothec in our practice. This indeterminacy resulting in significantly hindering the position of the debtor, as well as the position of his later creditors. Contractual interest may be covered by hypothec, only if interest rate is recorded in the register. The purpose of the principle of specialty hypothec at variable interest rates can be achieved only if the registry entry data of maximum interest rate.

skom bankom po kome se Srbija obavezala da se drži isključivo sistema katastra nepokretnosti u pogledu evidencije prava na nepokretnostima. Po IDA ugovoru o kreditu iz 2004 slede visoke ugovorne kazne za nepoštovanje odredbi istih, više o tome vid. Miloš Živković, "Katastar nepokretnosti kao registar prava na nepokretnostima", *Fokus* br.1/2011, 22. Zbog navedenog smatram da je svrsishodno pravilo o trogodišnjem zaostatku kamata uneti u Građanski zakonik.

⁵² Nemačko pravo predviđa pravilo da samo kamate nastale u poslednje dve godine od početka prinudnog izvršenja mogu biti naplaćene prodajom hipotekovanog dobra, švajcarsko pravo predviđa da se prodajom hipotekovanog dobra mogu naplatiti kamate nastale do 3 godine unazad od dana otpočinjanja prinudne realizacije, kao i austrijsko pravo. Vid. M. Živković, 2010, 72-76.

VLADIMIR VRHOVŠEK,
VLADIMIR KOZAR

OBEZBEĐENJE POTRAŽIVANJA ZALOGOM NA PRAVIMA

U V O D

Zakon o obligacionim odnosima u čl. 989-996. reguliše zalaganje potraživanja i drugih prava, kao poseban oblik zaloge koja nastaje zalaganjem potraživanja ili drugih prava, dok posebnu podvrstu predstavlja zalaganje potraživanja iz hartija od vrednosti.

Za sticanje založnog prava na nekom potraživanju potrebno je da dužnik bude pismeno obavešten o zaključenom ugovoru o zalozi, što znači da za punovažnost i pravno dejstvo ugovora o zalozi potraživanja, koji se zaključuje između zalogoprimca i zalagodavca (koji je poverilac dužnika) nije potreban pristanak dužnika, već je dovoljno da dužnik bude pismeno obavešten, za razliku od cesije gde je dovoljno i usmeno obaveštenje *cezusa*. Ugovor o zalozi, međutim, nije dovoljan za zalaganje potraživanja, već je i u ovom slučaju potreban određen način za pribavljanje založnog prava (način sticanja, *modus acquirendi*), a to je, prema mišljenju pravne teorije, obaveštenje dužniku založenog potraživanja sačinjeno u pismenom obliku, jer od časa kada je obavešten o ugovoru o zalozi, dužnik više ne može punovažno ispuniti obavezu svome poveriocu – zalagodavcu.¹

Vladimir Vrhovšek, sudija Višeg suda u Beogradu.

Dr Vladimir Kozar, profesor Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija u Novom Sadu.

¹ Stanković O.–Orlić M., *Stvarno Pravo*, Naučna Knjiga, Beograd, 1986, str. 400.

Ako je zalagodavac istovremeno i poveriočev dužnik, onda se dužnik založenog potraživanja još naziva i dužnikov dužnik.

Zalagodavac je dužan da preda zalogoprimcu ispravu o založenom potraživanju. Prema mišljenju pravne teorije i založno pravo na potraživanju treba se tretirati kao stvarno, a ne obligaciono pravo, jer se ono faktički stiče predajom isprave o založenom potraživanju u posed zalogoprimca.² Značaj zalaganja potraživanja i drugih prava, kao posebnog vida zaloge, naglo će rasti sa povećanjem značaja berze, berzanskog poslovanja i trgovine hartijama od vrednosti uopšte.

Zakon o obligacionim odnosima predviđa dužnost očuvanja potraživanja tako što propisuje da je zalogoprimac dužan preduzimati mere potrebne za očuvanje založnog potraživanja,³ kao što su protest menice, prijava potraživanja u stečaju, podnošenje menične tužbe odnosno predloga za izvršenje na osnovu verodostojne isprave, da bi se prekinuo tok zastarelosti i sl.⁴ Potrebno je istaći da je zalogoprimac dužan da prijavi potraživanje u stečajnom postupku ako se nad dužnikovim dužnikom otvori stečajni postupak, saglasno citiranoj odredbi o dužnosti očuvanja potraživanja iz Zakona o obligacionim odnosima.

Dakle, u pitanju je zaloga na potraživanju stečajnog dužnika prema drugom stečajnom dužniku, koje mora biti prijavljeno, a prijavu podnosi zalogoprimac, koji ima svojstvo razlučnog poverioca u stečaju svoga dužnika i svojstvo običnog - stečajnog poverioca u stečaju dužnikovog dužnika (ako dužnikovo potraživanje nije obezbeđeno, a ako je obezbeđeno tada i u tom stečaju ima svojstvo razlučnog poverioca).⁵

Pored toga, postoji i dužnost naplaćivanja i uračunavanja kamata, jer ako založeno potraživanje daje pravo na kamate ili kakva druga povremena potraživanja, zalogoprimac je dužan da ih naplati, s tim što se tako postignuti iznosi prebijaju sa troškovima na čiju naknadu zalogoprimac ima pravo, zatim sa kamatom koja mu se duguje (koju mu duguje zalagodavac ili dužnik iz osnovnog pravnog posla, ako to nije isto lice) i najzad sa glavnicom.⁶

² Medić D., Založno pravo, Udruženje sudija i tužilaca Republike Srpske, Banja Luka, 2002, str. 92. i 93.

³ Član 991. ZOO.

⁴ Kozar V., Zaloga na potraživanjima i drugim pravima, Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva, zbornik radova sa Savetovanja pravnika, Savez udruženja pravnika Srbije i Republike Srpske, Budva 2011, str. 215–232.

⁵ Kozar V., Komentar Zakona o stečaju, sa novelama iz 2014. godine i sudskom praksom, 2014. godina, "Poslovni biro" d.o.o., Beograd, str. 75. i 76.

⁶ Član 992. ZOO.

Davanje u zalogu potraživanja iz hartije od vrednosti

Poverilac stiće založno pravo na potraživanju upisanom na hartiji od vrednosti na donosioca kad mu ona bude predata (npr. kod hartija od vrednosti na donosioca), a davanje u zalogu potraživanja iz hartije po naredbi (npr. iz menice) vrši se indosamentom u kome je naznačeno da je predata u zalogu.⁷ U tom slučaju u pitanju je prenos hartije od vrednosti za zalogu, kada se stavlja klauzula “vrednost za zalogu” ili slično.⁸

Dejstvo prenosa za zalogu određeno je zakonom. Imalac hartije od vrednosti koja je na njega preneti kao “prenos za zalogu” može vršiti sva prava koja iz te hartije od vrednosti proističu, ali hartiju može preneti na drugog samo kao prenos punomoćja.⁹ Dakle u pitanju je vršenje prava “iz hartije”, dakle prava očuvanja i naplate potraživanja “upisanog” u hartiji od vrednosti. Nasuprot tome, kada je u pitanju pravo “na hartiji”, a to je pravo svojine, založni poverilac ne može raspolagati tim pravom, tj. ne može pravo svojine na hartiji preneti na treće lice, jer to pravo ni sam nema. U pravnoj teoriji ističe se da založni poverilac ne može dalje raspolagati pravima iz hartije, budući da ta prava nisu njegova, već su mu preneti u tačno određene svrhe. Ovakvo lice moglo bi da izvrši dalji prenos hartije od vrednosti samo na svog punomoćnika, radi realizacije prava iz hartije u njegovo ime i za njegov račun.¹⁰

Predmet zaloge je “*potraživanje upisano na hartiji od vrednosti*”, dakle pravo iz hartije koje je inkorporisano u hartiju od vrednosti. Reč je o obligaciono-pravnim hartijama od vrednosti, koje, u sebi sadrže obligaciono pravo, i predstavljaju izvor obligacije, koja se u pravnoj teoriji definiše kao pravni odnos između dve određene strane na osnovu koga je jedna strana (poverilac, *creditor*) ovlašćena da zahteva od druge strane (dužnik, *debitor*) određeno davanje, činjenje ili uzdržavanje od nečega što bi inače imala prava da učini, a druga strana je dužna da to ispuni. Posmatrano sa stanovišta poverioca, obligacija predstavlja potraživanje, dok sa stanovišta dužnika, ona znači dug.¹¹

Pored obligaciono-pravnih hartija od vrednosti postoje i stvarno-pravne hartije od vrednosti, koje u sebi sadrže stvarno pravo – npr. pravo svojine na robu, kao što je konosman (teretnica), koja se u pravnoj teoriji definiše kao stvarno-pravna hartija od vrednosti sa tradicionalnim svojstvom, jer se prenosom teretnice

⁷ Član 990. Zakona o obligacionim odnosima.

⁸ Član 245. Zakona o obligacionim odnosima.

⁹ Član 247. Zakona o obligacionim odnosima.

¹⁰ Vasiljević M., Poslovno pravo, Savremena administracija d.d, Beograd, 1997, str. 760. i 761.

¹¹ Perović S., Obligaciono pravo, NIU “Službeni list SFRJ” Beograd, 1986, str. 7.

na drugo lice na simbolički način vrši i prenos svojine na robi.¹² Stvarno-pravne hartije od vrednosti takođe se mogu zalagati, ali tada nije reč o zalaganju potraživanja upisanom na hartiji, nego se uspostavlja založno pravo na robi, dakle zaloga na pokretnim stvarima.

Ni Zakon o tržištu kapitala¹³ ni Zakon o menici¹⁴ ne sadrže posebne odredbe o založnom pravu na potraživanju upisanom na hartiji od vrednosti, iz čega sledi zaključak da će se primenjivati navedene opšte odredbe iz Zakona o obligacionim odnosima. Jedini posebno pravilo sadržano je u članu 167. stav 2. tačka 1) Zakona o tržištu kapitala, kojim je određeno da investiciono društvo ne može da zalaže ili otuđuje finansijske instrumente, u koje spadaju i prenosive hartije od vrednosti, u vlasništvu klijenta bez njegovog prethodnog pismenog ovlašćenja.

Naplaćivanje založenog potraživanja u sudskom i vansudskom postupku

Naplaćivanje založenog potraživanja o dospelosti, takođe predstavlja obavezu zalagoprimca. Kad založeno potraživanje dospe za naplatu, zalagoprimac je dužan naplatiti ga.¹⁵

Zakon upotrebljava termin “naplatiti” koji pre svega asocira na naplatu novčanih potraživanja, kao predmeta zaloge, ali iz sledećih odredaba vidi se da se “naplata” upotrebljava u širem značenju traženja i prijema ispunjenja i kada su u pitanju nenovčana potraživanja. Drugim rečima, predmet založnog prava mogu biti sva obligaciona potraživanja, čiji promet nije isključen, a ne samo novčana, dakle i nenovčana potraživanja koja se odnose na predaju i isporuku neke stvari ili robe, kod ugovora o prodaji i sl.

Za razliku od hipoteke i ručne zaloge, gde prevladava načelo oficijelnosti, koje se sastoji u realizaciji i naplati potraživanje iz vrednosti založene stvari, po pravilu sudskim putem, tj. preko suda podnošenjem hipotekarne tužbe, a zatim i pokretanjem sudskog postupka prinudnog izvršenja prodajom založene stvari, kod zalaganja potraživanja, naplata je prepuštena založnom poveriocu, koji, dakle, založeno potraživanje može naplatiti od dužnika založenog potraživanja, vansudski, npr. podnošenjem menice (koja je predmet založnog prava) na naplatu preko organizacije za prinudnu naplatu organizacije za prinudnu naplatu¹⁶ ili

¹² Vasiljević M., navedeno delo, str. 872.

¹³ “Službeni glasnik RS”, br. 31/2011.

¹⁴ “Sl. list FNRJ”, br. 104/46, “Sl. list SFRJ”, br. 16/65, 54/70, 57/89, “Sl. list SRJ”, br. 46/96.

¹⁵ Član 993. stav 1. ZOO.

¹⁶ Prinudnu naplatu vrši Narodna banka Srbije - **Odeljenje za prijem, kontrolu i unos osnova i naloga** – Kragujevac.

prijemom ispunjenja od dužnikovog dužnika (dobrovoljno ispunjenje). Dakle, u našem pravu najznačajnija ovlašćenja prema dužniku založenog potraživanja vrši zalogoprimac, a ne zalagodavac.¹⁷

Zakon o platnom prometu¹⁸ u članu 47. reguliše prinudnu naplatu s računa klijenta, tako što propisuje da se prinudna naplata s računa klijenta vrši sa svih računa klijenta kod banaka na kojima on ima sredstva, i vrši se na osnovu: 1) izvršnih rešenja poreskih, carinskih i drugih nadležnih organa - prema vremenu prijema; 2) izvršnih sudskih rešenja, drugih izvršnih naslova, zakonskih ovlašćenja - prema vremenu prijema; 3) naloga poverilaca na osnovu dospelih hartija od vrednosti, menica ili ovlašćenja koje je dužnik dao svojoj banci i svom poveriocu - prema vremenu prijema.

Takođe, ukoliko dužnik založenog potraživanja dobrovoljno ne ispuni založeno potraživanje, založni poverilac ima aktivnu materijalnu i procesnu legitimaciju da podnese tužbu¹⁹ i traži naplatu, odnosno ispunjenje potraživanja donošenjem odgovarajuće presude, a zatim i njeno prinudno izvršenje na imovini dužnika založenog potraživanja, u zavisnosti od predmeta i sredstva izvršenja, dakle u sudskom postupku prinudnog izvršenja. To istovremeno znači da zalagodavac nema pravo da podnese tužbu protiv dužnika založenog potraživanja, jer nema aktivnu legitimaciju, a o njegovim interesima se stara zalogoprimac, koji ne samo da ima subjektivno pravo, tj. ovlašćenje, već ima i zakonsku dužnost da preduzima mere u cilju naplate i očuvanja založenog potraživanja.

Ukoliko dužnik prema svom dužniku ima već presudu ili drugi izvršnu ispravu, tada bi založni poverilac mogao da podnese predlog za izvršenje i naplati dug od dužnikovog dužnika (dužnika založenog potraživanja), kao izvršnog dužnika iz presude, primenom instituta prenosa i prelaza potraživanja iz člana 23. Zakona o izvršenju i obezbeđenju²⁰ u kome je propisano da se izvršenje određuje i sprovodi i na predlog i u korist lica koje u izvršnoj ispravi nije označeno kao izvršni poverilac, ako ono javnom ili u skladu sa zakonom overenom ispravom dokaže da je potraživanje na njega preneto ili da je na njega na drugi način prešlo pre ili

¹⁷ Stanković O. – Orlić M., navedeno delo, strana 401.

¹⁸ “Službeni list SRJ”, br. 3/2002, 5/2003, “Službeni glasnik RS”, br. 43/2004, 62/2006, 111/2009, 31/2011. Zakonom o platnim uslugama (“Službeni glasnik RS”, br. 139/2014) u članu 231. propisano je da danom početka primene ovog zakona prestaju da važe odredbe Zakona o platnom prometu, osim odredaba člana 2, čl. 47. do 49, člana 50. stav 1. tačka 6) i st. 2. i 3, člana 51. stav 1. tač. 18) i 19) i stav 2. i člana 57. stav 3. tog zakona, iz čega sledi zaključak da citirane odredbe iz člana 47. i dalje važe.

¹⁹ Stanković O. – Orlić M., navedeno delo, str. 400.

²⁰ “Službeni glasnik RS”, br. 31/2011, 99/2011, 109/2013 (Odluka Ustavnog suda), 55/2014, 139/2014.

u toku postupka, a ako to nije moguće, prenos ili prelaz potraživanja dokazuje se pravnosnažnom, odnosno konačnom odlukom donetom u parničnom, prekršajnom ili upravnom postupku. U slučaju prenosa ili prelaza potraživanja sa izvršnog poverioca na treće lice nakon donošenja rešenja o izvršenju, sticalac stupa na mesto izvršnog poverioca. Na predlog sticaoca koji javnom ili po zakonu overenom ispravom dokaže da je potraživanje na njega preneseno ili prešlo, sud odnosno izvršitelj zaključkom utvrđuje da je sticalac stupio na mesto ranijeg izvršnog poverioca, s tim što sticalac prima postupak u stanju u kakvom se nalazi i prema protivnoj strani ima ista prava koja je njegov prethodnik imao, a izvršni dužnik može istaći prema sticaocu, pored prigovora koje ima prema njemu i one prigovore koje je mogao istaći prema ustupiocu do časa kada je saznao za promenu.

“Plivajuća zaloga” na novčanim sredstvima na računu dužnika

U našim uslovima posebno interesantan i pogodan način obezbeđenja može biti “plivajuća zaloga” na novčanim sredstvima na računu dužnika, kao poseban vid zaloge na pravu – na potraživanju deponenta, vlasnika računa prema banci, kod koje se vodi račun. U slučajevima kada se Registratoru Agencije za privredne registre koji vodi Registar založnog prava na pokretnim stvarima i prima podnosi zahtev za upis založnog prava u kome su predmet zaloge sredstva na računima klijenata, Registrator isti upis može izvršiti, ali samo do visine sredstava koja postoje u trenutku zasnivanja zaloge (dakle, samo do iznosa salda u trenutku zasnivanja zaloge), usled načela specijalnosti u odnosu na predmet zaloge (“određen ili bar odrediv”).²¹

Podnet je predlog da se navedeno pravno shvatanje izmeni, i da se dozvoli uspostavljanje založnog prava na računu, kako do visine sredstava koja postoje u trenutku zasnivanja zaloge, tako i na potraživanju na budućim sredstvima na računu kod banke, jer uspostavljanje takvog založnog prava nije suprotno Zakonu o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar, Zakonu o platnom prometu i Zakonu o obligacionim odnosima. Usvajanjem predložene izmene, u naš pravni sistem bila bi uvedena “plivajuća zaloga” na novčanim sredstvima na računu dužnika, koja bi se mogla koristiti kao efikasno sredstvo obezbeđenja, bez dodatnih troškova izdavanja bankarske garancije (naknada, provizija) ili zasnivanja hipoteke (naknada za upis). Za razliku od namenskog “garantnog” depozita, kojim vlasnik ne može raspolagati, sredstva na računu bi se mogla koristiti za redovno poslovanje dužnika sve dok ne dođe do aktiviranja “plivajuće zaloge” na

²¹ Pravno shvatanje Ministarstva ekonomije i regionalnog razvoja, Sektora za upravne i nadzorne poslove u oblasti privrednih registara od 20.05.2011. god.

zahtev poverioca, npr. na zahtev naručioca u slučaju kršenja obaveza iz postupka ili iz zaključenog ugovora o javnoj nabavci.²²

Na ovaj način poverilac stiže i razlučno pravo u slučaju otvaranja stečaja nad dužnikom - vlasnikom računa.²³

Prelazak i preobražaj založnog prava na potraživanju u ručnu zalogu

Međutim, ispunjenjem založenog potraživanja založno pravo prelazi na stvar kojom je potraživanje ispunjeno. Dakle, založeno potraživanje ne mora biti nužno novčano, već može biti i nenovčano - npr. potraživanje zalagodavca kao kupca od njegovog dužnika kao prodavca iz ugovora i prodaji da mu se preda i prenese pravo svojine na nekoj stvari. Na ovaj način, pravo zaloge na potraživanju, pretvara se (transformiše) u ručnu zalogu – zalogu na pokretnoj stvari.²⁴

Kad je predmet založenog potraživanja novac, zalogoprimac je dužan na zahtev zalagodavca položiti naplaćeni iznos kod suda, ali ako je predmet njegovog potraživanja takođe novac, i ako je ono dospelo za naplatu, zalogoprimac, može zadržati za sebe koliko mu se duguje, a ostalo je dužan predati zalagodavcu.²⁵

Propast predmeta hipoteke ili zaloge i zakonsko založno pravo na potraživanju naknade iz osiguranja

U našem pravnom sistemu postoji i slučaj suprotan od prethodnog – kada se založno pravo na nepokretnosti (hipoteka) preobražava u zakonsko založno pravo na potraživanju. Takva situacija nastaje u slučaju propasti predmeta hipoteke kada hipotekarni poverilac stiže zakonsko založno pravo na potraživanju naknade iz osiguranja.²⁶

Prema odredbi iz člana 17. stav 3. Zakona o hipoteci, vlasnik će osigurati predmet hipoteke od svih uobičajenih rizika pre zaključenja ugovora o hipoteci. Međutim, u slučaju propasti ili delimične propasti predmeta hipoteke, hipotekarni poverilac, po samom zakonu, stiže založno pravo na potraživanju naknade iz osiguranja, odnosno na isplaćenju naknadi, a dobijeni iznos raspodeljuje se među

²² Kozar V. i Počuča M., Komentar Zakona o javnim nabavkama, Prvo izdanje, "Poslovni biro", Beograd, 2013. godina, str. 204.

²³ Kozar V., Komentar Zakona o stečaju, sa novelama iz 2014. godine i sudskom praksom, 2014. godina, "Poslovni biro" d.o.o., Beograd, str. 76.

²⁴ Član 993. stav 2. ZOO, Stanković O. – Orlić M., navedeno delo, str. 402.

²⁵ Član 993. stav 3. ZOO

²⁶ Kozar V., Komentar Zakona o stečaju, sa novelama iz 2014. godine i sudskom praksom, 2014. godina, "Poslovni biro" d.o.o., Beograd, str. 77.

hipotekarnim poveriocima prema redosledu upisa njihovih prava hipoteke.²⁷ Dakle, u pitanju je zakonsko založno pravo hipotekarnog poverioca na pravu – na obligacionom potraživanju vlasnika propalog predmeta hipoteke prema osiguravajućem društvu, na ime isplate naknade iz osiguranja.

Slično pravilo važi i za pokretne stvari. Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar²⁸ u članu 52. propisuje da založno pravo prestaje i briše se iz Registra zaloge kad predmet založnog prava propadne. Međutim, ako je predmet založnog prava bio osiguran, založno pravo se uspostavlja, po samom zakonu, na potraživanju iznosa (ili naknade) osiguranja.

Davanje u zalogu prava intelektualne svojine i drugih prava

Način zalaganja drugih prava, uređen je Zakonom o obligacionim odnosima, u kome je izričito predviđeno da se osim potraživanja, u zalogu se mogu dati i druga prava. Kada se ima u vidu praktični interes dobijanja kredita, sasvim je logično da zakonodavci u mnogim zemljama da lice koje traži kredit može kao obezbeđenje založiti svoju imovinu, pa tako i imovinska prava u njoj.²⁹ Davanje u zalogu tih prava vrši se na način predviđen za njihovo prenošenje na drugoga, ako za određeni slučaj nije propisano što drugo.³⁰ Dakle, ova materija uređena je posebnim zakonima, npr., Zakonom o žigovima,³¹ koji u članu 53. predviđa da: “žig, odnosno pravo iz prijave može biti predmet zaloge i to na osnovu ugovora o zalozi, odluke suda i drugog državnog organa i sl. i to za sve ili samo za neke robe ili usluge.”³²

Određbe Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar primenjuju se na zalogu prava intelektualne svojine, a zaloga na tim pravima upisuje se u registar zavoda nadležnog za intelektualnu svojinu, i to: registar žigova, registar patenata, registar malih patenata, registar modela, registar uzoraka, registar geografskih oznaka porekla i registar topografija.³³

²⁷ Član 46. Zakona o hipoteci.

²⁸ Službeni glasnik RS”, br. 57/2003, 61/2005, 64/2006, 99/2011.

²⁹ Medić D., Založno pravo, Udruženje sudija i tužilaca Republike Srpske, Banja Luka, 2002, str. 90.

³⁰ Član 995. ZOO.

³¹ Zakonom o žigovima (“Službeni glasnik RS”, br. 104/2009, 10/2013).

³² Kozar V., Zaloga na potraživanjima i drugim pravima, Zbornik radova “Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva”, XVII Budvanski pravnički dani, Savez udruženja pravnika Srbije i Republike Srpske, 12-16. juni 2011, str. 222.

³³ Član 14. stav 3. Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar.

Zakon o autorskom i srodnim pravima³⁴ ne pominje izričito zalaganje autorskog prava, ali to i ne zabranjuje, dok je prema mišljenju pravne teorije moguće založiti autorsko pravo.³⁵ Smatramo da je na imovinskoj komponenti autorskog prava moguće ustanoviti založno pravo, dok na neimovinskoj komponenti (moralna prava autora) zaloga nije moguća. Problem, međutim, može nastati u realizaciji zaloge na imovinskim pravima autora, jer sa jedne strane Zakon o izvršenju i obezbeđenju ne poznaje takav predmet izvršenja, niti propisuje odgovarajuće sredstvo izvršenja, a sa druge strane Zakon o autorskom i srodnim pravima u članu 209. zabranjuje izvršenje na autorskom pravu, izričito propisujući da autorsko pravo ne može biti predmet prinudnog izvršenja, ali dopušta da predmet prinudnog izvršenja mogu biti samo određena imovinska potraživanja koja proizlaze iz autorskog prava. Drugim rečima, ako autor npr. nekog književnog dela ne želi da zaključi izdavački ugovor kojim ustupa, odnosno prenosi na izdavača pravo na umnožavanje autorskog dela štampanjem, i na stavljanje u promet tako umnoženih primeraka dela, a izdavač se obavezuje da delo umnoži i stavi primerke u promet, kao i da za to plati naknadu, ako je ugovorena, autoru, odnosno drugom nosiocu autorskog prava, postavlja se pitanje da li bi takav ugovor mogao da zaključi zalogoprimac. Ako je autor već zaključio ugovor, tada je problem manji, jer bi se moglo zapleniti njegovo novčano potraživanje prema izdavaču, koje bi moglo biti predmet prinudnog izvršenja, a na takvom potraživanju bi moglo postojati i založno pravo. Međutim, smatramo da, imajući u vidu izloženu regulativu, zalogoprimac ne bi mogao da zaključi autorski ugovor, niti da na drugi način prinudno naplati potraživanje iz vrednosti založenog autorskog prava, ukoliko autor nije zaključio izdavački ugovor.

Takođe, nedovršena dela i neobjavljeni rukopisi ne mogu biti predmet prinudnog izvršenja, a veliko pitanje da li bi mogla biti predmet založnog prava.

Odredbe o davanju u zalogu stvari primenjuju se i na zaloge potraživanja i drugih prava, ukoliko za njih nije propisano što drugo.³⁶

Zalaganje potraživanja u slučaju da je založni poverilac dužnik zalogodavca

Predmet založnog prava može biti pravo potraživanja zalogodavca prema dužniku i u slučaju da je založni poverilac dužnik zalogodavca, osim potraživanja čiji je prenos zabranjen zakonom i onih koja su vezana za ličnost ili se ne mogu

³⁴ "Službeni glasnik RS", br. 104/2009, 99/2011, 119/2012.

³⁵ Stanković O.–Orlić M., navedeno delo, str. 4003.

³⁶ Član 996. ZOO.

prenositi na drugog.³⁷ Na ovaj način, realizacijom založenog potraživanja, u slučaju da je založni poverilac istovremeno dužnik zalogodavca, može doći do kompenzacije – prebijana uzajamnih, istorodnih i dospelih potraživanja kao jednom od zakonom predviđenih načina prestanka obaveze.³⁸

Kao primer zalaganja potraživanja, u slučaju da je založni poverilac istovremeno i dužnik zalogodavca može se navesti namenski oročeni depozit. Suština namenskog oročenog depozita jeste da je to garantni depozit iz koga banka ima pravo da naplati svoja dospela neplaćena potraživanja koja ima prema deponentu po nekom drugom pravnom osnovu (ugovor o kreditu, ugovor o izdavanju bankarske garancije, jemstvo itd). A mehanizam putem koga prestaju međusobne obaveze banke i deponenta, jeste prebijanje (kompenzacija) iz čl. 336. - 343. Zakona o obligacionim odnosima, koje nastaje na osnovu jednostrane izjave o prebijanju - prebijanje ne nastaje čim se steknu uslovi za to, nego je potrebno da jedna strana izjavi drugoj da vrši prebijanje (član 337. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima).³⁹

Založno pravo na potraživanju stiće se upisom u Registar zaloge. Upis u javni registar neophodan je da bi se obezbedio publicitet i dejstvo zaloge na potraživanju *erga omnes*.⁴⁰ Predmet založnog prava mogu biti i druga imovinska prava kojima njihov imalac može slobodno raspolagati. Odredbe o zalozi stvari primenjuju se i na zalogu potraživanja i drugih prava, ako za njih nije propisano što drugo.⁴¹

Ovim zakonom takođe je regulisano i dejstvo zaloge potraživanja, a slično odredbama Zakona o obligacionim odnosima, traži se pismeno obaveštenje dužnika. Dok ne bude pismeno obavešten o nastanku založnog prava dužnik založenog potraživanja može ispunjavati svoju obavezu zalogodavcu.⁴² O zalozi potraživanja dužnika mogu obavestiti zalogodavac ili založni poverilac, a od dana dostavljanja obaveštenja o postojanju založnog prava dužnik založenog potraživa-

³⁷ Član 10. stav 1. Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar.

³⁸ Dužnik može prebiti potraživanje koje ima prema poveriocu sa onim što ovaj potražuje od njega, ako oba potraživanja glase na novac ili druge zamenljive stvari istog roda i iste kakvoće i ako su oba dospela (član 336. ZOO).

³⁹ Kozar V., Komentar Zakona o stečaju, sa novelama iz 2014. godine i sudskom praksom, 2014. godina, "Poslovni biro" d.o.o., Beograd, str. 75.

⁴⁰ Registar založnog prava na pokretnim stvarima i pravima vodi Agencija za privredne registre – Član 4. stav 1. tačka 2. Zakona o Agenciji za privredne registre - "Službeni glasnik RS", br. 55/2004, 111/2009, 99/2011.

⁴¹ Petrović Z., Kozar V., Bezdržavinska zaloga na pokretnim stvarima, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, 2010, vol. 82, br. 11, str. 491-507.

⁴² Član 11. Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar.

nja može ispuniti dug samo založnom poveriocu a ne i zalagodavcu, osim ako je založni poverilac dao drukčija uputstva.

Izvod iz registra o tome da poverilac ima založno pravo na potraživanju je dokaz za dužnika založenog potraživanja da potraživanje isplati založnom poveriocu.

Ograničenje plaćanja prebijanjem (kompenzacijom)

Zakonom o platnom prometu, posle izmene koja je stupila na snagu 9. maja 2011. godine, u članu 46. uvedeno je ograničenje plaćanja prebijanjem (kompenzacijom), ako su računi pravnih lica u trenutku plaćanja blokirani radi izvršenja prinudne naplate. Zakon o platnom prometu u članu 48, takođe propisuje: "Ako dužnik ima oročena sredstva kod banke, banka je dužna da, posle isteka ugovorenog roka na koji su ta sredstva oročena, i ta sredstva koristi za izvršavanje naloga za prinudnu naplatu u kom slučaju ne može produžavati ugovor na osnovu koga su ta sredstva oročena (stav 7)." Sredstva dužnika na računu kod banke blokirana na osnovu naloga za prinudnu naplatu ne mogu se koristiti za druga plaćanja tog dužnika" (stav 8).

Zakon o platnom prometu sadrži kaznene odredbe, za povredu navedenih ograničenja, u članu 50. tač. 5. i 6: Novčanom kaznom od 200.000 do 2.000.000 dinara kazniće se za prekršaj pravno lice: ako su njegovi računi u trenutku plaćanja blokirani radi izvršenja prinudne naplate, a novčane obaveze izmiruje suprotno članu 46. stav 3. ovog zakona (član 46. stav 3); ako svoja sredstva na računu kod banke blokirana na osnovu naloga za prinudnu naplatu koristi za druga plaćanja (član 48. stav 7);

Sledeća odredba odnosi se i na postupanje banke sa sredstvima namenskog oročenog deviznog depozita - član 51. stav 1. tačka 18) glasi: "Novčanom kaznom od 200.000 do 2.000.000 dinara kazniće se za prekršaj banka: ako ne postupa u skladu sa članom 48. st. 2. do 8. ovog zakona i propisima donetim na osnovu člana 57. stav 3. tog zakona." Za radnje iz stava 1. ovog člana kazniće se za prekršaj i odgovorno lice u banci - novčanom kaznom od 10.000 do 150.000 dinara.

Napлата potraživanja banke po osnovu ugovora o kreditu ili drugog pravnog posla iz sredstava *namenskog oročenog deviznog depozita klijenta* ("garantni depozit"), zasnovana je na kompenzaciji (prebijanju), kao jednom od zakonom dozvoljenih načina prestanka obaveza. Novelama Zakona o platnom prometu, uvedeno je ograničenje plaćanja prebijanjem (kompenzacijom), ako su računi pravnih lica u trenutku plaćanja blokirani radi izvršenja prinudne naplate, što može dovesti u pitanje i pravo banke da se naplati iz sredstava namenskog oročenog deviznog depozita klijenta. S druge strane Zakon o platnom prometu predviđa izuzetke od prinudne naplate, propisujući u članu 48. stav 5 da se pod sredstvima za izvrše-

nje naloga za prinudnu naplatu podrazumevaju dinarska sredstva koja se vode na dinarskim računima kod banke, kao i dinarska protivvrednost deviznih sredstava kod banke, osim sredstava određenih za isplatu po osnovu akreditiva, sredstava depozita za obezbeđenje kredita... kao i tuđih sredstava na računima dužnika. Stoga, ukoliko je namenski oročeni depozit dat za obezbeđenje kredita ili su sredstva deponovana za isplatu po osnovu akreditiva ("pokriveni" akreditiv), banka bi imala pravo da svoje potraživanje namiri kompenzacijom, iako su računi dužnika blokirani radi izvršenja prinudne naplate. Slično je i sa "tuđim sredstvima na računima dužnika" koja mogu postojati u slučaju escrow računa.⁴³

ZAKLJUČAK

Založno pravo na stvari stvarno pravo, dok u pogledu založnog prava na potraživanjima postoji mišljenje da je reč o obligacionom pravu. Pravo zaloge spada u sporedna prava i služi za obezbeđenje glavnog potraživanja. Pravo zaloge može postojati na pokretnim stvarima, nepokretnostima i na pravima, i nastaje na osnovu pravnog posla, sudske odluke.

Zakon o obligacionim odnosima reguliše zalaganje potraživanja i drugih prava, kao poseban oblik zaloge koja nastaje zalaganjem potraživanja ili drugih prava, dok posebnu podvrstu predstavlja zalaganje potraživanja iz hartija od vrednosti.

Zakon o obligacionim odnosima predviđa dužnost očuvanja potraživanja tako što propisuje da je zalogoprimac dužan preduzimati mere potrebne za očuvanje založnog potraživanja, npr. protest menice, podnošenje menične tužbe odnosno predloga za izvršenje na osnovu verodostojne isprave, da bi se prekinuo tok zastarelosti i sl.

Poverilac stiće založno pravo na potraživanju upisanom na hartiji od vrednosti na donosioca kad mu ona bude predata, a davanje u zalogu potraživanja iz hartije po naredbi vrši se indosamentom u kome je naznačeno da je predata u zalogu

⁴³ Escrow račun je račun na koji jedna ugovorna strana u nekom trgovačkom ugovoru (nalogodavac u odnosu prema Banci), preda escrow banci (banka agent) novac, vrijednosnice ili dokumente u polog na čuvanje, s tim da je ta banka ovlašćena položiti novac isplatiti ili dokumente izručiti njegovoj drugoj ugovornoj strani (korisniku), pod uvjetima koji su utvrđeni escrow ugovorom između banke - escrow agenta, nalogodavca i korisnika. To je založni/uvjetni račun, koji služi za namirenje potraživanja sa kojeg se radi isplata tek nakon ispunjenja određenih uvjeta. Služi za pružanje usluge posredovanja prilikom obavljanja novčanih transakcija koje su uvjetovane ispunjenjem određenih radnji, koje se dokazuju prezentacijom ugovorenih dokumenata. Definicija preuzeta sa Internet stranice <http://www.pbz.hr/Default.aspx?sec=869#.VduJ-ZeB78w>, 24.08.2015.

Naplaćivanje založenog potraživanja o dospelosti, takođe predstavlja obavezu zalogoprimalca. Kad založeno potraživanje dospe za naplatu, zalogoprimalac je dužan naplatiti ga.

Za razliku od hipoteke i ručne zaloge, gde preovladava načelo oficijelnosti, koje se realizuju, po pravilu sudskim putem, kod zalaganja potraživanja, naplata je prepuštena založnom poveriocu.

Odredbe Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar primenjuju se na zalogu prava intelektualne svojine, a zaloga na tim pravima upisuje se u registar zavoda nadležnog za intelektualnu svojinu, npr. u registar žigova ili registar patenata.

Zakonom o obligacionim odnosima ustanovljeno je zakonsko pravo zaloge u korist komisionara na određenim pravima, odnosno potraživanjima.

Predmet založnog prava može biti pravo potraživanja zalagodavca prema dužniku i u slučaju da je založni poverilac dužnik zalagodavca. U slučaju da je založni poverilac istovremeno dužnik zalagodavca, može doći do prebijanja uzajamnih, istorodnih i dospelih potraživanja kao jednom od zakonom predviđenih načina prestanka obaveze.

VLADIMIR VRHOVŠEK
Judge of the High Court in Belgrade
VLADIMIR KOZAR, Ph.D.,
Associate Professor Faculty of Law,
Business Academy Novi Sad

COLLATERAL PLEDGE ON RIGHTS

Summary

Lien on the real right stuff. In terms of the lien on the claims it was felt that this is contract law. Lien is one of the side of law and serves to secure the main claim. Lien can exist over movable property, immovable property and rights. Lien created on the basis of legal work, court decisions. Law of Obligations regulates the commitment of claims and other claims. Separate subspecies is advocating the claims of the securities. The law provides for the duty to preserve claims. Creditor acquires a lien on the claim written on a security to bearer when it is handed over to him and pledging of securities receivable upon the order shall be by endorsement in which he indicated that the pledge was made to the spout. When the claim becomes due and payable, the pledge holder shall to charge him. In advocating the claims, the collection was left to the lien creditors. The provisions of the Law on Pledge Right of Movable Assets Registered in the register shall apply to the pledge of in-

tellectual property rights, a pledge on such rights shall be entered in the register. Law of Obligations was established statutory lien in favor of the commissioners of certain rights or claims. The law envisages taking part in a pledge to ensure that the company claims has the article. Member of a limited liability company may provide part in pledge to secure loans or other obligations, unless the act or contract of members of otherwise. Until the transfer of shares may result in judicial enforcement proceedings when the society and members of society have the preemptive.

MIRKO STOJČINOVIĆ,
MILENKO SARIĆ

KATASTAR NEPOKRETNOSTI NASUPROT ZEMLJIŠNIM KNJIGAMA PO PREDNACRTU GRAĐANSKOG ZAKONIKA REPUBLIKE SRBIJE

U V O D

Osvrt na značaj i aktuelnost teme

Donošenjem Zakona o premjeru i katastru Republike Srpske¹, Republika Srpska se opredijelila za koncept uspostavljanja jedinstvene evidencije o nepokretnostima i pravima na nepokretnostima, pri organu uprave, dok prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije propagira vraćanje zemljišnih knjiga - evidencije o stvarnim pravima na nepokretnostima, u pravni sistem Srbije. Treba reći da se Republika Srpska na put uspostavljanja katastra nepokretnosti pri organu uprave upravo opredijelila obzirom da je i Srbija krenula tim putem i na većem dijelu teritorije uspostavila katastar nepokretnosti kao jedinu evidenciju o nepokretnostima i pravima na nepokretnostima koju vodi organ uprave. Vraćanjem zemljišnih knjiga u pravni sistem Srbije, zasigurno bi otvorilo ili podstaklo suprotna mišljenja od autora ovog rada da se i u Republici Srpskoj "zemljišne

Doc. dr. Mirko Stojčinović, Republička uprava za geodetske i imovinsko pravne poslove, Banjaluka.

Milenko Sarić, master prava, Republička uprava za geodetske i imovinsko pravne poslove, Banjaluka.

¹ Službeni glasnik Republike Srpske, broj 6/12.

knjige” kao evidencija o pravima na nepokretnostima vrate, iako su 2003. godine, u pravom smislu riječi, nametnute u pravni sistem Republike Srpske, ne voljom građana već voljom visokog predstavnika za BiH.

Predmet, problem, cilj i osnovna hipoteza istraživanja

Predmet ovog rada su prednosti uspostavljanja katastra nepokretnosti pri organu uprave, u odnosu na zemljišne knjige koje se ponovo žele uvesti u pravni sistem Srbije donošenjem Građanskog zakonika.

Problem ovog rada jeste kako zadržati postojeći koncept uspostavljanja katastra nepokretnosti pri organu uprave, uprkos nastojanjima da se u pravni sistem Republike Srpske vrati koncept “oživljavanja” zemljišnih knjiga, te ukazati na razlike, nedostatke i prednosti ove dvije evidencije.

Cilj ovog rada jeste podstaknuti uspostavljanje katastra nepokretnosti, ne dajući veliki značaj oprečnim mišljenjima za “povratak” zemljišnih knjiga u pravni sistem Republike Srpske.

Osnovna naša hipoteza je da je katastar nepokretnosti za razliku od zemljišnih knjiga, tačna, efikasna, sigurna i nadasve moderna evidencija o nepokretnostima.

KATASTAR NEPOKRETNOSTI NASUPROT ZEMLJIŠNIM KNJIGAMA

Katastar nepokretnosti i zemljišna knjiga

Prema istovjetnoj definiciji Zakona o državnom premjeru i katastru² Republike Srbije iz 2009. godine i Zakona o premjeru i katastru Republike Srpske³ iz 2012. godine, “katastar nepokretnosti je osnovni i javni registar o nepokretnostima i stvarnim pravima na njima”, dok je u smislu Zakona o zemljišnim knjigama Republike Srpske⁴ “zemljišna knjiga javna knjiga i javni registar stvarnih prava na nekretninama i drugih prava, koja su zakonom predviđena za upis, kao i ostalih zakonom predviđenih činjenica od značaja za pravni promet”. Laički gledano, iz sadržine zakonskih definicija, moglo bi se zaključiti da su ove dvije evidencije iste te da među njima nema razlika. Ako su iste, zašto onda neki autori preferiraju da se uspostavi jedna, a drugi da se uspostavi druga evidencija? Upravo to

² Zako o državnom premjeru i katastru (“Službeni glasnik Republike Srbije”, broj 72/09).

³ Zakon o premjeru i katastru Republike Srpske (“Službeni glasnik Republike Srpske”, broj 6/12).

⁴ Zakon o zemljišnim knjigama Republike Srpske (“Službeni glasnik Republike Srpske”, broj 67/03).

i jeste problem sa kojim smo ušli u ovaj istraživački rad. Ove dvije evidencije zasigurno nisu iste. Razlika se možda ne vidi golim okom ali suštinski ista postoji. Ono na šta želimo u početku skrenuti pažnju sastoji se u tome da zemljišna knjiga kao primat u svom definisanju ističe da je to javni registar stvarnih prava na nekretninama, dok katastar nepokretnosti kaže da je to osnovni i jedini registar o nepokretnostima i stvarnim pravima na njima. Katastar nepokretnosti, dakle, isključuje postojanje drugih registara o nepokretnostima, jer kaže da je on jedini i osnovni, dok zemljišna knjiga, ne isključuje postojanje drugih registara, obzirom da se kroz cijeli zakon bavi pravima i upisom prava u zemljišne knjige, i govori o tome da je ona jedna knjiga i javni registar stvarnih prava na nekretninama.

Nije suvišno reći da su stvarna prava: pravo svojine, pravo građenja, založno pravo, pravo stvarne i lične službenosti i pravo realnog tereta⁵, kao i da je u Republici Srpskoj “termin” zemljišna knjiga zamijenjen terminom javna evidencija i to stupanjem na snagu Zakona o izmjenama i dopunama zakona o stvarnim pravima 2011. godine.⁶

O nepokretnostima kao polaznom osnovom pored titulara svake evidencije, Zakon o zemljišnim knjigama Republike Srpske govori samo u dva člana, i to u članu 7. i članu 18. dok su svi ostali članovi zakona i sam zakon posvećeni samo upisu, brisanju i ograničenju prava na nekretninama, a Zakon o premjeru i katastru Republike Srpske, ne samo da reguliše ova pitanja, već daje primat čitavom nizu aktivnosti od uspostavljanja do održavanja jedinstvene evidencije o nepokretnostima. Istina i Zakon o zemljišnim knjigama Republike Srpske propisuje osnivanje zemljišne knjige na teritoriji na kojoj nije uspostavljena, ali to uspostavljanje uveliko zavisi od uspostavljenog katastra i podataka sadržanih u katastarskoj evidenciji.

Suprotstavljeni stavovi

U stručnoj pravnoj literaturi postoje različita mišljenja istaknuta od pojedinih autora u pogledu vođenja evidencija o nepokretnostima i pravima na njima.

Po nekim autorima moderno postavljene i vođene zemljišne knjige predstavljaju jedan od najboljih sistema javnih registara nepokretnosti i stvarnih prava na njima u svijetu.⁷

⁵ Zakon o stvarnim pravima (“Službeni glasnik Republike Srpske”, broj 124/08), član 1. stav 2.

⁶ Zakona o izmjenama i dopunama zakona o stvarnim pravima (“Službeni glasnik Republike Srpske”, broj 95/11), član 1.

⁷ Antonio Ettore, Lucio Silvestri, *La publicita immobiliare e il testo unico delle imposte ipotecaria e catastale*, 2 edizione, Milano 1996. 7.

Ovo pravno shvatanje zastupljeno je dijelom i u našoj pravnoj literaturi, a sada propagirano i u prednacrtu Građanskog zakonika Srbije, obzirom da neki autori prihvataju prijedlog da se ponovo uvedu u pravni sistem zemljišne knjige kao evidencija o stvarnim pravima na nepokretnostima, a koju evidenciju će voditi sudovi po uzoru na austrijsko njemački sistem, iako su iz pravnog sistema i Srbije i Republike Srpske “izbačene” jer u vrijeme postojanja nisu dale nikakve rezultate.

Da evidenciju o pravima na nepokretnostima treba da vode sudovi propagiraju i autori prednacrta Građanskog zakonika Srbije, na način da Komisija za izradu Građanskog zakonika navodi da su: “... zemljišne knjige mnogo bolji i savršeniji sistem evidencije stvarnih prava na nepokretnim stvarima..., sistem zemljišnih knjiga vode sudovi kao nezavisni državni organi na koje ni izvršni organi, ni drugi centri političke moći ne mogu uticati, zemljišne knjige u nas postoje odavno..., zemljišno knjižni sistem postoji u Nemačkoj, Austriji i Švajcarskoj i jednodušno je priznat kao najbolji sistem evidencije stvarnih prava u svetu..., zato su i neke zemlje u regionu zadržale zemljišne knjige (Slovenija, Hrvatska, Bosna i Hercegovina), a neke nastoje da ga sa jednog užeg područja prošire na teritoriju cele države (Rumunija)”.⁸ Ne bismo se složili sa ovom argumentacijom, a o čemu ćemo više riječi dati u daljem tekstu.

Nadalje neki autori kao razlog uspostavljanju jedinstvene evidencije o nepokretnostima ističu kompjutersku obradu podataka, međutim ovaj argument nema nikakvog valjanog osnova. Naime, kompjuterska obrada na današnjem stepenu tehnologije potpuno omogućava vođenje evidencije na različitim mjestima, a potom i njihovo sintetizovanje.⁹

Generalni stav prema navedenom mišljenju je zagovaranje da zemljišne knjige ostanu u pravnom sistemu kao tradicionalno utemeljene i pravno sigurne evidencije. Po ovom mišljenju argument informatičke prirode ne stoji, jer se unošenje podataka može vršiti na odvojenim mjestima (katastar i zemljišnoknjižni sud), a objedinjeni podaci mogu se koristiti i kod jednog i kod drugog državnog organa, kao i kod trećih lica kojima država odobri korišćenje podataka.¹⁰

Kao argumenti protiv objedinjavanja evidencija navodi se i vjerovanje da je iluzorno da se evidencija činjenica (katastar) i evidencija prava (zemljišna knjiga) mogu spajati. Upis u zemljišne knjige nije samo akt evidencije, nego i način sticanja stvarnih prava, a taj zadatak traži drugu vrstu organizacije i veće pravno

⁸ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, Radni tekst pripremljen za javnu raspravu sa alternativnim predlozima Beograd 2015, str. 445.

⁹ Nebojša Šarkić, Kompjuterska obrada kao razlog za uvođenje jedinstvene evidencije, *Anali PFB*, Beograd 1-6/2000, 88.

¹⁰ *Ibid.*, 96.

znanje i iskustvo. Obaveznost upisa je suprotna načelu dispozitivnosti koje važi za subjektivna prava. Upravni organi su dobili ovlašćenja da odlučuju o sticanju, prenošenju i prestanku stvarnih i drugih prava na nepokretnostima za šta nisu osposobljeni, niti su ikada ti poslovi bili u njihovoj nadležnosti.¹¹

Ovakvi argumenti se ne mogu prihvatiti jer zemljišne knjige u Republici Srpskoj, za nepunih 10. godina od kada su uvedene, ili bolje rečeno nametnute u pravni sistem, nisu dale željene rezultate, ili možda i nije bio cilj da se stvori tačna evidencija već nešto drugo. Da je to nešto drugo, slobodno se može reći da je jedinu korist od "nametanja" zemljišnih knjiga imao GTZ¹², koji je od ukupnog posla na uspostavljanju tačne, ažurne i modrene evidencije, u dobroj mjeri, na onom dijelu teritorije na kojoj su i bile uspostavljene, izvršio digitalizaciju zemljišnih knjiga, tj. dosadašnje podatke iz analognog oblika preveo u digitalni, tako da su sada podaci u zemljišnim knjigama postali jedino čitljiviji, ali sa svim dotada upisanim podacima (NDH, begovi Otomanskog carstva i dr.). Treba priznati i da je u pojedinim opštinama uspostavljeno i nešto, ali sasvim mali broj, novih zemljišnih knjiga. Nesporno je da takva organizacija ima svoje kvalitete, ali da je u samo jednoj katastarskoj opštini uspostavila tačnu, modernu i ažurnu evidenciju, imala bi područsku i autora ovog rada, nažalost osim prednjeg ništa na uspostavljanju tačne, moderne i sigurne evidencije nije učinila. Možda je stvarala preduslove za uspostavljanje takve evidencije ali to ostaje budućim generacijama da daju odgovor.

Prednosti jedinstvene evidencije

Prema drugim autorima, ustrojavanje nove evidencije, nije odbacivanje postojeće zemljišnoknjižne evidencije, njeno uklanjanje kao suvišne, nego stvaranje jedne nove potpune evidencije, koju će da vodi organ uprave, kadrovski i materijalno opremljen da ažurno prati i registruje sve promjene koje se tiču nepokretnosti i prava na njima, koristeći pri tom u najvećoj mjeri (uz nužno ažuriranje) podatke iz postojeće evidencije.¹³

Nadalje, autori navode da se, imajući u vidu društvene potrebe koje danas treba zadovoljiti evidencijama o nepokretnosti, osjeća potreba za jednom opštom evidencijom o nepokretnostima u kojoj bi bili sadržani svi podaci neophodni za zadovoljavanje svih, te da je neophodno postojanje i posebnih evidencija o nepo-

¹¹ Dragoljub Simanović, Reafirmacija zemljišnih knjiga, *Anali PFB*, Beograd 1-6/2000, 152-153.

¹² Njemačko društvo za tehničku saradnju - GTZ d.o.o. (Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH).

¹³ Lepasova Karamarković, Sistem zemljišnih knjiga i jedinstvene evidencije (argumenti za i protiv – sa posebnim osvrtom na postupak upisa prava i pravne lekove) *Anali PFB*, Beograd 1-6/2000, 104.

kretnostima koje bi sadržavale detaljnije podatke prikupljene i bilježene na struč-
niji, tj. specijalizovaniji način. Uvođenje opšte evidencije i posebnih evidencija o
nepokretnostima ne bi smjelo da znači da bi one bile međusobno razdvojene. Na-
protiv, morala bi se postići potpuna funkcionalna povezanost. Opšta evidencija i
posebne evidencije mogle bi da budu vođene u okviru jednog istog organa, i na
taj način bi se postigla i potpuna organizaciona povezanost.¹⁴

Drugi pak autori navode da je sasvim tačno da je sistem vođenja evidenci-
je putem zemljišnih knjiga, “jedna zastarjela i prevaziđena ustanova čije je doba
prošlo, i da je stoga treba zamijeniti novim, naprednijim, efikasnijim i uspješni-
jim sistemom, što se vidi iz bezbroj puta ponovljene činjenice da se radi o sistemu
koji potiče iz XIX vijeka.”¹⁵

U prilog prednjem navešćemo samo nekoliko iskustava raznih zemalja koje
su odbacile zemljišnu knjigu i ustrojile jedinstvenu evidenciju o nepokretnostima
i pravima na njima.

Iz Makedonskog iskustva i njihove Agencije za registraciju nekretnina vid-
ljivo je da sistem katastra nepokretnosti dovodi do povećanja procenta registrova-
nih nekretnina, povećanog broja investicija i jednostavnosti posla u katastarskim
kancelarijama. Jedinstvena struktura nepokretnosti je neophodna da bi se uspješ-
no rješavala pitanja registracije zemljišta u bilo kojoj zemlji: “s jedne strane mora-
mo da povežemo ljude sa parcelama, a s druge moramo da povežemo prava ras-
polaganja određenim zemljištem, odnosno parcelama.”¹⁶

Austrijanci kao čuveni stručnjaci za zemljišne evidencije 1998. godine su
počeli da objedinjuju postojeće dvije evidencije u jednu. Ovdje treba reći da Au-
strija nije izvorno tvorac takve evidencije, jer su zemljišne table i vlastelinske zem-
ljišne knjige, nastale u današnjoj Češkoj, tada Bohemija u XIII vijeku.¹⁷ Isto su
to uradili Holandani, Mađari i Rumuni. Norveška, Švedska i Finska su u potpu-
nosti prešle na jedinstvenu strukturu time što su kao i Republika Srpska preuzele
zemljišne funkcije iz sudova i prenijele ih u geodetske uprave.

Ako se stvari objedine, prostor jasno odredi za klijente, gdje treba da odu i
dobiju uslugu i da se raspitaju o vlasniku zemljišta, onda je puno lakše uspostaviti
procedure: “One shop” odnosno sve se rješava na jednom mjestu. Ideja o smanje-
nju birokratije i administracije ima više aspekata povoljnosti, jer investitori će biti

¹⁴ Stefan Georgijevski, Evidencija nepokretnosti, *Anali PFB*, Beograd 1-6/2000, 67-68.

¹⁵ Jovan Stanojević, Jedinstvena evidencija – napredan sistem registrovanja nepokretnosti, *Anali PFB*, Beograd 1-6/2000, 419.

¹⁶ Prezentacija Svjetke banke o prednostima i mogućnostima jedinstvene evidencije nekretnina, Banjaluka 2012, str. 4.

¹⁷ Stanka Stjepanović, Evidencija nepokretnosti – zemljišna knjiga u katastru, II Regionalna konferencija iz oblasti stečajnog prava, Zbornik radova, Banjaluka 2012. godine, str. 86.

zainteresovani zato što će moći lakše da uknjiže svoje vlasništvo ili pravo, za razliku od situacija kada su morali ići na nekoliko adresa da bi ostavili to isto pravo.

U digitalnoj eri, digitalni podaci ne moraju biti na jednom mjestu pa da zbog eventualnih nepredviđenih razloga budu uništeni i dalje neupotrebljivi, obzirom da je vrlo lako napraviti “back up” informaciju i čuvati je na drugoj lokaciji, a što će se primjenjivati i u Republici Srpskoj, obzirom da će se podaci sa terena pri osnivanju katastra nepokretnosti automatski slivati u baze podataka na dva mjesta i to u Banjaluku i Bijeljini.

U skoroj budućnosti biće lakše baviti se jednom evidencijom nepokretnosti nego iskušavati sve, te kombinovati sa različitim strana. Dakle, u jednom trenutku sve evidencije će zamijeniti katastar nepokretnosti i osloboditi mnoge administrativne radnike da se bave geodetskim i drugim aktivnostima.

Koliko je oduševljenje vezano za uspostavljanje jedinstvene evidencije u Rumuniji najbolje govori citat Griguresku Viktora iz zemljišne administracije Rumunije: “Možemo reći da su nam nepokretnosti bile crne ovce jer nisu sve bile obrađene kako treba u zemljišnim knjigama, ali je objedinjavanje katastra i zemljišnih knjiga najbolja odluka koja se desila u Rumuniji”.¹⁸

Nadalje, treba reći i da je u Republici Srbiji proces objedinjavanja evidencija o nepokretnostima, u pravom smislu riječi, počeo 1988. godine donošenjem Zakona o katastru i upisima prava na nepokretnostima, mada je inicijativu za objedinjavanje katastra zemljišta i zemljišnih knjiga pokrenuo Gradski geodetski zavod Beograda još 1974. godine.¹⁹

Pomenutim zakonom iz 1988. godine u Republici Srbiji stvorene su zakonske pretpostavke za uspostavljanje jedinstvene evidencije o nepokretnostima, odnosno uspostavljanju katastra nepokretnosti kao jedine evidencije o nepokretnostima i pravima na njima, umjesto do tada uspostavljena tri sistema evidentiranja nepokretnosti: katastar zemljišta, zemljišna knjiga i tapijiski sistem. Prema podacima Republičkog geodetskog zavoda Republike Srbije, koji vodi evidenciju o nepokretnostima i pravima na njima, kao upravnog organa, na dan 23.05.2012. godine, završen je projekat “Izrada katastra nepokretnosti i upis prava u Srbiji”.²⁰ Time je u Republici Srbiji, na cijeloj teritoriji, uspostavljena jedinstvena evidencija o nepokretnostima – katastar nepokretnosti, pa je sasvim nelogično kada se imaju u vidu sve prednosti jedinstvene evidencije da se u pravni sistem želi ponovo vratiti zemljišna knjiga, uprkos tome da u vremenu kada je “postojala” nije

¹⁸ Prezentacija Svjetke banke o prednostima i mogućnostima jedinstvene evidencije nekretina, Banjaluka 2012, str. 13.

¹⁹ Mališa Živanović, “Katastar zemljišta ili katastar nepokretnosti”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, (Anali PFG), 1-6/2000, 281.

²⁰ <http://www.rgz.gov.rs>, 23.05.2012. godine.

bila ažurna niti je imala tačne podatke. Ovo tim prije što su najznačajniji razlozi za formiranje katastra nepokretnosti u Srbiji: ne postojanje svojinske evidencije o nepokretnostima na više od 2/3 teritorije Republike Srbije i samim tim nemogućnosti upisa prava na nepokretnostima, nemogućnost upisa stanova i poslovnih prostora, nemogućnosti upisa hipoteka i ostalih tereta; upis istih podataka o nepokretnostima kod dva državna organa i na dva različita mjesta; udvostručeni troškovi upisa nepokretnosti; udvostručeno vrijeme za upis jedne nepokretnosti na dva različita mjesta; problemi neusaglašenosti evidencija; nekompletnost podataka o nepokretnostima upisanim u zemljišnim knjigama; nekompletnost podataka o nepokretnostima upisanim u katastru zemljišta; nemogućnost distribucije podataka o nepokretnostima elektronskim putem.²¹

Da je stanje u zemljišnim knjigama Republike Srpske netačno i neažurno i da ne pokrivaju cijelu teritoriju republike, govori podatak da u Republici Srpskoj ne postoje zemljišne knjige u 31. opštini, u 16 opština postoji samo djelimična pokrivenost zemljišnim knjigama, a i ona evidencija koja postoji u zemljišnim knjigama je neažurna, jer u preko 95% postojećih zemljišnih knjiga upisano stanje ne odgovara stvarnom stanju,²² a da ne spominjemo da su u zemljišnoknjižnoj evidenciji u Republici Srpskoj i dan danas uknjiženi nosioci prava na nepokretnostima kao što su: Nezavisna država Hrvatska, begovi iz Otomanskog carstva, razni privredni subjekti koji ne postoje, fizička lica koja su umrla i prije više od 100 godina. Nadalje, treba naglasiti i to da je Vlada Republike Srpske, obrazlažući svoj prijedlog za potrebu donošenja novog Zakona o premjeru i katastru, konstatovala sve nedostatke koji su se pojavili u primjeni Zakona o zemljišnim knjigama Republike Srpske i ocijenila da se zemljišna knjiga u nekim segmentima pokazala kao loša u vođenju evidencije nepokretnosti i prava na njima, tako da nije bilo kolebanja kojim će se putem krenuti da bi se došlo do jedinstvene evidencije i samim tim sigurnosti ne samo za nosioce prava svojine već za cjelokupni pravni promet.²³

U Republici Crnoj Gori proces objedinjavanja i uspostavljanja jedinstvene evidencije nepokretnosti započeo je 2000. godine, donošenjem Zakona o državnom premjeru, katastru i upisima prava na nepokretnostima. Umjesto javnih registara o nepokretnostima u Crnoj Gori je uvedena jedinstvena evidencija, tako što je objedinjen katastar zemljišta sa zemljišnim knjigama u jedinstveni katastar

²¹ <http://www.rgz.gov.rs>, 17.07.2015. godine.

²² Tihomir Gligorić, Milan Blagojević, *Osvrt na nerazumijevanje Zakona o katastru Republike Srpske* (ustavnopravna analiza jednog slučaja), JP Službeni glasnik Republike Srpske, Banjaluka 2011. 9.

²³ Stanka Stjepanović, *Evidencija nepokretnosti – zemljišna knjiga u katastru*, II Regionalna konferencija iz oblasti stečajnog prava Zbornik radova, Banjaluka 2012, str 83.

nepokretnosti²⁴. Evidenciju o nepokretnostima i pravima na nepokretnostima u Crnog Gori, objedinjenu u "katastar nepokretnosti", vodi upravni organ - Uprava za nekretnine.

Kao argumenti za uspostavljanje jedinstvene evidencije izdvajaju se: objedinjenje evidencije, pri čemu je isti organ (upravni) nadležan i za pravnu i za faktičku evidenciju; obaveznost upisa i povjeravanje evidencije upravnom organu.²⁵

Nadalje, treba istaći da je struktura jedinstvene evidencije neophodna radi uspješnog odgovora današnjim društvenim izazovima, nasuprot zemljišnim knjigama jer ubrzava razvoj, olakšava posao, daje bolji kvalitet podataka i omogućava klijentima lakši i brži put do informacija. Osnivanje katastra nepokretnosti dovodi do smanjenja cijene usluga i pojednostavljuje procedure uknjižbe imovine.

Zašto dovodi do smanjenja cijene usluga i pojednostavljuje proceduru uknjižbe imovine? Do smanjenja cijene usluga i pojednostavljenja procedure uknjižbe imovine upravo, uspostavljanjem jedinstvene evidencije, dolazi iz prostog razloga što se svi podaci o nepokretnostima nalaze u jednom dokumentu i na jednom mjestu, tako da se ne mora za jedan podatak izdavati više dokumenta i od strane različitih organa. Za razliku od zemljišnoknjižnog sistema, gdje se evidencije nalaze kod najmanje dva organa i podaci o nepokretnostima takođe izdaju u najmanje dva dokumenta, pri čemu je bitno napomenuti i da je koordinacija između organa stalna i obavezna što dodatno iziskuje određena finansijska sredstva, kod modela jedinstvene evidencije, sve se kako je već u radu i istaknuto obavlja na jednom mjestu.

ZAKLJUČAK

Našim kratkim istraživanjem u potpunosti smo dokazali postavljenu hipotezu da je katastar nepokretnosti, kao nova i jedinstvena evidencija tehničkih podataka o nepokretnostima i stvarnim pravima na istim, tačna, sigurna i izvan svega moderna evidencija, za razliku od nesigurne, netačne i zapuštene zemljišne knjige.

Očigledno je da zemljišna knjiga nema mjesta ni u prednacrtu Građanskog zakonika Srbije, te u tom smislu treba mijenjati članove 1703, 1709, kao i komentar u fusnoti na strani 445 koji je u potpunosti netačan i nepotreban.

²⁴ Milovan Mušo Šćepanović, "Novi zemljišnoknjižni sistem u Crnoj Gori", *Pravni život*, časopis za pravnu teoriju i praksu, tematski broj Pravo i međunarodne integracije, 21 godina kopao-ničke škole prirodnog prava, Udruženje pravnika Srbije 11, Beograd 2008, tom III, 306.

²⁵ Dragoljub Simanović, Reafirmacija zemljišnih knjiga, *Anali PFB*, Beograd 1-6/2000, 152.

MIRKO STOJČINOVIĆ, LL.D.,
MILENKO SARIĆ
master in legal sciences
Banja Luka

REAL ESTATE CADASTRE AGAINST THE LAND REGISTRY BASED
ON PRE-DRAFT OF CIVIL CODE OF REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The adoption of the Civil Code of Serbia, with current solution which defines registration of rights on real estate as a jurisdiction of land registry, practically means return to the previous legal system of Serbia. It will imply return of land registry system for the registration of real estate, i.e. land books, and it will be a step back regarding the real estate registration despite recently established unique evidence - real estate cadastre with many advantages comparing to land books.

The adoption of the Civil Code of Serbia, which promotes the return of land books will have certain consequences on establishment of real estate cadastre in the Republic of Srpska. It will encourage state authorities in BiH to reconsider current legislation in RS having in mind that one part of BiH, FBiH still remained committed to the land registry.

RODNA ŽIVKOVSKA,
TINA PRŽESKA

PROBLEMI POVODOM SUDSKE ZAŠTITE UPISA U KATASTAR NEPOKRETNOSTI

UPIS U KATASTAR NEPOKRETNOSTI

Katastar nepokretnosti, predmet upisa i vidovi upisa

Katastar nepokretnosti u stvarnopravnom sistemu Republike Makedonije je javna knjiga u kojoj se upisuju pravo svojine i druga stvarna prava na nepokretnostima, podaci o nepokretnostima, kao i druga prava i fakta čiji je upis utvrđen zakonom.¹ Katastar nepokretnosti je sastavni deo geodetsko katastarskog informacionog sistema (GKIS) koji se nalazi u Agenciji o katastru nepokretnosti. Katastar nepokretnosti je sastavljen iz tzv. katastra zgrada i katastra infrastrukturnih objekata. Prema tački 8. stava 1. člana 2. Zakona o katastru nepokretnosti, infrastrukturni objekti su objekti javnog saobraćaja, vodovi i telekomunikacione mreže i sredstva sa njihovim pridruženim instalacijama.

Pravni osnov upisivanja u katastar nepokretnosti nalazi se u stavu 2. člana 148. Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima² prema kome se osnivanje, upi-

Dr Rodna Živkovska, profesor Pravnog Fakulteta "Justinijan Prvi", Univerzitet "Sv. Kiril i Metodij" u Skoplju.

Dr Tina Pržeska, docent Pravnog Fakulteta "Justinijan Prvi", Univerzitet "Sv. Kiril i Metodij" u Skoplju.

¹ Vidi: чл. 137, Закон за катастар на недвижности, Сл. весник на РМ, бр. 55/13, 41/14, 115/14 и 116/15.

² Сл. весник на РМ, бр. 18 /01, 92/08, 139/09 и 35/10.

sivanje i održavanje javne knjige za upisivanje prava na nepokretnostima vrše na način i u postupku propisanim zakonom.

Pravo svojine koje se upisuje u katastar nepokretnosti, prema makedonskoj civilistici, obuhvata osnovne oblike i podoblike prava svojine.³ Osnovni oblici prava svojine u Republici Makedoniji uređeni su članom 2. Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima. To su: privatna svojina (fizičkih i pravnih lica), državna svojina i svojina lokalnih jedinica. Podoblici prava svojine koji se upisuju u katastar nepokretnosti su susvojina i zajednička svojina.⁴ Etažna svojina,⁵ kao podoblik prava svojine, nije predmet upisa u katastar nepokretnosti.

Nosioци prava svojine, susvojine i zajedničke svojine u imovinskom listu upisuju se u tzv. list A.⁶

Druga stvarna prava u stvarnopravnom sistemu Republike Makedonije (pravo službenosti, hipoteka, pravo realnog tereta i pravo dugotrajnog zakupa na građevinskom zemljištu) upisuju se u katastar nepokretnosti u vidu uknjiženja.⁷

Podaci koji se upisuju u katastar nepokretnosti mogu biti prostorni i opisni. Druga prava čiji je upis utvrđen zakonom su obligaciona prava: pravo lizinga, koncesija, zakup nepokretnosti i ugovorno pravo preče kupovine na nepokretnostima, kao i druga prava utvrđena zakonom. Sva ova prava upisuju se u vidu pribeleživanja.⁸

Fakta čiji je upis utvrđen zakonom, a koja se upisuju u katastar nepokretnosti su: lična stanja nosioca prava, fakat da je pravo svojine na nepokretnosti stečeno na osnovu fiducijarnog prenosa svojine, kao i druga fakta čije pribeležavanje predviđa drugi specijalni zakon.⁹ Fakta, kao i druga prava čiji je upis utvrđen zakonom, upisuju se u vidu pribeleživanja i to u tzv. listu G.

U katastar nepokretnosti, osim uknjiženja (kao potpunog, definitivnog i bezuslovnog upisa) i pribeleživanja, upis može biti i u vidu predbeleživanja (uslovnog uknjiženja).¹⁰

³ Bliže o ovome videti kod: P. Живковска, *Стварно право*, Европа 92, Скопје, стр. 108-114.

⁴ Susvojina je uređena članovima 31 – 58, a zajednička svojina članovima 59-94. Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima...

⁵ Uređena je članovima 95 -111, Ibid.

⁶ Bliže o ovome vidi kod: P. Живковска, et. al., *Коментар на Законот за катастар на недвижности*, Европа 92, Скопје, 2013, стр. 236-237.

⁷ Vidi: чл. 171, Закон за катастар на недвижности, Сл. весник на РМ, бр. 55/13, Убр.67/2013, 41/14, 115/14 i 116/15

⁸ Vidi: чл. 173, ст. 1, Ibid.

⁹ Vidi: чл. 173, ст. 2, Ibid.

¹⁰ Vidi: чл. 171, Ibid.

*Način obavljanja (vršenja) upisa, dostavljanje prijave za upis,
donošenje potvrde za upis*

Upis u katastar nepokretnosti prema članu 174. Zakona o katastru nepokretnosti vrši se na osnovu: zakona, pravnosnažnih sudskih odluka, odluka o privremenoj meri, prethodnoj meri i drugih akata o obezbeđenju potraživanja saglasno zakonu, odluci Vlade, konačnih, odnosno pravnosnažnih akata organa državne vlasti, organa lokalne jedinice i grada Skopje, pravnih i drugih lica kojima je zakonom povereno da obavljaju javnu delatnosti i na kraju to su pravni poslovi.

Prema članu 176. Zakona, pravni osnov za upis u katastar nepokretnosti su isprave o pravnom osnovu na osnovu kojih se vrši upis ili se vrše promene u katastru nepokretnosti. Zakon o katastru nepokretnosti propisuje da isprave o pravnom osnovu treba da budu priložene u originalu ili u kopiji overenoj od subjekta ovlašćenog za vršenje javnih ovlašćenja.

Zakon smatra da je pravni osnov podoban za upis kada su isprave o pravnom osnovu zaključene u pismenoj ili elektronskoj formi i overene od strane nadležnog organa, da su akti nadležnih organa konačni, odnosno pravnosnažni i da postoji odgovarajuća određenost podataka u pogledu nosioca prava, nepokretnosti, i u pogledu samog prava koje se upisuje.

Način vršenja upisa u katastar nepokretnosti uređen je odredbama Zakona o katastru nepokretnosima kao posebnog, specijalnog zakona. Reč je o posebnoj regulativi tj, posebnom upravnom postupku, što je u saglasnosti sa pravilama generalnog Zakona o opštem upravnom postupku Republike Makedonije.¹¹ Prema osnovnim načelima o upravnom postupku, odredbe Zakona o opštem upravnom postupku imaju subsidijernu primenu u pogledu postojanja upisivanja u katastar nepokretnosti, što znači da se oni primenjuju samo za one slučajeve koji nisu uređeni Zakonom o katastru nepokretnosti.¹² S obzirom da su upravni postupci upisivanja u katastar nepokretnosti detaljno uređeni Zakonom o katastru nepokretnosti i prozакonskim propisima (Pravilnicima¹³) objektivno nema po-

¹¹ Сл. весник на РМ, бр. 38/05, 110/08 и 51/2011

¹² Vidi: чл. 3, Ibid. Novi Zakon o opštem upravnom postupku Republike Makedonije (Сл. весник на РМ, бр. 124/15) ne sadrži izričnu odredbu o subsidiјernoj primeni odredaba u pogledu posebnih upravnih postupaka, ali Zakon ne isključuje mogućnost da se posebnim zakonima uređuju posebni upravni postupci, ukoliko to nije u suprotnosti sa osnovnim načelama Zakona o opštem upravnom postupku i ukoliko takve odredbe ne smanjuju zaštitu prava i interesa stranaka zagарantovanih Zakonom o opštem upravnom postupku (чл. 2).

¹³ Radi se o dva pravilnika: Правилник за запишување на инфраструктурни објекти (Сл. весник на РМ, бр. 64/14, 183/14 и 56/15) и Правилник за одржување на катастарот на недвижности (Сл. весник на РМ, бр. 151/13, 8/15 и 132/15)

trebe za subsidijernom primenom odredaba Zakona o opštem upravnom postupku.

Upis prava u katastar nepokretnosti obavlja se u postupku ustanovljenja katastra infrastrukturnih objekata¹⁴ i u postupku održavanja katastra nepokretnosti i katastra infrastrukturnih objekata.¹⁵ Reč je o posebnim postupcima uređenim Zakonom o katastru nepokretnosti i posebnim pravilnicima.

U postupku ustanovljenja katastra infrastrukturnih objekata i u postupku održavanja katastra nepokretnosti decidno je isključena mogućnost primene odredaba Zakona o opštem upravnom postupku koje se odnose na zastoj postupka, prekid i ponavljanja upravnog postupka, poništenja, ukidanja i promene rešenja.¹⁶

Posebna specifičnost upravnog postupaka u katastru nepokretnosti je način odlučivanja organa tj. Agencije o katastru nepokretnosti. U ovom pogledu, za razliku od opšteg upravnog postupka, kao i od drugih posebnih upravnih postupaka uređenih specijalnim zakonima, gde se donosi rešenje, Agencija o katastru nepokretnosti, zbog bržeg rešavanja ovih predmeta, odlučuje donošenjem potvrde.

U postupku upisivanja prava na nepokretnostima Agencija po prijavi podnosioca prava ocenjuje da li su ispunjeni zakonski uslovi za upisivanje tih prava, tj. da li postoji podoban pravni osnov i adekvatnost podataka. Na osnovu prijave i priloga, Agencija ocenjuje ove uslove i donosi potvrdu da je izvršen upis u katastar nepokretnosti (ako su uslovi ispunjeni) ili donosi potvrdu da nije izvršen upis na osnovu prijave (ako uslovi nisu ispunjeni).¹⁷

Pravo zaštite upisa u katastru nepokretnosti

Zaštita upisa u katastar nepokretnosti uređena je glavom XV Zakona o katastru nepokretnosti koja glasi "sudska zaštita." Ova glava predviđa dve tužbe. Prva je tužba radi utvrđivanja osnovanosti prijave za upis (čl. 237), a druga je tzv. brisovna tužba (čl. 238).

¹⁴ Ustanovljenje katastra infrastrukturnih objekata je novina Zakona o katastru nepokretnosti, kao deo katastra nepokretnosti (чл. 177, Закон за катастар на недвижности...)

¹⁵ U postupku održavanja katastra nepokretnosti vrši se upis nepokretnosti koje su ostale sa neupisanim pravima (чл. 190-199), upis promena u katastru nepokretnosti i upis promena u katastru infrastrukturnih objekata.

¹⁶ Vidi: чл. 154, Закон за катастар на недвижности...

¹⁷ U pogledu potvrde kao upravnog akta (s obzirom da je nema u važećem Zakonu o upravnom postupku) bio je iniciran postupak pred Ustavnim sudom (У. Бр. 196/2010-0-0 од 2.2.2011), koji je odlučio da ne povede postupak o ocenjivanju zakonitosti potvrde, smatrajuću pri tome da je Zakon o katastru nepokretnosti posebni zakon, koji može propisati posebni postupak saglasno Zakonu o opštem upravnom postupku, pa time i može Agencija o katastru nepokretnosti odlučivati i donošenjem potvrde.

Prema prvoj tužbi, potvrde koje su takstativno nabrojane u ovom članu su konačne i izvršne i nosioci prava i podnosioci prijave u roku od 15 dana imaju na njima pravo na tužbu, pred Upravnim sudom Republike Makedonije. Podnosilac prijave prema Zakonu je nosilac prava na nepokretnosti, njegov zakonski zastupnik, punomoćnik, ovlašćen predstavnik, zakonski naslednik pokojnog nosioca prava svojine, zainteresovano lice ili lice koje je ovlašćeno da traži upis saglasno zakonu (čl. 2. st. 1. t. 23). Nosioc prava je fizičko lice, pravno lice, Republika Makedonija, jedinice lokalne samouprave i Grad Skopje na čije ime je upisano pravo nepokretnosti u katastru nepokretnosti (čl. 2, st. 1, t. 9). Iz odredbe ovog člana zaključuje se da zbog konačnosti i izvršnosti potvrde, rok za zaštitu je 15 dana, tj. kraći je u upoređenju sa rokom od 30 dana, predviđenog u Zakonu o upravnim sporovima Republike Makedonije.¹⁸

Prema drugoj – tzv. brisovnoj tužbi (čl. 238) svako lice koje ima pravni interes može tužbom tražiti od Upravnog suda brisanje upisa u katastru nepokretnosti, u roku od tri godine od izvršenog upisa. Pre donošenja Zakona o katastru nepokretnosti ova tužba je bila uređena stavom 2. člana 152. Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima; ovaj stav je danas derogiran tako da je ova tužba u nadležnosti Upravnog suda.

S obzirom da se tužba prema članu 237. i tužba prema članu 238. razlikuju, poželjno je ukazati na njihove razlike.¹⁹

Prva tužba se podnosi isključivo protiv potvrde Agencije za upis (pozitivne potvrde) ili za odbijanje upisa (negativne potvrde). Druga tužba se odnosi na brisanje onoga što je upisano u katastru nepokretnosti. Pored ovoga, podnosilac tužbe u prvom slučaju su lica koja prijavom pretenduju da budu upisani kao nosioci prava, lica koja su upisana kao nosioci prava i njihovi zakonski naslednici. Kod druge tužbe, njen podnosioc je svako lice koji ima pravni interes za brisanje upisanog. Zbog toga je rok za podnošenje ove druge tužbe tri godine od dana izvršenog upisivanja. Treba ukazati da tužioci ove druge tužbe, shvataju ovu tužbu kao raniju brisovnu tužbu prema Zakonu o svojini i drugim stvarnim pravima, pa polazeći od toga, pored brisanja, u tužbenom zahtevu traže i njihov upis, što je suprotno suštini ove tužbe. Brisanjem, ustvari se briše upisani, a utuženi predmet se vraća Agenciji na dan prijema prijave brisanog.

¹⁸ Vidi: чл. 20 ,ст. 1, Закон за управните спорови, Сл. весник на РМ, бр. 62/06, Убр. 75/2007, Убр.231/2008, 150 /10 i Убр.51/2010.

¹⁹ O razlici između ove dve tužbe videti kod: P. Живковска, et. al., *Коментар на законот за катастар на недвижности*, стр. 389-393.

PROBLEMI POVODOM SUDSKE ZAŠTITE UPISANOG
U KATASTAR NEPOKRETNOSTI

Kao što smo na početku kazali, u upravnosudskoj zaštiti upisa u katastar nepokretnosti, postoje problemi koji se postavljaju pred upravnim sudijama u postupku utuženja konačnih i izvršnih potvrda Agencije. U ovom radu smo sublimirali četiri aktuelna problema, koji će biti razmatrani u daljem tekstu.

*Sudbina sudske odluke kada je za vreme utužene potvrde
Agencija donela novu potvrdu po prijavi tužioca*

Prvi notirani problem odnosi se na situacije koje nastaju kada za vreme utuženja sam tužilac podnosi novu prijavu katastru nepokretnosti i na osnovu nove potvrde za taj isti slučaj Agencija donese novu pozitivnu potvrdu upisanu u katastar nepokretnosti.

S obzirom da nosioci prava nepokretnosti, zbog konačnosti i izvršnosti potvrde,²⁰ u ovom *in species* upravnom postupku mogu prijave za upis podnositi u svako vreme, fakat je da je u poslovanju Agencije broj ovih prijava veoma veliki. Sudbina utužene potvrde, posle koje je doneta nova pozitivna potvrda zavisi, prema Sudu, pre svega, od obaveznog dostavljanja svih fakata na osnovu kojih je doneta utužena potvrda²¹ (zbog ocenjivanja zakonitosti), kao i od obaveštenja Sudu za novonastale promene u korist tužioca koje su upisane u katastar. Tužena strana (Agencija) sudu, uz odgovor na tužbu, uvek ne dostavlja sve spise koji su predmet spora, kao i sve promene koje su nastale nakon utužene potvrde.

Često se dešava da Agencija sudu dostavi i jedne i druge, a da pri tome nedostaje dokaz o vremenu prijema prijave, od čega zavisi primena načela prioriteta (prvenstva) u upisivanju.²²

Polazeći od ovih činjenica, notiraju se sledeće situacije:

1. Ukoliko Sud smatra da potvrda nije zakonita tj. da Agencija nije vodila dovoljno računa o pravilama postupka upisivanja koja su bila od uticaja u donošenju utužene potvrde i nezna za izmenjeno stanje tj. za novu pozitivnu potvrdu, *on će usvojiti tužbu i doneti presudu kojom će poništiti utuženu potvrdu.*²³

²⁰ Videti: чл. 8. ст. 2, Закон за управните спорови...

²¹ Vidi: чл. 36. ст. 1. Ibid.

²² Radi se o principu prvenstva u upisivanju - ko je prvi u vremenu prvi je u pravu ("qui prius est tempore potior est iure"). To znači da prvi u pravu u ovom slučaju je onaj čija je prijava prva ušla u katastar nepokretnosti (časom i minutom tog dana). Vidi: чл. 147, Закон за катастар на недвижности...O načelu prvenstva videti kod: R. Kovačević – Kuštrimović, M. Lazić, Stvarno pravo, IP ZOGRAF, Niš, 2004, str. 284-285.

²³ Vidi: чл. 39. ст. 1, Закон за управните спорови...

2. Kad Agencija u odgovoru na tužbu²⁴ dostavi sve spise predmeta (iz kojih se vidi faktičko stanje na osnovu kojeg je doneta utužena potvrda), a pri tome dostavi i dokaze o novom upisu (novu prijavu, novu potvrdu i novi imovinski list), onda će Sud zbog saznanja o novoj potvrdi tražiti od tužioca pismenu izjavu o postojanju daljeg pravnog interesa.

3. Kad tužilac ne da izjavu, ukoliko Sud smatra da je postupak donošenja utužene potvrde nezakonit, donosi *presudu kojom usvaja tužbu i poništava potvrdu Agencije*, a ako smatra da je postupak zakonit donosi *presudu kojom odbija tužbu kao neosnovanu*.²⁵

4. Često se dešava da u odgovoru na tužbu Agencija samo izvesti Sud o izdatoj novoj potvrdi, a ne dostavi spise utuženog predmeta na osnovu kojeg treba utvrditi zakonitost utužene potvrde. U ovom slučaju Sud šalje Agenciji urgenciju zbog nedostavljanje spisa utuženog predmeta, a pismom traži od tužioca da dà pismenu izjavu o daljem pravnom interesu. Na osnovu pismene izjave tužioca o povlačenju tužbe, *Sud donosi rešenje o obustavljanju postupka*. Ukoliko tužilac ne da izjavu o postojanju pravnog interesa, onda Sud ocenjuje zakonitost potvrde i donosi presudu o poništenju potvrde ili presudu o odbijanju tužbe.²⁶

5. Ukoliko nakon urgencije Agencija ne dostavi sve spise predmeta, onda Sud kažnjava Agenciju *donošenjem presude za poništenje utužene potvrde*. U ovom slučaju Agencija je dužna da donese novu potvrdu, saglasno zakonu.²⁷ Međutim, u slučaju da je tužilac upisan u katastar, Agencija ne nosi novu potvrdu i ostaje da važi potvrda doneta u postupku utuženja, tj. ne primenjuju se članovi 52. i 53. Zakona.²⁸ Faktički u ovom slučaju presuda suda je "otvorena" i smatramo da Agencija treba naći načine za "zatvaranje" predmeta.

Analizirajući situacije koje mogu nastati zbog nedostavljanja spisa koji su predmet spora ili zbog njihovog nekompletnog dostavljanja sudu, kao i zbog nedostavljanja sudu novih promena nastalih za vreme utužene potvrde, u razmatranju ovih slučajeva autori rada smatraju da Zakon, po uzoru na srpski Zakon o upravnim sporovima²⁹ treba da propiše kaznene odredbe prema Agenciji.

Na kraju izlaganja prvog problema povodom ostvarivanja sudske zaštite upisa u katastar nepokretnosti želimo ukazati da državni organi imaju pristup u

²⁴ Vidi: чл. 29. ст. 1 и 2, Ibid.

²⁵ Vidi: чл. 29. ст. 3, Ibid.

²⁶ U smislu člana 39. stava 1.

²⁷ Videti: чл. 36. ст. 2. Ibid.

²⁸ Prema ovim članovima, nadležni organ je dužan doneti novi upravni akt. To podneskom traži i stranka koja u slučaju nedonošenja akta od strane organa, traži od Suda koji je doneo tu presudu, da donese presudu koja će zameniti upravni akt.

²⁹ Vidi: čl. 75, Sl. glasnik RS, br. 111/2009.

katastar nepokretnosti saglasno Zakonu o nacionalnoj infrastrukturi prostornih podataka (NIP).³⁰ Postavlja se pitanje da li će nove izmene i dopune Zakona o katastru nepokretnosti iz jula 2015 godine,³¹ koji propisuju elektronsko povezivanje, dovesti do poboljšanje rada Agencije. U ovom pogledu smatramo da uspeh zavisi od skeniranja svih spisa utuženog predmeta, kako bi sudija mogao ocenjivati njihovu zakonitost.

*Sudbina sudske odluke kada je za vreme utužene potvrde
Agencija upisala treće lice*

Drugi (teži) problem u vezi ostvarivanja zaštite upisa u katastar nepokretnosti je kako presuditi kada se posle utužene potvrde treće lice upisalo (po prijavi) u Agenciji.

Dešava se da posle utužene potvrde, a zbog njene konačnosti i izvršnosti, Agencija postupi po nekoliko prijavi drugih subjekata, koji su se pouzdali u tačnost katastra nepokretnosti, i pri tome donese nekoliko potvrda na ime podnosioca. Kod ovog problema posledice spora zavise od fakata da li Sud ima sve spise predmeta na osnovu kojih je doneta utužena potvrda.³²

1. Ukoliko Sud u odgovoru na tužbu dobije sve spise utuženog predmeta, a Agencija ga nije izvestila o urađenim promenama (upisa) u katastar, onda on ocenjuje zakonitost utužene potvrde i zavisno od toga, donosi *presudu kojom poništava potvrdu ili presudu kojom odbacuje tužbu kao neosnovanu*.³³

a) Kada Sud donosi presudu kojom poništava utuženu potvrdu, onda on vraća predmet natrag i to sa datumom njegovog prijavljivanja (datumom podnesene prijave). Agencija u ovom slučaju, s obzirom da je prema Zakonu dužna postupiti po odluci Suda i doneti novi akt³⁴ (novu potvrdu), ovom licu dostavlja negativnu potvrdu, zbog upisanog drugog lica u katastar nepokretnosti (u kojoj Agencija može i da sakrije vreme prijema novoupisanog trećeg lica). Tada, zbog donesene negativne potvrde, ovo isto lice podnosi tzv. brisovnu tužbu uređenu

³⁰ Сл. весник на РМ, бр. 38/04.

³¹ Član 141-a novih izmena i dopuna decidno propisuju da su sudovi, ministarstva, organi državne uprave, jedinice lokalne samouprave, notari, izvršioc i svi drugi subjekti sa prenešenim ovlašćenjima dužni da sve isprave koje sadrže pravni osnov na osnovu kojih se vrši upisivanje u katastar nepokretnosti, zajedno sa prijavama za upisivanje i dokaza za plaćenu naknadu, da dostave Agenciji, Сл. весник на РМ, бр. 115/14.

³² Češće se radi o tužiocima koji nisu bili upisani u sistematskom upisivanju (pre 2008 godine koji imaju kod kuće ispravu za pravni osnov), a upisalo se treće lice (tuženi).

³³ Saglasno stavu 1. člana 39. Zakona o upravnim sporovima...

³⁴ Videti: чл. 36. ст. 3. Закон за управните спорови...

u člana 238. Zakona o katastru nepokretnosti. Ovo lice je tužilac u ovom sporu zbog toga što ima direktni pravni interes za poništenje utužene potvrde.³⁵ Sud traži da u odgovoru na tužbu budu navedene sve promene, tj. sve prijave, potvrde i imovinski list. I pored njihovog kompletnog dostavljanja (neskrivanja fakata), situacija u ovim slučajevima je složenija zbog toga što se treće upisano lice u katastar nepokretnosti (a bilo je drugo u podnošenju prijave) bilo pouzdalo u katastar i u tačnost njegovih podataka. Sud, ustvari, rešavajući po predmetu, tj. u okviru tužbenog zahteva,³⁶ ocenjivaće samo podobnost pravnog upisa tuženoga (upisnoga) u katastar. Ukoliko je upis trećeg lica zakonit, *Sud donosi presudu kojom odbacuje tužbu kao neosnovanu*,³⁷ a ukoliko (prema faktima utvrđenim u upravnom postupku) oceni da je upis nezakonit, *donosi presudu kojom usvaja tužbu i poništava utuženu potvrdu*.³⁸

b) Kada Sud donosi presudu kojom odbacuje tužbu kao neosnovanu, onda sudbina prvoprijavljenoga u katastar nepokretnosti je njegovo iniciranje parnice.

c) Kada Sud donosi presudu kojom usvaja tužbu i poništava utuženu potvrdu, onda on vraća predmet na dan prijema prijave. Tada je Agencija dužna postupiti po prijavi trećega lica, ali ne i upisati tužitelja (na mesto tuženog), jer se radi samo o brisanju nezakonitog upisa. Na žalost, i punomoćnici tužilaca ne razumeju ovu tužbu, i u tužbenim zahtevima traže, pored poništenja potvrde, i upisivanje tužitelja, jer se ova tužba shvata kao ranije predviđena tužba u Zakonu o svojini i drugim stvarnim pravima,³⁹ što dovodi do odbacivanja zahteva u tom delu.

Autori ovog rada u pogledu upisivanja trećeg lica u katastar nepokretnosti za vreme presuđivanja, predlažu primenu privremenih mera koje su propisane u članu 15, međutim, njihova uređenost (regulativa) je veoma otežana za tužioce.⁴⁰

Tužbe digitalnih potvrda

Treći aktuelni problem u pogledu sudske zaštite upisa u katastar nepokretnosti Republike Makedonije odnosi se na utuženu potvrdu koju Agencija donosi zbog izmenjene površine katastarskih parcela u procesu digitalizacije analognih

³⁵ Videti: чл. 13. Закон за управните спорови... Što se tiče pravnog interesa tužilac ga dokazuje dokazom da je bio nekad upisan u katastar nepokretnosti, ... itd.

³⁶ Videti: чл. 37. ст. 1, Закон управните спорови...

³⁷ Vidrti: чл. 39. ст. 1, Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ Vidi: чл. 151. ст. 2. Закон за сопственост и други стварни права...

⁴⁰ Zahtev za privremenu meru treba biti obrazložen, a Sud može privremenu meru usloviti sa davanjem osiguranja za eventualnu pretrpljenu štetu koja bi nastala za suprotnu stranku. Bliže o ovome videti član 15. Zakona o upravnim sporovima...

katastarskih planova i analognih planova infrastrukturnih objekata.⁴¹ Broj ovih sporova je dosta veliki, tako da se u pravnom životu Republike Makedonije oni nazivaju “digitalni sporovi,” a tužbe se nazivaju “digitalne tužbe.” Radi se o utuženoj tzv. “potvrđi o digitalnoj površini.”⁴²

Saglasno članu 83. Zakona, u katastarske opštine u kojima je ustanovljen katastar nepokretnosti na temelju analognih katastarskih planova,⁴³ Agencija vrši njihovu digitalizaciju. U slučaju da se u procesu digitalizacije utvrdi da se granice neke od tih katastarskih parcela ne mogu digitalizovati, Zakon propisuje da je potreban uvid u njeno faktičko stanje, a da podatke dobijene iz uvida treba usaglasiti sa podacima iz službene evidencije i uneti u digitalni katastarski plan.⁴⁴

⁴¹ Digitalizacija analognih katastarskih planova podrazumeva preuzimanje podataka koje su na pisanom medijumu (astrolon, paus, hamer itd) na elektronski medijum. Ovim putem je veoma brzo i veoma lakše izdavanje kopije iz digitalnog katastarskog plana (odmah, bez čekanja). Fakat je da digitalizacija dovodi do veće pravne sigurnosti i zaštite, a drugo je pitanje o načinu preuzimanja analognih katastarskih planova i faktičko stanje u opreratu. Nakon izrade digitalnih katastarskih planova predviđeno je njihovo integrisanje u centralizovanu bazu podataka. Do promene površine smatra se da dolazi zbog toga što se ona različito preračunava u zavisnosti od koordinata međnjih tačaka, no treba biti u granici propisane formule (Vidi: P. Живковска, et. al. *Коментар на Законот за катастар на недвижности*, стр. 142-145).

⁴² Potvrdu za digitalnu površinu Agencija donosi na osnovu člana 83 Zakona o katastru nepokretnosti, a detaljnije je uređena posebnim pravilnikom (Правилник за катастарски планови и планови на инфраструктурни објекти, Сл. весник на РМ, бр. 139/13 и 183/2014). Ovaj Pravilnik uređuje obrađivanje, oblikovanje i vizuelizaciju podataka sadržanih u analognim katastarskim i infrastrukturnim planovima, njihovu formu i sadržaj.

⁴³ Polazeći od nosilačkog medijuma i od organizaciju podataka, katastarski planovi se klasifikuju na analogne i digitalne (чл. 9, ст. 1, Правилник за катастарски планови и планови на инфраструктурни објекти). Prema Pravilniku, analogni katastarski plan je organizacija prostornih podataka sa grafičkom konstrukcijom i simbolima za prenos svojstava na nepokretnostima koje su predmet premera, prikazani na analognom medijumu (чл. 2, ст. 1, т. 4). Ono što je propisano za analogne katastarske planove odnosi se i za analogni plan infrastrukturnih objekata. I za jedne i za druge planove izrađuju se tzv. metapodatke saglasno međunarodnim standardima za meta podatke (чл. 84, ст. 1, ЗКН). Po definiciji metapodatci su oni podatci (prostorni i opisni) koji opisuju katastarske planove i planove infrastrukturnih objekata. (чл. 2, ст. 1, т. 28, ЗКН, Slično i чл. 3, ст. 1, т. 7, Закон за националната инфраструктура на просторните податоци на Република Македонија, Сл. весник на РМ, бр. 38/14). Izrada metapodataka je u saglasnosti sa međunarodnim standardima za metapodatke (ISO 19115; ISO 19139) i u saglasnosti sa evropskom direktivom INSPIRE. Njihovom izradom usaglašava se makedonsko zakonodavstvo sa pravom Evropske Unije. Bliže o ovome videti: P. Живковска et. al., *Коментар на Законот за катастар на недвижности*, str. 146.

⁴⁴ Podaci sadržani u analognim katastarskim planovima su dvodimenzionalni jer su u horizontalnoj poziciji (2D nepokretnosti sa yx koordinatama). Procesom digitalizacije dobija se digitalni katastarski plan koji je organizacija prostornih podataka sa grafičkom konstrukcijom i simbolima za prenos svojstava na nepokretnostima koje su predmet premera, a prikazani su u digitalnom formatu (Ibid, чл. 2, ст. 1, т. 6). Digitalizacija katastarskih i infrastrukturnih planova obuhvata tri

Stupanjem u primenu baze podataka iz digitalnih katastarskih planova, Zakon propisuje njihovu imperativnu primenu.⁴⁵

1. Prema Zakonu, kada u procesu digitalizacije katastarskih planova Agencija utvrdi razlike u površini katastarskih parcela iz digitalnih katastarskih planova upoređene sa površinom iz katastarskog operata, a one pri tome su veće od $\Delta P < 0,007 * M^*$ (gde P je površina katastarske parcele, a M je razmer katastarskog plana), onda Agencija izlazi na teren i izrađuje tzv. neposrednu vertikalizaciju i nakon toga po službenoj dužnosti donosi "porvrdu za digitalnu površinu" koja se dostavlja nosiocu prava katastarske parcele (upisano lice).⁴⁶ Sud zamera Agenciji što ona po pravilu (uvek) ne izlazi na teren (zbog finansijskih troškova), što podrazumeva da se digitalizacija u Republici Makedoniji radi u kancelariji, putem tzv. posredne vertikalizacije. Donošenje tzv. digitalne potvrde i njeno upisivanje u imovinski list podrazumeva da digitalizacija utiče na sticanje ili gubitak prava svojine. Autori ovog rada postavljaju pitanje šta će se desiti u daljem prometu kada je nepokretnost prema pravnom osnovu (ugovoru) sa većom površinom, a prema digitalnoj potvrdi je sa majnom površinom, pa zbog toga da li je u daljem prometu notarima dovoljan samo imovinski list, gde je upisana površina katastarske parcele dobijena digitalizacijom, ili i imovinski list i isprava o pravnom osnovu u kojoj je površina umanjena, saglasno analognom katastarskom planu?!

Potvrdu za digitalnu površinu Agencija donosi nakon izrađenog: 1. uvida u službenu evidenciju, 2. zapisnika o utvrđenom faktičkom stanju i 3. stručnog nalaza u pogledu razlika u površini.⁴⁷ Nova površina (digitalizovana) koja je umanjena (ili nekad povećana) u digitalnom planu po službenoj dužnosti se upisuje u imovinski list.⁴⁸ Ova tzv. "digitalna potvrda", kao i ostale propisane Zakonom o katastru nepokretnosti, dostavlja se nosiocu prava nepokretnosti, na način propisan Zakonom o katastru nepokretnosti i njen nosilac prava ima pravo na tužbu pred Upravnim sudom Republike Makedonije radi ocenjivanja njene zakonitosti .

faze: obrađivanje, oblikovanje i njihovu vizuelizaciju u digitalnom planu, koji se obavljaju licenciranim softverom.

⁴⁵ Za ulaženje i primenu digitalnih katastarskih planova, direktor Agencije je dužan doneti rešenje koje se objavljuje u Službenom vesniku Republike Makedonije. (Vidi: чл. 83, ст. 7 i 8). Istim danom prestaje da važi analogni katastarski plan (Vidi: чл. 63, ст. 3, Правилник за катастарски планови и планови на инфраструктурни објекти)

⁴⁶ Чл. 83. ст. 2. Закон за катастар на недвижности... i Правилник за катарски планови...

⁴⁷ Чл. 83. ст. 7. Закон за катастар на недвижности, Ibid i чл. 60, Правилник за катастарски планови...

⁴⁸ Чл. 83. ст. 6. Закон за катастар на недвижности...

2. U pogledu primene člana 83. Zakona, upravno sudstvo s pravom zamerka što u slučaju da je ova razlika manja od propisane (prema formuli), Zakon ne propisuje donošenje tzv. digitalne potvrde i njeno dostavljanje nosiocu prava katastarske parcele (čl. 83. st. 1). Autori ovog rada smatraju da je ova zamerka pravilna zato što je propisivanje da se donosi potvrda u svim slučajevima kada je promenjena površina katastarske parcele i propisivanje pravne zaštite u pogledu te potvrde u saglasnosti sa načelama katastarskog prava Republike Makedonije. Prema načelu zakonitosti upisa,⁴⁹ upisivanje prava svojine i drugih stvarnih prava⁵⁰ u katastar nepokretnosti je obavezno. Prema načela konstitutivnosti upisa,⁵¹ pravo svojine i druga stvarna prava stiču se samim upisivanjem u katastar nepokretnosti, a prestaju njihovim brisanjem. Prema načela određenosti⁵² upis u katastar nepokretnosti mora biti potpuno određen i to u pogledu nepokretnosti na koje se odnosi upisivanje, u pogledu nosioca prava i u pogledu samog prava.

Polazeći od ova tri načela, proizlazi da svaku promenu u pogledu nepokretnosti kojom se menja njezina određenost (veličina, bonitet itd.), zbog njene individualnosti (specijalnosti),⁵³ nosilac treba da zna, a naročito kada se u Republici Makedoniji više ne izdaje posedovni list, već samo imovinski list⁵⁴ koji je dokaz postojanja prava svojine i drugih stvarnih prava čiji je objekat individualno određena stvar.⁵⁵

U vezi broja podnesenih digitalnih tužbi, u usmenim kontaktima sa upravnim sudijama saznajemo da je on dosta veliki, a značajan je i broj tzv. digitalnih tužbi podnetih od strane državnog pravobranioca.⁵⁶ Čak i iz kontakata sa držav-

⁴⁹ Vidi: чл. 146. Ibid.

⁵⁰ Vidi: чл. 143. Ibid.

⁵¹ Stvarna prava u stvarnopravnom sistemu Republike Makedonije saglasno načelu zakonskog opredeljenja broja stvarnih prava su: pravo svojine, pravo službenosti, pravo zaloze, pravo realnog tereta i pravo stvarnopravnog dugotrajnog zakupa na građevinskom zemljištu. Bliže o zakonskom opredeljenju stvarnih prava videti kod: P. Живковска, *Стварно право*, Европа 92, Скопје, стр. 31. Ibid i Ch. Atias, op. c. p. 57-58.

⁵² Videti: чл. 148. Prema načelu konstitutivnosti stvarna prava nastaju i brišu se njihovim upisom u katastar nepokretnosti.

⁵³ Bliže o načelu specijalnosti kod: Ch Atias, *Droit civil, Les biens, Xe, édition*, LexisNexis SA, Litec, Priz, 2009. 45. p. 59-60.

⁵⁴ Imovinski list je javna isprava kojom se dokazuju pravo svojine i druga stvarna prava na nepokretnostima saglasno zakonu. Videti: чл. 156. ст. 1. ЗКН.

⁵⁵ “Ствар, во смисла на овој закон, е дел од материјалната природа што може да биде во власт на човекот и што може да се индивидуализира”, чл. 12. ст. 2. Закон за сопственост и други стварни права, Сл. весник на РМ, бр. 18/01, 92/08, 139/09 и 35/10.

⁵⁶ Salgasno stavu 4. člana 3. Zakona o upravnim sporovima. Njihov broj je oko 50, u periodu od 01.01.2015 godna do vremena pisanja ovog rada.

nim pravobraniocima saznajemo da se prvo objavljuje rešenje o digitalizaciji analognog katastarskog plana ili analognog plana infrastrukturnih objekata u Službenom vjesniku, a nakon 10 - 15 dana tzv. digitalna potvrda se dostavlja državnom pravobraniocu?! I na ovaj način se stvaraju tzv. digitalni sporovi, jer državni pravobranilac podnosi tužbu Upravnom sudu zbog pravne sigurnosti državne imovine.

3. Treće značajno pitanje koje se postavlja povodom tzv. digitalne tužbe⁵⁷ je kako će sudija ocenjivati zakonitost utužene potvrde kada da je ono povezano sa poznavanjem informatike i geodezije, a činjenica je da je upravni sudija (kao pravnik) dužan da ocenjuje samo zakonitost akta. Ocenjivanje zakonitosti u ovom slučaju podrazumeva da je Sud dužan dati odgovor na pitanje da li je pravilno primenjena formula u postupku digitalizacije od strane Agencije, tj. odgovor da li je formula za digitalnu površinu iz analognih katastarskih planova pravilno primenjena na digitalnom planu. Zbog potrebne stručnosti za odgovor na ovo pitanje, prema iskazima sudija, doznajemo da Sud pismom traži od Agencije da dostavi zapisnik iz upisa, kopiju katastarskog plana (sa razmerom), imovinski list i stručni nalaz u pogledu pravilne primene formule. Smatramo da za ocenjivanje pravilne primene zakonske formule u procesu digitalizacije Sud treba da traži i pomoć od stručnog lica ("stručni pomoćnik") zbog toga što u ovom slučaju Agencija ima status tužene stranke u sporu.⁵⁸

Povodom ovog trećeg problema sudske zaštite upisa u katastar nepokretnosti, poželjno je notirati izmene i dopune Zakona o katastru nepokretnosti iz 2014. godine⁵⁹ koje se odnose na digitalizaciju podataka iz fiktivne evidencije.⁶⁰ Oni propisuju da se u slučajevima gde su podaci za nosioca prava nepokretnosti preuzeti iz katastra zemljišta⁶¹ na osnovu fiktivne evidencije, kao površina te katastarske parcele upisuje se površina koja proizlazi iz digitalnog katastarskog plana, a podaci za nosioca upisuju se u idealnim (suvlasničkim) delovima.⁶² Prema Pravilniku, za ovo upisivanje izrađuje se potvrda za upis promena u katastru ne-

⁵⁷ U smislu člana 1, Zakona o upravnim sporovima.

⁵⁸ Pozivanje stručnog pomoćnika u ovom slučaju je u saglasnosti sa članom 31, Zakona o upravnim sporova, s obzirom da u upravnim sporovima nema veštaka.

⁵⁹ Сл. весник на РМ, бр. 198/14.

⁶⁰ Zakon smatra da je fiktivna evidencija ona evidencija na katastarskoj parceli koja nije bila izrađena na katastarskom planu, a bila je evidentirana u katastarskom operatu. Vidi: чл. 2. ст. 1. т. 30. Закон за катастар на недвижности.

⁶¹ Katastar zemljišta u R. Makedoniji primenuje se do kraja 2012 godine, kada je ustanovljen katastar nepokretnosti na čitavoj teritoriji Republike Makedonije...

⁶² Isto i чл. 60 а, Правилник за изменување и дополнување на Правилникот за катастарски планови...

pokretnosti po službenoj dužnosti. Međutim, prema Zakonu i Pravilniku, ova potvrda se ne dostavlja nosiocu prava nepokretnosti?! Predlažemo da i u ovim slučajevima, i pored toga što se radi o preuzimanju podataka iz katastra zemljišta (koji je imao značaj evidencije), a ne upisa (dokaza), Zakon i Pravilnik treba da decidno propišu i dostavljanje tzv. digitalne potvrde nosiocu prava nepokretnosti. Tada bi nosilac prava imao pravo na sudsku zaštitu pred Upravnim sudom Republike Makedonije.

I na kraju razmatranja ovog trećeg problema u vezi sudske zaštite upisa u katastar nepokretnosti, želimo ukazati da sama Agencija, polazeći od nastajanje grešaka u postupku digitalizacije, nakon donošenja potvrde za digitalnu površinu ispravlja svoje greške putem donošenja nove potvrde o ispravku greške po službenoj dužnosti, u interesu nosioca prava nepokretnosti, na koju on ima pravo sudske zaštite.

*Tužbe protiv potvrda Agencije kojima se odbija brisanje
hipotekarnog prava*

Četvrti problem Suda povodom sudske zaštite upisa u katastar nepokretnosti tiče se tužbi koje se podnose zbog negativnih potvrda Agencije kojima se odbijaju podnosioci koji traže brisanje hipotekarnog prava, kada je založni poverilac – pravno lice prestalo da postoji i pri tome nema pravne sledbenike. Problem se svodi na to kako Agencija da izbriše pravo hipoteke kao stvarno pravo, kada nadležni organi koji vrše upisivanje pravnih lica ne daju odgovarajuću ispravu o nepostojanju poverioca i njegovih sledbenika koju Agencija traži saglasno članu 174. Zakona o katastru nepokretnosti.

Nužno je ukazati da je upisivanje i brisanje hipoteke, pre svega, zavisno od vida hipoteke, tj. da li se radi o zakonskoj, ugovornoj ili sudskoj hipoteci. U ovom pogledu, svaka od ovih hitoteka u pravnom sistemu Republike Makedonije uređena je posebnom regulativom. Odredbe o zakonskoj hipoteci nalazimo u većem broju zakona, koje nisu dovoljno precizne. Pri tome, one se odnose samo na sticanje, a ne i na prestanka zakonske hipoteke. Odredbe o sudskoj hipoteci sadrži Zakon o obezbeđenju potraživanja⁶³ i pri tome uređuje samo sticanje hipoteke, a ne i njen prestanak. Zbog ove pravne praznine, postavlja se teoretsko pitanje čime izbrisati zakonsku i sudsku hipoteku kada zakon to ne propisuje. U poređenju sa ovima, Zakon o ugovornoj zalozi,⁶⁴ koji uređuje ugovorno založno pravo, sadrži odredbe kako o sticanju, tako i o prestanku ugovorne hipoteke.

⁶³ Сл. весник на РМ, бр. 87/07.

⁶⁴ Сл. весник на РМ, бр. 5/03, 04/05, 87/07, 51/11, 74/12, 115/14, 98/15.

Potrebno je ukazati da član 41. Zakona o ugovornoj zalozi propisuje nekoliko načina prestanka hipoteke: ispunjenje obaveza, punovažno otkazivanje sredstava za obezbeđivanje, spajanje založnog poverioca i dužnika u jedno isto lice, propadanje založene stvari zbog više sile, (osim kada je predmet zaloge osiguran), prodaju, odnosno realizaciju založnog prava, prestanak pravnog subjekta koji je založni poverilac (a nema pravnog sledbenika), jednostrano raskidanje ugovara o zalozi u slučajevima predviđenih zakonom, ugovorno raskidanje ugovora o zalozi i druge slučajeve. Pored toga što ovaj član propisuje načine prestanka založnog prava, isti Zakon u stavu 1. člana 42. decidno propisuje *da ovo pravo upisano u javnu knjigu prestaje samo ako se izvrši njegovo brisanje u katastru nepokretnosti*, što znači da u pogledu brisanja hipoteke Zakon o ugovornoj zalozi upućuje na Zakon o katastru nepokretnosti.

U pogledu postupka za brisanje ugovornih hipoteka, predviđeno je da se oni sprovode, isto tako, po prijavi dužnika Agenciji a na osnovu člana 174. Zakona o katastru nepokretnosti. Češće ta isprava je izjava založnog poverioca kojom on priznaje da je potraživanje u celosti ispunjeno, a ako se radi o otkazivanju od sredstava za obezbeđenje potraživanja, to je izjava poverioca kojom se on otkazuje hipotekarno pravo.⁶⁵ Problem u vezi brisanja nastaje onda kada je založni poverilac koji je pravno lice prestao da postoji i nema pravne sledbenike, tj kada hipotekrano pravo prestaje na osnovu zakona saglasno članu 41. Zakona o ugovornoj zalozi, te se treba izbrisati na osnovu zakona tj. prema alineji 1. stav 1. člana 174. Zakona o katastru nepokretnosti.

Nadležni organi koji upisuju i briše pravne subjekte (Makedonska Narodna Banka i Centralni Registar R. Makedonije), ne izdaju akte (potvrde) kojima bi se dokazivao prestanak pravnih subjekata (banke, štedionice i drugih pravnih subjekata), nego izdaju tzv. informaciju u kojoj navode da “nadležni organ ne raspolaze podacima o tom pravnom subjektu.” S pravom se ova informacija ne računa kao dokaz da je pravni subjekt prestao da postoji, a još manje da on nema sledbenike, zbog toga što je ona u formi informacije koja nema svojstvo javne isprave, a i zbog njene sadržine.

Međutim, ovi organi i kada izdaju potvrdu u kojoj decidno stoji da “pravno lice je prestalo da postoji i nema njegove sledbenike,” i tada Agencija odbija podnosioca prijave tj. donosi negativnu potvrdu sa obrazloženjem da potvrda “nije osnov za upisivanje i brisanje prava na nepokretnosti, tj. nije podobni pravni osnov – isprava u smislu člana 174. Zakona o katastru nepokretnosti.” Na nega-

⁶⁵ Treba napomenuti i činjenicu da Zakon o ugovornoj zalozi ne isključuje mogućnost nastupanje razloga za prestanak hipotekarnog prava da se dokazuje i drugim načinom, osim izjave?

tivnu potvrdu Agencije hipotekarni dužnici imaju pravo da pokrenu upravni spor saglasno članu 237. Zakona o katastru nepokretnosti.

Autori ovog rada smatraju da, kada je založni poverilac - pravno lice koje je prestalo da postoji i koje nema pravne sledbenike, založno pravo prestaje po sili zakona (isto kao kod propadanja predmeta zaloge zbog više sile i sjedinjenja založnog poverioca⁶⁶). Zbog toga što založno pravo prestaje po sili zakona trebalo bi da bude izbrisano na osnovu zakona tj. prema alineji 1. stava 1. člana 174. Zakona o katastru nepokretnosti. Polazeći od ovoga, smatramo da Agencija i Sud treba brisanje u slučaju nepostojanja subjekata i njegovih sledbenika da smatraju zakonskim prestankom hipoteke, što podrazumeva da u ovim slučajevima založnom dužniku je dovoljno da od nadležnog organa pribavi dokaz o prestanku založnog poverioca i njegovih sledbenika u formi javne isprave, na primjer potvrde, koju Agencija treba da prihvati kao dokaz za zakonski prestanak te hipoteke i potom izbrisati pravo hipoteke. Tim putem i potvrda kao javna isprava, zato što u sebi sadrži dokaz za brisanje (činjenicu za brisanje), treba biti dovoljna da Agencija izbriše pravo hipoteke jer njen prestanak je na osnovu zakona.

U ovom kontekstu od značenja je ukazati da u pravnom sistemu Republike Makedonije postoji posebna zakonska regulativa za brisanje hipoteke upisane u intabulacionim knjigama u slučajevima prestanka založnog dužnika i njegovih pravnih sledbenika.

Na kraju želimo ukazati da prema članu 220. Zakona o katastru nepokretnosti iz 2008 godine⁶⁷, Agencija je imala obavezu da preuzme intabulacione knjige iz sudova i da obradi saržinu njihovih podataka. Pitanje o brisanju hipoteka iz intabulacionih knjiga u slučaju da ne postoji založni poverioc – pravno lice i njegovi sledbenici uređeno je članom 61. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o katastru nepokretnosti iz 2014. godine.⁶⁸ Prema njegovim odredbama pravo hipoteke se briše potvrdom koju pribavljuje hipotekarni dužnik od nadležnog organa, koji u toj potvrdi potvrđuje nepostojanje pravnog subjekta i njegovih sledbenika. S obzirom da se ova zakonska odredba odnosi samo na hipoteke upisane u intabulacionim knjigama, ona se ne može primeniti na hipoteke upisane u katastru nepokretnosti.

⁶⁶ Ovi načini prestanka kao zakonski, prema autorima, razlikuju se od ostalih (ugovornih i odlukom akta nadležnog organa) po tome što kod njih nije potrebno neko delovanje (aktivnost) založnog dužnika, dužnika potraživanja i založnog poverioca (ispunjenje potraživanja, otkazivanje zaloge, realizacija založnog prava itd.)

⁶⁷ Сл. весник на РМ, бр. 40/08, 158/10, 17/11, 51/11 и 74/12.

⁶⁸ Сл. весник на РМ, бр. 115/14.

RODNA ŽIVKOVSKA, LL.D.,
Professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus”,
Skopje, Republic of Macedonia

TINA PRŽESKA, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus”,
Skopje, Republic of Macedonia

PROBLEMS REGARDING JUDICIAL PROTECTION OF REGISTERED RIGHTS IN THE REAL ESTATE CADASTRE

Summary

The paper analyses the problems that occur in the legal practice of the Administrative court providing legal protection against the acts rendered by the Agency of Real Estate Cadastre. Analyzing the functions of the Agency of Real Estate Cadastre, the paper shows that the main function of the Agency is to register rights on real estate, to maintain its record and to register any changes in the recorded real estate rights. The registration of right in the Real Estate Cadastre is performed by issuing confirmation certificate that is considered to be an administrative act.

The paper shows that the interested party may seek protection before the Administrative court of Republic of Macedonia, against the confirmation certificates issued by the Agency since they are considered as final and executive acts. The problems in the legal practice of the Administrative court in this paper are divided into three groups.

In consideration of the growing problems in providing legal protection by the courts, the authors of this paper suggest that there should be penalties for non-performance of official of the Agency, especially when they fail to deliver all necessary documents to the court. The authors also note that the new amendments of the Law of Real Estate Cadastre regulating the electronic connection between the Agency and the courts contribute to making this duty of the Agency easier to perform. The idea is for all documents to be scanned and sent in digital form along with the reply of the filed lawsuit. This will enable the judge to look over and evaluate all evidence concerning the registration of rights in the real estate cadastre, and to decide if the procedure was lawful.

Regarding the so called “digital lawsuits” against the large number of confirmation certificates for digital surface that changes the area of the parcel registered in the real estate cadastre the authors call for careful implementation of the digitalization process so that there are less situations where the surface of the real estate is changed because that effects the rights on real estate guaranteed by the Constitution. The authors consider that there should be more precise provisions in the Law regulating the situations when the data for the surface of the real estate in the legal document, the analog plan and the digital plan do not co-inside.

Considering the problem with deleting the mortgages registered in the Real Estate Cadastre when the mortgage creditor is a juridical person that was terminated and has no legal successors, the authors suggest that the Agency and the Courts should take into account that in this case the mortgage is terminated by law, and therefore the Agency is obligated by law to delete it. In this cases the interested party – the mortgage debtor needs to submit application for deleting the mortgage from the Real Estate Cadastre accompanied with valid evidence that the mortgage debtor (juridical person) was terminated and has no legal successors.

POJAM RETENCIJE U DOMAĆEM I UPOREDNOM PRAVU

U V O D

Pravo retencije (zadržavanja) je institut građanskog prava, koji se najčešće označava kao zakonom garantovano pravo na odbijanje povraćaja dužnikove stvari koju poverilac ima u posedu, do namirenja duga prema poveriocu – retinentu. Iako ovaj institut nalazi svoje mesto u gotovo svim savremenim regulativama, opšte je mišljenje doktrine¹ da su mnogi njegovi segmenti sporni, a među njima čak i pojmovno određenje. Najvažnije nedoumice tiču se sledećih segmenata pojma retencije: najpre, pitanje potrebe za zakonskim definisanjem; zatim, pitanje pristupa definisanju na opšti, jedinstveni način ili kazuistički – od slučaja do slučaja; dalje, pitanje sadržine definicije, tj. ovlašćenja koje retencija obuhvata; zatim, pitanje višeg rodnog pojma pod koji bi retenciju, po pravilima logike, trebalo podvesti pri definisanju (što je u vezi sa određenjem njene pravne prirode) i dr. Ova problematika je još kompleksnija na terenu uporednog prava² u kome se retencija vrlo neujednačeno definiše.

Aleksandra Pavićević, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. I, Firenze, 1876, p. 449; F. Gislain, *Des impenses et du droit de rétencion*, Bruxelles, 1854, Dédicace; C., A., Pret, Dubois, *Le droit de rétention*, br. 198, note 3 (Guarracino), cit to: E. Nardi, *Ritenzione e Pegno Gordiano*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 1.

² Naš istraživački uzorak čine sledeće regulative: nemačka, austrijska, švajcarska, francuska, italijanska, srpska, hrvatska, slovenačka, makedonska, crnogorska i regulativa Bosne i Hercegovine.

Određivanje opšte definicije retencije je težak zadatak iz više razloga: najpre, zato što pojedini zakonodavci priznaju retenciju kao institut, ali je ne koncipiraju kao opšti pojam (tzv. kazuistički pristup)³; one regulative koje retenciju normiraju na opšti način, po pravilu ne formulišu njen pojam, već određuju samo njene pojedine segmente, kao što su: dejstvo, uslovi zasnivanja, prestanak; mesta u pojedinim zakonima u kojima je regulisana su različita, pa nam ni sistematsko tumačenje ne olakšava svrstavanje retencije pod viši rodni pojam (*genus proximum*); čak i one regulative koje sadrže elemente na osnovu kojih možemo posredno formulisati zakonsku definiciju različito regulišu ovlašćenja koja čine sadržinu retencije; to maksimalno otežava utvrđivanje njene vrsne razlike (*differentia speciffica*); i konačno, doktrinarne definicije su odraz različitih nacionalnih zakonskih koncepcija, ali i osobenih shvatanja autora s obzirom na funkciju retencije i njenu pravnu prirodu.

Stoga će naš cilj u radu najpre biti analiza postojećih zakonskih i doktrinar-
nih definicija, da bismo na osnovu njihove komparacije i ocene izveli, po našem mišljenju, najadekvatnije opšte pojmovno određenje retencije. Važnost ovog pitanja je u činjenici da definicija pravnog pojma treba da implicira suštinu instituta, njegovo pravno dejstvo, zatim, da sistemski locira institut i poveže ga sa grupom srodnih, podvedeći ga pod viši rodni pojam, a istovremeno izražavajući i njegova autentična obeležja, kao vrsnu razliku. Ovo pitanje smatramo naročito važnim u sadašnjem trenutku, kada je u toku javna rasprava o Prednacrtu Jedinste-
nog građanskog zakonika Srbije,⁴ koji oličava buduće srpsko građansko pravo, a u kome je regulisana i retencija. Ovo pitanje u domaćem pravu ima ne samo sistem-
sku, nomotehničku, praktičnu važnost, već i pravnoteorijsku, jer je retencija insti-
tut čija je pravna priroda nedovoljno razjašnjena, a čijem bi pojašnjenju doprine-
lo i precizno zakonsko pojmovno određenje. Konačno, adekvatnom regulativom
pojma retencije, izgrađenog na osnovu opsežne uporednopravne analize, može se
potencijalno otkriti i baza regulative “evropske retencije” *de lege ferenda*.

ZAKONSKE DEFINICIJE RETENCIJE I SISTEMATIKA

Sve savremene regulative koje su predmet našeg istraživanja regulišu reten-
ciju, za razliku od nekih ranije važećih (npr. nekadašnje austrijsko građansko pra-
vo), koje su je izričito zabranjivale.⁵ Stoga ćemo se u komparativnoj analizi foku-

³ Francuska i italijanska regulativa primenjuju kazuistički princip regulisanja retencije.

⁴ Druga knjiga: Obligacioni odnosi, deo drugi: dejstva obaveza, glava VII, odeljak 3, “Pravo zadržavanja” čl. 322-325. Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu građanskog zakonika, Beograd, 2009, str. 113.

⁵ § 471 pod naslovom: “O pravu zadržanja (retencije)” Austrijskog građanskog zakonika iz 1811. pre novela izričito je zabranjivao retenciju, a glasio je: “*Kako primalac zaloge, tako ni ma*

sirati na dva normativna pristupa regulisanju retencije u pozitivnom uporednom pravu, a to su: 1) u vidu *opšteg instituta* i 2) *kazuistički*, kroz pojedine institute i građanskopravne odnose.

Opšti pojam retencije

Pod opštim pojmom ovog instituta podrazumeva se postojanje opšteg zakonskog određenja retencije. U ovu grupu regulativa možemo ubrojati sve iz našeg uzorka sem francuske i italijanske, a to su: nemačka građanska⁶; austrijska građanska⁷, švajcarska⁸; srpska⁹; makedonska¹⁰; slovenačka¹¹; hrvatska¹²; crnogorska¹³ i regulativa Bosne i Hercegovine.¹⁴ Nemačka trgovačka¹⁵ i austrijska tr-

kakav drugi pridržnik tuđe stvari, nije ovlašćen da, po prestanku datog mu prava na stvar, istu zadrži zbog druge tražbine. Ali on može, ako nastupe zahtevi određeni u sudskom postupku, a stvar je pokretna, dati stvar na čuvanje sudu i staviti na nju zabranu, ili ako je nepokretna tražiti uzapćivanje (sekvestraciju) iste." Austrijski građanski zakonik, preveo D. Arandelović, Beograd, Arhiv za pravne i društvene nauke, Nova štamparija- Davidović, 1906, str. 63.

⁶ Opšti pojam građanske retencije sadržan je u § 273 Nemačkog građanskog zakonika iz 1896. god., sa kasnijim izmenama (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB). U daljem tekstu NGZ. Internet adresa: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/.

⁷ Opšti pojam građanske retencije sadržan je u § 471 Austrijskog građanskog zakonika iz 1811. god., sa kasnijim izmenama (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, ABGB). U daljem tekstu AGZ. Internet adresa: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>.

⁸ Jedinstveni opšti pojam retencije (građanskog i trgovačkog prava) sadržan je u čl. 895 Švajcarskog građanskog zakonika iz 1907. god. (Schweizerisches Zivilgesetzbuch). U daljem tekstu ŠGZ. Internet adresa: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/201407010000/210.pdf>.

⁹ Opšti pojam retencije sadržan je u čl. 286 Zakona o obligacionim odnosima Srbije ("Službeni list SFRJ", br. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; "Službeni list SRJ", br. 31/1993; "Službeni list SCG", br. 1/2003). U daljem tekstu ZOO.

¹⁰ Opšti pojam retencije sadržan je u čl. 275 Zakona za obligacionite odnosi na Republika Makedonija, Služben vesnik na RM, br. 18/2001.

¹¹ Opšti pojam retencije regulisan je u čl. 261 Obligacijskog zakonika Slovenije.

¹² Opšti pojam retencije sadržan je u čl. 72 Zakona o obveznim odnosima Hrvatske, NN 35/05, 41/08, 125/11.

¹³ Opšti pojam retencije sadržan je u čl. 293 Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore, "Sl. List Crne Gore", br. 47/08, 04/11.

¹⁴ Opšti pojam retencije sadržan je u čl. 286 Zakona o obligacionim odnosima Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske, "Službeni list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89; "Službeni list R BiH", br. 2/92, 13/93 i 13/94; "Službeni glasnik RS", br. 17/93 i 3/96.

¹⁵ Opšti pojam retencije trgovačkog prava sadržan je u § 369 Nemačkog trgovačkog zakonika iz 1897, sa kasnijim izmenama (Handelsgesetzbuch, DHGB). Internet adresa: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/hgb/gesamt.pdf>.

govačka regulativa¹⁶ takođe na opšti način određuju trgovačku retenciju, ali ona u ovim pravnim sistemima nema karakter opšteg oblika retencije, već izuzetnog. Na osnovu prethodnog pregleda možemo izvesti nekoliko zaključaka.

1. Većina analiziranih regulativa pojam “prava zadržavanja” ne određuje eksplicitno, već ga koncipira u okviru naslova “Vršenje prava zadržavanja”. Time je otvoren put za različita doktrinarna tumačenja, kvalifikacije pravne prirode retencije i brojna druga razmimoilaženja u doktrini i nedoslednost u praksi. Jedini izuzetak je hrvatska regulativa čiji čl. 72 ZOO ima naslov: “Pojam i sadržaj prava zadržanja”, iako ni ona neposredno ne određuje pojam retencije, već samo njegovu sadržinu. Ipak, tendenciju izdvajanja pojma retencije u sistematici hrvatskog zakona ocenjujemo kao svrsishodan pristup i za domaće pravo *de lege ferenda*.

2. Očigledna je razlika u određivanju opšteg pojma retencije s obzirom na različito, odnosno jedinstveno regulisanje građanske i trgovačke retencije. Nemačka i austrijska regulativa primenjuju tzv. dualistički princip, razlikujući sfere građanskog i trgovačkog pravnog prometa, koje regulišu posebnim zakonima, na sadržinski drugačiji način. Za razliku od njih, švajcarska regulativa i ostale kojima je ona model (srpska i sve regulative iz našeg okruženja), normiraju jedinstveni pojam retencije građanskog i trgovačkog prava, u skladu sa principom monizma.¹⁷

3. Prema sistematici regulative u kojoj je sadržan opšti institut (građanske) retencije, možemo uočiti dva različita pristupa: a) u većini regulativa¹⁸ je opšti pojam retencije normiran u zakonu koji uređuje obligacione odnose i to u delu zakona koji uređuje poveriočeva prava i dužnikove obaveze; i b) u samo jednoj pozitivnoj regulativi iz uzorka retencija je, kao opšti institut, uređena u delu građanskog zakonika koji se odnosi na stvarna prava, a to je švajcarska regulativa. U 23. glavi ŠGZ koja se odnosi na založna prava na pokretnim stvarima, nakon odredaba o ručnoj zalozi, regulisana je retencija na opšti način,¹⁹ dok su posebni vidovi retencije (obligacionopravne prirode), regulisani švajcarskim zakonom o obligacijama.²⁰ Možemo oceniti kao neobično to što je švajcarska regulativa (sa-

¹⁶ Opšti pojam trgovačke retencije sadržan je u § 369 Austrijskog trgovačkog zakonika Unternehmensgesetzbuch (UGB) iz 2005. Internet adresa: http://www.jusline.at/Unternehmensgesetzbuch_%28UGB%29.html. (§ 369 Austrijskog trgovačkog zakonika, Handelsgesetzbuch Österreich, AHGB iz 1862. godine).

¹⁷ D. Medić, *Pravo zadržavanja (retencije)*, Pravni život, br. 10/2013, str. 530.

¹⁸ U pitanju su sve regulative iz ove podgrupe, sem švajcarske, dakle: nemačka građanska, austrijska građanska, srpska, hrvatska, crnogorska, slovenačka, makedonska i regulativa BiH.

¹⁹ Čl. 895-896 ŠGZ odnose se na retenciju kao podvrstu založnog prava na pokretnostima. Uz retenciju, u ovoj glavi se nalaze i odredbe o ručnoj zalozi (Faustpfand) u čl. 884-894 ŠGZ.

²⁰ Reč je o čl. 475 (kod ugovora o depozitu); čl. 307 (kod ugovora o posluži); i o čl. 400 i 401 (kod ugovora o nalogu) Švajcarskog zakonika o obligacijama. Osim toga, izuzetak je u svakom slučaju i ugovorno pravo retencije.

držinski) bila model većini zakonodavaca koji su na opšti način regulisali retenciju, dok to istovremeno nije slučaj i sa sistematikom pomenutih zakona, a time potencijalno ni sa shvatanjem pravne prirode retencije u ovim regulativama.

4. U pogledu sadržine člana zakona kojim određuju opšti pojam retencije, 6 regulativa iz ove grupe na identičan način, po našem mišljenju *nepotpuno*, određuju “pravo zadržavanja”, na sledeći način: “Poverilac dospelog potraživanja u čijim se rukama nalazi neka dužnikova stvar ima pravo *zadržati* je dok mu ne bude isplaćeno potraživanje.”²¹ Drugi deo određenja retencije, koji bi po našem mišljenju trebalo da bude uključen u zakonski pojam instituta, u navedenim regulativama sadržan je u posebnom članu koji se odnosi na dejstvo retencije i glasi: “Poverilac koji drži dužnikovu stvar po osnovu prava zadržavanja ima pravo da se *naplati* iz njene vrednosti na isti način kao založni poverilac, ali je dužan pre nego što pristupi ostvarenju naplate da o svojoj nameri blagovremeno obavesti dužnika.”²² Ovakav nomotehnički pristup deluje nam kao posledica zajedničke pravne tradicije pomenutih regulativa, (nekadašnje zajedničko obligaciono zakonodavstvo), a manje kao posledica ocene zakonodavca da je svrsishodno razdvajati dva ovlašćenja, koja tek kumulativno određuju pojam i sadržinu retencije. Osim toga, očigledno je da je nomotehnički model ovoj grupi rešenja švajcarska regulativa koja u čl. 895 ŠGZ sadrži definiciju opšteg pojma retencije.²³ Pravo namirenja, kao drugo sadržinsko ovlašćenje u okviru retencije, normirano je u posebnom članu 898 ŠGZ.²⁴

5. Sa druge strane, u pojedinim regulativama retencija je sadržinski redukovana na sredstvo pritiska na dužnika, te je njen zakonski pojam, normiran kao celovit: retencija je u tom slučaju opravdano izjednačena sa pravom zadržavanja. U ovu grupu tzv. *potpunih zakonskih definicija* možemo svrstati: nemačko²⁵ i au-

²¹ U stavu 1. uvodnog člana odeljka o retenciji sledećih 6 regulativa istovetno određuje retenciju: čl. 286 ZOO Srbije; čl. 293 ZOO Crne Gore; čl. 286 ZOO Federacije BiH; čl. 261 OZ Slovenije; čl. 275 ZOO Makedonije; čl. 72 ZOO Hrvatske.

²² Čl. 289 ZOO Srbije; čl. 296 ZOO Crne Gore; čl. 289 ZOO Federacije BiH; čl. 264 OZ Slovenije; čl. 278 ZOO Makedonije; i čl. 75 ZOO Hrvatske.

²³ Čl. 895 ŠGZ: “Poverilac može da zadrži pokretne stvari i hartije od vrednosti dužnika, ako se one s voljom dužnika nalaze u njegovom posedu, do namirenja dospelog potraživanja prema dužniku, pod uslovom da je potraživanje po svojoj prirodi u vezi sa predmetom retencije.”

²⁴ Čl. 898 ŠGZ: “Ako dužnik ne ispuni svoju obavezu, niti pruži adekvatno obezbeđenje, po prethodnom obaveštenju dužnika, poverilac može zadržanu stvar da unovči po pravilima predviđenim za ručnu zalogu.” U stavu 2 čl. 898 predviđeno je da: “za unovčenje hartija od vrednosti na ime važe posebna pravila o unovčenju u izvršnom, odnosno stečajnom postupku”.

²⁵ Čl. 273 st. 1 NGZ: “Dužnik koji ima dospelo potraživanje prema poveriocu iz istog pravnog odnosa iz koga je nastala i njegova obaveza, može da uskrati dugovanu činidbu sve do ispunjenja njegovog potraživanja, ako drugačije nije ugovoreno.” U prvom stavu čl. 273 NGZ reč je o retenciji činidbe, dok u sledećem stavu istog člana nemački zakonodavac normira i zadržavanje dužnikove stvari: “Dužnik predaje tuđe stvari, koji ima dospelo potraživanje zbog troškova oko te

strijsko određenje²⁶ opšteg pojma građanske retencije. Uprkos razlikama austrijskog u odnosu na nemački pojam instituta, primarna sličnost ova dva koncepta je normiranje isključivo tzv. “obične retencije” (doslovno zadržavanja) i “zaokruženosť” zakonskog pojma, tj. usklađenost naziva sa efektivnim dejstvom priznatog prava.

6. Uz apstrahovanje svih ostalih razlika u navedenim definicijama, koje ilustruju različite uslove zasnivanja, ali i pravno dejstvo i predmet retencije, možemo da konstatujemo da gotovo sve analizirane regulative tek *posredno* sadrže pojam retencije. On je najčešće opisno izražen kroz vršenje prava zadržavanja, uz naknadno preciziranje konačnog dejstva instituta, a to je uslovno i eventualno namirenje iz prethodno zadržane stvari. Smatramo da bi za srpsko pravo *de lege ferenda* u nomotehničkom smislu trebalo slediti primer hrvatske regulative i nasloviti uvodni član: “Pojam i sadržina retencije”, a potom u njemu na celovit način normirati oba ovlašćenja koja čine sadržinu retencije, a to su: zadržavanje stvari i namirenje iz njene vrednosti.

Kazuističko regulisanje retencije

Za razliku od prethodnog, malobrojniji tip regulativa karakteriše odsustvo opšteg zakonskog određenja retencije i tu spadaju dve regulative iz tzv. “romanskog pravnog kruga”: francuska i italijanska. Njihova primarna sličnost je nepostojanje jedinstvenog, opšteg instituta “zadržavanja”. Retencija je u ovim pravnim sistemima priznata tek u pojedinim slučajevima, dok je zahvaljujući sudskoj praksi i doktrini s vremenom došlo do analogne primene kazuističkih odredaba i na slične građanskopravne odnose. Otud prostor za najrazličitija doktrinarna određenja retencije kao: “dužnikovog zakonitog otpora ispunjenju obligacije” ili “privremene plenidbe, bez gašenja potraživanja”;²⁷ “zakonitog odbijanja povraćaja”²⁸; “nerazvijene forme realnog obezbeđenja potraživanja”²⁹; ali i “sredstva dovođenja u situaciju zakonske privilegije”³⁰.

stvari ili štete koju je stvar pričinila, ima pravo da stvar zadrži, ako je nije stekao namerno učinjenom nedozvoljenom radnjom.”

²⁶ Čl. 471 AGZ: “Ko je dužan da preda određenu stvar, može je zadržati u cilju obezbeđenja svog dospelog potraživanja, a zbog troškova oko te stvari ili zbog štete koju je stvar pričinila, sa dejstvom donošenja presude na izdavanje te stvari samo na način davanja iz ruke u ruku.” (tzv. davanje “*Zug um zug*”).

²⁷ Th. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, tome VII, Paris, 1894, p. 234, 237.

²⁸ M., Planiol, *Traite élémentaire de droit civil*, Tome Deuxieme, Paris, 1917, p. 801.

²⁹ Colin-Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, II, Paris, 1935, p. 776.

³⁰ P., Simler, P., Delebecque, *Droit civil: Les suretes; La publicite foncière*, Dalloz, Paris, 1989, p. 379.

A. *Francuski model kazuističkog regulisanja retencije*. Francuska doktrina³¹ je relativno usaglašena u pogledu dve grupe slučajeva u kojima je u FGZ priznata retencija stvari, a to su: 1) retencija kod sinalgamatičkih ugovora, gde je zadržavanje dužnikove stvari odgovor na neispunjenje ugovorne obaveze druge strane³² i 2) priznavanje retencije držaocu stvari povodom troškova koje je imao oko nje, kao odgovor na reivindikacioni zahtev vlasnika stvari (tzv. vanugovorno poreklo potraživanja)³³ koje se obezbeđuje retencijom). U drugu grupu slučajeva u kojima francuska doktrina prepoznaje mogućnost za primenu retencije, a sudska praksa je redovno priznaje, ubrajaju se slučajevi tzv. materijalnog (objektivnog) koneksiteta, kada potraživanje ne nastaje iz ugovora, već je u uskoj, neposrednoj vezi sa zadržanom stvari u vidu troškova ili štete koju je stvar pričinila držaocu. Ovi slučajevi se opisno ilustruju idejom da “stvar duguje”, tj. *debitum cum re junctum*.³⁴

B. *Italijanski model kazuističkog regulisanja retencije*. Druga regulativa koja sledi koncept sporadičnog priznavanja retencije je italijanska, čija su rešenja u odnosu na francuska možda čak i elastičnija, stoga i kompleksnija za primenu. Uz navedenu formalnu, druga važna sličnost sa francuskom regulativom je u normiranju retencije isključivo kao sredstva pritiska na dužnika, ne i namirenja. S obzirom da se retencija kao pojava u italijanskoj doktrini izučava i razvija kroz teoriju o samozaštiti, baziranu na čl. 2044 Italijanskog građanskog zakonika,³⁵ koncept koji je zakonom određen za samozaštitu, kao odstupanje od načela zabrane sa-

³¹ N., Catala Franjou, De la nature juridique du droit de rétention, Revue trimestrielle – elle de droit civil, 1967, p. 17.

³² U prvu grupu slučajeva, gde retencija predstavlja odgovor na neispunjenje dugovane obaveze saugovarača kod sinalgamatičkog ugovora, francuska doktrina svrstava sledeće situacije kao najznačajnije: 1) retencija prodavca stvari dok kupac ne plati cenu (čl. 1612 i 1613 FGZ); 2) retencija prodavca stvari koji koristi ugovoreno pravo otkupa, a imao je troškove oko stvari (čl. 1673 FGZ); 3) pravo retencije zakupca koji je dobio otkaz, a povodom naknade štete i troškova oko zadržane stvari (čl. 1749 FGZ); 4) pravo retencije ostavoprimca na deponovanoj stvari do namirenja dugovanog po osnovu ugovora o ostavi (čl. 1948 FGZ); Videti: A., Crosio, Les sûretés, La garantie des créances; Encyclopédie pratique pour la vie des affaires, J. Delmas et CIE, Paris, 1986., p. 105.

³³ *Ibid.*

³⁴ Francuska doktrina ubraja sledeće situacije u slučajeve materijalnog koneksiteta: 1) retencija vlasnika eksproprisane stvari do isplate pravične naknade za oduzetu stvar (čl. 545 FGZ); 2) retencija držaoca nepokretnosti (gradioca, sadioca i vršioca drugih radova sopstvenim sredstvima na tuđem zemljištu) do isplate naknade vrednosti inkorporisanih stvari; 3) retencija sanaslednika na stvari koju je dužan da vrati, a do nadoknade troškova oko nje i poboljšanja koje je u nju uložio (čl. 862 FGZ); 4) pravo retencije radnika (specifikatora) prema vlasniku materijala od koga je radnik stvorio novu stvar (*species*) za nadoknadu vrednosti rada (čl. 570 FGZ). Videti: N. Catala Franjou, *op. cit.*, p. 29.

³⁵ Italijanski građanski zakonik (Codice Civile decreto 16 marzo 1942, n. 262). internet adresa: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm. U daljem tekstu IGZ. Čl. 2044 IGZ pod naslovom: “Legitimna odbrana” glasi: “Nije odgovoran onaj ko prouzrokuje štetu u legitimnoj odbrani sebe ili drugih”.

movlasnog ostvarivanja prava³⁶, ujedno uslovljava i pristup retenciji, kao jednom njenom vidu. Pojedini italijanski autori³⁷ ističu da je nedostatak opšteg propisa o samozaštiti u italijanskom zakonodavstvu izazvao pojavu da doktrina definiciju samozaštite svodi na “niz fragmenarnih i povremenih normativnih referenci istrgnutih iz konteksta i bez ikakvog pokušaja da se sistemski uredi”. Isto to doktrina konstatuje i za retenciju: “pravo zadržavanja nema sistemsko mesto u okviru italijanskog zakonodavstva, ali predstavlja *formu* koja se pojavljuje u mnogim propisima”.³⁸ Nepoverenje prema opštem normiranju samozaštite, dakle i retencije, potiče od shvatanja samozaštite kao pravne tehnike “primitivnog prava” i kao “manifestacije osvete koju moderna društvena svest ne samo što ne sme da dozvoli već mora da zabrani i sankcioniše i to krivično.”³⁹ Ovo je moguće objašnjenje odnosa italijanskog zakonodavca prema izrazito kazuističkom načinu regulisanja retencije, kao ne tako željenom izuzetku od postavljenog pravila.

Ipak, sve je više italijanskih autora koji se zalažu za ekstenzivno tumačenje člana 2044 IGZ koji se odnosi na priznavanje opšteg “prava na legitimnu odbranu”⁴⁰, kojim bi, po njihovom shvatanju, bila obuhvaćena i retencija. Ipak, kako retencija ne bi bila tek eventualni ishod ekstenzivnog tumačenja pomenutog člana IGZ, italijanska doktrina je saglasna u oceni da je neophodna preciznija zakonska regulativa ovog “fenomena”, a ne neodlučno kazuističko redukovanje retencije na nekoliko tipičnih slučajeva. Dakle, iako to zakon ne precizira, italijanska doktrina retenciju shvata kao jedan od vidova samozaštite, određujući je kao njen viši rodni pojam (*genus proximum*). U literaturi⁴¹ se kao najtipičniji vidovi (izuzetno) dopuštene samozaštite, određuju brojni, međusobno različiti slučajevi retencije.⁴² Čini se da italijanska doktrina nije previše insistirala na

³⁶ Izuzetna primena samozaštite proizlazi iz čl. 2907 IGZ, kojim je kao pravilo predviđena sudska nadležnost za rešavanje sporova.

³⁷ P. Basso, *Il diritto di ritenzione*, Giuffrè Editore, 2010, p. 15.

³⁸ M., Bigliuzzi Geri, *Profili sistematici dell' autotutela privata*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 39.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Pravo na “legitimnu samoodbranu” priznato je italijanskim Krivičnim zakonikom: čl. 52 *Codice penale*.

⁴¹ Videti: P. Basso, *op. cit.*, p. 16-20.

⁴² 1) retencija u korist savesnog držaoca stvari (čl. 1152 IGZ); 2) retencija sanaslednika koji povodom uračunavanja poklona ima pravo zadržavanja stvari do dobijanja nadoknade troškova i poboljšanja oko stvari (čl. 748 IGZ); 3) retencija roja pčela od strane vlasnika zemljišta (čl. 924 IGZ); 4) retencija domaćih životinja (čl. 925 IGZ); 5) retencija plodouživaoca za izvršene popravke (čl. 1006 i 1007 IGZ); kao i retencija zbog poreza, opterećenja i nametnutih obaveza koje je prethodno snosio, dok mu ih vlasnik stvari ne nadoknadi (čl. 1011 IGZ); 6) retencija kupca kod ugovora sa pravom otkupa (čl. 1502 IGZ); 7) retencija profesionalca kod tzv. “intelektualnih profesija” (čl. 2235 IGZ); 8) retencija za kredite za pozajmice i troškove održavanja i poboljšavanja pokretnih stvari (čl. 2756 IGZ); 9) retencija za privilegovane kredite za prevoznika, agenta, depozitara i sekvestratora (čl.

iznalaženju kriterijuma za razlikovanje dve grupe slučajeva u kojima je retencija zakonom priznata, a to su, po našem mišljenju, iste dve grupe slučajeva kao i u francuskoj regulativi. U prvu grupu možemo uvrstiti pomenuti slučaj retencije sa vesnog držaoca stvari, retenciju sanaslednika, retenciju životinja i slične slučajeve kada “stvar duguje”, a u drugu grupu slučajeve postojanja pravnog koneksiteta, a to su: retencija plodouživaoca, zakupca, kupca kod prodaje sa pravom otkupa i dr. slučajevi sinalgamatičkih ugovora.

V. *Ocena kazuističkog modela regulisanja retencije.* Posledica izostanka zakonske definicije retencije je veća sloboda za sudsku praksu i doktrinu da pravnu prazninu popune juridičkim, odnosno doktrinarnim tumačenjem. Pozitivne strane takvog pristupa su: konstantna evolucija instituta; njegovo prilagođavanje potrebama prakse; mogućnost ekstenzivnog tumačenja, tj. proširivanja, ali i sužavanja domašaja retencije i dr. Negativne posledice ovakvog pristupa su, po našem mišljenju, ipak mnogo izraženije, a neke od najvažnijih su: nedoslednost sudske prakse usled različitog tumačenja šturih, nedovoljno preciznih kazuističkih zakonskih odredaba; nepostojanje sistemskog mesta za retenciju u konkretnom zakonodavstvu⁴³ što uzrokuje pravnu nesigurnost; problem određivanja pravne prirode retencije; nepostojanje jasnih kriterijuma za razgraničenje od srodnih instituta; i konačno, učestalo shvatanje retencije kao ovlašćenja sadržanog u okviru drugih, kompleksnijih instituta (kao što su založno pravo, zakonske privilegije i dr.) otežava određenje retencije kao samostalnog pravnog instituta, sa različitim uslovima zasnivanja i osobenom sferom primene.

DOKTRINARNE DEFINICIJE RETENCIJE

S obzirom na necelovitost zakonskih određenja retencije u uporednom pravu, doktrinarno tumačenje čini nam se neizostavnim predmetom istraživanja. Sve definicije retencije koje je kreirala doktrina neminovno se oslanjaju na koncepciju nacionalnih zakonskih rešenja. Ipak, ma koliko se činilo da će definicije pravnih pisaca iz iste regulative biti međusobno slične, rezultat našeg istraživanja je drugačiji; određenja se razlikuju po mnogim elementima. Analizirajući ove definicije možemo uočiti određene pravilnosti, ali i odstupanja u pristupu ovoj problematici, te sva doktrinarna pojmovna određenja retencije možemo razvrstati na više grupa, primenom sledećih 5 kriterijuma: 1) kvalifikacija pravne prirode retencije u definiciji; 2) sadržinska obuhvatnost definicije; 3) širina definicije s obzirom na

2761 IGZ); 10) retencija založnog poverioca do potpune isplate glavnice duga, kamate i troškova (čl. 2794 IGZ); 11) u dva posebna zakona priznata su još dva oblika retencije zakupaca: retencija od strane zakupca agrarnog zemljišta i retencija zakupca nepokretnosti do isplate naknade za gubitak upotrebe (čl. 17 i čl. 20 Zakona br. 203, od 3. maja 1982. (Norme sui contratti agrari). *Ibid.*

⁴³ Tako i: L., Mezzanote, Il diritto di ritenzione dall' autotuela alla pena privata, in Quaderni della Rassegna di diritto civile, diretta da P. Perlingieri, 1995, p. 21.

predmet zadržavanja; 4) isticanje vremenske dimenzije retencije; 5) određivanje funkcije retencije u njenom pojmu.

1. Prema *kriterijumu kvalifikacije pravne prirode* retencije u okviru pojma, domaći i strani autori retenciju većinski određuju na jedan od dva načina: a) kao pravo⁴⁴ ili b) kao ovlašćenje⁴⁵. Pitanje pravne prirode retencije je osobeno i u doktrini vrlo sporno; stoga, imajući u vidu temu i ograničenost obimom rada, nećemo se zadržavati na toj problematici, ali je neminovno osvrnuti se i na ovo pitanje, jer predstavlja neizostavni, uvodni deo definicije retencije. Sumarni pregled definicija u domaćoj i u stranoj literaturi ostavlja utisak prevage određenja retencije kao prava, dok se za retenciju kao ovlašćenje većinski opredeljuju strani autori. Ovo je objašnjivo za pravne pisce iz onih regulativa koje retenciju uređuju kazuistički, a to su uglavnom francuski i italijanski autori. Međutim, određnje retencije kao ovlašćenja smatramo neobičnim opredeljenjem većine hrvatskih autora, čiji zakonodavac retenciju normira kao opšti institut, a čak je i u zakonu označava kao “pravo zadržanja”.⁴⁶ Ovakvo nedvosmisleno zakonsko određnje, po našem mišljenju, ne ostavlja nikakvih nedoumica da je u pitanju osobe-

⁴⁴ U sledećoj *domaćoj literaturi* se retencija definiše kao pravo: Pravna enciklopedija, Beograd, 1979, str. 454; Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, Tom drugi, Beograd, 1978, str. 1272; Leksikon građanskog prava, Beograd, 1996, str. 167; Pravna enciklopedija 1, Beograd, 1985, str. 527; B., Vizner, Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Knjiga 2, 1978, str. 1138; R., Lorenc, *Pravo zadržanja (ius retentionis)*, doktorska disertacija, Beograd, 1966, str. 24; Z., Rašović, Založno pravo na pokretnim stvarima, doktorska disertacija, Beograd, 1991, str. 160; A., Gams, Osnovi stvarnog prava, Beograd, 1971, str. 192; V., Kapor, Z., Antonijević, Privredno pravo, Poslovi robnog prometa, Zavod za izdavanje udžbenika Narodne Republike Srbije, Beograd, 1960, str. 55; M., Lazić, Prava realnog obezbeđenja, Niš, 2009, str. 93; N., Planojević, Stvarno pravo u praksi, Kragujevac, 2012, str. 420; Z., Petrović, Z., V., Kozar., Sredstva obezbeđenja potraživanja iz ugovora u privredi, Beograd, 2009, str. 83; O., Stanković, M., Orlić, Stvarno pravo, Beograd, 1996, str. 261; I., Babić, Leksikon obligacionog prava, Službeni glasnik, 2008, str. 280; J., Gucunja, *Pravna dejstva prava zadržavanja prema zakonu o obligacionim odnosima*, Glasnik advokatske komore Vojvodine, br. 11/1979, str. 20; V., Bilbija, *Zakonsko pravo zaloge i retencije u srpskom pravu*, Pravo – teorija i praksa, br. 4-5/2011, str. 89; S., Paunović, *Pravo zadržavanja - retencije (ius retentionis)*, Sudska praksa, god. XXVII, 2008, str. 64. U sledećoj *stranoj literaturi* se retencija definiše kao pravo: Crome, Dernburg, Schollmeyer, navedeno prema: A., Breuer, Das Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Gesetzbuch, Inaugural-Dissertation, Bonn, 1904, p. 3; D., Medić, *Pravo zadržavanja (retencije)*, Pravni život, br. 10/2013, str. 530; N., Gavella i dr, Stvarno pravo, Zagreb, 1998, str. 898.

⁴⁵ U sledećoj literaturi se retencija označava kao ovlašćenje: M., Volmer, Unterschied des kaufmännisches Retentionsrechtes von dem des gemeinen Rechtes, 1895, p. 11; A., Coppel, A., Pfandrecht und Retentionsrecht des Frachtführers, Inaugural-Dissertation, Würzburg, 1896, p. 12; P., Basso, Il diritto di ritenzione, Giuffrè Editore, 2010, p. 32; M., Vedriš, P., Klarić, Građansko pravo, Opći dio imovinskog prava, stvarno, obvezno i nasljedno pravo, Zagreb, 1976, str. 416; S., Petrić, Institut prava retencije u hrvatskom i usprednom pravu, Split, 2004, str. 15; I., Kaladić, *Pravo zadržavanja u okviru zakupa poslovnog prostora*, Pravo i porezi, br.8/2000, str. 24; J., Čuveljak, *Pravo zadržavanja (ius retentionis)*, Pravo i porezi, br. 6/09, str. 41; Z., Stipković, *Pravo retencije i neki slični instituti*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. XXII – br.3/1972, str. 285.

⁴⁶ Čl. 72-75 Zakona o obveznim odnosima Hrvatske.

no subjektivno građansko pravo, a ne ovlašćenje.⁴⁷ U svakom slučaju, preovladava broj autora koji retenciju određuje kao pravo, u odnosu na manjinu koja je definiše kao ovlašćenje. Najmanji je broj autora koji retenciju ne smatraju pravom, ni materijalnopравnim ovlašćenjem, već je redukuju na *mogućnost, tj. sredstvo za zaštitu prava*⁴⁸.

2. *Podela definicija retencije prema kriterijumu sadržinske obuhvatnosti.* Definicije retencije autora koji potiču iz istih pravnih sistema su u sadržinskom smislu vrlo neujednačene, a često i u neskladu sa efektivnim dejstvima retencije priznatim u konkretnoj regulativi, što ilustruje sledeći pregled: a) autori kroz svoja pojmovna određenja retencije često izražavaju i lični stav o pravnoj prirodi retencije, nezavisno od stava domaćeg zakonodavca; b) neki pravni pisci u definiciji navode prvo i osnovno dejstvo retencije (zadržavanje), ali izostavljaju drugo (namirenje), uprkos pravnoj normi nacionalne regulative; i v) najređa su pojmovna određenja koja dosledno interpretiraju nacionalni zakonski tekst i ujedno celovito definišu retenciju uz sva zakonom priznata ovlašćenja. S obzirom na prethodno izabrani kriterijum sadržinske obuhvatnosti, sve analizirane doktrinarne definicije retencije možemo podeliti na: 1) *potpune*⁴⁹; 2) *nepotpune*⁵⁰.

A. U prvu grupu bismo tako ubrojali one definicije koje dosledno slede zakonom priznato dejstvo retencije: bilo ono slabije (isključivo zadržavanje) ili jače (namirenje). Njima se retencija određuje kao pravo zadržavanja dužnikove stvari, a uslovno i namirenja iz vrednosti zadržane stvari. Stoga ove definicije ocenjujemo kao adekvatne za nacionalnu regulativu na koju se i odnose. Ipak, kako bi ove definicije bile podobne i za formulisanje opšteg pojma retencije, koji bi bio primenljiv za sve analizirane pravne sisteme, neophodan im je određeni nivo uopštavanja. Njihov vodeći princip u definisanju, a to su potpunost i preciznost, smatramo dobrim modelom i za kreiranje pojma retencije uopšte.

⁴⁷ Pojedini autori nazivaju retenciju "ovlašćenjem", a pritom, jedno od njenih ovlašćenja (namirenje) nazivaju "pravom namirenja", što smatramo pravno nelogičnim i neadekvatnim; jer ne može ovlašćenje da sadrži u sebi pravo, već obrnuto. Cf. S., Petrić, *op. cit.*, str. 15.

⁴⁸ D'Avanzo, 1969, p. 174; Navedeno prema: P., Basso, *op. cit.*, p. 32.

⁴⁹ J., Gucunja, *nav. delo*, str. 20; S., Paunović, *nav. delo*, str. 64; N., Planojević, *nav. delo*, str. 420; Z. Rašović, *nav. delo*, str. 160; D., Medić, Založno pravo, *nav. delo*, str. 54; S., Petrić, *nav. delo*, str. 15; J., Čuveljak, *op. cit.*, str. 41; M., Vedriš, P., Klarić, *nav. delo*, str. 416; Z., Petrović, V., Kozar, *nav. delo*, str. 83.

⁵⁰ Pravna enciklopedija, Beograd, 1979, str. 454; Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, Tom drugi, Beograd, 1978, str. 1272; Leksikon građanskog prava, Beograd, 1996, str. 167; Pravna enciklopedija 1, Beograd, 1985, str. 527; B., Vizner, Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Knjiga 2, 1978, str. 1138; I., Kaladić, *nav. delo*, str. 24; V., Bilbija, *nav. delo*, str. 89; V., Kapor, Z., Antonijević, *nav. delo*, str. 55; M., Lazić, *nav. delo*, str. 93; J., Radišić, Obligaciono pravo – opšti deo, četvrto izdanje, Beograd, 1990, str. 341; O., Stanković, M., Orlić, *nav. delo*, str. 261.

B. U drugu grupu smo uvrstili definicije retencije koje se baziraju samo na prvom ovlašćenju (zadržavanje stvari) kojim se vrši pritisak na dužnika u cilju izmirenja duga. Nedostatak ovih definicija, po našem mišljenju, je zanemarivanje drugog ovlašćenja koje je retinentu zakonom priznato, a koje je pritom znatno snažnije; koje služi ne samo obezbeđenju, već i namirenju potraživanja. Pritom i ova grupa autora priznaje ovo drugo ovlašćenje, ali ga pominje tek u kontekstu dejstva retencije, očigledno ga ne smatrajući njenim pojmovnim obeležjem. Smatramo da je jedan od mogućih razloga takvog pristupa definiciji upravo zakonska sistematika prava retencije u kojoj nedostaje kao zaseban podnaslov – pojam retencije. Primer za to je upravo domaća pozitivna regulativa: u uvodnom čl. 286 ZOO pod nazivom “Vršenje prava zadržanja” normira se ovlašćenje zadržanja (prvo ovlašćenje u okviru retencije), a potom tek u čl. 289 ZOO, koji se odnosi na pravno dejstvo zadržanja, normira se ovlašćenje namirenja (drugo po redu ovlašćenje retinenta). Iz toga bi se mogao izvesti neadekvatan zaključak da se: pojam retencije svodi samo na ovlašćenje zadržavanja, a da dejstvo retencije predstavlja samo ovlašćenje namirenja (ali ne i prethodno zadržavanje stvari). Naravno, ova kva tvrdnja ne stoji, što potvrđuje našu ocenu takvih definicija kao nepotpunih. Posledica ovakvog, po našem mišljenju neopravdanog, normativnog razdvajanja dva ovlašćenja koja čine sadržinu retencije, u domaćem pravu se odrazila i na shvatanje navedenih autora, što dokazuju njihove definicije retencije, kao: “prava da se zadrži dužnikova stvar dok dužnik ne ispuni tražbinu”.

3. *Podela definicija retencije prema kriterijumu širine određivanja predmeta zadržavanja* uslovljava razlikovanje tri grupe: u prvoj, koja je u većini, kao predmet zadržavanja navodi se *dužnikova stvar*; u drugoj grupi *sopstvena činidba*; i konačno, u trećoj grupi su one definicije koje kao predmet retencije navode alternativno: *dužnikovu stvar ili činidbu*.

U prvoj grupi definicija nalaze se one koje se neposredno oslanjaju na tekst konkretne zakonske norme koja redukuje predmet retencije na *dužnikovu stvar* i ne daje povoda drugačijem tumačenju i tu spada većina definicija autora sa naših prostora.⁵¹ U drugu grupu definicija spadaju one koje retenciju određuju kao “*zadržavanje dugovane činidbe dok se retinentu ne pruži protivčinidba*”, a to su

⁵¹ J., Gucunja, *nav. delo*, str. 20; S., Paunović, *nav. delo*, str. 64; N., Planojević, *nav. delo*, str. 420; Z. Rašović, *nav. delo*, str. 160; D., Medić, *Založno pravo, nav. delo*, str. 54; Pravna enciklopedija 1, Beograd, 1985, str. 527; Vizner, B., *Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Knjiga 2, 1978, str. 1138; I., Kaladić, *nav. delo*, str. 24; V., Bilbija, *nav. delo*, str. 89; Kapor, V., Antonijević, Z., *nav. delo*, str. 55; M., Lazić, *nav. delo*, str. 93; J., Radišić, *nav. delo*, str. 341; O., Stanković, M., Orlić, *nav. delo*, str. 261; Z., Stipković, *nav. delo*, str. 285; Leksikon građanskog prava, *nav. delo*, str. 167; J., Čuveljak, *nav. delo*, str. 41; A., Gams, *nav. delo*, str. 192; M., Lazić, *nav. delo*, str. 93; Z., Petrović, V., Kozar, *nav. delo*, str. 83; S., Cigoj, *nav. delo*, str. 224.

uglavnom definicije nemačkih pravnih pisaca⁵², koje adekvatno odražavaju (osobeni) stav nemačkog zakonodavca da je prvenstveni predmet retencije sopstvena činidba, a tek potom i predaja dužnikove stvari. U treću grupu definicija bismo mogli svrstati nekolicinu postojećih u literaturi⁵³, a kojima je cilj kompatibilan sa našim, a to je: iznaći sve potencijalne predmete retencije i obuhvatiti ih jedinstvenom definicijom. Produkt takvog uopštavanja je definicija opšteg pojma retencije koji je i uporednopravno primenljiv, a ne samo na nivou pojedinih nacionalnih regulativa. U navedenim pojmovnim određenjima retencija se definiše kao pravo poverioca da “zadrži dužnikovu stvar, odnosno da uskrati ispunjenje dugovane činidbe, dok mu dužnik ne ispuni tražbinu”⁵⁴

4. *Podela definicija retencije prema kriterijumu vremenskog trajanja ovlašćenja.* Nasuprot većini definicija koje ne ističu dužinu trajanja retencije, čiji je prestanak po pravilu uslovljen izmirenjem duga (ili eventualno davanjem drugog obezbeđenja), postoje i one definicije čiji autori insistiraju na svojstvu “provizornosti retencije”, tj. njenom isključivo privremenom dejstvu. Primenom navedenog kriterijuma, definicije retencije možemo podeliti u dve grupe: 1) one koje ne navode dužinu trajanja retencije; i 2) one čiji autori insistiraju na privremenom trajanju retencije.⁵⁵ Ovu karakteristiku smatramo važnom, jer autori iz druge grupe, između ostalog i na osnovu ovog “svojstva”, izvode zaključak o pravnoj prirodi retencije. Nama se čini da je određenje retencije kao privremenog prava neadekvatno, imajući na umu činjenicu da retencija itekako može da traje u vremenu, čak teorijski posmatrano i neograničeno, ako je takvo faktičko stanje u skladu sa interesima poverioca i dužnika. Iz tog razloga, drugu grupu definicija ocenjujemo kao manje adekvatnu.

5. *Podela definicija retencije prema kriterijumu određenosti funkcije retencije u pojmu.* Određivanje funkcije retencije u samom pojmu nije većinsko opredeljenje doktrine, ali po našem mišljenju jeste svrsishodno. I to ne samo radi boljeg razumevanja svrhe ovog instituta, već i u cilju lociranja adekvatnog mesta za retenciju u jednom pravnom sistemu, tj. radi svrstavanja retencije pod viši rodni pojam (*genus proximum*). U prvoj i većinskoj grupi definicija po ovom kriteriju-

⁵² M., Volmer, *op. cit.*, p. 11; A., Coppel, *op. cit.*, p. 12; Crome, Dernburg, cit. To: A., Breuer, *op. cit.*, p. 3-4.

⁵³ Leksikon obligacionog prava, nav. delo, str. 280; Enciklopedija imovinskog prava i udruženog rada, *nav. delo*, str. 1272; I., Babić, Ugovor o ugostiteljskoj ostavi, doktorska disertacija, Sarajevo, 1985, str. 262.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Svojstvo “privremenog dejstva retencije” ističu sledeći autori: N., Catala-Franjou, *De la nature juridique du droit de rétention*, Revue trimestrielle – elle de droit civil, 1967, p. 25; M., Volmer, *op. cit.*, p. 11-12; kao i sledeći domaći pravni pisci: R., Lorenc, Enciklopedija imovinskog prava i udruženog rada, *nav. delo*, str. 1272; Leksikon obligacionog prava, *nav. delo*, str. 280; I., Babić, *nav. delo*, str. 262.

mu, nalaze se one koje se ovim pitanjem ne bave u okviru definicije pojma retencije; dok se u drugoj grupi nalaze one koje retenciju ujedno pojmovno i funkcionalno određuju. Definicije iz druge grupe možemo dalje sistematizovati prema višem rodnom pojmu u koji svrstavaju retenciju, a to su sledeće podgrupe: 1) retencija kao sredstvo obezbeđenja⁵⁶; 2) retencija kao sredstvo samozaštite⁵⁷; 3) retencija kao sredstvo samozaštite i obezbeđenja potraživanja kumulativno⁵⁸. Ono što smatramo prednošću ovih definicija je rešenje problema lociranja mesta za retenciju u konkretnom pravnom sistemu, što inače predstavlja zajednički problem gotovo svih analiziranih regulativa.

Deklarisanje retencije kao prava obezbeđenja otkriva njenu svrhu i locira je u grupu sredstava obezbeđenja potraživanja. Sa druge strane, prednost definicija koje kao viši rodni pojam retencije određuju sredstva privatne samozaštite je naglašavanje autentičnosti mehanizma realizacije zaštite poveriočevih ugroženih interesa. Ovakav pristup definisanju retencije naročito je zastupljen u italijanskoj doktrini.⁵⁹ Međutim, ono što je po našem mišljenju problematično u ovoj grupi definicija je činjenica da pomenuti autori retenciju označavaju isključivo kao sredstvo samozaštite; tj. po pravilu je redukuju samo na sredstvo za zaštitu prava⁶⁰, često je ne shvatajući kao pravo. Nama se čini da ovo tehničko svojstvo retencije nikako ne bi trebalo tumačiti na način kojim se negira njeno svojstvo prava obezbeđenja potraživanja. Iz prethodno navedenih razloga, treću grupu definicija retencije, po kojima se ovom institutu priznaje dvostruka uloga: funkcija prava obezbeđenja potraživanja i sredstva samozaštite kumulativno, smatramo najadekvatnijom.

Dominantni model definisanja retencije u doktrini

Na osnovu pregleda različitih pristupa definisanju pojma retencije, u okviru našeg istraživačkog uzorka možemo zaključiti koji model definicije retencije prevladava u domaćoj i uporednopravnoj literaturi. Primenom 5 prethodno izabranih kriterijuma, možemo oceniti da dominantna doktrinarna definicija retencije

⁵⁶ A., Breuer, *op. cit.*, p. 4; Z., Stipković, *op. cit.*, str. 285; A., Gams, *nav. delo*, str. 192; S. Cigoj, *op. cit.*, str. 224.

⁵⁷ P., Basso, *op. cit.*, p. 32.

⁵⁸ N., Planojević, *nav. delo*, str. 420; D. Medić, Pravo retencije, *nav. delo*, str. 530; D., Medić, Pravo obezbeđenja potraživanja, *nav. delo*, str. 171.

⁵⁹ L. Mezzanote, *op. cit.*, p. 21; A., Barba, Voce Ritenzione, in Enciclopedia del diritto, Milano, Giuffrè, 1989, p. 1376; F., Semiani-Bignardi, Ritenzione o no, Rivista di diritto processuale, 1962, p. 5; D., L., Gardani, Voce Ritenzione, in Digesto delle discipline privatistiche - sezione civile, Torino, Utet, vol. III, 1998, p. 65; P., Basso, *op. cit.*, p. 32; F., Messineo, Manuale di diritto civile e commercial, Milano, Giuffrè, p. 152.

⁶⁰ *Ibid.*

ima sledeća obeležja: 1) retencija se određuje kao pravo; 2) retencija se (najčešće) nepotpuno definiše kao pravo na zadržavanje (bez namirenja); 3) kao predmet retencije označava se dužnikova stvar; 4) ne naglašava se privremeno dejstvo retencije; 5) ne određuje se funkcija retencije u definiciji.

Dakle, jedinstvena definicija dominantnog modela, sastavljena od prethodno utvrđenih zajedničkih elemenata postojećih doktrinarnih definicija retencije je sledeća: *retencija je poveriočevo pravo na zadržavanje dužnikove stvari do ispunjenja potraživanja od strane dužnika*. Ono što smatramo adekvatnim u definiciji ovog tipa jeste: 1) kvalifikacija retencije kao prava i 2) nenavođenje "privremenosti" njenog trajanja (jer retencija i ne mora imati privremeno dejstvo). Sa druge strane, kao neadekvatne ocenjujemo sledeće elemente: 1) sadržinsku nepotpunost ovog modela definicije, tj. izostavljanje ovlašćenja namirenja, kao neizostavnog dela sadržine većina regulativa iz uzorka; 2) izostavljanje činidbe kao potencijalnog predmeta retencije, uprkos činjenici da činidba kao takva figurira u pojedinim regulativama; 3) nepreciziranje *genus proximum-a* retencije, a time i neodređivanje njene funkcije u sistemu prava.

ZAKLJUČAK

Retencija je građansko pravo koje je moguće zakonom urediti na više načina, s obzirom na: konkretne pravno-političke ciljeve; potrebe konkretnog tržišta; uz davanje prevage nekom od bazičnih načela građanskog prava poput: zaštite poverenja u pravnom prometu; načela pravne sigurnosti, procesne ekonomije, savesnosti i poštenja, načela pravičnosti i autonomije volje. Sledeći navedene kriterijume moguće je dati odgovor na pitanja sa početka rada koja se odnose na: izbor adekvatnog načina zakonskog regulisanja retencije; pitanje sadržinske celovitosti definicije retencije; višeg rodno pojma pod koji retenciju treba podvesti; i konačno, pitanje zajedničkih karakteristika pojma retencije u komparativnoj analizi.

1. Na osnovu svega prethodnog izloženog u radu, naša ocena je da je regulisanje opšteg pojma retencije, opravdanije od kazuističkog pristupa i to iz više razloga: 1) retencija kao osobeno pravo zavređuje da bude na opšti način i normirana; 2) lociranjem retencije u određenoj glavi i odeljku zakona, sugerise se najpre njen viši rodni pojam i njena funkcija, time posredno i deo građanskog prava kome pripada, a potencijalno i njena pravna priroda; ukratko, time se precizira njeno mesto u sistemu prava; 3) njenim pozitivnim definisanjem, olakšava se i negativno, tj. razgraničenje od sličnih instituta, što je pitanje koje je kod kazuističkog načina regulisanja retencije sporno; 4) kao opšta, norma postaje dostupnija adresatima, jasnija za primenu u sudskoj praksi, a ujedno time se preveniraju i različita tumačenja u doktrini; 5) opštom definicijom retencije u zakonu postav-

lja se pravilo, a potom u okviru pojedinih osobenih građanskopravnih odnosa ili u posebnim zakonima, moguće je predvideti izuzetke od pravila.

2. Čini nam se da je problematiku definisanja retencije moguće posmatrati dvostruko: a) iz ugla nacionalnog zakonodavca; b) iz ugla potreba doktrine, tj. uporednopravnog izučavanja ovog instituta u njegovoj evoluciji. Prvi, zakonski pojam bi bio uži, precizniji, skoncentrisan na domašaj retencije u konkretnom pravu, te bi takav (funkcionalan) pojam retencije, trebalo da bude preciziran u zakonu, te lako primenljiv za domaću sudsku praksu. Taj pojam predstavljao bi *zakonsku definiciju retencije*, za koju je opravdano razlikovanje na nivou pojedinih pravnih sistema. Za domaće pravo *de lege ferenda* bi, po našem mišljenju, dosadašnje zakonsko određenje trebalo dopuniti i drugim ovlašćenjem retinenta, a to je uz zadržanje i uslovno namirenje iz vrednosti zadržane stvari.

Drugi, doktrinarni pojam retencije, imao bi cilj da objasni retenciju kao pravnu pojavu u svim pozitivnim pravnim sistemima, te bi bio univerzalno primenljiv. Kao takav, olakšao bi uporednopravno proučavanje retencije i ujedno predstavljao solidnu bazu za buduću harmonizaciju građanskog prava na regionalnom nivou, što i jeste ambicija evropskih zakonodavaca. Za razliku od pojedinih pravnih pisaca koji dovode u pitanje mogućnost kreiranja opšte definicije retencije,⁶¹ smatramo da je takvo univerzalno određenje retencije ne samo moguće, već i svrsishodno. Njime bi se istakle sve sličnosti, ali i razlike u pojedinim konceptima, na čijem bi usaglašavanju trebalo ubuduće raditi. Takav pojam retencije predstavljao bi *univerzalnu doktrinarnu definiciju retencije*. Šira univerzalna doktrinarna definicija koju predlažemo glasi: *Retencija je pravo obezbeđenja potraživanja i sredstvo samozaštite koje ovlašćuje poverioca na zadržavanje stvari dužnika ili trećeg lica (eventualno i svoje činidbe) do namirenja potraživanja, a u kvalifikovanom obliku i na uslovno namirenje iz vrednosti zadržane stvari. Uža (preciznija, ali i tehnički glomaznija) univerzalna doktrinarna definicija glasila bi: Retencija je pravo obezbeđenja potraživanja i sredstvo privatne samozaštite, koje nastaje na osnovu zakona i ovlašćuje poverioca nenamirenog dospelog, neobezbeđenog potraživanja na zadržavanje dužnikove (ili stvari 3. lica) koju on već ima u faktičkoj vlasti, a eventualno i na zadržavanje sopstvene činidbe, dok u kvalifikovanom obliku ovlašćuje poverioca i na namirenje iz vrednosti zadržane stvari (po prethodnom obaveštenju dužnika).*

Ovakva definicija, u užoj ili široj verziji je, po našem mišljenju, adekvatna iz sledećih razloga: 1) poštuje pravila logike u definisanju pravnih pojmova određujući viši rodni pojam retencije (pravo obezbeđenja potraživanja i sredstvo samozaštite); 2) precizira vrsnu razliku retencije u odnosu na druga prava obezbeđenja: ona ovlašćuje na zadržavanje stvari koju poverilac već ima u posedu i eventualno, a svakako uslovno i na namirenje iz njene vrednosti; 3) dovoljno je

⁶¹ S. Petrić, *op. cit.*, str. 15.

opšta da se koncepti svih regulativa mogu podvesti pod nju, a istovremeno dovoljno precizna da gotovo nijedan ključni element definicije iz pojedinih regulativa nije izostavljen.

Jedini element koji je u ovakvu opštu definiciju teže uklopiv, jeste koneksitet kao uslov zasnivanja retencije, a koji je u navedenim regulativama različito tretiran. Pojedine regulative materijalni ili pravni koneksitet (pravnu vezu između potraživanja i zadržane stvari) smatraju imperativom zasnivanja retencije (francusko, italijansko, nemačko i austrijsko građansko pravo); druge ga postavljaju vrlo široko (švajcarsko pravo); dok treća grupa regulativa od ovog uslova potpuno odustaje, smatrajući ga suvišnim (srpska i regulative iz našeg okruženja). Stoga smatramo da je pitanje veze zadržane stvari i obezbeđenog potraživanja suštinski problem retencije u savremenom građanskom pravu, što je pitanje kojim bi doktrina ubuduće trebalo posebno da se pozabavi. Imajući u vidu bazično *načelo autonomije volje* učesnika građanskog prava, koje preširokom primenom retencije može biti povređeno, možemo se opravdano zapitati da li uslov koneksiteta kod retencije građanskog prava zaista treba smatrati prevaziđenom kategorijom?

ALEKSANDRA PAVIĆEVIĆ, BA

Teaching assistant, Faculty of Law University of Kragujevac

THE TERM OF RETENTION IN SERBIAN AND COMPARATIVE LAW

Summary

The topic of this research is legal definition of right of retention, as specific civil law, which is considered controversial in legal theory. Given the importance that adequate regulation of retention in the Unified Civil Code of Serbia, which embodies the future Serbian Civil Law, author analyzes the current legal and doctrinal definition of the concept of retention in 11 regulations. On the basis of normative and comparative methods, the author assesses the appropriateness of the two existing models of regulating the retention in comparative law (general and casuistically); also analyzes the characteristics of the dominant normative and doctrinal definitions of retention. The author suggests the most appropriate model of definition of retention in the future Serbian law, but also creates universal doctrinal definition of retention. The author concludes that the optimal model of definition of retention means: a unique definition of the general concept of civil retention; supplement the content of existing definitions by authorization of settlement, because the retention effect does not exhaust the authority of "retaining". Finally, author evaluates the right to security of claims and self-protection as *genus proximum* of retention.

LJILJANA KADIĆ

NASLEDNOPRAVNI POLOŽAJ VANBRAČNIH PARTNERA KAO ZAKONSKIH NASLEDNIKA PO ZON-u CRNE GORE

U V O D

Priznavanje vanbračne zajednice kao samostalne činjenice, pored tradicionalnih činjenica srodstva i bračne veze, relevantnih za formulisanje zakonskog naslednog reda predstavlja radikalnu novinu u novom crnogorskom zakonu o nasleđivanju¹. Faktička zajednica muškarca i žene pod određenim uslovima bez zaključenog braka, koja je do donošenja ovog zakona o nasleđivanju egzistirala u društvu kao pravom nepriznata činjenica, postaje pravna činjenica. Po osnovu priznate vanbračne zajednice vanbračni partneri mogu biti zakonski naslednici i međusobno se nasleđivati. Argumentacija na kojoj se zasniva ovakav stav zakonodavca je nova i ide u pravcu egaliteta u pogledu naslednih prava lica koja žive u vanbračnoj zajednici sa naslednim pravom bračnih drugova. Ovakvim zakonskim rješenjem udovoljilo se zahtijevu koji je sve aktuelniji u demokratskom svijetu i kod nas a odnosi se na pravo slobodnog izbora, posebno na pravo izbora u kakvoj zajednici će da žive partneri. U protivnom znači sputavati ljude da ulaze u

Dr Ljiljana Kadić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore.

¹ Priznavanje vanbračne zajednice porodičnim zakonom Švedske iz 1970. god. je bio izuzetak od svih prava zapadne Evrope po kome je nasledni položaj vanbračnih druga po automatizmu izjednačen sa položajem bračnog druga. Mnoga ultra liberalna rješenja u ovoj oblasti smatrana su zakonodavnim zemljotresom V.S. Marković Nasledno pravo, Beograd 1981.

slobodne odnose.² U načelu, priznavanje vanbračne zajednice u naslednom pravu Crne Gore nije sporno i ne predstavlja originalnost ovog teksta, jer je učinjeno mnogo ranije preciznije prije četrdeset godina u poslije amandmanskim republičkim i pokrajinskim zakonima o nasleđivnju a u to vrijeme bila je zaista novina³.

Prilikom regulisanja ove materije crnogorski zakonodavac je trebao da ima više sluha u pogledu čitavog niza društveno ekonomskih, političkih, kulturnih, moralnih, etičkih i istorijskih faktora koji determinišu crnogorsko društvo. Najkraće rečeno, društvo je još u nezavršenoj epohalnoj tranziciji iz pre modernog patrijahalnog u moderno organizovano društvo, još više potenciranoj aktuelnim ubrzanjem ovog procesa koji se s jedne strane, reflektuje u izraženom zahtjevu za pravnom sigurnošću i očuvanjem tradicionalnih moralnih vrijednosti -očuvanje braka a sa druge strane zahtjevu savremenih tendencija priznavanje vanbračnih zajednica. Naše zakonodavstvo je zauzelo kompromisan stav s pravom je priznao fakat s tim što je priznavanje ove zajednice zakonski uslovljeno, što znači da samo one zajednice koje ispunjavaju zakonom predviđene uslove su legitimne sa punim naslednopravnim kapacitetom dok sve druge koje ne ispunjavaju makar jedan od zakonom predviđenih uslova ne proizvode nasledno pravno dejstvo i one su nezakonite. Kod priznavanja vanbračne zajednice nije se htjelo potpuno odsustvo forme već je bio cilj da se nađu adekvatne mjere u određivanju mjere forme.

Problematizovanje vanbračne zajednice na osnovu koje se vanbračni partneri mogu međusobno nasleđivati kao zakonski naslednici kao centralne teme ovog rada podrazumijeva njeno razgraničenje prema braku koje omogućuje izlaganje samo preovlađujućih karakteristika. Pri tom, smatramo korisnijim pragmatičan pristup; posmatrati vanbračnu zajednicu sa aspekta pozitivnog prava i pokušati ocjeniti zakonska rješenja sa stanovišta cjelishodnosti i adekvatnosti. Zato ćemo, razmotriti uslove pod kojima se priznaje nasledno pravo vanbračnih partnera, pozicija vanbračnog partnera kao pripadnika prvog i drugog naslednog reda, pozicija kao nužnog naslednika i gubitak naslednog prava vanbračnog partnera.

Osvrt na pravni režim vanbračne zajednice kroz istoriju

Posmatrano istorijski prvobitni odnosi muškarca i žene imali su faktički karakter, da bi nastankom civilizovanog društva ti odnosi dobili pravni karakter

² Aktivnosti Savjeta Evrope su od velikog uticaja na planu uređivanja udnosa u vanbračnoj zajednici - Preporuka iz 1988. godine o važnosti ugovora između osoba koje žive kao nevjenčani par i njihovih testamentarnih raspolaganja Ovim aktom se preporučuje poštovanje slobodno uređenih odnosa između vanbračnih partnera radi regulisanja imovinskih odnosa tokom trajanja vanbračne zajednice, njenog raskida i za slučaj smrti bez obzira da li je vanbračna zajednica zakonom regulisana ili nije.

³ Zakon o dedovanju R Slovenije "Uredni list SR Slovenije", br. 15 od 4. 06. i Zakon o nasleđivanju Kosova "Službeni list SAP Kosova", br. 43, od 31.12.1974.

kroz instituciju braka. Pojavom braka nije značilo i potpuno iščezavanje faktičke zajednice muškarca i žene (konkubinata). Naprotiv, iako nedominantna društvena pojava konkubinat postaje konstantna pojava, pratilja braka, od najranijih civilizacija do danas. Nejednakost u posledicama ovih zajednica nije prirodni fenomen već je ustanovljena zakonom u cilju zaštite i davanja prioriteta bračnoj vezi. Usamljeni su slučajevi kroz istoriju kada vanbračna zajednica proizvodi izvjesna dejstva u naslednom pravu.

Iz pisanih izvora saznajemo da su u Rimu pored braka ko jedine legitimne životne zajednice muškarca i žene tolerisani konkubinat i kontubernijum.⁴ Konkubinat ili suložništvo postojalo je u slučajevima trajne veze muškarca i žene koji ili nisu mogli (npr. zbog različitog društvenog ranga) ili nisu htjeli da zaključe pravovaljani brak. U konkubinatu su se rađala vanbračna djeca, liberi naturals, koja nisu ulazila u porodicu muža, što kazuje da konkubinat nije bio ni faktički ni pravno relevantan odnos. Međutim, od potklasičnog perioda djeca rođena u konkubinatu mogla su biti legitimisana kada im je zajedno sa majkom priznato ograničeno nasledno pravo pod određenim uslovima; da vanbračni otac nije imao zakonitu ženu i djecu, da su vanbračna djeca proistekla iz odnosa sa jednom konkubinom koja je bila slobodna žena i koja je sa njim stanovala i da su djeca sa njim stanovala i othranjena u istoj kući. Po ispunjenju ovih uslova djeca zajedno sa majkom mogla su da dobiju po dvije uncije. (2/12) Znači izuzetno po osnovu činjenice postojanja vanbračne zajednice vanbračna majka je imala ograničeno nasledno pravo prema vanbračnom partneru.

Pod uticajem hrišćanske ideologije od, počev od VI vijeka polažaj vanbračne zajednice i djece rođenih u njoj se mijenjaju i to u pravcu njihovog pogoršavanja. Moralna shvatanja koja propagira hrišćanstvo idu za tim da svako liberalnije shvatanje muškarca i žene negira s ciljem da bračnu vezu što više učvrsti i religijski maskira. Da bi se spriječio porast prekršaja protiv braka i porodice a u cilju zaštite ovih institucija, srednjovjekovno kanonsko pravo stvorilo je tkz. Deliktну teoriju po kojoj vanbračni polni odnos u kojoj su se rađala djeca smatran je deliktom i strogo se kažnjavao. Vanbračni partner je bio dužan da izdrzava djecu iz tog odnosa, kao i svaki krivac koji je dužan da reparira štetu.⁵ Od ovakvog stava srednjovjekovnog zakonodavstva bilo je izuzetaka, kao npr. u srpskoj rano feudalnoj državi. Prema propisima Sintagme Matije Vlastara, iako jedino priznat crkveni brak, pravila se razlika između običnog kratkotrajnog bludnog odnosa i javnog i stalnog odnosa (konkubinata) što ima za konsekvencu i različit položaj vanbračne djece rođene u ovim odnosima. Dijete rođeno u bludu nazvano pogrdno (kopi-

⁴ Ivo Puhani, Rimsko pravo, Beograd, 1972, str. 172; "Kontubernijum je bio zajednica života između roba i ropkinje koji nije bio cijenjen kao pravno relevantan odnos.

⁵ V. Bakić, Isto Glavni pobornici ove teorije su Puchta (Pandekten 316)Gluch (Ausfuhrten erlavte rungen der pandekten nach hellfeld 197)

le, tamnik) imalo je nepovoljniji položaj od djeteta (tajmičište) rođenog u konkubinatu, tj odnosu sa naložnicom. Ta razlika je najevidentnija na planu nasleđivanja. Vanbračno dijete rođeno u konkubinatu imalo je pravo nasleđa i prema majci i njenim srođnicima i prema vanbračnom ocu (čl. K. Glava BI Sintagme) dok tamnik je mogao da naslijedi samo majku i njene srođnike.⁶

Buržuasko društvo iako podiže brak pravno na pijadestal nije bio isključivi oblik života muškarca i žene iz prostog razloga što se život drugačije odvijao iza pravnih kulisa. Pored braka, koji ima izrazito buržuaski karakter uslovljen klasnim položajem je često bio brak konvencijencije. Zato cvjetaju i drugi vidovi odnosa kao što su poligamija i konkubinat. Princip o zaštiti braka koji je inkorporiran u svim modernim zakonodavstvima jasno izražava negativan stav prema vanbračnoj zajednici osim nekih pitanja koja se odnose na vanbračnu djecu i neka imovinska pitanja vanbračne žene.⁷ Takav stav prema vanbračnoj zajednici ilustruje čuvena Napoleonova izreka; "Vanbračni drugovi se ne pokoravaju zakonu, zakon se ne interesuje za njih. (Les concubins ignorant la loi, le lois les ignore)."⁸

Sredinom XX i početkom XXI demokratizacija savremenog društva radikalno mijenja stav prema faktičkim zajednicama muškarca i žene kao slobodnim zajednicama a što je rezultiralo potpunim priznanjem sa brakom pod određenim uslovima u velikom broju zemalja svijeta. U evropsko kontinentalnom pravnom sistemu prvo je švedsko porodično zakonodasto sedamdesetih godina priznalo vanbračnu zajednicu i po automatizmu i u naslednom pravu To je bio "pravni zemljotres" koji je bio podsticaj mnogim zemljama da u svojim zakonima izjednače naslednopravni položaj vanbračnog partnera sa naslednim položajem bračnog druga. Bivše jugoslovenske republike SR Slovenija i SAP Kosovo donijele su zakone o nasleđivanju kojima priznaju vanbračnu zajednicu pod određenim ali različitim uslovima, kao samostalnu činjenicu relevantnu za nasleđivanje po osnovu koje vanbračni partneri se međusobno mogu nasleđivati.⁹

⁶ L.Urošević, Pravosuđe i pisano pravo u srednjevjekovnoj Srbiji, Beograd, 1939, str. 125. Isto Bakić op. cit., str. 16.

⁷ M. Begović, Porodično pravo, Beograd, 1952, str. 10. U francuskom pravu postoji ogromna sudska praksa koja priznaje vanbračnoj ženi izvjesna prava imovinska ali ne i pravo nasleđivanja npr. pravo na izdržavanje po raskidu zajednice; učestvovanje u podjeli imovine stečene u vrijeme trajanja vanbračne zajednice; pobijanje poklona učinjenih vanbračnom partneru; M. Mladenović, Praktikum za porodično pravo, Beograd, 1974, str 33. Švajcarski građanski zakonik u čl. 317, i 319 predviđa sledeća prava vanbračne žene odnosno djeteta; na naknadu troškova porođaja, na naknadu moralne štete ako joj je tuženi obećao brak.

⁸ Marie -Terese Meulders Klein, "Mariage et concubinage ou les sens et contresens de l* historie "La personne, La Famille et le Droit", 1968-1998, Paris, str. 23.

⁹ Zakon o Dedovanju 1976. čl. 10. st. 2; SAP Kosova Zakon o nasleđivanju 1974 u čl. 20 st. 2.

Savremene tendencije idu u pravcu priznavanja pored heteroseksualnih i homoseksualnih vanbračnih zajednica kao što je slučaj u Francuskoj, Španiji,¹⁰ Holandiji,¹¹ I registrovane i neregistrovane faktičke zajednice (npr. registrovana partnerstva).¹² U Njemačkoj je zakonom uređena registrovana istopolna zajednica tzv. životno partnerstvo. Pored uslova za priznavanje ovih zajednica koje se registruju pred matičarem, notarem bez uslova i ograničavanja priznaje se međusobno zakonsko nasleđivanje. Preživjeli partner nasleđuje 1/4 u konkurenciji sa srođnicima prvog stepena srodstva a 1/2 u konkurenciji sa srođnicima drugog stepena srodstva. Neregistrovane istopolne zajednice priznaje zakonodavstvo Slovenije i Hrvatske.

Sve države na prostoru bivše SFRJ priznale su heteroseksualnu vanbračnu zajednicu izuzev Srbije koja vanbračnu zajednicu ne normira kao osnov zakonskog nasleđivanja u ZONS iz 1995. godine.

POJAM VANBRAČNE ZAJEDNICE

Vanbračna zajednica je postojana životna zajednica žene i muškarca, nastala i uređena njihovom voljom i određena da traje dok postoji obostrana volja.¹³ Vanbračnu zajednicu isto kao i brak zaključuju dva polno zrela lica različitog pola, saglasnošću svojih slobodnih volja, u cilju ostvarenja zajednice života uz ista ili gotovo ista materijalnopravna ograničenja (incest, umobolnost, uzrast) određena da traje duže vrijeme ili neodređeno, kao i da se u njoj ostvaruje monopolizam

¹⁰ Španija je 2005. godine donijela zakon kojim se priznaju istopolni brakovi sa priznatim zakonskim nasleđivanjem i pravo na usvojenje. Regionalna prava Španije su regulisali i istopolnu vanbračnu zajednicu sui generis. Katalonija je 1998. godine donijela zakon o partnerstvu sa stabilnom zajednicom i Aragon 1999. godine Zakon o stabilnom nebračnom partnerstvu. To je bilo veliko iznenađenje za naučnu i stručnu javnost Evrope jer Španija je pod izrazito jakim uticajem katoličke crkve koja se žestoko protivila ovoj radikalnoj promjeni. v. Marc Mignot, "Le partenariat enregistré en Droit International privé" *Revue Internationale De Droit Compare*, No. 3, 2001, str. 602-603.

¹¹ Code civil Francuske, poznaje i registrovane i neregistrovane faktičke zajednice (npr. registrovana partnersva pravno reguliše Danska, Norveška, Švedska, Belgija, Holandija, Njemačka. V. Mira Alinčić, op. cit., str. 1186-1187.

¹² U Njemačkoj je donesen 2001. godine Zakon o registraciji životnog partnerstva kojom se uređuje istopolna zajednica; Iako je francusko pravo priznalo istopolne zajednice kao i heteroseksualne Zakonom o građanskom paktu za solidarnost (PACS) 1999. godinine (čl. 515-1 Code civil) ne priznaje pravo međusobnog zakonskog nasleđivanja pored priyatnih ostalih porodičnih i socijalnih prava. vidi Francois Dekeuwer-Defossez, PACS et famille, RTD civil, no. 3, 2001, str. 539-540.

¹³ Miloš Stefanov, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vanbračna zajednica, Zagreb, 1978, str. 82. U pravnoj teoriji srijeću se kraće i šire definicije pojma vanbračne zajednice M. Draškić, *Porodično pravo* Beograd, 1998, str. 148; M. Mladenović-Panov, S "Porodično pravo", Beograd, 2003, str. 210.

polnog izživljavanja. Dakle, vanbračna zajednica i sadržajno i funkcionalno, ne razlikuje se od braka osim u nekim nijansama koje su rezultat njenih specifičnosti. Suštinska razlika između ova dva oblika životne zajednice muškarca i žene je u odsustvu forme kod zaključenja vanbračne zajednice, kao i u odsustvu forme prilikom njenog raskida ako do raskida dođe. U većini zemalja vanbračna zajednica nastaje neformalnim putem ali ima i zemalja koje traže određenu formu kao što je slučaj u Francuskoj i Holandiji gdje se traži registracija kod suda, notara ili matičara u slučaju nastanka i prestanka vanbračne zajednice. Pošto kod zaključenja vanbračne zajednice nema forme to pretpostavlja odsustvo društvene zaštite odnosno prinude, kao i odsustvo drugih zahtjeva forme (ritual, registracije, javnosti) zato, za razliku od braka vanbračna zajednica ima pretežno privatni karakter. Značaj forme je u činjenici što ona predstavlja pogodno sredstvo za sprečavanje zaključenja nevažećih brakova, zatim njom se postiže izvjesnost koja je još uvijek u ovoj oblasti potrebna, obezbjeđuje se zaštita slabijeg (maloljetnika i žena) i sprečava prenapljetnost u odlučivanju pri izboru bračnog partnera.

Međutim, govoriti o svrsi i značaju forme u sadašnjem trenutku pretpostavlja značajno promijenjene društveno ekonomske uslove koji stavljaju u vidno polje notornu činjenicu – raskorak između životnih potreba i zakonskih regula. Kako ne treba zapostavljati svaki značaj forme tako ne treba pretjerivati i pripisivati joj i ono čarobno dejstvo koje ona ne može da ima posebno u veoma suptilnim odnosima između muškarca i žene, gdje se pravo pojavljuje kao vrlo grub instrument regulisanja.

U sklopu ove problematike imperativno se postavlja problem odnosa forme i fakta. Suština pitanja je; kome dati prevagu, odnosno da li jednu činjeničnu trajnu zajednicu između lica suprotnog pola koji voljno žive zajedno i koji ispunjavaju dužnosti proizišle iz braka, treba ignorisati zbog nepotpunog prisustva forme ili je u pogledu pravnog dejstva i posledica izjednačiti sa brakom? Koju od iznijetih solucija treba prihvatiti? Obije solucije imaju uza se određenu argumentaciju, ali treba sa prikloniti onoj koja se oslanja na realne životne potrebe.

U vezi sa ovim pitanjem crnogorski zakonodavac je spravom priznao fakat, s tim što je priznavanje ove zajednice zakonski uslovljeno. Znači da samo ona zajednica koja ispunjava kumulativno zakonske uslove (trajna zajednica života, odsustvo bračnih smetnji, postojanje u trenutku smrti ostavioca) je zakonita i proizvodi pravno dejstvo.

Priznanje vanbračne zajednice, koje se obavlja pred zato određenim organom, znači u bračnom pravu rađanje nove forme. Naime, javljanje nove forme je upravo u činjenici priznavanja, jer da bi ona proizvodila pravno dejstvo, taj čin mora biti priznat pred posebnim organom i moraju biti ispunjeni svi zakonom propisani uslovi. Tome u prilog, nisu priznate one zajednice koje su trajale kraće vrijeme (manje od 1 god., 3 god. 5 god.) ili pak one gdje ne postoji zajednica ži-

vota. Stoga bi se, u krajnjem mogao postaviti ovaj problem kao odnos formi. Zato smatramo, da priznate vanbračne zajednice nisu potpuno neformalne zajednice sa potpunim odsustvom forme, nego zajednice za reduciranom formom vezanom za njeno priznavanje.

USLOVI ZA PRIZNAVANJE ZAKONSKOG NASLEDNOG PRAVA VANBRAČNIH PARTNERA

Naslednopravni položaj vanbračnih partnera iako je načelno izjednačen sa položajem bračnih drugova ipak se razlikuje što je njegov položaj uslovljen ispunjenjem određenih zakonom predviđenih uslova. Ti uslovi u konkretnom slučaju moraju biti kumulativno ispunjeni a odnose se na: zajednicu života; dužinu trajanja; različitost polova; i zakonitost vanbračne zajednice tj odsustvo bračnih smetnji; postojanje vanbračne zajednice u momentu ostaviočeve smrti. Neispunjenje jednog od ovih uslova lišava vanbračne partnere zakonskog nasleđivanja.

Zajednica života

Prvi i najneophodniji uslov za zakonsko nasleđivanje vanbračnih partnera je da su uspostavili efektivnu zajednicu života. Zajednica života je konstitutivni element vanbračne zajednice. Vođenje zajedničkog života je jedna od osnovnih dužnosti čije postojanje daje pravu sadržinu i puni izraz faktičkom odnosu između muškarca i žene. Zajednica života manifestuje se u volji vanbračnih partnera da ispunjavaju prirodne dužnosti koje proističu iz tog odnosa. Ona se uobičajeno definiše kao ukupnost svih odnosa emocionalne, psihičke, ekonomske, polne prirode u koje vanbračni drugovi svakodnevno stupaju. Njen najvidljiviji znak je zajedničko stanovanje, življenje u zajedničkom stanu i domaćinstvu, slično kao i u braku” dioba kreveta i postelje”. Zajedničko stanovanje i vođenje zajedničkog domaćinstva kao prostorna vezanost različito se tretiraju kod braka i vanbračne zajednice. Bračni drugovi se mogu dogovoriti zbog prirode posla da zajedno ne stanuju u istom domaćinstvu, a da njihova zajednica života realno postoji i funkcioniše po nizu drugih pitanja lične i imovinske prirode, međutim, kada je u pitanju vanbračna zajednica mišljenja su podijeljena. Prema jednom mišljenju zajedničko stanovanje i vođenje zajedničkog domaćinstva nije konstitutivni element zajednice života, već, indicije i dokazi za utvrđivanje vanbračne zajednice.¹⁴ Drugo mišljenje u pravnoj teoriji polazi od činjenice da bez ustanovljenja zajedničkog domaćinstva (zajedničko sticanje, upravljanje i raspolaganje) nema zakonite vanbračne zajednice jer u ovom smislu to je konstitutivni element zajednice života

¹⁴ Cvejić, Jančić, O, Porodično pravo, Novi Sad, 2009, str. 206.

vanbračnih partnera.¹⁵ Za razliku od braka gdje neispunjenje ovih dužnosti daje pravo supružnicima za pokretanje postupka za razvod braka i ukoliko do toga ne dođe, brak pravno egzistira, ali faktički prestaje), vanbračna zajednica zbog nepostojanja zajednice života, prestaje da postoji a to će reći da dužnost zajedničkog života nije samo dužnost nego *essenciale*, nema vanbračne zajednice ako nema zajednice života.¹⁶ Prestankom zajednice života vanbračni partneri gube uzajamna nasledna prava.

Dužina trajanja

Zakonska definicija vanbračne zajednice ističe zahtjev da vanbračna zajednica traje duže vrijeme (čl.9 stv.3 ZONCG). Ovako koncipirano zakonsko rešenje uslovljava uzajamno zakonsko nasleđivanje vanbračnih partnera dužinom trajanja vanbračne zajednice. Vremenska komponenta, zajednice života značajna je zato što ukazuje na stabilnost i notornost vanbračne zajednice u sredini u kojoj egzistira. Ona se najčešće ustanovljava na neodređeno vrijeme jer se polazi od osnovne premise da vanbračni partneri svoju namjeru ispoljavaju kroz kvalitet i dužinu trajanja zajednice života. Crnogorski zakonodavac nije odredio koliki vremenski period treba podvesti pod pojmom duže vrijeme, nego se opredjelio za pravni standard gdje sud ima kreativnu ulogu da u svakom konkretnom slučaju cijeneći sve relevantne okolnosti utvrdi da li se radi o kratkotrajnoj, prolaznoj i sporadičnoj vezi ili o dužoj trajnijoj vanbračnoj zajednici sa svim spoljnim i sadržinskim manifestacijama koje ima i brak. Zato dužina trajanja je i kriterijum u sa dejstvu sa ostalim uslovima za razlikovanje priznatih i zakonitih vanbračnih zajednica od onih koje nisu pravno priznate. Neka zakonodavstva se opredjeljuju za precizno utvrđivanje rokova (npr. jedna godina, tri godine, pet godina, deset godina) čijim protekom postaje priznata vanbračna zajednica. U makedonskom zakonodavstvu poslije jedne godine trajanja vanbračna zajednica postaje zakonita, a u hrvatskom poslije 3 godine; u kosovskom rok je 5 i 10 godina zavisno do činjenice da li je bilo ili ne djece u toj zajednici. I jedno i drugo zaknodavno rešenje ima prednosti i mane. Opredjeljenje za pravni standard u smislu "duže trajanje" je elastičnija formulacija koja doprinosi kreativnijoj ulozi suda pri utvrđivanju činjeničnog stanja, ali dovodi i do zloupotreba. Sa aspekta društvene realnosti smatramo da bi drugo opredeljenje koje se odnosi na precizno utvrđene rokove više pogodovalo jer bi doprinijelo većoj pravnoj sigurnosti, koja je posebno potreba u nestabilnim i turbulentnim vremenima kako je crnogorsko društvo u periodu

¹⁵ Stevanov, M. Vanbračna zajednica, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 1-2/1978, str. 82.

¹⁶ Karel, Zupančić, Ravnopravnost žene u porodici, po novim porodičnopravnim propisima, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd 1975, br. 4, str. 566.

tranzicije, i pored zamjerki koji se mogu uputiti a koje se odnose na krutost rešenja i tkz problem graničnih slučajeva.

Različitost polova

Crnogorski zakonodavac definišući pojam vanbračne zajednice ističe da se priznaju samo one zajednice ustanovljene između muškarca i žene (heteroseksualne zajednice). Na taj način, implicite iznosi negativan stav prema istopolnim zajednicama (homoseksualnim). Istopolne zajednice u našem pravu nisu priznate.¹⁷ De lege ferenda problem priznavanja istopolnih zajednica biće predmet razmatranja s obzirom na savremene tendencije u EU i činjenicu da je Crna Gora ratifikovala Konvenciju o eliminisanju svih oblika diskriminacije 2006 godine, i donijela Zakon o zabrani diskriminacije 2010 godine, pa i po osnovu seksualne orijentacije.¹⁸

Zakovitost vanbračne zajednice-odsustvo bračnih smetnji

Zakovitost vanbračne zajednice podrazumijeva odsustvo bračnih smetnji u vrijeme njenog zasnivanja kao i u vrijeme smrti vanbračnog partnera (bračnost, srodstvo, nesposobnost za rasuđivanje, mane volje, maloljetstvo). Novi Porodični zakon Crne Gore za razliku od prethodnog koji taksativno nabroja bračne smetnje (metod enumeracije), to čini opštom formulacijom kojom se zahtjeva odsustvo svih bračnih smetnji za sklapanje punovažnog braka koje povlače apsolutnu ništavost braka. Samo ona vanbračna zajednica kod koje nijedno od dva lica nema drugi brak ili vanbračnu zajednicu proizvodi pravne posledice. Pitanje zakonitosti vanbračne zajednice nameće dilemu da li je za ocjenu zakonitosti relevantan momenat uspostavljanja vanbračne zajednice ili momenat smrti vanbračnog partnera. Ukoliko je bračna smetnja postojala u momentu uspostavljanja vanbračne zajednice (maloljetstvo) a u trenutku smrti ona je nestala jer je vanbračni partner punoljetan, ili je obrnuto, da bračna smetnja nije postojala u momentu uspostavljanja ali je postojala u momentu smrti (brak vanbračnog partnera sa trećim licem, promjena pola vanbračnog partnera, mane volje). U ovakvim slučajevima kao osnovno pravilo uzeće se relevantan momenat smrti ostavioca. Znači takva zajednica neće biti punovažna i direktana posledica je nemogućnost međusobnog zakonskog nasleđivanja vanbračnih partnera. Od ovog pravila treba

¹⁷ Savremeni trendovi u porodičnom pravu idu u pravcu priznavanja istopolnih zajednica, braka, faktičkih homoseksualnih zajednica, registrovanih partnerstava. Veliki broj zemlja EU kao Španija, Holandija, a na prostoru bivše SFRJ, Slovenija i Hrvatska su priznale kao legitimne istopolne zajednice.

¹⁸ Preporuke i rezolucije Savjeta Evrope i EU insistiraju na eliminisanju svakog oblika diskriminacije i da se obezbijede sva prava građana bez obzira na seksualnu orijentaciju što izričito je predviđeno u Povelji o ljudskim pravima EU.

napaviti izuzetak kada je u pitanju nesposobnost za rasuđivanje koja nije postojala u momentu ustanovljavanja vanbračne zajednice već kasnije tokom njenog trajanja se javila. U tom slučaju vanbračni partenri se mogu međusobno nasleđivati (analogno slučaju gubitka testamentarne sposobnosti posle sačinjavanja testamenta gdje ta okolnost je bez uticaja na punovažnost testamenta).

Postojanje vanbračne zajednice u trenutku smrti

Vanbračni partenri imaju uzajamno zakonsko nasledno pravo samo pod uslovom da je vanbračna zajednica kao osnov pozivanja na nasleđe postojala u trenutku ostaviočeve smrti. Prema trenutku smrti osim zahtjeva da je vanbračna zajednica kao efektivna trajala cijent će se dostojnost, sposobnost vanbračnog partnera za nasleđivanje kao i sticanje prava na nasledničku tužbu.

GUBITAK NASLEDNOG PRAVA VANBRAČNOG PARTNERA

Vanbračni partenri slobodno ulaze u vanbračnu zajednicu sa namjerom da žive neodređeno vrijeme, i isto tako mogu iz nje da izađu jednostranom odlukom ili sporazumnim razvrgnućem zajednice. I jednostrano i sporazumno razvrgnuće vanbračne zajednice ima za posledicu gubitak zakonskog naslednog prava. Crnogorski zakonodavac u čl. 25 st. 3 predvidio je da vanbračni drug gubi pravo na nasleđivanje ukoliko je njegovom krivicom prestala zajednica života ili u sporazumu sa ostaviocem. Tumačenjem ovako koncipirane odredbe stiće se zaključak da ukoliko je vanbračna zajednica prestala krivicom ostavioca da preživjeli vanbračni partner bi mogao da naslijedi iako je vanbračna zajednica prestala, ukazuje da čl. 25. st. 3 je u suprotnosti sa čl 9. st.3 ZONCG koji izjednačava vanbračnu zajednicu sa brakom.¹⁹ Ne smije se izgubiti iz vida osnovna razlika koja se očitava u nedostatku forme kod vanbračne zajednice tako da prestankom zajednice života kao konstitutivnog elementa ona prestaje da postoji jer nema više one kohezi- one veze između partnera. Prestankom zajednice života kod braka, brak de jure postoji iako je de facto mrtav. Zato se na gubitak prava vanbračnog partnera ne mogu primjeniti pravila o gubitku naslednog prava bračnih supružnika jer pravni osnov je otpao –postojanje vanbračne zajednice u trenutku smrti a što ima za posledicu da bivši vanbračni partner bez obzira na krivicu ne može biti naslednik. Specifičnost naslednopravnog položaja vanbračnog partnera je da druga dva načina gubitka naslednog prava bračnih supružnika po prirodi stvari nemaju smisla za vanbračnu zajednicu, a to su slučajevi; 1) kada ostavilac podnese tužbu za razvod braka pa se poslije njegove smrti utvrdi da je njegova tužba osnovana. 2) ako je njegov brak sa ostaviocem poništen poslije ostaviočeve smrti iz razloga koji su

¹⁹ D. Đurđević, Osnovi naslednog prava u Crnoj Gori, Podgorica, 2010, str. 124.

ostaviočevom suprugu bili poznati u trenutku zaključenja braka ZONCG čl. 25 St. 2 tačka 1 i 2.

NASLEDNOPRAVNI POLOŽAJ VANBRAČNOG PARTNERA KAO REDOVNOG ZAKONSKOG NASLEDNIKA

Ispunjenjem opštih pretpostavki za nasleđivanjem (doživjeti moment delacije, sposobnost i dostojnost za nasleđivanje, pozitivna naslednička izjava) i posebnih uslova za priznavanje vanbračne zajednice, vanbračni partner postaje naslednik. Ono što ga razlikuje od ostalih zakonskih naslednika i čini njegov položaj specifičnim jeste što se javlja kao pripadnik i prvog i drugog naslednog reda što njegov nasledni dio može biti promijenjen i u prvom i drugom naslednom redu što zavisi od sticaja određenih okolnosti u konkretnom slučaju.

Vanbračni partner kao pripadnik prvog zakonskog naslednog reda konkuriše na nasleđe sa potomcima ostavioca. Njegova pozicija je istovjetna sa pozicijom djece (rođene, usvojene "djece iz ranijih brakova ili vanbračne zajednice"). Shodno pravilima o diobi per capita nasledni dio vanbračnog partnera je jednak naslednom dijelu djece (čl. 11, st. 2 ZONCG).

Ukoliko je vanbračni partner jedini naslednik u prvom redu trebalo bi dopustiti mogućnost u cilju materijalnopravnog izjednačavanja položaja bračnog druga vanbračnog partnera sa položajem potomaka trebalo bi dopustiti mogućnost da bračni drug odnosno vanbračni partner ostane jedini naslednik u prvom redu u slučaju da su se svi naslednici odrekli nasleđa u njegovu korist. To bi doprinijelo s jedne strane uspostavljanju egaliteta između pripadnika prvog naslednog reda, a sa druge strane doprinijelo bi poboljšanju položaja bračnog druga odnosno vanbračnog. Ujedno to bi bilo u skladu sa poštovanjem autonomije volje potomaka ostavioca.²⁰ Međutim, prema sadašnjem rješenju vanbračni drug kao jedini pripadnik prvog naslednog reda prelazi u drugi nasledni red.

Vanbračni partner kao pripadnik drugog naslednog reda na nasleđe konkuriše sa roditeljima ostavioca i njihovim potomstvom (čl. 13 st. 1). Shodno pravilima o fiksnoj diobi nasleđa u drugom naslednom redu, vanbračni partner dobija jednu polovinu nasleđa a druga pripada roditeljima ostavioca. Njegova pozicija u drugom redu je načelno bolja jer uvijek dobija onaj dio koji bi imao u prvom redu u konkurenciji sa jednim djetetom ostavioca.

Odstupanja od redovne podjele nasleđa u prvom i drugom naslednom redu idu u pravcu smanjenja ili povećanja naslednog dijela vanbračnog partnera. Novi zakon o nasleđivanju Crne Gore uvodi novinu zakonsku singularnu sukcesiju u institut povećanja naslednog dijela vanbračnog partnera kao pripadnika prvog i drugog naslednog reda. Vanbračni partner pored nasleđivanja u svojini na ime povećanja može da dobije doživotno uživanje (plodouživanje) na cjelini ili dijelu

²⁰ ZON Hrvatske u čl. 130. st. 5. predviđa ovakvo rješenje koje se odnose na bračnog druga.

zaostavštine koju su nasledili ostali naslednici a koje može biti preinačeno u doživotnu rentu u sporazumu sa ostalim naslednicima istog naslednog reda (čl. 24 st. 1, 4).²¹ Ovo je značajna novina iz dva razloga; 1) pozicija vanbračnog partnera se poboljšava u smislu individualizacije i konkretizacije prema okolnostima datog slučaja, na cjelishodniji i efikasniji način se ostvaruje poštovanje posebnih prilika; 2) uvodi se lična službenost plodouživanja što predstavlja singularnu sukcesiju i to na osnovu zakona.

Zakonski uslovi za povećanje naslednog dijela vanbračnog partnera su; nemanje nužnih sredstava i zahtjev vanbračnog partnera. O zahtjevu vanbračnog partnera sud će uzeti u obzir sledeće okolnosti; imovinske prilike, sposobnost za privređivanje, trajanje vanbračne zajednice, imovinske prilike ostalih naslednika (djece u prvom naslednom redu, roditelja ostavioca u drugom naslednom redu), njihovu sposobnost za privređivanje i vrijednost zaostavštine (čl. 24 st.3).

Što se tiče kriterijuma koji sud uzima prilikom odlučivanja a koji se odnosi na "dužinu trajanja braka odnosno vanbračne zajednice" kod povećanja naslednog dijela, mislimo da zakonodavac je trebao da napravi jasnu distinkciju između braka i vanbračne zajednice i ovaj kriterijum isključivo vezuje za vanbračnu zajednicu. Ovo iz razloga što dužina trajanja braka nije uslov punovažnosti braka i uslov sticanja prava na izdržavanje. Zahtjev za povećanjem naslednog dijela ima mnogo sličnosti sa zahtjevom za izdržavanje (čl. 262 i čl. 263 PZCG).

Vanbračni partner može da traži povećanje naslednog dijela i u prvom naslednom redu i u drugom naslednom redu Iako zakon eksplicitno to ne kaže. Stilizacija čl. 24. st. 1. "kada je supružnik koji nema nužnih sredstava za život pozvan na nasleđe sa drugim naslednicima" nedvosmisleno na to ukazuje. U prvom naslednom redu vanbračni partner može da traži povećanje naslednog dijela djelimično ili na cijeloj zaostavštini na račun ostaviočeve djece iz ranijeg braka, vanbračne zajednice ili usvojenika ostaviočevih sa kojima on nije u srodničkom odnosu. Pod pojmom djeca podrazumijevaju se samo prvostepeni potomci a ne potomci koji dolaze na nasleđe po pravu predstavljanja.²² Do smanjenja naslednog dijela vanbračnog partnera u prvom naslednom redu može doći u korist djece iz ranijih brakova, iz vanbračne zajednice i usvojene djece (bez uticaja je da li je potpuno ili nepotpuno usvojenje) koja nisu u srodničkom odnosu sa vanbračnim partnerom ostavioca pod uslovom da je imovina vanbračnog partnera veća od onoga što bi nasledilo podjelom na jednake djelove sa ostaviočevom djecom. Potrebno je kumulativno ispunjenje oba uslova da bi se smanjenje realizovalo i to na način što bi svako od djece dobilo dva puta veći dio (čl. 23 ZONCG) Ovako koncipira-

²¹ 18 Singularna sukcesija je bila moguća do sada jedino na osnovu testamenta u ZONCG iz 1976/78.

²² Ovo shvatanje preovladava u teoriji, B. Blagojević APN, br. 1-2/1961, str. 162; S. Marković, 1981, str. 136. Gavella, Nasledno pravo, Zagreb, 1990, str. 133.

na odredba zakona podložna je kritici u jednom dijelu teorije kada je riječ o krugu lica tj. djece koja su ovlašćena da traže povećanje naslednog dijela i gdje se insistira na činjenici da to pravo imaju samo djeca koja nisu u srodstvu sa vanbračnim drugom. Distinkcija između rođene djece vanbračnog partnera ostavioca i djece iz ranijih brakova i vanbračnih zajednica i usvojenika inspirisana je idejom da poboljša materijalni položaj djece iz prethodnih brakova i vanbračne zajednice koji u slučaju smrti ostavioca može biti ugrožen jer vanbračni partner nema obavezu izdržavanja prema njima.²³ Kritika ovako koncipiranog rešenja kojom se pravi razlika između ostaviočeve djece ugrožava ustavni princip zabrane diskriminacije (čl. 8 Ustava CG) i ravnopravnosti u nasleđivanju (čl. 4 st. 1 ZON CG). Smatramo da ovakvo zakonsko rešenje treba redigovati i usaglasiti sa ustavom a ratio legis ove odredbe treba da bude zaštita materijalnih interesa i rođene djece vanbračnog druga i ostavioca čiji interesi potencijalno i realno mogu takođe biti ugroženi. U pogledu uslova koji se traže ovom odredbom a odnose se na imovno stanje samo se traži da je imovina vanbračnog partnera veća od dijela koji bi mu pripao podjelom na jednake djelove a ne postavlja nikakav uslov u smislu nemanja nužnih sredstava za život na strani djece. Ovakvo određenje dovodi u neravnopravan položaj vanbračnog partnera, što vodi zaključku da je činjenica vanbračne veze de fakto inferiorna u odnosu na činjenicu srodstva tako da zakonska jednakost je deklarativne prirode. S druge strane, zakon predviđa taj uslov kada je u pitanju pravo roditelja ostavioca na povećanje naslednog dijela u konkurenciji sa vanbračnim partnerom u drugom naslednom redu (čl. 26. st. 1).²⁴

Zahtjevi za povećanjem i smanjenjem naslednih djelova vanbračnog partnera ili djece može se postaviti do kraja ostavinske rasprave. Ukoliko je zahtjev sporan sud nezadovoljnu stranu upućuje na parnicu da u parnici ostvari svoje pravo na povećanje naslednog dijela.

U drugom naslednom redu vanbračni partner može da traži povećanje naslednog dijela na račun naslednog dijela roditelja ostavioca. Nasledni dio vanbračnog druga bez obzira u kojem je naslednom redu može se povećati na dva načina. Sud može odlučiti da mu pripadne doživotno uživanje (plodouživanje) na cjelini ili na dijelu zaostavštine koju su naslijedili ostali naslednici (čl. 24, st1.) Vanbračni partner pored alikvotnog dijela zaostavštine koji dobija po opštim pravilima nasleđivanja ima pravo plodouživanja i na onom dijelu zaostavštine koji pripada roditeljima ili samo jednom od njih. Konstituisanje plodouživanja u korist vanbračnog partnera ima za posledicu da roditelji imaju голу svojinu (nuda proprietas) na tom dijelu zaostavštine. Da bi se spriječilo konzerviranje nasled-

²³ B. Blagojević, APN, br. 1-2/1961, str. 161; u tom smislu V. D. Đurđević, 2010, str. 113.

²⁴ Smatra se da do smanjenja neće doći ako su vrijednosti imovine sanaslednika iste vrijednosti u trenutku smrti ostavioca o čemu odlučuje sud. Gavella op. cit., str. 133, B. Blagojević op. cit., str. 15.

nih odnosa i nesmetan pravni promet zakon daje mogućnost preinačenja plodouživanja u doživotnu rentu zaključenjem ugovora između vanbračnog partnera i roditelja ostavioca (čl. 24, st. 4 i 5). Po prestanku prilika koje su dovele do konstituisanja doživotnog izdržavanja ili rente na zahtjev roditelja sud će ih ukinuti. Sud može da odluči da vanbračni partner nasledi čitavu zaostavštinu ali pod uslovom da je njegova imovina tako male vrijednosti da bi njenom podjelom vanbračni partner pao u oskudicu (čl. 24 st. 2 ZONCG). Ovo treba shvatiti da ne postoji drugi način da se obezbijedi minimum egzistencije sem da mu se dodijeli cijela zaostavština. Kada sud donese odluku o povećanju na osnovu svih relevantnih okolnosti (imovinske prilike, sposobnost za privređivanje kako vanbračnog partnera tako i roditelja, vrijednost zaostavštine i trajanje vanbračne zajednice) i ocjeni da je to povećanje cjelishodno vanbračni partner će postati jedini ostaviočev nasljednik iako postoje sanaslednici koji mogu i hoće da budu nasljednici. Sud neće donijeti odluku o povećanju naslednog dijela ako ostali sanaslednici takođe nemaju nužnih sredstava za život.

Smanjenje naslednog dijela vanbračnog partnera u drugom naslednom redu u korist oba roditelja ili jednog roditelja vrši se ili ustanovljavanjem doživotnog izdržavanja na dijelu ili cijeloj zaostavštini vanbračnog partnera. Potrebno je da roditelji nemaju nužnih sredstava za život, da su podnijeli zahtjev sudu i da sud na osnovu relevantnih okolnosti odluči o povećanju naslednog dijela na račun vanbračnog partnera (čl. 26 st. 1). Roditelji će naslijediti cjelokupnu zaostavštinu ukoliko je ona tako male vrijednosti da bi njenom podjelom roditelji pali u oskudicu. U tom slučaju vanbračni drug neće postati nasljednik iako po opštim pravilima o nasljeđivanju je mogao i htjeo (čl. 26 st. 2). Roditelji sa vanbračnim partnerom može da zaključi ugovor o preinačenju doživotnog uživanja u doživotnu rentu sa mogućnošću da se raskine kada prestanu okolnosti zbog kojih je konstituisano doživotno uživanje (čl. 26 st. 7).

Zakonsko rešenje koje se odnosi na povećanje naslednog dijela naslednika prvog i drugog naslednog reda potvrđuje alimentacioni karakter ustanove nasljeđivanja.²⁵ Zakonodavavac u ovoj materiji ne reguliše vrlo značajne materijalno pravne posledice vezane za institute povećanja i smanjenja naslednog dijela kao što je pitanje nasledivosti ovog prava, obima odgovornosti za dugove ostavioca.

VANBRAČNI PARTNER KAO NUŽNI NASLEDNIK

Nužno nasljeđivanje kao poseban oblik ograničenja slobode testiranja predstavlja pravo određenih zakonskih naslednika, koji se nazivaju nužnim nasled-

²⁵ Ovaj institut predstavlja posebni instrument socijalne politike čiji je cilj sprečavanje ugrožavanja elementarne supružnika bračnog ili vanbračnog jer smrću ostavioca oni gube pravo na izdržavanje a mora da dijeli zaostavštinu sa drugim naslednicima. Vidi Stupar, imovinske prilike naslednika i veličina njihovih naslednih djelova, Socijalna politika, br. 11-12 1955, str. 95

nicima, da zahtijevaju određeni dio zaostavštine, čak i protivno volji ostavioca izraženoj kroz njegova dobročina raspolaganja (zavještanje i poklon). Taj dio zaostavštine naziva se nužnim dijelom. Pravo na nužni dio izvire direktno iz normi imperativnog karaktera za razliku od prava na redovni zakonski dio koji proizilazi iz normi dispozitivnog karaktera. Imperativni karakter normi nužnog naslijeđivanja upućuje na zaključak da po svom intezitetu nužno naslijeđivanje je jači osnov pozivanja na nasleđe od testamenta.²⁶ Treba naglasiti da imperativnost normi nužnog naslijeđivanja je obavezujući za ostavioca, zavještaoca a ne i za nužne nasljednike jer nužni nasljednici mogu i nemoraju da se prihvate svog nužnog dijela ili da tolerišu povredu nužnog dijela. To pravo da li će postati i definitivno nužni nasljednici je izraz njihove autonomne volje što je u skladu sa voljnim karakterom naslijeđivanja.

Crnogorski zakonodavac definiše nužni dio kao dio zaostavštine sa kojim zavještalac ne može raspolagati (čl. 28 st. 1 ZONCG) a u stavu 3 istog člana se kaže "da sa ostatkom zaostavštine zavještalac može slobodno da raspolagaže po sopstvenoj volji (tkz. raspoloživi dio)."

Krug srodnika kao nužnih nasljednika u svakoj državi se određuje različito jer su i kriterijumi u pojedinim državama različiti. U pogledu zauzimanja stava po ovom pitanju treba poći od jasnog i definisanog stava konkretnog društva i konkretnog pravnog poretka prema institutu svojine i instituta porodice koji su od presudnog uticaja na sadržinu naslednog prava pa i prava na nužni dio, uz uvažavanje kulturnih, moralnih, običajnih, etičkih vrijednosti. Crnogorsko društvo jedan duži vremenski period, od završetka drugog svjetskog rata karakteriše trogeneracijska porodica²⁷ koja je pored ostalih bila odlučujući parameter za zakonsko opredeljenje u korist sistema ograničenog srodstva koji u najvećem broju slučajeva poznaje dva ili tri nužna zakonska reda.²⁸ U krug nužnih nasljednika prema ZON-u CG ulaze; potomci, usvojenici i njihovo potomstvo, supružnik, roditelji, usvojioци, braća i sestre, djedovi i babe (čl. 27 ZONCG) i raspoređeni su u tri nužna nasledna reda zasnovana na principu isključivosti i sledoreda. Ova lica su nužni nasljednici kada su po zakonskom naslednom redu pozvani na nasleđe. Zakonodavac se opredjelio za taksativno i limitativno određivanje lica koja ulaze u krug nužnih nasljednika što znači da nijedno lice koje nije u zakonu navedeno nemože da ima svojstvo nužnog nasljednika i da je njihov broj zakonom

²⁶ S. Marković, *Nasledno pravo*, 1979, str. 71.

²⁷ M. Mladenović, *Savremena porodica i nasledno pravo*, *Pravni život*, br. 10/75.

²⁸ ZN Srbije prihvata sistem neograničenog stepena srodstva gdje i naudaljeniji nasljednik dolazi na nasledje prije države a nužni nasljednici su svi preci in finitum; ZN Hrvatske u pogledu redovnog zakonskog naslijeđivanja prihvata sistem neograničenog srodstva a u pogledu nužnog naslijeđivanja ima restriktivan stav predviđajući dva nužna nasledna reda. ZN Makedonije predviđa tri zakonska nasledna reda i dva nužna nasledna reda.

ograničen. Ovako koncipirana zakonska odredba stvara dilemu i daje povoda za različita tumačenja da li vanbračni partner ulazi u krug nužnih nasljednika ili ne ulazi?²⁹ Ako se ima u vidu formulacija čl. 9 st. 2 "Na osnovu zakona ostavioca nasleđuje i njegov vanbračni supružnik koji je u pravu nasleđivaja izjednačen sa bračnim" onda se nameće logičan zaključak da je i vanbračni partner nužni nasljednik jer se to pretpostavlja i bez izričitog navođenja u zakonskoj odredbi. Međutim, poređenja radi zašto onda zakonodavac izričito navodi da u krug nužnih nasljednika ulaze usvojenici i njegovo potomstvo i usvojilac kad su u čl. 21 ZON-a CG oni izjednačeni sa biološkim potomstvom i biološkim roditeljima u pogledu nasleđivanja. I na naslednopravni položaj vanbracnog partnera i na naslednopravni položaj usvojenika primjenjuju se posebna pravila za nasleđivanje upravo zbog njihovih specifičnosti. U suštini riječ je o istom slučaju ali koji je različito regulisan u sferi nužnog nasleđivanja. Ovakvom određenju sadržanom u čl. 27 može se uputiti prigovor koji se odnosi na nedoslednost u pravnoj tehnici što se moglo izbjeći drugačijom formulacijom npr. upotrebom termina potomci, preci i supružnik su nužni nasljednici, pored ostalih ili se radi o namjeri zakonodavca da ne prizna vanbračnom partneru pravo na nužni dio čime bi njegova naslednopravna pozicija bila inferiornija od pozicije bračnog supružnika. Mišljenja smo da vanbračni partneri po ispunjenju zakonom predviđenih zakonskih uslova kao i bračni supružnici imaju međusobno zakonsko pravo i kao redovni zakonski nasljednici i kao nužni nasljednici. U prilog racionalnosti i pravičnosti ovakvog stava pomenimo i načelo pravne logike po kome neko ko ima veće pravo samim tim ima i manje pod uslovom da ovo drugo ulazi u sklop ovog prvog (argumentu a maiori ad minus).

Da bi neko lice iz kruga nužnih nasljednika to zaista i postalo potrebno je da ispuni objektivne ili objektivno-subjektivne kriterijume. Vanbračni partner kao nužni nasljednik javlja se kao pripadnik i prvog i drugog nužnog reda, analogno njegovoj poziciji kao redovni zakonski nasljednik. Za svojstvo nužnog nasljednika potrebno je ispunjenje samo objektivnog kriterijuma bez ikakvog dodatnog uslova. To znači da postoji zakonom predviđena veza tog lica sa ostaviocem a to je priznata vanbračna zajednica, da je pozvan po zakonskom redosledu na nasleđe i naravno da ispunjava opšte uslove koji se traže za bilo kojeg nasljednika (da je doživio moment smrti ostavioca, da je dostojan i sposoban, i da se prihvatio nasleđa) pored potmaka, usvojenika i njihovog potomstva, iz prvog nužnog reda i

²⁹ vidi D. Đurđević, op. cit., str. 235; Gavella, Belaj, str. 220. Ista dilema javlja se u hrvatskom zakonu o nasleđivanju čl. 8 i čl. 69 ali je riješena što se vanbračnom partneru priznaje pravo na nužni dio. Neki zakoni izričito određuju da li ili nije vanbračni partner nužni nasljednik npr. u novom kosovskom zakonu o nasleđivanju iz 2004. god. Vanbračni partneri nisu nužni nasljednici čl. 28. st. 2 odredba je preuzeta iz ranijeg zakona ZONSAP Kosova u čl. 20 st. 2 kaže da vanbračni partneri nisu nužni nasljednici; a Zakon o dedovanju Slovenije u čl. 10 da vanbračni partneri imaju međusobno pravo nasleđivanja i kao redovni i kao nužni zakonski nasljednici.

roditelja i usvojioca iz drugog nužnog reda. Vanbračni partner se svrstava u apsolutne nužne nasljednike koji su to isključivo po osnovu objektivnog kriterijuma za razliku od relativnih koji moraju ispuniti objektivno-subjektivni kriterijum a to je pored određene veze sa ostaviocem neophodno je ispunjenje dodatnih uslova a to su; nemanje nužnih sredstava za život i trajna nesposobnost za rad. Relativni nužni nasljednici su braća i sestre ostavioca i djedovi i babe ostavioca). Pradedovi i prababe nisu nužni nasljednici kao pripadnici četvrtog zakonskog naslednog reda.³⁰ Ovakav odnos između redovnog zakonskog reda i nužnog reda protivi se načelu uzajamnosti u nasleđivanju koje se smatra "zlatnim pravilom" "Kako objasniti i kojim argumentima da pravo na nužni dio ima praunuk, čukunuk kao nužni nasljednik a da to pravo nema pradjeda i prababa ostavioca. Smatramo da je rješenje trebalo ići u pravcu usaglašavanja nishodne prave linije sa ushodnom u skladu sa načelom jednakosti krvnih srodnika. Vanbračni partner kao apsolutni nužni nasljednik shodno pravilima o veličini nužnog dijela dobija jednu polovinu zakonskog naslednog dijela bez obzira da li je on pripadnik prvog ili drugog nužnog reda. Njegova pozicija kao nužnog nasljednika načelno gledano je bolja od pozicije roditelja ostavioca koji su takođe apsolutni nužni nasljednici u drugom nužnom redu koji dobijaju jednu trećinu od zakonskog naslednog dijela. Shodno pravilu o fiksnoj diobi i njegov nužni dio je fiksni i zagarantovan je u pogledu veličine i ne zavisi od broja konkurenata na nasleđe u drugom nužnom redu.

U pogledu pravne prirode prava na nužni dio crnogorski zakonodavac se između dva sistema, naslednopravne prirode i obligacionopravne prirode, opredijelio za sistem naslednopravne prirode prava na nužni dio preuzimajući ranije rješenje iz ZON-a CG 1976/78 i SZ iz 1955. godine.³¹ U prisustvu ove koncepcije vanbračni partner može da zahtijeva dio zaostavštine u svojini, tj da učestvuje u diobi zaostavštine in natura tj, da mu pripadne određeni dio stvari ili prava koje čine zaostavštinu čl. 29. U tom slučaju vanbračni partner je univerzalni sukcesor. U istom članu zadržana je mogućnost da zavještalcem odredi da nužni nasljednik visinu i vrijednost nužnog dijela primi u određenim stvarima, pravima i u novcu. To znači da i u crnogorskom zakonu postoji pretpostavka o naslednopravnoj prirodi prava na nužni dio koju može sam zavještalcem u zavještanju da izmjeni u obligacionopravnu prirodu. Vanbračni partner u slučaju izmjenjene pravne prirode u obligacionopravnu nema pravo na realan dio zaostavštine već samo pravo

³⁰ ZON Srbije iz 1995. godine predviđa kao nužne nasljednike sve pretke iz daljih parentela; ZON Hrvatske iz 2003. god samo tri nužna reda čl. 70. st. 1, 2, 3, ZON Slovenije u čl. 25 st 1. 2. 3. predviđa tri nužna reda; ZON Makedonije predviđa dva nužna reda, čl. 30 i st. 1 i 2).

³¹ ZON Srbije iz 1995. je prihvatio oborivu pretpostavku o obligacionoj prirodi nužnog dijela koja se pod određenim uslovima može preinačiti u nasledno pravnu (čl. 43 ZONS). Pravna priroda biće izmjenjena ako sam zavještalcem tako odluči ili ako na zahtjev nužnog nasljednika sam sud odluči a to će biti slučaj ako je nužni nasljednik zivi na poljoprivrednom imanju sa ostaviocem i ako se bavi poljoprivredom.

da zahtijeva određenu sumu novca. Zbog toga on nije univerzalni sukcesor u pravom smislu te riječi već je samo singularni sukcesor. U cilju zaštite prava na nužni dio u slučaju povrede nužnog dijela naslednopravne prirode, vanbračni partner je ovlašćen da podigne posebnu tužbu (*actio supletoria*) u parničnom postupku kojom traži redukciju testamentarnih raspolaganja povraćaj i poklona radi namirenja njegovog nužnog dijela. Smanjenje testamentarnih raspolaganja može se tražiti u roku od tri godine od dana proglašenja testamenta a vraćanje poklona od tri godine, ali od dana smrti ostavioca, odnosno od dana kada je rjesenje o njegovom proglašenju za umrlog, odnosno od kada je rješeno kojim se utvrđuje njegova smrt postalo pravosnažno (čl. 43 ZON CG). Vanbračni partner može biti diskvalifikovan iz nasleđa osim u slučaju nedostojnosti i putem isključenja iz prava na nužni dio. Isključenje može biti potpuno ili djelimično što zavisi od zavještaveoćeve volje. Vanbračni partner kao nužni nasljednik može biti isključen iz nasleđa samo iz razloga koji su u zakonu taksativno nabrojani a to su 1) ako se povredom neke zakonske ili moralne obaveze teže ogriješi prema ostaviocu; 2) ako je sa umišljajem učinio neko teže krivično djelo prema ostaviocu ili njegovom supružniku, djetetu ili usvojeniku ili njegovom roditelju 3) ako se odao neradu ili nepoštenom životu (čl. 44 tačka 1, 2, 3. ZONCG). Stilizacija čl. 44 tačka 2. takođe stvara dilemu da li zakon priznaje vanbračnom partneru svojstvo nužnog nasljednika. Izričitim navođenjem usvojenika pored djece ostavioca a ne navođenjem vanbračnog partnera pored supružnika ostavioca vodi zaključku da nije postojala namjera da se uvrsti u krug nužnih nasljednika.

U oblasti nužnog nasleđivanja u ZONU CG nije bilo nikakvih radikalnih novina izuzev u pogledu razloga za isključenje gdje umjesto ranijeg rešenja koje predviđa četiri razloga sad predviđa tri razloga. Ostaje sporno pitanje za pravnu nauku da li vanbračni partneri ulaze u krug nužnih nasljednika? De lege ferenda ovo pitanje zbog nesumnjivog značaja zašlužuje da bude riješeno na precizan i konzistentan način kako bi se suzio prostor za različita tumačenja i zloupotrebe.

ZAKLJUČAK

Izvršena reforma porodičnog i naslednog zakonodavstva u Crnoj Gori je bila prilika da se statuiraju nove pravne mogućnosti za izjednačavanje pod određenim uslovima vanbračne zajednice sa bračnom. Vanbračna zajednica do sada pravno nepriznata u našem pravu postaje priznata pravnorelevantna činjenica za formulisanje zakonskog naslednog reda. Po osnovu zakonite vanbračne zajednice vanbračni partneri su zakonski nasljednici sa međusobnim naslednim pravom ali pod posebnim zakonskim uslovima. Uslovljenost priznavanjem zakonite vanbračne zajednice ukazuje da nije riječ o neformalnim zajednicama već je riječ o rađanju nove forme a koja se ogleda u samom činu priznavanja sa adekvatnim obimom. U prilog ove tvrdnje je sve prisutniji zahtjev za registraciju vanbrač-

nih zajednica u nekim evropskim zemljama. Jedan od bitnih uslova za priznavanje zakonskog naslednog prava vanbračnih partnera je dužina trajanja vanbračne zajednice za razliku od bračnih partnera kao zakonskih naslednika gdje je taj uslov irelevantan. Dužina trajanja bračne zajednice nije uslov punovažnosti braka i uslov prava na izdržavanje (čl. 262, i 263 PZCG). Vanbračna zajednica kao osnov zakonskog naslednog prava vanbrčnih partnera je heteroseksulna zajednica jer istopolne zajednice nisu dozvoljene u crnogorskom zakonodavstvu.

Specifičnost naslednopravnog položaja vanbračnog partnera kao zakonskog naslednika osim uslovljenosti kod priznavanja svojstva zakonskog naslednika je i okolnost da je on pripadnik i prvog i drugog naslednog reda i što njihov nasledni dio može biti smanjen ili povećan zavisno od činjenica; sa kim konkuriše na nasleđe, njegovih socijalnih prilika i ostalih naslednika i sposobnosti za rad. Zavisno od ovih okolnosti može da nasleđuje u svojini I tada ima status univerzalnog sukcesora ili je titular doživotnog uživanja (plodouživanja) i tada je singularni sukcesor. Na taj način, pozicija vanbračnog partnera se poboljšava u smislu individualizacije i konkretizacije prema okolnostima datog slučaja, i na cjelishodniji i efikasniji način se ostvaruje poštovanje posebnih prilika. Međutim, kad je riječ o vanbračnom partneru kao nužnom nasledniku zakonodavac je ostao nedorečen u smislu da pominje usvojenika i usvoioaca kao nužne naslednike a ne pominje vanbračnog druga. Da se izbjegnju sporna pitanja i dileme do kojih može da dođe u praksi bilo bi neophodno izričito predvidjeti da vanbračni partneri ulaze u krug nužnih naslednika.

Crnogorski zakonodavac osim suštinskog izjednačavanja vanbračne zajednice sa brakom u čl. 9 st.2 to čini i terminološki pa za vanbračnog partnera upotrebljava termin vanbračni supružnik a što nije u duhu vremena i ne odgovara pravoj prirodi, suštini ove zajednice i što je termin supružnik preuzet iz crkvenog staroslovenskog jezika.³² Zakonodavac bi morao terminologiju da uskladi sa jezičkim pravilima i da upodobi sa porodičnopravnom terminologijom.

Normirana jednakost vanbračnih partnera kao zakonskih naslednika sa bračnim supružnicima je značajna novina na planu nasleđivanja ali i ne originalnost ovog teksta jer su po inerciji preuzete zakonske odredbe zakona u okruženju (Slovenije i Hrvatske) ne vodeći pri tom računa o crnogorskoj realnosti. Na društvenoj sceni Crne Gore danas paralelno egzistiraju brak i konkubinac kao kratkotrajna zajednica života muškarca i žene, tj. probni brak sa izraženom tendencijom učvršćenja braka sve češćim zaključenjem crkvenog braka a manje je prisutna vanbračna zajednica u smislu kako je zakon definiše što bi jedna produbljenija analiza pokazala. Više je izraz savremenih tendencija demokratskih društava izraženih u međunarodnim aktima o ljudskim pravima i preporukama i rezolucijama EU

³² Bračni pravilnik Srpske pravoslavne Crkve iz 1933. godine, O. Antić, Z. M. Balinovac, Komentar zakona o nasleđivanju, Beograd, 1996, str. 25.

i Savjeta Evrope. Iz tih razloga da bi se izbjegle zloupotrebe trebalo bi da se predvide precizni kvalifikacioni uslovi i rokovi npr. određivanje donje minimalne granice u pogledu trajanja vanbračne zajednice (3, 5 godina) u kombinaciji sa činjenicom imanja ili nemanja djece u toj zajednici. Dobra strana ovako koncipiranog zakonskog rešenja, kojem se može prigovoriti krutost, formalizam i problem tkz. graničnih slučajeva, jeste što ono doprinosi poštovanju principa pravne sigurnosti i olakšava funkciju suda pri utvrđivanju činjenice postojanja vanbračne zajednice u cilju njenog priznavanja.

Priznanje naslednog prava vanbračnim partnerima udovoljilo se zahtjevima demokratskog društva koje ne smije da stavlja u inferiorniji položaj faktički odnos između muškarca i žene u odnosu na brak iz prostog razloga što je faktički odnos glavna sadržina bračnog odnosa bez koga bi ovaj bio fikcija, forma bez sadržine. U tom smislu, priznavanje vanbračne zajednice ima značaj i kao mjera u sprečavanju sklapanja formalnih brakova.

LJILJANA KADIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Montenegro

THE LEGAL POSITION OF COHABITEES AS LEGAL HEIRS ACORDING TO THE LAW ON INHERITANCE IN MONTENEGRO

Summary

The reform of family and inheritance legislation in Montenegro was an opportunity to set new legal possibilities for equalization under certain conditions extramarital relationship with a spouse. Extramarital community, so far legally not recognized in our law, becomes recognized legal fact for the formulation of the legal order of succession. By lawful extramarital cohabitation, extramarital partners are the legal heirs with mutual inheritance law but under separate legal conditions. Conditionality by recognizing the legitimate extramarital cohabitation indicates that it is not about extramarital cohabitation but it is about creation new forms and that is reflected in the act of recognition with adequate volume. The requirement for the registration of extramarital cohabitation in some European countries is more present. One of the important conditions for the recognition of legal inheritance law extramarital partners is the duration of extramarital cohabitation unlike marriage partners as legal heirs in which that condition is irrelevant. The duration of the marriage is not a request of validity of marriage and the condition of the right for alimention (Art. 262, AND 263 PZCG). Montenegrin legislator except substantial equalization of extramarital community with marriage in Article 9, paragraph 2, that does terminologically and for extramarital partner uses the term extramarital spouse and that's not in spirit of the time and does not correspond to the real nature and essence of this cohabitation, and that term, spouse, has been taken from old church Slavic language. Legislator would have to adjust the terminology with languages rules and to adjust it with the family law terminology. The specificity of legal inheritance position of extramarital part-

ner as the legal successor, except conditionality in recognition the feature of legal successor and circumstance that he is a member of the first and second order of succession and that their hereditary portion can be reduced or increased depending on these facts: with whom competes in heritage, his social conditions and social conditions of other heirs and, their ability to work. Depending on these circumstances extramarital partner can inherit property and then has the status of universal successor or is a titular lifelong enjoyment (*usufructus*), and then is the singular successor. On that way, position of extramarital partner is improving, in sense of individualization and concretization according to the circumstances of the given case, and the more expedient and efficient way for the respect of special circumstances. However, when it comes to extramarital partner as a necessary successor, legislator has remained incomplete in the sense that he is mentioning an adoptee and adopter like necessary heirs but not mentioning extramarital partner. To avoid doubtful issues and dilemmas that may happen in practice it would be necessary to expressly predict that extramarital partners get into the group of first line successor.

Standardized equality of extramarital partners as the legal successor with the married partner is a significant innovation in the field of inheritance but not the originality of this article, because by the inertia has been assumed legal provisions of the laws from the countries of the region (Slovenian and Croatian) without taking into account the Montenegrin reality. On the social scene in Montenegro today parallel exist marriage and concubinage as short life community of man and woman, namely. trial marriage, with a tendency of fixing marriage with more frequent conclusion of holy matrimony and less present extramarital cohabitation in terms of how the law defines as a profound analysis shown. It is more an expression of modern tendencies of democratic societies expressed in Inter- national laws on human rights and the recommendations and resolutions of the EU and Council Europe. From these reasons, in order to avoid abuses, legislator should provide precise qualification requirement and deadlines e.g. determination of the minimum boundaries in terms of the duration of extramarital cohabitation (3, 5 years) combined with the fact estates or childlessness in the community. The good side of this conceived legal solution, which may object with rigidity, formalism and the problem of so-called. borderline cases, corresponds with time dynamics, is that it contributes to the respect of the principles of legal security and facilitates the function of the court in determining the fact of the existence of extramarital cohabitation to its recognition. Extramarital cohabitation as the basis of the legal inheritance law extramarital is heterosexual community because same-sex unions are not allowed in the Montenegrin legislation.

Recognition of inheritance law extramarital partners met the requirements of a democratic society that that should be placed in an inferior position factual relationship between men and women in relation to marriage for the simple reason that the factual relationship the main content of the marital relationship without which this is a fiction, a form without content. In this respect, the recognition of extramarital cohabitation, marriage has significance as a measure to prevent the conclusion of formal marriages.

NATAŠA STOJANOVIĆ

POSTUPAK ZA SASTAVLJANJE SUDSKOG ZAVEŠTANJA I NOVELIRANI ZAKON O VANPARNIČNOM POSTUPKU REPUBLIKE SRBIJE

U V O D

U pravu Republike Srbije, sudsko zaveštanje jeste jedan od devet oblika zaveštanja kojim zaveštalac može raspolagati svojom imovinom *mortis causa*.¹ Sudsko zaveštanje, kao redovni, pismeni i javni oblik zaveštanja regulisan je Zakonom o nasleđivanju,² i ova pravila analogno se primenjuju kod sastavljanja konzularnog, vojnog i brodskog zaveštanja.³ Sam postupak sastavljanja sudskog zaveštanja uređen je Zakonom o vanparničnom postupku Republike Srbije.⁴

Dr Nataša Stojanović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad je rezultat istraživanja na projektu "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru" (br. 179046), koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

¹ O oblicima zaveštanja u srpskom pravu, detaljno videti, na primer kod: N. Stojanović, *Nasledno pravo*, Niš, 2011, str. 206–227.

² Videti: čl. 86–90 Zakona o nasleđivanju ("Službeni glasnik RS", br. 46/1995, 101/2003 i 6/2015).

³ Videti: čl. 91, čl. 108, st. 1 i čl. 109, st. 1 Zakona o nasleđivanju Republike Srbije.

⁴ Videti: čl. 183 Zakona o vanparničnom postupku ("Službeni glasnik SRS", br. 24/1982, 48/1987; "Službeni glasnik RS", br. 46/1995 – drugi zakon, 18/2005 – drugi zakon, 85/2012, 45/2013 – drugi zakon, 55/2014 i 6/2015).

Postupak za sastavljanje sudskog zaveštanja pripada grupi imovinsko-pravnih vanparničnih postupaka,⁵ i za njega, po pravilu, važe pravila koja se odnose na sastavljanje isprava.⁶

Budući da su novele Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije iz 2014. i 2015. godine predvidele, u odnosu na izvornik, unekoliko drugačija rešenja za sastavljanje sudskog zaveštanja, ovim radom činimo pokušaj da osvetlimo njihov smisao i svrhu unošenja u zakonski tekst, kao i da ukažemo na prednosti i nedostatke ovih pravila sa aspekta primenljivosti u praksi.

Pravila koja se primenjuju za sastavljanje sudskog zaveštanja

Novelirani Zakon o vanparničnom postupku Republike Srbije unosi značajnu novinu u naš pravni milje, kada je reč o sastavljanju i potvrđivanju isprava. Naime, sudovi koji su posebnim zakonima, do početka primene Zakona o javnom beležništvu,⁷ 1. septembra 2014. godine, bili ovlašćeni za ove vanparnične procesne radnje, ustupaju mesto javnim bležnicima.⁸

Prema noveliranom Zakonu o vanparničnom postupku Republike Srbije, za sastavljanje sudskog zaveštanja primenjuju se pravila koja važe za sastavljanje isprava, osim ako ovim zakonskim tekstom ili zakonom kojim se reguliše ustanova nasleđivanja nije nešto drugo određeno. Dakle, u odnosu na izvorni tekst Zakona o vanparničnom postupku, novina se ogleda u tome da prvenstvo u primeni ima Zakon o nasleđivanju, a tek onda i odgovarajuće odredbe Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.⁹

⁵ Osim postupaka koji su u vezi sa ispravama, u ovu grupu vanparničnih postupaka spadaju: postupak za raspravljavanje zaostavštine (čl. 87–131 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije) postupak za određivanje naknade za eksproprisanu nepokretnost (čl. 132–140 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije), postupak za uređenje upravljanja i korišćenja zajedničke stvari (čl. 141–147 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije), postupak za deobu zajedničke stvari ili imovine (čl. 148–154 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije), postupak za uređenje međa (čl. 155–163 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije) i sudski depozit (čl. 211–224 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije). O ovim postupcima opširnije videti kod: G. Stanković, Lj. Mandić, *Vanparnično procesno pravo*, Kosovska Mitrovica, 2013, str. 222–280.

⁶ Videti: čl. 166–182 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

⁷ "Službeni glasnik RS", br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – drugi zakon, 93/2014 – drugi zakon, 121/2014 i 6/2015.

⁸ Videti: čl. 58 (s2), samostalni članovi Zakona o izmenama i dopunama Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

⁹ Uporediti: čl. 175 izvornog Zakona o vanparničnom postupku sa čl. 183, st. 2 noveliranog Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

Poštujući ovaj sled stvari, proističe da je sastavljanje sudskog zaveštanja, logično, u nadležnosti sudova, iako, je, ponavljamo, prema noveliranom Zakonu o vanparničnom postupku za sastavljanje isprava, po pravilu, nadležan javni beležnik.¹⁰

Radnje koje se preduzimaju prilikom sastavljanja sudskog zaveštanja

Sudsko zaveštanje, prema Zakonu o nasleđivanju, sastavlja se, uvažavajući odredbe Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije koje se odnose na sačinjavanje isprava.¹¹ Dakle, sudija nadležnog suda (a to je jedino osnovni sud), pre nego što započne sa sastavljanjem sudskog zaveštanja, treba da utvrdi identitet zaveštaoca.¹² On se, prema slovu noveliranog Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije, može utvrditi samo na dva načina: putem odgovarajuće isprave (lične karte,¹³ pasoša,¹⁴ vozačke dozvole, ili nekog drugog dokumenta sa fotografijom), koja ne mora biti važeća (barem, prema slovu zakona, *primedba autora*)¹⁵ ili saslušanjem svedoka identiteta.¹⁶

U odnosu na izvornu verziju Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije, dakle, pojednostavljen je postupak utvrđivanja identiteta zaveštaoca,¹⁷ jer se on više ne može utvrditi tako što sudija poznaje zaveštaoca, lično i po imenu,¹⁸ čime se, s jedne strane, sprečavaju moguće dileme oko ovog načina utvrđivanja

¹⁰ Videti: čl. 164, st. 1 i 2 Zakona o vanparničnom postupku. Isto rešenje sadržano je i u čl. 86 Zakona o nasleđivanju Republike Srbije.

¹¹ Videti: čl. 86 Zakona o nasleđivanju, u vezi sa čl. 166–182 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

¹² Videti: čl. 87, st. 1 Zakona o nasleđivanju i čl. 167, st. 1 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

¹³ Zakon o nasleđivanju u Federaciji Bosni i Hercegovini (“Službene novine FBiH”, br. 80/2014. Dostupan na: <http://www.fbihvlada.gov.ba>) spominje samo ovu ispravu kojom se može dokazati identitet zaveštaoca. Videti: čl. 182 ovog zakonskog teksta.

¹⁴ U hrvatskom pravu, za utvrđivanje identiteta zaveštaoca mogu se koristiti samo lična karta i pasoš. Videti: čl. 149, st. 2 Zakona o nasleđivanju Hrvatske (“Narodne novine”, br. 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013 i 33/2015. Dostupan na: <http://www.narodne-novine.nn.hr>).

¹⁵ O opravdanosti utvrđivanja identiteta stranaka i putem nevažećih službenih dokumenata videti: D.Đurđević, *Utvrdjivanje identiteta učesnika u postupku sastavljanja notarske isprave*, Pravni život, tematski broj “Pravo i odgovornost”, tom IV, br. 12/2011, str. 73.

¹⁶ Videti: čl. 168, st. 1 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

¹⁷ Videti: čl. 167, st. 2 izvornog teksta Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

¹⁸ Novelirani Zakon o vanparničnom postupku Republike Srbije utvrđivanje identiteta “lično i po imenu” propisuje, kao mogućnost, samo za sudskog prevodioca i sudskog tumača. Videti: čl. 177, st. 2 i čl. 178, st. 3 ovog zakonskog teksta.

identiteta (primera radi, koliko dugo treba da traje poznanstvo između sudije i zaveštaoca, da li je ovaj način utvrđivanja identiteta ostvaren kada se prilikom sastavljanja zaveštanja upoznaju sudija i zaveštalac, i slično)¹⁹ i eventualne zloupotrebe u vezi sa ovim pitanjem od strane sudija koje učestvuju u sastavljanju sudskog zaveštanja.²⁰ S druge strane, sa ovom promenom usložnjava se utvrđivanje identiteta zaveštaoca, utoliko više, ako su on i sudija, u dužem vremenskom periodu, u socijalnom kontaktu.

Takođe, više ne postoji, ni kao solucija, utvrđivanje identiteta zaveštaoca putem javne isprave sa fotografijom i potvrđivanje istog izjavom jednog svedoka,²¹ budući da je ono anulirano utvrđivanjem njegovog identiteta putem odgovarajućeg službenog dokumenta. U praksi može biti problematično sastavljanje sudskog zaveštanja od strane zaveštaoca koji ima navršenih 15 i više godina života, ali nije punoletan, a pritom nema nijedan od navedenih službenih dokumenata sa fotografijom za utvrđivanje identiteta. Za ovakve slučajeve, iz razloga olakšanja pravnog saobraćaja, trebalo bi ići na rešenje da se identitet utvrđuje putem javne isprave, bez fotografije, čija sadržina pruža relevantne podatke o datom licu uz posvedočenje jednog svedoka identiteta (na primer, izvod iz matične knjige rođenih, izvod iz matične knjige venčanih, uverenje o državljanstvu).²²

Novelirani Zakon o vanparničnom postupku Republike Srbije, u odnosu na njegovu izvornu verziju, izričito predviđa da u položaju svedoka identiteta mogu biti sva punoletna lica koja su sposobna da pruže potrebne podatke o identitetu zaveštaoca.²³ ²⁴ Diskutabilno je, međutim, koliko se vere može pokloniti ovom

¹⁹ Predočene, ali i druge dileme već su bile predmet pažnje u austrijskoj pravnoj teoriji. Videti kod: D. Đurđević, *op. cit.*, str. 66–67 i tamo navedenu literaturu.

²⁰ Ovaj vid utvrđivanja identiteta zaveštaoca regulišu: čl. 152, st. 1 Zakona o nasljeđivanju Republike Slovenije (Zakon o dedovanju, "Uradni list SRS", br. 15/76, 23/78; "Uradni list RS" 17/91, 13/94, 82/94, 117/00, 67/01, 83/01, 73/04 i 31/2013. Dostupan na: <http://www.zakonodaja.gov.si>); čl. 149, st. 1 Zakona o nasljeđivanju Republike Hrvatske; čl. 254, st. 2 Zakona o vanparničnom postupku Republike Makedonije (Zakon za vonparnična postapka, "Služben vesnik na RM", br. 9/2008. Dostupan na: <http://www.pravo.org.mk>); čl. 192, st. 2 Zakona o vanparničnom postupku Republike Crne Gore ("Službeni list RCG", br. 27/2006. Dostupan na: <http://www.sluzbenilist.me>) i čl. 182, st. 1 Zakona o nasljeđivanju u Federaciji Bosni i Hercegovini.

²¹ Takvo rešenje je, recimo, sadržano u čl. 254, st. 3 Zakona o vanparničnom postupku Republike Makedonije.

²² Isto rešenje, primera radi, propisuje par. 55, st. 1, tač. 3 Zakon o notarima Republike Austrije (Notariatsordnung, RGBl. Nr. 75/1871, BGBl. I Nr. 190/2013).

²³ Videti: čl. 169, st. 1 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

²⁴ Iako se Zakon o javnom beležništvu Republike Srbije nije izjašnjavao po tom pitanju, u pravnoj literaturi je slovo zakona tumačeno tako da svedoci identiteta moraju zadovoljiti sve kvalitete kao i pozvani svedoci. Opširnije o tome, videti kod: D. Đurđević, *op. cit.*, str. 71–72.

dokaznom sredstvu, buduću da se za utvrđivanje njihovog identiteta (kao uostalom i identiteta zaveštaoca), ne traži postojanje važećeg službenog dokumenta.²⁵

Nemogućnost dokazivanja identiteta na propisane načine, ima za posledicu odbijanje sastavljanja zaveštanja od strane sudije. Isto važi i ukoliko sudija, na osnovu raspoloživih podataka, ne stekne uverenje da je zaveštalcem lice za koje se izdaje.²⁶

Pored identiteta, na sudiji, koji sastavlja zaveštanje, je da utvrdi sposobnost za izjavljivanje poslednje volje zaveštaoca. Novelirani Zakon o vanparničnom postupku Republike Srbije kaže da se utvrđuje poslovna sposobnost,²⁷ što nije precizno, ni tačno, jer zaveštajna sposobnost i poslovna sposobnost ne označavaju isti pravni fenomen.²⁸ Ipak, u odnosu na izvornu verziju Zakona o vanparničnom postupku, koji je predviđao da se mora utvrditi i postojanje pravne sposobnosti²⁹ (što je besmisleno, *primedba autora*) i odredbe Zakona o javnom beležništvu Republike Srbije koje su propisivale da zaveštalcem mora da ima, pored stranačke i parničnu sposobnost³⁰ (što je pravno nelogično i neodrživo, *primedba autora*), ovo je, donekle, bolje rešenje, ali zahteva preciznost u vidu formulacije "sposobnost za sačinjavanje pravnog posla".

Naš pravni sistem reguliše samo sudsko zaveštanje koje se sastavlja prema usmenom kazivanju zaveštaoca.^{31 32}

Dužnost je sudije, prilikom sastavljanja sudskog zaveštanja, da verno formuliše izjavu poslednje volje zaveštaoca, po mogućnosti njegovim rečima,³³ i da proveri da li sadržina zaveštanja nije u suprotnosti sa prinudnim propisima, jav-

²⁵ Videti: čl. 169, st. 2 noveliranog Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije. Za razliku od toga, domaći Zakon o javnom beležništvu propisivao je da svedoci identiteta moraju da imaju važeće službene dokumente. Videti: čl. 74, st. 2 ovog zakonskog teksta.

²⁶ Videti: čl. 170 noveliranog Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

²⁷ Videti: čl. 167, st. 1 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

²⁸ O tome opširnije, videti kod: N. Stojanović, Z. Ćirić, *Pravni i psihijatrijski aspekt zaveštajne sposobnosti*, Zbornik radova "Aktuelne tendencije u razvoju i primeni evropskog kontinentalnog prava", sv. 2, Niš, 2010, str. 55–60.

²⁹ Videti: čl. 171, st. 1 izvornog teksta Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

³⁰ Videti: čl. 72 Zakona o javnom beležništvu Republike Srbije.

³¹ Videti: čl. 87, st. 1 Zakona o nasleđivanju i čl. 183, st. 1 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

³² Za razliku, recimo, od Austrijskog građanskog zakonika (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch iz 1811. godine, JGS Nr. 946/1811, zaključno sa izmenama i dopunama od 21. januara 2015. godine, BGBl. I Nr. 25/2015) koji reguliše pismeno sudsko (par. 587) i usmeno sudsko zaveštanje (par. 588). Takođe, videti: čl. 148, st. 2 Zakona o nasleđivanju Republike Hrvatske.

³³ Videti: čl. 171, st. 2 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

nim poretkom i dobrim običajima.³⁴ Ako jeste, sudija je dužan da odbije sastavljanje zaveštanja.³⁵ U situaciji da zaveštanje ima nejasne, nerazumljive ili dvosmislene odredbe, koje bi u budućnosti mogle da dovedu do parnice, sudija je dužan da zaveštaoca na sve te okolnosti upozori i unese u zapisnik izneta upozorenja. Ukoliko zaveštalac nije saglasan da se u zapisnik unesu data upozorenja, onda, prema slovu noveliranog Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije, sudija je dužan da odbije sastavljanje zaveštanja.³⁶

Izmene i dopune Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije, izvršene početkom 2015. godine, više ne predviđaju dužnost sudije da proveri da je volja zaveštaoca za sastavljanje zaveštanja ozbiljna i slobodna.³⁷ Smatramo da ovakvo rešenje ide direktno na uštrb pravne sigurnosti, i da je bilo uputno barem zadržati pravilo da je sudija dužan da upozori zaveštaoca na to kakve kvalitete njegova volja za sastavljanje zaveštanja mora da ima, da bi bila validna za pravni promet.

Ono što se, sasvim sigurno, moglo smatrati nedostatkom noveliranog Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije iz 2014. godine jeste da nije sadržavao odredbu da je sudija dužan zaveštaocu da objasni smisao zaveštanja kao pravnog posla *mortis causa* i pravne posledice koje će ono proizvesti, osim onoga što se odnosi na nužni deo.³⁸ Izmene Zakona o vanparničnom postupku, izvršene 2015. godine, otklanjaju navedeni nedostatak, propisivanjem tog uputstva.³⁹

Iako novelirani Zakon o vanparničnom postupku propisuje da se isprava čita učesniku postupka (samo nije navedeno ko je čita, *primedba autora*),⁴⁰ prema Zakonu o nasleđivanju Republike Srbije, koji ovde ima prioritet u primeni, pravilo je da sam zaveštalac čita zaveštanje, ako je to u stanju da učini.⁴¹ U suprotnom, zaveštanje mu čita sudija, u prisustvu dva svedoka.⁴² Prioritet u primeni Za-

³⁴ Videti: čl. 172, st. 1 noveliranog Zakona o vanparničnom postupku. Isto i čl. 172, st. 1 izvornog teksta Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

³⁵ Videti: čl. 172, st. 2 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

³⁶ Videti: čl. 172, st. 3 i 4 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije. Isto rešenje bilo je sadržano u čl. 80, st. 2 Zakona o javnom beležništvu Republike Srbije.

³⁷ Videti: čl. 172, st. 1 izvornog teksta Zakona o vanparničnom postupku i čl. 172, st. 1–3 njegove novelirane verzije iz 2014. godine.

³⁸ Da podsetimo, takvu odrebu imao je izvorni tekst Zakona o vanparničnom postupku (čl. 172, st. 2), ali i Zakona o javnom beležništvu Republike Srbije (čl. 80, st. 1).

³⁹ Videti: čl. 172, st. 1 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

⁴⁰ Videti: čl. 173, st. 1 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

⁴¹ Videti: čl. 87, st. 2 Zakona o nasleđivanju Republike Srbije.

⁴² Videti: čl. 88, st. 1 Zakona o nasleđivanju Republike Srbije.

kona o nasleđivanju, u vezi sa ovim pitanjem, mora doći do punog izražaja i u situaciji da je zaveštalac nemo, ali pismeno lice,⁴³ budući da ono zaveštanje može u sebi pročitati, i u pisanoj formi potvrditi da je njegova izjava poslednje volje ver-
no uneta.⁴⁴ Posle čitanja zaveštanja, zaveštalac mora da dà izjavu da je njegova vo-
lja o rasporedu zaostavštine verno uneta.⁴⁵

Ukoliko je zaveštalac pismen, ali nije u stanju da se potpiše, ili je nepismen, Zakon o nasleđivanju Republike Srbije propisuje da on mora na zaveštanje stavi-
ti svoj rukoznak.⁴⁶ Budući da domaći Zakon o vanparničnoj proceduri propisuje
da se svaka isprava, uključujući dakle i sudsko zaveštanje, sastavlja tako da se is-
poštuju propisi koji uređuju formu javnobeležničkog zapisa,⁴⁷ proističe da zave-
štalac, u takvoj situaciji, mora da stavi otisak prsta u prisustvu dva tzv. svedo-
ka potpisa, koji moraju da zadovolje kvalitete: punoletstva, poslovne sposobnosti
(nije precizirano da li se zahteva potpuna poslovna sposobnost, *primedba auto-
ra*) i pismenosti.⁴⁸ Novelirani Zakon o vanparničnom postupku Republike Srbi-
je bliže određuje redosled prstiju desne ruke čiji se otisak može upotrebiti ume-
sto potpisa. U prvom redu, to je kažiprst, a ako njega nema, srednji prst, potom
prstenjak, mali prst i na kraju palac desne ruke. Ako zaveštalac nema desnu ruku,
onda će se na ispravi staviti, prema utvrđenom redosledu, otisak nekog od prstiju
sa leve ruke. Ukoliko zaveštalac nije u stanju da na zaveštanje stavi otisak nekog
od svojih prstiju, onda zaveštanje potpisuje jedan od svedoka.⁴⁹ Zakon, međutim,
bliže ne pojašnjava koji se svedok ima u vidu, budući da prisustvo zaveštajnih sve-
doka, pa i svedoka identiteta, kod sudskog zaveštanja, nije uvek neophodno.

U odnosu na Zakon o nasleđivanju, koji propisuje da zaveštalac prvo stav-
lja svoj potpis ili rukoznak, pa onda sudija unosi klauzulu kojom potvrđuje koje
su sve radnje preduzete, u toku sastavljanja zaveštanja, i na šta je on zaveštaoca
upozorio,⁵⁰ novelirani Zakon o vanparničnom postupku Republike Srbije menja
redosled stvari, insistirajući na tome da se svi ovi podaci unose iznad potpisa za-

⁴³ Videti: čl. 174, st. 1 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

⁴⁴ Takvo rešenje propisivala je i izvorna verzija Zakona o javnom beležništvu Republike Sr-
bije. Videti: čl. 76, st. 1 i 2 ovog zakonskog teksta. Takođe videti: čl. 52, st. 2 Zakona o notarijatu Re-
publike Makedonije (Zakon za notarijatot, "Služben vesnik na RM", br. 55/2007, 86/2008, 139/2009 i
135/2011).

⁴⁵ Videti: čl. 173, st. 2 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

⁴⁶ Videti: čl. 88, st. 1 Zakona o nasleđivanju Republike Srbije.

⁴⁷ Videti: čl. 171, st. 3 ovog zakonskog teksta.

⁴⁸ Videti: čl. 68, st. 6 Zakona o javnom beležništvu Republike Srbije.

⁴⁹ Videti: čl. 179, st. 1–3 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

⁵⁰ Videti: čl. 87, st. 2 i čl. 88, st. 3 Zakona o nasleđivanju Republike Srbije.

veštaoca.⁵¹ Budući da oba rešenja važe, plašimo se da će njihova primena produkovati šarolikost u praksi, prilikom sastavljanja sudskog zaveštanja.

Subjekti koji mogu učestvovati u postupku sastavljanja sudskog zaveštanja

Osim svedoka identiteta, u postupku sastavljanja zaveštanja mogu učestvovati i zaveštajni svedoci.⁵² Njihovo prisustvo, kako je već rečeno, potrebno je ako zaveštalac nije u stanju da pročita zaveštanje. Prema Zakonu o nasleđivanju Republike Srbije, za zaveštajne svedoke zahteva se da budu punoletni, potpuno poslovno sposobni, pismeni i da znaju jezik na kome se zaveštanje sastavlja.⁵³ Novelirani Zakon o vanparničnom postupku Republike Srbije predviđa sve navedene uslove, ali nesistematski, budući da se navedeni uslovi nalaze u različitim članovima.⁵⁴ Ovaj zakonski tekst (kako izvorna, tako i novelirana verzija), sasvim opravdano, određuje dodatne uslove za zaveštajne svedoke, propisujući da oni moraju poznavati jezik zaveštaoca, ako ovaj ne zna službeni jezik suda ili, ako zaveštalac nije u stanju da čuje i čita, mogućnost da se sa njim sporazumeju.⁵⁵

Prema slovu zakona, identitet zaveštajnih svedoka, za razliku od identiteta zaveštaoca i identiteta svedoka koji potvrđuju njegov identitet,⁵⁶ može biti utvrđen jedino na osnovu važećeg službenog dokumenta sa fotografijom.⁵⁷

U odnosu na Zakon o nasleđivanju koji, kada je u pitanju sudsko zaveštanje, spominje prisustvo dva zaveštajna svedoka, u situaciji da zaveštalac nije u stanju da ga pročita,⁵⁸ novelirani Zakon o vanparničnom postupku Republike Srbije propisuje, kod sastavljanja isprava, prisustvo jednog svedoka, kada učesnik postupka nije u stanju da govori ili nije u stanju da čuje, a pismen je. Da li se ova pravila mogu primenjivati i u slučaju sastavljanja sudskog zaveštanja? Činjenica je da Zakon o nasleđivanju ovakve slučajeve decidirano ne reguliše, pa bi bilo osno-

⁵¹ Videti: čl. 173, st. 4 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

⁵² Zakon o vanparničnom postupku Republike Srbije za njih upotrebljava izraz "pozvani svedok".

⁵³ Videti: čl. 112, st. 2 Zakona o nasleđivanju Republike Srbije.

⁵⁴ Videti: čl. 177, st. 1, čl. 178, st. 2 i čl. 182, st. 2 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

⁵⁵ Videti: čl. 177, st. 1 i čl. 178, st. 2 noveliranog Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije. Takođe, videti: čl. 170 izvorne verzije ovog zakonskog teksta.

⁵⁶ Isto rešenje prihvaćeno je, kada se utvrđuje identitet sudskog prevodioca i sudskog tumača. Videti: čl. 177, st. 2 i čl. 178, st. 3 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

⁵⁷ Videti: čl. 182, st. 1 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

⁵⁸ Videti: čl. 88 Zakona o nasleđivanju Republike Srbije.

va za primenu ovih rešenja i u postupku sastavljanja sudskog zaveštanja. Ono što je nejasno, čime se to srpski normotvorac rukovodio kada je predvideo prisustvo jednog svedoka u propisanim slučajevima? Da li su te situacije manje pravno nezvesne u odnosu na one kada se zahteva prisustvo dva svedoka? Da li se na taj način otklanja mogućnost eventualnih zloupotreba? Mislimo da se i na jedno i na drugo pitanje može odrečno odgovoriti i da je bilo izlišno propisivati različit broj svedoka u postupku sastavljanja isprava.⁵⁹

Kako je već rečeno, novelirani Zakon o vanparničnom postupku Republike Srbije propisuje da se na sastavljanje sudskog zaveštanja, u prvom redu, primenjuju pravila sadržana u Zakonu o nasleđivanju, što dalje znači da će se krug subjekata koji ne mogu biti u položaju zaveštajnih svedoka određivati prema tom Zakonu.

Ono što je vidljivo, bez dublje analize, jeste da se rešenje u vezi sa ovim pitanjem, sadržano u izvornoj verziji Zakona o nasleđivanju, ne poklapa sa onim sadržanim u noveliranim naslednopravnim propisima. Naime, izvorni tekst Zakona o nasleđivanju propisuje da u položaju zaveštajnih svedoka ne mogu biti: svi krvni i građanski potomci zaveštaoca, njegovi preci i usvojioci, srodnici u pobočnoj liniji, zaključno sa četvrtim stepenom srodstva, supružnici svih ovih lica, kao i supružnik zaveštaoca.⁶⁰ Novelirani čl. 113, st. 1 ovog Zakona, pak, iz ove formulacije briše bračne drugove svih pobrojanih lica, osim zaveštaoca, a dodaje njegove tazbinske srodnike, zaključno sa drugim stepenom srodstva, bivšeg supružnika, vanbračnog partnera, bivšeg vanbračnog partnera, staraoca, bivšeg staraoca, štićenika ili bivšeg štićenika. Pretpostavljamo da se na ovakvu izmenu i dopunu slova zakona srpski normotvorac odlučio sa ciljem da iz sfere uticaja na zaveštaoca "eliminiše" sva lica koja su povezana sa njim određenim bliskim sponama. Nepoznanica je, međutim, zašto su iz istog kruga isključeni supružnici većine srodnika zaveštaoca, pobrojani u izvornoj verziji, kada i oni mogu, neposredno ili posredno, u znatnoj meri uticati na volju zaveštaoca o rasporedu zaostavštine.⁶¹

⁵⁹ Primera radi, prisustvo dva svedoka zahteva se u svim navedenim slučajevima u hrvatskom i crnogorskom pravu. Videti: čl. 150 Zakona o nasleđivanju Republike Hrvatske i čl. 193 Zakona o vanparničnom postupku Republike Crne Gore. Makedonski zakonodavac za ove situacije predviđa učešće najmanje dva svedoka. Videti: čl. 255 Zakona o vanparničnom postupku Republike Makedonije. Prisustvo dva zaveštajna svedoka propisuju slovenačko i pravo Federacije Bosne i Hercegovine, u slučaju da je zaveštalac nem ili da ne zna službeni jezik. Videti: čl. 154, st. 2 Zakona o nasleđivanju Republike Slovenije i čl. 185, st. 2 Zakona o nasleđivanju u Federaciji Bosni i Hercegovini.

⁶⁰ Videti: čl. 113, st. 1 Zakona o nasleđivanju Republike Srbije.

⁶¹ U Republici Hrvatskoj, takođe, postoje dileme u pogledu kruga subjekata koji bi ili ne bi trebalo da budu zaveštajni svedoci. O tome opširnije videti kod: J. Crnić, M. Dika, B. Hrvatin, O. Jelčić, T. Josipović, J. Matko Ruždjak, Z. Koharić, *Novo naslednopravno uređenje*, Zagreb, 2003, str. 75–76.

Ono što je nejasno, jeste činjenica čime se to srpski zakonopisac rukovodio kada je predvideo različita rešenja, sadržana u Zakonu o nasleđivanju i Zakonu o vanparničnom postupku, u pogledu subjekata koji ne mogu biti svedoci prilikom sastavljanja zaveštanja, odnosno drugih isprava?⁶² Da podsetimo, važeći naslednopravni propisi određuju da u položaju zaveštajnih svedoka ne mogu biti sva gore pobrojna lica, koja su sa zaveštaocem bila ili jesu u određenom pravom uređenom odnosu. Novelirani propisi o vanparničnoj proceduri idu šire, propisujući da se ova zabrana tiče navedenih subjekata, ali posmatrano kako u odnosu na zaveštaoca, tako i u odnosu na sudiju.⁶³ Osim toga, novelirani Zakon o vanparničnoj proceduri nedvosmisleno zabranjuje da se u svojstvu svedoka nađe lice koje bi imalo neke koristi od sačinjene isprave,⁶⁴ dok Zakon o nasleđivanju takvu zabranu ne propisuje, već predviđa ništavost odredbe u zaveštanju kojom se nešto ostavlja zaveštajnom svedoku, njegovom supružniku, precima, potomcima, braćama i sestrama.⁶⁵ Ovako postavljena stvar, plašimo se, može biti okidač za različito postupanje sudija, ali i javnih beležnika, kada budu sastavljali javnobeležničke zapise o zaveštanju, što će imati negativnog uticaja na sigurnost pravnog prometa i jednako postupanje u istovetnim pravnim stvarima.

Prema noveliranom Zakonu o vanparničnom postupku Republike Srbije, prilikom sastavljanja sudskog zaveštanja, prisustvo sudskog prevodioca potrebno je, kada zaveštalc ne zna službeni jezik suda, a prisustvo tumača kada zaveštalc ne čuje, a nije u stanju da pročita zaveštanje.⁶⁶ Dakle, izvršene izmene i dopune Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije ne traže, kao izvornik, prisustvo tumača u slučaju da zaveštalc gluvonemo lice, što može biti povod za različitu interpretaciju i primenu slova zakona u praksi, kada je u pitanju sastavljanje sudskog zaveštanja.^{67,68} Osim toga, Zakon o vanparničnoj proceduri ne reguliše slučajeve kada se zaveštajni svedoci izjasne da sudski prevodilac ili tumač

⁶² Postavljeno pitanje već je bilo u fokusu interesovanja autora. Opširnije videti: N. Stojanović, *Uloga javnih beležnika u naslednopravnim stvarima*, Pravni život tematski broj "Pravo i odgovornost", tom IV, br. 12/2011, Beograd, str. 34–35.

⁶³ Videti: čl. 182, st. 3, tač. 2 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

⁶⁴ Videti: čl. 182, st. 3, tač. 4 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

⁶⁵ Videti: čl. 160, st. 2 Zakona o nasleđivanju Republike Srbije.

⁶⁶ Videti: čl. 177, st. 1 i čl. 178, st. 1 noveliranog Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

⁶⁷ Videti: čl. 169, st. 2 izvornog teksta Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije.

⁶⁸ U tom pravcu videti: čl. 150, st. 3 Zakona o nasleđivanju Republike Hrvatske, čl. 194, st. 2 Zakona o vanparničnom postupku Republike Crne Gore i čl. 185, st. 2 Zakona o nasleđivanju u Federaciji Bosni i Hercegovini.

nisu verno preneli izjavu poslednje volje zaveštaoca, ili da nisu mogli svojim delovanjem doprineti uspešnom sporazumevanju zaveštaoca i sudije.⁶⁹

ZAKLJUČAK

Na prvi pogled, vidljivo je da srpski normotvorac noveliranim Zakonom o vanparničnom postupku nije vršio krupne promene u regulisanju postupka za sastavljanje sudskog zaveštanja.

Ono što se može odmah uočiti jeste da Zakon o vanparničnom postupku Republike Srbije, i pored izvršenih izmena i dopuna iz 2014. i 2015. godine, nije usaglasio u potpunosti svoju terminologiju sa matičnim zakonom za naslednopravne odnose – Zakonom o nasleđivanju. Naime, dok važeći naslednopravni propisi upotrebljavaju termine “sudsko zaveštanje” i “zaveštalac”, propisi o vanparničnoj proceduri, za iste pravne fenomene, koriste izraze “sudski testament” i sa njim direktno neusaglašeni termin “zaveštalac”.

Ako ostavimo po strani ovu terminološku neujednačenost, novelirani Zakon o vanparničnom postupku Republike Srbije, u odnosu na svoju izvornu verziju, čini se neopravdano sužava mogućnost utvrđivanja identiteta zaveštaoca, i ne insistira na važnosti službenih dokumenata kojim se utvrđuje identitet zaveštaoca i svedoka identiteta, a opet to zahteva kada se utvrđuje identitet zaveštajnih svedoka. Osim toga, bez valjane argumentacije, različito se određuje broj zaveštajnih svedoka u slučajevima kada je potrebno njihovo prisustvo u postupku sastavljanja sudskog zaveštanja. Takođe, jasno je vidljiva neusaglašenost pravila, sadržanih u noveliranom Zakonu vanparničnom postupku i noveliranom Zakonu o nasleđivanju Republike Srbije, u pogledu kruga subjekata koji ne mogu biti zaveštajni svedoci.

Kvalitet noveliranog Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije, u delu posvećenom sastavljanju sudskog zaveštanja, jasno se uočava u pravilima kojima se detaljnije određuju: pravne posledice nemogućnosti utvrđivanja identiteta zaveštaoca; uslovi koje zaveštajni svedoci moraju da ispune i redosleda stavljanja otiska prstiju zaveštaoca, kada on nije u stanju da se potpiše.

⁶⁹ Takve procesne situacije, primera radi, uređuje hrvatski zakonodavac. Videti: čl. 150, st. 4 Zakona o nasleđivanju Republike Hrvatske.

NATAŠA STOJANOVIĆ, Ph.D.,
Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

THE PROCEDURE FOR DRAWING UP A JUDICIAL TESTAMENT
AND THE AMENDED LAW ON EXTRAJUDICIAL PROCEEDINGS
OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The author's interest is focused on the procedure for drawing up a judicial testament, viewed through a prism of the amendments of the Law on Extrajudicial Proceedings of the Republic of Serbia, made in 2014 and 2015, with an aim to establish the extent that the physiognomy of this procedure has been changed to, and how much these novelties shall contribute to a balanced performance of competent courts and more efficient exercising of the right to dispose of property *mortis causa*. The paper is structured so to process the key issues referring to judicial testament: beginning from the rules that have priority in application, then the actions undertaken at its enforcement, and the entities, besides the testator and the competent judge, who may participate in it. In the paper, the author proposes solutions for the elimination of observed deficiencies in the amendments of the Law on Extrajudicial Proceedings of the Republic of Serbia, dedicated to the procedure for drawing up a judicial testament.

PRAVNA PRIRODA PRAVA NA NUŽNI DEO

U V O D

Svaki pravni poredak karakterišu odgovarajuća pravila zakonskog nasleđivanja kojima se regulišu naslednopravne i stvarnopravne posledice smrti, s ciljem otklanjanja neizvesnosti u pogledu raspodele zaostavštine i pravne nesigurnosti. Međutim, dispozitivni karakter ovih normi ostavlja prostora za odstupanje od njihove primene i razvoj slobode zaveštajnog raspolaganja.

Iako je danas sloboda testiranja proklamovana kao načelo savremenog naslednog prava, ne može se govoriti o neograničenoj slobodi testiranja. Čak i anglosaksonsko i američko pravo koje karakteriše šire poimanje zaveštajne slobode, ne podrazumeva neograničenu slobodu raspolaganja *mortis causa*, već postoje različiti mehanizmi kojima se ona ograničava.

Ograničenja slobode zaveštajnog raspolaganja su brojna, i mogu se na različite načine klasifikovati (posredna i neposredna; ograničenja nametnuta od strane pravnog poretka, ili pak od strane samog testatora, npr. ugovor o nasleđivanju; ograničenja nametnuta od strane trećih lica i sl.). Nesporno, jedno od najznačajnijih neposrednih ograničenja slobode zaveštavanja koje karakteriše kontinentalne pravne sisteme je ustanova nužnog dela. Ovaj institut je u pravnim sistemima koji poznaju nužno nasleđivanje različitog domašaja, kako u pogledu kruga lica ovlašćenih na nužni nasledni deo, tako i u pogledu veličine naslednog

Tamara Đurđić-Milošević, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

dela, ali i načina njegovog namirenja koji zapravo određuje pravnu prirodu ovog instituta.

Od vladajućeg koncepta nužnog nasleđivanja, zavisi uticaj nužnog nasleđivanja na zaveštajnu slobodu, jer je kroz njegovu pravnu prirodu definisana mera zadiranja nužnog nasleđivanja u slobodu zaveštajnog raspolaganja. Zbog toga je pitanje određivanja pravne prirode nužnog dela veoma važno pitanje građanskog prava, naročito imajući u vidu da je nužno nasleđivanje uspostavljeno sa ciljem balansiranja, uspostavljanja ravnoteže između prvenstveno između slobode zaveštajnog raspolaganja na jednoj strani i interesa članova porodice, na drugoj.

UOPŠTENO O NUŽNOM DELU

Nužni deo je različito definisan u pravnoj teoriji, ali se u suštini poima kao deo zaostavštine koji će određeni krug zakonskih naslednika naslediti nezavisno od volje ostavioca. To je deo zaostavštine koji je rezervisan za nužne naslednike i njime ostavilac ne može slobodno raspolagati. Otuda pravo na nužni deo predstavlja pravo na dobijanje odgovarajuće imovinske koristi na teret zaostavštine koja je direktno uslovljena pravnom prirodom nužnog dela.

Za razliku od pravila redovnog zakonskog nasleđivanja koje su dispozitivne prirode i koje se imaju primeniti u slučaju nepostojanja drugog osnova nasleđivanja (testamenta, ugovora o nasleđivanju) pravila nužnog nasleđivanja su imperativne prirode i primenjuju se isključivo kada postoji testamentalno raspolaganje. To znači da će zakonom određeni deo zaostavštine pripasti nužnim naslednicima, ukoliko je njihovo pravo na nužni deo povređeno zaveštajnim raspolaganjima, i na taj način testamentalna sloboda biti isključena tj. ograničena u pogledu određenog dela imovine ostavioca, kao i u pogledu određenog kruga zakonskih naslednika.¹

Pravila nužnog nasleđivanja analogna su pravilima zakonskog nasleđivanja, kako u pogledu formiranja naslednih redova (kriterijumi grupisanja srodnika), tako i u pogledu osnovnih principa kojima se temelji zakonski nasledni red (princip isključivosti između naslednih redova, pravo predstavljanja).² Međutim, pravo na nužni deo je po pravilu manjeg domašaja u odnosu na pravo zakonskog nasleđivanja, kako u pogledu obima imovine koja se dobija na ime nužnog dela,

¹ B. Blagojević, *Nasledno pravo u Jugoslaviji*, Beograd, 1983, str. 204.

² Pravo predstavljanja ima ograničenu primenu kod nužnog nasleđivanja, jer je ograničen krug lica koja se mogu javiti kao nužni naslednici, dok se pravo priraštaja ne primenjuje u odnosu na nužne naslednike (čl.40 st. 3 Zakona o nasleđivanju Srbije, "Sl. glasnik RS", br 46/95 i 101/2003. Dalje: ZON).

tako i u pogledu kruga lica koji se smatraju nužnim naslednicima posmatrano u odnosu na krug zakonskih naslednika.

OPRAVDANOST NORMIRANJA NUŽNOG DELA

Pitanje određivanja pravne prirode prava na nužni deo tesno je povezano sa pitanjem opravdanosti normiranja ustanove nužnog nasleđivanja i samim tim opravdanosti ograničavanja zaveštajne slobode. U pravnoj teoriji zastupljene su različite teorije o opravdanosti nužnog nasleđivanja: teorija prećutnog fideikomisa, teorija porodične susvojine, teorija porodične solidarnosti, teorija alimentacije (izdržavanja), teorija o trostrukom pravnom osnovu;³

Teorija prećutnog fideikomisa vezuje se za period dominacije porodičnog fideikomisa u feudalizmu i polazi od kolektivističkog, porodičnog karaktera nasleđivanja, čiji je cilj bio da se očuva jedinstvo nasledstva koje se tada sastojalo iz fideikomisa;

Teorija porodične susvojine se takođe zasniva na kolektivističkom karakteru nasledog prava, polazeći od porodične susvojine kao dominantne svojinskopravne forme. Dakle, imovina jednog lica nije rezultat samo njegovog rada, već rada mnogih prethodnih generacija i mora ostati očuvana i za buduća pokolenja;

Teorija porodične solidarnosti za polazno stanovište ima društvenu ulogu porodice koje podrazumeva povezanost članova porodice u moralnom i materijalnom smislu;

Teorija alimentacije zasniva se na stavu da obaveza izdržavanja koja postoji između najbližih srodnika za života, nastavlja da postoji i za slučaj smrti, u formi nužnog dela.

Iako se u krug lica između kojih postoji zakonska obaveza uzajamnog izdržavanja ne poklapa u potpunosti sa licima ovlašćenim da zahtevaju nužni deo, može se zaključiti da u krug nužnih naslednika pretežno jesu svrstana lica koja je ostavilac za života bio dužan da izdržava (bračni drug, potomci, roditelji). Iako se kao druga tačka razgraničenja između prava nužnog nasleđivanja i prava na izdržavanje navode osnovne pretpostavka konstituisanja obaveze izdržavanja (izdržavana lica su ili maloletna ili lica nesposobna za rad), treba napomenuti da je i pravo na nužni deo određenog kruga potencijalnih nužnih naslednika takođe uslovljeno njihovim imovnim stanjem, odnosno nesposobnošću za rad, čime se potencira alimentacioni karakter nužnog nasleđivanja.

Teorija o trostrukom osnovu nužnog dela kombinuje teoriju alimentacije, porodične svojine i prećutnog fideikomisa, sa svim prednostima i nedostacima koji

³ O. Antić, Sloboda zaveštanja i nužni deo - disertacija, odbranjena 1983, Beograd, str. 233-247.

su svojstveni svakoj teoriji pojedinačno. Ono što je zajedničko za sve teorije je nastojanje očuvanja jedinstva zaostvaštine.

VLADAJUĆE KONCEPCIJE NUŽNOG NASLEĐIVANJA

Način normiranja ustanove nužnog nasleđivanja uslovljen je prvenstveno istorijskim, političkim, ekonomskim prilikama jednog društva, i u tom smislu su pod naročitim uticajem vladajućih svojinskopravnih odnosa nastala dva kocepta nužnog nasleđivanja: naslednopravni i obligacionopravni.

Još u rimskom pravu dominantna je bila naslednopravna priroda prava na nužni deo, što je svakako bilo uslovljeno dominacijom porodične svojine i nastojanja očuvanja njenog jedinstva, dok se obligacionopravna priroda nužnog dela vezuje za germansku pravnu tradiciju, gde je srednjevekovno nemačko pravo bilo prilagođeno potrebi očuvanja jedinstva poljoprivrednih poseda⁴. Dok su rimsku pravnu tradiciju prvobitno sledile zemlje romanskog pravnog kruga i preuzele naslednopravni koncept nužnog nasleđivanja (Francuska, Švajcarska, Italija), obligacionopravni koncept preuzet je u zemljama germanske pravne tradicije (Nemačka, Austrija, Švajcarska).

Kada je reč naslednopravnom konceptu nužnog nasleđivanja, iz samog naziva proizilazi da je reč o vrsti naslednog prava, i to zakonskog naslednog prava koje je definisano imperativnim normama objektivnog prava.⁵ Dakle, nužni naslednik može biti samo ono lice koje bi prema pravilima redovnog zakonskog nasleđivanja bilo pozvano na nasleđe u konkretnom slučaju. Za sticanje svojstva nužnog naslednika neophodno je ispunjenje svih pretpostavki nasleđivanja na temelju zakona, kako u pogledu kvaliteta naslednika (da bude sposoban i dostojan za nasleđivanje, da ne bude isključen iz nasleđa ili lišen nasledstva, kao i da se nasledstva nije odrekao), tako i činjenice da je potencijalni nužni naslednik nadživio ostavioca. Ukoliko su ispunjene sve ove pretpostavke zakonskog nasleđivanja, nužni naslednik na temelju imperativnih normi objektivnog prava stiče pravo na nužni deo

Kao i kod zakonskog nasleđivanja, nužni naslednik momentom delacije, neposredno, postaje titular subjektivnog prava nužnog nasleđivanja, u skladu sa principom sticanja zaostvaštine ipso iure. On nasleđuje ostavioca iako još nije istakao svoj zahtev za namirenjem nužnog dela, niti je to njegovo pravo, kao ni veličina nužnog dela utvrđena.

⁴ S. Marković, *Nasledno pravo*, Beograd, 1981, str. 187.

⁵ N. Gavella, V. Belaj, *Nasljedno pravo*, Zagreb, 2008, str. 217-218.

Pravo na nužni deo shvaćeno kao nasledno pravo je, dakle, u pravima i dejstvima izjednačeno sa pravom nasleđivanja po bilo kom drugom osnovu (bilo po osnovu pravila redovnog zakonskog nasleđivanja, bilo po osnovu testamenta).⁶ Otuda je i pravni položaj nužnog naslednika izjednačen sa pravnim položajem zakonskog ili testamentalnog naslednika. Tako nužni naslednik kao i svaki univerzalni sukcesor stupa u pravni položaj svog pravnog prethodnika (ostavioca) sa svim pravima i obavezama koje takav položaj podrazumeva, što znači da on odgovara za dugove ostavioca iz vrednosti zaostavštine koja premaša nužni deo. Istovremeno, on nasleđuje i ostale pravne entitete koji čine zaostavštinu kao što je npr. državina ostaviočevih stvari i prava.

Izjednačenost sa pravnim položajem zakonskog naslednika ogleda se naročito u činjenici da momentom delacije on takođe postaje član nasledničke zajednice sa ostalim sanaslednicima, najpre kao titular prava zajedničke svojine, a nakon pravnosnažnosti rešenja o deobi zaostavštine kao suvlasnik na stvarima i pravima iz zaostavštine.

Iako pravo na nužni deo nužni naslednik kod naslednopravne koncepcije stiže u momentu delacije, sud o realizaciji njegovog prava ne vodi računa po službenoj dužnosti, već on sam mora istaći zahtev za realizacijom tog svog prava. Njegov zahtev za namirenjem nužnog dela je istovremeno zahtev za deobom nasledstva, i on nije pretpostavka ostvarenja prava na nužni deo, već posledica sticanja tog prava.⁷

U slučaju povrede prava na nužni deo nužnom nasledniku stoji na raspolaganju mogućnost da zahteva redukciju zaveštajnih raspolaganja, a ukoliko to nije dovoljno za namirenje njegovog nužnog dela, onda i povraćaj poklona. U tom slučaju, odluka suda o isplati novčane nadoknade nužnom nasledniku na ime nužnog dela je deklarativnog karaktera i proizvodi dejstvo retroaktivno, od momenta smrti (*ex tunc*).

Do povrede prava na nužni deo dolazi kada zaveštalac svojim zaveštajnim raspolaganjem pređe granicu raspoloživog dela i zahvati i ukupni nužni deo. Iako se u zakonu ne pominju ove naslednopravne kategorije raspoloživog i ukupnog nužnog dela, one faktički postoje. Tako je raspoloživi deo je onaj deo naslednog prava, a time i ostavine, kojim ostavitelj može raspolagati, a da time ne zadire ni u čiji nužni deo, i on predstavlja "materijalnu osnovu" zaveštajne slobode.⁸

Nužni naslednik učestvuje u deobi zaostavštine sa svim ostalim sanaslednicima ostavioca nasleđujući jedan određen (realni) deo zaostavštine u visini nuž-

⁶ B. Blagojević, *Nasledno pravo...*, str. 206.

⁷ N. Gavella, V. Belaj, *Nasljedno pravo ...*, str. 228.

⁸ N. Gavella, V. Belaj, *Nasljedno pravo...*, 219

nog dela. Ukoliko bi na ime nužnog dela ostavilac konkretnom nasledniku ostavio tačno određene stvari ili prava, ili pak novac, u pravnoj teoriji je zastupljeno mišljenje da se ni u tom slučaju ne menja pravna priroda subjektivnog prava na nužni deo koje predstavlja nasledno pravo.⁹ Suština je u tome da nužni naslednik dobija na ime nužnog dela stvari koje je ostavilac odredio u zaveštanju, ali on i dalje ima položaj ostaviočevog naslednika kao univerzalno sukcesora, jer ta zaveštajna odredba ima karakter odredbe o deobi nasledstva među sanaslednicima.^{10,11}

Ovakvo restriktivno tumačenje polazi od imperativnog karaktera odredbe o pravnoj prirodi nužnog dela, i isključuje mogućnost drugačije pravne kvalifikacije nužnog dela i samim tim drugačije pozicioniranje nužnog naslednika (kao singularnog sukcesora umesto univerzalnog). Mišljenja smo da bi pomenutu odredbu o načinu namirenja nužnog dela trebalo fleksibilnije tumačiti i prednost dati zaveštaočevoj volji koja bi trebalo biti merodavna sve dok se na taj način ne vredi nužni deo.¹² Pa tako, ukoliko je zaveštanjem određeno da se nužni deo ima izmiriti u novcu, u tom slučaju će nužni naslednik biti u položaju singularnog sukcesora kao poverilac, baš kao i kada su na ime nužnog dela ostavljene određene stvari ili prava kao legat (ukoliko iz zaveštanja proizilazi jasna namera zaveštaoca da pozicionira nužnog naslednika kao singularnog sukcesora).¹³ U slučaju da zaveštalac nužnim naslednicima nije ostavio ništa putem zaveštanja ili ih je neosnovano isključio iz nasleđa, tada govorimo tzv. zakonskom naslednom delu, kada nužni naslednik nasleđuje realni deo zaostavštine, tj ima položaj univerzalnog sukcesora.¹⁴ Međutim, i u tom slučaju, njegov pravni položaj je posredno određen voljom zaveštaoca, koji je izostavivši da ga eksplicitno odredi u zaveštanju, pri-

⁹ U pravnoj teoriji se ovaj način namirenja nužnog dela označava kao testamentalni nasledni deo (vidi B. Blagojević, *Nasledno pravo...*, str. 230).

¹⁰ Baš kao što ostaviočevi naslednici deobom nasledstva ne prestaju to biti, tako ni nužni naslednik ne prestaje biti ostaviočev naslednik sticanjem prava i stvari na ime nužnog dela (vidi N. Gavella, V. Belaj, *Nasledno pravo...*, str. 218); takođe se ističe u teoriji da "ukoliko zaveštalac naznači da ostavlja na ime nužnog dela, da bi se u tom slučaju moglo tumačiti u korist naslednog dela, tj. kao postavljanje na određenu kvotu kombinovano sa naredbom o deobi" (vidi S. Marković, *Nasledno pravo...* str. 191).

¹¹ Odredba *Zakona o nasleđivanju Republike Hrvatske* o prirodi nužnog dela preuzeta iz *Zakona o nasleđivanju iz 1974* (čl. 27 *Zakona o nasleđivanju iz 1974*, "Službeni glasnik SRS", br. 52/74, 1/80, u daljem tekstu: ZON 1955; čl. 32 *Zakona o nasleđivanju iz 1955*, "Službeni list FNRJ", br. 20/55, u daljem testu: ZON 1974): "Nužnom nasledniku pripada određeni deo svake stvari i prava koji sačinjavaju zaostavštinu, ali zaveštalac može odrediti da nužni naslednik primi svoj deo i u određenim stvarima, pravima ili novcu".

¹² Vidi čl. 84 ZON 1955. i 79 (3) ZON 1974.

¹³ B. Blagojević, *Nasledno pravo...*, str. 229-230.

¹⁴ *Ibidem*.

hvatio primenu dispozitivnih normi o načinu namirenja nužnog dela (tj. o pravnoj prirodi).

Obligacionopravna priroda prava na nužni deo ima korene u germanskom pravu, te je uglavnom zastupljena u zemljama germanske pravne tradicije (Nemačkoj, Švajcarskoj, Austriji).¹⁵ Kod obligacionopravne prirode prava na nužni deo momentom delacije nužni naslednik stiče pravo na određenu imovinsku (novčanu) vrednost na teret zaostavštine u visini nužnog dela.

Upravo u načinu namirenja prava na nužni deo i sadržini tog prava ogleda se suštinska razlika u odnosu na naslednopravni režim nužnog nasleđivanja.¹⁶ Dok je kod naslednopravne koncepcije namirenje nužnog dela realno, u stvarima (i pravima), to se kod obligacionopravne prirode nužni deo namiruje u novcu. U prvom slučaju nužni naslednik stiče određeni idealni deo zaostavštine kao univerzalni sukcesor momentom delacije, u drugom pak obligacionopravno potraživanje. Zbog toga, kod naslednopravne prirode prava na nužni deo govorimo o “nužnom nasledniku”, a kod obligacionopravne prirode prava na nužni deo o “titularu prava naužni deo”¹⁷ Naravno, priroda nužnog dela određuje pravni položaj ne samo nužnih naslednika već i drugih lica koja stiču korist iz zaostavštine (zaveštajnih naslednika, isporukoprimaca), kao i poklonoprimaca.

To dalje za posledicu ima da u prvoj varijanti može doći do redukcije zaveštajnih raspolaganja i povraćaja poklona radi namirenja nužnih naslednika, dok u drugoj varijanti raspodela zaostavštine ostaje neizmenjena (naslednici zadržavaju zaveštanu imovinu uz obavezu isplate nužnih naslednika).

S obzirom da ima položaj posebne vrste poverioca, nužni naslednik ne ulazi u nasledničku zajednicu, niti učestvuje u upravljanju zaostavštinom, pa se u teoriji smatra da se nalazi u “spoljašnjem odnosu” posmatrano u odnosu na zakonske i testamentalne naslednike.¹⁸ Kao singularni sukcesor, on ne odgovara za ostaviočeve dugove, jer nije došlo do naslednopravne sukcesije. Njemu ne pripada pravo da zahteva smanjenje zaveštajnih raspolaganja ili povraćaj poklona radi namirenja svog nužnog dela, jer njegovo potraživanje nije stvarnopravno već obligacionopravno. Međutim, ukoliko njegov nužni deo nije u potpunosti namiren, on može zahtevati dopunu do pune vrednosti nužnog dela i od ostaviočevih poklonoprimaca.¹⁹

¹⁵ M. Anderson, E. Arroyo i Amayuelas, *The Law of Succession-Testamentary freedom*, Barcelona, 2011, str. 155-166.

¹⁶ O. Antić, Z. Balinovac, *Komentar zakona o nasleđivanju*, Beograd, 1996, str. 260.

¹⁷ S. Marković, *Nasledno pravo...*, str. 188.

¹⁸ D. Đurđević, *Institucije naslednog prava*, Beograd, 2011, str. 220.

¹⁹ Čl.44 ZON.

S druge strane, kao i kod naslednopravne koncepcije nužnog nasleđivanja, tako i kod obligacionopravne, važna pretpostavka kvalifikovanja nekog lica za nužnog naslednika je ta da on prethodno mora ispunjavati iste uslove koji se zahtevaju za sticanje svojstva redovnog zakonskog naslednika.²⁰

Sličnost ovih koncepcija ogleda se i u tome što nužni naslednik, tj. lice ovlašćeno da zahteva nužni deo svoje pravo na nužni deo stiče momentom otvaranja nasleđa. Na isti način se utvrđuje i obračunska vrednost zaostavštine i veličina nužnog dela koja je ista, bez obzira na njegovu pravnu prirodu, kao i na to da li je došlo do povrede prava na nužni deo. Podudarnost postoji i u pogledu lica koja odgovaraju za namirenje nužnih naslednika kod obe koncepcije (to su zaveštajni naslednici, isporukoprincipi i poklonoprincipi).²¹

Kada je reč o imperativnom zakonskom nasleđivanju, pitanje nasledivosti prava na nužni deo od posebnog je značaja, jer se nasleđivanjem prava na nužni deo dodatno ograničava sloboda zaveštajnog raspolaganja.²² Odgovor na ovo pitanje tesno je povezan sa pravnom prirodom prava na nužni deo.

Ako se pođe od stava da je pravo na nužni deo naslednog karaktera, u tom slučaju bi ono trebalo da bude nasledivo, kao i svako drugo nasledno pravo, što međutim nije slučaj u praksi zemalja koje slede ovu koncepciju.²³ Kod obligacionopravne koncepcije naročito dolazi do izražaja imovinskopravni karakter ustanove nužnog dela, jer je u biti pravo nužnog nasleđivanja specifična vrsta imovinskog prava, s obzirom da je pretežni deo onoga što naslednik stiče imovinskopravne prirode, i kao takvo ovo pravo bi trebalo biti nasledivo.²⁴

Iako u našem pravu preovladava obligacionopravna koncepcija nužnog nasleđivanja, nasledivost prava na nužni deo nije predviđeno kao opšte pravilo. Naime, krug lica koja mogu naslediti pravo nužnog naslednika na nužni deo prilično je sužen i ograničen samo na nužne naslednike potomaka i usvojenika koji nisu zahtevali namirenje svog nužnog dela.²⁵ Na taj način se odstupa od pravila naslednopravne transmisije koja karakterišu zakonsko nasleđivanje.

²⁰ Čl. 39 st. 3 ZON.

²¹ N. Stojanović, *Nasledno pravo*, Niš, 2011, str. 157; O. Antić, Z. Balinovac, *Komentar zakona...*, str. 259.

²² O. Antić, Z. Balinovac, *Komentar zakona...*, str. 275.

²³ S. Marković, *Nasledno pravo...*, str. 188; Raniji naši zakoni o nasleđivanju iz 1955. i 1974, u kojima je preovladavala naslednopravna koncepcija nužnog nasleđivanja, ne predviđaju mogućnost nasleđivanja prava na nužni deo.

²⁴ Kao takvo, pravo na nužni deo ipak ne predstavlja pravo svojine na ostavini, iako je njegova stvarnopravna komponenta jasno izražena; N. Gavella, V. Belaj, *Nasledno pravo...*, str. 73.

²⁵ Čl. 60 st. 2 ZON.

Kao argument u prilog ovakvog rešenja navodi se neopravdano dodatno ograničavanje slobode zaveštanja, zbog čega je mogućnost prenosa ovlašćenja da se zahteva namirenje nužnog dela rezervisana samo za određeni krug nužnih naslednika (potomaka i usvojenika).

U pravnoj teoriji se ovakvo rešenje smatra nepravičnim, jer će pravo na nužni deo moći da naslede lica koja se u konkretnom slučaju ne javljaju kao nužni naslednici (pa samim tim i zakonski naslednici) ostavioca, a uskraćeni za ovo pravo biće neki naslednici koji se u odnosu na ostavioca pojavljuju kao univerzalni sukcesori, ali nisu istovremeno i naslednici potomaka ili usvojenika.²⁶

NUŽNI DEO U SRPSKOM PRAVU

Nužno nasleđivanje je u srpskom pravu najpre bilo naslednopravne prirode, te prema Srpskom građanskom zakoniku nije postojala mogućnost drugačijeg načina namirenja nužnog dela sem u naturi (osim u slučaju ostavljanja isporuke u odgovarajućem novačnom iznosu).²⁷ Zakon o nasleđivanju iz 1955. godine kao i Zakon o nasleđivanju iz 1974. godine slede ovu pravnu tradiciju. Obligacionopravna priroda prava na nužni deo predlagana je u Predosnovi građanskog zakonika²⁸ da bi ona bila konačno uvedena tek Zakonom o nasleđivanju iz 1995.

Određivanje pravne prirode prava na nužni deo je u našem pravu prepušteno volji zaveštaoca i spada u domen slobode zaveštajnog raspolaganja. Zaveštalac je slobodan da odredi pravnu prirodu prava na nužni deo, i ono što je ostavljeno na ime nužnog dela nužni naslednik mora prihvatiti. U slučaju da zaveštalac nije odredio pravnu prirodu prava na nužni deo, primenjuje se zakonska pretpostvka o obligacionopravnoj prirodi prava na nužni deo.²⁹

Naš zakonodavac se opredelio za specifično rešenje u pogledu normiranja prava na nužni deo pokušavajući da izbalansira između naslednopravnog i obligacionopravnog koncepta nužnog naseđivanja. Naime, Zakonom je predviđena i mogućnost preinačenja pravne prirode prava na nužni deo sudskom odlukom na zahtev lica ovlašćenih da zahtevaju nužni deo. Sud će tom prilikom opravdanost zahteva za izmenom pravne prirode nužnog dela ceniti, uzimajući u obzir sledeće

²⁶ N. Stojanović, N. Krstić, Neka zapažanja o zakonskom i nužnom nasleđivanju u republici Srbiji - *de lege lata, de lege ferenda*, u: Aktuelna pitanja građanske kodifikacije, Pravni fakultet u Nišu, 2008, str. 227-228.

²⁷ Par.447 i 449 SGZ (vidi u: O. Antić, Sloboda zaveštanja i nužni deo - disertacija, odbranjena 1983, Beograd, str. 220).

²⁸ *Ibidem*

²⁹ Čl.43 st. 1 ZON.

činjenice: vrste dobara koja ulaze u zaostavštinu, dužinu trajanja zajednice života između ostavioca i tog nužnog nasljednika, lične i imovinske prilike nužnih nasljednika i ostalih sanasljednika i sl. Međutim, ukoliko je zaveštalac izričito odredio u zaveštanju pravnu prirodu prava na nužni deo, u tom slučaju ona ne može biti izmenjena na zahtev ovlašćenih lica.³⁰ Ovakvim stavom zakonodavac je jasno naznačio mesto privatnopravne autonomije u naslednopravnom sistemu, pre svega u sferi zaveštajnog prava.³¹

Pitanje određivanja pravne prirode prava na nužni deo od posebnog je značaja u slučaju povrede prava na nužni deo (bilo da nužnom nasljedniku ništa nije ostavljeno na ime nužnog dela ili je pak ostavljeno manje od onoga što je zakonom propisano). U tom slučaju pribegava se tumačenju zaveštanja radi utvrđivanja prave volje zaveštaoca u pogledu određivanja pravne prirode prava na nužni deo.

Pretpostavka je, ukoliko je zaveštalac na ime nužnog dela nužnom nasljedniku ostavio određene stvari ili prava, ali ipak manje od vrednosti nužnog dela, da je namera zaveštaoca bila da se i ostatak nužnog dela namiri u naturi. Ukoliko je pak nužnom nasljedniku ostavljena određena novčana protivvrednost na ime nužnog dela, ali je ipak pravo na nužni deo povređeno, pretpostavka je da se i ostatak nužnog dela ima namiriti u novcu. Ove pretpostavke su oborive, jer se o načinu namirenja povređenog nužnog dela zaključuje utvrđivanjem prave volje zaveštaoca putem tumačenja zaveštanja.

PREDNOSTI I NEDOSTACI POSTOJEĆIH KONCEPCIJA NUŽNOG NASLEĐIVANJA

Obligacionopravna koncepcija nužnog nasleđivanja govori u prilog, prvenstveno, zaveštajne slobode. S obzirom da zaveštajna raspolaganja ostaju neizmenjena, volja zaveštaoca se doslednije sprovodi kako u pogledu načina raspodele zaostvaštine, tako i u pogledu kruga lica koja su postavljena za nasljednike. Naime, testamentalni nasljednici ne bivaju lišeni stvari i prava koja su stekli po osnovu zaveštanja, već se zaostavština raspodeljuje onako kako je testator odredio, a osim lica koja je testator imenovao za nasljednike, druga lica ne stiču to svojstvo.

³⁰ Rešenje Višeg suda u Novom Sadu posl broj GŽ 1804/2013 od 20. 06. 2013. godine, kojim je ukinuto rešenje Osnovnog suda u Novom Sadu, posl. broj O. 377/2013 od 04. 03. 2013. god.

³¹ U pravnoj teoriji je takođe sporno da li su pored nužnih nasljednika i zaveštajni nasljednici ovašćeni da zahtevaju preinačenje pravne prirode prava na nužni deo nužnih nasljednika, kako bi zaštitili svoj imovinskopravni interes; povodom ovog pitanja ima pozitivnih stavova u pravnoj teoriji (vidi S. Svorcan, Komentar zakona o nasleđivanju, Kragujevac, 2004, str. 126).

Za naslednike su po pravilu određena lica koja su živela sa ostavioцем u domaćinstvu ili sa njim privređivala, tako da oni svakako dobijaju deo ostavioćeve zaostavštine u naturi, čak i ukoliko je pravo na nužni deo nužnih naslednika povređeno.³² Na taj način obligacionopravna priroda prava na nužni deo doprinosi stavnopravnom jedinstvu imovine koja ulazi u zaostavštinu, što je posebno značajno danas kada predežni deo imovine koja ulazi u zaostavštinu čine porodične firme.

Međutim, ono što je prednost obligacionopravnog koncepta u odnosu na naslendorpravni istovremeno može biti i nedostatak. Naime, može se desiti da zaveštalac ostavi svu svoju imovinu trećem licu, i da najbliži naslednici koji su sa njim u domaćinstvu živeli i privređivali ostaju ekonomski nezbrinuti, što je naročito zabrinjavajuće ukoliko je reč posebno osetljivim kategorijama naslednika (starima, bolesnima, maloletnom licima). U tom slučaju je stvarnopravni karakter nužnog dela više u skladu sa pricipom pravičnosti i porodične solidarnosti.

Kao jedna od negativnih strana obligacionopravnog režima nužnog nasleđivanja navodi se i to da interes nužnog naslednika kao poverioca novčanog iznosa može biti ugrožen ukoliko od momenta smrti ostavioца do momenta realizacije njegovog prava na nužni deo protekne duži period, što nosi rizik da novčana protivvrednost nužnog dela usled inflacije bude smanjena.³³

Iako je, s jedne strane, namirenje nužnog naslednika u naslendorpravnoj koncepciji mnogo jednostavnije i sigurnije nego kada se on nalazi u položaju poverioca, kompleksnost odnosa kod naslendorpravne koncepcije posebno je izražena, s obzirom na činjenicu da nužni naslednici ulaze u naslendorvičku zajednicu. Samim tim, izvesni su sporovi oko upravljanja naslendorvičkom zajednicom, kao i oko eventualnog raspolaganja stvarima iz zaostavštine, koje su u zajedničkoj, odnosno u režimu susvojine.

Zbog toga se pozitivno ocenjuje pokušaj domaćeg zakonodavca da izmiri obe koncepcije nužnog nasleđivanja. Kompromisno rešenje važećeg Zakona o nasleđivanju predviđa mogućnost da se u zakonom propisanim slučajevima, na zahtev ovlašćenih lica, preinači obligacionopravna priroda prava na nužni deo u stavnopravnu. Na taj način se oblik nužnog dela prilagođava konkretnim okolnostima i opravdanim potrebama nužnih naslednika. Ova mogućnost je isključena ukoliko je u suprotnosti sa zaveštaoćevom voljom izraženom u zaveštanju.

³² U tom smislu govori se da obligacionopravna priroda prava na nužni deo doprinosi produženju prostorne i vremenske komunikacije naslednika i ostavioćevih dobara; vidi O. Antić, Komentar zakona..., str. 234.

³³ H. Lange, Erbrecht, München, 2001, str. 869.

ZAKLJUČAK

Ustanova nužnog nasleđivanja se mora posmatrati u odgovorajućem istorijskom, političkom, ekonomskom kontekstu jednog društva, kako bi se valjano definisalo mesto ove ustanove u jednom pravnom sistemu i svrha njenog normiranja.

Iako je prvobitna uloga naslednog prava bila da stečena imovina ostane unutar porodice i da se spreči njeno otuđenje, vremenom se i uloga naslednog prava promenila tako da ono više nije usmereno ka uređenju odnosa unutar porodice, već bilateralnih odnosa između ostavioca i svakog od članova njegove porodice, pojedinačno. Tako je danas dominantna uloga naslednog prava ostvarivanja *post mortem* finansijske solidarnosti između preminulog lica i članova njegove porodice, koja se bazira jedino na njihovim uzajamnim, ličnim odnosima, nezavisno od porodice kao celine, tj. posmatrano izvan porodičnog konteksta.

Naravno, ove promene su nastale u konstelaciji sa promenama u svojinsko-pravnim i porodičnopravnim odnosima, pa se tako na terenu stvarnog prava kao dominantna svojinskoppravna forma pojavila individualna svojina koja je potisnula kolektivnu. Na terenu porodičnog prava takođe su se dešavale promene uslovljene slabljenjem porodičnih veza, što je dovelo do strukturalnih promena u porodici, pa je dominantna postala nuklearna porodica.

Danas se smatra da je osnovna funkcija naslednog prava ostvarenje *post mortem* finansijske solidarnosti između preminulog i članova njegove porodice, i u tom kontekstu trebalo bi posmatrati i ustanovu nužnog nasleđivanja. Moglo bi se reći da ovoj savremenoj funkciji naslednog prava najviše odgovara alimentacioni karakter nužnog dela, jer se kroz izdržavanje naslednika ostvaruje u najvećoj meri ta finansijska solidarnost.

U skladu sa tim uporedno pravo karakteriše trend promene režima nužnog nasleđivanja od naslednopravnog u obligacionopravni, jer se njime nesporno ostvaruje alimentaciona funkcija nužnog nasleđivanja. U tom smislu interesantno je napomenuti da je francusko pravo kao tipični predstavnik naslednopravne koncepcije nužnog nasleđivanja, sledilo ovaj trend i reformom naslednog prava 2006 priključilo se krugu zemalja koje su prihvatile obligacionopravni režim nužnog nasleđivanja (Nemačka, Austrija, Mađarska), a praksu Francuske sledila je i Holandija.

Iako je nesporno obligacionopravna priroda prava na nužni deo praktičnija u odnosu na naslednopravnu, prema pozitivnopravnom režimu domaćeg prava, fleksibilnost nužnog nasleđivanja još više dolazi do izražaja, s obzirom na da postoji mogućnost sudskog preinačenja pravne prirode prava na nužni deo na zahtev nužnih nasleđnika. Zato se pozitivno može oceniti opredeljenje domaćeg zakonodavca za "gipkost" u normiranju ustanove nužnog nasleđivanja, jer se ona

može prilagoditi konkretnim potrebama nužnih naslednika, i na taj način u punoj meri ostvariti svoju pravopolitičku funkciju.

TAMARA ĐURĐIĆ-MILOŠEVIĆ, B.A.,
Assistant, Faculty of Law University of Kragujevac

LEGAL NATURE OF FORCED SHARES

Summary

Dominant concept of imperative inheritance defines the influence of forced shares on testamentary freedom, having in mind that the institute of forced shares is the most important, direct restriction of freedom of testation. Justification for the existence of the institute of forced shares is attached to question of its legal nature that defines the extent of interference of the forced shares into a testamentary freedom, besides the fact that it determines a legal position of forced heirs. Since the question of determination of a legal nature of forced shares is of a great importance for civil law, it is necessary to point out the advantages and disadvantages of the ruling concepts of forced shares, and the tendency of their development, as well, with the aim of finding an appropriate model of forced shares that will meet primarily the essential requirements of the modern inheritance law.

JELENA BOROVAC

**PRAVO PREČE KUPOVINE I POLAGANJE CENE
U NAŠOJ SUDSKOJ PRAKSI**

– Tumačenje člana 10. stav 5. Zakona o prometu nepokretnosti –

U V O D

Pravo preče kupovine je pravo jednog lica da zahteva da mu sopstvenik, kada se odluči na prodaju, ponudi stvar radi kupovine pre svih ostalih kupaca, a u slučaju da sopstvenik ne odgovori ovoj obavezi lice koje ima pravo preče kupovine može pobijati ugovor o prodaji zaključen između sopstvenika i trećeg lica i zahtevati da mu se stvar ustupi pod uslovima pod kojim je zaključen ugovor o prodaji.¹ Ako je prodavac prodao nepokretnost, a nije je prethodno ponudio imaću prava preče kupovine ili je prodao nepokretnost pod uslovima povoljnijim od uslova iz ponude, imalac prava preče kupovine može tužbom da zahteva da se ugovor o prodaji nepokretnosti oglasi bez dejstva prema njemu i da se nepokretnost njemu proda i preda pod istim uslovima.

Zakonodavac je propisao rokove za podnošenje tužbe za lica koja imaju pravo preče kupovine. Subjektivni rok je 30 dana od dana saznanja za prodaju nepokretnosti i objektivni koji iznosi dve godine od dana zaključenja ugovora o prodaji.

Jelena Borovac, sudija Vrhovnog kasacionog suda.

¹ Miodrag Orlić, "Pravo preče kupovine", *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Službeni list SRFJ, Beograd 1978, 1113.

Drugi uslov za tužbu je polaganje cene u visini tržišne vrednosti nepokretnosti na dan podnošenja tužbe, kod nadležnog suda istovremeno sa podnošenjem tužbe (čl. 10. st. 5. Zakona o prometu nepokretnosti). Različitost u tumačenju ove norme nastaje oko pristupa pitanju da li tužilac uz tužbu mora da priloži dokaz da je novac već uplaćen u sudski depozit ili se podnošenje dokaza uz tužbu da je pokrenut vanparnični postupak radi uplate cene u depozit i kasnije, ali blagovremeno polaganje novca, može izjednačiti sa prvom situacijom.

U sudskoj praksi Apelacionog suda u Novom Sadu i Vrhovnog kasacionog suda su uočene različite odluke u istoj činjeničnoj i pravnoj situaciji te je Apelacioni sud u Novom Sadu pokrenuo inicijativu Građanskom odeljenju Vrhovnog kasacionog suda da usvoji pravni stav povodom ovog spornog pitanja. Građansko odeljenje je uvrstilo u dnevni red ovo pitanje te će uslediti i donošenje pravnog stava.

Tema rada su dva sporna pitanja u sudskoj praksi povodom polaganja cene u sudski depozit kao uslov za podizanje tužbe za ostvarenje prava prečeg prava kupovine. *Prvo*: Da li tužilac koji na dan podnošenja tužbe nije položio cenu u sudski depozit ima legitimaciju za dalji postupak, a pokrenuo je vanparnični postupak o uplati cene u sudski depozit i uz tužbu pružio dokaz. *Drugo*: Da li je zakonodavac propisivanjem obaveze polaganja tržišne cene u sudski depozit na dan podnošenja tužbe odstupio od opšteg pravila po kome imalac prava preče kupovine ima pravo da se nepokretnost njemu proda i preda pod istim uslovima pod kojim je zaključen ugovor o prodaji.

O prvom spornom pitanju će se Građansko odeljenje Vrhovnog kasacionog suda izjasniti donošenjem pravnog stava. O drugom pitanju za sada nema suprotstavljenih sudskih odluka pa nisu ispunjeni uslovi za usvajanje pravnog stava, iako je po oceni autora nužno da se što pre daju odgovori na više dilema u primeni ovog zakonskog pravila koje su prisutne u sudskoj praksi i itekako utiču na njegovu različitu primenu.

U radu će biti prikazane presude oba pomenuta suda, u kojima su iskazani različiti pristupi u tumačenju zakonske norme i posledicama po uspeh tužilaca u parnicama čiji je predmet pravo preče kupovine sa komentarima autora i argumentima za prihvatanje šireg tumačenja zakonske norme.

ZAKONSKA REGULATIVA

Zakonom o prometu nepokretnosti² (u daljem tekstu: Zakon) su u drugoj glavi (čl. 5. do čl. 10) propisani uslovi za suvlasnika koji namerava da proda svoj

² "Službeni glasnik RS", br. 93/2014, 121/2014, 6/2015.

suvlasnički deo, prvenstvo među suvlasnicima i pravo izbora kada suvlasnici imaju iste uslove, obaveze vlasnika koji namerava da proda poljoprivredno zemljište, proceduru davanja i prihvatanja ponude. Članom 10. je propisno pravo imao ca prava preče kupovine na tužbu u slučaju kada je njegovo pravo preče kupovine povređeno, rokovi za podnošenje tužbe i uslovi koje mora da ispuni da bi bio aktivno legitimisan u parnici.

Sporni st. 5. čl. 10. Zakona glasi: “Tužilac je dužan da istovremeno sa podnošenjem tužbe iz ovog člana položi kod nadležnog suda iznos u visini tržišne vrednosti nepokretnosti”.

Identična norma je postojala i u prethodnom Zakonu o prometu nepokretnosti iz 1998. godine³, stim da je bila sadržana u čl. 10. st. 3. tog Zakona. Rokovi za podnošenje tužbe su takođe isti.

Međutim, drugačije zakonsko rešenje je postojalo u Zakonu o prometu nepokretnosti⁴ iz 1981. Oba roka, subjektivni i objektivni, za podizanje tužbe su bili mnogo duži. Rok za podnošenje tužbe je bio jedna godina od dana saznanja nosioca prava preče kupovine za prodaju nepokretnosti trećem licu, a najkasnije u roku od tri godine od dana zaključivanja ugovora (čl. 27. st. 3). Tužilac je bio dužan da u roku za podnošenje tužbe zbog povrede prava preče kupovine, kod opštinskog suda na čijem se području nepokretnost nalazi, položi iznos kupoprodajne cene (čl. 27. st. 4).

Upoređujući razlike u ovim zakonskim rešenjima, uočavamo da je sada subjektivni rok značajno skraćen, sa jedne godine na 30 dana, od dana saznanja za prodaju nepokretnosti. Sada, imalac prava preče kupovine u kratkom roku mora da donese odluku o kupovini, da li će podneti tužbu, da obezbedi gotov novac i uplati ga u sudski depozit. Po ranijem propisu je mogao da podnese tužbu i da uplatu u sudski depozit odloži do isteka subjektivnog roka od godinu dana. Nije bila propisana istovremenost uplate cene i podnošenja tužbe. Bitna razlika je i u tome što je ranije nosilac prava preče kupovine bio dužan da u sudski depozit uplati iznos u visini kupoprodajne cene, a sada iznos u visini tržišne vrednosti nepokretnosti na dan podnošenja tužbe, čije utvrđenje stvara dodatne obaveze i zahteva vreme pre utuženja.

Srpski građanski zakonik iz 1844. godine je takođe propisivao kratke rokove za ostvarenje prava. U paragrafu 670. je bilo propisano ko su lica koja imaju prvenstvo na kupovinu. Paragrafom 673. je bilo propisano da ako bi prodavac prodao, najavivši ovima, koji prvenstvo imaju, onda ovi pravo imaju za 30 dana od

³ “Službeni glasnik RS” br.42/98, 111/2009.

⁴ “Službeni glasnik SRS”, br. 43/81, 24/85, 28/87, ... 40/89 i “Službeni glasnik RS”, br. 53/93, 67/93, 48/94.

vremena prodaje sudom potvrđene i objavljene isto prekupiti. Posle 30 dana pravo ovakve prekupnine iščezava. Paragrafom 674. je bilo propisano da onaj, koji misli, da prvenstvo kupovine ima, ako hoće, da dobro dobije, mora gotove novce po pogodbi zaključenoj položiti u sudske ruke. Samo protivljenje i nedozvoljavajanje bez novca ne вреди ništa; a posle 30 dana opet iščezava.

POLAGANJE CENE

U sudskoj praksi se najčešće pojavljuju parnice u kojima suvlasnici nepokretnosti i vlasnici susednog poljoprivrednog zemljišta ostvaruju pravo preče kupovine. Uobičajene su situacije da suvlasnik ili imalac poljoprivrednog zemljišta zaključi ugovor o prodaji sa trećim licem, a da nije ponudio nepokretnost drugom/drugim suvlasnicima odnosno susedima parcele. Tada se aktivira pravo na preču kupovinu. Propušanje ponude ili prodaja pod povoljnijim uslovima od one iz ponude se može sankcionisati tako što imalac prava preče kupovine sa uspehom pobije zaključeni ugovor u odnosu na njega i ostvari zahtev da se njemu stvar ustupi po ceni i drugim uslovima koji su bili ugovoreni između prodavca i trećeg lica.

Međutim, u ostvarenju tog prava imalac prava preče kupovine mora da ispuní stroge uslove propisane radi sprečavanja zloupotrebe ovog prava, pukog uznemiravanja prodavca i trećeg lica, kao i zbog pravne sigurnosti. Utvrđenje blagovremenosti tužbe je faktičko pitanje koje se ispituje u svakom konkretnom slučaju i ne ostavlja nerešene nedoumice. Sasvim je druga situacija kada je u pitanju polaganje cene kod suda.

Sudska praksa

Prisutna je različata sudska praksa. U jednom delu je prihvaćeno mišljenje da ukoliko tužilac nije uz tužbu priložio dokaz da je već položio novac kod suda, da takav tužilac nema aktivnu legitimaciju u toj parnici. Nasuprot ovom stavu, prisutno je i mišljenje da se podnošenje dokaza uz tužbu o pokretanju vanparničnog postupka radi uplate cene u sudski depozit (i kasnije polaganje novca), može upodobiti sa "istovemenom" uplatom, te da tužilac ima aktivnu legitimaciju da se u predmetu dalje postupa (dostavlja tužba na odgovor i sprovode dalje radnje propisane Zakonom o parničnom postupku).

Apelacioni sud u Novom Sadu je u više presuda⁵ u kojima je odbijen tužbeni zahtev tužilaca kao razlog za neosnovanost tužbenog zahteva naveo da nije is-

⁵ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu br. Gž 3955/12 od 12.10.2012. godine; presuda Apelacionog suda u Novom Sadu br. Gž 4483/12 od 27.06.2013. godine; presuda Apelacionog suda u Novom Sadu br. Gž 1874/14 od 02.07.2014. godine.

punjen zakonski uslov za ostvarenje prava preče kupovine zato što imalac prava preče kupovine nije istoga dana kada je poneo tužbu uplatio u sudski depozit tržišnu cenu nepokretnosti (mada je podneo predlog za pokretanje postupka uplate u sudski depozit).

1) Vrhovni kasacioni sud je u presudi⁶ od 13.03.2011. godine, kojom je odbio reviziju tužioca izjavljenu protiv presude okružnog suda kojom je odbijen njegov tužbeni zahtev naveo: "Prethodni uslov za odlučivanje po tužbi i razmatranje da li je povređeno subjektivno pravo (zakonsko pravo preče kupovine) predstavlja istovremena uplata prodajne cene sa podnošenjem tužbe. To znači istog dana prodajna cena mora biti uplaćena u sudski depozit. Uplati se može upodobiti i odluka kojom se od strane vanparničnog suda odbija zahtev za uplatu. Takav zaključak proizilazi iz čl. 10. Zakona o prometu nepokretnosti (iz 1998)..."

2) Interesantna je jedna presuda Apelacionog suda u Novom Sadu⁷ kojom je odbijena žalba tužilje i potvrđena prvostepena presuda kojom je odbijen njen tužbeni zahtev. U obrazloženjenju je pored ostalog navedeno i sledeće: "U konkretnom slučaju, tužilja je i pre podnošenja tužbe (09.11.2007. godine) podnela nadležnom sudu (05.11.2007. godine) predlog za dozvolu uplate iznosa od 110.000,00 dinara u sudski depozit na ime kupoprodajne cene označene u ugovoru od 17.11.2006. godine, ali koji predlog je odbačen pravnosnažnim rešenjem suda...pa se ima smatrati da tužilja nije postupila u skladu sa odredbama čl. 10. st. 1-3. Zakona o prometu nepokretnosti..."

Uočavamo još jedno različito viđenje po pitanju upodobljavanja predloga za uplatu u sudski depozit sa samom uplatom. U citiranoj presudi Vrhovnog kasacionog suda, je navedeno da se uplati može upodobiti odluka kojom se od strane vanparničnog suda odbija zahtev za uplatu dok je u navedenoj presudi apelacionog suda, navedeno da se odbačaj predloga za uplatu u sudski depozit ne može upodobiti uplati.

3) Nasuprot stavu o nužnosti uplate cene u sudski depozit na sam dan podnošenja tužbe, u presudi⁸ Apelacionog suda u Novom Sadu kojom je preinačena presuda prvostepenog suda tako što je usvojen tužbeni zahtev, je iskazan stav da su time što su tužioci podneli predlog za prijem kupoprodajne cene u sudski depozit istovremeno sa iniciranjem parnice, pružili dovoljno garancija da će prodavci naplatiti iznos kupoprodajne cene.

Protiv te odluke parnične stranke su izjavile izuzetnu reviziju. Apelacioni sud je predložio Vrhovnom kasacionom sudu da o reviziji odluči kao izuzetnoj

⁶ Presuda Vrhovnog kasacionog suda br. Rev 2257/10 od 13.03.2011. godine.

⁷ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu br. Gž 3945/12 od 02.04.2013. godine.

⁸ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu br. Gž 8273/0 od 05.05.2010. godine.

po članu 395 ZPP, zbog ujednačavanja sudske prakse. Vrhovni kasaioni sud je rešenjem⁹ od 12.05.2011. godine odbacio revizije tužilaca i tuženih izjavljene protiv presude Apelacionog suda u Novom Sadu broj Gž 8273/10 od 05.05.2010. godine. Iz obrazloženja rešenja je vidljivo da Vrhovni kasacioni sud nije prihvatio predlog apelacionog suda da o reviziji odluči kao o izuzetno dozvoljenoj, a zbog vrednosti spora, revizija nije bila dozvoljena pa je zato morala biti odbačena.

4) Stav o izjednačavanju pokretanja vanparničnog postupka za uplatu cene u sudski depozit sa samom uplatom na dan podnešenja tužba nalazimo i u rešenju¹⁰ Apelacionog suda u Novom Sadu kojim su ukinute presuda i dopunska presuda prvostepenog suda i u čijem je obrazloženju navedeno: "Po oceni ovog suda prvostepeni sud pogrešno nalazi da tužilac nije postupio u skladu sa odredbom čl. 10. st. 3. Zakona o prometu nepokretnosti (iz 1998). Naime, istovremeno sa podnošenjem tužbe 17.10.2007. godine, tužilac je kao predlagač protiv tuženog kao protivnika predlagača, pokrenuo postupak radi polaganja u sudski depozit kupoprodajne cene za predmetnu nekretninu, čime je manifestovao volju da taj novac i deponije...Vanparnični sud je doneo rešenje 29.10.2007. godine i potom je predlagač novac deponovao 27.11.2007. godine i time, po oceni ovog suda stekao aktivnu legitimaciju za vođenje spora za poništaj ugovora zbog povrede prava preče kupovine te činjenica što je taj novac deponovan 27.11.2007. godine, ne može ići na uštrb tužiočevog prava da poništava predmetni kupoprodajni ugovor kao imalac prava preče kupovine kome je to pravo povređeno, niti se ima smatrati da nije postupio u skladu sa čl. 10. st. 3. Zakona, kako to pogrešno nalazi prvostepeni sud."

5) U drugoj presudi¹¹ Apelacionog suda u Novom Sadu je izražen stav da tužilja nema aktivnu legitimaciju za poništaj ugovora o prodaji nepokretnosti i za ostvarenje prava preče kupovine zato što je uz tužbu podnela samo dokaz da je kod vanparničnog suda pokrenula postupak uplate u sudski depozit, a nije uplatila cenu toga dana. To što je upata cene u depozit suda od 30.000 evra usledila 27.06.2012. godine, nema značaja jer je tužba podneta 11.06.2012. godine.

Protiv ove presude je tužilja izjavila izuzetnu reviziju. Apelacioni sud je predložio Vrhovnom kasacionom sudu da o toj reviziji odluči kao izuzetnoj jer postoji potreba ujednačavanja sudske prakse zbog čega su ispunjeni uslovi propisani čl. 395 ZPP. Vrhovni kasacioni sud je rešenjem¹² od 14.11.2013. godine, prihvatio da o reviziji odluči kao o izuzetno dozvoljenoj. Usvojio je reviziju tužilje i

⁹ Rešenje Vrhovnog kasacionog suda br. Rev 495/11 od 12.05.2011. godine.

¹⁰ Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu br. Gž 227/13 od 19.02.2013. godine.

¹¹ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu br. Gž 636/13 od 22.02.2013. godine.

¹² Rešenje Vrhovnog kasacionog suda br. Rev 659/2013 od 14.11.2013. godine.

ukinuo presudu apelacionog suda i predmet vratio tom sudu da ponovo odluči o žalbi tužilje. U obrazloženju rešenja je naveo: "Istovremenim pokretanjem postupka za polaganje kupoprodajne cene u sudski depozit u visini od 30.000 evra sa podnošenjem tužbe u ovoj parnici, tužilja je pružila garanciju da će prodavci naplatiti iznos kupoprodajne cene... Smisao ove zakonske odredbe je da se polaganjem iznosa kupoprodajne cene kod suda, obezbedi garancija od lica koje želi da ostvari svoje pravo preče kupovine da neće izigrati prodavca i kupca svojim nedopuštenim radnjama. U konkretnom slučaju, novac u sudski depozit je zaprimljen 27.06.2012. godine, odnosno u periodu davanja odgovora na tužbu koji je usledio 17.07.2012. godine, što znači pre nego što su se tuženi upustili u raspravljanje. Time je obezbeđena garancija za tužene. Prema tome, pogrešan je zaključak drugostepenog suda da tužilja nije aktivno legitimisana da traži poništaj ugovora o prodaji nepokretnosti ..., zbog nepolaganja kupoprodajne cene u sudski depozit."

Argumenti za prihvatljivost šireg tumačenja zakonskog pravila. – Ukoliko bi normu "Tužilac je dužan da istovremeno sa podnošenjem tužbe iz ovog člana položi kod nadležnog suda iznos u visini tržišne vrednosti nepokretnosti" tumačili samo jezički tada bi sud u primeni materijalnog prava tužbu bez dokaza da je novac već uplaćen u sudski depozit odmah mogao da oceni kao "nepodobnu za izvođenje dokaza" i da u daljem toku postupka, predsednik veća, nakon odgovora na tužbu, donese presudu (bez održavanja ročišta) kojom će odbiti tužbeni zahtev primenom čl. 291. st. 2. ZPP. Ni jedna druga okolnost više ne bi bila bitna.

Zakonska norma treba da se tumači ne samo jezički već i ciljno. Pravo preče kupovine je institut koji ima za cilj da smanji broj suvlasnika na jednoj strani, ne dozvoljavajući da se u suvlasničku zajednicu umeša neko treće lice koje dolazi spolja i koje može povećati razdor u suvlasničkoj zajednici. Njen cilj je da se susvojina eliminiše i pretvori u samostalnu svojinu jednog lica. Kod poljoprivrednog zemljišta cilj je ukrupljavanje parcela zbog lakše obrade. Zato je zakonom omogućeno imaocu prava preče kupovine da može tužbom da zahteva da se ugovor o prodaji nepokretnosti oglasi bez dejstva prema njemu i da se nepokretnost njemu proda i preda pod istim uslovima.

S druge strane, zakonodavac želi da zaštiti prodavca i njegovog kupca od pukog uznemiravanja od strane lica koje bi moglo da se koristi pravom preče kupovine pa je zato uveo prekluzivne rokove za podizanje tužbe i obezbeđenje kroz polaganje cene u sudski depozit. Čini se da cilj zakonodavca nije bio da propiše tako stoge formalne uslove koji bi eliminisali imaoca prava preče kupovine u ostvarenju ovog prava već na prvom koraku. Dakle, cilj je zakonodavca da ovom licu, čije je pravo povređeno ponašanjem prodavca, omogući da se koristi zakon-

skim pravom, ali samo na način da ne ugrožava prava prodavca i njegovog kupca na slobodno zaključenje ugovora o prometu nepokretnosti.

Ne sme se izgubiti iz vida da je imalac prava preče kupovine tužbu podneo zato što je izigran zaključenim ugovorom o prometu nepokretnosti. Ako se pri tome rukovodimo namerom zakonodavca da da zaštitu imaocu prava preče kupovine od lica koja su njegovo pravo preče kupovine povredili, tada će sud dokaz o pokretanju uplate novca u sudski depozit priložen uz tužbu i kasniju, ali blagovremenu uplatu u sudski depozit upodobiti "istovremenoj" uplati iz čl.10. st. 5. Zakona i prihvatice da dalje ispituje osnovanost tužbenog zahteva.

Pitanje do kada uplatu nakon podnošenja tužbe treba smatrati blagovremenom je faktičko pitanje. U napred analiziranom rešenju Vrhovnog kasacionog suda od 14.11.2013. godine su činjenice bile takve da je tužba podneta 11.06.2012. godine, a uplata je usledila 27.06.2012. godine u fazi postupka kada tuženi nije stigao ni da da odgovor na tužbu. To je u nekoj drugoj činjeničnoj građi mogao da bude drugi momenat. Primerice, na pripremno ročište tužilac donese dokaz o uplaćenom novcu i ispunjen je uslov da se na pripremnom ročištu razmatraju pitanja koja su propisana ZPP da se razmatraju na pripremnom ročištu. Ne bi valjalo da se uđe u fazu postupka u kojoj se izvode dokazi pre nego novac bude položen u depozit suda.

Da ovu zakonsku normu treba posmatrati šire, a ne da se samo jezički тумачи govori i dalji deo –teksta ove norme "iznos u visini tržišne vrednosti nepokretnosti na dan podnošenja tužbe".

POLAGANJE CENE OZNAČENE U UGOVORU ILI U VISINI TRŽIŠNE VREDNOSTI NEPOKRETNOSTI NA DAN PODNOŠENJA TUŽBE

Pre svega treba ukazati na koliziju između prvog stava i razmatranog stava 5. čl. 10. Zakona. U prvom stavu je propisano: "Ako je prodavac prodao nepokretnost, a nije je prethodno ponudio imaocu prava preče kupovine ili je nepokretnost prodao pod uslovima povoljnijim od uslova iz ponude, imalac prava preče kupovine može tužbom kod suda da zahteva poništaj ugovora o prodaji nepokretnosti i da se nepokretnost njemu proda pod istim uslovima." U trećem stavu se govori o polaganju kod suda iznos tržišne vrednosti nepokretnosti na dan podnošenja tužbe.

U praksi su moguće četiri cene i to: cena koja je napisana u ugovoru, cena koju je kupac isplatio prodavcu, tržišna cena na dan zaključenja ugovora i tržišna cena na dan podnošenja tužbe. Tome treba dodati i vrednost koju je Poreska uprava odredila kao osnovicu za plaćanje poreza na promet. Pbrojane cene/vrednosti mogu da se više ili manje razlikuju. Prema tome, cena po kojoj je nepo-

kretnost prodata ne mora da odgovora tržišnoj ceni koja važi na dan podnošenja tužbe.

Upravo ove razlike stvaraju nedoumice i kod onih koji treba da podnesu tužbu, a i kod suda. Brojna su pitanja na koja se mora odgovoriti da bi sudska praksa bila ujednačena. Pre svega kako prevazići neusaglašenost zakonskog pravila propisanog u prvom stavu sa onim iz petog stava. Da li je samo za podnošenje tužbe bitno da tužilac uplati tržišnu cenu na dan podnošenja tužbe (postupio po obavezi iz petog stava), a ako uspe sa tužbenim zahtevom prodavac će biti dužan da mu nepokretnost proda pod istim uslovima iz ugovora o prodaji (sud postupio po prvom stavu)? Ili utvrđenje tržišne cene na dan podnošenja tužbe ima značaj i kod obaveze prodaje imaocu prava preče kupovine? U tom slučaju ukoliko se utvrdi da je tržišna cena na dan podnošenja tužbe veća od one po kojoj je nepokretnost prodata, hoće li tužilac biti dužan da plati više i nije li to suprotno onome o čemu govori institut prava preče kupovine (*da se nepokretnost njemu proda pod istim uslovima*). Tužilac bi tada bio u nepovoljnijem položaju od kupca. Ukoliko se pak utvrdi da je tržišna cena na dan podnošenja tužbe manja od one koju je platio kupac, a tužilac uspe u parnici, tada bi prodavac bio oštećen. Nije u pitanju samo hipotetična postavka ovakve situacije. Događa se da neko ko i nije imao nameru da proda nepokretnost dobije takvu ponudu koja menja njegov stav jer je svestan da je cena viša od tržišne i odluči se na prodaju. U svakoj od ove dve situacije ukoliko bi se postupilo po pravilu iz trećeg stava Zakona, neće biti postupljeno po pravilu propisanim u prvom stavu i po osnovnoj postavci instituta prava preče kupovine, a to je da imalac tog prava predmet prodaje dobije pod istim uslovima.

Postupajući po pravilu iz zakonske norme suočavamo se sa sledećim pitanjem: kako će se utvrditi iznos tržišne vrednosti nepokretnosti na dan podnošenja tužbe i kakve dokaze tužilac može da pribavi da bi tu činjenicu dokazao? Zašto bi teret dokazivanja tržišne cene nepokretnosti uopšte bio na njemu, kad je bitna cena po kojoj je promet izvršen? A jeste, jer je takva norma Zakona. Poznato je da Poreska uprava ne daje informacije o tržišnoj vrednosti nepokretnosti na zahtev fizičkih lica. Takvu informaciju daje na zahtev suda, ali je tužiocu ona potrebna pre podnošenja tužbe. Hoće li tužilac morati da angažuje veštaka da mu tu vrednost izračuna pre podnošenja tužbe? Da li će biti dovoljno da se osloni na vrednost na koju je od strane Poreske uprave utvrđen i plaćen porez na promet nepokretnosti, a taj podatak se nalazi na ugovoru o prodaji? Kako postupiti ako se posle u postupku utvrdi da je tržišna cena na dan podnošenja tužbe bila veća? Kako će proći ako se osloni na kupoprodajnu cenu iz ugovora i nju uplati u depozit suda?

Na primerima iz sudske prakse videćemo kakve su odgovore imaoi prava preče kupovine dobijali u odlukama sudova.

Sudska praksa

1) Apelacioni sud u Novom Sadu je rešenjem¹³ ukinuo presudu Osnovnog suda u Subotici br. P 187/2013 od 09.01.2014. godine kojom je odbijen tužbeni zahtev tužioca. Činjenice relevantne za presuđenje su bile sledeće: Ugovor o prodaji poljoprivrednog zemljišta je zaključen 13.09.2011. godine, za ugovorenu cenu od 570.000,00 dinara. Tužilac je vlasnik susedne parcele. Poreska uprava je rešenjem od 22.09.2011. godine utvrdila vrednost parcele na 721.000,00 dinara. Tužilac je tu sumu uplatio u sudski depozit jedan dan pre podnošenja tužbe i tužbu podneo 05.02.2012. godine. U postupku je izveden dokaz veštačenja putem veštaka poljoprivredne struke koji je dao mišljenje da je na dan podnošenja tužbe tržišna cena zemljišta iznosila 1.656.519,06 dinara, a objasnio je i koji su razlozi zbog kojih je došlo do promena cena poljoprivrednog zemljišta od zaključenja ugovora do podnošenja tužbe. Prvostepeni sud je u razlozima za odbijanje tužbenog zahteva naveo da tužilac nije ispunio uslov iz čl. 10. st. 3 Zakona jer nije položio tržišnu cenu u depozit suda, već onu koju je utvrdila poreska uprava. U obrazloženju rešenja, apelacioni sud je naveo da je prvostepeni sud pogrešno primenio materijalno pravo što je za posledicu imalo nepotpuno utvrđeno činjenično stanje. Pored ostalih navoda je rečeno i sledeće: “ Tržišna vrednost nepokretnosti na koju pretenduje nosilac prava preče kupovine, vezuje se za trenutak zaključenja ugovora koji se poništava, jer je jedino u tom slučaju ostvariv zakonski ustanovljen princip da se nosiocu prava preče kupovine nepokretnost proda pod istim uslovima, pod kojima je prodato kupcu. Ukoliko bi se tržišna vrednost nepokretnosti utvrđivala u nekom drugom trenutku, nosilac prava preče kupovine bio bi u povlašćenom ili podređenom položaju u odnosu na kupca nepokretnosti u zavisnosti od kretanja cena nepokretnosti na tržištu, što je u suprotnosti sa citiranom zakonskom odredbom...Veštak je navela i da je ugovorena cena od 5.600 evra realna ili malo niža od realne. Propust suda da ceni iskaz veštaka u tom delu za posledicu je imao neutvrđenost tržišne vrednosti nepokretnosti u vreme zaključenja ugovora, odnosno izostanak upoređenja iznosa uplaćenog u depozit sa jedne, sa tržišnom vrednošću nepokretnosti u trenutku zaključenja ugovora, sa druge strane.”

U ovom primeru vidimo do koje mere je prvostepeni sud usko tumačio zakonsku normu kada je uskratio pravo tužiocu da ostvaruje pravo preče kupovine

¹³ Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu br.GŽ 660/14 od 15.10.2014. godine.

samo zato što je uplatio u depozit suda vrednost koju je Poreska uprava utvrdila kao osnovicu za porez na promet, a ne onu sumu do koje se došlo tek u parnici veštačenjem tržišne vrednosti na dan podnošenja tužbe. Međutim, i apelacioni sud umesto da prihvati da je tužilac stekao aktivnu legitimaciju time što je uplatio vrednost koju je Poreska uprava utvrdila (značajno veća od cene navedene u ugovoru) upućuje prvostepeni sud da veštačenjem utvrdi tržišnu vrednost na dan zaključenja ugovora. Takvim uputstvom drugostepeni sud izlazi iz zakonskog okvira jer se u Zakonu nigde ne spominje tržišna vrednost na dan zaključenja ugovora.

2) U drugoj parnici je tužilac angažovao veštaka da proceni tržišnu vrednost parcele, uplatio je u depozit suda iznos od 1.363.792.70 dinara i potom podneo tužbu. U ugovoru o prodaji zaključenim 19.10.2012. godine je bila označena cena od 3.100.000,00 dinara, a tu vrednost je prihvatila i Poreska uprava i na tu osnovicu utvrdila porez za prenos apsolutnih prava. Taj ugovor je tužilac uz tužbu podneo te mu je bila jasna sadržina kao i činjenica da je u tom slučaju ugovorena cena bila jednaka tržišnoj. Tužilac tokom postupka nije izjavio da je spreman da mu tuženi nepokretnost proda pod istim uslovima kao u ugovoru (3.100.000,00 dinara), već je dokazivao da je tržišna cena ona koju je angažovani veštak izračunao. Pored toga on nije postavio zahtev da mu se nepokretnost proda pod istim uslovima već za cenu koju je veštak utvrdio (1.363.792.70 dinara). Njegov tužbeni zahtev je odbijen pravnosnažnom presudom Apelacionog suda u Novom Sadu¹⁴.

Ovo je primer iz koga vidimo da ponekad stranke u ovoj normi vide način da bolje prođu. Moguće je u stvarnosti da tržišna cena nepokretnosti naglo padne od dana zaključenja ugovora do dana podnošenja tužbe, ali ta činjenica bi imala značaj samo za ispunjenje uslova za podnošenje tužbe, ali nikako i da se predmet prodaje dobije po povoljnijim uslova od onih u ugovoru na čemu je tužilac insistirao.

3) Interesantna je odluka Apelacionog suda u Novom Sadu¹⁵ sa aspekta tereta dokazivanja tržišne vrednosti nepokretnosti i ispitivanje suda po službenoj dužnosti da li je položena cena tržišna, u cilju pravilne primene materijalnog prava. *Činjenice koje su utvrđene:* Ugovor o prodaji poljoprivrednog zemljišta je zaključen 15.10.2010. godine. Ugovorena kupoprodajna cena je ukupno iznosila 659.632,00 dinara koju je kupac isplatio suvlasnicima u skladu sa njihovim suvlasničkim delovima. Tužilje su vlasnice susedne parcele, a prodavci im nisu pismeno ponudili zemljište na prodaju. Tužilje su pre podnošenja tužbe u depozit suda uplatile iznos od 659.632,00 dinara. Prvostepeni sud je ocenio da je pravo preče

¹⁴ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu br. Gž 305/13 od 01.04.2014. godine.

¹⁵ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu br. Gž 1537/13 od 05.12.2013. godine.

kupovine tužilja povređeno i usvojio je njihov tužbeni zahtev. Apelacioni sud je usvojio žalbu tuženih i preinačio je prvostepenu presudu tako što je odbio tužbeni zahtev tužilja, a u obrazloženju je pored ostalog naveo i ove razloge: “ Naime, u toku postupka je utvrđeno da je tužilja K.M. uplatila *predujam kupoprodajne cene* u iznosu od 659.632,00 dinara, ali je propustila da u toku postupka i dokaže (traženjem da se od Uprave prihoda pribavi izveštaj o tržišnoj ceni nepokretnosti, koje su bile predmet pobijanog ugovora) da iznos koji je uplatila u depozit predstavlja *tržišnu vrednost* nepokretnosti i o tome pruži dokaz shodno čl.10. st. 3. Zakona...Stoga, izvršenjem obaveze imaoca prava preče kupovine da istovremeno sa podizanjem tužbe zbog povrede prava preče kupovine *položi* kod suda *iznos tržišne cene* predstavlja uslov za podnošenje takve tužbe. Polaganjem tog iznosa imalac prava preče kupovine stiče tek aktivnu legitimaciju za vođenje parnice. Kako je utvrđeno da tužilje nisu položile kod suda na čijem se području nepokretnost nalazi iznos tržišne cene to u momentu tužbe nije bio ispunjen uslov iz navedene odredbe Zakona.”

Čini se da tužilje nisu samo povređene od strane prodavca što im je uskratio pravo preče kupovine već još više zato što zaštitu nisu ostvarile u sudskom postupku. Apelacioni sud navodi da su tužilje propustile da dokažu da su u sudski depozit uplatile tržišnu cenu na dan podnošenja tužbe (uplatile su cenu iz ugovora) jer nisu predožile da sud od Uprave prihoda pribavi izveštaj o tržišnoj ceni nepokretnosti, koje su bile predmet pobijanog ugovora, da bi potom naveo da je utvrđeno da tužilje nisu položile kod suda iznos tržišne cene i da zato nije bio ispunjen uslov iz navedene odredbe Zakona. Ako je to bilo osporavano od strane tuženih onda je teret dokazivanja na njima. Ako nije bilo sporno zašto bi tužilje predlagale izvođenje takvog dokaza. Da je taj dokaz izveden i da je zaista tržišna cena na dan podnošenja tužbe bila veća od ugovorene opet bi zaključak sudova bio da nije ispunjen zakonski uslov za podnošenje tužbe. I ovo je primer koliko je položaj imalaca prava preče kupovine otežan kod podnošenja tužbe zbog zakonske norme koja opravdano mora da trpi kritiku.

*Argumenti za prihvatljivost uplate cene označene u ugovoru
prilikom podnošenja tužbe*

Suština ostvarenja prava preče kupovine je u tome da imalac prava preče kupovine plati onu cenu koju je platio kupac prodavcu bez obzira na činjenicu koja je cena označena u ugovoru, viša ili manje od stvarne, da li je to tržišna cena ili ne i ako jeste je li ona koja je važila u vreme zaključenja ugovora ili podnošenja tužbe. Čini se zato opravdanim da se ove dve obaveze posmatraju odvojeno. Za podnošenje tužbe je dovoljno da se položi cena označena u ugovoru, a kod os-

tvarenje prava ta cena može biti i različita od položene. I bez veće analize sudske prakse, možemo da zaključimo da je većina tužbenih zahteva odbijena zato što tužioci nisu uspeli da dokažu da su u depozit suda uplatili tržišnu cenu koja je važila na dan podnošenja tužbe, mada je zaključenim ugovorom njihovo pravo preče kupovine bilo povređeno. Pošto njihova krajnja obaveza nije ni vezana za sumu koja je uplaćena u depozit, tada je dovoljno i razumno da se njihova obaveza prilikom podnošenja tužbe veže za cenu iz ugovora, a ne za tržišnu cenu na dan podnošenja tužbe jer taj iznos ne bi ni platili prodavcu ukoliko uspeju sa tužbom. Autor se zalaže za balans u pravima i obavezama između onog čija su prava povređena i onog ko ih je povredio. Sa sadašnjim zakonskim rešenjem se to ne postiže jer su uslovi za tužbu previše formalni i isključujući. Primerice, kod nas se toleriše praksa da se u ugovor o prodaji označi manja cena od stvarne (ugovornici na taj način izbegnu da plate porez na promet u punom iznosu). Ta činjenica po njih može imati posledice u vidu prekršajne odgovornosti zbog nedovoljnog ispunjenja poreske obaveze.

Međutim, u sudskom postupku oni će dokazati kolika je bila stvarna cena i neće trpeti negativne posledice. Imalac prava preče kupovine bi bio dužan da plati tu stvarnu cenu jer su to "isti uslovi" pod kojima je nepokretnost prodana. Zašto bi bilo opravdano da tužilac pre nego podnese tužbu mora da angažuje veštaka i utvrđuje tržišnu cenu na dan tužbe i čemu će poslužiti tako utvrđena cena i eventualno uplaćen veći iznos od stvarne cene. Zašto je obaveza onog čije je pravo povređeno veća? Utvrđenje tržišne cene i to one u vreme zaključenja ugovora može da posluži samo kao orijentir prilikom utvrđenja stvarno isplaćene cene jer taj iznos bi imalac prava preče kupovine bio dužan da plati prodavcu u slučaju uspeha u sporu i ostvarenja principa da mu se nepokretnost proda pod istim uslovima

ZAKLJUČAK

Dokaz o pokretanju vanparničnog postupka o uplati cene u sudski depozit priložen uz tužbu i kasniju, ali blagovremenu uplatu u sudski depozit, treba upodobiti "istovremenoj" uplati iz čl. 10. st. 5. Zakona o prometu nepokretnosti.

Imalac prava preče kupovine je udovoljio zakonskoj obavezi kada prilikom podnošenja tužbe u depozit suda uplati cenu označenu u ugovoru i nije dužan da dokazuje kolika je tržišna cena nepokretnosti na dan podnošenja tužbe.

JELENA BOROVIĆ

Judge, Supreme Court of Cassation

PREEMPTIVE RIGHT AND PRICE DEPOSITING
IN OUR COURT PRACTICE

Summary

In order to protect the seller's and their buyers' right against pure harassment, the lawmaker has stipulated strict conditions for the holder of the preemptive right at the occasion of filing of a suit against those who deceived their right. Therefore they stipulated preclusive deadlines for a suit and depositing of the price into the court deposit. In the court practice a different interpretation of the legal norm has occurred which stipulates the obligation of depositing the price into the court deposit, which results in different judgements in the same factual and legal situation. The study deals with two disputed issues which concern the simultaneous payment together with the filing of a suit and depositing of the market price which is valid on the day of filing of the suit. Shown are the judgements of the court of appeal and reviewing court which expound different approaches to the interpretation of the legal norm and consequences of plaintiff's success in lawsuits the subject of which is the protection of the preemptive right, with author's comments and arguments on behalf of acceptance of a broader interpretation of the legal norm.

BOŠTJAN TRATAR

**INSTITUT OBAVEZNOG ZAKLJUČENJA UGOVORA
(TZV. “KONTRAHIRNA PRINUDA”) KAO OGRANIČENJE
AUTONOMIJE VOLJE U GRAĐANSKOM PRAVU
U SMISLU SOCIJALIZACIJE PRIVATNOG PRAVA**

U V O D

Obavezno zaključenje ugovora – tzv. kontrahirna dužnost/prinuda¹ (nem. *Kontrahierungszwang*², engl. *duty to contract*, it. *l'obbligo di contrarre*, fr. *contracts forcés*, *contracts imposés*, šp. *obligacion de contratar*, rus. *обязательство заключить контракт*) se u pravnoj teoriji različito opredeljuje.³ Ponekad se na-

Dr Boštjan Tratar, docent Fakulteta za državne i evropske studije, Brdo pri Kranju i generalni državni pravobranilac Republike Slovenije, Ljubljana.

¹ Lat. *contrahere* – zaključiti ugovor.

² Koriste se takođe pojmovi (*Vertrags-*)*Abschlusszwang*, (*Vertrags-*)*Abschlusspflicht*, *Abschlussverpflichtung*, *Kontrahierungspflicht*.

³ Tako Bojan Zabel: *Uvod v gospodarsko pogodbeno pravo*, Gospodarski vestnik, Ljubljana, 1987, str. 194. Uporedi takođe Franz Bydlinski: *Kontrahierungszwang und Anwendung allgemeinen Zivilrechts*, Juristenzeitung, 1980, str. 378–385; Franz Bydlinski: *Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges*, Archiv für civilistische Praxis, 1980, str. 1–46; Karl Hackl: *Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang im deutschen, im österreichischen und im italienischen Recht*, Eine rechtsvergleichende Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht, Berlin, 1980; Wolfram Höfling: *Vertragsfreiheit, Eine grundrechtsdogmatische Studie*, Heidelberg, 1991; Wolfgang Zöllner: *Kontrahierungszwang und Vertragsfreiheit – Negation oder Immanenz?*, u: Kolziol/Rummel (ur.): *Im Dienste der Gerechtigkeit*, Festschrift für Franz Bydlinski, Wien 2002.

ime poima samo u *užem smislu*, tj. kao dužnost određenog subjekta da zaključi ugovor s drugim subjektom, ali pri tome ugovorne strane same određuju ugovorni sadržaj. Međutim, ponekad se kao dužnost zaključenja ugovora smatra već zakonsko određivanje ugovornih sastojaka (ugovornog sadržaja) čak bez zakonsko određene dužnosti strana da zaključe ugovor.⁴

Međutim, dužnost zaključenja ugovora je pitanje kojim se zakonodavstvo⁵ i sudska praksa a takođe i pravna teorija intenzivnije bavila od kraja prvog svetskog rata dalje.⁶ Pre svega se naglašava da je ova pojava tesno povezana s intervencijom države u privredu i time u vezi s promenjenim položajem privrednog subjekta.⁷ S jedne strane, radi se o dostizanju ciljeva ekonomske politike. Međutim, s druge strane, ova dužnost je takođe povezana sa koncentracijom privrednih delatnosti i sa preovlađajućim položajem određenih preduzeća na tržištu. Dužnost zaključenja ugovora bi trebalo da spreči zloupotrebu tržišnog položaja takvih preduzeća i da ukine diskriminaciju u građanskopravnim odnosima.⁸ Ograničenje ugovorne slobode bi trebalo da ima pažnju zakonodavstva, naročito u slučaju kada se radi o obezbeđivanju opšte značajnih dobara ili usluga: dostava energije, saobraćaj i veze, bankarska delatnost i delatnost, koja se odnosi na osiguranje, komunalne delatnosti itd.⁹

Poznati nemački civilista *Hans Carl Nipperdey* (1895–1968) je institut kontrahirne prinude umestio među dva različita suprotna pola – slobode privatnog prava (privatne autonomije) s jedne strane i njegove socijalne vezanosti (*soziale Bindung*) s druge strane.¹⁰ Polazište njegove rasprave predstavljala je teza o *socijalizaciji privatnog prava*. Prema njegovom stanovištu, zajednica može zahtevati da se zaštite interesi slabijih te da se ukine diskriminacija (i u građanskopravnim

⁴ B. Zabel, *op. cit.*, str. 194.

⁵ Vidi i član 27. Zakona o obligacionim odnosima (“Obavezno zaključenje i obavezna sadržina ugovora”): “(1) Ako je neko po zakonu obavezan da zaključi ugovor, zainteresovano lice može zahtevati da se takav ugovor bez odlaganja zaključi. (2) Odredbe propisa kojima se, delimično ili u celini, određuje sadržina ugovora sastavni su delovi tih ugovora, te ih upotpunjavaju ili stupaju na mesto ugovornih odredaba koje nisu u saglasnosti sa njima.”

⁶ B. Zabel, *op. cit.*, str. 194.

⁷ Uporedi takođe Susanne Sprafke: *Diskriminierungsschutz durch Kontrahierungszwang, Vertragsabschlusspflicht aus § 21 AGG im System der Kontrahierungspflichten*, Kassel University Press GmbH, Kassel, 2013.

⁸ Opširnije Roman Lehner: *Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz und Grundrechte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.

⁹ Uporedi B. Zabel, *op. cit.*, str. 194.

¹⁰ Thorsten Hollstein: *Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, str. 225.

odnosima). Međutim, upravo to bi trebalo da bude namera uvođenja kontrahirne prinude u pravni poredak.¹¹

AUTONOMIJA VOLJE, ODNOSNO, PRIVATNA AUTONOMIJA
(UGOVORNA SLOBODA) KAO TEMELJNI STUB GRAĐANSKOG PRAVA

U raspravi o obaveznom zaključenju ugovora potrebno je poći od toga da se u građanskom pravu kao jedno temeljnih načela naglašava *načelo autonomije volje*¹² (odnosno *privatna autonomija*)¹³, takođe i *ugovorna sloboda*.¹⁴ Načelo ugovorne slobode znači mogućnost pravnih subjekata da svojom voljom stvaraju pravnu normu koja ih obavezuje na određeno ponašanje.¹⁵ Ta je norma rezultat njihove saglasnosti (volja) i ona se naziva ugovor i ima snagu zakona (*lex contractus*). Ugovorna sloboda uključuje takođe slobodno odlučivanje o tome, da li

¹¹ Više o njegovim idejama Hans Carl Nipperdey: *Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag*, Jena, 1920. Vidi takođe Thorsten Hollstein, *op. cit.* Nipperdey navodi (navedeno prema Hollstein, *op. cit.*, str. 237): “Das Nichtkontrahieren kann zu einer Gefährdung lebenswichtiger Interessen anderer Rechtssubjekte und damit der Gesamtheit der Rechtsgenossen führen. Denn die Menschen sind aufeinander angewiesen. Die Abschließung vom Rechtsverkehr, mag sie nun grundlos oder aus eigensüchtigem Grunde erfolgen, darf von der Gesellschaft unter gewissen Umständen nicht zugelassen werden. Wann eine solche Gefährdung von Gemeininteressen vorliegt, wann das soziale Interesse die Teilnahme des einzelnen am Rechtsordnung, eine Rechtsordnung des Ausgleichs widerstreitender Individualinteressen im Hinblick auf die Interessen der Gesamtheit Vorsorge zu treffen hat, daß da, wo es notwendig erscheint, ein Rechtssubjekt zur Beteiligung an den privatrechtlichen Wetbewegungen und daher zum Abschluß von Verträgen gezwungen werden kann.”

¹² Uporedi: Katuska Hernández Fraga/ Danay Guerra Cosme: *El principio de autonomía de la voluntad contractual civil – sus límites y limitaciones*, u: *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, núm. 6, junio 2012, str. 27–46.

¹³ Načelo ugovorne slobode postojalo je još u vreme klasičnog Rimskog prava – u Zakoniku XII ploča (*Leges duodecim tabularum*) od 451. p. n. e., koja je bila prva kodifikacija načela ugovornog prava, zapisano je: “*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nupassit, ita ius esto*” (VI, 1), navedeno prema J. Buscha, *op. cit.*, str. 47.

¹⁴ B. Zabel, *op. cit.*, str. 193. Vidi takođe Rodrigo Barcia Lehmann: *La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile*, Temas de contratos, Cuadernos de Análisis Jurídicos. Colección Derecho Privado III. Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de derecho. Santiago de Chile, 2006, str. 159–185. Vidi takođe María Venegas Grau: *Derechos fundamentales y Derecho privado – Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S. A., Barcelona, 2004. Uporedi i Sebastian Christ: *Vertragsfreiheit in China: Ein Vergleich zwischen chinesischem und deutschem Vertragsrecht*, Diplomica Verlag, 2011; Çiçek Ersoy Artunç: *Vertragsfreiheit als Erscheinungsform der Privatautonomie im deutschen Zivilrecht*, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iaufdi/article/viewFile/1023010379/1023009617> (16. 6. 20165).

¹⁵ Nem. tzv. “*Inhaltsfreiheit*”.

će strane uopšte zaključiti ugovor sa određenom ugovornom stranom.¹⁶ Ugovorna sloboda, dakle, uključuje takođe pravo da se određeni ugovor ne zaključi – za liberalističko shvatanje građanskog prava ovo je jedno od temeljnih prava.¹⁷

Nipperdey je, npr. označio privatno pravo kao životni elemenat čoveka (“*Lebenselement des Menschen*”), koji istorijski temelji na *humanitas* i na *libertas*, na pravima i slobodama, koje takođe štiti ustav.¹⁸ Međutim, *Nipperdey* polazi, pre svega, od ljudskog dostojanstva te od slobode oblikovanja sopstvene ličnosti, što jeste garancija privatne autonomije.¹⁹

Načelo ugovorne slobode se ubrojava u zajedničko pravno-kulturno nasleđe zapadnog sveta.²⁰ Međutim, pravni poredak određuje slobodi ugovornog dogovaranja takođe neka ograničenja – kršenje zakona, morala, ograničenja u pogledu poslovne nesposobnosti, razlozi za poništenje ili raskid ugovora zbog zablude ili prevare itd.²¹ Domet ugovorne slobode u odnosu na kogentno (zakonsko) pravo značajna je karakteristika svakog pravnog poretka. Granice privatnopravne autonomije, po pravilu, nisu statički opredeljene za čitavo vreme, nego se menjaju u toku vremena i u pogledu na okolnosti u društvu.²² Međutim, iako dužnost zaključenja ugovora snažno ograničava ugovornu slobodu, ipak se s pravnog staništa još uvek radi o ugovoru. Saglasna volja strana (iako je pod uticajem zakona) još uvek je onaj faktor, koji stvara među ugovornim stranama pravni odnos – i u tom slučaju zakon ne zamenjuje odluke obe strane za zaključenje ugovora.²³

OGRANIČENJE UGOVORNE SLOBODE (U SMISLU SOCIJALIZACIJE PRIVATNOG PRAVA)

Međutim, privatna autonomija, odnosno, ugovorna sloboda nije neograničena.²⁴ Ustavne odredbe iz kojih izvodimo pravo na privatnu autonomiju/ ugo-

¹⁶ Nem. tzv. “*Abschlussfreiheit*”.

¹⁷ B. Zabel, *op. cit.*, str. 193.

¹⁸ Henner Schläfke: *Einschränkungen der zivilrechtlicher Vertragsfreiheit durch die Drittwirkung der Grundrechte*, str. 2 (http://ifn.rewi.hu-berlin.de/veranstaltungen/SoSe_2004/Seminararbeiten/Thema1_Schlaefke.pdf (27. 3. 2015)).

¹⁹ Ibidem.

²⁰ A. Bruns: *Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen in Europa und den USA*, u: *Juristenzeitung*, br. 8/2007, str. 386.

²¹ Vidi takođe Emmanuel Gounot: *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Arthur Rousseau, Paris, 1912.

²² Vidi A. Bruns, *op. cit.*, str. 386.

²³ B. Zabel, *op. cit.*, str.194.

²⁴ Ako ne na drugi način, autonomija je ograničena kroz opšte *načelo savesnosti i poštenja*. Videti Bogomir Sajovic: *Osnove civilnega prava – splošni del*, Uradni list, Ljubljana 1994, str. 22.

vornu slobodu, nemaju pred očima iz društva izolovanog pojedinca, nego mnogo više društvo kao celinu. U pogledu na pomenuto, postavljaju granicu privatnoj autonomiji prava trećih, što je u saglasnosti i sa samim konceptom ugovorne slobode. Naime, slobodno zaključenje ugovora samo po sebi pretpostavlja konsenzus ugovornih strana u smislu rezultata socijalne interakcije. Granica privatne autonomije jednog, znači naime, privatnu autonomiju drugog. Samo na ovaj način moguće je privatnu autonomiju u određenom obimu obezbediti obema ugovornim stranama.²⁵ Privatno pravo, koje ne želi da prouzrokuje socijalni haos, mora postaviti granice oblikovanju volje, zapisao je *Otto v. Gierke* još 1889. godine.²⁶ Opšti interes (čitave pravne zajednice) da postoji uređeni zajednički život, tj. koegzistencija, znači prirodno granicu privatne autonomije. Takva ograničenja došla su do izražaja u brojnim odredbama građanskog prava (odredbe o određenoj formi zaključivanja ugovora, zaštita manjina u pravu društava, zabrana diskriminacije u građanskom pravu itd.).

DETALJNIJE OPREDELJENJE KONTRAHIRNE PRINUDE U PRAVNOJ TEORIJI

Kontrahirnu prinudu potrebno je detaljnije opredeliti i pre svega razgraničiti od drugih posezanja u ugovornu slobodu.²⁷ Najrašireniju definiciju kontrahirne prinude ("*Kontrahierungszwang*") je 1920. godine dao *Hans Carl Nipperdey*, prema kome je kontrahirna prinuda dužnost na podlozi neke norme pravnog reda, koja pravnom subjektu bez njegove volje u interesu beneficijenta (*Begünstigte*) nalaže da s njim zaključi određeni ugovor, odnosno, ugovor određenog sadržaja.²⁸ Ovakvom definicijom je *Nipperdey* opredelio, kako sredstvo kontrahirne prinude (tj. zakonska prinuda – *Gesetzeszwang*), tako i nameru kontrahirne prinude (tj. zaključenje ugovora u interesu beneficijenta – *Vertragsschluß im Interesse des Begünstigten*).²⁹

²⁵ H. Schläfke, *op. cit.*, str. 2.

²⁶ *Otto v. Gierke: Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, str. 22, navedeno prema H. Schläfke, *op. cit.*, str. 3.

²⁷ Jan Busche: *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, Tübingen, 1999, str. 110.

²⁸ Navedeno prema Buscha, *op. cit.*, str. 110. "Kontrahierungszwang ist die auf Grund einer Norm der Rechtsordnung einem Rechtssubjekt ohne seine Willensbildung im Interesse eines Begünstigten auferlegte Verpflichtung, mit diesem einen Vertrag bestimmten oder von unparteiischer Seite zu bestimmenden Inhalts abzuschliessen."

²⁹ J. Busche, *op. cit.*, str. 111.

Slično je 1953. godine *Ernst Rudolf Huber* kontrahirnu prinudu opredelio kao “zakonom ili upravnim aktom na zakonskoj podlozi uspostavljenu obavezu zaključiti privatnopravni ugovor”.³⁰ Međutim, i pomenuta definicija sadrži određenje namere i sredstva, a ne i funkcionalnog značenja.³¹

Godine 1980. je *Wolfgang Kilian Nipperdey* formulaciji odnosa sredstvo – namera (*Mittel-Zweck Beziehung*) pozivanjem na raspravu *Ludwiga Raiser*-sa, dodao funkcionalno značenje kontrahirne prinude: “Kontrahirnu prinudu je potrebno poimati kao korektiv za tržišno uslovljeni nedostatak razumne alternative ponašanja za beneficijenta kod zaključivanja ugovora o značajnim dobrima ili uslugama”.³²

Između obe pomenute definicije nalazi se opredeljenje *Wenera Mertnesa* iz 1929. godine, prema kojem se kontrahirna prinuda shvata kao prinuda koja je od strane pravnog reda, kao socijalna institucija, nametnuta pravnom subjektu. On treba da zaključi ugovor protiv svoje volje, ali u interesu društva kao celine, sa određenim sadržajem i sa namerom da se ukloni opasnost od ugrožavanja životno značajnih interesa pojedinca ili zajednice³³.

Međutim, uprkos različitim idejama, pomenuta pojmovna opredeljenja označavaju kontrahirnu prinudu kao instrument korigirajućeg dejstvovanja na privatnoautonomno ponašanje pravnih subjekata. *Hans Carl Nipperdey* i *Werner Mertens* očigledno prikazuju to pozivanjem na spoljno određivanje volje (“*Fremdbestimmung des Willens*”), a *Wolfgang Kilian* naime na primenu pojma “korektiv”.³⁴ Takav opis ugovorne prinude je u saglasnosti s predstavom o kontrahirnoj prinudi, kao pravnom institutu privatnog prava, koji utemeljuje ograničenje ugovorne slobode. Korigirajuće dejstvovanje pomoću pravne prinude na volju obavezanih ugovornih strana se izvršava kao *obligatio ex lege*, dakle kao od volje nezavisna obaveza za utemeljenje ugovora (*Vetragsbegründung*) sa određenim – kontrahirnom prinudom okorišćenim – pravnim subjektom. U specijalno zakonski uređenim slučajevima specijalne kontrahirne prinude, ova pravna prinuda

³⁰ “Eine durch Gesetz oder auf gesetzlicher Grundlage durch Verwaltungsakt geschaffene Pflicht zum Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages”. Navedeno prema S. Sprafke, *op. cit.*, str. 88.

³¹ S. Sprafke, *op. cit.*, str. 88.

³² “Kontrahierungszwang ist aufzufassen als ein Korrektiv für das marktbedingte Fehlen einer zumutbaren Handlungsalternative für den Begünstigten beim Vertragsschluß über wichtige Güter und Leistungen”. Navedeno prema J. Busche, *op. cit.*, str. 111.

³³ “Kontrahierungszwang ist der zur Abwendung der Gefährdung lebenswichtiger Interessen der Einzelnen oder der Gesamtheit von der Rechtsordnung als sozialem Rechtssubjekt auferlegte willensfremde Zwang zum Abschluß eines den Interessen der Gesamtheit entsprechenden Vertrages, dessen Inhalt feststehend ist.” Navedeno prema J. Busche, *op. cit.*, str. 111.

³⁴ J. Busche, *op. cit.*, str. 111.

se u tekstu norme određuje, bilo dužnošću određenog ponašanja, koje se odnosi na određene adresate norme, bilo time da se okorišćenom ugovornom interesentu priznaje pravo na konkretnu uslugu.³⁵ Pravna prinuda za zaključenje ugovora nije samo u tim specijalno zakonski uređenim slučajevima, u kojima je dužnost za uslugu ili za zaključenje ugovora izričito određena, nego takođe i u onim slučajevima u kojima dužnost za zaključenje ugovora proizilazi tek kao prinudna posledica neke dužnosti za naknadu štete ili kao uklanjanje s pravom nespojivih načina ponašanja. Poseban izraz pravne prinude ka zaključivanju ugovora pri oblikovanju "obligatio ex lege" sadrži primeran kriterijum razlikovanja, da najpre odvojimo pojavne oblike kontrahirne prinude od drugih oblika pravnog ili stvarnog ograničenja ugovorne slobode u prilog drugim pravnim subjektima. Naime, prinuda na osnovu zakona za zaključivanje ugovora u korist određenog korisnika se kao kontrahirna prinuda razlikuje od slučajeva "dobrovoljnog" ograničenja ugovorne prinude, kao što je npr. u slučaju predugovora.³⁶

OBAVEZNO ZAKLJUČIVANJE UGOVORA U UPOREDNOM PRAVU

U *Nemačkoj* se u vezi sa obavezom zaključenja ugovora (*Kontrahierungszwang*) najčešće isticao kartelni zakon.³⁷ On je pokušavao ograničiti dejstva povezivanja preduzeća na zaključivanje ugovora s drugim osobama. U nemačkom, pa i u austrijskom pravu moguće je naći još čitav niz posebnih odredbi koje uspostavljaju dužnost zaključivanja ugovora za određene vrste preduzeća ili za određene pravne odnose. Međutim, pravna teorija je mišljenja da je moguće takvu dužnost utemeljiti takođe u širem obimu i sa opštijim normama, naročito sa deliktним (odštetnim) odredbama.

U *francuskom* je pravu takođe moguće primetiti slučajeve obaveznog zaključivanja ugovora.³⁸ Pri tom se ističu odredbe zakona, koje izričito nalažu dužnost zaključivanja ugovora određenim subjektima: poštanskim, elektroprivrednim, vodovodnim, transportnim organizacijama. Međutim, ipak se naglašava da uprkos pojedinim i različito intenzivnim ograničenjima kod zaključivanja ugovora, još uvek postoji ugovorna sloboda kao jedno od temeljnih načela građanskog prava. Pravo ne prihvata opšte dužnosti zaključivanja ugovora ni za državljane ni za trgovce. Odbijanje ponude za zaključenje ugovora je moguće tretirati kao zlou-

³⁵ J. Busche, *op. cit.*, str. 111.

³⁶ Više o tome J. Busche, *op. cit.*, str. 112.

³⁷ B. Zabel, *op. cit.*, str. 195.

³⁸ B. Zabel, *op. cit.*, str. 196.

potrebu prava ili kao nezakonito delo samo u određenim okolnostima ili u slučaju izričite zakonske odredbe.³⁹

Međutim, i savremeno *italijansko pravo* određuje u pojedinim slučajevima dužnost zaključivanja ugovora.⁴⁰ Građanski zakonik pokušava pre svega sprečiti moguće štetne posledice položaja koji je stvorilo zakonodavstvo samo. Onaj koji obavlja privrednu delatnost kao svoj zakonski monopol dužan je zaključiti ugovor sa svakim koji to zahteva; pri tom mora važiti ravnopravnost u položaju komitenata (član 2597. *Codice civile*).⁴¹ Posebno je dužnost zaključivanja ugovora određena za preduzeća koja obavljaju prevoz putnika ili robe železnicom, vazduhom, morem ili putem i za poštanska preduzeća (člana 1679. i 1680. *Codice civile*).⁴²

Međutim, iako se ugovorna sloboda takođe u *ruskoj pravnoj teoriji* tretira kao temelj privatnog prava i značajno doprinosi slobodnom oblikovanju osobe te ravnopravnosti strana u građanskopravnom prometu, ipak uprkos tome nije obezbeđena neograničeno.⁴³ To bi naime dovodilo u pitanje čitavu narodnu privredu i ugrozilo socijalne programe te društveni mir. Razlog nemogućnosti potpune ugovorne slobode je u divergenciji između željene jednakosti i stvarne nejednakosti učesnika pravnog prometa u tržišnoj privredi.⁴⁴ Potreba za ograničenjem privatne autonomije jeste stoga prirodna i kao takva određena u ustavu i u ruskom građanskom zakoniku (*Graždanskij Kodeks Rossiskoj Federacii* – GKRF) – treći stav člana 17, treći stav člana 55. Ustava Ruske Federacije u vezi sa drugim stavom člana 1. GKRF.⁴⁵ U tom smislu, vidimo u privatnopravnim normama utemeljenje snažno raširene kontrahirne dužnosti kao izraza načela jednakosti. Ugovorna sloboda ima u ruskom pravu konkretne granice u prinudnim odredbama

³⁹ Više o tome Henning Klengenfuß: *Der Kontrahierungszwang im deutschen und französischen Zivilrecht*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Wien, 2004.

⁴⁰ B. Zabel, *op. cit.*, str. 196.

⁴¹ Art. 2597 *Obbligo di contrattare nel caso di monopolio*: “Chi esercita un’impresa in condizione di monopolio legale (1679) ha l’obbligo di contrattare (2932) con chiunque richieda le prestazioni che formano oggetto dell’impresa, osservando la parità di trattamento.”

⁴² B. Zabel, *op. cit.*, str. 196.

⁴³ Anastasia Berger: *Die Bindung der Bürger an die Grundrechte – ein Vergleich zwischen Deutschland und Russland*, Duncker&Humblot, Berlin, 2014, str. 155.

⁴⁴ A. Berger, *op. cit.*, str. 156.

⁴⁵ “2. Граждане (физические лица) и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе. Они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора. Гражданские права могут быть ограничены на основании федерального закона и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.”

građanskog prava.⁴⁶ Međutim, te su granice istovremeno determinisane ustavno pravno određenim ciljevima, tako da se sve kategorije međusobno uslovljavaju. To istovremeno znači da može biti ugovorna sloboda zajamčena samo ako su istovremeno zajamčena takođe i sva ostala ustavna načela (npr. sloboda vlasništva ili jednako tretiranje strana). Dakle, da bi se obezbedila sva ostala pravna/ustavna načela, u ruskom zakonodavstvu se uvodi kontrahirna prinuda.⁴⁷

Kontrahirnu prinudu određuju brojne norme ruskog građanskog kodeksa. Jedan takvih primera je već pomenuti tzv. *javni ugovor* u smislu člana 426. GKRF.⁴⁸ "Javni ugovor" se zaključuje između potrošača i komercijalne organizacije, koja mora u pogledu na vrstu svoje delatnosti – npr. u slučajevima kupovine potrošnih dobara u smislu člana 492. GKRF, javnih prevoznih sredstava u smislu člana 789. GKRF ili u slučaju energetske dostave u smislu člana 539. GKRF, pa i kod obezbeđivanja komunikacijskih službi u smislu člana 730. GKRF, medicinskih službi, hotelskih pogona, itd. – svakome obezbeđivati sopstvene usluge ili dobra u okviru mogućeg.⁴⁹

Međutim, zakonsko nabranje u ovom slučaju nije potpuno, radi se samo o primerima – njima se samo kao primer opiše postojanje vrste delatnosti. Ako se radi o toj vrsti delatnosti moraju naime slediti pravne posledice prema članu 426. GKRF. Brojni ugovori su u ruskom građanskom kodeksu označeni izričito kao

⁴⁶ A. Berger, *op. cit.*, str. 156.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ "Статья 426. Публичный договор: 1. Публичным договором признается договор, заключенный коммерческой организацией и устанавливающий ее обязанности по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, которые такая организация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратится (розничная торговля, перевозка транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжение, медицинское, гостиничное обслуживание и т.п.). Коммерческая организация не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим в отношении заключения публичного договора, кроме случаев, предусмотренных законом и иными правовыми актами. 2. Цена товаров, работ и услуг, а также иные условия публичного договора устанавливаются одинаковыми для всех потребителей, за исключением случаев, когда законом и иными правовыми актами допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей. 3. Отказ коммерческой организации от заключения публичного договора при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары, услуги, выполнить для него соответствующие работы не допускается. При необоснованном уклонении коммерческой организации от заключения публичного договора применяются положения, предусмотренные пунктом 4 статьи 445 настоящего Кодекса. 4. В случаях, предусмотренных законом, Правительство Российской Федерации, а также уполномоченные Правительством Российской Федерации федеральные органы исполнительной власти могут издавать правила, обязательные для сторон при заключении и исполнении публичных договоров (типовые договоры, положения и т.п.)."

⁴⁹ A. Berger, *op. cit.*, str. 156.

“javni”, pa tako i ugovori o depozitu novca komitenta u banci u smislu člana 834. GKRF, o ostavu predmeta u javnim skladištima u smislu člana 908. GKRF, o čuvanju založene stvari – član 919. GKRF ili u nekim slučajevima takođe kod usluga i dostavama za ispunjenje državnih zadataka po stavu 5. člana 529. GKRF i člana 526. GKRF. Pitanje, podležu li pomenuti ugovori pravnim posledicama iz člana 426. GKRF, ne zavisi toliko od njihove oznake, nego mnogo više od stvarnog ispunjenja činjeničnog stanja, tj. od teleološke procene.⁵⁰

Ali, konstrukcijom “javnih ugovora” u smislu prvog, drugog i trećeg stava člana 426. GKRF komercijalnim organizacijama se oduzima veliki deo mogućnosti da same biraju ugovornog partnera između interesenata, i da druge interesente isključe iz zaključivanja ugovora ili nekim ugovornim partnerima daju prednost ili druge pogodnosti. Diskriminatorni ugovorni uslovi su naime *ex tunc* ništavi, što znači da su ili prema članu 180. GKRF *per se* ništavi ili da ništavost prema članu 446. GKRF nastupi po pravilima o nesaglasnosti (disenzu). Prema četvrtom stavu člana 445. u vezi s prvim i drugim stavom člana 426. GKRF može biti svaki ponuđač zbog kršenja toga presudom obavezan na zaključenje ugovora ili na nadoknadu štete. U tom slučaju, potrošač se može obrnuti na sud, ne da bi pretihodno pokušao sporni odnos urediti izvansudskom nagodbom. Ujedno je takva kontrahirna prinuda jednostrane vrste, što znači da potrošač ne može da bude prinuđen na zaključenje ugovora. Konačno, član 445. GKRF uređuje zahteve što se tiče konsenzusa te pravne posledice u slučajevima kada je zaključenje ugovora obavezno.⁵¹

Sistem tzv. “javnih ugovora” predstavlja u ruskom pravu očigledno izuzetak od inače postojećeg privatnopravnog načela ugovorne slobode i istovremeno primer tzv. *heteronomne ugovorne prinude*. Konstrukt javnih ugovora služi u prvom redu javnim interesima i predstavlja time primer uticaja javnih ideja na privatno pravo. Ciljevi javnih ugovora su: zaštita potrošača, obezbeđivanje tržišne i konkurentne slobode te sprečavanje monopola i time zaštita interesa i prava trećih u smislu drugog stava člana 1. GKRF u vezi s trećim stavom člana 55. Ustava Ruske Federacije.⁵² Pri tom se, međutim, za zaštitu tih pravnih dobara ograničava ugovorna sloboda preduzeća, kako u pogledu biranja kontrahenata, tako i u pogledu samog zaključenja ugovora. Istovremeno, time se i prava potrošača u poređenju s običnom situacijom proširuju.⁵³

⁵⁰ A. Berger, *op. cit.*, 157.

⁵¹ A. Berger, *op. cit.*, str. 157.

⁵² “3. Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.”

⁵³ A. Berger, *op. cit.*, str. 158.

Međutim, članovi 428. i 429. GKRF u poređenju s tim ne predstavljaju pravo oblikovanje heteronomne kotrahirne prinude. Kod tzv. “nadovezujućeg” ugovora u smislu člana 428. GKRF⁵⁴ radi se o, kako je već pomenuto gore, opštim ugovornim uslovima koji su slični opštim poslovnim uslovima, koji prisiljavaju suprotnu stranu na osnovu posebnih okolnosti zaključenja ugovora. Taj deo ugovora odnosno čitav ugovor može slabija strana u određenim slučajevima poništiti u skladu sa članom 428.⁵⁵ Suprotno se kod predugovora u smislu člana 429. GKRF radi o autonomnoj vezanosti strana da zaključe buduće ugovore. Takav oblik kotrahirne prinude predstavlja, kao kod svakog drugog ugovora, voljnu samo-vezanost strana i u tom slučaju nije reč o državno određenoj kotrahirnoj prinudi.⁵⁶

Središnji cilj zaštite prikazanog ruskog uređenja trebalo bi da bude jednakost učesnika u privatnopravnom prometu. Jednakost je dakle najznačajnija granica ugovorne slobode u smislu trećeg stava člana 17. Ustava Ruske Federacije⁵⁷, a istovremeno i njena najznačajnija garancija. Time, uz druge instrumente u građanskom kodeksu, kotrahirna prinuda predstavlja granicu ugovornoj slobodi zbog obezbeđivanja zaštite interesa javnosti, odnosno za obezbeđivanje jednakosti strana privatnog prava – drugi stav člana 1. GKRF u vezi s trećim stavom člana 55. Ustava Ruske Federacije. Kotrahirna prinuda je time takođe izraz ustavnog prava na jednako tretiranje u smislu člana 19. Ustava Ruske Federacije⁵⁸, koje na podlozi vezanosti privatnopravnih subjekata na ustavna prava prerasta u pravo na

⁵⁴ “Статья 428. Договор присоединения 1. Договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом. 2. Присоединившаяся к договору сторона вправе потребовать расторжения или изменения договора, если договор присоединения хотя и не противоречит закону и иным правовым актам, но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она исходя из своих разумно понимаемых интересов не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора. 3. При наличии обстоятельств, предусмотренных в пункте 2 настоящей статьи, требование о расторжении или об изменении договора, предъявленное стороной, присоединившейся к договору в связи с осуществлением своей предпринимательской деятельности, не подлежит удовлетворению, если присоединившаяся сторона знала или должна была знать, на каких условиях заключает договор.”

⁵⁵ A. Berger, *op. cit.*, str. 158.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Taj glasi: “3. Осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц.”

⁵⁸ Taj glasi: “1. Все равны перед законом и судом.”

jednako tretiranje u građanskom pravu. To je kao posledica trećeg stava člana 17. Ustava Ruske Federacije *prirodna granica ugovorne slobode*. Kršenje načela jednakog tretiranja može stoga po svojoj logičnoj posledici voditi do neefikasnosti ugovora. Međutim, prihvatanje zapovesti jednakog tretiranja u ruskoj pravnoj nauci ipak ne znači “kraj privatne autonomije”, nego mnogo više prirodni *sastavni deo socijalne tržišne privrede* u smislu prvog stava člana 7. Ustava Ruske Federacije.⁵⁹

UGOVORNA SLOBODA I KONTRAHIRNA PRINUDA U EVROPSKOM PRAVU

Privatna autonomija se takođe nalazi u polazištu kontinentalnog evropskog privatnog prava.⁶⁰ Pravni sistemi većine država članica Evropske unije poznaju načelo ugovorne slobode kao noseće civilnopravno načelo (*nem. Vertragsfreiheit, engl. freedom of contract, fr. liberté contractuelle, it. autonomia contrattuale, šp. libertad contractual, rus. право заключать договоры, свобода договора*).⁶¹ Barem u Nemačkoj, u Italiji i u Grčkoj ugovorna sloboda uživa položaj ustavnog prava. Tzv. *Principles of European Contract Law – PECL 1995/2000* stavlja ugovornu slobodu takođe na vrh kataloga normi (član 1: 102 PECL); pa i takođe tzv. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 1994 – PICL (član 1.1. PICC – “The parties are free to enter into a contract and to determine its content”)*.⁶² Oba kataloga načela poznaju ograničenje ugovorne slobode od strane nacionalnih pravnih redova kroz kogentno pravo (član 1: 103 PECL; član 1.4. PICC), međutim sami ne daju neke izrađene granice, nego upućuju na međunarodno privatno pravo (PICC), odnosno na drugo primenjivo pravo (PECL). Međutim, opšti evropski standard je nevažnost ugovora u slučaju kršenja zakona ili morala. Ipak, ugovorna sloboda u evropskom ugovornom pravu nije utopija.⁶³

Evropsko primarno pravo ne poznaje izričito obezbeđivanje ugovorne slobode.⁶⁴ Polazeći od ustavne tradicije država članica, koje su zasnovane na opštim te-

⁵⁹ “1. Российская Федерация - социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека.” Navedeno prema A. Berger, *op. cit.*, str. 159.

⁶⁰ Uporedi: Aurelia Colombi Ciacchi: *Party autonomy as a fundamental right in the European Union*, http://www.ugb.ro/Juridica/Issue1EN/8_Autonomia_partilor_contractuale_in_UeAurelia_Colombi_CiacchiEN.pdf (16. 6. 2015).

⁶¹ Vidi u nastavku: A. Bruns, *op. cit.*, str. 391 i sl.

⁶² Vidi o tome i: Boštjan Tratar, *Načela UNIDROIT za međunarodne gospodarske pogodbe v luči spremembe paradigme v mednarodnem gospodarskem pravu*, u: *Pravnik*, 1999, str. 428-455. Vidi takođe *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Unidroit, Rome, 1996.

⁶³ Vidi u nastavku: A. Bruns, *op. cit.*, str. 391, 392.

⁶⁴ A. Bruns, *op. cit.*, str. 391-392.

meljnim načelima zajedničkog evropskog prava i od drugog stava člana 6. Ugovora o Evropskoj uniji, proizlazi u tom smislu sumnjiva konstatacija da su države članice s jasnim ustavnopravnim obezbeđivanjem ugovorne slobode u manjini. Temeljna jemstva ugovora Evropske unije u liku slobode prometa robe (član 28. Ugovora o Evropskoj uniji), slobodan protok usluga (član 49. Ugovora o Evropskoj uniji), slobodan protok kapitala (član 56. Ugovora o Evropskoj uniji) i konkurentne slobode (član 81. Ugovora o Evropskoj uniji) ne možemo ostvariti bez ugovorne slobode. Međutim, preovlađujuća nemačka teorija pri tom polazi od obezbeđivanja ugovorne slobode evropskim primarnim pravom. Ali, ovu konstataciju možemo potvrditi ako proizlazimo iz toga da u prvom stavu člana 6. Ugovora o Evropskoj uniji, određeno načelo demokratije obezbeđuje takođe ugovornu slobodu.⁶⁵ Dopunsku podršku jemstvu privatnopravne autonomije možemo naći takođe u prvoj rečenici prvog stava člana 5. *Evropske konvencije o ljudskim pravima*⁶⁶ u vezi s prvom rečenicom prvog stava člana 1. Prvog dopunskog protokola (garancija vlasništva), koja prema drugom stavu člana 6. Ugovora o Evropskoj uniji obavezuje Evropsku uniju.⁶⁷ Međutim, potrebno je uzeti u obzir i opštu slobodu ponašanja iz prvog stava člana 6. Ugovora o Evropskoj uniji. Povelja o temeljnim pravima Evropske unije,⁶⁸ koja bi mogla oblikovati određena dejstva vezanosti, kao povelja, koja sadrži temeljna prava, daje naime neke tačke oslonca s jemstvom ljudskog dostojanstva (prva rečenica člana 1. Povelje),⁶⁹ slobode ponašanja (član 6. Povelje),⁷⁰ slobodnog preduzetništva (član 16. Povelje)⁷¹ i slobode vlasništva (prva rečenica prvog stava člana 17. Povelje).⁷² U pogledu na navedeno se *ugovorna sloboda tretira kao evropsko temeljno jemstvo*.⁷³

Međutim, granice slobode zaključivanja nastupaju u evropskom sekundarnom pravu u dva oblika:⁷⁴s jedne strane, oblikovanjem mogućnosti raskida ugo-

⁶⁵ "Unija temelji na načelima slobode, demokratije, poštovanja ljudskih prava i temeljnih sloboda te pravne države, na načelima, koja su zajednička svim državama članicama."

⁶⁶ Taj glasi: "Svako ima pravo na slobodu i ličnu bezbednost."

⁶⁷ "Unija poštuje temeljna prava, koja jamči Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, potpisana u Rimu 4. novembra 1950, koja kao opšta načela prava zajednice proizlaze iz zajedničkih ustavnih tradicija država članica."

⁶⁸ 2000/C 364/01.

⁶⁹ "Ljudsko dostojanstvo je nepovredivo."

⁷⁰ "Svako ima pravo na slobodu i sigurnost osobe."

⁷¹ "Sloboda preduzetništva priznaje se u skladu s pravom Unije te nacionalnim zakonodavstvima i praksom."

⁷² "Svako ima pravo na vlasništvo nad svojom, na zakonit način stečenom imovinom, koristiti je, njome raspolagati i ostaviti je u nasleđstvo."

⁷³ Tako A. Bruns, *op. cit.*, str. 392.

⁷⁴ Vidi A. Bruns, *op. cit.*, str. 393.

vora, a s druge strane, prinudnim zaključenjem ugovora. Poznata su kogentna prava potrošača na raskid ugovora u slučaju zaključenja ugovora van poslovnih prostorija (*Direktiva Veća 85/577/EEZ od 20. decembra 1985. za zaštitu potrošača u pogledu ugovora zaključenih izvan poslovnih prostorija*⁷⁵ – člani 5⁷⁶ i 6),⁷⁷ generalno kod zaključivanja ugovora na daljinu (član 6, prvi stav člana 12. – *Direktiva Evropskog parlamenta i Veća 97/7/EZ od 20. maja 1997. o zaštiti potrošača s obzirom na zaključivanje ugovora na daljinu*);⁷⁸ i već neko vreme takođe kod trgovanja na daljinu finansijskim uslugama (*Direktiva Evropskog parlamenta i Veća 2002/65/EZ od 23. septembra 2002. o trgovanju finansijskih usluga, koje su namenjene potrošačima, na daljinu i o izmeni Direktive Veća 90/619/EEZ te direktiva 97/7/EZ i 98/27/EZ*⁷⁹ – član 6,⁸⁰ prvi stav člana 12.)⁸¹ itd. Ograničenje slobode zaključivanja ugovora pojavljuje se zajedno sa ograničenjem slobode sadržaja.⁸²

Međutim, pomenuto ograničenje ugovorne slobode postavlja pitanje, da li je važeće evropsko ugovorno pravo u saglasnosti sa garancijom ugovorne slobode primarnog evropskog prava. Prema sudskoj praksi nemačkog Saveznog ustavnog suda, nemačko ustavno pravo isključuje, kao merilo procene, evropsko pravo direktiva i drugo zakonodavstvo (presuda *Solange II*).⁸³ Moguće merilo može, dakle, biti samo jemstvo ugovorne slobode u smislu evropskog primarnog prava. Međutim, potrebno je znati da funkcija Evropskog suda, prema sistemu evropskog prava i njegovoj vlastitoj interpretaciji, nije u tome da sekundarno evropsko pravo procenjuje spojivost sa privatnopravnom autonomijom, koju određuje primarno evropsko pravo. Praksa najvišeg suda u Evropskoj uniji je naime mnogo više u tome da direktivama obezbedi tzv. *effet utile* (*korisno dejstvo*). Poznato je, međutim, da ne postoji individualna mogućnost tužbe za procenu direktiva sa primarnim evropskim pravom, nego samo prethodni postupak prema članu 234. Ugovora o Evropskoj uniji čije uzimanje u obzir je podvrgnuto ustavnopravnoj

⁷⁵ UL L 372, 31. 12. 1985.

⁷⁶ “Potrošač ima pravo odrediti se učinaka svoje obaveze tako da pošalje obaveštenje u roku ne kraćem od sedam dana nakon što je primio obaveštenje iz člana 4., a u skladu sa postupkom utvrđenom nacionalnom pravu. Dovoljno je ako je obaveštenje otpremljeno pre isteka tog roka. Davanje obaveštenja ima učinak oslobođenja potrošača svih obaveza iz raskinutog ugovora.”

⁷⁷ “Potrošač se ne može odrediti prava koja su mu data ovom Direktivom.”

⁷⁸ UL L 144, 4. 6. 1997.

⁷⁹ UL L 271, 9. 10. 2002.

⁸⁰ Uređuje pravo odustajanja od ugovora, rok, kada odustajanje od ugovora ne dolazi u obzir, itd.

⁸¹ “Potrošači ne mogu odustati od prava, koja im pruža ova direktiva.”

⁸² Vidi A. Bruns, *op. cit.*, str. 393.

⁸³ Presuda: BVerfGE 73, 339.

kontroli u smislu ustavnopravnog jemstva zakonitog sudije.⁸⁴ Postoje, međutim, i neke kritike takvog uređenja. Između ostalog, navodi se npr. da sa privatnopravnom autonomijom nije spojivo da npr. ugostitelj na osnovu evropskog prava jemstva za proizvode za jela zaražena hepatitisom, bez vlastite krivice, mora da jemči neograničeno do iznosa od 70 miliona evra. Sve veće određivanje kontrahirne obaveznosti naime ograničava slobodu zaključivanja ugovora na način, koji uskoro nije više moguće prihvatiti.⁸⁵ Međutim, i razlozi za raskid ugovora unose samo dugotrajnu nesigurnost što se tiče sudbine ugovora. Prema stavu *Brunsa*, evropsko pravo u direktivama ne posvećuje dovoljno pažnje ugovornoj slobodi.⁸⁶

Ali, ako proizlazimo iz toga da evropsko pravo direktiva sa određivanjem kogentnog prava, opsežne sadržajne kontrole i ograničenja slobode zaključivanja ugovora s pravima raskida ugovora i pravilima zaključivanja u načelu odgovara ugovornoj slobodi, ipak je potrebno postaviti pitanje, da li je evropsko pravo sa sve većim ograničavanjem privatnopravne autonomije, koja odgovara paternalističkom poimanju, još uvek na pravom putu. Ako se setimo istorijskog porekla ugovorne slobode i njene značajne funkcije u demokratskom pravnom poretku, postoji naime sumnja. Verovatno nije slučajnost da u SAD, jednoj od najstarijih i najstabilnijih demokratija na svetu, liberalno shvaćena ugovorna sloboda ima visok položaj. Pri tom *Brunsa* navodi da američko ugovorno pravo nije loše, međutim Evropska unija se danas nalazi na putu ka centralno regulisanom privatnopravnom uređenju sa paternalističkom oblikovanom ugovornom slobodom. U idejama se ogleda evropski “movement from contract to status”,⁸⁷ što bi moglo voditi do paralize privatnog prava. Međutim, postoji želja da bi se u evropskom privatnom pravu kao značajan elemenat mnogo više uzimala u obzir liberalno shvaćena ugovorna sloboda.⁸⁸

ZAKLJUČAK

Međutim, navedeno ukazuje na to da je autonomija stranaka i u privatnom pravu ograničena zbog određenih društvenih ciljeva (opšteg interesa), pre sve-

⁸⁴ Vidi odluku nemačkog Saveznog ustavnog suda u predmetu BVerfGE 73, 339.

⁸⁵ Uporedi Jürgen Basedow: *Die Europäische Union zwischen Marktfreiheit und Überregulierung – Das Schicksal der Vertragsfreiheit*, str. 85–104 (https://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/inst/IRP/Bitburger_Gespraech_Einzeldokumente/BitburgerGespr_2008_I_Basedow_93_112_geschuetzt.pdf; 16. 6. 2015).

⁸⁶ A. Bruns, *op.cit.*, str. 393, 394.

⁸⁷ O tome pisao Henry Sumner Maine (1822–1888), <http://www.panarchy.org/maine/contract.html> (16. 6. 2015). Uporedi takođe Boštjan Tratar, *Lidská důstojnost jako projev svobody v oblasti soukromého práva*, u: *Právník: teoretický časopis pro otázky státu a práva*, vol. 147, 4 (2008), str. 362.

⁸⁸ Tako A. Bruns, *op. cit.*, str. 394.

ga zbog obezbeđivanja ravnopravnosti strana u civilnopravnim odnosima. Iako je još Rimsko pravo temeljilo na idealu privatne autonomije, postojalo je ipak već u tadašnje vreme njeno ograničenje kroz institute npr. *bona fides*, *iusta causa*, *aequitas*. Član 17. slovenačkog Obligacijskog zakonika sadrži takođe odredbu o obaveznom zaključenju i obaveznom sadržaju ugovora što je relevantno, posebno, kod npr. zaključivanja ugovora izvođača javnih službi (za dostavu vode, plina, električne energije, odvoz smeća), za izvođače određenih delatnosti kod prodaje robe ili usluga potrošačima itd. Razvoj javnog prava te posebno evropskog prava sve više poseza u privatno pravo, naročito njegov temeljni elemenat – autonomiju. Sve pomenuto otvara nova dogmatična razmišljanja o odgovarajućoj srazmeri javnopravnih elemenata u privatnom pravu.

BOŠTJAN TRATAR, Ph.D.,

Assistant Professor, General State Attorney of the Republic of Slovenia

**OBLIGATION TO CONTRACT (S.C. FORCE TO CONTRACT
– “KONTRAHIERUNGSZWANG”) AS A RESTRICTION OF PRIVATE
AUTHONOMY IN CIVIL LAW WITHIN THE MEANING
OF SOCIALIZATION OF PRIVATE LAW**

Summary

The duty to contract (“*Kontrahierungszwang*”) is defined as the duty of a certain subject to contract with another subject or as the determination of contractual elements (content) by law. The legislation and the jurisprudence was occupied with the duty to contract above all after the first world war. The duty to contract aims to prevent the abuse of the market position of enterprises and to abolish the discrimination in civil law relations. A well-known German civil lawyer *Nipperdey* placed the duty to contract between two different poles – the liberty of private law (private autonomy) on one side and its social binding. He presented his idea on socialization of private law – the community can demand to protect the interests of the weaker and to abolish the discrimination (also in civil legal relations). However, the duty to contract indicates the restriction of contractual freedom that is traditionally from the Roman law on one of the fundamental principles of civil law. The most known definition of the duty to contract is the one from *Nipperdey*: “The obligation to contract is the obligation based on a norm of law, obliging an entity without its decision in the interest of a beneficiary to complete a contract with specific contents or such a content that is to be determined by a non-partisan site”. The duty of contract is known in many legal systems (Germany, Austria, Italy, France, Russia) and in the European law, too. However, some are of the opinion that there is not enough attention devoted to the contractual freedom in the European law.

DRAGINJA VUKSANOVIĆ

NEKI PRIMJERI NEZAKONITIH PRAVNIH POSLOVA ZAKLJUČENI SUPROTNO USTANOVI JAVNOG PORETKA

U V O D

Ugovor je pravni posao koji nastaje saglasnošću volja najmanje dvije ili pak, više ugovornih strana. Zaključenju ugovora prethodi ispunjenje uslova koji su predviđeni zakonom da bi isti bio punovažan i samim tim proizvodio pravno dejstvo. Uslovi neophodni za zaključenje ugovora su: sposobnost ugovaranja, saglasnost volja, predmet, causa i forma (forma se podrazumjeva u svim onim slučajevima, gdje je zakonom predviđena *forma ad solemnitatem* kao uslov punovažnosti pravnog posla). Naizgled, u pravnoj proceduri ništa nije sporno, ugovorne strane koje pristupaju zaključenju ugovora moraju ispuniti zakonom predviđene uslove da bi ostvarile cilj zbog kojeg su i ušle u ugovorni odnos. Međutim, praksa pokazuje da nakon zaključenja ugovora, nastupaju često pravne posljedice koje imaju karakter “štete”, da li za jednu, obje ugovorne strane ili pak za državu, opšte dobro, javni poredak.

Interes svake ugovorne strane je uzajamno ispunjenje prava i obaveza strana ugovornica.

Mi ćemo se ovdje baviti slučajevima, kada je zaključen ugovor javnog *karaktera* i kada je odredbama zaključenog ugovora povrijeđen javni (državni interes), ustanova javnog poretka. To bi bio primjer kada jedna ugovorna strana, državni organ, pod “plaštom” zaštite javnog interesa, kroz ekonomsku i turističku ‘uspješnu’ (za dobrobit države i građana) valorizaciju opšteg dobra, u ugovoru

Dr Draginja Vuksanović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore..

kreira norme suprotne važećim zakonima države ili pristaje na uslove (druge strane ugovornice-npr.stranog investitora), koji su implementirani u odredbe ugovora i koji su takođe u direktnoj suprotnosti sa zakonima koji štite državne interese i interese građana.

Summa summarum, takav pravni posao je apsolutno ništav i ne može proizvoditi pravno dejstvo. Da li zaključenje štetnih ugovora treba da bude samo osnov za poništaj pravnog posla ili i pozivanje na krivično-pravnu odgovornost onih koji pod plaštom vlasti učestvuju u zaključenju pravnih poslova štetnih po državne i interese građana? Odgovori na ova pitanja su filozofske i pravne prirode...

Vrijednosti antičke filozofske misli utemeljene su u Digestama kao kodifikaciji rimskog prava u tri zahtjeva, koja treba da rukovode čovječanstvo i civilizacije: pošteno živjeti (*honeste vivere*), drugoga ne vrijeđati (*alterum non laedere*) i svakome dati ono što mu pripada (*suum quique tribuere*).

U današnjici i našoj stvarnosti, moral (etika) društva treba da izvire iz potrebe i obaveze zaštite državnih interesa i interesa svih građana podjednako.

Ova pitanja su smjernice koje će biti uput našem istraživačkom radu, sa ciljem doprinosa u stvaranju ambijenta u kojem treba da prevladava shvatnje i znanje o prihvatanju moralnih i pravnih normi kojima treba da se rukovode svi, kako oni koji norme donose, tako i onih koji ih primjenjuju i građana koji moraju da ih poštuju. Samo tako možemo stvoriti bolje društvo i kvalitetniji život, život u kojem će interes države i njenih građana prevladati svaki vid samovolje i zloupotrebe koje vode u korupciju i organizovani kriminal. Društvo u kojem vladaju korupcija, organizovani kriminal, naročito korupcija na visokom nivou, i nije društvo, već samo vid samodestrukcije i stvaranja fiktivnih normi koje poništavaju princip vladavine prava. Bez vladavine prava nema pravne države, nastaje privid rukovođen egom "*L'Etat s'est moi*", koji vodi državu i njene građane u haos u kojem korist imaju samo oni koji se rukovode ličnim interesima na račun države i njenih građana. Zadatak svih nas koji se bavimo naukom je da svojim naučno-istraživačkim radom i učestvovanjem, kako u društvenom životu, a rukovođeci se Aristotelovim načelom "*Anthropos zoon politicon*", tako i u akademskom životu dođemo do rešenja koja će onima koji odgovorno i etično postupaju sa ciljem zaštite državnih interesa, pomoći da istraju u sprovođenju onih ideja i rješenja koji su za dobrobit napretka društva. Nauka ne smije da ćuti na ona dešavanja, gdje može i mora da da svoj doprinos. Kritički osvrt, nema za cilj preuzimanje uloge nadležnog državnog organa koji bi donio odluku o eventualnim razlozima za ništavost ili ne, jednog zaključenog ugovora, već da detaljnom pravnom analizom uzoraka iz kojih je tvoren jedan pravni posao, spriječi eventualno nastupanje štetnih pravnih posljedica, kao i ukazivanje na moguće štetne posljedice. Lijepo je u svojim Besedama rekao uvaženi Akademik Slobodan Perović, "svako ima pravo da učestvuje u naučnom napretku i u dobrobiti koja otuda proističe. ...Vreme koje

svoju naučnu misao zatvori u dogmu i *molitvenik* bilo koje vrste, u lavirint različitih diskriminacija, nije vreme nauke, već vreme dogmatske netolerancije, vreme plaćene neistine, koje za sobom ostavlja pusto ostrvo dostojanstva života.”

JAVNI POREDAK, OPŠTE DOBRO, UGOVORNA SLOBODA

Težište našeg istraživačkog rada čine dvije dimenzije, filozofska i pravna. Filozofska su pitanja, dileme, iskonska tumačenja i gledanja starih filozofa iz kojih izvire pečat onoj pravnoj dimenziji, koja se zasniva na analizi onoga što je stvarno, onoga što je oko nas, što vidimo, čitamo i dajemo mu naše shvatanje, viđenje, tumačenje, kao mali doprinos nauci u svijetlu onoga što nije dobro, što ne može, a kako treba da bude. Stoga i koncept ovog rada proizilazi iz posmatranja odnosa tri pojma, javni poredak, opšte dobro, ugovorna sloboda. “Javni poredak podrazumeva skup principa na kojima je zasnovano postojanje i trajanje jedne pravno organizovane zajednice, a koji se ispoljavaju preko prinudnih pravnih propisa i moralnih imperativa koje stranke u svojim odnosima moraju poštovati pod pretnjom sankcije ništavosti i koje ne mogu derogirati.”¹ U tom smislu, ugovorna sloboda je na opšti način ograničena ustanovom javnog poretka. Ako se neko sa pozicija vlasti poziva na apsolutnost slobode ugovaranja, sa ciljem zaključenja pravnog posla čije su odredbe suprotne ustanovi javnog poretka (zakonima jedne države), onda nailazimo na problem (ne)razumjevanja problema od strane onih koji kreiraju takve ugovorne norme, na način što (ne)shvataju da “problem slobode volje, odnosno autonomije volje, nije, dakle u odstranjenju te slobode, niti u pružanju apsolutne autonomije (robinzonska koncepcija), već u osećanju mere kako u jednom dualitetu zahteva, pronaći pravo mesto jednoj i drugoj društvenoj potrebi: potrebi slobode individualne aktivnosti i neophodnosti potrebe za zaštitom univerzalnih vrednosti jedne zajednice.”²

Tek kada se ta ravnoteža uspostavi, možemo govoriti o zaštiti opšteg dobra, čija valorizacija doprinosi ostvarenju opšteg interesa. “Opšti interes i opšte dobro moraju uživati, ne samo dužno poštovanje, već i aktivni imunitet koji ne sme biti narušen trenutnim interesom bilo koje političke stranke. Pluralizam političkih stranaka je prirodna pojava demokratske kulture i on donosi emanaciju slobode ličnosti i svih oblika njenog socijabiliteta. Ali, ta sloboda mora biti samosvesna, racionalna i utemeljena i ciljno viđena u smislu zaštite javnog dobra, opštih interesa-nacionalnih, ekonomskih, političkih, evropskih i svetskih.”³

Ozbiljnim pristupom i analizom filozofskog i pravnog, dolazimo do iskonske spoznaje suštine svijeta i bivstvovanja, a koju je lijepo opisao uvaženi akade-

¹ Slobodan Perović, *Besede sa Kopaonika*, Beograd 2010, str. 558.

² S. Perović, *op. cit.*, 557.

³ Perović, *op. cit.*, str. 580.

mik, prof. Perović u “Besedama sa Kopaonika”, da je “filozofija nadiskustven racionalni sistem umnosti, a nauka racionalna, ali saznajno iskustvena disciplina.”

UKRATKO O UGOVORU (PRAVNOM POSLU)
I NEVAŽNOSTI PRAVNIH POSLOVA

Još od perioda rimskog prava suština ugovora (contract), ogledala se u sporazumu, saglasnosti volja (conventio, consensus). Rimski pravnik Pedije iz II v.n.e., napisao je da nema ugovora niti obligacije, koja u sebi ne sadrži saglasnost volja (Nullum esse contractus, nulla obligationem quae non habet in se conventi- onem- D.2.14.1.3.⁴ Navedeno shvatanje pozitivno je kritikovao pravnik Ulpijan, smatrajući da se shvatanje pravnika Pedije, uopšteno odnosi na sve obligacije, ali da postoje i oni odnosi koji nastaju, mijenjaju se i prestaju, a da uslov nije saglasnost volja dva ili više subjekata. Shodno, navedenom i “današnja nauka definiše ugovor kao saglasnu izjavu volja kojom se stvaranjaju ili ukidaju pravni, mijenjaju ili ukidaju pravni odnosi.”⁵ U navedenom smislu jasno se pravi razlika između shvatanja obligacije u rimskom pravu, kao obaveze koja ima svoj pravni osnov i u jednostranim pravnim poslovima koji nastaju izjavom volje jednog subjekta u odnosu na ugovor koji ne može nastati ako nema ponude jedne i prihvata ponude druge ugovorne strane. Ponuda i prihvatanje ponude su konstitutivni elementi saglasnosti volja kao jednog od bitnih elemenata za zaključenje ugovora kao pravnog posla.

Danas, “obligacija je pravni odnos između dve određene strane na osnovu koga je jedna strana (poverilac) ovlašćena na određeno davanje, činjenje ili uzdržavanje od nečega što bi inače imala prava da čini, a druga strana je dužna da to ispuni.”⁶ Analizirajući prethodno citirano, zaključujemo da je na strani dužnika dug prema poveriocu, a na strani poverioca potraživanje prema dužniku čije namirenje poverilac može zahtjevati u roku dospelosti istog na namirenje. Suština sadržine poverilačko-dužničkog odnosa najbolje se ostvaruje kroz ispunjenje ugovornih prava i obaveza. Svemu ovome prethodi i ispunjenje drugih (pored saglasnosti volja) bitnih uslova (elemenata), da bi ugovor bio punovažan i samim tim proizvodio obligaciono-pravno dejstvo.⁷

Ukoliko neki od bitnih elemenata fali, ugovor se smatra nepostojećim. U pravnoj teoriji možda je izraz “*nepotpun*”⁸ najprihvatljiviji. Jer, ako nekom prav-

⁴ Vidi, Obrad Stanojević, Rimsko pravo, izdanje 8. Beograd 1995, str. 261.

⁵ Stanojević, op.cit.str.262.

⁶ Vidi, Slobodan Perović, Obligaciono pravo, Beograd 1990, str. 7.

⁷ Napomena: Bitne uslove za zaključenje ugovora (sposobnost ugovaranja, saglasnost volja, predmet, causa, forma), nabrojali smo u uvodu našeg rada;

⁸ Vidi, Andrija Gams, Uvod u građansko pravo, izdanje 17. Beograd 1994, str. 204.

nom poslu nedostaje bitan uslov, onda tog pravnog posla i nema. Nepostojeće pravne poslove treba razlikovati od nevažećih pravnih poslova. Kod nevažećih pravnih poslova ugovor kao pravni posao sadrži sve bitne elemente, ali se nekim od tih elemenata sadržinom pravne norme vrijeđa neki interes (javni, opšti, društveni, državni s jedne strane ili privatni interes druge ugovornice, s druge strane). Ako se odredbama i nekim bitnim elementom ugovora vrijeđa javni interes, takav pravni posao (ugovor) je apsolutno ništav i ne može proizvoditi pravno dejstvo. Ako se sa druge strane, bitnim elementom ugovora vrijeđa interes druge ugovornice (privatni interes), takav pravni posao je rušljiv, ali se u zakonom predviđenom roku, a ispunjenjem zakonom predviđenih uslova može kovalidirati.⁹

NEZAKONITI PRAVNI POSLOVI

Nezakoniti pravni poslovi su nevažeći, apsolutno ništavi pravni poslovi koji ne proizvode pravno dejstvo. U pravnoj teoriji za naznačenje ovih pravnih poslova koriste se i termini “protivzakoniti”¹⁰ ili “nedopušteni”¹¹ pravni poslovi.

To su poslovi suprotni moralu društva i ustanovi javnog poretka uopšte. Kada govorimo o moralu, “tumačenje suda nije mehaničko, već u visokom stepenu stvarnosti, ono ne znači reprodukovanje postojećeg prava i morala, već u velikoj meri njihovo preciziranje, dograđivanje i učvršćivanje.”¹²

Za nezakonite pravne poslove nailazimo i na termin “zabranjeni” pravni poslovi.¹³ Da li se zaključen, a zabranjen, nedopušten i nezakonit pravni posao, npr.ugovor, može smatrati i zaključenim štetnim ugovorom?

Odgovor na ovo pitanje podrazumjeva posmatranje odnosa nezakonit ugovor i momenat kada takav ugovor poprima karakter štetnog ugovora. Složena pravna analiza podrazumjeva sagledavanje pravnih posljedica tako zaključenog pravnog posla (ugovora). Pravne posljedice su pravna dejstva koja se žele postići zaključenjem jednog pravnog posla, a postižu se ostvarenjem same sadržine ugovora, koja se ogleda kroz ispunjenje prava i obaveza ugovornih strana. U taksativnom nabranju bitnih uslova za zaključenje ugovora, dolazimo do zaključka da je ključna spona u momentu spoznaje, da nezakonit pravni posao postaje štetan ugovor, upravo u **causi** ugovora kao jednom od bitnih uslova (elemenata), potreban za punovažnost pravnog posla.

⁹ O nevažnosti pravnih poslova vidi: Perović, op.cit. str.447; Stanković, Vodinelić, Uvod u građansko pravo, izdanje 3.Beograd 1996, str. 171; Zoran P. Rašović, Građansko pravo, Podgorica 2006, str. 264.

¹⁰ Vidi, Gams, op. cit., str. 206.

¹¹ Vidi, Stanković, Vodinelić, op. cit., str. 174.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem.

Drugo pitanje koje se postavlja je, da li se štetan ugovor može smatrati “štetnim”, ako šteta kao pravna posljedica nije i nastupila? Odgovor na ovo pitanje je u razlozima koji su spriječili nastupanje štetne posljedice, koji se sagledavaju od slučaja do slučaja, ali koji ne brišu niti umanjuju “štetu” koja je mogla nastati iz nezakonito zaključenih odredaba ugovora, a čiji je uzrok- cilj, namjera koja se željela postići zaključenjem ugovora. To nadalje, podrazumjeva da se i u odgovoru na drugo pitanje, vraćamo polaznoj tački, CAUSA nazakonitog pravnog posla.

Pojam cause i causa nezakonitog pravnog posla. – Postoje različite teorije o kauzi. Od klasične teorije, preko teorije negacije do novijih shvatanja o kauzi koje su predodredile suštinu samog pojma kauze. Klasično shvatanje u kauzi vidi cilj kome stranke teže prilikom preuzimanja ugovornih obaveza. Tako kod dvostrano obaveznih ugovora kauza se ogleda u međusobnom (uzajamnom) ispunjenju ugovornih obaveza.¹⁴

Teorija antikauzaliteta smatra da je kauza nekorisna, i da se predmetom može objasniti svrha i razlog zbog kojeg su ugovorne strane zasnovale ugovorni odnos.¹⁵ Novija shvatanja o kauzi objašnjavaju se kroz subjektivnu, objektivnu i mješovitu teoriju o kauzi.

Mješovita teorija sublimira subjektivno i objektivno shvatanje, uzimajući volju stranaka, ali i ekonomski ekvivalent kao osnov zasnivanja ugovornog odnosa, koji je bit pravne prirode kauze. Prof. Andrija Gams je definisao kauzu kao ekonomski cilj pravnog posla, a Zakon o obligacionim odnosima kauzu normira kao pravni cilj pravnog posla. Kauza je nužan uslov nastanka i postojanja ugovora. Kako onda možemo odrediti kauzu kod nezakonitih pravnih poslova?

Odgovor na ovo pitanje podrazumjeva razgraničenje motiva od kauze. “... Treba voditi računa da li kauza u konkretnom slučaju ostvaruje funkciju individualne zaštite ili funkciju društvene zaštite”.¹⁶ Zakon postavlja pravilo da pobude iz kojih je ugovor zaključen ne utiču i na punovažnost zaključenog pravnog posla. Prema Zakonu, svaka ugovorna strana mora imati dopušten osnov, a osnov je nedopušten ako je protivan ustavnim načelima uređenja, javnom moralu i prinudnim pravnim propisima.¹⁷

Analizirajući prethodne konstatacije, možemo zaključiti da se upravo kod nedopuštenih kauza, kao relevantan postavlja odnos motiva i kauze. Na ovom mjestu ne možemo primijeniti shvatanje da pobude iz kojih je ugovor zaključen ne utiču na punovažnost zaključenog pravnog posla. Naprotiv, kod nedopuštenih kauza veoma je važna pobuda, ali je najčešće latentna i ima lukrativan karakter,

¹⁴ U tom smislu, vidi Perović, op.cit., str. 325.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Perović, op. cit., str. 329.

¹⁷ Vidi, Perović, op. cit., str. 333.

naročito ako proizilazi iz vršenja onih koji vrše funkciju vlasti. Takav motiv se ispoljava na vrlo sofisticiran način, rukovođen težnjom da se navodno štiti javni interes i da će posljedice zaključenog pravnog posla biti dobrobit za državu i njene građane. “Ništa se na svijetu ne dešava samo od sebe (causa sui)... kamen ne pada da bi pao, nego zato što mora, što mu je istrgnut oslonac, ali čovjek koji djela, ne čini to zbog nekog *zato što*, nego zbog *da bi nešto time postigao*.”¹⁸

Sagledavanje odnosa pobude i kauze na primjeru nezakonitog pravnog posla.
– Sagledavanje kauze kod zaključenja nezakonitog pravnog posla najbolje se može sagledati analizom konkretnog primjera zaključenja jednog ugovora. Da li se radi o nezakonitom pravnom poslu ili ne, pravni stav ćemo zauzeti u zaključku ne želeći da prejudiciramo.

Analiziraćemo samo pojedine odredbe ugovora koje se po nama čine sporne, koje dovode u pitanje javni interes i interes građana.

ODREĐENJE PREDMETA UGOVORA

Analizu jednog od zaključenih pravnih poslova, počecemo od sagledavanja predmeta ugovora.¹⁹ Ugovora je imenovan i označen kao kupoprodaja jedne nepokretnosti koja se nalazi u zoni koja pripada državnoj imovini, sa potrebom investicionog ulaganja.

Da li predmet ugovora o kupoprodaji, može biti istovremeno i kupoprodaja i Ugovor o dugoročnom zakupu Morskog dobra i Ugovor o komunalnom opremanju i drugi “relevantni ugovori, koji su od centralnog značaja za uspješnu realizaciju Projekta”?²⁰ Odgovor na ovo pitanje podrazumjeva sagledavanje same pravne prirode ugovora.

Predlagač (jedna ugovorna strana), obrazlagala je ovo činjenicom da se radi o mješovitom ugovoru. Naše mišljenje je da se na ovom mjestu ne može govoriti o mješovitom ugovoru, niti o spajanju dva ili više ugovora. Naime, predmet jednog ugovora ne može biti UGOVOR, o kom bilo ugovoru da je riječ...kako je moguće da predmet ugovora o zakupu bude i zakup i ugovor o prodaji sa investicionim ulaganjem i ugovor o komunalnom opremanju Zone lokacije?

Predmet ugovora proizilazi iz prava i obaveza konkretno zaključenog ugovora i sastoji se u davanju, činjenju, nečinjenju ili uzdržavanju od nečega na što se inače ima pravo. To je obligaciono-pravna prestacija, ono o čemu je je ugovor.²¹

¹⁸ Rudolf Fon Jering, Cilj u pravu, prevod s nemačkog Branimir Živojinović, Podgorica, 1998, str. 17.

¹⁹ Napomena: Radi se o Ugovoru koji je zaključen 2014 god., zaveden kod nadležnog državnog organa.

²⁰ Predmet gore navedenog ugovora.

²¹ U tom smislu, Perović, op. cit., str. 311.

Ovdje ne može biti riječi ni o mješovitim ugovorima, jer je kod ovih "kombinovanje elemenata raznih vrsta ugovora u jedan ugovor dopušteno i moguće zbog kategorije neimenovanih ugovora..."²² Ugovor o kupoprodaji i Ugovor o zakupu su imenovani ugovori regulisani Zakonom o obligacionim odnosima. Drugo ovdje nije zaključen jedan ugovor, već više ugovora kroz predmet ugovora. Ni jedan pravni sistem ne sadrži ovakvu pravnu konstrukciju.

Od mješovitih ugovora potrebno je razlikovati spajanje dva ili više ugovora "koji svaki za sebe zadržava svoje pravne karakteristike te predstavljaju zasebne cjeline".²³ Kako na ovome mjestu možemo govoriti o spajanju dva ili više ugovora, ako su oni svi povedeni pod jedan predmet ugovora?! Mi možemo na osnovu određenja predmeta primjetiti da se ovdje radi o tri zaključena ugovora, ali ne možemo govoriti o spajanju ta tri ugovora, jer ako su ti ugovori (što proizilazi iz gore citiranog), određeni kao jedan predmet drugog ugovora, to je onda jedna nepoznata i nelogična pravna konstrukcija. Ovdje se radi o neznanju i nepoznavanju određenja predmeta jednog ugovora, kao bitnog elementa pravnog posla. Jedino moguće rješenje je bilo, da se iz sadržine ugovora utvrdi koji od nabrojanih ugovora, je *pretežniji* i da se takav ugovor imenuje na sledeći način. Ako je pretežniji Ugovor o dugoročnom zakupu predmetnog opšteg dobra, trebalo je imenovati pravni posao kao Ugovor o dugoročnom zakupu sa elementima prodaje. Moguća je i obrnuta solucija, a u slučaju da je pretežniji ugovor o prodaji, ali nikako navedena pravna konstrukcija.

U jednom drugom pravnom poslu, gdje je jedna ugovorna strana državni organ, a druga strani investitor, zaključen je ugovor o davanju u dugoročni zakup lokaliteta sa jednim ostrvom. U odredbi ugovora je određeno da je predmet ugovora obaveza zakupodavca da zakupcu daje u zakup, a u cilju realizacije izgradnje i vođenja poslovanja, isključivo pravo korišćenja Morskog dobra.²⁴

Ovako precizirana odredba ugovora suprotna je čl. 8 Zakona o morskome dobru, kojim se precizira da odluku o davanju na korišćenje morskog dobra donosi Vlada, ali ugovor o korišćenju može zaključiti samo javno preduzeće koje upravlja morskim dobrom, a ne predstavnik državnog organa.²⁵

Kako je moguće da se predmetom ugovora odredi obaveza zakupodavca, a da se pri tom ne precizira što je to konkretno predmet ugovora, već se daje uopštena formulacija "*Zakup Lokaliteta*".

²² Perović, op. cit., str. 214.

²³ Ibidem.

²⁴ Ugovor o davanju u dugoročni zakup jednog lokaliteta (ostrvo), od 5. marta 2015.

²⁵ Vidi čl. 8 Zakona o morskome dobru, ("Sl. list RCG", br.51/06 i 66/06 i "Sl. list CG", br. 88/09 od 17.01.2014).

PRODAJA NEURBANIZOVANOG ZEMLJIŠTA U NAŠEM PRIMJERU

Prodavci predmetnog zemljišta (koje je u svojini dvije opštine), nakon tenderske procedure (u prvom pravnom poslu), prodaju zemljište po cijeni ispod one koju je procijenio nadležni državni organ. Prethodno ukazuje da je postupak prodaje u dijelu određenja cijene predmetne nepokretnosti, sproveden suprotno čl. 43 Zakona o državnoj imovini “Vrijednost nepokretnih stvari u svojini države procjenjuje organ uprave nadležan za poslove katastra”²⁶

Predlađač se pozvao na odredbu po kojoj “Vlada, opština i javna služba mogu odrediti i drugi ovlašćeni organ ili instituciju za procjenu vrijednosti nepokretnih stvari”²⁷ Citirana odredba imala bi osnova da je taj drugi ovlašćeni organ procijenio vrijednost nepokretnosti po većoj cijeni od one koju je odredio nadležni državni organ za poslove katastra.²⁸ Predlađač je smatrao da treba prihvatiti nižu cijenu, jer je u pitanju prodaja neurbanizovanog zemljišta. Zašto se predlađač opredijelio za prodaju neurbanizovanog zemljišta? Da li je takav korak legitiman i da li je u interesu države i u skladu sa principima vladavine prava?!

Analiza prethodnog i fraus legis u tumačenju pravne norme, ukazuje na sporno i pitanje određenja cijene koja je pored predmeta, bitan element Ugovora o kupoprodaji.

PRISTUP DOBRIMA U OPSTOJ UPOTREBI

Plaže i kupališta su prema Zakonu održavnoj imovini (države u kojoj je zaključen pravni posao), Dobra u opštoj upotrebi. Ta dobra dostupna su “svima pod jednakim uslovima i njihova upotreba se vrši bez posebnih dozvola ili odobrenja nadležnih organa.”²⁹

Kako se onda objašnjava odredba ugovora kojom se propisuje da kupalište na jednoj od najljepših plaža na c.p., ima status “reprezentativnog kupališta, uređenog hotelskog kupališta posebne namjene kojem je pristup dozvoljen samo za određene kategorije gostiju, članove kluba u skladu sa pravilima definisanim od strane vlasnika ili operatora koji upravlja klubom hotelom i rizortom”?!³⁰ Ova odredba ugovora ne samo da je suprotna Zakonu o državnoj imovini, već se njo-

²⁶ Vidi, čl. 43 st. 1 Zakona o državnoj imovini (“Sl. list Crne Gore”, br. 21/09 od 20.03.2009, 40/11 od 08.08.2011).

²⁷ Čl.43 st.3 Zakona o državnoj imovini.

²⁸ Napomena: Iz sadržaja tenderske dokumentacije predmetnog ugovora možemo vidjeti da je nadležni državni organ dao procjenu zemljišta na 63e po metru kvadratnom, a druga relevantna institucija 50e po metru kvadratnom.

²⁹ Vidi čl. 10 st.1 tač.10 Zakona o državnoj imovini.

³⁰ Čl. 1.1.67 predmetnog Ugovora.

me ne određuje *ko, kako i pod kojim uslovima postaje član kluba?* I kako je moguće, normu Zakona derogirati odredbom ugovora i ograničiti pristup građanima koji nijesu članovi kluba, plaži i kupalištu? Da li se ovakvo rješenje u odredbi ugovora, može pravdati čl.90 Zakona o turizmu, kao što je bilo pokušaja? U navedenoj zakonskoj odredbi propisuje se kako se prema vrsti usluga koje pružaju, klasifikuju ugostiteljski objekti i koje usluge pružaju.³¹

Pitanje pružanja usluga i kvalifikovanja tih objekata, (po grupama) je jedno, a određenje kupališta i pristup tim kupalištima je drugo. U drugom pravnom poslu, (kojeg smo pomenuli u dijelu koji se odnosi na predmet ugovora), predviđeno je Zona koja se nalazi u državnoj imovini dostupna svi fizičkim i pravnim licima, “osim onih njenih djelova u koje ne postoji slobodan pristup u skladu sa zakonima o imigraciji kojima se uređuje spoljnotrgovinski promet, slobodne zone, saobraćaj ili carina i onih djelova gdje je pristup zabranjen radi zaštite privatnih interesa.”³²

Poznajući teren u Zoni Morskog dobra, taj dio nije određena kao spoljnotrgovinska zona, da ne govorimo o zaštiti nečijeg privatnog interesa u dijelu koji je po Zakonu o državnoj imovini dostupan svim građanima pod jednakim uslovima.

NE(DOZVOLJENI) PODZAKUP

Državna imovina data u zakup, ne može se dati u podzakup, bez prethodne saglasnosti zakupodavca. Odredbom ugovora (prvog), precizirano je da “Pravo korišćenja od strane Zakupaca, podrazumjeva neograničeno i prenosivo pravo, nezavisno pravo korišćenja koje uključuje pravo, da **bez prethodno ili naknadnog odobrenja držaoca vlasničkog prava (Zakupodavca)**, Zakupac može eksploatisati, izgraditi, razvijati, vršiti parcelizaciju relevantne katastarske parcele, ustupati *i/ili prenositi na treću stranu svoje pravo korišćenja*, u skladu sa Ugovorom o dugoročnom zakupu dobra u državnoj imovini.” Nedopustivo je da se ovo pitanje reguliše suprotno normi zakona o državnoj imovini: “Stvari i druga dobra u državnoj imovini ne mogu se dati u podzakup bez saglasnosti zakupodavca.”³³

U drugom pravnom poslu, takođe je predviđeno da se u podzakup može, bez saglasnosti zakupodavca, dati “dio rizorta kako bi se obezbjedio vrhunski kvalitet poslovanja u oblasti zabavnih aktivnosti koje se obavljaju u rizortu.”³⁴ I u ovom pravnom poslu, citirana odredba je suprotna čl.39st.7 Zakona o državnoj imovini. Odredbom ugovora nije precizirano što se podrazumjeva pod *zabavnim aktivnostima*.

³¹ Vidi čl. 90 Zakona o turizmu Crne Gore.

³² Iz sadržine predmetnog ugovora.

³³ Vidi čl. 39 st. 7 Zakona o državnoj imovini.

³⁴ Iz sadržine drugog ugovora.

U primjeru drugog ugovora nailazimo i na odredbu kojom se institut ustupanje potraživanja (cesija) definiše kao: “zakupac u bilo kom trenutku nakon datuma potpisivanja ima pravo, na prenos svih svojih prava i obaveza iz ovog ugovora o zakupu, na strano društvo usljed kojeg će novoosnovano društvo postati zakupac.”³⁵ Na ovom mjestu, mi primjećujemo dvije nezakonitosti. Prva se odnosi na neponavanje osnovnih instituta obligacionog prava, miješaju se ustupanje potraživanja (cesija) sa podzakupom. Drugo, kako je moguće da se ugovorom dozvoljava da ovo, ovako definisano pravo Strano društvo stiče “u bilo kom trenutku” nakon datuma potpisivanja ugovora (23.02.2015), a u zakonu o državnoj imovini, navodi se da je za stupanje na snagu ovog ugovora potrebna odluka Skupštine iz istih razloga koje smo citirali, a vezano za prvi primjer ugovora. Ova odredba, kao i činjenica da su ugovor potpisale obje strane ugovornice, samo je potvrda da je ugovor zaključen, što ćemo daljom analizom i obrazložiti.

PROBLEM EKSTERITORIJALNOSTI

Eksteritorijalnost je pojam međunarodnog prava koji znači izuzimanje nekih osoba, ustanova ili teritorija iz jurisdikcije zemlje u kojoj se nalaze. Da li se može govoriti o zaštiti državnih interesa, ako je odredbom ugovora predviđeno da “Kupac ima pravo da uspostavi *režim kontrolisanog pristupa* u okviru Lokacije i zone koja je u državnoj imovini, a koji su namijenjeni za isključivu upotrebu od strane članova kluba ili gostiju turističkih objekata ... usvajanje i sprovođenje internih propisa vezanih za prolazak saobraćaja u okviru Lokacije i zone u državnoj imovini će biti pod kontrolom i nadležnošću kupca, osim što će aktivnosti opštinskih i državnih organa vezano za saobraćajne nezgode, krivične radnje i javni red, zaštitu od požara ... biti nadležnost relevantnog državnog ili opštinskog organa.”³⁶ A, što je sa nadležnošću *poreskih i sanitarnih organa*? Ako analiziramo citiranu odredbu ugovora, navedenim organima pristup i vršenje poslova iz svoje nadležnosti, nije dozvoljen.

Nadalje, “sve izmjene i dopune zakona, pravila i propisa koje bi rezultirale umanjenjem ili ukidanjem prava kupcu, smatraće se materijalnim kršenjem ovog ugovora i kupac će imati pravo da raskine ugovor.”³⁷ Da li navedeno znači da ukoliko Parlament jedne države u kojoj se realizuje investicija, izglasa izmjenu i dopunu zakona, npr. izmijeni se stopa plaćanja poreza, da za sve građane države važi obaveza plaćanja uvećanog poreza, a za kupca (stranog investitora), taj Zakon ne važi?! U ovom pravnom poslu, predviđeno je da propisi koje donesi investitor, derogiraju pravne propise jedne države. U navedenom smislu, takve odredbe ugo-

³⁵ Iz sadržine drugog ugovora.

³⁶ Čl. 8.1. 3 iz sadržine navedenog ugovora.

³⁷ Čl. 8.1.4. iz sadržine navedenog ugovora.

vora suprotne su ustavnom poretku. Predlagač se u odnosu na kritički osvrt, pozvao na drugu odredbu istog ugovora po kojoj je “kupac je dužan da poštuju i postupa u skladu sa svim zakonskim obavezama...”.

Međutim, pravna analiza ukazuje na činjenicu da ako u jednom pravnom poslu postoje dvije odredbe koje su suprotne jedna drugoj, onda se to u pravu zove *fraus legis*, izigravanje norme zakona, koja stvara prostor za zlupotrebe u tumačenju odredaba ugovora, koje se reflektuju samim tim i na mogućnost zloupotrebe zakona.

CLAUSULA INTABULANDI KOD UGOVORA O ZAKUPU

Zakup i koncesija za period duži od pet godina³⁸, kao i pravo preče kupovine upisuju se u G list katastra nepokretnosti. Prethodno podrazumjeva i postojanje jasno izražene volje stranaka o tome, bez obzira da li je u pitanju uknjižba ili predbilježba. Međutim, *saglasnost ugovornika, nema značenje clausule intabulandi*.³⁹ “To znači da pravila o formi i sadržaju isprave u kojoj se daje clausula intabulandi, ne važe kod upisa obligacionih prava. Podrazumjeva se, da u navedenim slučajevima, *clausula intabulandi ima deklarativno, a ne konstitutivno dejstvo*. Upis obligacionih prava nije materijalnopravna pretpostavka za njihovo sticanje.”⁴⁰ Navedeno, znači da saglasnost volja za upis dugoročnog zakupa, proizilazi iz same sadržine zaključenog ugovora o zakupu, u dijelu predmeta ugovora, gdje se ugovorne strane saglašavaju da kroz ponudu i prihvatanje ponude izraze pristanak za zaključenje pravnog posla.

“Zakup za period duži od pet godina se upisuje na zakupljenoj nepokretnosti u korist zakupca na osnovu isprave za upis...Pravo zakupa upisuje se kao pravo na nepokretnosti sa zabilježbom trajanja i osnova prava zakupa, odnosno kao teret na nepokretnosti.”⁴¹

Clausula intabulandi (na njemačkom *Einschreibende Klausel*) je izričita i stogo formalna izjava volje knjižnog prethodnika – lica, čije se zemljišno-knjižno pravo ukida, ograničava ili opterećuje, da pristaje na uknjižbu ili predbilježbu. To je pristanak za upis koji je *condicione sine qua non stvarnih prava*, ali nema dejstva za oblligaciona prava.

Odredbom predmetnog ugovora je predviđeno da dva državna organa daju svoju konačnu i neopozivu saglasnost za UKNJIŽBU (konačno sticanje ili gubitak zemljišno-knjižnih prava) zakupcu u G list nepokretnosti kao imaoca.⁴² Na

³⁸ Napomena: Ovdje se radi o zakupu plaže na period od 90 godina.

³⁹ U tom smislu, Zoran P.Rašović, *Zemljišno knjižno pravo*, Podgorica 2012, str. 750.

⁴⁰ Vidi, Rašović, str. 750, 751.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Iz sadržine predmetnog ugovora.

osnovu izloženog postavlja se pitanje, ako clausula intabulandi nema dejstva na obligaciona prava, već ta saglasnost proizilazi iz same sadržine ugovora, zašto se ona potencira kod zakupa na 90 godina i to kao saglasnost (konačna i neopoziva) i to kod uknjižbe, ako nam zakon pruža mogućnost registrovanja zakupa zabilježbom imovinskih odnosa, a u dijelu upisa tereta i ograničenja? I kako se može tumačiti zakup na 90 (devedeset) godina, osim kao sticanje prava svojine?! Summa summarum, bilo je potrebno kroz odredbu ugovora propisati, ko ima obavezu da nadležnom katastru podnese zahtjev za upis dugoročnog zakupa.

PRIVIDNI PRAVNI POSAO?

Prividan pravni posao je ustanova obligacionog prava. Po Zakonu o obligacionim odnosima prividan ugovor obuhvata dva ugovora: fiktivan i simulovan. Mi ćemo na ovom mjestu pažnju posvetiti odnosu zaključenog (predmetnog ugovora) i simulovanog pravnog posla.

Kod simulovanih pravnih poslova “učesnici pravnog posla dovode javnost u zabludu o stvarnosti (realnosti, istinitosti, o prirodi, o učesnicima, o korisniku ili modalitetima dejstva).”⁴³

Prof.dr Zoran Rašović ukazuje na fenomen, da su prividni ugovori kreirani namjerno. Nadalje, on smatra da “simulacija može imati različite aspekte, manje ili više ozbiljne. Ona je promjenljiva u svom intezitetu. Pobude (pokretač) koje simulator slijedi mogu biti veoma nejednake moralne vrijednosti: prevara trećeg lica, izmicanje poreskoj administraciji, želja da javnost ne sazna za privatne poslove...”⁴⁴

Bez namjere da ulazimo u “pokretače” pobuda ugovornih strana, postavljamo pitanje, zašto je predstavnik predlagača (državnog organa), kao jedna ugovorna strana, pribjegao zaključenju pravnog posla čije su pojedine odredbe ugovora suprotne javnim propisima? Zašto se clausula intabulandi nalazi na mjestu gdje nema pravno dejstvo? U čemu se ogleda interes jedne države, da najljepši dio svoje obale da u zakup na period od 90 (devedeset) godina? I kako se tretira zakup na devedeset godina sa clausulom intabulandi na mjestu gdje ona ima deklarativno dejstvo? Da li iz sadržine predmeta pravnog posla u kojem se pominje i ugovor o prodaji *neurbanizovanog zemljišta* i ugovor o zakupu i ugovor o komunalnom opremanju, ne proizilazi summa summarum mogućnost, da se ovim pravnim poslom, a u dijelu zakupa, simulira javnosti zakup, a u suštini se disimulira (prikriva) prodaja?! Da ne govorimo o cijeni po kojoj je prodato javno dobro, ispod one za koju je procjenu dao nadležni organ. “Kod tzv. relativne simulacije, stranke prividno, prema javnosti, trećim licima, zaključuju jedan pravni posao, da bi tako pri-

⁴³ Zoran P. Rašović, *Gradansko pravo*, podgorica 2006, str. 277.

⁴⁴ *Ibidem*.

krile drugi pravni posao (disimulovani), koji su stvarno u okviru prividnog posla zaključile.”⁴⁵

Simulovani pravni posao je apsolutno ništav, dok disimulovani proizvodi pravno dejstvo pod uslovom da ima sve pretpostavke za to. “Disimulovani pravni posao, u stvari, odgovara pravoj volji stranaka.”⁴⁶ Ne želeći da insinuiramo cilj koji se želio postići zaključenjem pravnog posla, smatramo da su strane ugovornice trebale i uvijek treba da se vode onom misli koju je izrekao Ruso : “Najjači nije nikad dovoljno jak da uvijek bude gospodar, ako ne pretvori svoju snagu u pravo, a poslušnost u dužnost.” U svojim “Besedama sa Kopaonika”, uvaženi akademik Slobodan Perović je Rusoovu misao definsao kao formulu legitimiteta prava koja ističe “njene dve osobenosti: poštovanje prava, a ne sile, i potčinjenost svih, pa i gospodara, da se ponašaju u skladu sa pravom, i to u smislu dužnosti. Ustvari, to su prostori pravne države.”⁴⁷ Treba napomenuti da se termin “gospodar”, tiče svih onih koji su nosioci vlasti i koji upravljaju državom, bez obzira da li se radi o zakonodavnoj, izvršnoj ili sudskoj grani vlasti.

MOMENAT ZAKLJUČENJE PRAVOG POSLA

Dobra u svojini države ili imovini opština mogu se ugovorom dati u zakup do 30 godina odlukom Vlade, odnosno nadležnog organa opštine i do 90 godina odlukom Skupštine, na predlog Vlade.⁴⁸ Ako je u konkretnom slučaju potrebna saglasnost i odluka Skupštine (jer je u pitanju zakup na 90 godina), da li se onda predstavnik predlagača, a u odnosu na kritički upućen osvrt, može pozivati na činjenicu da ugovor nije zaključen, jer Skupština nije donijela odluku kojom prihvata ovakav pravni posao?! ... Analizirajući ugovor, utvrdili smo da su ugovorne strane potpisale svojeručno svaku stranu ugovora. Ugovor ima i pečat ovlašćenih predlagača. Ono što je nedostajalo, da bi ugovor počeo da proizvodi pravno dejstvo, je odluka u Parlamentu. Da li se takav pravni posao može smatrati zaključenim, iako Parlament nije donio odluku? Ovo pitanje je od važnosti, jer se u odgovoru ogleda eventualna odgovornost pojedinaca (predstavnik vlasti), za eventualnu štetu koju bi građani i Država pretrjeli, da je jedan takav pravni posao počeo da proizvodi pravno dejstvo. Iz konstatovanog proizilazi i potreba sagledavanja načina na koji tumačimo ugovor. I naposljetku, da li oslobađa od odgovornosti predstavnika državnog organa, namjera koju je pokazao prilikom ugovaranja pravnog posla, koja provejava kroz sadržinu istog, jer ugovor je zaključen, a

⁴⁵ Montecchiari, La simulazione del contratto, Milano, 1999. Stolfi, Note minime sulla prova della simulazione relativa, in Giur. 1975, editione I, str. 999.

⁴⁶ Rašović, op. cit., str. 278.

⁴⁷ Slobodan Perović, Besede sa Kopaonika, Beograd 2010, str. 36.

⁴⁸ Čl. 39 Zakona o državnoj imovini.

samo zbog jedne zakonske obaveze koja se tiče odluke jednog državnog organa, nije počeo da proizvodi pravno dejstvo?!

Teorije o tumačenju ugovora i naš stav u konkretnim primjerima. – Ugovor se može tumačiti na različite načine. Pravna teorija poznaje subjektivno, objektivno i mješovito (subjektivno-objektivno) tumačenje.

Subjektivni način tumačenja daje prednost autonomiji volje u ugovornim odnosima. Ali treba imati u vidu, da ta autonomija ni u jednom pravnom sistemu nema apsolutni domašaj, jer je uslovljena i ograničena obavezom poštovanja ustanove javnog poretka. Građanski zakonici 19. vijeka davali su prednost subjektivnom načinu tumačenja odredaba ugovora, sa potrebom istraživanja volje stranaka u smislu otkrivanja zajedničke volje iz koje se spoznaje i namjera zaključenja jednog pravnog posla. U Francuskom građanskom zakoniku predviđeno je da se treba istražiti namjera ugovornika, prije nego da treba tumačiti značenje izraza i normi doslovce.⁴⁹

Austrijski građanski zakonik u noveliranim odredbama paragrafa 914, usvaja dejstvo subjektivnog i objektivnog kriterijuma, koji podrazumjeva da se pri tumačenju ugovora ne treba držati doslovnog smisla izraza, već treba ispitati nameru stranaka i ugovor tako razumeti kako to shvataju poštenog prometa odgovara.⁵⁰

Moderniji građanski zakonici u svojim rješenjima, više preferiraju objektivni način tumačenja, doslovnog tumačenja odredaba ugovora.

U praksi naših sudova prihvaćen je objektivno-subjektivni kriterijum, ali većina primjera iz sudske prakse pokazuje prevagu objektivnog tumačenja ugovora.⁵¹

Kada se smatra da je ugovor zaključen? – Veoma važno pitanje koje se nameće povodom konkretnog slučaja, a na koje smo ukazali u uvodnom dijelu ove tačke izlaganja je: da li ugovor postoji u pravnom smislu riječi, tj. da li je zaključen ako nije dobio “zeleno svjetlo” Parlamenta, ali su stranke potpisale svojeručno svaku stranu ugovora, a ugovor je ovjeren i pečatima?

Nema ugovora, ako nema saglasnosti volja. Običan razgovor ne obavezuje.

Od momenta kada nastane saglasnost volja, ugovor⁵² postaje zakon za strane ugovornice i smatra se zaključenim. Saglasnost volja je samo jedan od uslova koji su neophodni za punovažnost, tj. da bi ugovor kao pravni posao proizvodio prav-

⁴⁹ Vidi, čl. 1156 Francuskog građanskog zakonika (Code Civile), kao i čl. 1026 Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru “ Kad tumačiš ugovor, pazi na riječi, al' vazda s obzirom na volju i namjeru”.

⁵⁰ Vidi, Perović, op. cit., str. 369.

⁵¹ Vidi, o tome u rješenjima sudske prakse, Perović, op. cit., str. 370.

⁵² Napomena: Misli se na ugovor koji je punovažan, a punovažan je ako su ispunjeni sledeći uslovi: sposobnost ugovaranja, saglasnost volja, forma, predmet i causa.

no dejstvo. U konkretnom slučaju, stranke su u pravnom poslu ispunile sve bitne elemente za zaključenje pravnog posla. Međutim, nekim od tih elemenata vrijeđa se javni interes. To znači da takav pravni posao iako ispunjava uslove potrebne za punovažnost, ne može proizvoditi pravno dejstvo, već podleže ništavosti. Imamo i situacija, kada je pored saglasnosti ugovornih strana, potrebna i odluka nadležnog organa da bi jedan tako zaključen ugovor počeo da proizvodi pravno dejstvo.

Kada analiziramo prethodno, možemo izvesti zaključak, da je u konkretnom slučaju pravni posao(ugovor) zaključen. Međutim, takav pravni posao iz prethodno navedenih razloga, ne proizvodi pravno dejstvo. Za nas u nekom drugom slučaju (kada su u pitanju privatni interesi ugovornih strana), ne bi ni bila od značaja činjenica da li je ugovor zaključen ili ne, a ne proizvodi pravno dejstvo... Ali obzirom da je u pitanju zaključen pravni posao iz koga bi, da je dobio podršku Parlamenta jedne države, proizašle štetne posljedice po državu i njene građane, onda nas interesuje namjera koja je rukovodila predstavnika vlasti da zaključi jedan takav pravni posao. Ovdje štetu trpi i investitor koji je izrazio želju i namjeru da valorizuje jedno područje i odabrao državu u koju želi da uloži svoje investicije. Na taj način pokazana je neozbiljnost države prema stranom investitoru, što nije dobro ako se želi ići naprijed sa razvojem države koji treba da donese dobrobit građanima. Na ova pitanja, nadovezuju se i pitanja odgovornosti nadležnih za stavljanje potpisa na jedan pravni posao (ugovor), čije su odredbe suprotne zakonima jedne države, a čitav pravni posao temelji se na raspolaganju i upravljanju onim što je državna imovina.

Navedene dileme podstakle su ranije, mnoga filozofska pitanja i samog Jeringa da temeljno izuči teoriju odgovornosti za štetu u slučajevima kada ugovor samo prividno postoji, ali je uistinu ništav.⁵³ Polazište njegove studije kao i novi pojmovi u njegovoj teoriji, koji su docnije izvršila veliki uticaj na pravnu teoriju su: *culpa in contrahendo* i *negativni ugovorni interes*.⁵⁴

“Culpa in contrahendo je osnovni pojam na kome Jering gradi svoje teorijsko shvatanje o odgovornosti za prouzrokovanu štetu u slučaju kada je ugovor poništen. Međutim, lice koje pristupa zaključenju ugovora ima obavezu da tom prilikom ispolji potrebnu pažnju (*diligentia*). Pravila o odgovornosti za nepažnju treba da pruže zaštitu ne samo postojećim ugovorima, nego i onima koji se nalaze u nastajanju, jer samo u tom slučaju ugovorni odnosi neće biti ozbiljnije ugroženi.

Culpa znači nepažnja i predstavlja blaži stepen krivice, nego *dolus* koji označava zlu nameru.”⁵⁵

U konkretnom slučaju, predstavnik vlasti koji (ne) zastupa državne interese, ne samo što je morao i imao obavezu da pokaže ne samo potrebnu pažnju, već

⁵³ Vidi, Orlić Miodrag, Zaključenje ugovora, Beograd, 1993, str.38.

⁵⁴ U tom smislu, op.cit., str. 38.

⁵⁵ Orlić, op. cit., str. 39.

kada pregovora sa investitorom oko valorizacije državnih dobara, morao je postupati i *bona fides* sa pažnjom dobrog domaćina. Jering nije računao da će doći vrijeme tranzicije, i da će biti onih koji će privatne interese staviti ispred državnih i interesa naroda. S toga smatramo da se u konkretnom slučaju ne može govoriti o culpa in contrahendo, a da li se može govoriti o dolus in contrahendo, neka ocijene nadležni državni organi. Odgovor na ovo pitanje podrazumjeva da nadležni državni organi treba da sagledaju odnos između subjektivne teorije tumačenja ugovora i dva momenta: Prvi je onaj koji je prethodio zaključenju ugovora i drugi, faza kada već imamo zaključen ugovor.

Prvi momenat treba dovesti u vezi sa motivima i pobudama koji su rukovodile ugovorne strane, a prethodili su zaključenju ugovora. To je ona namjera koja je uvela buduće strane ugovornice u razgovore i pregovore. "Motiv je početni stadij u psihičkom toku formiranja volje, on se teško istražuje, a još teže dokazuje. U građanskom pravu je bitna uobličena volja, i to, po pravilu ne unutrašnja, nego izjavljena. Stoga ni nemoralan motiv ne može biti razlog za ništavost pravnog posla."⁵⁶ Ali motiv može biti značajan za utvrđivanje odgovornosti onih, koji su sa pozicija vlasti zaključuju jedan pravni posao iz koga proizilazi šteta za opšti interes. I baš u toj pravnoj posljedici možemo sagledati motiv, koji je teško bilo istražiti, ali je šteta relevantan dokaz. Motiv ima svoj uzrok, ali se prepoznaje u posljedici.

Drugi momenat je kad su ugovorne strane zaključile ugovor, postigle saglasnost, što znači da je na ponudu odgovoreno prihvatom ponude. Saglasnost volja je rezultat koji motive i pobude sublimira sad već u *interes* ugovornih strana. Samo se na ovom mjestu postavlja pitanje: Da li je u pitanju državni i interes naroda ili interes pojedinca, koji simulira zaštitu javnog interesa?

Interes posebno dolazi do izražaja kada zaključen ugovor počne da proizvodi pravne posljedice pozitivne ili negativne. U našem slučaju, da je Parlament dao saglasnost na zaključen ugovor, proizvele bi se negativne pravne posljedice, tj. šteta po državne i interese građana, ali i po stranog investitora koji je "uveden" u jedan takav pravni posao. Jering to naziva "negativni ugovorni interes", koji se sastoji u šteti koju ugovornik trpi zbog toga što je ugovor poništen.⁵⁷ Po Jeringu, šire tumačenje negativnog ugovornog interesa podrazumjeva i sledeće: "a) štetu zbog zaključenja ugovora; b) običnu štetu i izmaklu dobit; c) prostiranje do iznosa pozitivnog interesa".⁵⁸

⁵⁶ Andrija Gams, Uvod u građansko pravo, opšti deo, Beograd 1972, str. 249.

⁵⁷ Napomena: Na ovom mjestu ne želimo da prejudiciramo sudsku odluku, ali dajemo svoje mišljenje o pravnoj posljedici koja bi proizašla, a u slučaju da sud u postupku utvrdi ništavost pravnog posla.

⁵⁸ Orlić M., op. cit., str. 43.

U konkretnom slučaju ugovor je zaključen, ne proizvodi pravno dejstvo, jer je izostala pozitivna odluka nadležnog organa, da bi ugovor mogao da proizvede pravno dejstvo. Ovdje treba naglasiti, da se saglasnost Parlamenta tražila samo zbog dužine trajanja “zakupa”. U odnosu na ostale nezakonite odredbe, saglasnost je dao predstavnik nadležnog državnog organa. To znači, da je Parlament dao saglasnost, ugovor bi proizveo pravno dejstvo. U svakom od ovih slučajeva, a u širem smislu, prožima se suština koju je Jering želio objasniti kroz teoriju “negativnog ugovornog interesa”.

Da bi smo govorili o drugoj fazi (zaključenje ugovora) i eventualnim pravnim posljedicama koje bi proizašle da je ugovor počeo da proizvodi pravno dejstvo (poništenje i šteta), kao i da bi se postavilo pitanje odgovornosti nadležnih za navedene posljedice, potrebno je pravno detaljno sagledati i analizirati prvu fazu koja prethodi zaključenju ugovora i dovesti je u vezu sa subjektivnim načinom tumačenja pravnog posla.

Polazna osnova subjektivnog načina tumačenja svodi se na istraživanje volje stranaka.

Sagledavanjem motiva i pobude, spoznaje se i namjera koja je rukovodila stranke da pristupe razgovorima i pregovorima koji bi vodili zaključenju jednog pravnog posla. Ta namjera je posljedica unutrašnje volje, želje koja pokreće subjekta da uđe u jedan proces, kako bi ostvario svoj cilj. Zašto je bitna ta veza između subjektivne teorije tumačenja ugovora i faze koja prethodi zaključenju pravnog posla? Upravo zato što ozbiljnom pravnom analizom tog momenta, dolazimo do onoga što treba da bude konačan ishod svih radnji oko realizacije jednog pravnog posla. Svi koji ulazimo u pravne odnose treba da se rukovodimo onom rimskom “Ius est boni et aequi”. Ta vještina dobrog i pravičnog za rezultat ima i mora da ima vladavinu prava.

Motivi i pobude podstaknuti namjerom, zaključenjem pravnog posla dobijaju karakter “interesa” koji se želio postići, zadovoljiti i koji implicira pravne posljedice ispunjenjem prava i obaveza ugovornih strana. Ako taj konačan ishod ima za posljedicu negativan ugovorni interes, i ako je još uz tu činjenicu, on proizašao voljom predstavnika jednog državnog organa, onda se nalazimo na strani suprotnoj vladavini prava, a to je nepravda koja proizilazi iz nejednakog položaja. Oni koji su nosioci vlasti imaju nadređen položaj, ali ako ga zloupotrebljavaju u svoju korist, onda ulazimo u bezakonje, a bezakonje stvara prostor za korupciju koja se reflektuje na različite načine, ali svaki od njih podriva temelje pravne države, ulazi u pore institucija i opstruira rad tih institucija i čitavog sistema.

ZAKLJUČAK

Dispozitivne norme Zakona o obligacionim odnosima, predstavljaju pravni osnov za ostvarivanje načela slobode ugovaranja (autonomije volje). Zakon nor-

mira da učesnici u pravnom prometu slobodno uređuju obligacione odnose, ali i postavlja granice odredbom po kojoj učesnici u prometu ne mogu uređivati svoje odnose suprotno ustavom utvrđenim načelima javnog poretka. Ovako nomirana odredba uslovljava učesnike da moraju poštovati i svoje odnose uređivati u skladu sa zakonima države.

Ako imamo jedan obligaciono-pravni odnos koji se ostvruje kroz prava i obaveze ugovornih strana od kojih je jedna predstavnik vlasti, a druga strani investitor, podrazumjeva se da su oni prvi pozvani da poštuju javni poredak jedne države. Kako tumačiti pravnu situaciju u kojoj je zaključen ugovor suprotan zakonima jedne države, a da se pri tom strana koja predstavlja vlast poziva na načelo autonomije volje, osim kao izigravanje normi zakona s jedne strane (*fraus legis*) i poigravanje sa Državom i njenim interesima s druge strane.

Ugovori zaključeni suprotno zakonima jedne države su nezakoniti ugovori (nezakoniti pravni poslovi). Ovi pravni poslovi spadaju u red apsolutno ništavih pravnih poslova i oni ne mogu proizvoditi pravno dejstvo. U odnosu na ove pravne poslove važi ona Bogišićeva, "što se grbo rodi, vrijeme ne ispravi". U pravnom smislu, ovi pravni poslovi ne mogu se naknadno osnažiti (konvalidirati), osim u dva slučaja koja se ne mogu primijeniti na predmetni pravni posao. Ne samo zbog činjenice, što su nezakoniti, već i zbog pravnog pravila da odredbe ugovora ne mogu derogirati norme Ustava i zakona jedne države.

Ako se neko sa pozicija predstavnika vlasti, u odnosu na konstatovano poziva na načelo slobode ugovoranja, a znamo da u odnosu na autonomiju volje, pozitivno pravni propis jasno određuje granice te slobode, onda se na ovom mjestu može govoriti o zloupotebi onih koji vrše vlast, a na štetu državnih i interesa građana. Država i donosi zakone, da bi štitila građane od samovolje pojedinaca. Samo na taj način može se ostvariti pravo na pravnu državu koje podrazumjeva legitimitet pravnih normi u njihovom nastanku (izvoru iz kojeg potiču) i legalitet u postupku njihove primjene. Akademik Slobodan Perović u svojim *Besedama sa Kopaonika*, lijepo objašnjava da "*pravna država kroz zahtev legaliteta, treba da obezbedi da ne pocrvene oni koji pravo stvaraju i koji ga primenjuju...*"

Ukoliko se u konkretnim slučajevima, ali i u nekim budućim, žele realizovati investicije, koje će koristiti i državi i građanima, onda bi trebalo, zaključiti ugovor, čije će odredbe biti u saglasnosti sa zakonima države i kojima će se poštovati ustanova javnog poretka. To je jedan od zahtjeva principa *vladavine prava*, koji predstavlja temeljnu osnovu za razvoj jednog društva koje pretenduje da bude demokratsko.

Draginja Vuksanović, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law
University of Montenegro

SOME EXAMPLES OF ILLEGAL LEGAL AFFAIRS, CONCLUDED
TO THE INSTITUTION OF THE PUBLIC ORDER

Summary

Discretionary standards of the Law on contractual relations represent legal basis for accomplishing of the principles of contracting (autonomy of will). The Law standardizes that the participants in legal transactions freely arrange contractual relations, but also it places the limits by the provision by which the participants at transaction cannot arrange their relations contrary by the constitution established principles of public order. The participants are conditioned by such standardized provision that they must respect it and arrange their relations in accordance with the laws of the state.

If we have one contractual-legal relations which is being accomplished through rights and obligations of the contractual parties of which one is the representative of the authority, and the other is a foreign investor, it implies that those the first ones are called to respect public order of a single state. How to interpret a legal situation in which a contract has been concluded contrary to the laws of a certain state, and that, thereat, the party which represents the authority refers to the principle of the autonomy of will, other than as the evasion of the principles of the law on the one side (*fraus legis*) and playing with the State and its interests on the other side.

Contracts which have been concluded contrary to the laws of a certain state are illegal contracts (illegal legal affairs). These legal affairs fall in the line of of absolutely null and void legal affairs and they cannot produce legal action. Not only because of the fact that they are illegal, but also because of the legal rule, that the principles of the Constitution and the Law of a certain state cannot be derogated by the provisions of the contract.

DARIJA MARIĆ

KLAUZULA REBUS SIC STANTIBUS U UGOVORNOM PRAVU

U V O D

Nesporno je da sigurnost pravnog saobraćaja u znatnoj meri zavisi od izvršenja ugovora, koji se zaključuju svakodnevno, u velikom broju i u širokom spektru odnosa. Međutim, za vreme trajanja ugovora moguće je i da se okolnosti promene, odnosno da dođe do nekih događaja koje stranke nisu mogle predvideti, a koji utiču na izvršenje ugovora. Ukoliko takvi događaji za posledicu imaju to da izvršenje ugovora postane za jednu stranku preterano otežano, ili da bi ona svoju obavezu mogla da izvrši samo sa preterano velikim gubitkom, naše ugovorno pravo predviđa mogućnost da se ugovor izmeni ili čak raskine upravo pozivanjem na pravila o promenjenim okolnostima (*clausula rebus sic stantibus*).¹ Naime, polazi se od pretpostavke da strane žele da izvrše svoje obaveze samo ukoliko okolnosti koje su značajne za izvršenje njihovih prestacija ostanu nepromenjene u vreme ispunjenja ugovora.²

Važno je napomenuti da slučajeve kada se može primeniti klauzula *rebus sic stantibus* ne treba mešati sa slučajevima kad stranke usled nekih naknadno nastalih okolnosti objektivno nisu u mogućnosti da ispune ugovorene prestaci-

Darija Marić, doktorand Pravnog fakulteta u Beču i Pravnog fakulteta u Novom Sadu.

¹ Ova klauzula se u literaturi prevodi kao “dok stvari tako stoje” - Antić B., “Promenjene okolnosti u ugovornom pravu Evropske Unije i Srbije”, Novi Sad, 2014, 1.

² Salma J., “Obligaciono pravo”, Novi Sad, 2007, 378.

je. Razlikovanje ove dve grupe slučajeva je jasno načinjeno i u Zakonu o obligacionim odnosima³, gde su posebni uslovi predviđeni za slučajeve kada je ispunjenje ugovora otežano a posebni kada je nemoguće.⁴

U pravnoj teoriji se primena instituta promenjenih okolnosti ocenjuje kao “logična i opravdana”⁵, a klauzula rebus sic stantibus opisuje kao “neka vrsta društveno-ekonomskog gromobrana koji treba da odstrani negativne posledice nastale za jednu stranku ni krivu ni dužnu zbog procenjenih i nepredvidljivih okolnosti”⁶, a u skladu sa načelom pravičnosti.

Razvoj klauzule rebus sic stantibus kao pravnog instrumenta zaštite ekvivalentne vrednosti prestacija

Razvoj klauzule rebus sic stantibus u periodu od rimskog prava do 19. veka.

– Načelo pacta sunt servanda, koje je tekovina rimskog prava, suvereno je vekovima vladalo u ugovornom pravu⁷. Teoriju o klauzuli rebus sic stantibus su razvili kanonisti u srednjem veku⁸. Glosatori i postglosatori su otišli korak dalje, uobličivši to pravilo na sledeći način: ako u ugovorima kod kojih izvršenje sledi nakon određenog vremena dođe do izmene uslova koji su postojali u momentu zaključenja ugovora, oni se mogu izmeniti ili raskinuti jer se volja stranaka ne može odnositi na nešto što u momentu zaključenja ugovora nije ni postojalo.⁹

Dalji razvoj klauzule o promenjenim okolnostima je prekinut donošenjem građanskih zakonika u 19. veku. Oni naime nisu predviđali klauzulu rebus sic stantibus kao razlog preinačenja ili raskida ugovora u formi opšteg pravila, već

³ Zakon o obligacionim odnosima, “Sl.list SFRJ” br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, “Sl. List SRJ”, br. 31/93 i “Sl. List SCG”, br. 1/2003 – Ustavna povelja; u daljem tekstu: ZOO.

⁴ S. Panovski, “Raskid ili izmena ugovora zbog promenjenih okolnosti”, Glasnik Advokatske Komore Vojvodine, 1985, broj 7-8, 33.

⁵ K. Đetvai, “Promenjene okolnosti i izvršenje ugovora”, Glasnik Advokatske Komore za AP Vojvodinu, 1955, broj 7, 6.

⁶ K. Kovač, “Viša sila i promenjene okolnosti u našem pravu”, Glasnik Advokatske komore u AP Vojvodini, 1966, broj 11, 18.

⁷ Salma J., “Obligaciono pravo”, Novi Sad, 2007, 378.

⁸ Često se navodi kao primer Gracijanov dekret iz 12. veka u kom decidno stoji da “nema dvosmislenosti i laži u tome što neko ne bi ispunio svoje obećanje koje je, usled nepredviđenih okolnosti postalo opasno i štetno za obvezano lice. - Jankovec I., “Dejstvo promenjenih okolnosti na ugovorne odnose (pokušaj harmonizacije prava evropskih zemalja)”, Revija za evropsko pravo, 1999, broj 1, 136.

⁹ S. Panovski, “Raskid ili izmena ugovora zbog promenjenih okolnosti”, Glasnik Advokatske Komore Vojvodine, 1985, broj 7-8, 32.

samo u vidu pojedinačnih, precizno određenih izuzetaka od načela *pacta sunt servanda*.¹⁰ Tako je, na primer, francuski Građanski zakonik predviđao da je raskid ugovora moguć u slučaju više sile¹¹.

Razvoj pravila o izmeni ili raskidu ugovora zbog promenjenih okolnosti u periodu nakon Prvog svetskog rata i nakon Drugog svetskog rata do početka 21. veka. – Već krajem 19. i tokom 20. veka, zakonodavac je bio prinuđen da odstupi od strogog stava o održavanju ugovora na snazi po svaku cenu. Posle izvesnih katastrofa, poput ratova ili privrednih kriza, legislator je neretko bio primoran da donese izvesne *lex specialis* sa ograničenim vremenskim trajanjem kako bi se sprečilo veliko finansijsko oštećenje jedne od ugovornih strana, koja takve vanredne okolnosti nije mogla ni da predvidi ni da predupredi.¹²

Čak je i francuska sudska praksa, koja je bila bespogovorni zagovornik načela *pacta sunt servanda*¹³ položila oružje¹⁴ i u skladu sa zakonima donetim u pe-

¹⁰ Ipak, pravila o promenjenim okolnostima su se posredno mogla izvesti iz člana 1134 francuskog Građanskog zakonika, te paragrafa 157 i 242 nemačkog Građanskog zakonika koji predviđaju da se ugovori moraju izvršiti u skladu sa načelom saveznosti i poštenja. Slično, u Komentaru austrijskog Građanskog zakonika može se videti da paragraf 936. uspostavlja pravilo po kom se ne može zahtevati raskid ugovora "ukoliko se u vremenu između predugovora i momenta kad ugovor treba da bude zaključen desi nešto što korenito menja situaciju između stranaka". - K. Kovač, 23-24.

¹¹ Antić B., 2.

¹² Brojni zakoni ovog tipa doneti su između kako tokom Prvog, tako i tokom Drugog svetskog rata. U periodu između dva svetska rata, kako bi se sprečili nemiri zbog velikog skoka cena poljoprivrednih prizvoda, doneti su propisi kojim je najpre odloženo plaćanje zemljoradničkih dugova, a zatim su svedeni na polovinu i omogućeno je da se ostatak duga plati na rate. - K. Kovač, 19.

¹³ U tom smislu je važan precedent bio slučaj Kraponski kanal (Cannal de Craponne) od 6. marta 1876. godine. Naime, ugovor o snabdevanju vodom iz Kraponskog kanala zaključen je 1567. godine. Do 1873. godine, ugovorna naknada koju su korisnici plaćali preko tri stotine godine u istom, fiksnom iznosu više nije bila adekvatna niti dovoljna da pokrije troškove održavanja samog kanala. Na zahtev vlasnika kanala, Apelacioni sud u gradu Eks je povećao iznos naknade u skladu sa promenjenim okolnostima. Kasacioni sud je, međutim, ukinuo ovu presudu, pozivajući se upravo na načelo *pacta sunt servanda* predviđeno članom 1134. francuskog Građanskog zakonika. Sud je istakao da je u pitanju opšte pravilo i da bez obzira na eventualni stav suda o pravičnosti ili nepravičnosti onog što je ugovoreno, promena okolnosti nije razlog za izmenu ugovora. - Antić, 3.

¹⁴ J. Salma smatra da je institut promenjenih okolnosti noviji institut, koji je nastao u sudskoj praksi francuskog adiministrativnog suda 1916. godine, dakle još za vreme Prvog svetskog rata. Odluka suda se odnosila na jedan administrativno-privredni ugovor. Naime, jedna ugovorna strana, usled naglog rasta cene sirovina, nije mogla da preda robu po ugovorenoj ceni. Kako je u pitanju bila privredna organizacija, kako ne bi prestala da postoji, Vrhovni administrativni sud Francuske je modifikovao ugovorne odredbe i povećao cenu robe. - J. Salma, "Obligaciono pravo", Novi Sad, 2007, 379.

riodu nakon Prvog i Drugog svetskog rata¹⁵ dopustila reviziju ugovora ukoliko nastupe nepredviđene okolnosti.¹⁶

Sudovi u Nemačkoj su se našli pred još težim zadatkom, jer nemačko zakonodavstvo nije predviđalo mogućnost izmene ili raskida ugovora zbog promenjenih okolnosti, čak ni nakon Prvog svetskog rata kada je ovu zemlju pogodila strahovita inflacija. Svesni kompleksnosti situacije i dalekosežnih posledica ovakvog stanja¹⁷, nemački sudovi su izlaz pronašli u vrlo ekstenzivnom tumačenju pojma “nemogućnosti ispunjenja ugovorne obaveze” usled kog je, kako samo ranije naveli, u skladu sa zakonom bilo moguće osloboditi se ugovorne obaveze. Tako se u sudskoj praksi formirao stav po kome nemogućnost ne mora biti “apsolutna”, već može biti i “ekonomska”, koja je skopčana sa izuzetnim naporima ili velikim finansijskim izdacima. Iako je na ovaj način sud kroz svoju praksu donekle “premostio” veliki jaz između zakonske regulative i teškog položaja u kome su se savesni ugovornici našli usled okolnosti na koje nisu mogli da utiču niti da ih predvide, ovakvo rešenje je bilo daleko od idealnog. Naime, navedeni stav sudske prakse predviđao je mogućnost da se dužik oslobodi ugovorne obaveze, ali nije omogućavao i da se ugovor izmeni.¹⁸

Teorijski osnov primene pravila o promenjenim okolnostima na ugovor nemačka sudska praksa je našla u *teoriji poremećaja osnove ugovora* koju je po uzoru na Vindšajdovu teoriju posle Prvog svetskog rata razvio profesor Oertman, a koja se između ostalog pozivala na načelo savesnosti i poštenja.¹⁹ Pored načela savesnosti i poštenja, kao osnov primene pravila o promenjenim okolnostima isticano je i načelo pravičnosti. Tako je u jednoj od svojih odluka najviši sud u Nemačkoj objasnio da s obzirom na ogroman pad nemačke valute sudovi moraju da

¹⁵ Zakonodavac je intervenisao dva puta: u januaru 1918 i u aprilu 1949. godine, dozvolivši strankama da traže raskidanje ugovora zaključenih pre početka Prvog, odnosno Drugog svetskog rata - S. Panovski, 32.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ U literaturi se ova fleksibilnost u to delioca pravde delimično pripisuje tome što je u pomenutom periodu većina sudija pripadala srednjoj klasi koja je bila žestoko pogođena inflacijom, te su sudije bile vrlo dobro upoznate sa problemima koje je izazvala velika inflacija. - Antić B., 12.

¹⁸ Antić B., 11.

¹⁹ Shvatajući osnovu ugovora kao od obe strane prihvaćenu predstavu o nastupanju ili nenastupanju određenih okolnosti, odnosno upravo temelj poslovne volje, profesor Oertman je smatrao da ako se nakon zaključenja ugovora ove okolnosti bitno promene, time se remeti ili čak potpuno gubi osnova ugovora. Po njegovom mišljenju, u tim okolnostima je suprotno načelu savesnosti i poštenja da se insistira na poštovanju ugovora, jer je osnov zbog kog je pravni posao i zaključen izmenjen ili više ne postoji. Stoga se može zahtevati ili raskid ili izmena ugovora. Iako je Oertmanova teorija imala mnogo sličnosti sa shvatanjima klasične teorije o klauzuli rebus sic stantibus, njen obim primene je dosta širi jer obuhvata i zabludu o osnovi ugovora. Takođe, osnova ugovora se po ovoj teoriji ne smatra pravnim, već faktičkim elementom pravnog posla. - Antić B., 1.

budu kreativni i da pri donošenju presuda “vodeći princip mora da bude pravič-
na izmena ugovora”.²⁰ I u velikoj krizi koja je u Nemačkoj nastupila posle drugog
svetskog rata sudovi su se odlučili za isti pristup. Ipak, važno je istaći da je nemač-
ki Federalni sud 70-tih godina 20. veka kroz svoju praksu postavio granice prime-
ne teorije poremećaja osnove ugovora.

Dakle, možemo zaključiti da dok je u nekim državama poput Francuske u
kriznim periodima zakonodavac “uzeo stvar u svoje ruke” i doneo propise kojim
je omogućio primenu klauzule rebus sic stantibus sve dok okolnosti i situacija u
državi to zahtevaju, u drugim pravnim sistemima je u vreme velikih ratova i eko-
nomskih kriza primena klauzule o promenjenim okolnostima omogućena prime-
nom metoda elastičnog tumačenja već postojećih propisa. U Nemačkoj se u tu
svrhu pozivalo na načelo savesnosti i poštenja a u Austriji na nedostižnost presta-
cija.²¹

Klauzula rebus sic stantibus u engleskom pravu. – Navešćemo i primer jed-
nog pravnog sistema koji pripada anglosaksonskom pravu. U Engleskoj prome-
njene okolnosti nisu predviđene kao osnov za izmenu ili raskid ugovora. Kako
englesko pravo nije bilo pod velikim uticajem kanonskog prava, princip održanja
ugovora na snazi je u njemu bio dominantan. U ranom periodu, englesko pravo
nije dozvoljavalo da se ugovor izmeni ili raskine čak ni u slučajevim da ga je ne-
moguće izvršiti.²²

Sredinom 19. veka stvorena je tzv. *teorija osujećenja ugovora* koja je spo-
jila slučajeve u kojima je ugovor nemoguće ispuniti sa onim gde mogućnost iz-
vršenja ugovora i dalje postoji, ali je svrha izvršenja ugovora osujećena.²³ Dok
je precedentni slučaj za priznanje nemogućnosti izvršenja ugovora bio slučaj
Taylor v. Caldwell²⁴, temelje priznanja osujećene svrhe ugovora predstavili su
tzv. “coronation cases”.²⁵ Dalji razvoj sudske prakse u ovom pogledu je doneo pra-
vila po kojim da bi došlo do osujećenja ugovora mora doći do promene svrhe

²⁰ Antić B., 14.

²¹ S. Panovski, 33.

²² Antić B., 6.

²³ Antić B., 7.

²⁴ U ovom sudskom predmetu, jedna ugovorna strana je radi održavanja koncerata iznajmi-
la muzičku dvoranu na četiri večeri. Međutim, pre početka ispunjenja ugovora i bez krivice ijedne
od ugovornih strana, dvorana je izgorela. Iako ugovor o zakupu nije sadržavao klauzulu povodom
ovog slučaja, sud je raskinuo ugovor, sa obrazloženjem da kada ispunjenje ugovora zavisi od posto-
janja određene osobe ili stvari, kao što je to ovde slučaj, ukoliko je ugovor nemoguće ispuniti jer ta
osoba ili stvar nestane, obaveza izvršenja ugovora je time isključena. – Ibidem.

²⁵ Veliki broj ljudi je zakupio sobe iz kojih se mogla posmatrati manifestacija krunisanja
kralja Edvarda VII, po višoj ceni od uobičajene. Kada se kralj razboleo i krunisalje je odloženo,
mnogi zakupci soba su odbili da plate ugovorene cene, iako ceremonija krunisanja nije spomenu-

istog²⁶, odnosno do njegove suštinske izmene²⁷. Kao posledica promenjenih okolnosti predviđen je isključivo raskid ugovora, ali ne i njegova izmena. Kako to neretko stranke dovodi u nezavidan položaj, zakonodavac je pokušao da donekle ublaži posledice tog rešenja 1943. godine, donošenjem tzv. Law Reform Act, kojim je propisano da ukoliko je određena suma isplaćena ili postala isplativa pre nego što je ugovor osujećen, ista mora da se vrati, s tim što ugovorna strana koja je tu isplatu primila ili je trebala da primi ima pravo da zadrži određenu sumu novca, u iznosu troškova ispunjenja ugovora koje je pretrpela pre no što je isti bio osujećen²⁸. Koliki će taj iznos biti, određuje sud. Međutim, ovaj akt je vrlo retko primenjivan u praksi.

Sve u svemu, engleska sudska praksa je bila vrlo oprezna pri prihvatanju pravila o nemogućnost izvršenja ugovora i teorije o osujećenju ugovora, a sa još većim oprezom je postavila granice primeni ovih pravila.

Način na koji je institut promenjenih okolnosti regulisan u savremenom pravu u pojedinim zemljama Evrope

Kada je reč o savremenom pravu, način na koji je pravni instrument promenjenih okolnosti regulisan se razlikuje u zemljama sa različitom pravnom tradicijom. U skladu sa podelom sistema ugovornih prava na romanski, germanski i anglosaksonski sistem²⁹ ovde ćemo izložiti po jedan primer za svaki od tih sistema.

Tako u francuskom pravu ne postoji opšte pravilo o klauzuli rebus sic stantibus³⁰, premda se ona može ugovoriti.³¹

Velikom reformom nemačkog Građanskog zakonika iz 2001. godine, odredbama člana 313. regulisano je pravo na izmenu ili raskid ugovora “zbog

ta u ugovoru. Međutim, sud je zauzeo stav da je ta ceremonija bila osnov ugovora i da je otkazivanje iste sprečilo da se ugovor izvrši, te je presudio u korist zakupaca. – Ibidem.

²⁶ Pogledati, na primer, slučaj Davus Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council.

²⁷ Videti The Suez Canal case.

²⁸ Antić B., 9.

²⁹ Jankovec I., “Dejstvo promenjenih okolnosti na ugovorne odnose (pokušaj harmonizacije prava evropskih zemalja)”, Revija za evropsko pravo, 1999, broj 1, 136.

³⁰ Postoji izvestan broj slučajeva koji su usko definisani za koje je specijalno propisano da je dozvoljena izmena, odnosno raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti. - Antić B., 5.

³¹ Na primer, ugovor može da sadrži posebnu indeksacionu klauzulu kojom je dozvoljeno da se ugovorna cena automatski promeni ako bilo stopa inflacije bilo berzanski indeks pređu određeni nivo. Pored toga, može se ugovoriti i tzv. hardship klauzula, koja u slučaju da se ispune u njoj određeni uslovi obavezuje stranke da ponovo pristupe pregovorima. - Antić B., 6.

poremećaja osnove ugovora”³². Kada je sankcija u pitanju, prednost se daje izmeni ugovora, a tek u slučaju kada to nije moguće ili nije “razumno” dozvoljava se da strana koja je pogođena promenom okolnosti raskine ugovor. U pitanju nije raskid po sili zakona, već je nužna izjava o raskidu ugovora, odnosno kod ugovora sa trajnim prestacijama otkaz ugovora³³.

U engleskom pravu su i dalje na snazi pravila po kojim sudovi nemaju mogućnost da menjaju uslove ugovora, čak ni kada se primenjuje teorija osujećenja ugovora. Jedini izuzetak su slučajevi restitucije. I dalje postoji oštro protivljenje većoj fleksibilnosti sudova u ovom pogledu, sa obrazloženjem da stranke mogu svojevolljno da unesu u ugovor tzv. hardship klauzule i zaštite se od eventualnih nevolja u koje mogu zapasti ukoliko dođe do bitne promene okolnosti. Neki autori razlog za ovako krut stav vide u činjenici da Engleska nije imala tako snažnu ekonomsku krizu posle Prvog i Drugog svetskog rata kao što je, na primer, bio slučaj sa Francuskom i Nemačkom.³⁴ Kao što smo ranije naveli, upravo su velike inflacije i nemaština naterali sudove u ovim državama da promene dotadašnje stavove o održanju ugovora na snazi bez obzira na promenu okolnosti koje su postojale pri njegovom zaključenju, te da prilagode svoja shvatanja novonastalim okolnostima.

Klauzula rebus sic stantibus u srpskom pravu

Period do donošenja Zakona o obligacionim odnosima. – U našoj zemlji, postojala su različiti periodi primene pravila o promenjenim okolnostima. Pravna pravila predratne Jugoslavije nisu predviđala klauzulu rebus sic stantibus. Iako je njegov austrijski uzor u pomenutom paragrafu 936 dopustio pozivanje na promenjene okolnosti u posebno određenim slučajevima, u Srpskom građanskom zakoniku se ovaj institut ne pominje.³⁵

³² Ove odredbe se odnose na sve ugovore, ne samo na dvostrano obavezujuće. Takođe, da bi se pozivalo na promenjene okolnosti, neophodno je da se izmenjene okolnosti odnose na činjeničnu osnovu posla a ova pravila se mogu primeniti i ako je postojala zabluda obe strane o materijalnim okolnostima koje su prema shvatanjima ugovornih strana postale osnova posla. Ako je osnova zahteva izmena okolnosti, nužno je da je do iste došlo nakon što je ugovor zaključen. Jedan od najvažnijih uslova je da stranke, da su predvidele takvu promenu okolnosti, ne bi ugovor ni zaključile ili bi ga zaključile pod drugim uslovima. Pored toga, nužno je da s obzirom na sve specifične okolnosti slučaja nije razumno očekivati da stranka ostane vezana ugovorom u njegovom nepromenjenom obliku. - Antić B., 15.

³³ Ibidem.

³⁴ Antić B., 10.

³⁵ Zanimljivo je pak, da Opšti imovinski zakonik sadrži posebnu odredbu o klauzuli rebus sic stantibus u paragrafu 359. - S. Panovski, 33.

U periodu administrativnog upravljanja privredom, koji je trajao od 1945. do 1950. godine, cene su bile strogo normirane, kao i uslovi i način stupanja u ugovorni odnos. Zahtevalo se da se ugovor striktno izvršava i poštuje, jer bi u suprotnom došlo do poremećaja u planskoj privredi. Odstupanje od ugovora je bilo dozvoljeno samo u slučaju promene plana, više sile ili ukoliko je izostao uvoz sirovina iz inostranstva od kog je isključivo zavisilo izvršenje ugovora.³⁶ Međutim, pravila o promenjenim okolnostima su se primenjivala i u ovom periodu kada je u pitanju domen prava koji se odnosio na fizička lica.³⁷

Naredni period primene pravila o promenjenim okolnostima počeo je 1951. godine, kada je počeo proces osamostaljivanja privrednih preduzeća i prelazak na sistem društvenog upravljanja. Iste godine je i državna arbitraža dopustila da se klauzula rebus sic stantibus primeni ako nastupe promenjene okolnosti koje u znatnoj meri otežavaju ispunjenje ugovora. U Opštim uzansama za promet robom³⁸ koje su stupile na snagu 1954. godine članovima 55-59. su regulisani izmena i raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti. Naime, propisano je da stranka može tražiti izmenu ili čak raskid ugovora ako bi za nju ispunjenje obaveze postalo preterano otežano³⁹ ili bi joj nanelo preterano veliki gubitak "zbog izvanrednih događaja, koji se nisu mogli predvideti u vreme zaključenja ugovora". U članu 56. navedeno je da se kao izvanredni događaji zbog kojih se može tražiti izmena ili raskid ugovora smatraju naročito prirodni događaji (suša, poplava, zemljotres i slično), upravne mere (poput zabrane i ograničenja uvoza ili izvoza i drugih ograničenja prometa robom, promene sistema cena) kao i ekonomske pojave (na primer izuzetno nagli i veliki pad ili skok cena). Drugim rečima, Opštim uzansama je predviđeno da se klauzula rebus sic stantibus se može primeniti samo onda kada je ravnoteža vrednosti uzajamnih prestacija grubo narušena.⁴⁰

³⁶ K. Kovač, 16.

³⁷ Navodi se primer Osnovnog zakona o odnosima roditelja i dece (Službeni list FNRJ, broj 104 od 6.12.1947. godine) koji je u članu 38. predviđao da sud može, po predlogu zainteresovanog lica, da povisi, snizi ili ukine izdržavanje dosuđeno pravosnažnom odlukom, ako su se okolnosti na osnovu kojih je doneta odluka kasnije izmenile. Takođe, članom 69. Osnovnog zakona o braku (Službeni list FNRJ broj 29 od 9.4.1946. godine) propisano je da se sud može izmeniti odluku o čuvanju i vaspitavanju dece i o odnosima razvedenih supruga prema deci, ako to zahtevaju promenjene prilike. - K. Kovač, 17.

³⁸ Opšte uzanse za promet robom (Službeni List FNRJ, br. 15/1954) u daljem tekstu: Opšte uzanse.

³⁹ Tako autor K. Đetvai navodi da se, na primer, obična fluktacija dnevnih cena ne bi mogla smatrati takvom promenom okolnosti. - K. Đetvai, 6.

⁴⁰ S. Panovski, 33.

Takođe, u ovom pravnom aktu je izričito navedeno da se ovom pogodnošću ne može koristiti stranka koja je pala u docnju⁴¹. Drugim rečima, *ne zahteva se skrivljenost* docnje, dovoljno je da je ista nastupila kako bi ugovorna strana koja je u docnji bila prekludirana da zahteva primenu pravila o bitno promenjenim okolnostima.

S druge strane, teorija je kao uslov za primenu instituta promenjenih okolnosti postavila i to da se nastupanje promena, odnosno njihovih posledica, ne može pripisati u krivicu one strane koja se na primenu tih pravila poziva.⁴² Naime, smatra se da je dužnik kriv uvek kad je mogao izbeći nepovoljne posledice blagovremenim preduzimanjem radnje koju je mogao da preduzme i trebao da preduzme,⁴³ te se kao ilustracija ovog principa u literaturi često navodi primer skrivljene dužnikove docnje, ali i brojni drugi primeri – ako dužnik robu koju je trebao da isporuči nije blagovremeno nabavio ili proizveo, iako je mogao, ili ukoliko je robom raspolagao u korist nekog drugog, a ne saugovornika.⁴⁴

Iako to nije decidno navedeno u Opštim uzansama, u teoriji je prihvaćeno da se institut promenjenih okolnosti ne može primeniti ni ako se radi o uobičajenom poslovnom riziku⁴⁵. Opštim uzansama je, međutim, predviđena dužnost

⁴¹ Član 54 Opštih uzansi.

⁴² Ovaj stav je detaljnije obrazložen u Pristupnom predavanju dr Vladimira Kapora održanom 29.10.1952. godine na Pravnom fakultetu u Beogradu. Ovo predavanje se može naći u Arhivu za pravne i društvene nauke, Beograd, 1952, broj 4, str. 401–419.

⁴³ K. Đetvai, 9.

⁴⁴ Kada je reč o sudskoj praksi u ovom pogledu, interesantna je odluka Vrhovnog suda Autonomne Pokrajine Vojvodine poslovni broj Gž. 372/53 od 11.5.1955. godine. U predmetnoj odluci sud je istakao stav da tužilac koji nije ispoštovao rok isporuke predviđen ugovorom (ugovoreni rok je bio do kraja novembra 1951. godine, a on je robu isporučio u januaru 1952. godine), iako je u međuvremenu tuženi više puta zahtevao da se ugovor izvrši, nema pravo da zahteva da mu se roba isplati po višoj ceni od ugovorene. U konkretnom slučaju, iako je cena predmetne robe u januaru 1952. godine znatno skočila, te su se okolnosti u pogledu cena bitno promenile, nesporno je da je tužilac u vreme znatnog porasta cene robe već bio u docnji. Stoga je sud smatrao da tužilac nema pravo da pozivanjem na promenjene okolnosti traži izmenu cena na štetu tuženog, koji je sa svoje strane blagovremeno izvršio svoju obavezu. Evidentno je da u navedenoj odluci Vrhovni sud Vojvodine nije uopšte postavio pitanje da li je tužilac kriv za docnju, udaljivši se time od stanovišta koje je u to vreme bilo dominantno u domaćoj pravnoj teoriji. Sud se odlučno držao pomenutog pravila iz stava 2. uzanse 55. po kom stranka ne može tražiti izmenu ili raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti koje su nastupile po isteku roka određenog za ispunjenje njene obaveze. Ipak, brojni domaći autori su pozdravili takvu odluku Vrhovnog suda APV, smatrajući da doprinosi jačanju ugovorne discipline i savesnog staranja o izvršenju ugovora, te o njegovoj blagovremenoj izmeni na osnovu promenjenih okolnosti. – Ibidem.

⁴⁵ Bilo je pokušaja u našoj pravnoj istoriji da se ovaj pravni standard iskaže u nekom objektivno merljivom opsegu. Tako je, na primer, Pravilnikom o izmenama i dopunama Pravilnika o ustupanju na izvođenje građevinskih objekata i radova i Opštim uslovima za izvođenje građevin-

stranke koja se želi pozvati na pravila o promjenjenim okolnostima da o toj nameri izvesti drugu stranku čim dozna da su se okolnosti promenile, te obaveza da u suprotnom naknadi štetu koju je druga ugovorna strana pretrpela zbog toga što joj zahtev da se ugovor izmeni ili raskine nije na vreme saopšten.⁴⁶

Zanimljive su i odredbe člana 126. tada važećeg Zakona o nasleđivanju⁴⁷. Naime, ovim članom je propisano će sud, u slučaju da su se kod ugovora o doživotnom izdržavanju posle njegovog zaključenja prilike toliko izmenile da je njegovo ispunjenje postalo znatno otežano⁴⁸, na zahtev jedne od ugovornih strana njihove odnose ili iznova urediti⁴⁹, ili će raskinuti ugovor, vodeći računa o svim okolnostima. Takođe, ukoliko to odgovara i jednoj i drugoj ugovornoj strani, sudu je data mogućnost da pravo primaoca izdržavanja preinači u doživotnu rentu.⁵⁰

Pravila o promjenjenim okolnostima u Zakonu o obligacionim odnosima. – Iako je čitav Zakon o obligacionim odnosima prožet načelom pacta sunt servanda, pod određenim uslovima (onda kada postoje opravdani razlozi) i ovaj zakon dopušta izmenu ili raskid ugovora pozivanjem na promenjene okolnosti.

Tako je članom 133. ZOO propisano da stranke mogu zahtevati raskid ugovora na osnovu promjenjenih okolnosti koje otežavaju ispunjenje obaveze⁵¹, ili zbog kojih se ne može ostvariti cilj ugovora⁵². U oba slučaja nužno je da je oči-

skih radova bilo propisano da se rizik stranka do 5% ispod ili iznad predviđenih cena zaračunava investitoru. Ta pravila su stavljena van snage kasnijom regulativom, ali je ostala mogućnost da se to koliko procenata odstupanja od planiranih kalkulativnih elemenata snosi koja stranka reguliše ugovornim putem. - K. Kovač, 18.

⁴⁶ Član 58. Opštih uzansi.

⁴⁷ Službeni list FNRJ, broj 20 od 10.5.1955. godine.

⁴⁸ U našoj pravnoj teoriji nailazimo na stav da promenjene prilike koje znatno otežavaju ispunjenje ugovora ne moraju nužno biti objektivne prirode. - K.M. Mesarović, "Promenjene okolnosti i izvršenje ugovora o doživotnom izdržavanju", Glasnik Advokatske Komore u AP Vojvodini, 1962, broj 11, 11.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ K. M. Mesarović, 10.

⁵¹ Zanimljivo je da su Opšte uzanse predviđale da se klauzula rebus sic stantibus može koristiti samo ako je usled promjenjenih okolnosti *preterano* otežano ispunjenje ugovora. Sa druge strane, formulacijom "nižeg stepena" Zakon o obligacionim odnosima ostavlja mogućnost da se ova klauzula primeni i onda kada redovan događaj dovede do toga da se nastanu poteškoće pri ispunjenju ugovora. Međutim, pogrešno bi bilo zaključiti da se pravila o promjenjenim okolnostima mogu primeniti u slučaju bilo kakvog otežanog ispunjenja ugovora – ono je kvalifikovano ostalim uslovima koje ZOO propisuje - S. Panevski, 34.

⁵² Pri čemu je značajno napraviti razlikovanje između cilja ugovora u objektivnom smislu (predstavu koju o njemu imaju ugovorne strane) od cilja ugovora u subjektivnom smislu (što bi

gledno da ugovor više ne odgovara očekivanjima ugovorne strane⁵³ i da bi po opštem mišljenju bilo nepravilno taj ugovor održati na snazi takav kakav je.⁵⁴

Ono što je iz ove odredbe evidentno, jeste da se ZOO opredelio za elastičnije odredbe u odnosu na Opšte uzanse, ne navodeći taksativno okolnosti usled čijeg nastupanja se može primeniti klauzula rebus sic stantibus. Dok su neposredno nakon donošenja ZOO navedena rešenja kritikovana u pravnoj teoriji s obrazloženjem da se njima previše širi domen primene instituta promenjenih okolnosti, u literaturi novijeg datuma se konstatuje da je u pitanju samo privid i da je sud vezan uslovima primene koji su precizno određeni.⁵⁵

Takođe, standard “opšteg mišljenja” nije bio poznat u ranijem zakonodavstvu, niti praksi. Ovom odredbom je zakonodavac želeo da postavi objektivan kriterijum nepravilnosti opstanka ugovora u neizmenjenom obliku⁵⁶, ali nakon analize domaće sudske prakse, stiče se utisak da je taj cilj ostao nerealizovan.⁵⁷

Jasno je da u pitanju moraju biti nove okolnosti, koje nisu postojale u vreme zaključenja ugovora.⁵⁸ Ipak, zakonodavac je hteo da predupredi eventualne zloupotrebe, te je decidno propisao da ugovorna strana ne može zahtevati raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti ukoliko je ona bila dužna da u vreme zaključenja ugovora uzme u obzir promenjene okolnosti na koje se poziva⁵⁹, odnosno ukoliko je postojala mogućnost da iste izbegne ili savlada.⁶⁰ Drugim rečima, zah-

predstavljalo realnu suštinu ugovora) – S. Panevski, 35.

⁵³ Neki autori ističu da je ovaj uslov “subjektivne prirode”. – J. Salma, 381.

⁵⁴ Isti autori koji prethodni uslov vide kao “subjektivan”, nalaze da je ovaj “objektivan”, te da se njime “ne ublažava pretpostavka za raskidanje ugovora zbog otežanog ispunjenja u odnosu na Opšte uzanse za promet robe, već istu pretpostavku zakonodavac preciznije razrađuje”. – S. Panevski, 34.

⁵⁵ J. Salma, 381.

⁵⁶ J. Salma, 383.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Ukoliko su u pitanju okolnosti koje jesu postojale u vreme zaključenja ugovora, a stranka nije znala za pravu vrednost svoje prestacije i prestacije druge ugovorne strane, pa joj je usled toga otežano ispunjenje ugovora, ona se može pozvati na pravila o leziji. – I. Jankovec, 137.

⁵⁹ Ukoliko postoji inflacija, ne može se pad vrednosti novca navesti kao razlog za primenu pravila o promenjenim okolnostima. – I. Jankovec, 137.

⁶⁰ Tako je, na primer, u odluci Vrhovnog suda Hrvatske posl. broj Pž. 1356/80 od 08.10.1980. godine, presuđeno da stranka ne može da zahteva raskid ili izmenu ugovora jer nije mogla da nabavi uvozni repromaterijal pošto je došlo do ograničenja uvoza, nedostatka deviznih sredstava ili otežane nabavke električne energije. – S. Panevski, 35.

teva se da svaka strana u ugovorima o prometu robe postupa sa tzv. pažnjom dobrog privrednika.⁶¹

Zakon o obligacionim odnosima takođe prihvata pravilo po kome se stranka može pozivati na primenu pravila o promenjenim okolnostima samo ako nije kriva niti za nastupanje predmetnog događaja koji je znatno otežao ispunjenje ugovora, odnosno učinio da cilj ugovora postane neostvariv, niti za posledice istog.

U vezi sa napred navedenim je izuzetak od pravila po kome je nužno da promenjene okolnosti nastupe nakon zaključenja ugovora, ali pre dospelosti obaveze. Naime, premda se načelno stranka ne može pozvati na promenjene okolnosti i zahtevati raskid ili izmenu ugovora nakon što je rok za ispunjenje njene obaveze već istekao, ukoliko ta stranka bez svoje krivice nije ispunila svoju obavezu u ugovorenom roku, ipak će moći da zahteva primenu klauzule rebus sic stantibus.⁶² Ovaj izuzetak se u teoriji najčešće objašnjava razlozima pravičnosti.

Zakon o obligacionim odnosima ne predviđa određenu visinu štete kao uslov da stranke zahtevaju izmenu ili raskid ugovora usled promenjenih okolnosti. I u tome je zakonodavac odstupio od rešenja iz Opštih uzansi za promet robe, prema kojima je raskid ugovora dozvoljen samo ukoliko bi stranka u suprotnom pretrpela "veliki gubitak". Prilikom tumačenja ovog pojma, domaća sudska praksa je postavila određene kriterijume - na primer, pravilo po kom se može se zahtevati izmena ili raskid ugovora samo ukoliko je povećanje stope poreske više od 10%.⁶³

Stranka koja ima pravo da zbog promenjenih okolnosti zahteva raskid ugovora je u skladu sa ZOO dužna da o promenjenim okolnostima obavesti odmah po saznanju za njihovo nastupanje. U članu 134. ZOO naglašeno je da to obaveštenje mora da stigne do druge stranke, te da nije dovoljno da se samo uredno is-

⁶¹ Ovo pravilo na zanimljiv način ilustruje I. Jankovec: "Za primenu pravila o klauzuli rebus sic stantibus nije potrebno da je u pitanju događaj koji nije moguće šredvideti. Potrebno je da je u pitanju događaj koji ugovarači prilikom zaključenja ugovora, postupajući sa potrebnom pažnjom, nisu bili dužni uzeti u obzir, čak i ako su ga mogli predvideti. To su događaji čija je verovatnoća nastupanja toliko mala da se od prosečno pažljivog ugovarača ne može očekivati da o njima vodi računa. Tako, na primer, zbog erupcije vulkana ispunjenje ugovorne obaveze može za jednu ugovornu stranu postati preterano otežano, ali osim u nekim delovima sveta to nije okolnost čiju bi mogućnost nastupanja ugovorne strane trebalo da imaju u vidu. - I. Jankovec, 137.

⁶² Primitićemo da ovo rešenje jeste u skladu sa stavom koji preovladava u domaćoj pravnoj teoriji, ali odstupa od znatnog dela sudske prakse. Naime, kao što smo ranije objasnili i ilustrovali primerom, u ovom pogledu domaći sudovi su se mahom rukovodili pravilima iz Uzansi za promet robom, koje propisuju, ako to tako možemo reći, jedan vid objektivne odgovornosti u slučaju docnje i ne zahtevaju da je ista skrivljena.

⁶³ S. Panevski, 34.

poruči. U suprotnom, ona stranka čije je izvršenje ugovora otežano ili cilj ugovora postane nemoguće ispuniti, dužna je da drugoj ugovornoj strani naknadi svu štetu nastalu jer nije bila blagovremeno obavještena o bitnoj promeni okolnosti u vezi sa ugovorom.

Ipak, pogrešno bi bilo iz navedenih odredbi izvesti zaključak da je obavještenje o promenjenim okolnostima preduslov za raskid ugovora usled istih. Naime, izostanak takvog obavještenja je samo osnov da se zahteva naknada štete koja je zbog toga eventualno nastupila za drugu ugovornu stranu.⁶⁴ Takođe, stranka koja je blagovremeno obavještena o promenjenim okolnostima, a nije preduzela mere da spreči nastupanje štete, iako je bila u mogućnosti da to učini, nema pravo na naknadu pretrpljene štete.

Zanimljivo je da Zakon predviđa mogućnost da se ugovor održi na snazi – pod uslovom da druga ugovorna strana ponudi ili pristane da se uslovi ugovora pravično izmene⁶⁵. Istim pravnim aktom je sudu naloženo da strankama predloži pravičnu izmenu pojedinih uslova u ugovoru na koje je uticao nepredviđeni događaj. Međutim, da bi do predloženih izmena došlo, nužno je da se sa njima saglase ugovorne strane. Sa druge strane, Zakon ne obavezuje stranke da to učine. Ukoliko se stranke ne usaglase o pravičnim izmenama ugovora, niti prihvate predlog suda u tom pogledu, sud je ovlašćen da raskine predmetni ugovor. Članom 135. ZOO propisana su pravila o tome čime sud naročito treba da se rukovodi prilikom donošenja odluke kada je u pitanju pozivanje na klauzulu rebus sic stantibus. To su načela poštenog prometa, cilj ugovora, normalan rizik kod ugovora odnosno vrste, opšti interes kao i interes obe strane.

Pravila o naknadi štete kada sud raskine ugovor zbog primene klauzule rebus sic stantibus u odnosu na druge slučajeve ugovorne odgovornosti pokazuju izvesne specifičnosti. To se ogleda, pre svega, u tome što jedna ugovorna strana ima pravo na naknadu štete iako druga ugovorna strana nije izvršila svoju obavezbu zbog dejstva više sile.⁶⁶

⁶⁴ S. Panevski, 37.

⁶⁵ Iako neki autori poput Panevskog strogo tumačeći ZOO osporavaju mogućnost da se ugovor izmeni usled primene klauzule rebus sic stantibus, autor ovog rada deli mišljenje druge grupe autora, poput Jankoveca, koji ističu da formulacija člana 133. stava 4. ZOO “ako druga strana... pristane” jasno predviđa da pogođena strana ne samo što može da zahteva raskid ugovora, već može i da predloži izmenu istog, u skladu sa načelom pravičnosti.

⁶⁶ Iako ZOO to ne predviđa izričito, takav zaključak se može izvesti iz odredbe po kojoj dužnik može zahtevati raskid ili izmenu ugovora isključivo ukoliko ispunjenje ugovora postane otežano ili postane nemoguće ostvariti svrhu ugovora zbog nekih spoljnih događaja koje nije mogao sprečiti, otkloniti ni izbeći. U ovom pogledu, zakonodavac je odstupio od opšteg pravila koje predviđa da viša sila isključuje naknadu štete. - I. Jankovec, 142.

Zatim, Zakon o obligacionim odnosima sadrži i jedno novo rešenje – naime, sud ovim zakonom prvi put dobija ovlašćenje da na obaveže ugovornu stranu koja je zahtevala raskid ugovora pozivanjem na promenjene okolnosti na naknadu *pravičnog dela štete* koju druga ugovorna strana trpi zbog raskida ugovora. Ovo rešenje je inspirisano načelom ekvivalentnosti uzajamnih davanja⁶⁷, kao i načelom pravičnosti. Naime, iz zakonske odredbe jasno sledi da ugovorna strana koja se poziva na promenjene okolnosti nije dužna da naknadi celokupnu štetu koju druga ugovorna strana trpi zbog izmene ili raskida ugovora, već samo njen pravičan deo. U suprotnom, kako se ističe u pravnoj teoriji, ne bi bilo razlike između raskida ili izmene ugovora zbog promenjenih okolnosti i slučaja odgovornosti dužnika zbog povrede ugovora.⁶⁸ Sa druge strane, obrazloženje zbog čega se dužnik obavezuje na naknadu bilo kakve štete iako je usled promenjenih okolnosti ispunjenje ugovora za njega znatno otežano, ili je svrha ugovora “otpala” leži u tome što je ispunjenje ugovora ipak moguće te shodno opštim pravilima ugovornog prava dužnik mora ili da ispuni svoju ugovornu obavezu ili da naknadi nastalu štetu drugoj strani zbog neispunjenja iste.⁶⁹ Na ovaj način se, kako pojedini autori dodaju, vrši preraspodela poslovnih rizika koje su ugovorne strane preuzele prilikom zaključenja ugovora.⁷⁰

Još jedna specifičnost ovih pravila o naknadi štete ogleda se u tome što se u slučaju da se jedna ugovorna strana pozove na pravila o klauzuli *rebus sic stantibus* ugovor raskida odlukom suda, koja ima konstitutivno dejstvo.⁷¹

O mogućnosti isključenja klauzule *rebus sic stantibus* ugovorom postojala su pre donošenja Zakona o obligacionim odnosima različita mišljenja u teoriji i zauzimani su oprečni stavovi u praksi.⁷² Član 136. ZOO je na ovakve rasprave stavio tačku, predvidevši da je ugovaranje klauzule o odricanju od navedenog prava dozvoljeno pod uslovom da je to isključenje u skladu sa načelima savesnosti i poštenja. Da li je to slučaj, odlučiće sud na osnovu okolnosti svakog pojedinačnog slučaja.

⁶⁷ S. Panevski, 36

⁶⁸ I. Jankovec, 142

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ I. Jankovec, 143

⁷¹ Ibidem.

⁷² Dok su pojedini sudovi zauzimali stav po kome su ugovorne odredbe kojim se odriče od primene pravila o promenjenim okolnostima ništave jer su protivne načelu savesnosti i poštenja, drugi sudovi su dozvoljavali ugovaranje takvih odredbi pod uslovom da su one ugovorene uz poštovanje već navedenog načela savesnosti i poštenja. - S. Panevski, 28

*Konvencija Ujedinjenih Nacija o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine
i klausula rebus sic stantibus*

Na globalnom nivou, danas se oko tri četvrtine svetske trgovine odvija u državama koje su ratifikovale ovu Konvenciju.⁷³ Međutim, ona ne samo što ne sadrži pravila o promenjenim okolnostima, već čak izbegava upotrebu termina “viša sila” i “otežano ispunjenje”. U ovom pravnom aktu mogu se naći samo pravila o slučaju kada ispunjenje ugovorne obaveze postane nemoguće zbog okolnosti koje ugovorne strane u vreme nastanka ugovora nisu bile dužne ni da uzmu u obzir ni da predvide, ni da spreče ni da otklone. U tom slučaju, u Konvenciji je predviđena sankcija u vidu gubitka prava na naknadu štete.

Pravni stručnjaci su podeljeni kada je reč o primeni pravila o promenjenim okolnostima na osnovu ove Konvencije.⁷⁴ Sudska praksa država potpisnica Konvencije takođe nije jedinstvena po ovom pitanju, ali je pokazala izvesnu restriktivnost prilikom primene pravila o promenjenim okolnostima kao razlogu za raskid ili izmenu ugovora.⁷⁵

*UNDROIT načela međunarodnih trgovačkih ugovora
i pravila o promenjenim okolnostima*

UNDROIT načela⁷⁶ predstavljaju temelj sistema koji je zamišljen kao univerzalni sistem pravila i opštih principa ugovornog prava. Institut promenjenih

⁷³ B. Antić, 15.

⁷⁴ Izvestan broj pravnih stručnjaka smatra da s obzirom na to da u Konvenciji nisu predviđena pravila o promenjenim okolnostima, (a kako smo već naveli nasuprot tome Konvencija sadrži odredbe za slučaj nemogućnosti ispunjenja ugovora) to implicira da je primena klauzule rebus sic stantibus praktično isključena. Drugi autori pak ne odstupaju od stava po kom u potonjim slučajevima treba primeniti pravilo iz člana 7.2. Konvencije, koje se primenjuje na pitanja koja nisu izričito uređena Konvencijom ali se odnose na stvari koje su njome regulisane. Ovaj član propisuje da takva pitanja treba da se uredi u skladu sa generalnim principima na kojim se zasniva Konvencija, odnosno, u odsustvu navedenih principa, u skladu sa principima na kojim se zasniva međunarodno privatno pravo. Kako u njihovoj preambuli izričito stoji da se mogu primenjivati za tumačenje ili dopunu međunarodnih pravnih instrumenata, UNDROIT načela međunarodnog prava se smatraju za adekvatno rešenje za popunjavanje pravnih praznina u Konvenciji UN o međunarodnoj prodaji robe. Na njihovu primenu takođe upućuju razlozi pravičnosti. U teoriji se nailazi i na treći stav, po kome se pravila koja važe za slučajeve gde je ispunjenje ugovora postalo nemoguće mogu shodno primeniti i na slučajeve kada je usled promenjenih okolnosti ono postalo otežano, odnosno ugovor više ne služi svrsi koja je postojala u trenutku njegovog zaključenja. - B. Antić, 17.

⁷⁵ B. Antić, 18.

⁷⁶ Ova načela su doneta od strane UNDROIT instituta za unifikaciju privatnog prava pre više od dve decenije, 1994. godine. Pretrpele su izmene 10 godina nakon donošenja, a nakon toga su ponovo menjana 2010. godine. - B. Antić, 18.

okolnosti je regulisan ovim Načelima, ali isključivo kao izuzetak od dominantnog načela pacta sunt servanda. Stoga je predviđeno da se klauzula rebus sic stantibus može primeniti samo ako je došlo do *značajnog narušavanja ravnoteže ugovora* usled okolnosti koje su nastupile nakon njegovog zaključenja, a koje su van kontrole oštećene strane. Iako su oko toga postojala oprečna mišljenja, prevladao je stav izražen i u Komentarima UNDRÖIT načela po kome se u zavisnosti od okolnosti svakog konkretnog slučaja utvrđuje da li je došlo do bitne promene ravnoteže ugovora.⁷⁷

Dalji postupak se sastoji od dve faze: prva je faza pregovora koja je fakultativna, a druga faza sudskog postupka koja će svakako uslediti ukoliko pregovora ne bude, ili oni ne daju rezultate u razumnom roku. Sud je ovlašćen kako da ugovor izmeni tako da ponovo uspostavi narušenu ravnotežu između ugovornih stranaka, tako i da ga raskine.⁷⁸

Regulisanje instituta promenjenih okolnosti u "Principima ugovornog prava"

Lando komisija⁷⁹ je u svojim "Principima ugovornog prava"⁸⁰ jednim članom regulisala i institut promenjenih okolnosti u ugovornom pravu⁸¹. Ovim aktom je predviđeno da je ugovorna strana dužna da izvrši svoju obavezu čak i onda kad je to za nju postalo otežano, bilo zbog porasta troškova ispunjenja ili zbog smanjenja vrednosti protivčinidbe.⁸² Kako i Principi ugovornog prava, slično kao UNDRÖIT načela, veliki značaj daju pravilu pacta sunt servanda, za primenu klauzule rebus sic stantibus nužno da je usled promene okolnosti izvršenje ugovora postalo *preterano otežano* (što je u skladu sa rešenjem iz Opštih uzansi za promet robom iz 1954. godine).

⁷⁷ B. Antić, 20.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ U pitanju je posebna grupa u okviru Komisije za evropsko ugovorno pravo na čijem čelu je priznati stručnjak Ole Lando, te je po njemu dobila i naziv. - B. Antić, 21.

⁸⁰ Prvi deo Principa, koji se negde nazivaju i "Načela evropskog trgovačkog prava" donet je 1995. godine, revidiran 1999. godine, kada je objavljen i njihov Drugi deo. Treći deo je ugledao svetlost dana 2003. godine. U pitanju je akt čija primena nije obavezna, ali ukoliko se ugovorne strane za istu opredele, isključuje primenu pravila domaćeg prava. - Proso M; Štambuk Šunjić M, "Principi evropskog ugovornog prava s osvrtom na ugovornu odgovornost za neimovinsku štetu prema novom ZOO", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 4, 2008, 905.

⁸¹ Zanimljivo je da dok UNDRÖIT načela koriste anglosaksonski termin *hardship*, u Principima ugovornog prava je zastupljen termin *change of circumstances* koji je karakterističan za evropsko-kontinentalne pravne sisteme. - B. Antić, 21.

⁸² I. Jankovec, 138.

Verovatno najveća razlika u odnosu na naše ugovorno pravo leži u tome što su "Principi ugovornog prava" prihvatili objektivni pristup u primeni pravila o promenjenim okolnostima, te se kako bi se klauzula rebus sic stantibus primenila ne zahteva niti da promena okolnosti bude takva da ugovor više ne odgovara očekivanjima ugovornih strana, niti da bi po opštem mišljenju bilo nepravično isti ostaviti na snazi. U tom smislu, "Principi" se približavaju rešenjima iz engleskog prava⁸³. Međutim, za razliku od anglosaksonskog prava, "Principi ugovornog prava" ne prihvataju teoriju osujećenja ugovora, te ne dopuštaju pozivanje na pravila o promenjenim okolnostima u slučaju da se zbog istih ne može postići svrha ugovora.⁸⁴ Ovakvo rešenje, koje je postojalo i u Opštim uzansama za promet robom, kritikovano je u domaćoj pravnoj teoriji sa obrazloženjem da je "praksa pokazala da otpadanje svrhe ugovora zbog promenjenih okolnosti treba da ima određene posledice u ugovornim odnosima i kad ispunjenje ugovora nije postalo preterano otežano ni za jednu ugovornu stranu".⁸⁵

Kao i u našem pravu, zahteva se da je promena nastupila posle zaključenja ugovora⁸⁶, i to takva promena okolnosti koju u trenutku zaključenja ugovora, razumno posmatrano, nije bilo neophodno uzeti u obzir. Ono što "Principi" decidno propisuju, a što naše pravo eksplicitno ne predviđa, jeste da je pretpostavka za primenu klauzule rebus sic stantibus to da strana koja se na istu poziva prema ugovoru nije bila dužna da snosi rizik takve promene okolnosti.⁸⁷

Ukoliko su navedene pretpostavke ispunjene, i primena pravila o promenjenim okolnostima kao pravnog sredstva za zaštitu načela ekvivalentnosti prestacija dozvoljena, "Principi" predviđaju da otpočinjū pregovori, i to na inicijativu pogođene strane. Ovo rešenje, koje favorizuje sporazum radi izvršenja ugovora, razlikuju se od onog što naše pravo u tom slučaju predviđa..

Takođe, Principi decidno obavezuju obe ugovorne strane da pristupe pregovorima.⁸⁸ Ukoliko jedna od ugovornih strana ne pristupi pregovorima ili ih prekine ne poštujući načelo savesnosti i poštenja, sud je ovlašćen da drugoj strani dosudi naknadu štete. Ukoliko se pak ugovorne strane u razumnom roku ne sporazumeju o načinu na koji će ugovor biti izmenjen, sud može ili da raskine ugo-

⁸³ I. Jankovec, 139.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ I. Jankovec, 140.

⁸⁶ To je još jedna razlika u odnosu na ono što je propisano UNDROIT načelima. B. Antić, 21).

⁸⁷ U pitanju su slučajevi kad je odgovornost dužnika za neispunjenje ugovora ili pak neuredno ispunjenje proširena, kao i slučajevi kada se on obavezao da će svoju prestaciju izvršiti "u svakom slučaju". - I. Jankovec, 140).

⁸⁸ To nije slučaj i kod UNIDROIT načela, koja propisuju da iako oštećena strana može ponuditi pregovore, druga ugovorna strana nije dužna da taj predlog prihvati. - B. Antić, 22.

vor sa danom i uslovima koje sam odredi⁸⁹ ili da izmeni ugovor u skladu sa načelom pravičnosti. Za razliku od onog što predviđa naše pravo, u slučaju da ugovor bude izmenjen ili raskinut zbog promenjenih okolnosti "Principi ugovornog prava" ne predviđaju obavezu naknade štete drugoj ugovornoj strani. Međutim, sudu je ostavljena mogućnost da izmeni ugovor tako da kako dobici tako i gubici budu pravično raspoređeni.⁹⁰

ZAKLJUČAK

Izvesno je da je radi društvene stabilnosti i sigurnosti pravnog prometa nužno da stranke ispunjavaju obaveze koje su preuzele ugovorom. Što su ugovori stabilniji, snažnije je i poverenje stranaka u pravni sistem.⁹¹

Međutim, kako se to u literaturi ističe, primena pravila o promenjenim okolnostima u ugovornom pravu opravdavaju time što kada se okolnosti bitno promene "tu postoji nesrazmernost, pa se ne može smatrati da je poremećena ugovorna vernost ako se želi modifikovati ono što je tokom vremena i inače postalo neodrživo".⁹² Stoga je pogrešno voditi računa samo o onom što predstavlja "spoljnu vernost ugovoru", odnosno o egzaktno utvrđenim činidbama i davanjima u novcu, već treba imati u vidu načelo ekvivalencije uzajamnih prestacija kao jedno od osnovnih načela ugovornog prava. Tendencija da prestacija jedne ugovorne strane bude barem približno jednaka prestaciji druge naziva se i "unutrašnja vernost ugovoru".⁹³

Zakonodavac je stoga pokušao da pronađe kompromisno rešenje, te se klauzula o promenjenim okolnostima primenjuje u ograničenoj formi.⁹⁴ Drugim rečima, vodi se računa i o načelu pacta sunt servanda, i od njega se odstupa samo u naročito opravdanim slučajevima.

Iako je srpski zakonodavac odgovorio izazovu kada je reč o regulisanja ovog instituta, smatramo da bi bilo korisno za dalji razvoj našeg prava da se, u cilju harmonizacije domaćeg prava i daljeg razvoja pravila o promenjenim okolnostima, kako u teoriji, tako i u sudskoj praksi, izuče rešenja koja su prihvaćena u me-

⁸⁹ I. Jankovec, 141.

⁹⁰ I. Jankovec, 143.

⁹¹ Još je Džon Stjuart Mil u svom delu "Utilitarizam" naglasio da je u pravu nužno održati datu reč, te je zaključio da je ispunjenje primljenih obaveza pretpostavka za stabilnost društva i da "ne može biti ni blagostanja ni čvrstih karaktera gde nema osećanja pravne sigurnosti". - K. Kovač, 23.

⁹² K. Kovač, 18.

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ K. Kovač, 19.

đunarodnim konvencijama kada je reč o klauzuli rebus sic stantibus i preuzmu ona koja bi doprinela ostvarivanju tog cilja.

DARIJA MARIĆ
Ph.D. candidate, Faculty of Law,
University of Beč and Novi Sad

CLAUSE REBUS SIC STANTIBUS IN CONTRACT LAW

Summary

If after the contract has been concluded such circumstances emerge which hinder the performance of obligation of one party, or make realisation of the contract's purpose impossible, the unable party has the right to request the repudiation of that contract, under certain circumstances prescribed by law and in order to protect the principle of equal consideration. The rules of repudiation or alteration of contract due to changed circumstances (hardship), which originate from the canon law, had been further developed through legislation and case law of different European countries after the First World War and the Second World War. Today, there are different approaches when it comes to this particular legal institute. Republic of Serbia's law of contracts, like its German role-model, accepts the rules of repudiation or alteration due to hardship if certain legal prerequisites exist. As for the international conventions, there has been a trend of accepting the above mentioned rules. Therefore, in this paper we made a short overview of the manner in which rules of repudiation or alteration due to hardship are being regulated in different international legal documents, with special reference to some specific solutions which in our opinion should be incorporated in Serbian legal system.

STOJAN MIĆOVIĆ

UGOVOR SA ZAŠTITNIM DEJSTVOM PREMA TREĆEM LICU

U V O D

Za razliku od stvarnopravnog odnosa, obligacioni odnosi deluju *inter partes* i poverilac može zahtevati određeno ponašanje samo od dužnika. Ova tradicionalna karakteristika obligacionih odnosa u savremenom pravu trpi određene izuzetke, zbog potreba pravnog prometa i težnje za većom pravnom sigurnošću.¹ Pored izuzetaka od relativnog karaktera obligacije, kao što je slučaj sa upisom obligacionih prava u javne knjige, ugovorom o zakupu i paulijanskom tužbom, koji se uobičajeno pominju u udžbeničkoj literaturi, nemačko pravo poznaje ugovor sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu, kao specifičnost koja je ostala nezaapažena u našoj pravnoj književnosti, ali ne sasvim bez razloga, jer je ovaj pravni institut retko primenljiv u drugim pravnim sistemima van germanskog pravnog kruga.²

Stojan Mićović, advokat i doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ S. Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd 1990, 20. O. Antić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2009, 63-64.

² Ugovor sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu poznaju još i austrijsko i švajcarsko pravo. O tome vid. C.Rieder, "Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach schweizerischen Recht", *Hanse Law Review* Vol. 2 No. 1, 2006, 82 i dalje, S.Samuel, *Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach schweizerischen Recht*, Diss. Zürich 1997, W.Zankl, *Bürgerliches Recht*, Wien 2002, 42.

Ugovor sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu predstavlja ugovor koji pod određenim uslovima ovlašćuje treće lice, koje nije ugovorna strana, da svoje pravo na naknadu štete zasnuje na pravilima ugovorne odgovornosti, u slučaju da mu je šteta pričinjena povredom ugovorne obaveze od strane dužnika, u istom obimu i pod istim uslovima kao što bi to mogao i poverilac da je njemu pričinjena šteta. Dakle, treće lice se kao neugovorna strana pod određenim uslovima upodobljava poveriocu i "uvlači" u zaštitno područje ugovora, kako bi lakše ostvarilo svoje pravo na naknadu štete.

Ovaj institut je plod nemačke sudske prakse a temelji se na načelu savesnosti i poštenja. Više decenija sudovi su primenjivali ovu pravnu konstrukciju bez izričitog osnova u Nemačkom građanskom zakoniku (u daljem tekstu: NGZ), koristeći različitu pravnu argumentaciju od slučaja do slučaja kojom bi potkrepili ovaj pravni institut. Posle reforme obligacionog prava od 2002. godine ovaj institut je našao svoje delimično utemeljenje u NGZ-u. Međutim, pitanje zakonskog utemeljenja nikad nije bilo presudno, jer institut ima za cilj da otkloni neadekvatnost deliktne odgovornosti i da pruži bolju pravnu zaštitu određenim licima. Za nemačke sudove bilo je presudno da ovaj institut proizlazi iz samog prava, a podstrek u tom smeru daje i Osnovni zakon koji u čl. 20 st. 3 propisuje da su sudovi vezani zakonom i pravom.³ Dogmatski značaj ovog ugovora je veliki, jer proizlazi iz načela savesnosti i poštenja, a njime se ispravlja zakonski odnos između ugovorne i deliktne odgovornosti, koji, čini se, nije pravično postavljen. U poslovnoj praksi je značaj još veći, jer ne postoji zatvoren krug slučajeva u kojima se primenjuje, već se sudska praksa u tom smeru stalno razvija. Poslednjih godina najviše je aktuelna primena ovog instituta radi zasnivanja ugovorne odgovornosti veštaka prema trećem oštećenom licu.

UGOVOR SA ZAŠTITNIM DEJSTVOM PREMA TREĆEM LICU U NEMAČKOM PRAVU

Pojam i pravni osnov primene

Ugovor sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu je ugovor koji ovlašćuje treće lice, koje nije ugovorna strana, da svoje pravo na naknadu štete zasnuje na pravilima ugovorne odgovornosti, ako mu je šteta pričinjena povredom ugovorne obaveze od strane dužnika, u istom obimu i pod istim uslovima kao što bi to mogao i poverilac da je njemu pričinjena šteta. Ugovor sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu nije imenovani ugovor, i ne predstavlja određeni tip ugovora, već potencijalno svaki ugovor može razviti zaštitno dejstvo prema trećem licu. Naziv -

³ L. Breneselović, "O pojmu prava u Nemačkoj i kod nas", *Uvod u pravo Nemačke*, (ur. M. Vasiljević i V. Čolović), Beograd 2011, 21 i dalje.

*Vertrag mit Schutzwirkung für (zugunsten) Dritte(r)*⁴ - formulisao je Karl Larenz, želeći da napravi razliku od ugovora u korist trećeg (*Vertrag zugunsten Dritter*), sa kojim je ovaj pravni institut bio neopravdano izjednačen u praksi nemačkih sudova.⁵

Ovaj institut je nastao kao težnja da se izbegne nepovoljan pravni položaj oštećenika kod deliktne odgovornosti, u poređenju sa položajem poverioca-oštećenika koji pravo na naknadu štete zasniva na ugovornoj odgovornosti. Bolji pravni položaj oštećenika kod ugovorne odgovornosti u nemačkom pravu ogleda se u tri stvari.⁶ Prvo, nemačko pravo u pogledu deliktne odgovornosti ne poznaje bezuslovnu odgovornost za pomoćnika, već se gospodar posla može osloboditi odgovornosti ako dokaže da je prilikom izbora pomoćnika pokazao potrebnu pažnju (*gehörige Sorgfalt*), ili da bi šteta nastala i pri primeni takve pažnje.⁷ Kod ugovorne odgovornosti, shodno čl. 278 NGZ-a, dužnik odgovara za krivicu njegovog zakonskog zastupnika ili lica kojim se poslužio za ispunjenje obaveze, u istom obimu kao i za svoju krivicu, pa u tom slučaju ne postoji mogućnost eskulpiranja.⁸ Drugo, kod ugovorne odgovornosti shodno čl. 280 st. 1 i čl. 286 st. 4 NGZ-a postoji teret dokazivanja na strani dužnika, jer pri neurednom ispunjenju ugovora dužnik mora da dokazuje da nije kriv, odnosno da nije odgovoran za šte-

⁴ O kritici naziva vid. H. Suchet, "Schutzansprüche und Schutzpflichten Dritter im Lichte des § 331 III BGB", *Tradition und Moderne-Schuldrecht und Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, FS für Horst Ehmman zum 70. Geburtstag*, (Hrsg. Holger Sutschet) Berlin 2005, 95-116, sa upućivanjem na autora Florijana Fausta.

⁵ K. Larenz, "Anmerkung zum Urteil des BGH v. 24.04.1956", *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1956, 1193-1194. Za razliku od ugovora u korist trećeg, treće lice kod ugovora sa zaštitnim dejstvom nema pravo da zahteva ispunjenje ugovora, već ima pravo na naknadu štete po pravilima ugovorne odgovornosti. Dalje, kod ugovora sa zaštitnim dejstvom ne postoji određenje trećeg lica ili propisivanje elemenata na osnovu kojih je treće lice određivo, kao što je to slučaj sa beneficijarom. U krug trećih lica spadaju sva lica koja su u određenom odnosu sa poveriocem, što treba da bude predvidljivo za dužnika, bez obzira što ne postoje ugovorne klauzule koje propisuju odgovornost dužnika u tim slučajevima (na takav ugovor bi retko ko pristao). Takođe, kod ugovora sa zaštitnim dejstvom ne postoji opoziv koristi niti korist pripada poveriocu u slučaju da je treće lice ne prihvati. O ugovoru u korist trećeg pogledati O. Antić, "Pravna priroda Ugovora u korist trećeg", *Pravni život*, 11/2007, Beograd, 743 i dalje.

⁶ Sve do reforme obligacionog prava 2002. godine postojao je i četvrti razlog neadekvatnosti deliktne odgovornosti, a to je bila zastarelost potraživanja naknade štete, čiji je rok bio duži kod ugovorne odgovornosti. Kod deliktne odgovornosti pravo na naknadu štete je zastarevalo za tri godine (čl. 852 stare verzije NGZ-a), a kod ugovorne odgovornosti za 30 godina (čl. 195 stare verzije NGZ-a). Od 2002. godine opšti rok zastarelosti izjednačen je za obe odgovornosti i iznosi 3 godine.

⁷ H. Brox/W. D. Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, 35. Auflage, München 2011, 194-195.

⁸ *Ibid.*

tu.⁹ Kod deliktne odgovornosti teret dokazivanja krivice je na oštećeniku.¹⁰ Treće, u nemačkom deliktnom pravu ne postoji sveobuhvatna zaštita imovine, jer se ne odgovara za običnu ili ostalu imovinsku štetu (*reiner, sonstiger Vermögensschaden*) ako ista ne predstavlja povredu nekog apsolutnog prava, što nije slučaj u sistemu ugovorne odgovornosti, gde podela na ličnu, stvarnu i ostalu imovinsku štetu nije od značaja,¹¹ jer se odgovara za sve tri vrste štete.¹² Kako se smatra da je nepravilno i protivno načelu savesnosti i poštenja (čl. 242 NGZ-a) da oštećeno treće lice, koje je u određenom odnosu sa poveriocem, zbog povrede ugovora od strane dužnika, ima slabiju pravnu poziciju od poverioca, *zdrav pravni osećaj* (*das gesunde Rechtsgefühl*) nemačkih sudova je nalagao da se oštećeniku prizna položaj poverioca u pogledu naknade štete prema dužniku. Prema tome, ključna odlika ugovora sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu je da se treće lice kao neugovorna strana upodobljava poveriocu i obuhvata zaštitnim područjem ugovora, kako bi lakše ostvarilo svoje pravo na naknadu štete.

Razvoj ovog pravnog instituta počinje sa odlukom Vrhovnog suda Rajha od 05.10.1917. godine, u kojoj je predmet spora bila naknada štete članu porodice zakupca prouzrokovana materijalnim nedostatkom zakupljene stvari, u kojoj je sud istakao:

“da zakupodavac u slučaju davanja u zakup prostora za stanovanje, treba da obrati pažnju i da uvaži interese članova porodice zakupca koji žive u zakupljenom prostoru, i da im u tu svrhu obezbedi ista prava koja sledeju zakupcu. Bez takvog proširenja ugovornih obaveza zakupodavca članovi porodice bi u slučaju štete koja pogađa samo njih imali samo vanugovorne pravne zahteve u pogledu naknade štete, a time ne bi imali prednost koja u slučaju oštećenja zakupca ima zakupac na osnovu čl. 278 i 538 NGZ-a, jer zakupodavac u tom slučaju za materijalni nedostatak odgovora bez obzira na krivicu. Takvo različito oblikovanje pravnog položaja zakupca i članova njegove porodice, bilo bi suprotno zdravom pravnom osećaju (*gegen den gesunden Rechtsgefühl*) i ne odgovara pravnoj

⁹ C.Grüneberg, BGB Kommentar (Palandt), München 2010, Rn. 34-40, 372.

¹⁰ H. Brox/W. D. Walker, 194-195.

¹¹ Lična šteta (*Personenschaden*) predstavlja umanjeње imovine koje nastaje usled ubistva ili povrede čoveka. Stvarna šteta (*Sachschaden*) predstavlja umanjeње imovine koje nastaju usled oštećenja, uništenja ili gubitka stvari. Obična ili ostala imovinska šteta (*sonstiger Vermögensschaden*) ne predstavlja jedinstveni pojam, niti postoji jedinstvena odlika ove vrste štete, već ona obuhvata po odlikama sasvim različite štete, pa se obično ona i definiše negativno, kao šteta koja nije ni lična ni stvarna. E. Deutsch/H.J. Ahrens, *Deliktsrecht. Unerlaubte Handlungen-Schadensersatz-Schmerzensgeld*, 4. Auflage, Carl Heymann Verlag KG, Köln Berlin Bonn München, 2002, 200 i dalje.

¹² M. Eckebrecht, “Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte – Die Auswirkung der Schuldrechtsreform”, *Monatsschrift für Deutsches Recht* Heft 8/2002, 425-428; E. Deutsch/H.J. Ahrens, 89-104.

nameri zakupca, koji ne želi da njih stavi u gori položaj od samog sebe” (podvukao autor).¹³

Vrhovni sud Rajha je pomenuti pravni stav, bez obzira na nepostojanje izričitog osnova u zakonu, zauzimao i u drugim odlukama, ne samo po pitanju ugovora o zakupu, već je primenu proširio i na druge ugovore. U savremenoj praksi, koncepcija ugovora sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu se primenjuje kod mnogih ugovora: ugovor o delu,¹⁴ ugovor o prodaji robe, ugovor o radu, ugovor o pružanju pravnih usluga sa advokatom¹⁵ ili notarom,¹⁶ ugovor o lečenju i medicinskom tretmanu,¹⁷ ugovor sa poreskim savetnikom, ugovor o zakupu stana, poslovnih prostorija ili pokretnih stvari, ugovor prevozu, ugovor o nadzoru, ugovor o osiguranju, turistički ugovori, pojedini bankarski ugovori, ugovori u okviru kompanijskog prava.¹⁸ Institut se primenjuje i u oblasti predugovorne odgovornosti.¹⁹

¹³ W. Bayer, “Vertraglicher Drittschutz”, *Juristische Schulung* 1996, 473; Odluka RG 91, 21.

¹⁴ M. Rohe, M. Winter, “Der praktische Fall – Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte”, *Juristische Schulung* 2003, 872. BGHZ 127, 378.

¹⁵ U jednom slučaju, tužilje, ćerke ostavioca, tražile su naknadu štete zbog neurednog ispunjenja ugovora o pružanju pravnih usluga (*Anwaltsvertrag*) od advokata koji se obavezao ostaviocu na preduzimanje pravnih radnji potrebnih radi odbijanja pravnih zahteva supruge ostavioca. Cilj ostavioca je bio da isključi suprugu iz nasleđivanja i da što je moguće više imovine ostavi ćerkama/tužiljama. Kako je advokat preduzeo pogrešan pravni put a ciljevi ostavioca su ostali bezuspešni, po smrti ostavioca, sud je obavezao tuženog advokata na naknadu štete kvalifikujući ugovor ostavioca i advokata kao ugovor sa zaštitnim dejstvom prema ćerkama ostavioca/tužiljama. (Izvor: *NJW* 1995, 51-52, BGH Urt.v.13.7.1994-IV ZR 294/93).

¹⁶ BGH, *NJW-RP* 1933, 1475.

¹⁷ Na primer, usled lekarske greške suprug je ostao polno nemoćan. Sud je dosudio supruzi naknadu nematerijalne štete, jer ugovor o lečenju između medicinske ustanove i supruge ima zaštitno dejstvo prema supruzi. Njena nematerijalna šteta se ogledala u tome da usled polne nemoći supruge i ona trpi povredu prava ličnosti: prava na seksualno određenje (*Recht auf sexuelle Selbstbestimmung*), ali i povredu tela i zdravlja. H. B. Ziegler, J. P. Rektorschek, “Impotenz durch Behandlungsfehler-geht der Partner leer aus?”, *Versicherungsrecht*, 2009/4, 181-186; Tužilja je tužbenim zahtevom tražila da se tužena zdravstvena ustanova obaveže na naknadu štete u vidu troškova izdržavanja i naknadu nematerijalne štete zbog pretrpljenih fizičkih bolova za vreme trudnoće. Naime, doktor zdravstvene ustanove je preduzeo postupak sterilizacije, ali nije poučio supruga tužilje o vremenu potrebnom za ocenu uspeha sterilizacije, pa se bračni par upustio u seksualni odnos usled čega je tužilja zatrudnela. Ugovor između zdravstvene ustanove i supruge, ima zaštitno dejstvo prema supruzi, pa je sud usvojio tužbeni zahtev. (Izvor: *NJW* 1995, 2407-2410, BGH, Urt.v. 27.6.1995-VI ZR 32/94). Za sličan primer pogledaj *NJW* 2007, 989, BGH. Urt.v. 14.11.2006-VI ZR 48/06.

¹⁸ Listu primera vid. C.Grüneberg, 546-547.

¹⁹ K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, München 1976, 188; *Gemüseblattfall*, BGH Urteil v. 28.1.1976 VIII ZR 246/74.

Iako opravdanje postojanja ugovora sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu nije dovedeno u pitanje ni u sudskoj praksi ni u pravnoj nauci, zakonski osnov za uspostavljanje ovog instituta je uvek bio sporan. Ono što se može sa sigurnošću reći, jeste da u trenutku kada je ovaj institut nastajao nije bilo izričitog zakonskog osnova za njegovu primenu, pa su se sudovi dovijali i različitom pravnom argumentacijom pokušavali da opravdaju primenu ovog instituta. Na početku se sudska praksa pozivala na institut ugovora u korist trećeg (čl. 328 NGZ), iako je potpuno jasno da se ne radi o istim ustanovama.²⁰ Pod uticajem kritike Karla Larenca, Savezni vrhovni sud Nemačke (u daljem tekstu: SVS) je odstupio od tumačenja da se radi o ugovoru u korist trećeg i istakao da treće lice potpada pod zaštitno područje ugovora prema smislu i cilju ugovora i načelu savesnosti i poštenja.²¹ U sudskoj praksi je korišćen i argument dopunjujućeg tumačenja ugovora, hipotetičke volje ugovornih strana, argument smisla i prirode ugovora, sve u cilju popunjavanja ugovorne praznine, ali su zabeležene i odluke u kojima se sud uopšte nije ni bavio pravnim osnovom.²² Od svih pokušaja možda je najviše odolevalo kritikama stanovište da se kod ugovora sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu radi o sudskom stvaranju prava,²³ a sve na osnovu načela savesnosti i poštenja.²⁴

Posle višedecenijskog lutanja nemački zakonodavac je delimično uspostavio osnov za ugovor sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu, tako što je reformom obligacionog prava od 2002. godine uveden čl. 311 st. 3 NGZ-a prema kome "Obligacioni odnos sa obavezama u smislu čl. 241 st. 2 (*obaveze uzajamne obzirnosti, zaštitne obaveze* prim. aut.) može nastati i između lica, koja nisu ugovorne strane", posebno kada lice ulaganjem svog profesionalnog kredibiliteta izaziva poverenja i time značajno utiče na pregovore ili na zaključenje ugovora.²⁵ Ova odredba se ne može uzeti kao potpuni zakonski osnov za ugovor sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu, jer propisuje da između trećeg lica i ugovorne strane

²⁰ M.Schwab, "Grundfälle zu culpa in contrahendo, Sachwalterhaftung und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nach neuem Schuldrecht", *Juristische Schulung* 2002, 875-876.

²¹ W. Bayer, "Vertraglicher Drittschutz", *Juristische Schulung* 1996, 474. Odluka BGH, NJW 1959, 1676.

²² BGH NJW 1971, 1932; BGH NJW 1975, 867; W.Pinger, C.Behme, "Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritter als Rechtsgrundlage der Gutachterhaftung gegenüber Dritten", *Juristische Schulung* 2008/8, 675. BGH-a NJW 1977, 2073 (2074).

²³ K. Larenz (1976), 185; A. Ziegler, "Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter?", Frankfurt 1992, 146. C. W. Canaris, "Schutzwirkung zugunsten Dritter bei Gegenläufigkeit der Interessen", *Juristenzeitung* 1995, 444; O sudijskom pravu pogledaj R.Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, 10. Auflage, München 2006, 78-85.

²⁴ BGHZ 69, 82 (*Lastschrift*), W. Bayer, 476.

²⁵ Bürgerliches Gesetzbuch, *BGBL* I S. 42, ber. 2909 und *BGBL*. 2003 I S. 738.

može nastati obligacioni odnos, čija se sadržina sastoji u obavezama uzajamne obzirnosti, odnosno zaštitnim obavezama, dok se primarne prestacije ne pominju.²⁶ Odstupanje prihvaćene prakse od propisane odredbe je u tome što je i povreda glavne prestacije uvršćena od strane SVS-a kao razlog za proširenje dejstva ugovora prema trećem licu. Bez obzira na čl. 311 st. 3 NGZ-a, sudska praksa i dalje tvrdoglavo nastavlja da primenjuje i razvija ovaj pravni institut, onako kako je to bilo i pre reforme od 2002. godine, uverena da se radi o sudskom stvaranju prava i konkretizaciji načela savesnosti i poštenja.

Uslovi za primenu ugovora sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu

U teoriji i sudskoj praksi postoji jedinstveni stav, da ne može svako treće lice, koje radnjama dužnika pretrpi štetu, dobiti pravo na naknadu štete po kriterijumima ugovorne odgovornosti, jer bi se time obezvređila podela na deliktnu i ugovornu odgovornost. Zbog toga je proširenje ugovornih obaveza izvan kruga ugovornih strana, dozvoljeno samo pod određenim uslovima. Bojazan od preširoke primene je uticala na to da je sudska praksa na početku razvoja ovog instituta postavila stroge kriterijume, koji su se vremenom ublažavali. Nemački sudovi su iskoristili veliki prostor za oblikovanje ovog pravnog instituta. Oni se nisu držali na kriterijumima Vrhovnog suda Rajha od pre Drugog svetskog rata, već su ih dodatno razrađivali a ponekad i odstupali od njih, smatrajući ih "nepotrebno uskim".²⁷ Da bi se jedan ugovor mogao kvalifikovati kao ugovor sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu, potrebno je da postoji bliskost prestaciji, opravdani interes poverioca, predvidivost za dužnika i pravni interes trećeg lica.

Bliskost prestaciji. – Bliskost prestaciji (*Leistungsnähe*) kao uslov za primenu ovog instituta podrazumeva da treće lice mora da bude u vezi sa glavnom prestacijom ugovora (*Hauptleistung*), da bude u sličnom položaju kao poverilac, te da prema svom položaju u odnosu na poverioca, bude izložen istoj opasnosti od povrede ugovornih obaveza i riziku neispunjenja ugovora kao i sam poverilac.²⁸ Bliskost prestaciji mora da postoji u prostornom i vremenskom smislu, te da u slučaju neurednog ispunjenja ugovora treće lice sa velikom verovatnoćom može pretrpeti štetu. Samo u tom slučaju treće lice treba da bude obuhvaćeno zaštitnim

²⁶ U nemačkoj teoriji prihvaćeno je stanovište da sadržinu obligacionog odnosa pored primarne i sekundarne prestacije, čine i obaveze uzajamne obzirnosti tzv. *Schutzpflichten*, koje su se izvodile iz načela savesnosti i poštenja, a od reforme obligacionog prava utemeljenje nalaze u čl. 241 st. 2 NGZ-a. Obaveze uzajamne obzirnosti poseban značaj imaju kod ugovora sa trajnim izvršenjem. O sadržini obligacije pogledati C.Grüneberg, BGB Kommentar (Palandt), München 2010, § 241, H. Brox/W. D. Walker, 10-11, O. Antić (2009), 57, J. Radišić, Obligaciono pravo, Beograd 2004, 42.

²⁷ W. Bayer, 474.

²⁸ H. Brox/W. D. Walker, 355, C.Grüneberg, § 328, 546, K. Larenz, 184.

područjem ugovora. Da li postoji bliskost prestaciji određuje se prema sadržaju ugovora i obligacionog odnosa.²⁹

Tipični ugovori sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu su: 1) ugovor o zakupu stana koji ima zaštitno dejstvo u odnosu na članove porodične zajednice, vanbračnu suprugu i kućnu pomoćnicu³⁰, koji nisu ugovorne strane, ali su kao i sam zakupac izloženi istoj opasnosti od neurednog ispunjenja ugovora od strane zakupodavca, 2) ugovor o zakupu poslovnih prostorija, koji ima zaštitno dejstvo prema zaposlenima, 3) ugovor o medicinskom tretmanu, koji ima zaštitno dejstvo prema supruhu ili partneru ugovorne strane, jer će u slučaju neurednog ispunjenja obaveze na sprečavanje trudnoće i suprug ili partner kao otac deteta imati obavezu izdržavanja, 4) ugovor ostavioca sa advokatom koji ima zaštitno dejstvo prema naslednicima.³¹

Bliskost prestaciji ne postoji kod trećih lica koja su slučajno došla u vezu sa prestacijom, na primer ako prijatelj zakupca dođe u zakupljeni stan i pretrpi štetu usled neurednog ispunjenja obaveze zakupodavca, ili ako se tetka zaposlenog u trenutku eksplozije zadesi u poseti sestriću/zaposlenom.³² Takođe, i treća lica koja protivpravno dođu u vezu sa prestacijom, na primer provalnici, ne ispunjavaju uslov bliskosti prestaciji i ne ulaze u zaštitno područje ugovora.³³ Ova lica se u ostvarenju svog prava mogu poslužiti samo pravilima o deliktnoj odgovornosti.

Bliskost poveriocu - opravdani interes poverioca. – Bliskost prestacije predstavlja uslov objektivnog karaktera, koji sam za sebe ne može da zasnuje zaštitno dejstvo ugovora. Pored toga, potrebno je da postoji opravdani interes poverioca (*Gläubigernähe*) da određeni ugovor ima zaštitno dejstvo prema trećem licu, te da se treće lice "uvuče" u zaštitno područje ugovora. U odluci Vrhovnog suda Rajha kojom je započeta istorija ovog instituta, jasno je istaknuto da zakupac nema nameru da članove svoje porodice stavi u gori položaj od sebe, te da zbog toga zakupodavac ima obaveze uzajamne obzirnosti i prema članovima porodice zakupca.³⁴

Ovaj uslov za primenu ima za cilj da suzbije neograničenu primenu ugovorne odgovornosti i time potpuno izigravanje sistema deliktne odgovornosti. SVS je

²⁹ Z.D. Tarman, *Die Gutachterhaftung gegenüber dem Dritten im deutschen und schweizerischen Recht*, Konstanz, 2007, 71.

³⁰ W. Bayer, "Vertraglicher Drittschutz", *Juristische Schulung* 1996, 478. OLG Hamburg, NJW RP 1988, 1481.

³¹ C.Grüneberg, § 328, 546.

³² U slučaju *Capuzol* zaposleni su rukovali zapaljivim predmetima i sredstvima, pa zbog neurednog ispunjenja ugovora od strane prodavca - zanemarivanje uputstva da se radi o zapaljivom sredstvu i eventualnoj prevenciji - dođe do eksplozije, zaposleni su svakako prema smislu ugovora o prodaji robe obuhvaćeni zaštitnim dejstvom. BGH, NJW 1959, 1676.

³³ Z.D. Tarman, 72.

³⁴ W. Bayer, 473.Odluka RG 91, 21.

u tom smislu utvrdio da je za primenu ugovora sa zaštitnim dejstvom potrebno da poverilac ima opravdani i samostalni interes da se treće lice obuhvati ugovorom, a to postoji kad je poverilac u određenom odnosu sa trećim licem, kad postoji obaveza izdržavanja, obaveza na brigu ili zaštitu ili kada postoji neka vrsta odgovornosti prema njemu (*Wohl und Wehe Formel*).³⁵ Uslov je ispunjen posebno kad između poverioca i trećeg lica postoji pravni odnos sa ličnim karakterom (obaveza izdržavanja, ali i kad je u pitanju obaveza poslodavca na zaštitu zaposlenih u smislu čl. 618 NGZ-a). Lični karakter odnosa nije od značaja kada postoji, u nekom obliku, odgovornost poverioca za treće lice. Na primer, ugovor o zakupu poslovnih prostorija ima zaštitno dejstvo prema trećim licima – vlasnicima stvari – koje zakupac prima na čuvanje, jer je zakupac odgovoran za stvari trećih lica.³⁶ Sa druge strane, opravdani interes poverioca ne postoji kad se u zakupljenom stanu pojavi gost, posetilac, savetnik za osiguranje, majstor, podzakupac ili druga osoba koja se slučajno i kratkotrajno zadesi u zakupljenim prostorijama, bez postojanja posebnog odnosa sa zakupcem, pa usled neurednog ispunjenja ugovora od strane zakupodavca isto lice pretrpi štetu.³⁷

U slučaju nepostojanja ovog uslova, SVS je dosledno odbijao zahteve za naknadu štete,³⁸ sve dok se u sudskoj praksi nisu pojavili slučajevi koji su zahtevali preispitivanje dotadašnje prakse i same sadržine ovog uslova. Naime, SVS je istakao da je formula *Wohl und Wehe* na osnovu koje se procenjuje opravdani interes poverioca “nepotrebno uska” u svim onim slučajevima kada dužnik mora da računa da njegova prestacija prema sadržini ugovora ide u korist trećim licima.³⁹ Tako je zasnovana odgovornost veštaka procenitelja nepokretnosti, angažovanog od strane prodavca nepokretnosti, prema kupcu nepokretnosti, iako prodavac sa kupcem nema odnos ličnog karaktera. Ali, sud je istakao da je u pitanju takva poslovna delatnost i takav ugovor (ugovor o delu vlasnika nepokretnosti i veštaka⁴⁰) kod kojeg je veštak morao imati u vidu da će njegov nalaz i mišljenje uticati na odluku potencijalnih kupaca o zaključenju ugovora sa prodavcem. Ono što je izazvalo oštre kritike jeste okolnost da u ovim slučajevima postoji suprotstavljen interes između poverioca iz ugovora o delu sa veštakom, odnosno prodavca nepokretnosti, i trećeg lica/kupca nepokretnosti, čime se u stvari potpuno negira ovaj

³⁵ C.Grüneberg, § 328, 546, Rdnr. 17, BGHZ 133, 178; BGHZ 51,91.

³⁶ BGHZ 49, 350 (*Rauchrohröffnungsfall*).

³⁷ BGHZ 2, 97; BGHZ 70, 327; BGHZ 56, 269; A. Ziegltrum, 98.

³⁸ *Stromkabelfall* BGH NJW 1977, 2208; *Prüfzeichen-Entscheidung* BGH NJW 1974, 1503.

³⁹ BGH NJW 1984, 355 (*Käufergruppe*). Odluka *Lastschrift* BGHZ 69, 82.

⁴⁰ U Nemačkoj se ugovorom o delu reguliše angažovanje veštaka, a u Švajcarskoj ugovorom o nalogu.

uslov onako kako je na početku postavljen.⁴¹ Bez obzira na zadržku teorije kada je u pitanju tumačenje opravdanog interesa poverioca, sudska praksa je odlučna da i dalje odgovornost stručnjaka/veštaka prema kupcu nepokretnosti zasniva pozivanjem na ugovor sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu.⁴²

Prepoznatljivost i predvidivost za dužnika. – Ugovor sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu inherentno predstavlja veliku opasnost za pravnu sigurnost jedne ugovorne strane-dužnika, samim tim što se zaštitno dejstvo ugovora ne može isključiti saglasnošću volja, niti se zaštitno dejstvo prema trećim licima ugovara. Zbog toga je sudska praksa uspostavila prepoznatljivost, odnosno predvidivost kao uslov koji ima za cilj da zaštiti dužnika od ugovorne odgovornosti prema neograničenom broju lica. Prema tom uslovu, bliskost prestaciji i opravdani interes poverioca, kao prva dva uslova za “uvlačenje” trećeg lica u zaštitno područje ugovora, moraju biti predvidivi za dužnika u trenutku zaključenja ugovora. Dužnik mora imati pravnu izvesnost, i mogućnost da uvidi rizik posla i rizik neispunjenja obaveze, kao i da se pripremi na njega.⁴³

Nije potrebno da dužnik zna imena i broj trećih zaštićenih lica. Dovoljno je da je krug tih lica prepoznatljiv i predvidiv prema okolnostima slučaja,⁴⁴ ne ograničavajući se na sadržinu ugovora, već uzumajući u obzir i motive poverioca koji su bili poznati dužniku. Ako zakupodavac zna da će zakupac živeti u stanu sa članovima svoje porodice, ako advokat zna da ga je stranka angažovala radi sastavljanja testamenta prema kojem sve treba da pripadne ćerki (isključujući suprugu), ako lekar zna da se suprug sterilise radi “bezbriznog” odnosa sa suprugom, onda u svim ovim slučajevima ugovorna strana - dužnik zna i mora znati da neuredno ispunjenje ugovorne obaveze pričinjava štetu i navedenim trećim licima.

Razume se, krug trećih lica nije kod svih ugovora isti, niti je u okviru jednog tipa ugovora isti, već zavisi od okolnosti konkretnog slučaja. U zaštitno područje ugovora o delu sa veštakom o davanju nalaza i mišljenja stanja nepokretnosti, spada i jedan nepoznat krug lica – kupaca nepokretnosti ili davaoca kredita, kad je veštak znao ili morao znati da se nepokretnost prodaje ili da se zalaže kao osiguranje potraživanja iz ugovora o kreditu. Za veštaka je dovoljno da zna da njegov nalaz i mišljenje utiče na potencijalne kupce nepokretnosti ili banke, a ne da ih poimenice zna. Sa druge strane, kod nekih ugovora potrebno je da motiv

⁴¹ Postoje i mišljenja da ovde nema suprotstavljenih interesa između prodavca i kupca nepokretnosti, jer je u interesu i prodavca da nalaz veštaka bude pravilan i tačan, te da se mora poći od pravnog a ne faktičkog interesa. W. Pinger, C. Behme, 676. H. Suchet, 110. G. Barbara, “Die Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten”, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 1999, 583 i dalje.

⁴² W. Bayer, 474-475. 73, Z.D. Tarmann, 73. G. Barbara, 583 i dalje.

⁴³ H. Brox/W.D. Walker, 357, K. Larenz, 187, C. Grüneberg, 546, W. Pinger, C. Behme, 677.

⁴⁴ C. Grüneberg, BGB Kommentar (Palandt), München 2010, 546, Rnr. 17.

poverioca za zaključenje ugovora bude jasnije iskazan. Ako zakupodavac ovlasti advokata da preduzme radnje u cilju otkazivanja ugovora o zakupu, onda advokat iz same te činjenice ne može da prepozna krug zaštićenih trećih lica. Ali ako zakupodavac izrazi motiv takve radnje, te predoči advokatu da otkazuje ugovor o zakupu radi obezbeđivanja stambenog pitanja ćerke, onda je za advokata predvidivo da neuredno ispunjenje njegove obaveze ide na štetu ćerki zakupodavca, koja zbog odugovlačenja iseljenja od strane zakupca, mora da iznajmi drugi stan do isteka otkaznog roka.⁴⁵

Pravni interes trećeg lica. – Ugovor sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu je nastao kao potreba da se poboljša položaj trećih lica u slučaju da im je šteta pricinjena neurednim ispunjenjem ugovora od strane dužnika. Zbog toga je i logično da kao jedan od uslova figurira pravni interes trećeg lica, odnosno da je trećem licu zaista potrebna zaštita, da ono ima pravnozaštitnu potrebu, da je *schutzbedürftig*.⁴⁶ Smisao ovog uslova je da se obezbedi izuzetni i supsidijarni karakter ovog instituta. Ako je čitav institut nastao iz nužde da se obezbedi zaštita trećem licu, onda se on ne može proširiti i na slučajeve kada je treće lice u dovoljnoj meri zaštićeno primenom drugih redovnih instituta obligacionog prava.⁴⁷

Treće lice nema pravni interes da se koristi ovim institutom, kad ono već po nekom drugom osnovu (ugovoru) ima pravo na naknadu štete istog kvaliteta i iste sadržine prema poveriocu ili prema dužniku. Cilj ugovora sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu nije da trećem licu/oštećeniku pribavi još jednog dužnika koji bi solidarno odgovarao za štetu, već da mu obezbedi pravo na naknadu štete istog kvaliteta kao što bi to imao poverilac.⁴⁸ Tako je SVS odbio tužbeni zahtev za naknadu štete podzakupca usmerenog protiv glavnog zakupodavca zbog oštećenja prouzrokovanog od strane zakupljene stvari, sa obrazloženjem da identični i direktni zahtev podzakupac ima prema zakupcu/podzakupodavcu po osnovu ugovora o podzakupu shodno čl. 536 NGZ-a.⁴⁹ Pravni interes se procenjuje u odnosu na kvalitet i sadržinu prava na naknadu štete, a ne u odnosu na mogućnost naplate i namirenja potraživanja. Zbog toga, insolventnost poverioca

⁴⁵ Slučaj vid. u *NJW* 1983, 1621-1622.

⁴⁶ H. Brox/W.D. Walker, 357, C.Grüneberg, 546, W.Pinger, C.Behme, 677. Pravni interes trećeg lica je uslov materijalnog prava od koga zavisi primena ugovora sa zaštitnim dejstvom i ne treba ga poistovećivati sa istoimenim pojmom procesnog prava. U slučaju da treće lice nema pravni interes u smislu ugovora sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu, onda se ta pravna konstrukcija neće primeniti, već drugi ugovor ili odredbe o deliktnoj odgovornosti. Sa druge strane, ako ne postoji pravni interes u smislu procesnog prava, onda je tužba nedozvoljena i ona će se odbaciti. A. Jakšić, Građansko procesno pravo, Beograd 2013, 291 sa upućivanjem na nemačku literaturu.

⁴⁷ Za drugačije stanovište vid. W.Pinger, C.Behme, 677.

⁴⁸ Z.D. Tarmann, 76.

⁴⁹ BGH *NJW* 1978, 883. Z.D. Tarmann, 76.

prema kome treće lice ima pravo na naknadu štete, ne može da opravda ugovornu odgovornost dužnika prema trećem licu, zasnovanu na konstrukciji ugovora sa zaštitnim dejstvom, kako je to naglašeno u slučaju *Nitrierofen*,⁵⁰ jer se tu ne radi o pravnom, već o ekonomskom interesu.

Pravne posledice ugovora sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu

U slučaju postojanja navedenih uslova, trećem licu pripada samostalno pravo na naknadu štete, koje se u pogledu posledica i sadržine meri prema pravilima ugovorne odgovornosti shodno čl. 278 i čl. 280 st. 1 NGZ-a,⁵¹ čime mu se poboljšava procesni i materijalnopravni položaj u sporu sa dužnikom. Međutim, njegovo pravo na naknadu štete ne proizlazi iz nezavisnog osnova odgovornosti, već se izvodi iz ugovornog odnosa koji postoji između poverioca i dužnika. Zbog toga taj odnos utiče na položaj trećeg lica, jer se odgovornost dužnika meri prema tom obligacionom odnosu, prema sadržaju konkretnog ugovora, a ne *in abstracto*, pa treće lice ne može zahtevati nešto što ne bi sledovalo poveriocu. Položaj trećeg lica je prema tome omeđen pravnim položajem poverioca. Faktički položaj poverioca i trećeg lica se uglavnom ne podudaraju, jer poverilac radnjom dužnika ne pretrpi štetu ili pretrpi mnogo manju štetu. Međutim, pravo trećeg lica se ne meri prema šteti koju je poverilac pretrpeo, već prema šteti na svojim dobrima, koristeći se pravilima ugovorne odgovornosti u ostvarivanju njene naknade.

U slučaju da su ispunjeni uslovi za primenu ugovora sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu, pored ugovornog odnosa između poverioca i dužnika, nastaje i poseban pravni odnos između dužnika i trećeg lica, koji nalikuje ugovornom odnosu. Takav poseban pravni odnos ne obuhvata samo obaveze obzirnosti (*Schutzpflichten*),⁵² već podrazumeva i poštovanje glavne prestacije,⁵³ jer nije

⁵⁰ S.C. Saar, 222.

⁵¹ C.Grüneberg, 546, H. Brox/W.D. Walker, 358.

⁵² Tako se članu porodice zakupca priznaje pravo na naknadu štete prema pravilima ugovorne odgovornosti, u slučaju da zakupodavac nije preduzeo sve mere u cilju obezbeđenja i održavanja zakupljene stvari, što se u nemačkom pravu smatra kao obaveza obzirnosti.

⁵³ U slučaju *Testamentenfall SVS* je usvojio zahtev naslednika na naknadu štete prema advokatu, koji je neuredno ispunio glavnu obavezu iz ugovora o pružanju pravnih usluga sa ostaviocem – nije blagovremeno ugovorio termin sa notarom radi sastavljanja testamenta, pa je ostavilac preminuo bez poslednje volje prema kojoj je sve želeo da ostavi ćerki - iako je advokat u pogledu glavne prestacije bio obavezan samo ostaviocu. Utemeljenje ovakvog stava omogućilo je sudskoj praksi da zasnjuje odgovornost procenitelja nepokretnosti prema trećim licima, kupcima nepokretnosti ili davaocima kredita, što je jasno izraženo u odluci SVS-a *Dachboden* u kojem je veštak, procenitelj nepokretnosti, neuredno ispunio glavnu činidbu - nepravilno je procenio stanje nepokretnosti, čime je ošteti kupca nepokretnosti, iako je veštak po osnovu ugovora o delu bio u obligacionom odnosu sa prodavcem nepokretnosti. Sud je usvojio tužbeni zahtev trećeg lica, kupca nepokretnosti, za na-

opravdano da se između njih pravi razlika.⁵⁴ U slučaju da je ugovor nepunovažan, obaveze obzirnosti opstaju a u slučaju njihovog nepoštovanja treće lice dobija pravo na naknadu štete prema pravilima ugovorne odgovornosti, iako zapravo ugovora i nema.⁵⁵

Što se tiče vrste štete koja se nadoknađuje trećem licu primenom ugovora sa zaštitnim dejstvom, možemo uvideti da je sudska praksa postupno osvajala deo po deo i da je razvoj išao uzlaznom putanjom u smislu unapređenja položaja trećih lica. U slučaju povrede bilo primarne prestacije, bilo obaveza uzajamne obzirnosti, treće lice ima sopstveno pravo na naknadu štete, ne samo one lične štete, kako je to bilo u sudskoj praksi SVS-a na početku razvoja ovog instituta, već i štete na stvarima⁵⁶ i obične imovinske štete.⁵⁷

Dakle, kada je u pitanju povreda ugovorne obaveze i obim štete, treće lice je u potpunosti izjednačeno sa poveriocem, jer se može pozivati na povredu bilo glavne prestacije bilo obaveze obzirnosti, a može zahtevati i naknadu svih vidova štete na koje pravo ima i poverilac. Međutim, položaj trećeg lica je omeđen položajem poverioca. Treće oštećeno lice ne može imati bolji pravni položaj, niti više prava nego što bi to imao sam poverilac, što posebno dolazi do izražaja kod prigovora dužnika koje može istaći trećem licu. Ako treće lice svoje pravo izvodi iz, za njega, stranog ugovora, to sve pogodnosti, ali i nepovoljnosti koje su ugovorene u korist ili na štetu poverioca imaju dejstvo i prema trećem licu. Kao pokazatelj kako treba urediti odnos između trećeg oštećenog lica i dužnika, u nemačkom pravu služi ugovor u korist trećeg i odnos između beneficijara i promitenta.⁵⁸

Svi prigovori koji stoje na raspolaganju dužniku iz samog ugovora, mogu se upotrebiti i protiv trećeg lica. Isključenje odgovornosti ugovorene između poveri-

knadu štete, smatrajući da ugovor o delu između prodavca nepokretnosti i veštaka ima zaštitno dejstvo prema kupcu. BGH NJW 1965, 1955, BGHZ 127, 378.

⁵⁴ W.Bayer, 474. Problematično može biti jedino to što se u čl. 311 st. 3 NGZ-a pominju samo obaveze obzirnosti iz čl. 241 st. 2 NGZ-a, a ne i glavna činidba, čija povreda prouzorkuje naknadu štete od strane dužnika. Međutim, u teoriji je zastupan stav da u slučaju povrede glavne prestacije od strane procenitelja nepokretnosti dolazi i do povrede pravnih dobara i interesa, na čiju zaštitu su obavezane ugovorne strane putem obaveza uzajamne obzirnosti, te je tako time povređena i ta sporedna obaveza a ne samo glavna prestacija. Z.D Tarman, 79.

⁵⁵ C.Grüneberg, § 241, 248-249.

⁵⁶ Prekretnica za takav stav bila je odluka SVS-a *Rauchrohröffnungsfall*, gde je odlučeno da vlasnik stvari, koje je zakupac poslovnih prostorija ovlašćeno smestio i rasporedio u svoje zakupljene prostorije u okviru svoje delatnosti, zbog štete na tim stvarima ima sopstveni zahtev na naknadu štete protiv zakupodavca, koji se zasniva na ugovoru o zakupu, koji u tom slučaju razvija zaštitno dejstvo prema njemu, trećem licu. BGHZ 49, 350. Z.D Tarman, 78.

⁵⁷ BGH NJW 1965, 1955. Z.D Tarman, 78.

⁵⁸ H. Brox/W.D. Walker, 358.

oca i dužnika ima dejstvo i prema trećem licu,⁵⁹ osim ako je isključenje odgovornosti ugovoreno samo na štetu trećeg lica, jer je takva klauzula u suprotnosti sa dobrim običajima (čl. 138 NGZ-a) i načelom savesnosti i poštenja.⁶⁰ Krivica i doprinos trećeg oštećenog lica uračunava se nastanku štete shodno čl. 254 NGZ-a i u tom obimu se dužnik oslobađa odgovornosti, a krivica poverioca umanjuje dužnikovu odgovornost za štetu, ako je poverilac zakonski zastupnik ili izvršilac posla trećeg lica.⁶¹ Ono što izaziva nedoumice jeste pitanje da li doprinos poverioca nastanku štete deluje olakšavajuće na dužnika, odnosno da li dužnik taj prigovor može koristiti u odnosu sa trećim licem, kada poverilac nije zakonski zastupnik ili izvršilac posla trećeg lica? U klasičnim primerima u kojima se proširivalo zaštitno dejstvo ugovora, ovo pitanje nije bilo sporno, jer interesi poverioca i trećeg lica nisu bili u suprotnosti. Sledstveno tome, krivica zakupca utiče na smanjenje odgovornosti zakupodavca prema članu porodice zakupca, ili prema zaposlenom ako je u pitanju zakup poslovnih prostorija. To se isto može reći za ostavioca i naslednika prema ugovoru o pružanju pravnih usluga sa advokatom i za bračne ili vanbračne partnere prema ugovoru o lečenju sa zdravstvenom ustanovom.⁶²

Pitanje je postalo sporno u slučajevima u kojima je razbijen klasični koncept ugovora sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu, a to su primeri sa odgovornošću veštaka prema trećem oštećenom licu. Kod njih latentno postoje suprotstavljeni interesi poverioca iz ugovora o delu sa veštakom – budućeg prodavca i trećeg lica-kupca, jer prodavcu odgovara povoljniji nalaz i mišljenje veštaka zbog veće kupoprodajne cene. Ako naručilac veštačenja, budući prodavac, da lažne podatke posleniku-veštaku, ili na drugi način utiče na to da veštačenje bude nepravilno, da li u tom slučaju takvo ponašanje naručioca posla-prodavca pripisati i trećem licu-kupcu nepokretnosti u odnosu sa poslenikom-veštakom? U odluci *Dachboden SVS* je zauzeo stanovište da krivica poverioca-naručioca veštačenja ne deluje olakšavajuće po štetnika-dužnika, i da se njegovo ponašanje ne uračunava trećem licu, čime je sud stao u odbranu trećih lica, koji imaju "očigledan interes" na pravilnost nalaza i mišljenja veštaka, a da isključivanje prigovora veštaka proizlazi iz prirode i svrhe ugovora.⁶³ Problem odgovornosti naručioca veštačenja bi se dalje rešavao u odnosu naručilac-veštak.

Gornja granica u položaju trećeg lica predstavlja položaj poverioca, koja se u slučaju suprotstavljenih interesa poverioca i trećeg lica probija u korist trećeg

⁵⁹ K. Larenz (1976), 187.

⁶⁰ Z.D Tarman, 80.

⁶¹ H. Brox/W.D. Walker, 359. O doprinosu poverioca šteti u ugovornoj odgovornosti vid. U. Klement, Schuldrecht. Allgemeiner Teil III, Schadensrecht, München 1996.

⁶² Vid. fn. 17 i 19.

⁶³ Ovakvo tumačenje SVS-a je izazvalo oštre kritike u stručnoj javnosti. Z.D Tarman, 80-81. W.Pinger, C.Behme, 676.

lica, koji ima i povoljniji status od poverioca. Međutim, donja granica njegovog položaja je čvrsto omeđena položajem iz deliktne odgovornosti. Taj minimum se ne može pogoršati ugovornim klauzulama između poverioca i dužnika, pa prigrorori dužnika koje ima na osnovu ugovora sa poveriocem ne mogu delovati na položaj trećeg lica garantovan pravilima deliktne odgovornosti.⁶⁴

MOGUĆNOST PRIMENE UGOVORA SA ZAŠTITNIM DEJSTVOM PREMA TREĆEM LICU U SRPSKOM PRAVU

Ugovor sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu ima za cilj da olakša položaj trećeg lica, koje nije ugovorna strana, u slučaju da mu je šteta pričinjena neurednim ispunjenjem ugovora od strane dužnika, tako što se njegov položaj prilikom naknade štete izjednačava sa položajem poverioca. Bolji pravni položaj oštećenika poverioca kod ugovorne odgovornosti u nemačkom pravu ogleđa se u teretu dokazivanja u pogledu krivice, koji snosi dužnik, manjem prostoru za ek-skulpaciju, i sveobuhvatnijoj zaštiti imovine u sistemu ugovorne odgovornosti.

Uprkos tome što opravdanje ovog instituta nije dovedeno u pitanje, to se ne može reći za njegov domašaj. Klasični uslovi za primenu ugovora sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu se možda nekontrolisano "razvodnjavaju", pa su neki od njih (na primer, opravdani interes poverioca) postali simboličnog karaktera. Ta okolnost je već dovoljna da se preispita koncept ovog ugovora, a posebno ako se to dovede u vezu sa tim da ni drugi uslovi za primenu, uprkos višedecenijskoj praksi nemaju jasno uobličene konture uređene zakonom, već se oblikuju *ad hoc* sudskom praksom. Iako postoji potreba da se odnos između ugovorne i deliktne odgovornosti postavi na drugačiju ravan, pitanje je da li je institut ugovora sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu zaista pogodan za tu svrhu, s obzirom da razbija relativni karakter obligacionih odnosa i generiše veliku opasnost za pravnu sigurnost jedne ugovorne strane. U Nemačkoj, primena ugovora sa zaštitnim dejstvom funkcioniše, uz suzdržavanje suda da se ne prekorači granica pravičnog, bez obzira na to što ponekad pravna argumentacija nije zadovoljavajuća. Međutim, treba postaviti pitanje da li bi bilo bolje na zakonskom nivou a ne sudijskim pravom rešavati ovaj problem, a to posebno važi za države koje se ugledaju na nemačko pravo? Zanimljiv je odgovor na navedeni izazov u Švajcarskoj. Naime, novija sudska praksa u Švajcarskoj, u jednom delu, priznaje ugovor sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu, što zbog nezadovoljavajuće argumentacije ne prolazi bez otpora stručne javnosti. Drugi deo sudske prakse slične pravne situacije pokušava da reši primenom drugih instituta obligacionog prava. Zbog toga, dobar deo švajcarske teorije je sklon da isti problem - neadekvatnost deliktne odgovor-

⁶⁴ H. Brox/W.D. Walker, 359. H.Köhler/S. Lorenz, Schuldrecht I, München 2010, 173.

nosti u pojedinim slučajevima⁶⁵ - reši upravo na polju deliktne odgovornosti, njenim unapređenjem putem šireg tumačenja pojma protivpravosti.⁶⁶

U srpskom pravu se kod ugovorne odgovornosti naknađuje predvidljiva šteta shodno čl. 266 st. 1 Zakona o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO), osim u slučajevima prevare, krajnje nepažnje ili namere, kada se naknađuje celokupna šteta. Nesporno je, takođe, da ugovorna odgovornost ne obuhvata naknadu nematerijalne štete.⁶⁷ S druge strane, kod deliktne odgovornosti načelno se naknađuje celokupna šteta - materijalna i nematerijalna, dakle i ona koju štetnik nije mogao predvideti, a u nekim slučajevima ulazi u obzir i afekciona vrednost.⁶⁸ U srpskom pravu nije od značaja podela štete na ličnu, stvarnu i ostalu imovinsku štetu kao što je to slučaj u nemačkom pravu, već štetu predstavlja umanjene nečije imovine, sprečavanje njenog povećanja, kao i nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha shodno čl. 155 ZOO, pa prema tome, šteta nije ograničena na povredu nekog apsolutnog prava. To dalje znači da u pogledu materijalne štete oba sistema odgovornosti podrazumevaju sve vrste štete, dok je kod deliktne odgovornosti oštećenik favorizovan, jer ima pravo i na nematerijalnu štetu. Takođe, u srpskom pravu ugovorna odgovornost se može unapred isključiti ili ograničiti (čl. 265 ZOO), ali i proširiti (čl. 264 ZOO),⁶⁹ dok je deliktna odgovornost regulisana imperativnim normama pa ne postoji mogućnost da se ona isključi sporazumom.⁷⁰ U nemačkom pravu podela štete na ličnu, stvarnu i ostalu imovinsku štetu je od značaja samo za deliktnu odgovornost, u čijem sistemu se ne odgovara za ostalu imovinsku štetu. S druge strane, kada je u pitanju povreda ugovorne obaveze, dužnik-štetnik je odgovoran za sve tri vrste štete, osim ako postoje uslovi za oslobađanje od odgovornosti.⁷¹

Za razliku od klasičnog pravila prihvaćenog u nemačkom pravu, u srpskom pravu teret dokazivanja u pogledu krivice kod deliktne odgovornosti je

⁶⁵ S.Samuel, 14.

⁶⁶ C.Rieder, 88-89.

⁶⁷ M. Karanikić Mirić, 53.

⁶⁸ J. Radišić, 185-187. Za drugačiji pogled vid. M. Karanikić Mirić, "Odmeravanje naknade štete prema vrednosti koju je stvar imala za oštećenika", *Crimen – časopis za krivične nauke*, Beograd, 1/2011, 67-87.

⁶⁹ Opširnije o ugovornoj odgovornosti vid. O. Antić (2009), 456, S. Perović, "Osnov ugovorne i deliktne odgovornosti", *Pravni život* 3-4/2004, 5-49. M. Karanikić Mirić, *Objektivna odgovornost*, Beograd 2013, 45-62, I. Jankovec, *Ugovorna odgovornost*, Beograd 1993.

⁷⁰ J. Radišić, 185-187.

⁷¹ Ista situacija je i u austrijskom i švajcarskom pravu. O običnoj imovinskoj šteti u švajcarskom pravu pogledaj P.Gauch/J.Sweet, *Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden*, Festschrift Max Keller, Zürich 1989, 117 i dalje, F. Lorandi, *Haftung für reinen Vermögensschaden*, Recht 1/1990, Bern, 19 i dalje.

na odgovornom licu, koji je dužan da dokaže da nije kriv, jer se obična nepažnja pretpostavlja,⁷² dok je oštećenik dužan da dokazuje grubu nepažnju i nameru, u slučaju da kvalifikovana krivica predstavlja uslov odgovornosti. Kod ugovorne odgovornosti, teret dokazivanja nepostojanja krivice snosi dužnik, što znači da oštećenik u sistemu deliktne odgovornosti u ovom pogledu nema slabiji položaj od oštećenika u sistemu ugovorne odgovornosti.

Srpsko pravo na drugačiji način uređuje objektivnu odgovornost, jer sadrži opštu normu o objektivnoj odgovornosti za štetu od stvari ili delatnosti od kojih potiče povećana opasnost štete za okolinu (čl. 154 st. 2 ZOO), ali i izvedene slučajeve objektivne odgovornosti koji su razrađeni posebnim zakonima. Sa druge strane, u nemačkom, ali i u austrijskom i švajcarskom pravu objektivna odgovornost uređena je posebnim zakonima, te ne postoji opšta norma o objektivnoj odgovornosti, koja se posmatra kao izuzetak od opšteg pravila da se odgovara po osnovu krivice.⁷³ Uspostavljanjem opšte odredbe o objektivnoj odgovornosti, srpski zakonodavac je omogućio da se pojam opasne stvari i opasne delatnosti stalno razvija putem sudske prakse, da se time na adekvatan način prati razvoj društva, bez potreba da se donose posebni zakoni. Time se oštećeniku daje pravo na naknadu štete prema pravilima objektivne odgovornosti u mnogim slučajevima koji prema nemačkom pravu nisu obuhvaćeni objektivnom odgovornošću, jer nisu izričito propisani zakonom. Razlika je od značaja jer se kod objektivne odgovornosti odgovara bez obzira na krivicu, pa je sledstveno tome položaj oštećenika povoljniji.⁷⁴ Upravo zbog ovako regulisane objektivne odgovornosti u mnogim slučajevima u kojima se u nemačkom pravu priznaje konstrukcija ugovora sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu, u srpskom pravu oštećenik - treće lice ne bi imalo pravni interes. Tako, ako kućna pomoćnica pretrpi štetu usled obrušavanja tavana u zakupljenoj kući, onda bi ona imala pravo na naknadu celokupne štete - i materijalne i nematerijalne - od samog zakupca, koji je držalac kuće i koji po tom osnovu odgovara objektivno, sve u sistemu deliktne odgovornosti.⁷⁵ U slučaju eksplozije i tako nastale povrede na radu, zaposleni bi, prema srpskom pravu, imali efikasan pravni zahtev prema samom poslodavcu zbog povrede na radu, koji bi odgovarao shodno čl. 164 u vezi sa čl. 119 Zakona o radu, a sve po osnovu objektivne odgovornosti, jer se u tom slučaju radi o opasnim stvarima.⁷⁶ Ako se obru-

⁷² J. Radišić, 186.

⁷³ M. Karanikić Mirić (2013), 15-18. E. Deutsch/H.J. Ahrens, 162 i dalje.

⁷⁴ O. Antić (2009), 492 i dalje.

⁷⁵ O određenju imaoca opasne stvari vid.: M. Karanikić Mirić (2013), 94-99.

⁷⁶ O odgovornosti poslodavca prema zaposlenima vid. B. Lubarda, Uvod u radno pravo sa elementima socijalnog prava, Beograd 2013, 276-279 i Z. M. Ivošević, M. Z. Ivošević, Komentar Zakona o radu, Beograd 2007, 321 i dalje.

ši skulptura, oštećeni gost bi imao pravo na naknadu štete prema pravilima objektivne odgovornosti, za koju bi odgovarao vlasnik kuće kao imalac opasne stvari.⁷⁷ U navedenim slučajevima ne postoji potreba da oštećenik usmerava pravni zahtev prema zakupodavcu, isporučiocu zapaljive robe ili posleniku i da se njegov položaj poboljšava primenom pravila ugovorne odgovornosti.

Ugovor sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu nije poznat srpskom zakonodavstvu, niti sudskoj praksi, a imajući u vidu odnos između ugovorne i deliktne odgovornosti u srpskom pravu, čini nam se da nije opravdano njegovo preuzimanje. Položaj oštećenika kod deliktne i ugovorne odgovornosti u srpskom pravu nije isto postavljen kao u nemačkom pravu. Zbog toga, ne postoji potreba da se u srpskom pravu uvodi ugovor sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu, kao mera poboljšanja položaja oštećenika kod deliktne odgovornosti.⁷⁸ Moguće je da se u praksi pojavi uporediva situacija, koja bi načelno opravdala favorizovanje oštećenika, ali se ne možemo složiti da pravna (ne)sigurnost za jednu ugovornu stranu, koja je generisana ovim institutom, isključivo zavisi od prakse suda. U stanju višegodišnje tranzicije srpskog pravosuđa takav pristup bi izazvao mnoge negativne posledice, pa je uspostavljanje jasnog zakonskog osnova u pogledu odgovornosti i obima štete mnogo bolje rešenje.

ZAKLJUČAK

Ugovor sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu je nastao kao potreba da se poboljša položaj trećih lica u slučaju da im je šteta pričinjena neurednim ispunjenjem ugovora od strane dužnika. Ovaj pravni institut daje pravo na naknadu štete licu koje nije ugovorna strana, u slučaju da mu je šteta pričinjena povredom ugovorne obaveze od strane dužnika, u istom obimu i pod istim uslovima kao što bi to imao i poverilac da je njemu pričinjena šteta. Proširivanjem zaštitnog dejstva ugovora se izbegava pozivanje trećeg oštećenog lica na deliktnu odgovornost, koja, čini se, nije adekvatna u određenim slučajevima. Bolji pravni položaj ošteće-

⁷⁷ Vlasnik kuće, kao naručilac posla, zaključio je ugovor o delu sa poslenikom, koji je prema ugovoru obavezan da uredi i sredi baštu, u kojoj vlasnik kuće planira proslavu, i da učini druge potrebne radnje. Poslenik je poslao svog saradnika da obavi ugovoreni posao. U toku proslave skulptura u bašti se obušila na gosta, koji je pretrpeo materijalnu i nematerijalnu štetu. Oštećenik/gost se može pozivati na ugovor o delu između vlasnika kuće kao naručioca posla i poslenika, iako nije ugovorna strana, jer isti ugovor u odnosu na njega ima zaštitno dejstvo. Prednost pozivanja na ugovor o delu je u tome što se gospodar posla ne može osloboditi odgovornosti, jer u potpunosti odgovara za svog saradnika, dok se prema pravilima deliktne odgovornosti može ekskulpirati dokazujući da je preduzeo potrebnu pažnju u izboru saradnika, ili da bi šteta nastala i pri primeni takve pažnje. M. Rohe, M. Winter, 872 i dalje.

⁷⁸ Navedeni zaključak je ograničen na opšte razlike između ugovorne i deliktne odgovornosti, koje nisu apsolutne. Opširnije o razlikama između ugovorne i deliktne odgovornosti vid. S. Perović (2004), 26.

nika poverioca kod ugovorne odgovornosti u nemačkom pravu ogleda se u teretu dokazivanja nepostojanja krivice, koji snosi dužnik, manjem prostoru za ekskulpaciju, i sveobuhvatnijoj zaštiti imovine u sistemu ugovorne odgovornosti.

Kako predstavlja izuzetak od relativnog dejstva obligacionih odnosa, time što treće lice-oštećenik pod određenim uslovima koristi prednosti pozivanja na ugovornu odgovornost, iako nije ugovorna strana, ugovor sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu među mnogim pravicima drugih zemalja izaziva sumnju u opravdanost njegovog preuzimanja. Uz nedostatak jasnog zakonskog osnova ovaj pravni institut generiše opasnost prekomerne primene i stvaranja pravne nesigurnosti u poslovnoj praksi. Zbog toga, u slučaju da postoji potreba da se oštećeniku kod deliktne odgovornosti unapređuje status, treba razmišljati o drugom načinu, rešavanjem problema na polju deliktne odgovornosti njenim unapređenjem i to putem zakona.

Iz odnosa ugovorne i deliktne odgovornosti u pogledu vrste i obima štete koja se naknađuje, tereta dokazivanja, kao i uređenja objektivne odgovornosti putem opšte norme, proizlazi da status oštećenika kod deliktne i ugovorne odgovornosti u srpskom pravu nije isto postavljen kao u nemačkom pravu. Zbog toga ne postoji potreba da se u srpskom pravu uvodi ugovor sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu, kao mera poboljšanja položaja oštećenika kod deliktne odgovornosti. Međutim, ako bi poslovna praksa nametnula uporedive slučajeve koji opravdavaju poboljšanje položaja oštećenika, onda je bolje pribeći zakonskom regulisanju zbog pravne sigurnosti dužnika.

STOJAN MIĆOVIĆ, LL.M. (Heidelberg),
doktorand der Juristischen Fakultät Universität
in Belgrad

VERTRAG MIT SCHUTZWIRKUNG ZUGUNSTEN DRITTER

Zusammenfassung

Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist eine Besonderheit des deutschen Schuldrechts, die die Ausnahme von der Relativität der vertraglichen Schuldverhältnissen darstellt. Dieser Rechtsfigur räumt der Person, die keine Vertragspartei ist, das Recht ein, falls ihr den Schaden vom Schuldner zugefügt wird, den Schadensersatzanspruch auf dem für sie fremden Vertrag und mittels vertraglichen Haftung zu beruhen. Dadurch wird ihr sowohl die materiellrechtliche als auch prozessrechtliche Lage verbessert. Die Voraussetzungen für die Anwendung dieses Rechtsfigures sind die Leistungsnähe, Gläubignähe, Erkennbarkeit für den Schuldner und die Schutzbedürft-

igkeit. Wegen des unterschiedlichen Verhältnisses zwischen der vertraglichen und außervertraglichen Haftung in Serbien im Vergleich zum deutschen Recht, besonders wegen der durch die Generalnorm eingeführte Gefährdungshaftung, gibt es kein Bedürfnis nach dem serbischen Recht, die Lage des Dritten durch den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu verbessern. Es könnte in der Praxis die vergleichbare Situation vorkommen, die, im Grunde genommen, die Verbesserung der Lage des Dritten rechtfertigt. Aber in diesem Sachverhalt schlagen wir vor, die Lage des Dritten durch die anderen Rechtsfiguren des Schuldrechts oder durch die ausdrückliche Verschreibung der Haftung im Gesetz zu verbessern.

DRAGAN PAVIĆ

“Identitetski preobražaj Srbije” Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

EVOLUCIJA ZAKONSKIH PRAVILA O ZAKUPU U SRPSKOM PRAVU

U V O D

Zakup je jedan od klasičnih imenovanih ugovora čije korene u pravnim sistemima evropskokontinentalnog tipa možemo pronaći u u kontraktu *locatio conductio* rimskog prava.¹ Iz rimskog prava ugovor o zakupu je poznatim putevima recepcije preuzet u sva moderna zakonodavstva ovog tipa, pa i u srpsko pravo.

Predmet ovog rada je, kao što se iz naslova može zaključiti, upravo proučavanje razvoja zakonskog regulisanja zakupa u srpskom pravu. U radu ovog obima naravno da nije moguće obuhvatiti celokupno zakonodavstvo, već on nužno mora biti ograničen. Pre svega, ukoliko je to potrebno naglasiti, rad se odnosi samo na moderna vremena, njegov predmet neće biti npr. srpsko srednjevekovno pravo. Takođe predmet istraživanja biće ograničen na osnovna pravila koja regulišu zakup uopšte, a ne i pravila koja se tiču pojedinih vrsta zakupa. U tom smislu pojavljuju se samo dva izvora: Srpski građanski zakonik iz 1844. g. (u daljem tek-

Mr Dragan Pavić, asistent praktične nastave Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Ovaj rad je napisan u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu “Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU (pravni, ekonomski i sociološki aspekt)”.

¹ Vid. detaljnije Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian tradition*, Oxford University Press, Oxford 1996, str. 338 i dalje.

stu SGZ),² koji je bio pozitivno pravo duže od jednog veka³ i Zakon o obligacionim odnosima iz 1978. g. (u daljem tekstu ZOO),⁴ koji je na snazi poslednjih gotovo 40 godina.

S druge strane, predmet istraživanja biće na neki način proširen. Zakonska pravila o zakupu u SGZ biće poređena sa pravilima austrijskog Opšteg građanskog zakonika (u daljem tekstu AGZ)⁵ i pravilima u Predosnovi građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju (u daljem tekstu Predosnova).⁶ Iako se ne radi o tekstovima koji predstavljaju izvore srpskog pozitivnog prava,⁷ ovakav pristup može biti koristan. Opšte je poznato da je AGZ u najmanju ruku predstavljao uzor prilikom redakcije SGZ, dok je Predosnova trebalo da “nasledi” SGZ.

Na isti način, iz istih razloga, biće postupljeno i sa ZOO. Meta poređena biće Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima (u daljem tekstu Skica)⁸ i Prednacrt novog srpskog građanskog zakonika.⁹ Cilj koji se želi postići je da se upotrebom ovog pomalo specifičnog metoda sagledaju zakonodavna rešenja u materiji ugovora o zakupu u prednacrtu novog srpskog građanskog zakonika.

² U radu će biti korišćen tekst SGZ-a prema Laza Urošević, *Sudski Trebnik I deo – Građanski zakonik sa komentarom*, Geca Kon, Beograd 1927.

³ Kao što je to opšte poznato njegov “životni vek” praktično je produžen, makar kada su u pitanju opšta pravila o zakupu, sve do stupanja na snagu ZOO, na osnovu Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije.

⁴ *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93.

⁵ U radu će biti korišćen tekst AGZ prema Mihajlo Vuković, *Pravila građanskih zakonika*, Školska knjiga, Zagreb 1961.

⁶ Predosnova građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju, Državna štamparija kraljevine Jugoslavije, Beograd, 1934.

⁷ Za Predosnovu je to nesporno, jer nikad nije stupila na snagu i bila pozitivno pravo. Što se tiče AGZ, prema nekim mišljenjima u vreme važenja spomenutog Zakona o nevažnosti pravnih propisa, na bilo kom delu teritorije tadašnje države mogla su se primenjivati bilo koja pravna pravila predratnog abrogiranog prava, radi postizanja većeg stepena uniformnosti. U tom smislu i pravila AGZ na teritoriji Srbije. Vid. detaljnije Mihailo Konstantinović, “Stara” pravna pravila” i jedinstvo prava”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* (Anali PFB) 3-4/1952, preuzeto prema “Izabrani članci profesora Mihaila Konstantinovića”, *Anali PFB* 3-4/1982, str. 546.

⁸ Mihailo Konstantinović, *Obligacije i ugovori, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Službeni list SRJ, Beograd 1996.

⁹ Komisija za izradu građanskog zakonika, *Građanski zakonik Republike Srbije*, prednacrt, druga knjiga, obligacioni odnosi, Generalni sekretarijat Vlade RS, Beograd 2009. (u daljem tekstu Prednacrt I). Nedavno je javnosti predstavljen novi tekst prednacrtu celokupnog zakonika u kome ima određenih izmena u delu koji se odnosi na obligacije, pa i na ugovor o zakupu: Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu građanskog zakonika, *Građanski zakonik Republike Srbije*, radni tekst pripremljen za javnu raspravu sa alternativnim predlozima, Beograd 2015 (u daljem tekstu Prednacrt II).

SADRŽAJ PRAVILA

Ugovor o zakupu je u SGZ regulisan u glavi dvadesetpetoj u §§ 677–705, koji odgovaraju poglavlju dvadesetpetom i §§ 1090–1150 AGZ, odnosno poglavlju dvadesetšestom i §§ 1073–1103 Predosnove.¹⁰

SGZ je uglavnom sledio sistematiku i normativna rešenja AGZ. Određenih razlika ipak ima. Po nekim, dobro obrazloženim mišljenjima, one su posledica dvojakih uticaja: Francuskog građanskog zakonika (u daljem tekstu FGZ) i srpskog običajnog prava. Uticaj FGZ je vidljiv u nekoliko paragrafa SGZ za koje uopšte nije moguće naći odgovarajući paragraf u AGZ, ali odredbe imaju velike sličnosti sa odgovarajućim odredbama FGZ.¹¹ Takođe neki paragrafi SGZ kao da su nastali kombinovanjem rešenja FGZ i AGZ.¹² U pogledu uticaja srpskog običajnog prava mogu se pomenuti §§ 690 - 695, kojim su predviđena pravila za neke posebne vrste zakupa: zakup mehane, konja, volova, ovaca (kesim), kazana.¹³ Takvih pravila u AGZ nema.

Što se tiče odredbi AGZ koje nedostaju u SGZ, radi se o odredbama koje u vreme donošenja SGZ nisu bile od praktične upotrebljivosti u Srbiji, kao što su npr. odredbe o zakupu prava (§ 1093) ili upisu zakupa u javne knjige (§ 1095). Pore toga, nedostaju detaljne odredbe o zakupnini (§§ 1102, 1104–1108), kao i pravila o prećutnom produženju zakupa (§§ 1114–1115). Do sličnog rezultata se dolazi kada se SGZ poredi sa Predosnovom, koja je gotovo u potpunosti preuzela sistematiku i normativna rešenja AGZ.¹⁴

U ZOO ugovor o zakupu je regulisan u glavi XI, u članovima 567-599, koji odgovaraju odeljku šestom knjige druge i članovima 523-559 Skice. U Prednacrtu I radi se o glavi XXIV i članovima 681-713, a u Prednacrtu II o glavi XXII i članovima 819-855.

¹⁰ Vid. prilog 1. u kome je dat uporedni prikaz rasporeda pojedinih odredbi u SGZ, AGZ, Predosnovi i ZOO.

¹¹ §§ 682, 688, 697, 698 SGZ, koji odgovaraju čl. 1722, 1729, 1734, 1735 FGZ važećih u vreme donošenja SGZ. Upor. Mihailo Konstantinović, "Odgovornost zakupca za požar", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, (Arhiv) 1939, knj. XXXVIII, preuzeto prema "Izabrani članci profesora Mihaila Konstantinovića", *Analiz PFB* 3-4/1982, str. 434, fn. 1.

¹² Po mišljenju prof. Konstantinovića reč je o §§ 687 i 696 *ibid.*, a prof. Orlić dodaje i § 704. Vid. Miodrag Orlić, *Pravna priroda zakupa*, doktorska disertacija, Beograd 1974, str. 398 i dalje.

¹³ Upor. M. Konstantinović, (1939), str. 436.

¹⁴ Vid. detaljnije Bertold Eisner, Mladen Pliverić, *Mišljenja o predosnovi građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju*, Pravničko društvo, Zagreb 1937, str. 491 i dalje.

Već na prvi pogled vidljivo je da su razlike između ZOO i Skice minimalne.¹⁵ Iz Skice je preuzeto gotovo sve, uz neka odstupanja u pojedinim rešenjima. Jedino čega nema u ZOO su odredbe o maksimalnom trajanju zakupa¹⁶ i o zakupu poljoprivrednog zemljišta.¹⁷ S druge strane u Skici nije bilo pravila o prestanku podzakupa po samom zakonu kada prestane zakup.¹⁸

Što se tiče Prednacrta I razlike gotovo i da nema. Postoji samo pet članova u kojima je u Prednacrtnu ponuđeno alternativno rešenje u odnosu na ZOO. Međutim, ni ovde se ne radi o novim rešenjima, već o rešenjima iz Skice, koja nisu prihvaćena u ZOO. U Prednacrtnu II ima nešto više odstupanja u odnosu na tekst ZOO, ali se ni ovde ne radi o novim pravilima.¹⁹ U pitanju je najčešće povratak na tekst Skice,²⁰ a vraćene su i odredbe Skice o maksimalnom trajanju zakupa i o zakupu poljoprivrednog zemljišta.²¹

Centralno pitanje je svakako kako su postavljena zakonska pravila o zakupu u SGZ i ZOO. Poznato je da ZOO nije nastao kao rezultat kontinuiteta sa tadašnjim srpskim pravom.²² Međutim, kada je u pitanju ugovor o zakupu nije moguće uočiti suštinske razlike. U detaljnijoj analizi uočljivo je da su odredbe ZOO jasnije sistematski postavljene i dosta su opširnije.²³ To se naročito odnosi na pitanja odgovornosti zakupodavca za materijalne nedostatke ispunjenja,²⁴ podza-

¹⁵ Vid. prilog 2 u kome je dat uporedni prikaz rasporeda pojedinih odredbi u ZOO, Skici, Prednacrtnu i SGZ.

¹⁶ Čl. 524. Skice.

¹⁷ Čl. 525, 542, 543. i 546.st. 3. Skice. ZOO je ostao dosledno na stavu da ne reguliše pojedine posebne vrste zakupa.

¹⁸ Čl. 590. ZOO.

¹⁹ Vid. prilog 2.

²⁰ Vid. npr. članove 830, 832, 834, 835, 841,845, 846, 848, 855 Prednacrta II. Pitanje koje se postavlja je da li i u kojoj meri su ovom izmenom teksta u odnosu na ZOO suštinski izmenjena i sama pravila.

²¹ Članovi 820, 821, 838, 839 i 842. Prednacrta II. Vid. gore fn. 16 i 17.

²² Po rečima samog prof. Konstantinovića, osim domaće sudske prakse, glavni izvor materijala prilikom nastanka Skice bile su pozajmice iz novijeg uporenog zakonodavstva (u tom smislu najvidljiviji je uticaj švajcarskog prava) i naročito iz tzv. Haških konvencija o prodaji robe iz 1964. godine, čije su odredbe generalizovane. Vid. M. Konstantinović, (1996), str. 33-34, tač. 2-4.

²³ U SGZ zakup je regulisan u 29 paragrafa, koji se uglavnom sastoje od samo jednog stava. Ako se ne bi računali onih 6 koji se odnose na pojedine posebne vrste zakupa, ostala bi samo 23 paragrafa sa opštim pravilima o zakupu. U ZOO ugovoru u zakupu je posvećeno 33 člana, od kojih većina ima više stavova.

²⁴ Čl. 573-579 ZOO.

kup²⁵ i otuđenje zakupljene stvari.²⁶ Ovim pitanjima je u SGZ posvećen samo po jedan paragraf.

Interesantno je primetiti da postoji nekoliko stvari koje su regulisane u SGZ, a kojih nema u ZOO, iako je ZOO znatno opširniji. Osim odredbi koje se tiču pojedinih posebnih vrsta zakupa,²⁷ radi se o “pomoćnoj” definiciji zakupa kao “prodaje upotrebe”, o odredbama o bitnim elementima o kojima je potrebno postići saglasnost da bi ugovor nastao, o zakupodavčevom založnom pravu na stvarima zakupca, o popisu stvari koje se daju u zakup.²⁸ S druge strane, od onoga što je regulisano u ZOO, a čega nema u SGZ, jedino je značajno pomenuti odredbe o prećutnom produženju zakupa.²⁹

Zaključujući ovaj pregled i analizu može se još jednom ponoviti da je zakup u osnovi na isti način regulisan u poslednjih 170 godina. Ako bi se, ipak, insistiralo na razlikama, samo su dve značajnije razlike u regulisanju ugovora o zakupu između SGZ i ZOO po mišljenju autora ovog rada. Jedna se tiče shvatanja samog zakupa, a druga pravila o uticaju otuđenja zakupljene stvari od strane zakupodavca na ugovor o zakupu. Njima će biti posvećena dalja izlaganja.

JEDAN ILI VIŠE UGOVORA

Pod pitanjem shvatanja zakupa podrazumeva se pitanje da li se radi o jednom, jedinstvenom ugovoru ili je reč o dva ili možda više ugovora, koji imaju samo neke zajedničke karakteristike. Sledeći germansku tradiciju,³⁰ a pre svega rešenje AGZ, SGZ najpre u § 677 daje opšti pojam ugovora o zakupu, a zatim u § 678 načelno pravi razliku između zakupa stvari “koja se bez truda i rada upotrebiti daje”, koji naziva kirija i zakupa stvari “koja se s trudom upotebljava i uživa”, koji naziva zakup ili аренда. U tom smislu može se primetiti da u SGZ, za razliku od AGZ i Predosnove postoji i problem terminološke prirode, jer se isti termin – zakup, koristi u dva različita značenja³¹ Treba, međutim, naglasiti da u daljim

²⁵ Čl. 586-590 ZOO.

²⁶ Čl. 591-594 ZOO.

²⁷ §§ 690- 695 SGZ.

²⁸ §§ 679, 680, 686, 689. SGZ.

²⁹ Čl. 596. ZOO.

³⁰ Lazar Marković, *Obligaciono pravo*, Službeni list SRJ, Beograd 1997, str. 504.

³¹ O terminološkim nedoumicama u vezi zakupa vid. detaljnije: Miodrag Orlić, “Pravna terminologija u oblasti ugovora o zakupu”, *Anali PFB* 5–6/1974, str. 741 i dalje. Inače, u § 1090 AGZ govori se o pogodbi uporabnoj u okviru koje se u § 1091 pravi razlika između pogodbe o najmu i pogodbe zakupne. Slično u Predosnovi u naslovu poglavlja govori se /u množini/ o ugovorima o uporabi, a zatim u § 1073 u okviru pojma ugovora o uporabi pravi razlika između ugovora o na-

odredbama u SGZ, osim na jednom mestu u § 703.³², nema razlike u smislu posebnih, različitih pravila za kiriju i zakup.³³

U ZOO, naprotiv, postoji samo jedan, jedinstven ugovor o zakupu. Nakon što se u st. 1. definiše zakup kao ugovor kojim se daje stvar na upotrebu, u st. 2. čl. 567. naglašava se da “upotreba obuhvata i uživanje stvari (pribiranje plodova), ako nije drukčije ugovoreno ili uobičajeno.

Na osnovu izloženog bilo bi jednostavno zaključiti da dileme ne bi trebalo biti. Kako SGZ, osim u početnoj definiciji, ne pravi razliku,³⁴ moglo bi se prikloniti rešenju ZOO. Međutim, povod za razmišljanje daje novi hrvatski Zakon o obveznim odnosima (u daljem tekstu ZOOHr).³⁵ Jedno od retkih mesta gde je na prvi pogled u velikoj meri odstupljeno od ZOO je ovo pitanje. Za razliku i od rešenja AGZ (i Predosnove), gde se smatralo da se zakup i najam ipak mogu podvesti pod jedan viši zajednički pojam – ugovor o uporabi, u njemu je ova materija regulisana u dva različita imenovana ugovora.³⁶ Razlika se, kao i u Predosnovi³⁷ i nekim rešenjima u uporednom pravu,³⁸ pravi na osnovu kriterijuma da li stvar daje samo na uporabu (ugovor o najmu) ili na korišćenje, koje pored upo-

jmu i ugovora o zakupu. U istom članu i kriterijum razlikovanja najma i zakupa postavljen je nešto drugačije. O najmu je reč “kada se dobiva naplatno i za izvesno vreme samo pravo upotrebe telesne stvari”, dok kod zakupa “pored prava upotrebe kojegod stvari i pravo ubiranja plodova od nje”.

³² Posebno pravilo tiče se mogućnosti raskida ugovora “kad bi zdanje pod kiriju dano gospodar iznova zidao”. Kirija /najam/ se pominje samo još u paragrafima 691 i 692, u kojima se regulišu posebne vrste zakupa. Naglašava da se volovi na izor i konji daju pod kiriju. Moglo bi se primetiti, s obzirom na predloženi kriterijum razlikovanja kirije i zakupa u užem smislu u SGZ, da se volovi uzeti na izor ne mogu bez truda upotrebiti.

³³ U najvećem broju paragrafa upotrebljavaju se sintagme “kirija i zakup” (§§ 679, 699, 700), “kirija ili zakup” (§§ 681, 696, 701), odnosno “kirajdzija i zakupac” (§ 683), kirajdzija ili zakupac” (§§ 684, 686, 687, 688, 697, 698).

³⁴ Takav stav je zastupljen i u našoj pravnoj teoriji. Prof. Perić tvrdi da razlika predviđena u § 678 “nema nikakvog praktičnog značaja”. Vid. Živojin Perić, *Specijalni deo građanskog prava, Obligaciono (tražbeno) pravo, drugi deo, Specijalni deo obligacionog (tražbenog) prava*, štampano kao rukopis, Vuk Karadžić, Beograd 1920, str. 207. Isti stav ponavlja prof. Blagojević. Po njegovim rečima SGZ pravi razliku u § 678, ali “zakonik ne izvodi iz nje nikakve konsekvence niti propisuje posebno pravno tretiranje ovih oblika ugovora o zakupu. Vid. Borislav Blagojević, *Posebni deo obligacionog prava*, Geca Kon, Beograd 1939, str. 78.

³⁵ *Narodne novine*, br. 35/05, 41/08, 125/11.

³⁶ Ugovor o zakupu u čl. 519 - 549, a ugovor o najmu u čl. 550-578.

³⁷ Vid. fn. 29.

³⁸ Npr. Švajcarski zakonik o obligacijama, čl. 253-274 i 275-304. Vid. detaljnije Luc Thévenoz, Franz Wero (editeurs), *Code des obligations I*, Commentaire Romand, Helbing & Lichtenhahn, Genève – Bâle – Munich, 2003, str. 1305 i dalje, naročito strane 1469, 1474-1475.

rabe /upotrebe/ obuhvata i uživanje stvari u smislu pribiranja plodova (ugovor o zakupu).³⁹

Već na prvi pogled moguće je uočiti da su odredbe o zakupu u ZOOHr uglavnom preuzete iz ZOO iz 1978. g, a da se kod najma radi o novoj redakciji. U jednom sumarnom pregledu kao novine kod ugovora o najmu u odnosu na ugovor o zakupu mogu se navesti sledeće odredbe: obaveza najmodavca da snosi poreze i druge javne terete na iznajmljenoj stvari,⁴⁰ u materiji odgovornosti za materijalne nedostatke stvari ne pravi se razlika između otklonjivih i neotklonjivih mana,⁴¹ propisivanje posebnog roka za plaćanje najamnine kada se radi o najmu na neodređeno vreme,⁴² otkaz ugovora o najmu zbog neplaćanja najamnine,⁴³ obrnuta pretpostavka o dozvoljenosti davanja stvari u podnajam u odnosu na podzakup,⁴⁴ Takođe postoje novine u pogledu regulisanja najma nepokretnosti.⁴⁵

Međutim, ako se analiziraju razlike u sadržini zakonskog regulisanja ova dva imenovana ugovora u ZOOHr, nije moguće uočiti razloge za postavljanje različitih pravila. U svakom od navedenih slučajeva bilo bi moguće isto pravilo koje je propisano za najam propisati i kod ugovora o zakupu ili obrnuto.⁴⁶

Zaključujući ova izlaganja može se reći da regulisanje u dva različita imenovana ugovora korišćenja neke stvari za određeno vreme na kojoj drugo lice

³⁹ Upor. Petar Klarić, Martin Vedriš, *Gradansko pravo*, Narodne novine, Zagreb 2009, str. 524.

⁴⁰ Čl. 553 st. 5 ZOO Hr. Upor. P. Klarić, M. Vedriš, str. 525. Može se primetiti da ovo nije suštinska novina, već samo naglašavanje da i ove troškove snosi najmodavac. Naime i kod zakupa troškove održavanja stvari snosi po pravilu zakupodavac.

⁴¹ Čl. 559 ZOO Hr. Upor. P. Klarić, M. Vedriš, str. 517 i 525. Nije jasno zašto stvar koja je data na upotrebu ne može imati neotklonjive nedostatke, već samo stvar koja se daje na korištenje. U tom smislu uskraćivanje prava najmoprimcu da odmah traži raskid ugovora ili sniženje najamnine, bez ostavljanja primerenog roka, kada se radi o neotklonjivom nedostatku, čini se pre kao propust prilikom redakcije zakonskog teksta, a ne potreba koja proističe iz prirode prava upotrebe, koja je različita od prirode prava korištenja stvari.

⁴² Čl. 563 st. 3 ZOOHr.

⁴³ Čl. 564 ZOOHr.

⁴⁴ Čl. 567 i 537 ZOOHr. Upor. P. Klarić, M. Vedriš, str. 518 i 526. Interesantno je primetiti da prema Zakonu o zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora (*Narodne novine*, br. 125/11, čl.19) u Hrvatskoj za zakup poslovnog prostora važi ista pretpostavka kao i za najam, a ne ona za zakup.

⁴⁵ Postojanje založnog prava i prava zadržanja, posebna pravila o prećutnom produženju ugovora i otkaznom roku, obavezi davanja otkaza u pismenom obliku (čl. 565, 575, 576 st. 2 i 3 ZOO Hr).

⁴⁶ To potvrđuje i činjenica da se neka od novih pravila kod najma primenjuju i na zakup u drugim propisima. Vid. fn. 42.

ima pravo korišćenja⁴⁷ uz plaćanje odgovarajuće naknade tom licu, niti je moguće, niti potrebno. Kada se kaže nije moguće, misli se pre svega na činjenicu da u pravnoj teoriji i uporednom pravu za sada ne postoji jedinstven kriterijum po kome se vrši ova podela.⁴⁸ A čak i kad bi došlo do saglasnosti svih u pogledu kriterijuma koji treba koristiti, čini se da on ne bi mogao biti primenjen uvek u smislu da daje pouzdane rezultate.⁴⁹

Da nema potrebe za postojanjem dva različita imenovana ugovora, proizilazi iz načina na koji se dolazi do pojma pojedinog imenovanog ugovora.⁵⁰ Naime, do tog pojma dolazimo na osnovu utvrđivanja osnovnih obaveza ugovornih strana. Osnovna obaveza jedne ugovorne strane u ovom slučaju je da ustupi drugoj strani korišćenje neke stvari za određeno vreme, kojoj odgovara obaveza druge strane da za to plaća odgovarajuću naknadu.⁵¹ U tom pogledu nema razlike da li se korišćenje stvari sastoji samo u upotrebi stvari ili i u pribiranju plodova. Međutim na osnovu ovako postavljenih prava i obaveza, jasna je razlika u odnosu na druge imenovane ugovore (npr. prodaju, poslugu ili ortakluk).

To naravno ne znači da za zakup uvek i u svakom slučaju treba da postoje samo jedna jedinstvena pravila,⁵² već samo da se ne radi o dva različita imeno-

⁴⁷ Termin korišćenje ovde je upotrebljen u smislu koji obuhvata i pravo upotrebe i pravo upotrebe sa pribiranjem plodova, kao najpogodniji u srpskom jeziku za to značenje. Upor. M. Orlić, (1974a), str. 51, fn. 56.

⁴⁸ Kao što je iz prethodnih izlaganja vidljivo koriste se najmanje dva kriterijuma. Vid. detaljnije M. Orlić, (1974a), str. 58 i dalje.

⁴⁹ U nekim slučajevima, kao npr. kada su u pitanju poslovne prostorije, brodovi ili prava nije moguće utvrditi da li se radi o najmu ili zakupu na osnovu predloženih kriterijuma. Upor. M. Orlić, (1974a), str. 64 i dalje. Problem bismo mogli dovesti do apsurdna u primeru kada neko lice rentira automobil, koji u radno vreme koristi u poslovne svrhe, a van radnog vremena za potrebe svoje porodice. To bi, bez obzira koji od predloženih kriterijuma koristimo, vodilo zaključku da od 9 do 17 časova na ovaj ugovor treba primeniti pravila ugovora o zakupu, a popodne i vikendom ugovora o najmu.

⁵⁰ Pojedini imenovani ugovori nastaju kada se zbog svoje važnosti i učestanosti u pravnom prometu budu zakonom posebno regulisani i čija svojstva /prava i obaveze ugovornih strana/ imaju tipiziran karakter....Upor. Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Privredna štampa, Beograd 1980, str. 192.

⁵¹ Upor. L. Marković, str. 522. Kako u obligacionom pravu postoji korelacija između prava jedne i obaveza druge strane istu stvar bi mogli izložiti i tako što bi se reklo da jedna ugovorna strana ima pravo da koristi neku stvar za određeno vreme, kome odgovara pravo druge strane na odgovarajuću naknadu.

⁵² U anglosaksonskom pravu npr. pravi se razlika između zakupa pokretnih i nepokretnih stvari. Vid. detaljnije M. Orlić, (1974a), str. 58 i dalje. Takođe u nacrtu evropskog zajedničkog referentnog okvira regulisan je samo zakup pokretnih stvari, jer je procenjeno da je nemoguće u ovom momentu regulisati zakup nepokretnosti jedinstveno, zbog prevelikih razlika između pojedinih dr-

vana ugovora. Naravno, kao i kod drugih imenovanih ugovora, postoji potreba za različitim uređenjem različitih vrsta zakupa.⁵³

OTUĐENJE ZAKUPLJENE STVARI

Zakupac na osnovu ugovora o zakupu stiče samo pravo korišćenja stvari. Zakupodavac, ako je vlasnik stvari što je najčešće slučaj, može otuđiti stvar i preneti svojinu na neko lice. Pitanje koje se tada postavlja je da li ugovor o zakupu proizvodi dejstvo i prema novom vlasniku, odnosno posmatrano sa praktičnog stanovišta može li zakupac i dalje da koristi zakupljenu stvar.

Prema klasičnom /rimskom/ shvatanju⁵⁴ pravo zakupca je čisto obligacionopravne prirode i upravljeno je lično prema zakupodavcu, a ne i prema samoj stvari koja je predmet zakupa. To znači da u slučaju otuđenja zakupljene stvari novi vlasnik, s obzirom da ga ugovor o zakupu ne vezuje, može bez ikakvih ograničenja vršiti svoje pravo svojine, pa u tom smislu i zahtevati povraćaj stvari od zakupca, ako mu je ona predata na korišćenje.⁵⁵ Zakupcu jedino ostaje pravo na naknadu štete od zakupodavca zbog neispunjenja ugovora, što najčešće ne može da zadovolji njegove interese kao što bi to bilo u slučaju korišćenja zakupljene stvari.

Opšte je prihvaćen stav da je u SGZ usvojeno rimsko shvatanje zakupa i da je zakupčevo pravo obligacionopravne prirode.⁵⁶ Ovo je u osnovi tačno, ali SGZ, kao i većina modernih zakonodavstava odstupa od klasičnog shvatanja u smislu

žava EU u toj materiji. Vid. detaljnije Christian von Bar, Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Sellier European Law Publishers, München, 2009, Book IV, str. 1427 i dalje.

⁵³ Čini se da, ako se zanemare istorijski razlozi koji su u državama germanske pravne tradicije doveli do pojave shvatanja o dva različita ugovora, upravo potreba postojanja različitih, specifičnih pravila za dve izuzetno značajne vrste zakupa, kao što su zakup poljoprivrednog zemljišta i zakup /najam/ kuća odnosno stanova, leži u osnovi ovih shvatanja. Ali to, kao što je već rečeno ne opravdava insistiranje na tome da se radi o dva različita imenovana ugovora. Tome se može dodati da u savremenom pravu postoje još neke vrste zakupa, kao što su npr. zakup poslovnih prostorija, zakup broda ili automobila, zakup prava, koji zahtevaju posebno dodatno regulisanje u odnosu na opšta pravila o zakupu, zbog čega se gubi smisao ove dvojne podele.

⁵⁴ Vid. detaljnije L. Marković, str. 513 i dalje, R. Zimmermann, str. 378 i dalje.

⁵⁵ Ovo shvatanje najbolje ilustruje poznata maksima "Emptio tollit locatum" "Kauf bricht Miete" – "prodaja ništi zakup". R. Zimmermann, str. 379, L. Marković, str. 514.

⁵⁶ Vid. detaljnije B. Blagojević, str. 89.

izvesnog poboljšanja položaja zakupca.⁵⁷ To je vidljivo i u slučaju otuđenja zakupljene stvari.

Naime, ako je stvar bila predata zakupcu, novi vlasnik, ako nije želeo da produži zakup, da bi stekao državinu morao je prvo raskinuti ugovor o zakupu.⁵⁸ Ali, za razliku od zakupodavca, on je to mogao da učini u bilo kom trenutku, uz poštovanje otkaznog roka. Kako su otkazni rokovi u SGZ bili izuzetno kratki,⁵⁹ to sa praktične strane nije značajno poboljšavalo položaj zakupca.

Pored toga, u slučaju zakupa nepokretnosti, zakupac koji je svoje pravo, uz saglasnost vlasnika, upisao u zemljišne knjige, mogao je to pravo istaći prema svima, pa i prema sticaocu u slučaju otuđenja zakupljene stvari, kao što to mogu učiniti titulari stvarnih prava.⁶⁰ Drugim rečima, ugovor o zakupu proizvodio je dejstvo i prema novom vlasniku i zakupac je mogao koristiti zakupljenu stvar do isteka ugovora koji je zaključio sa zakupodavcem, bez obzira na činjenicu da je zakupodavac otuđio stvar.

Međutim, ako zakup nepokretnosti nije bio upisan u zemljišne knjige, odnosno u slučaju zakupa pokretnih stvari, zakupac svoje pravo iz zakupa nije mogao suprotstaviti sticaocu. Kao i u rimskom pravu njemu je jedino ostajala mogućnost da se obrati svom zakupodavcu i od njega zahteva naknadu štete zbog povrede ugovora.⁶¹

Prema odredbama ZOO položaj zakupca u slučaju otuđenja zakupljene stvari je povoljniji u odnosu na rešenje SGZ. Pri tome ZOO pravi razliku između položaja zakupca kada on ima samo zaključen ugovor o zakupu i kada mu je, nakon zaključenja ugovora, zakupljena stvar predata na korišćenje.

U prvoj situaciji, ugovor o zakupu načelno neće proizvoditi dejstvo prema sticaocu, osim ako zakupac ne dokaže njegovu nesavesnost, tj. da je u trenutku zaključenja ugovora o otuđenju znao za postojanje ugovora o zakupu.⁶² Ako zakupac uspe u dokazivanju nesavesnosti sticaoca, što će čini se u praksi biti izuzetno teško, on će imati pravo da zahteva predaju stvari i da je koristi do isteka

⁵⁷ Tako npr. po SGZ zakupac uživa državinsku zaštitu prema svima, pa i prema zakupodavcu, dok je u rimskom pravu bio samo detentor.

⁵⁸ § 704 SGZ. Naravno, sticalac je imao pravo, a ne i obavezu da raskine ugovor. On je mogao odlučiti i suprotno, u kom slučaju bi ugovor o zakupu i dalje proizvodio dejstvo, a on bi dobio položaj zakupodavca. Zakupac u tom slučaju bi bio prinuđen da ostane u ugovoru, iako mu možda ne bi odgovaralo da za zakupodavca ima sticaoca umesto lica s kojim je zaključio ugovor.

⁵⁹ Kod zakupa nepokretnosti 14 dana, a kod pokretnih stvari samo 24h.

⁶⁰ U tom smislu Ž. Perić, str. 211; B. Blagojević, str. 90.

⁶¹ Prema § 704 SGZ da bi izbegao odgovornost zakupodavac je mogao da prilikom otuđenja ugovoriti sa sticaocem da će ovaj trpeti zakup do njegovog isteka.

⁶² Čl. 593 ZOO.

ugovora o zakupu, a sticalac stupa na mesto zakupodavca, koji postaje solidarni jemac. Teorija obrazloženje za ovakav stav zakonodavca nalazi u institutima opšteg dela obligacionog prava, u tzv. suprotstavljanju ugovora kao pravne činjenice, odnosno mogućnosti suprotstavljanja subjektivnog obligacionog prava trećim licima.⁶³

U drugoj situaciji položaj zakupca je još povoljniji. Zakupac koji ima državinu stvari može nastaviti da koristi stvar do isteka ugovora o zakupu. Kao i u prvoj situaciji, sticalac stupa na mesto zakupodavca, koji postaje solidarni jemac.⁶⁴ Činjenica da je zakupac u državini stvari kao da menja pravnu prirodu zakupčevog subjektivnog prava. Ono poprima dejstvo *erga omnes* i po svojoj sadržini se približava stvarnim pravima, kao što su npr. lične službenosti upotrebe, plodouživanja i stanovanja.⁶⁵

Razliku između rešenja SGZ i ZOO moguće je predstaviti i na sledeći način. Po SGZ od volje sticaoca, osim ako je zakup upisan u zemljišne knjige, isključivo zavisi da li će ugovor o zakupu i dalje proizvoditi dejstva i da li zakupac i dalje moći da koristi zakupljenu stvar. Naprotiv, po ZOO od trenutka kada zakupac stekne državinu stvari, izuzetno i ranije, ako je sticalac nesavestan, isključivo od zakupčeve volje zavisi dalji opstanak ugovora o zakupu.⁶⁶

ZAKLJUČAK

Već u uvodnim izlaganjima je rečeno da glavni cilj koji se želi postići ovim radom, uz upotrebu ovog pomalo specifičnog metoda, predstavlja razmatranje odredbi o zakupu u Prednacrtnu novog srpskog građanskog zakonika.

U tom smislu može se ponoviti da su u Prednacrtnu u pogledu regulisanja ugovora o zakupu gotovo u celini preuzeta rešenja iz ZOO. Takav stav Komisije za izradu građanskog zakonika treba načelno podržati. ZOO je kako je u različitim prilikama isticano vrlo dobar i moderan zakon.

Do istog zaključka se dolazi kada se Prednacrt posmatra iz ugla pitanja raspravljanih u ovom radu. ZOO je svakako pravnotehnički znatno superiorniji u

⁶³ Vid. detaljnije M. Orlić, (1974a), str. 322 i dalje.

⁶⁴ Čl. 591 ZOO.

⁶⁵ Upor. Miodrag Orlić, *Zakup*, komentar uz članove 567–599 u Komentaru Zakona o obligacionim odnosima (red. B. Blagojević, V. Krulj), knjiga II, Savremena administracija, Beograd, 1980, str. 62.

⁶⁶ Prema čl. 594 ZOO kada usled otuđenja zakupljene stvari prava i obaveze iz ugovora o zakupu pređu na sticaoca, za razliku od SGZ, zakupac, a ne sticalac, može otkazati ugovor o zakupu uz poštovanje otkaznog roka.

odnosu na SGZ,⁶⁷ a autor smatra i da su u pitanjima koja su sadržinski različito regulisana rešenja usvojena u ZOO bolja.⁶⁸

U radu je podržan stav usvojen u Prednacrtu da postoji samo jedan ugovor o zakupu, koji se po svojim karakteristikama razlikuje od drugih imenovanih ugovora. Međutim, to ne znači da treba primenjivati ista pravila na sve varijetete ugovora o zakupu.⁶⁹ Nesporno je da postoji potreba da se zakupi pojedinih vrsta stvari dodatno posebno regulišu.⁷⁰ Pitanje koje ostaje otvoreno je da li to učiniti u samom zakoniku, kako je to učinjeno u SGZ, ili u posebnim zakonima.⁷¹

Na osnovu izloženog ne treba zaključiti da nije moguće staviti nikakve primedbe na tekst Prednacrtu. Misli se na neka pitanja koja su ostala neregulirana ili nedovoljno regulirana. Sa gledišta pitanja o kojima je bilo reči u ovom radu čini se da bi bilo korisno uneti neke odredbe koje su postojale u SGZ-u, a kojih nema u Prednacrtu. Kao takve bi pre svega istakli odredbe kojim je ustanovljeno zakonsko založno pravo zakupodavca na stvarima zakupca (§ 686 SGZ)⁷² i odredbe koje se odnose na popis stvari koje se daju u zakup (§ 689 SGZ). Takođe izgleda korisno odrediti bitne elemente o kojima je potrebno postići saglasnost (§ 680 SGZ). Propisivanje maksimalnog trajanja zakupa u članovima 820. i 821. Prednacrtu II, po ugledu na rešenje iz 524. Skice, odredba koja ne postoji u ZOO, svakako otklanja dileme koje u tom pogledu postoje u pogledu ovog bitnog elementa.

Na kraju, makar samo u vidu kratke napomene, s obzirom da o tim pitanjima nije bilo reči u radu, treba dodati da još neka rešenja preuzeta u Prednacrt iz ZOO zaslužuju kritičko preispitivanje. Jedan od primera na koji je već ukazivano⁷³ je upotreba termina otkaz u materiji ugovora o zakupu. Problem nije samo i nije pre svega terminološke prirode. Naime, termin otkaz koristi se i za prestanak ugovora o zakupu koji je zaključen na neodređeno vreme i za jednostani ra-

⁶⁷ Vid. deo 2. ovog rada.

⁶⁸ Vid. deo 3. i 4. ovog rada.

⁶⁹ Kao što je već rečeno ZOO je dosledan u stavu da pojedine vrste zakupa ne regulišu. Međutim, u Prednacrtu II, vraćanjem na rešenja iz Skice, postoje pravila koja se tiču samo zakupa poljoprivrednog zemljišta. Takođe se pravi razlika između zakupa pokretnih i nepokretnih stvari.

⁷⁰ Kao urgentnu potrebu u tom smislu autor vidi potrebu regulisanja zakupa poslovnog prostora, koji je u srpskom pravu regulisan samo parcijalno kada se radi o stvarima u javnoj svojini Zakonom o javnoj svojini (*Sl. glasnik RS*, br. 72/2011, 88/2013 i 105/2014).

⁷¹ Postoji više argumenata i za jedan i za drugi stav, ali je to pitanje koje zaslužuje posebnu pažnju i svakako više prostora od jedne fusnote. Na ovom mestu samo napomena da su Hrvatska i Crna Gora prilikom izmene ZOO postupile na suprotne načine.

⁷² ZOOHr je kod najma nepokretnosti predvideo i pravo zadržanja. Vid. gore fn. 45.

⁷³ Vid. Dragor Hiber, "O pojmu otkaza ugovora sa trajnim izvršenjem", *Pravni život* 3-4/1995, str. 51 i dalje.

skid ugovora o zakupu zbog povrede ugovora od strane saugovornika. Isti termin se koristi u dve različite pravne situacije, koje podležu različitim pravnim režimima, što može izazvati probleme prilikom primene.

DRAGAN PAVIĆ, LL.M.,
Assistant, Faculty of Law
University of Belgrade

EVOLUTION OF LEGAL RULES ON LEASE IN SERBIAN LAW

Summary

Contract of lease in modern Serbian law is regulated in a general way in two acts: Serbian Civil Code of 1844. (SGZ) and the Obligation Relations Act of 1978. (ZOO). After analysis and comparison of these texts, author notes two significant changes in the regulation of the lease in the past 170 years. The first concerns the notion of contract of lease. Precisely, the question is whether these are two very similar contracts (SGZ), or only one, a single contract (ZOO). The author believes that the position adopted in the ZOO is correct and that there is only one contract, but also that there is a need for specific regulation in some cases (e.g. the lease of residential accommodation, office space, agricultural land). The second change relates to the problem of alienation of the leased property. The difference in regulation between the SGZ and ZOO, in the opinion of the author, is primarily due to the change of understanding of the legal nature of the lessee's right. In concluding remarks, based on the aforesaid, the author refers to the provisions of the lease in the Draft of the new Serbian Civil Code.

DRAGANA SIMANIĆ

DEJSTVO RASKIDA UGOVORA O KREDITU NA PRESTANAK JEMSTVA

Kreditni rizik kao pretpostavka za raskid ugovora o kreditu

U praksi pojedinih banki docnja u ispunjenju ili neplaćanje određenog broja anuiteta kredita se ugovara kao poseban raskidni uslov ili kao osnov za promjenu kreditnih uslova sa posljedicom nastupanja dospijeća cjelokupne obaveze po kreditu uključujući i do tada nedospjele anuitete odnosno cjelokupno preostalo kreditno zaduženje. Na raskid ugovora o kreditu¹, kao i ugovore uopšte, se primjenjuju opšta pravila o raskidu ugovora predviđena Zakonom o obligacionim odnosima.² Ugovoreni raskidni uslov je, u pravilu, određeni rizik čijim nastupanjem jedna od ugovornih strana ili svaka od njih ima interes za prestankom daljeg ispunjenja ugovornih obaveza i restitucijom datog. Stoga je raskidni uslov sporazumni razlog čije nastupanje dovodi do prestanka ugovora.³

Mr Dragana Simanić, sudija Osnovnog suda Zvornik.

¹ Vid: čl. 1065. Zakona o obligacionim odnosima (ZOO), *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89; M. Vasiljević, *Poslovno pravo*, Savremena administracija, 1999, 657; S. Carić, "Ugovor o kreditu", *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, (ur. B. Blagojević, V. Krulj), II knjiga, Savremena administracija, 1983, 2157; I. Asanović, *Kreditni rizik u bankarstvu*, 2007, 5, www.cb.-mn.org/kreditni, 21.11.2013; S. Šogorov, *Bankarsko pravo*, Sl. glasnik, 2009, 122; S. Perović: *Obligaciono pravo*, Beograd, 1976, 408; M. Petrović, "Kredit", *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Sl. List SFRJ, 1978, 784;

² Vid: čl.124-132. ZOO.

³ Čl. 74. st. 3 ZOO

Određeni rizik kao raskidni uslov može biti ugovoren zbog krivice banke, zbog krivice korisnika kredita ili zbog nastupanja promijenjenih okolnosti; ova- kvi se slučajevi uvijek ugovaraju uz vrlo precizno definisanje.⁴ To su slučajevi po- sebnih rizika⁵ koji i prema shvatanju ugovornih strana ne spadaju u uobičajene predvidive rizike, kao što su docnja u ispunjenju ili neispunjenje obaveze od stra- ne korisnika kredita, koje banka pokriva sredstvima osiguranja ugovora.

Od ugovaranja određenih rizika koji dovode do gašenja kredita potreb- no je razlikovati nastupanje ugovorom predviđenih rizika koji banci daju pravo na zahtjev za prijevremenu naplatu kredita, kao izmjenu kreditnih uslova, jer se u ovom slučaju radi o ispunjenju obaveze naplatom kredita u cjelini uz održa- nje ugovora na snazi sve do ispunjenja. Ovo razlikovanje je nužno sa aspekta pri- mjene jemstva i drugih sredstava obezbjeđenja kao podrške ispunjenju ugovorne obaveze korisnika kredita.

Međutim, rizik koji bi predstavljao ugovorni osnov za prijevremenu naplatu zbog koje dospijevaju i nedospjeli anuiteti nije i rizik docnje u ispunjenju od koga je banka osigurana pravom na zakonske zatezne kamate⁶ niti rizik neispunjenja dospelih obaveza kada se banka od ove vrste rizika obezbjeđuje jemstvom i dru- gim garancijama.⁷ Neplaćanje obaveze po dospelosti je jedan od osnovnih rizi- ka banke pokriven ugovorenim sredstvima obezbjeđenja ispunjenja obaveze ali i pravom na zakonske zatezne kamate počev od padanja u docnju pa do konač- ne isplate. Kao redovan rizik koji banka ima u vidu prilikom zaključenja ugovora o kreditu, pokriven i ugovornim i zakonskim vidom obezbjeđenja, docnja u ispu- njenju i neispunjenje obaveze od strane korisnika kredita nisu posebni rizici koji bi joj dali pravo na prijevremeno dospijeće cjelokupne obaveze korisnika kredi- ta. Ovaj uslov za prijevremenu naplatu, kao izmjenu kreditnih uslova, bi postajo tek ukoliko dospjele obaveze po kreditu banka ne bi mogla da namiri ni od jemca.

Primarni rizici zahtijevaju predhodno ispitivanje kreditnih uslova i utvrđe- nje kreditne sposobnosti lica koje zahtijeva kredit. Objektivni pokazatelji da kre- dit od strane njegovog korisnika na temelju određenih kreditnih uslova može biti vraćen daju osnov za sticanje povjerenja odnosno *credo* kao primarno pokriće i osnovno obezbjeđenje ispunjenja ugovora, a potom, i ugovaranja odgovarajućih

⁴ M. Petrović, 803.

⁵ Vid: Bazelski odbor za superviziju banaka, *Načela za upravljanje kreditnim rizikom*, Bazel, septembar 2000, <http://www.hnb.hr> 21.11.2013; <http://www.poslovnaucinkovitost.eu/23-kreditni-ri-zik.html>, 21.11.2013; R. Bijorac, P. Knežević "Obezbjeđenje kredita", *Pravni život*, br. 10/1995, 716; M. Petrović, 794.

⁶ Čl. 277. ZOO.

⁷ Vid: M. Petrović, 798.

instrumenata osiguranja tog ispunjenja za slučaj nastupanja nenaplativosti kredita od strane korisnika. Neispunjenje obaveze korisnika kredita predstavlja prvi i osnovni rizik koji davalac kredita ima u vidu prilikom zaključenja ugovora.⁸ Sve radnje banke koje predhode zaključenju ugovora o kreditu su usmjerene na ispitivanje postojanja standarda "povjerenja" korisnika kao osnovnog pokrića za buduće ispunjenje ugovora. Sredstva obezbjeđenja se ugovaraju u cilju pojačanja i osiguranja ispunjenja ugovorne obaveze otplatom kredita u skladu sa ugovorom. Ona su u službi njegove otplate u uslovima nenaplativosti od korisnika a time i ispunjenja obaveze po kreditu i održanja kreditnog odnosa. Otud neispunjenje ugovora od strane korisnika, za koji rizik su data sredstva obezbjeđenja, bi kao raskidni uslov bilo u kontradikciji sa datim obezbjeđenjem ispunjenja duga odnosno datim garancijama da će kredit biti vraćen. Uslovi za raskid ugovora zbog neispunjenja, kao ni izmjena kreditnih uslova proglašenjem cjelokupne obaveze dospelom u uslovima održanja ugovora na snazi, se ne mogu cijeliti izolovano, kao da date garancije ne postoje i bez mogućnosti pokušaja predhodnog namirenja iz njih. Iz ovog razloga Zakon o obligacionim odnosima, za ugovore sa uzastopnim obavezama u članu 129. stav 3. predviđa da dužnik može održati ugovor ako da odgovarajuće obezbjeđenje. *Argumentum a contrario* ako je dužnik dao odgovarajuće obezbjeđenje, neizvršenje sukcesivne obaveze nije razlog za raskid ugovora. Stoga je i banka obavezna da se, kod neispunjenja ugovora od strane korisnika kredita, koristi ugovorenim pravnim institutima obezbjeđenja ispunjenja ugovora, a ne pravnim institutom njegovog raskida.

Kredit kao ugovor sa uzastopnim obavezama

Davalac kredita se obavezuje da korisniku kredita stavi na raspolaganje određeni iznos novčanih sredstava pod uslovima određenim ugovorom o kreditu. Obaveza davaoca kredita za predajom ugovorom određenog novčanog iznosa korisniku je, u pravilu, jednokratna i trenutna radnja kojom se obećana prestacija ispunjava. Obaveza korisnika kredita je da banci plaća kamatu kao cijenu za upotrebu kredita⁹ i dobijeni iznos novca vrati na ugovoreni način. Iz zakonskog određenja obaveze korisnika kredita plaćanje kamate je predviđeno kao radnja u trajanju. On se obavezuje da banci "plaća" a ne da plati kamatu. Plaćanje kamate kroz određeno vrijeme, na ugovoreni način, podrazumijeva trajanje koje se manifestuje kroz postupak sukcesivnog vraćanja primljenog novca uz isplatu ugovorene kamate. Ovaj vid izvršenja obaveze je u skladu sa ciljem i svrhom kreditiranja. Sto-

⁸ Vid. R. Bijorac, *et al*, 717-718.

⁹ S. Carić, *et al*, *Privredno pravo sa osnovama prava za ekonomiste*, 2002, 326

ga su uzastopne prestacije kao način ispunjenja obaveze korisnika kredita pravilo a jednorochni kredit izuzetak.¹⁰ Kod jednorochnih kredita obaveza vraćanja cjelokupnog iznosa primljenog novca i ugovorene kamate se izvršava trenutno u ugovoreno vrijeme.¹¹ Obaveza korisnika kredita kod obročnih i, najčešće, anuitetskih kredita je trajna prestacija koja podrazumijeva vraćanje novčanih sredstava i ugovorenih kamata u određenom broju obroka odnosno anuiteta u predviđenim rokovima.

Zbog okolnosti da se korisnik kredita obavezuje da banci plati ugovorenu kamatu i dobijeni iznos novca vrati u vrijeme i na način kako je utvrđeno ugovorom, te da obaveza korisnika u praksi, u pravilu, predstavlja pojedinačno plaćanje anuiteta u precizno određenim rokovima koji najčešće dopijevaju mjesečno, rokovi se vezuju za način i dinamiku izvršenja obaveze, određujući njenu dospelost, te nemaju karakter fiksnog roka. Propuštanje plaćanja pojedinog anuiteta do ugovorenog roka dovodi do kašnjenja u isplati i prava banke na zakonske zatezne kamate, dakle do posljedica docnje u ispunjenju uzastopne obaveze, a ne do prestanka ugovora po zakonu.

Primjena pravila o raskidu ugovora sa uzastopnim obavezama

Kod ugovora o kreditu vraćanje primljenog novčanog iznosa i ugovorenih kamata se ostvaruje, u pravilu, kroz isplatu jednakih mjesečnih anuiteta u određenim jednakim vremenskim periodima. Na taj način se korisnik kredita obavezuje na ispunjenje sa uzastopnim obavezama. Zakon o obligacionim odnosima predviđa da, kada u ugovoru sa uzastopnim obavezama jedna strana ne ispuni jednu obavezu, druga strana može, u razumnom roku, raskinuti ugovor u pogledu svih budućih obaveza, ako je iz datih okolnosti očigledno da ni one neće biti ispunjene. Za raskid ovih ugovora ZOO, na strani dužnika predviđa kumulativno ispunjenje dva uslova i to neispunjenje jedne sukcesivne obaveze kao i da iz datih okolnosti očigledno proizilazi da ni buduće obaveze neće biti ispunjene, a na strani povjerioca da po ispunjenju navedenih uslova u razumnom roku izjavi da raskida ugovor i u pogledu budućih obaveza.¹²

Ugovor sa sukcesivnim obavezama podrazumijeva trajanje ugovornog odnosa u dužem vremenskom periodu u kome dužnik ima obavezu postepenog ispunjenja ukupne obaveze i to izvršenjem pojedinačnih obaveza u određenim vre-

¹⁰ Vid. B. Pavićević, "Jemstvo", *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, (ur. B. Blagojević, V. Krulj), II knjiga, Savremena administracija, 1983, 2161; V. Stanković, "Jemstvo", *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Sl. List SFRJ, 1978, 668.

¹¹ B. Pavićević, 2161.

¹² Čl. 129. st. 1. ZOO

menskim razmacima. Ispunjenje obaveze kroz njeno sukcesivno izvršenje ugovor čini trajnim, jer ispunjenje nije trenutno, a svaku posebnu obavezu ili dijelove obaveze uzastopnim. Da bi banka kao povjerilac stekla pravo na raskid ovog ugovora potrebno je da dužnik nije ispunio jednu uzastopnu obavezu i da konkretne činjenice sa sigurnošću ukazuju da ni buduće obaveze neće biti izvršene.¹³ To može biti neposredno izjašnjenje dužnika, kada izričito izjavi da obaveze iz ugovora neće ispunjavati, tako i okolnosti koje jasno i nedvosmisleno upućuju na zaključak o neizvršenju budućih obaveza. Da bi banka, po ispunjenju ovih uslova mogla raskinuti ugovor, potrebno je da dužniku ostavi naknadni razuman rok za ispunjenje dospelje obaveze. Ako ona ne bude ispunjena ni u ovom roku banka kao povjerilac može izjaviti da raskida ugovor u odnosu na buduće obaveze. Raskid ugovora ima dejstvo *ex nunc*. S obzirom na prirodu obaveze korisnika kredita koja je sadržana u vraćanju primljenog novčanog iznosa i plaćanje ugovorenih kamata u odnosu na obaveze koje su izvršene isplatom određenih anuiteta, raskid ne bi mogao imati dejstvo unazad, *ex tunc*. Ovo iz razloga što vraćeni iznos sa iznosom u odnosu na koji se raskida ugovor ne čine jednu cjelinu i što je svrha ugovaranja u odnosu isplaćeni dio kredita već ispunjena.

Međutim, dužnik može održati ugovor ako davaocu kredita da odgovarajuće obezbjeđenje.¹⁴ Do raskidanja ugovora sa uzastopnim obavezama ne mora doći ukoliko dužnik povjeriocu pruži odgovarajuće obezbjeđenje. Dužnik koji ponudi povjeriocu davanje kapare, kaucije ili zaloge, isplatu ugovorene kazne ili zalogu za neko treće lice, ili treće lice stupi u obligacioni odnos kao solidarni dužnik ili jemac, ugovor u tom slučaju ostaje na snazi i proizvodi dejstvo.¹⁵ Stoga, primjena navedenih pravila o raskidu ugovora sa uzastopnim obavezama postoji samo u uslovima zaključenja ugovora o kreditu sa ugovorenim sukcesivnim izvršenjem obaveze korisnika kredita, anuitetnom otplatom, bez ugovaranja odgovarajućih sredstava obezbjeđenja ugovora.

Jemstvo kao sredstvo održanja ugovora o kreditu

Prema članu 129. stav 3. ZOO dužnik može održati ugovor ako da odgovarajuće obezbjeđenje. Ova odredba odražava suštinsku ulogu svakog sredstva obezbjeđenja a to je da održi ugovor na snazi, dovede do namirenja povjerioca odnosno prestanka obligacije ispunjenjem. Mogućnost da se u toku trajanja ugovora daje odgovarajuće obezbjeđenje da bi se ugovor održao na snazi ukazuje da je po-

¹³ Vid. O. Antić, (2009a), 437-441.

¹⁴ Vid. čl. 129. ZOO.

¹⁵ Vid. Vid. Lj. Milošević, "Dvostrani ugovori", *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, (ur. B. Blagojević, V. Krulj), I knjiga, Savremena administracija, 1980, 343.

vjerilac dužan da se datim obezbjeđenjem koristi i na taj način namiri uzastopne dospjele obaveze i da se, u tom slučaju, ne koristi institutom raskida ugovora. Pravo održavanja ugovora o kreditu na snazi je u navedenom slučaju dato dužniku. Stoga, ukoliko se korisnik kredita kao dužnik opredijelio za održanje ugovora davanjem odgovarajućeg obezbjeđenja banka je kao povjerilac dužna da isto prihvati i koristiti radi namirenja. Analogno tome, ako je odgovarajuće obezbjeđenje dato u vrijeme zaključenja ugovora, kada korisnik kredita ne ispuni svoju obavezu a iz datih okolnosti je očigledno da ni buduće obaveze neće biti ispunjene, banka je dužna da dospjelu tražbinu naplati iz datog obezbjeđenja.

Kod ugovora o kreditu sa ugovorenom sukcesivnom otplatom neispunjenje obaveze, u slučaju kada nisu data odgovarajuća sredstva obezbjeđenja što je najčešće slučaj sa kreditima sa niskim kreditnim zaduženjem, vodi ka raskidu ugovora. Međutim, kada je ugovorna tražbina povjerioca obezbjeđena jemstvom koje mu daje mogućnost namirenja za slučaj neplaćanja dospjelih obaveza, odnosno dospjelih anuiteta, banka se može koristiti ovim obezbjeđenjem radi namirenja i tako održati ugovor na snazi. Stoga član 129. koji je u Zakonu naslovljen kao "raskidanje ugovora sa uzastopnim obavezama" u stavu 3. odgovarajuće obezbjeđenje, dakle i jemstvo, predviđa kao pravno sredstvo održanja ugovora na snazi. Zakonska odredba dato obezbjeđenje ugovora vidi kao sredstvo koje otklanja raskid ugovora kao posljedicu neispunjenja. Time se jasno i nedvosmisleno ukazuje da je cilj svakog sredstva obezbjeđenja ugovora, dakle i jemstva, njegovo održanje na snazi a ne njegov raskid. Sredstva obezbjeđenja postoje da bi ugovor ostvario svrhu svog zaključenja a to je ispunjenje ugovorom preuzetih obaveza, te se na taj način ugasio ispunjenjem. Dakle, cilj jemstva je održanje ugovora o kreditu, odnosno glavnog ugovora upravo da bi se isti "spasio" od raskida i da bi kauza njegovog zaključenja bila ostvarena. Pravo na raskid kreditnog odnosa sa njegovim korisnikom banka bi imala tek ukoliko njeno potraživanje iz ugovora o kreditu ne moglo biti namireno ni putem datih obezbjeđenja ugovora.

Koristiti se jemstvom, kao i drugim instrumentima obezbjeđenja ugovora, znači opredijeliti se za održanje ugovora i njegovo prirodno, i u vrijeme zaključenja ugovora očekivano, gašenje ispunjenjem. Opredjeljenje za raskid ugovora znači pristanak na nastupanje dejstva raskida, da se ugovorne strane oslobađaju svojih ugovornih prestacija. Raskid ugovora djeluje na oslobađanje ugovornih strana od svojih ugovornih obaveza i nastanak obaveze na restituciju datog koja nema osnov u ugovoru već u zakonu, a to je vraćanje datog i naknada eventualne štete.¹⁶

¹⁶ Čl. 132. ZOO.

Pravilo da dužnik može održati ugovor sa uzastopnim obavezama ako da odgovarajuće obezbjeđenje odražava princip akcesornosti i to kao međuzavisnost ugovora i sredstva njegovog obezbjeđenja. Ono ukazuje ne samo na zavisnost opstanka datog obezbjeđenja od postojanja navedenog ugovora već i na zavisnost ugovora od postojanja obezbjeđenja i to u trenutku kada su stečeni uslovi za njegov raskid. Prema zakonskoj definiciji ugovora o jemstvu jemac se obavezuje ispuniti punovažnu i dospelu obavezu dužnika ako to ovaj ne učini.¹⁷ Svrha ovog ispunjenja je upravo održanje ugovora u uslovima kada ga dužnik ne može ispuniti sa konačnim ciljem namirenja povjerioca a koju ima u vidu i odredba člana 129. stav 3. ZOO. Primjenjujući ovo pravilo na ugovor o kreditu, kao ugovor sa sukcesivnim obavezama, ugovor o jemstvu je u funkciji održanja ugovora o kreditu koji njegov korisnik ne ispunjava kroz ispunjenje pojedinačnih dospjelih ugovornih obaveza od strane jemca do konačnog namirenja povjerioca. Banka se koristi obezbjeđenjem tako što namirenje dosjelih a neisplaćenih uzastopnih obaveza – anuiteta zahtijeva od jemca onako kako se korisnik kredita obavezao ugovorom. Stoga, kod ugovora o kreditu sa ugovorenom sukcesivnom otplatom, postojanje jemstva kao i drugih sredstava obezbjeđenja banci ne daje pravo na raskid ugovora već na njegovo ispunjenje putem datih sredstava obezbjeđenja te njena izjava volje o raskidu ugovora u ovim okolnostima ne proizvodi pravno dejstvo.

O dejstvu raskida ugovora o kreditu

I na dejstvo raskida ugovora o kreditu zbog neispunjenja primjenjuju se opšta pravila Zakona o obligacionim odnosima koja regulišu posljedice ovog načina prestanka ugovora. Tada nastupaju i posljedice raskida ugovora koje za ugovorne strane, s obzirom da su se odlučile za prestanak ugovora, stvara prava i obaveze na osnovu zakona.¹⁸ Dejstvo raskida je regulisano članom 132. ZOO prema kome su raskidom ugovora obe strane oslobođene svojih obaveza, izuzev obaveze na naknadu eventualne štete. (stav 1.) Stoga ni jedna strana više ne može tražiti ispunjenje bilo koje ugovorne obaveze jer su one istih oslobođene.¹⁹ Za davoca kredita nastupa neposredna posljedica da od korisnika kredita više ne može tražiti ispunjenje obaveze iz ugovora o kreditu u skladu sa članom 1065. ZOO - da banci plaća ugovorenu kamatu i dobijeni iznos novca vrati u vrijeme i na način kako je utvrđeno ugovorom.

¹⁷ Čl. 997. ZOO

¹⁸ J. Salma, *Obligaciono pravo*, 2005, 416-419; B. Loza: *Obligaciono pravo*, 2000: 154-158.

¹⁹ Vid. Lj. Milošević, 345.

Za ugovor o kreditu je od posebnog značaja da strana koja je izvršila ugovor potpuno ili djelimično, ima pravo da joj se vrati ono što je dala.²⁰ Kako je novac predmet ispunjenja svake od ugovornih strana, pri čemu se jedna obavezuje na isplatu cjelokupnog iznosa a druga na vraćanje tog iznosa uz kamatu pod posebnim ugovorenim uslovima, u kreditnom odnosu kod ovog ugovora nema primjenive pravila o uzajamnom vraćanju koje reguliše stav 3. Primljeni kreditni iznos, u cjelini ili u dijelu ukoliko je dio sukcesivnih obaveza u toku trajanja ugovora ispunjen, korisnik kredita je dužan vratiti davaocu prema pravilima jednostrane restitucije prema kojoj obavezu vraćanja ima samo jedna ugovorna strana.

U skladu sa tim samo korisnik kredita kao obveznik restitucije davaocu kredita duuguje i naknadu za koristi koje je u međuvremenu imao od iznosa koji je dužan vratiti a ona se, s obzirom da se radi o novčanoj obavezi, svodi na obavezu plaćanja zakonske zatezne kamate od dana prijema kreditnog iznosa.²¹ Korisnik kredita, kao ugovorna strana koja je skrivila neispunjenje ugovora a time i njegov raskid, dužan je da banci pored zakonskih zateznih kamata naknadi i eventualnu štetu koju je ova pretrpila usljed raskida ugovora (nemogućnost ponovnog plasmana sredstava ili plasman pod nepovoljnijim uslovima i sl.). Dejstvo raskida ugovora, zbog nemogućnosti njegovog dejstva unazad usljed prirode obaveze korisnika kredita sadržane u vraćanju istog na ugovoreni način nema dejstvo unazad i djeluje samo ubuduće.

Dejstvo raskida kreditnog odnosa na prestanak jemstva

Akcesorna veza jemstva sa glavnom obavezom sadržana je u samom pojmu jemstva koji definiše član 997. ZOO: "Ugovorom o jemstvu se jemac obavezuje prema povjeriocu da će ispuniti punovažnu i dospjelu obavezu dužniku ako to ovaj ne učini".²² Time je jemstvo trajno vezano za stanje glavnog duga.²³

²⁰ Vid. čl. 132. st. 2. ZOO.

²¹ Vid. čl. 132. st. 4. i 5. ZOO.

²² Akcesornost jemstva proizilazi iz člana 1363. *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, (ABGB) - Opšti građanski zakonik Austrije: "Obaveza jemca prestaje srazmjerno obavezi dužnika. Obaveže li se jemac samo za određeno vrijeme, onda odgovara samo za taj period vremena."; U njemačkom Građanskom zakoniku - *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) akcesornost jemstva je sadržana u članu 767. a. "Za obavezu jemca je mjerodavno svagdašnje stanje glavne obaveze. Ovo važi naročito kada glavna obaveza krivicom ili docnjom glavnog dužnika bude izmijenjena. Pravnim poslom koji preduzima glavni dužnik nakon preuzimanja jemstva obaveza jemca se ne može proširiti."

²³ H. Koziol, R. Welsler, *Grundriß des bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeiner Teil und Schuldrecht*, 1976, 245; J. Staudinger, *Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch*, (Hrsg. N. Horn), Zweites Buch, 1997, 244.

Prema članu 295. stav 1. ZOO “obaveza prestaje kada se ispuni, kao i dugim zakonom predviđenim slučajevima”. Dakle, obaveza prestaje i na osnovu raskida ugovora, pod uslovima koje isti zakon predviđa, jer se svaka od ugovornih strana oslobađa od ispunjenja. Akcesornost, kao egzistencijalna veza jemstva od postojanja glavne ugovorne obaveze je sadržana u stavu 2. istog člana “prestankom glavne obaveze gase se jemstvo, zaloga i druga sredstva obezbjeđenja”. Prema ovoj odredbi svaki prestanak glavne obaveze, dakle i prestanak obaveze po osnovu raskida ugovora, dovodi i do gašenja jemstva, kao i zaloge i drugih sredstva obezbjeđenja. Sporedna prava više nemaju svrhu jer nema glavne obaveze čije su ispunjenje garantovala.²⁴

Ako davalac kredita sa njegovim korisnikom postigne sporazum u pogledu raskida ugovora onda neminovno trpi posljedicu da se, zbog gubitka ugovora, ne može koristiti i sredstvima koja su obezbjeđivala njegovo ispunjenje. Raskid ugovora i pravo na korištenje sredstava koja su ga obezbjeđivala su u međusobnoj kontradkciji. Restitucija datog povodom prestanka ugovora je antiteza njegovom ispunjenju. Stoga, ukoliko želi da se koristi sredstvima obezbjeđenja davalac kredita mora imati u vidu da je za namirenje tražbine primarno da ugovor o kreditu održi na snazi. Shvatanjem bankarske i sudske prakse²⁵, da akcesorna sred-

²⁴ Vid. H. Koziol, R. Welser, 245; J. Staudinger, *Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch*, (Hrsg. N. Horn), Zweites Buch, 1997, 310-311; P. Mader, W. Faber, *ABGB Praxiskommentar*, 3. Auflage, Band 6, LexisNexis ARD ORAC, (Hrsg. M. Schwimman), Wien, 2006: “Iz člana 1363. proizilazi da se princip akcesornosti odnosi i na opstanak jemstva; jemstvo prestaje sa prestankom glavnog duga.” 671. H. Gamerith, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, (Hrsg. P. Rummel), 3. Auflage, 2. Band/3. Teil, Manzsche Verlag, Wien 2002, 113.

²⁵ Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine u presudi broj: 63 0 P 002544 10 Rev od 14.09.2010. godine izražava pravni stav, objavljen u Biltenu sudske prakse Federacije BiH, br. 2, Sarajevo, juli-decembar 2010. godine: “Otkazom kredita od strane banke (zbog kašnjenja korisnika kredita u plaćanju dvije uzastopne rate) dospijevaju na naplatu ne samo dospjele rate kredita već i preostali dio kredita, zajedno sa ugovorenom i zateznom kamatom, a ispunjenje navedenog potraživanja banka je ovlaštena zahtijevati u punom iznosu i od supsidijarnih jemaca.” Jednak pravni stav proizilazi i iz argumentacije Vrhovnog suda Republike Srpske izražene u presudi broj: 83 0 P 002573 12 Rev od 6.06.2013. godine “... Kako je nevraćanjem kredita u dužem vremenskom periodu postalo očigledno da jedna strana ne namjerava ispuniti svoju obavezu iz ugovora, saglasno odredbi člana 128. ZOO, tužiocu pripada pravo da zahtijeva raskid ugovora o kreditu. Pri tome, tužiocu, saglasno odredbi člana 132. stav 2. istog zakona, pripada pravo da od prvotuženog zahtijeva povrat ukupnog iznosa duga po predmetnom ugovoru o kreditu. (koji prema odredbi 1 ugovora čini ne samo glavni dug već i ugovorena kamata). Kako, dakle, preostali iznos kredita prvotuženi nije izmirio ni u roku koji mu je ostavljen u pismenoj opomeni tužioca, to je drugostepeni sud pravilno zaključio da su, saglasno odredbi člana 1004. stav 1. ZOO, ostvareni uslovi da tužilac ispunjenje te obaveze zahtijeva i od drugo i treće tuženih, kao supsidijarnih jemaca.” Problem shvatanja održivosti jemstva i kod prestanka glavnog ugovora, u odsustvu akcesorne veze sa njim, problematizuje i pitanje njegove odgovornosti za restituciju. Kako banka može imati pravo i na povrat ugovorenih kamata, za anuite-

stva obezbjeđenja postoje i djeluju i nakon prestanka postojanja ugovora i da obezbjeđuju i obavezu po osnovu restitucije se produžava "život" akcesornog jemstva i nakon "smrti" glavnog duga čije je ispunjenje njime bilo obezbjeđeno. Jemstvo, na taj način, više nije sredstvo njegovog jačanja i garancija ispunjenja ako to ne mogne učiniti dužnik, dakle sredstvo koje obezbjeđuje ostvarenje ispunjenja kao svrhe ugovora, već postaje podrška raskida ugovora, njegove slabosti i neprirrodnog kraja.²⁶

Shvatanje da jemac garantuje i za dužnikovu obavezu restucije ne daje argumentovan odgovor na pitanje - kako ugovor o jemstvu, akcesorno vezan za postojanje glavnog ugovora, može postojati i nakon njegovog prestanka? Problem je sadržan, prvo, u razlikovanju obaveza dužnika iz različitih pravnih odnosa – obaveze ispunjenja koja ima osnov u ugovoru i obaveze restitucije nastale prestankom ugovora a koja ima osnov u zakonu i, drugo, u razumijevanju principa akcesornosti.

Pravno dejstvo raskida glavnog ugovora i svrha obezbjeđenja tog ugovora ukazuju da se raskid ugovora i korištenje odgovarajućeg obezbjeđenja međusobno isključuju. Tamo gdje nastupaju posljedice raskida ugovora nema mjesta njegovom obezbjeđenju jer ugovora više nema. Obaveza na restituciju datog, kao zakonska obaveza vraćanja onog što je po osnovu ugovora primljeno, je vraćanje prestacije druge ugovorne strane u dijelu u kome je ispunjena i ukoliko je vraćanje moguće. Sredstva obezbjeđenja ugovora su služila kao garancija ispunjenja ugovorne obaveze dužnika a ne i vraćanja primljenog – onog što je predstavljalo obavezu druge ugovorne strane.

te koji nisu dospjeli do dana raskida ugovora, koje nije dala korisniku kredita već ih mogla očekivati, kao svoj interes, kroz sukcesivne anuitete da je ostala kod ugovora? U navedenim okolnostima, banka ima interes da nakon neplaćanja određenog broja dospjelih anuiteta raskine ugovor i, uz zahtjev za povrat novčanih sredstava koje je korisniku isplatila, zahtijeva i cjelokupan iznos ugovorenih kamata, dakle interes koji bi, da je ostala kod ugovora, mogla ostvarivati po dospijeću budućih anuiteta sve do isteka perioda na koji je kredit odobren. Ovakvo shvatanje sudova stvara pravnu nesigurnost i ugrožava položaj ne samo jemca već i korisnika kredita. Ako se uzme u obzir da sudovi cijene da po raskidu ugovora takav zahtjev za resituciju banka može isticati ne samo prema dužniku već i prema bivšem jemcu (koga uprkos gašenju ugovora o jemstvu i dalje smatra jemcem) bankama, zaštićenim "zakonitošću", se stvara prostor za nesagledive zloupotrebe na štetu korisnika kredita a posebno lica koja su jemčila za ispunjenje ugovora o kreditu. Umjesto dužnika koji ima *credo* u interesu banke bi bio nesolventan dužnik i platežno sposoban jemac. Brzim raskidom ugovora bi izdejstvovala da cjekupan kreditni iznos i ugovorene kamate do isteka trajanja kredita naplati odmah. Ako korisnik kredita kasni sa ispunjenjem obaveze ili ne ispunjava svoje ugovorne obaveze banka može pozvati jemca na ispunjenje dospjelih anuiteta a budućih, poštujući pravila pozivanja u zavisnosti od ugovorenog oblika jemstva, na način i u vrijeme kako se na otplatu kredita obavezao njegov korisnik ugovorom o kreditu na što je obavezuje načelo akcesornosti jemčeve obaveze.

²⁶ B. Loza: "Jemstvo je lično sredstvo pojačanja ugovora." 162.

Ispunjenje duga po osnovu zaključenog ugovora i vraćanje primljenog po osnovu raskinutog ugovora predstavljaju različita davanja iz različitih pravnih odnosa. U prvom slučaju se radi o izvršenju obaveze iz ugovora, dakle iz ugovorne obligacije, a u drugom o izvršenju obaveze iz zakonske obligacije koja nastaje, *ex lege*, raskidom ugovora na osnovu člana 132. ZOO. Prvo je obaveza iz ugovora a drugo obaveza koja nastaje povodom ugovora, kao posljedica ugovora koga više nema. Razlikovanje ovih pravnih odnosa je nužno radi razumijevanja o kojoj obavezi se radi, iz kog izvora obligacije ona potiče, da li se radi o ispunjenju ugovorne obaveze ili zakonskoj obavezi restitucije kao vraćanju datog.

Jedan od uzroka neprepoznavanja pravne prirode obaveze je u činjenici da je predmet obaveze i banke i korisnika kredita novac. Usljed toga je novac i predmet ispunjenja ugovora od strane korisnika kredita i predmet restitucije, vraćanja onog što je bila obaveza banke, u slučaju raskida kredita. Pored toga, riječ "vraćanje" je prema naprijed navedenoj odredbi ZOO svojstvena za obaveze ugovornih strana koje nastaju kao posljedica raskida ugovora, kao i ništavosti i poništenja ugovora, dok je izraz "ispunjenje" svojstven za izvršenje ugovorne obaveze. Međutim, član 1065. ZOO definišući pojam ugovora o kreditu, za ugovornu obavezu korisnika upotrebljava riječ "vrati", svojstvenu restituciji: "... a korisnik se obavezuje da banci plaća ugovorenu kamatu i dobijeni iznos novca vrati u vrijeme i na način kako je utvrđeno ugovorom." Ne samo u zakonu, već i u svakodnevnom govoru je za ispunjenje obaveze korisnika kredita prema banci usvojena sintagma "vraćanje kredita". Time se ona koristi i u slučaju ispunjenja ugovorne obaveze korisnika kredita i u slučaju vraćanja primljenog po raskidu ovog ugovora, dakle za različite obaveze iz različitih pravnih odnosa. Isti predmet davanja i kod ispunjenja ugovorne prestacije i kod vraćanja primljenog kod raskida ugovora te korištenje sintagme – vraćanje kredita za oba slučaja dovodi do pojmovnog izjednačavanja istih i time izaziva posljedicu da se u slučaju "vraćanja kredita" u obe pravne situacije primjenjuju ista pravila, ona koja važe samo kada ugovor o kreditu postoji. Stoga bi ispunjenju obaveze korisnika kredita po ugovoru bilo prikladnije zakonsko određenje "otplata kredita" čime bi se pravila i zakonska terminološka distinkcija između obaveze ispunjenja ugovora i obaveze restitucije. Međutim, pravna priroda obligacije pa time i obaveze korisnika kredita se može pravilno prepoznati samo razumijevanjem pravnog odnosa na kome se ta obaveza temelji. Ni predmet obaveze ni terminološke odrednice, bez pravnog značaja za shvaćanje pravnog odnosa i različitosti pravnih izvora obligacije, ne smiju biti prepreka na tom putu.

Jemac ne može da garantuje ispunjenje obaveze glavnog dužnika kada su ugovorne strane od istog odustale. Stoga nesamostalnost ugovora o jemstvu upravo potiče iz njegove akcesorne prirode. Dejstvo raskida ugovora o kreditu, iz ovog

razloga, proizvodi istovremeni prestanak jemstva i drugih sredstava obezbjeđenja. Ugovor o jemstvu se gasi gašenjem osnovnog ugovora bez obzira na pravni osnov njegovog prestanka. U tom slučaju gašenje jemstva je nezavisno od volje ugovornih strana - povjerioca i jemca. Usljed toga, u slučaju raskida glavnog ugovora ugovor o jemstvo se smatra raskinutim, *ex lege*, i bez izjave ugovornih strana o raskidu.

Otkaz davaoca kredita i prestanak jemstva

Pored navedenih opštih uslova na osnovu kojih banka može raskinuti ugovor o kreditu kao ugovor sa uzastopnim obavezama,²⁷ ZOO u članu 1067. predviđa i posebne uslove po čijem ispunjenju banka kao davalac kredita isti može otkazati korisniku kredita prije isteka ugovorenog roka.

Otkaz ugovora o kreditu je vid jednostranog raskida ugovora ustanovljenog u korist davaoca kredita koji mu olakšava mogućnost odustanka od ugovora kada nastupe posebne okolnosti koje zakon vezuje za nepoštivanje ugovora u pogledu namjene kredita, stanja prezaduženosti korisnika kredita i posljedice vezane za promjenu njegovog statusa.

Po zaključenju ugovora o namjenskom kreditu banka kao davalac kredita ima pravo praćenja njegovog korištenja što uključuje ispitivanje da li se isti koristi u svrhe za koje je odobren. Određivanje namjene kod ove vrste kredita u ugovoru je rezultat predhodnog pregovaranja i ona bitno određuje kako interese obe ugovorne strane za nastanak ovog ugovora tako i uslove njegovog zaključenja. Nekorištenje kredita za ugovorenu namjenu nije redovan rizik. Značaj namjene zbog koje je kredit odobren i okolnost da ovaj kreditni uslov može ispuniti samo korisnik kredita nekorištenje kredita u skladu sa njegovom namjenom kreditni rizik čini posebnim. S obzirom na specifičnost i posebnost rizika njegovo nastupanje ne mogu otkloniti data sredstva obezbjeđenja a time ni jemstvo jer, po prirodi kreditnog uslova, ona i ne mogu obezbjeđiti kredit od ove vrste rizika. Stoga je okolnost nekorištenja kredita u ugovorene svrhe dovoljan uslov za otkaz odobrenog kredita od strane banke.

Insolventnost postoji u situaciji kada su dugovanja korisnika kredita veća od njegovih potraživanja, kada pasiva premašuje aktivu.²⁸ To je stanje koje uzrokuje trajnije neispunjenje dospjelih obaveza. Za otkaz davaoca kredita zbog insolventnosti korisnika relevantna je njegova insolventnost kao objektivna činjenica. Od nje treba razlikovati nelikvidnost koja postoji samo kao vremenska neusa-

²⁷ Čl. 129. ZOO

²⁸ Čl. 1067. st. 1. ZOO.

glašenost dospelosti potraživanja i dospjele obaveze korisnika kredita. Banka ne može otkazati ugovor o kreditu ako je korisnik kredita privremeno nelikvidan tj. platežno nesposoban.²⁹ Neplaćanje dospelih anuiteta od strane korisnika i njegovo neodazivanje po pozivu davaoca kredita na plaćanje nije i dokaz nemogućnosti namirenja iz njegove imovine. Da bi se koristio pravom otkaza davalac kredita se ne može pozivati samo na neispunjenje dospelih obaveza već da je uzrok neispunjenja u insolventnosti korisnika koja kao činjenica mora biti dokazana. S obzirom da insolventnost ne mora biti utvrđena sudskom odlukom relevantan je svaki vid saznanja banke koje nedvosmisleno upućuje na stanje insolventnosti kao što je predhodna nenaplativost tražbine od strane istog ili drugog povjerioca u postupku prinudnog izvršenja.

Međutim, za sticanje prava na otkaz ugovora o kreditu insolventnost korisnika je nedovoljna. Potrebno je da davalac kredita, pored insolventnosti, dokaže da je zbog toga došao u bitno nepovoljniji položaj. Insolventnost, sama po sebi, davaoca kredita dovodi u nepovoljniji položaj jer ga dovodi u stanje nenaplativosti tražbine od korisnika. Međutim, da li je nepovoljniji položaj i "bitno" nepovoljniji nužno je cijeniti u odnosu na sve okolnosti relevantne za mogućnost ispunjenja obaveza po kreditu. Insolventnost je, zbog prirode ovog rizika, redovan rizik kod koga naplativost tražbine ima alternativu i to u sredstvima obezbjeđenja kao garancijama njene nenaplativosti. U takvim okolnostima je nužno ispitati i mogućnost namirenja kredita iz datih garancija. Ukoliko bi davalac kredita dokazao da bi i sa datim obezbjeđenjima ugovora bio u poziciji bitno otežanog namirenja tražbine zbog insolventnosti korisnika odnosno da bi pravno dejstvo raskida ugovora, koje bi otkazom nastupilo, bilo za njega povoljnije od ostanka kod ugovora, stekao bi pravo na otkaz.

I kod prava banke da otkáže ugovor o kreditu prije isteka ugovora u slučaju prestanka pravnog lica i smrti korisnika, kao i u slučaju insolventnosti, ZOO kao poseban uslov predviđa dolazak davaoca kredita u bitno nepovoljniji položaj.³⁰ Prestanak postojanja pravnog lica može nastati usljed stečaja, likvidacije ili usljed statusne promjene nastale podjelom, spajanjem ili pripajanjem pravnih lica.³¹ U ovakvoj situaciji prestankom druge ugovorne strane iz zaključenog ugovora banka sama procjenjuje sopstveni položaj i posljedice univerzalnopravne sukcesije na namirenje njenog potraživanja iz ugovora o kreditu. Prestanak pravnog lica kao korisnika i smrt korisnika kredita dovode samo do promjene pravnog subjekta

²⁹ Vid. S. Carić, (1983), 2166.

³⁰ Čl. 1067. st. 2. ZOO.

³¹ Vid. čl. 485. Zakona o privrednim društvima Republike Srpske ("Sl. glasnik RS", br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 i 5/2015).

na strani dužnika ali ne i do promjene dužničko povjerilačkog odnosa i dužnikove imovine koja je postojala u trenutku sukcesije niti do promjene datih sredstava obezbjeđenja za namirenje povjerioca. Stoga se dolazak davaoca kredita u bitno nepovoljniji položaj mora cijeniti u svjetlu ovih okolnosti.

Da bi postojao bitno nepovoljniji položaj potrebno je da nastanu takve okolnosti koje su uzrokovane prestankom korisnika kredita kao pravnog subjekta i da znatno otežavaju ispunjenje duga i to u mjeri da namirenje tražbine davaoca kredita od univerzalno pravnog sukcesora predhodnog korisnika odnosno novog dužnika više nije izvjesno. U ovaj položaj, koji uvijek predstavlja faktičko pitanje čiji se nastanak dokazuje, banka može doći u slučaju nedovoljnog obezbjeđenja tražbine, prezaduženosti dužnikovih nasljednika, prekida ostavinskog postupka zbog spornih činjeničnih ili pravnih pitanja, kao i u drugim slučajevima. Banka je u obavezi da pravnom sukcesoru korisnika kredita predoči dokaze na okolnost ispunjenosti uslova zbog koga smatra da je stekla pravo na otkaz.³² Za dokazivanje ovog položaja, u odnosu na dato jemstvo, od značaja je obim preuzete odgovornosti jemca i položaj odnosno platežna sposobnost samog jemca.

S obzirom da za posljedice propuštanja korisnika kredita u pogledu ispunjenja obaveza po kreditu jednako odgovara i jemac i da bi on po otplati kredita, usljed subrogacije, stupio u prava i obaveze njegovog davaoca, to je za akcesorni položaj jemca od značaja savjestan odnos davaoca kredita prema mogućnosti i vremenu korištenju instituta otkaza, s obzirom da je otkaz kredita njegovo pravo a ne obaveza. Rok koji je propustio korisnik kredita, proteže se i na jemca. Zato, odugovlačenje sa otkazom ugovora koji bi inače banku doveo u povoljniji položaj, produžava period docnje korisnika kredita u pogledu plaćanja dospjelih obaveza a time i visinu zakonskih zatezних kamata za koje odgovara i jemac te odlaže i vrijeme ispunjenja od strane jemca a time i vrijeme nastanka subrogacije. Stoga, propuštanje otkaza od strane davaoca kredita samo na štetu jemca predstavlja povredu obaveze prema jemcu za koju jemac ne odgovara.³³

Jemstvo kao i druge garancije date u cilju ispunjenja obaveza po ugovora o kreditu imaju poseban uticaj na nastanak bitno nepovoljnijeg položaja davaoca kredita kao posebnog, kvalifikovanog, uslova za otkaz tog ugovora. Stoga se može reći da jemstvo i otkaz kredita, kao i njegov raskid, imaju neposredni uticaj i da proizvode međudejstvo.

³² Vid. S. Carić, (1983), 2166

³³ Vid. T. Rabl, *ABGB-ON, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, (Hrsg. A. Kletecka i M. Schauer) Manzsche Verlag, Wien, 2010, 3558.

DRAGANA SIMANIĆ, LL.M.,
Judge, Basic Court, Zvornik

WIRKUNG DER AUFLÖSUNG DES DARLEHENSVERTRAGES
AUF DAS ERLÖSCHEN DER BÜRGSCHAFT

Fazit

Durch das Erlöschen des Darlehensvertrages erlischt die gegenseitige Verbindlichkeit zwischen der Bank und dem Kreditnehmer und somit auch *ex lege* die Bürgschaft als Sicherung ihrer Erfüllung. Deswegen ist das Erlöschen der Bürgschaft aufgrund des Erlöschens der Hauptverbindlichkeit gemäß Art. 295. ZOO eine unmittelbare Folge des Grundsatzes der Akzessorietät. Um sich von der Bürgschaft als Sicherung der Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners gemäß Art. 129. Abs. 3. ZOO Gebrauch machen zu können, muss die Bank den Darlehensvertrag aufrecht erhalten. Die Kündigung des Hauptvertrages sowie eine andere Art seiner Auflösung hat deshalb die Beendigung der Akzesorietät zwischen diesem Vertrag und der Bürgschaft zur Folge, sodass die Bürgschaft als ein abhängiger und unselbstständiger Vertrag im Zeitpunkt der Auflösung des Hauptvertrages erlischt. Der Bürge haftet lediglich für die Erfüllung des Vertrages. Die Restitution als Folge der Vertragskündigung ist die Antithese der Erfüllung, denn der Bürge für die Restitution nicht haftet.

MARKO PEROVIĆ

POSLOVODSTVO BEZ NALOGA KAO IZVOR OBLIGACIJA

U V O D

Zakon o obligacionim odnosima predviđa i posebno reguliše posloводство bez naloga kao jedan od izvora obligacija. On to čini, najpre, u Uvodnom delu koji je posvećen osnovnim načelima¹, a zatim, posebnim odredbama kojima se detaljno reguliše ovaj izvor obligacija.² Prema Zakonu, posloводство bez naloga se definiše kao vršenje tuđih poslova, pravnih ili materijalnih, bez naloga ili ovlašćenja, ali za račun onoga čiji su poslovi, a radi zaštite njegovih interesa. Pri tome, vršenju tuđeg posla može se nezvano pristupiti samo ako posao ne trpi odlaganje, te predstoji šteta ili propuštanje očigledne koristi. Ova formulacija, sa nekim manjim izmenama, doslovno je preuzeta iz Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima³. U ovom izvornom tekstu, posloводство bez naloga stavljeno je u zagradi ispod glavnog naslova *Nezvano vršenje tuđih poslova*, a zatim je određen pojam

Marko Perović, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je napisan u okviru strateškog projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu "Identitetski preobražaj Srbije".

¹ Zakon o obligacionim odnosima (1978) predviđa da se ovim Zakonom uređuju obligacioni odnosi koji nastaju iz ugovora, prouzrokovanja štete, sticanja bez osnova, posloводства bez naloga, jednostrane izjave volje i drugih zakonom određenih činjenica (čl. 1).

² Zakon o obligacionim odnosima, čl. 220-228.

³ Mihailo Konstantinović, *Obligacije i ugovori*, Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima, izdanje Pravni fakultet u Beogradu, 1969, čl. 176-186, str. 63-66.

i opšte pravilo: Nezvano vršenje tuđih poslova, ili poslovodstvo bez naloga, je vršenje tuđih poslova, pravnih ili materijalnih, bez naloga ili ovlašćenja, ali za račun onoga čiji su poslovi, a u cilju zaštite njegovih interesa. Vršenju tuđeg posla može se nezvano pristupiti samo ako posao ne trpi odlaganje, te predstoji *neminovna šteta* ili *nesumnjivo* propuštanje znatne koristi. Upoređenjem ovog izvornog teksta sa citiranim tekstom postojećeg Zakona o obligacionim odnosima, može se konstatovati njihova suštinska podudarnost, s tim, što su u Zakonu, čini se, neopravdano izostavljene reči iz Skice: *neminovna šteta* ili *neusumnjivo* propuštanje znatne koristi. Pored toga izostavljen je i sam naslov koji se tradicionalno imenuje kao Nezvano vršenje tuđih poslova.

Ovaj izvor obligacija bio je poznat još u rimskom pravu pod imenom *negotiorum gestio*, da bi ga, kroz istorijski razvoj recepcije rimskog prava, sa izvesnim modifikacijama, preuzele i savremene kodifikacije građanskog prava. Prema tome, pored istorijskog razvoja, potrebno je posvetiti pažnju i komparativnim rešenjima savremenog prava. U tom smislu, potrebno je analizirati obuhvatnost ovog izvora obligacija, počev od njegovog pojma, pa preko potrebnih uslova za nastanak, sve do njegovog pravnog dejstva u smislu određenih prava i obaveza stranaka u ovom obligacionom odnosu. S obzirom da poslovodstvo bez naloga u izvesnoj meri sadrži i elemente drugih izvora obligacija, u literaturi je uobičajeno da se vrše razgraničenja u odnosu na druge izvore obligacija, čime se u suštini istražuje i određuje *pravna priroda* poslovodstva bez naloga ili nezvanog vršenja tuđih poslova. Sve to ukazuje na potrebu da se već u uvodnom delu ovoga rada ukaže na redosled izlaganja pomenutih pitanja.

ISTORIJSKI IZVORI I EVOLUCIJA

Poslovodstvo bez naloga (nezvano vršenje tuđih poslova) je stara ustanova koja se pod imenom *negotiorum gestio* javlja još u periodu klasičnog rimskog prava kao kvazi kontrakt koji je prvobitno bio zaštićen pretorskim tužbama (*actiones in factum*) a tokom evolucije u upotrebi su bile i *actiones in ius conceptae* koja se zadržala sve do postklasičnog Justinijanovog zakonodavstva, kada su pomenu-te tužbe bile zamenjene opštom civilnom tužbom *negotiorum gestorum*. U okviru ove tužbe postklasično Justinijanovo pravo razlikovalo je *actio negotiorum gestorum directa* i *actio negotiorum gestorum contraria*⁴.

⁴ O pojmu i evoluciji ove ustanove videti: D. Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, izd. Savremena administracija, Beograd 1977, str. 297 i sl.; O. Stanojević, *Rimsko pravo*, izd. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 1997, str. 311 i sl.; M. Milošević, *Rimsko pravo*, izd. Nomos, Beograd, 2005, str. 357 i sl.; Ž. Bujuklić, *Rimsko privatno pravo*, izd. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2013, str. 428 i sl.; M. Horvat, *Rimsko pravo*, izd. Školska knjiga, Zagreb 1977, str. 293 i sl.;

Negotiorum gestio rimskog prava, tokom različitih perioda razvoja ovog prava, stekao je izvesna obeležja, koja su se, bar u osnovi, održala sve do savremenog prava. Tako, prema rimskom pravu, negotiorum gestio je obligacioni odnos koji nastaje na osnovu činjenice što jedna strana (negotiorum gestor) obavlja po svojoj volji (sua sponte et nulla necessitate cogente) određene materijalne (faktičke radnje) ili pravne poslove za drugu stranu (dominus negotii), ali sve to bez prethodnog naloga odnosno ovlašćenja ili sporazuma sa drugom stranom (npr. popravka stvari ili zaključenje ugovora sa trećim u korist gospodara posla, bez njegovog ovlašćenja).

Kada je u pitanju preduzimanje pravnog posla, onda je ta situacija slična mandatu ali sa velikom razlikom, što ovde negotiorum gestor (vršilac posla, poslovoda), obavlja posao bez ovlašćenja, zbog čega je negotiorum gestio kvalifikovan kao kvazi kontrakt (obligationes quasi ex contractu), dakle, sličan je ugovoru, ali nije ugovor. Sličnost se ogleda u pravnim posledicama, a razlika se iskazuje u odsustvu saglasnosti volja, što je opšta karakteristika kontrakta.⁵

Iz ovako određenog pojma negotiorum gestio, rimsko pravo je postavilo određene uslove koji su se morali ispuniti da bi došlo do ovog izvora obligacija.

Tako, kao prvi uslov ogledao se u zahtevu da se obavlja *tuđi* posao (negotium alienum), što se utvrđivalo prema objektivnom kriterijumu. Međutim, u postklasičnom periodu tražilo se i ispunjenje subjektivnog momenta koji se ispoljavao u svesti negotiorum gestora da se radi o tuđem poslu i *nameri* da se on obavi (animus aliena negotia gerendi). To je podrazumevalo i fakat samostalne i slobodne volje negotiorum gestora, jer ako bi postojala obaveza da se posao obavi, onda bi to bio neki drugi odnos, a ne poslovodstvo bez naloga.

Sledeći uslov ogledao se u zahtevu da posao, za dominus negotii, mora biti koristan (utiliter), a to znači i objektivno odrediv. Ako je dominus negotii posle obavljenog posla isti odobrio, smatralo se da je tim aktom priznao i korisnost po-

A. Romac, Rimsko pravo, izd. Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2007, str. 386 i sl.; V. Korošec, Rimsko pravo, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2002, str. 308 i sl.; A. Malenica, Rimsko pravo, izd. Pravni fakultet u Novom Sadu, 1995, str. 333.; R. Popović, Isprava negotiorum gestio u rimskom i modernom pravu, časopis Branič, 1927, str. 81.; Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Juta Co, LTD, Cepetown Wetton Johannesburg, 1990, naročito str. 433–450.

⁵ Pored negotiorum gestio, u kvazi kontrakte po Justinijanovom pravu, dolazili su još i pravno neosnovano obogaćenje (condictiones sine causa), slučajna zajednica (communio incidens), obaveze iz tutorstva posle prestanka tutorstva (tutela), kao i obaveze naslednika prema legataru (legatum per damnationem, legatum sinendi modo). Ovoj kategorizaciji, dodati su i slučajevi kvazi delikata, što je sve činilo treći izvor obligacija (obligationes ex variis causarum figure), pored prva dva izvora ugovora i delikta. Opširnije videti navedenu literaturu.

sla. U stvari, naknadnim odobrenjem posla nastajalo je stanje slično ugovoru o mandatu (*ratihabitio mandato comparatur*).

Međutim, kada je *dominus negotii* izričito zabranio da se određeni posao obavi od strane nezvanog vršioca (*negotiorum gestio prohibente domino*), u postklasičnom pravu *negotiorum gestor* nije mogao tražiti od gospodara posla nikakvu naknadu, osim ako je izvršio neku javnu obavezu. Ali, u svakom slučaju, on je bio dužan da savesno obavi posao sa pažnjom kojom bi *bonus pater familias* preduzeo pri istim okolnostima. Odgovarao je po načelima *bonae fidei* (*dolus* i *culpa levis*), ali ako je svojim preduzimanjem sprečio nastupanje štete odgovarao je samo za *dolus*. Pri tome, *negotiorum gestor* bio je dužan da gospodaru posla položi račun i da mu preda sve što je postigao u vršenju tuđeg posla. S druge strane, *dominus negotii* bio je dužan da *negotiorum gestoru* naknadi sve eventualne troškove koje je imao oko preduzimanja posla. To pravo se ostvarivalo putem podizanja *actio negotiorum gestorum contraria*, što je bilo slično pravnom destvu mandata.

Ali, pored pomenutih troškova, *negotiorum gestor* nije imao pravo na nagradu za preduzete radnje, pošto je *negotiorum gestio* ubrajan u besplatne pravne poslove (*negotium lucrativum*), što će u savremenom pravu biti predmet različitih teorijskih pogleda i zakonskih rešenja.

EVROPSKE KODIFIKACIJE 19. i 20. VEKA

Kao što je poznato, recepcija rimskog prava, posebno preko škole glosatora (11–13. vek) i postglosatora (13–16. vek) obnovila je pravila rimskog prava i u velikoj meri “pripremila” izradu velikih evropskih kodifikacija građanskog prava koje su u najvećem delu zasnovane na građanskopravnim ustanovama rimskog prava, a to znači i na pravilima posloводства bez naloga (*negotiorum gestio*).

Po sebi se razume, da su ove kodifikacije, shodno odgovarajućem prostoru i vremenu, izvršile i značajne izmene i dopune u odnosu na rimsko pravo, ali je ono ipak ostalo kao osnova za formulisanje mnogih pravila obligacionog prava u okviru širokog polja građanskog prava.⁶

Ako sledimo hronološki red donošenja ovih kodifikacija, onda bi najpre pomenuli *Francuski građanski zakonik* (*Code Civil*) iz 1804. koji je istovremeno izgrađen na tradiciji rimskog prava, kao i na francuskom običajnom pravu (*droit coutumier*).

⁶ Opširnije, sa istorijske i naučne argumentacije recepcije rimskog prava i njegove uloge u procesu donošenja evropskih kodifikacija građanskog prava, videti: Nikola Mojsavić, knj. I, *Istorija rimskog prava*, Banja Luka, 2008, str. 430–527.

Što se tiče pravila o nezvanom vršenju tuđih poslova (poslovodstva bez naloga), pre svega, treba primetiti da je ovaj izvor obligacija smešten u kategoriju kvazi ugovora, kao što je to bilo učinjeno i u rimskom pravu. Već sama ta pozicija ovog izvora obligacija govori i o njegovoj pravnoj prirodi, kao i pravnom dejstvu u smislu predviđenih pravila za regulisanje odnosa između vršioca posla (negotiorum gestora) i gospodara posla (dominus negotii).

Zakonik reguliše ovaj izvor obligacija u odredbama koje su posvećene onim obavezama koje nastaju bez ugovora (čl. 1372–1375). Tako, prema Zakoniku, kada se voljno vrši posao za drugog, bilo da sopstvenik zna za vršenje, bilo da mu je ono nepoznato, onaj koji vrši posao uzima prećutno obavezu da produži otpočeto vršenje i da ga dovrši, sve dok sopstvenik ne bude u mogućnosti da se sam pobrine za posao; on treba da na sebe uzme i sve uzgrednosti posla. On se podvrgava svim obavezama koje bi proizilaze iz izričnog naloga, koji bi mu bio dao sopstvenik. Obavezan je da svoje vršenje produži i onda kad bi gospodar posla umro pre nego što je posao svršen, sve dok naslednik ne bude mogao primiti upravljanje nad poslom.

Što se tiče dužnosti vršioca posla, Zakonik predviđa da je on obavezan da poslu obrati svu pažnju dobrog domaćina. Ipak, okolnosti koje su ga inspirisale da se prihvati posla, mogu dati povoda sudiji, da umeri naknadu štete, koja bi proizašla iz pogrešaka ili nepažnje vršioca posla. Nadalje, prema Zakoniku, gospodar čijim je poslom dobro upravljano, treba da ispuni obaveze koje je vršilac ugovorio u njegovo ime, da ga obešteti za sve obaveze koje je preuzeo lično na sebe i da mu naknadi sve korisne ili nužne troškove koje je učinio.

Kao što se vidi, Zakonik je ovaj izvor obligacija regulisao na način da je prihvatio izvesna tradicionalna rešenja u ovoj materiji, kao i neka druga, što sve čini jednu celinu pravila o nezvanom vršenju tuđih poslova, koje je, u francuskoj naučnoj i stručnoj literaturi, bila i ostala predmet interpretacija i različitih pogleda na ovaj izvor obligacija.⁷

Austrijski opšti građanski zakonik (ABGB) iz 1811. godine, koji je, istorijski gledano, za nas značajan s obzirom da je on u mnogim odredbama bio izvornik

⁷ U tom smislu videti: F. Goré, *Le fondement de la gestion f'affaires source autonome d'obligations*, Dalloz, *Jurisprudens générale*, 1953, *Chronique*, VII, str. 39; M. Picard, *La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1921, str. 419 i sl.; G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil*, tome II, *Les obligations*, Sirey, Paris, 1962, str. 299–308; F. Terré, Ph. Simler, Yv. Lequette, *Droit civil*, *Les obligations*, Dalloz, Paris, 2002, str. 977–987; J. Carbonnier, *Droit civil*, *Les biens*, *Les obligations*, Presses Universitaires de France, Paris, 2004, str. 2420–2426; A. Weill, *Droit civil*, *Les obligations*, Dalloz, Paris, 1971, str. 776–784; Ph. Delebecque, Frédéric-Jérôme Pansier, *Droit des obligations*, *Contrat et quasi-contrat*, Litec, Paris, 2006, str. 273–284.

za Zakonik građanski za Knjaževstvo Srbsko (SGZ) iz 1844. godine, predviđao je poslovodstvo bez naloga u nekoliko svojih odredbi (§§ 1035–1043).

Ovaj Zakonik najpre predviđa načelnu zabranu mešanja u tuđe poslove, ali to ipak dopušta u zakonom određenim slučajevima.⁸ Tako, u slučaju nužde, ko se, iako nepozvan, tuđeg posla primi, da bi otklonio predstojeću štetu, onda mu je onaj, čiji je posao on izvršio, dužan naknaditi potrebne i celishodno učinjene troškove, iako je vršiočev trud bez njegove krivice ostao bez uspeha.

Zakonik nadalje reguliše situaciju kada je posao učinjen na korist drugoga. Prema Zakoniku, ko hoće tuđeg posla da se primi samo zbog toga, da potpomogne korist drugoga, treba od ovoga da traži dopuštenje. Ali, ako je poslovođa (negotiorum gestor) propustio ovo učiniti, a posao je o svom trošku i na jasnu pretežnu korist drugoga vršio, onda mu ovaj mora naknaditi troškove, učinjene zbog toga. Međutim, ako ova pretežna korist nije jasna, ili ako je poslovođa samovlasno tako važne promene na tuđoj stvari preduzeo, da je vlasnik ne može upotrebiti za onaj cilj, radi koga je tu stvar do tada upotrebljavao, onda ovaj nije dužan dati nikakvu naknadu: on može štaviše zahtevati, da mu poslovođa o svom trošku postavi stvar u pređašnje stanje, ili, ako ovo nije moguće, da mu pruži potpuno zadovoljenje.

Pri tome, ko se primio tuđeg posla bez naloga, mora isti dovršiti, i isto kao punomoćnik tačan račun o tome položiti.

Zakonik dalje predviđa slučaj kada je posao obavljen protiv volje drugog. Ako neko protiv punovažno izjavljene volje vlasnika tuđ posao sebi prisvaja, ili zakonitog punoćnika takvim mešanjem sprečava u svršavanju posla, onda on odgovara, ne samo za otuda proizašlu štetu i izubljenu dobit, već gubi i učinjeni izdatak, ukoliko se ovaj po svojoj prirodi ne može natrag uzeti. Međutim, ko za drugoga čini izdatak, koji bi ovaj po zakonu sam morao učiniti, ima pravo tražiti naknadu. Ako je ko u slučaju nužde, da bi veću štetu od sebe i drugih otklonio, svoju imovinu žrtvovao, onda mu moraju svi koji su otuda imali koristi, srazmerno dati naknadu.⁹

Zakonik građanski za Knjaževstvo Srbsko (SGZ) iz 1844. godine, posvetio je nezvanom vršenju tuđih poslova nekoliko odredbi (§§ 628–631) pod naslovom “O punomoćstvu i delovodstvu”. U stvari, ovaj Zakonik nezvano vršenje tu-

⁸ Tako, ovaj Zakonik predviđa, da ko nije ni izrečnim ni prećutnim ugovorom, ni sudom, niti pak zakonom ovlašćen, ne sme se po pravilu u posao drugoga mešati. Ako je to učinio, onda je za sve posledice odgovoran (§ 1035).

⁹ Videti, Rušnov, Posilović, Tumač općemu Austrijskomu Građanskomu zakoniku, knj. II, Zagreb 1893, komentar uz §§ 1035–1043.

đih poslova reguliše samo u hipotezi punomoćja, dakle, u odsustvu opštih pravila o ovom izvoru obligacionih odnosa.

Tako, prema ovom Zakoniku onaj koji bi se bez punomoćja tuđega posla primio u nuždi, tako, da bi onoga od štete oslobodio, smatra se kao i punomoćnik, i onaj, za koga je činio, dužan je njemu sav nužni na to učinjeni trošak nadoknaditi. I onome, koji bi bez punomoćja tuđega se posla primio na onoga korist, mora onaj troškove i štetu naknaditi, ako korist na svoju polzu obrati. Koji bi za drugoga trošak onakav učinio, koji bi ovaj po zakonu učiniti morao, ona ima ta-kođe prava naknadu iskati. Koji u slučaju nužde svoje dobro žrtvuje, da tuđe spa-se, ima pravo naknadu zahtevati od onih, čije je dobro spasao, po meri spasenih i sačuvanih dobara.

Kao što se vidi, ovaj Zakonik, kao i njegov izvornik, sadrži odredbe o nezva-nom vršnju tuđih poslova, ali u nešto skraćenom obimu, tako da su izvesna pita-nja iz ove materije ostala izvan zakonskog uređenja, koja se inače regulišu u tradi-cionalnim izvorima obligacionih odnosa.

Za razliku od ovog Zakonika, *Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru* (OIZ) iz 1888. godine, posebno poglavlje posvećuje nezvanom vršenju tu-đih poslova (čl. 587–594) čija definicija je formulisana u delu pod naslovom: O dugovima koji potječu od nedopuštenih djela i od različitih poslova i prilika.

Na tom mestu ovaj Zakonik, svojim izvornim jezikom predviđa: Nezvano vršenje tuđih poslova biva kad se ko umiješa u čiji posao, da ga izvrši umjesto i na račun onoga čiji je, a niti ga je ovaj za to molio, niti je onaj dužan bio da to učini. Ko se na taj način umiješa u tuđ posao, zove se vršilac tuđeg posla, a onaj čiji je posao, gospodar posla (čl. 947).

Zakonik kod ovog pitanja najpre formuliše opšte pravilo: nek se niko nepo-zvan u tuđe poslove ne miješa, ali ko to učini, treba da savjesno posao i svrši, i to od prilike onako kao što bi ga svršio sam gospodar; inače će odgovarati za štetu koja bi otuda potekla. I nadalje: kad se nezvan zauzme za tuđ posao da bi, u vri-jeme kakve pogibli, odvratio ili umanjio nesreću koja nečijoj stvari ili poslu prije-ti, on odgovara samo za štetu koju bi nepoštenjem ili krajnjim nemarom učinio. Kad pak, pogibli bilo nije, on odgovara i za posljedice omanjeg nemara. Za slučajnu štetu, nezvani vršilac odgovara samo onda kad se umešao u posao protiv vo-lje gospodara toga posla. On radi protiv te volje, ne samo kad je ona bila izrečno kazana, nego i kad bi je iz prilika mogao razabrati da tako kako radi ne može biti gospodareva volja. Ipak, kad taj vršilac dokaže da i inače posao ne bi bio prost od slučajne štete, slobodan je odgovora.

Kad bi se ko zauzeo za tuđi posao koji je u pogibli, ili je to inače učinio radi koristi gospodareve, tad mu je ovaj dužan namiriti sve potrebne i korisne troško-

ve, i osloboditi ga duga koji je radi toga posla na sebe uzeo, baš da mu, bez njegove krivice, i nije pošao za rukom onako kao što se mislilo.

Nadalje, prema ovom Zakoniku, ako su poslovi u koje se nezvani vršilac umješao, taki, da su lako mogli čekati dok gospodar sam o njima odluči, ili kad ih se zauzeo to nije bilo da time koristi gospodaru posla, ili je taj nezvani radio baš i protiv volje gospodareve, tada mu ovaj nije dužan naknaditi i troškove, ni osloboditi ga duga, nego samo ukoliko je, trudom i troškom njegovim, došao do kakve koristi, koje inače ne bi imao bio. Ipak, u slučaju kad bi nezvani vršilac radio protiv gospodareve volje, ovaj može iskati, ako voli, da na troškove takog nezvanika posao bude povraćen u pređašnje stanje, i da mu još namiri štetu koju je od toga imao.

Međutim, prema Zakoniku, kada nezvani vršilac nema pravo tražiti naknadu za troškove, on ipak može uzeti sebi natrag same stvari koje je uložio u posao, ukoliko tim ne biva kvara gospodaru. Ipak, gospodar posla može mu zabraniti i to uzimanje, ako mu po procjeni namiri vrijednost toga što bi mogao natrag uzeti. Ko učini kakav trošak za nešto što je neko drugi svakako po zakonu bio dužan učiniti, on može iskati da mu taj drugi sav trošak namiri.

Najzad, tu je i pravilo o ratifikaciji učinjenog posla. Prema Zakoniku, ako je gospodar, nakon svršenog posla, odobrio što je učinjeno, tad će biti kao da je on sam, još iz početka, o svemu tome naročiti nalog vršiocu dao.

Na kraju ovog prikaza zakonskih rešenja, treba istaći da su ona opšteg karaktera i da Zakonik u mnogim drugim konkretnim pravnim situacijama, vrši upućivanje na primenu upravo ovih opštih pravila o nezvanom vršenju tuđih poslova.¹⁰

Nemački građanski zakonik (BGB) iz 1896. godine (stupio na snagu 1900. godine) reguliše poslovodstvo bez naloga u smislu celine izvora obligacija kome posvećuje posebno poglavlje (§§ 677–687). To poglavlje sadrži brojna pitanja iz ove oblasti kao što su: obaveze poslovođe, poslovodstvo protiv volje gospodara posla, nevažnost suprotno volji gospodara posla, poslovodstvo zbog otklanjanja opasnosti, nedostatak poslovne sposobnosti poslovođe, naknada troškova, zablude o ličnosti gospodara posla, pretpostavljeno poslovodstvo, kao i druga relevantna pitanja iz ove oblasti.

U stvari, sva pomenuta pitanja proizilaze iz pojma poslovodstva bez naloga koji je u Zakoniku formulisan tradicionalnim rečima: ko za drugoga obavlja neki posao, a da nije za to dobio nalog niti je prema njemu drugačije ovlašćen, ima po-

¹⁰ Tako npr. to su odredbe Zakonika koje se odnose na pravo uživanja tuđe stvari (čl. 162), zalogu stvari (čl. 191), punomoćje (čl. 399), ortakluk (čl. 425).

sao obaviti tako, kako to iziskuju interesi gospodara posla prema njegovoj stvarnoj ili pretpostavljenoj volji.

Ako je preduzimanje posloводства u suprotnosti sa pravom ili pretpostavljenom voljom gospodara posla i ako je to poslovođa morao znati, on je obavezan gospodaru posla naknaditi štetu, nastalu iz posloводства, premda ga ne tereti druga krivica. Pri tome, ako posloводство ima za svrhu otklanjanje hitne opasnosti koja pretila gospodaru posla, poslovođa je odgovoran samo za namenu i grubu nepažnju (dolus, culpa lata).

Poslovođa mora, čim to bude moguće, obavestiti gospodara posla o preuzimanju posloводства, te ako odlaganje nije skopčano sa opasnošću, sačekati njegovu odluku. Suprotna volja gospodara posla protiv posloводства ne uzima se u obzir, ako se bez posloводства ne bi pravodobno ispunila obaveza gospodara posla, koja je u javnom interesu ili koja se odnosi na obavezu izdržavanja.

Švajcarski zakonik o obligacijama (ŠZO) iz 1911. godine, predviđa delovodstvo bez naloga kome posvećuje posebno poglavlje (čl. 419–424) u kome su regulisana tradicionalna pitanja u ovoj oblasti obligacionih odnosa. Tako, prema Zakoniku, lice koje, bez punomoćja, obavlja poslove drugoga dužno je da ih obavlja saglasno interesima njihovog gospodara i onako kako se može pretpostaviti da bi ih on sam obavio.

Delovođa odgovara za svaku nepažnju i nemarnost. Ipak, njegova odgovornost se blaže ceni kada je on obavljao posao gospodara posla u cilju sprečavanja štete koja je ovome ozbiljno pretela. Ako je on preduzeo delovodstvo protiv volje gospodara posla koju je on pokazao izričito ili na neki drugi vidljiv način, a ako ovo protivljenje nije suprotno ni zakonu ni moralu, delovođa odgovara i za slučaj, izuzev ako dokaže da bi slučaj nastupio i da njegovog mešanja nije bilo.

Ako je delovođa bio nesposoban da se obaveže ugovorom, on odgovara za delovodstvo samo do iznosa svog obogaćenja ili koristi kojih se zlonamerno odrekao. Ovim se ne dira u proširenu odgovornost koja proizilazi iz nedopuštenih radnji.

Kada je interes gospodara posla nalagao da se preduzme delovodstvo, gospodar posla je dužan da delovođi isplati, zajedno sa kamatama, sve nužne troškove, kao i korisno učinjene izdatke koje okolnosti opravdavaju, da ga u istoj meri oslobodi svih obaveza koje je on sam primio i da mu naknadi svaku drugu štetu koju sudija slobodno utvrdi. Na ovu odredbu može se pozivati ono lice koje je obavljalo delovodstvo sa potrebnom brižljivošću, čak i onda kad se nije postigao očekivatni rezultat.

U pogledu troškova čiju naknadu delovođa ne može zahtevati, on ima pravo da odnese ono zbog čega ih je učinio isto kao u slučaju obogaćenja bez osnova. Gospodar posla ima pravo da prisvoji koristi koje odatle proizidu i kada

delovostvo nije preduzeto u njegovom interesu. On je dužan da naknadi štetu delovodi ili da ga oslobodi obaveze samo do iznosa njegovog obogaćenja. Ako gospodar posla prizna radnju delovodi, primenjuju se pravila o punomoćstvu.

- - -

S obzirom na ograničenost prostora ovoga rada, nećemo dalje detaljno izlagati i rešenja drugih kodifikacija, već ćemo ovde samo ukazati na odgovarajuća mesta tih kodifikacija, koja se u suštini zasnivaju na istim ili sličnim, potpunim ili nepotpunim, tradicionalnim rešenjima. U tom smislu, evo još nekoliko kodifikacija koje obuhvataju posloводство bez naloga: Italijanski građanski zakonik iz 1942. godine (čl. 2028-2032); Portugalski građanski zakonik iz 1967. godine (čl. 464-472); Holandski građanski zakonik iz 1992. godine (knjiga 6, čl. 198-202); Rumunski građanski zakonik iz 2009. godine (čl. 1330-1340); Brazilski građanski zakonik iz 2002. godine (čl. 861-875); Obligacijski zakonik Slovenije iz 2001. godine (čl. 199-206); Zakonik o obveznim odnosima Hrvatske iz 2005. godine (čl. 1121-1129); Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore iz 2008. godine (čl. 227-235); Zakon za obligacionite odnosi Makedonije iz 2001. godine (čl. 209-217).

ZAKON O OBLIGACIONIM ODNOSIMA (1978)

I PREDNACRT GRAĐANSKOG ZAKONIKA REPUBLIKE SRBIJE (2015)¹¹

Definiciju posloводства bez naloga, onako kako je formuliše Zakon o obligacionim odnosima, istakli smo već na samom početku u Uvodu ovoga rada. Posle uvida u komparativna rešenja, čini se, da je Zakon o obligacionim odnosima formulisao pojam posloводства bez naloga na obuhvatan način ističući njegova bitna obeležja (čl. 220-228). Ta vrednosna ocena zasniva se na dvojstvu elemenata: tradicionalna obeležja i zahtevi savremenih potreba. U tom smislu, određivanje pojma posloводства bez naloga kao izvora obligacija, Zakon o obligacionim odnosima je u istoj ravni sa Švajcarskim zakonikom o obligacijama (čl. 419), kao i

¹¹ Zakon o obligacionim odnosima donela je 30. marta 1978. godine Skupština SFRJ ("Službeni list SFRJ", br. 28/78) s tim da je Zakon stupio na snagu 1. oktobra 1978. godine. Sa izvesnim izmenama i dopunama ("Službeni list SFRJ", br. 39/85, 45/89, 57/89 i 31/93) i posle ustavnih promena koje su u međuvremenu usledile – Ustavna povelja državne zajednice Srbija i Crna Gora ("Službeni list SCG" br. 1/03) i Ustava Republike Srbije iz 2006. godine i Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srbije ("Službeni glasnik Republike Srbije, br. 98/06), ovaj Zakon je na pravnoj snazi u Republici Srbiji. Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije donet je na osnovu Odluke Vlade Republike Srbije o obrazovanju Komisije za izradu Građanskog zakonika ("Službeni glasnik RS", br. 104/06). Prednacrt je predmet jednogodišnje javne rasprave počev od 1. jula 2015.

sa suštinskim rešenjima Bogišićevog Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru iz 1888. godinu (čl. 947).

Karakteristična obeležja opšteg pojma posloводства bez naloga, Zakon o obligacionim odnosima vidi u kumulaciji više relevantnih momenata: 1. posao mora biti tuđ; 2. posao može biti kako pravni, tako i materijalni odnosno faktički; 3. odsustvo naloga ili ovlašćenja; 4. poslovi se vrše za račun onoga čiji su poslovi radi zaštite njegovih interesa (gospodar posla); 5. potrebno je da posao ne trpi odlaganje; 6. da predstoji šteta ili propuštanje očigledne koristi.

Iz ovako određenog pojma posloводства bez naloga Zakon o obligacionim odnosima predviđa obaveze i prava poslovođe bez naloga. On je dužan da obavešti o svom postupku što je moguće pre onog čiji je posao i nastaviti započeti posao, ukoliko mu je to razumno moguće, dok ovaj ne bude mogao preuzeti brigu o njemu. Po svršenom poslu on je dužan položiti račun i ustupiti onome čiji je posao sve što je pribavio vršeći njegov posao. Ukoliko nije što drugo zakonom određeno, poslovođa bez naloga ima obaveze nalogoprimca.

Pri vršenju tuđeg posla poslovođa bez naloga dužan je rukovoditi se stvarnim ili verovatnim namerama i potrebama onoga čiji je posao. On je dužan postupati sa pažnjom dobrog privrednika, odnosno dobrog domaćina. Sud može, s obzirom na okolnosti u kojima se neko nezvano prihvatio tužeg posla, smanjiti njegovu odgovornost ili ga sasvim osloboditi odgovornosti za nepažnju. Za odgovornost poslovno nesposobnog poslovođe bez naloga važe pravila o njegovoj ugovornoj i vanugovornoj odgovornosti.

Što se tiče prava poslovođe bez naloga, Zakon o obligacionim odnosima predviđa da poslovođa bez naloga koji je postupio u svemu kako treba i radio ono što su okolnosti zahtevale, ima pravo zahtevati da ga onaj čiji je posao vršio oslobodi svih obaveza koje je zbog toga posla uzeo na sebe, da preuzme sve obaveze koje je zaključio u njegovo ime, da mu naknadi sve nužne i korisne izdatke, kao i da mu naknadi pretrpljenu štetu, čak i ako očekivani rezultat nije postignut.

Njemu pripada i primerena nagrada za trud, ako je otklonio štetu od lica čiji je posao ili ako mu je pribavio korist koja odgovara u svemu njegovim namerama i potrebama.

Zakon o obligacionim odnosima poznaje i slučaj kada se vrše tuđi poslovi u nameri da se drugome pomogne, a nisu ispunjeni uslovi za posloводство bez naloga. Onaj ko vrši tuđi posao ima pravo na naknadu učinjenih troškova, ali najviše do visine koristi koji je drugi postigao.

Nadalje, ovaj Zakon predviđa i slučaj kada se tuđi poslovi vrše protivno zabrani lica čiji je posao, tada poslovođa bez naloga nema prava koja mu inače pripadaju, ali samo ako je za zabranu znao ili morao znati. On tada odgovara za štetu koju je prouzrokovao mešanjem u tuđe poslove, čak i ako je do nje došlo bez nje-

gove krivice. Međutim, ova pravila ne važe kada je zabrana vršenja posla protivna zakonu ili moralu.

Najzad, Zakon o obligacionim odnosima predviđa i tzv. nepravo posloводство, koje postoji kada neko vrši tuđi posao u nameri da za sebe zadrži postignute koristi iako zna da je posao tuđ. Tada je on dužan da na zahtev onoga čiji je posao, položi račun kao poslovođa bez naloga i da mu preda sve postignute koristi.

Što se tiče naknadne ratifikacije izvršenog posla, Zakon o obligacionim odnosima predviđa pravilo da će se tada poslovođa bez naloga smatrati nalogoprincipem koji je od početka radio po nalogu lica čiji je posao.

Kao što se iz ovog pregleda zakonskih rešenja vidi, Zakon o obligacionim odnosima je obuhvatio gotovo sva pitanja iz ove oblasti, koja su, samo delimično uređena u nekim uporednim kodifikacijama građanskog prava. To se vidi, pre svega, u formuliranju samog pojma posloводства bez naloga, a zatim u određenju vrsta posloводства bez naloga: vršenje tuđih poslova u nameri da se drugom pomogne, vršenje tuđih poslova protiv zabrane, nepravo posloводство. Sve to ukazuje na konstataciju da je Zakon o obligacionim odnosima u ovoj oblasti pronašao odgovarajuće kriterijume pomoću kojih se određuju pojmovi i pojedine vrste posloводства bez naloga, a sve to u harmoničnoj celini zakonske sistematike.¹²

Polazeći od ove konstatacije, Prednacrt građanskog zakonika Republike Srbije, uglavnom je usvojio postojeći tekst Zakona o obligacionim odnosima u oblasti posloводства bez naloga. Doduše, Prednacrt je ovu ustanovu izložio pod naslovom "nezvano vršenje tuđih poslova", što je terminološko pitanje, pa i više od toga, to su sinonimi koji se sreću, kako u uporednom zakonodavstvu, tako i u pravnoj teoriji.¹³

¹² Opširnije, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, I knjiga, drugo izdanje "Savremena administracija", redaktori prof. dr Borislav Blagojević i prof. dr Vrleta Krulj, Beograd 1983, str. 835-860; Komentar Zakona o obligacionim odnosima, knjiga I, "Savremena administracija", Glavni redaktor prof. dr Slobodan Perović, Beograd 1995, str. 515-530; Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, druga knjiga, dr Boris Vizner, Zagreb 1978, str. 983-1004; Obligacijski zakonik z uvodnim pojasnili, prof. dr Marko Ilesić, izd. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2001, str. 53; Teorija obligacijskega prava, prof. dr Stojan Cigoj, izd. Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1981, str. 245-251; Obligacijski zakonik s komentarjem, 2. knjiga, izd. GV Založba, redaktorja prof. dr Miha Juhart, doc. dr Nina Plavšak, Ljubljana 2003, str. 59-68; Obligacioni odnosi kroz pravne stavove, zaključke i sudske praksu najviših sudova, priredio sudija Dragoslav Veljković, štampa: "ATC štampa i izdavaštvo", Beograd 2009, str. 502-504.

¹³ *Negotiorum gestio* (latinski), *la gestion d'affaires* (francuski), delovodstvo bez naloga (Austrijski građanski zakonik), delovodstvo (Srpski građanski zakonik iz 1844. godine), O nezvanom vršenju tuđih poslova (Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru iz 1888. godine), Posloводство bez naloga, *Geschäftsführung* (Nemački građanski zakonik), Delovodstvo (Švajcarski zakonik o obligacijama).

Što se tiče samog pojma posloводства bez naloga, Prednacr (čl. 385) je u svemu reprodukovao Zakon o obligacionim odnosima (čl. 220), odnosno Skicu za Zakonik o obligacijama i ugovorima (čl. 176), s tim što je, kao alternativno rešenje predvideo sledeći tekst: vršenju tuđeg posla može se nezvano pristupiti samo ako posao ne trpi odlaganje, te predstoji *neminovna šteta* ili nesumnjivo *propuštanje znatne koristi*.

Pored ovoga, Prednacr za razliku od Zakona sadrži još i odredbu kojom se reguliše pitanje kad nezvani vršilac veruje da vrši svoj posao: ne nastaju odnosi iz nezvanog vršenja tuđih poslova kad se neko prihvati tuđeg posla u uverenju da vrši sopstveni posao, kao što je to u slučaju poslova koje preuzima savesni držalac ili prividni naslednik.

Prednacr sadrži još i pravila o spašavanju tuđe stvari prema kojima: ko spasi tuđu pokretnu stvar od propasti ili oštećenja ima pravo zahtevati naknadu izdataka koji su prema prilikama bili potrebni, naknadu pretrpljene štete, kao i pravičnu nagradu za svoj trud. Sopstvenik se može osloboditi ovih obaveza ako izjavi da napušta stvar.

NEOPHODNI USLOVI

Pojam posloводства bez naloga obuhvata više konstitutivnih uslova koji moraju biti ispunjeni da bi došlo do obligacionog odnosa između dve određene strane. Uzimajući u obzir istorijski razvoj ove ustanove, komparativni pregled savremenih kodifikacija građanskog prava, pravnu nauku i sudsku praksu, neophodni uslovi ove ustanove čine jednu koherentnu celinu koja se može izraziti tradicionalnom definicijom posloводства bez naloga. Međutim, na ovom mestu potrebno je posebno izdvojiti njene sastavne delove u vidu neophodnih uslova njene primene. Sa ovim motivom najpre ističemo skupnost tih uslova kroz opšti pojam posloводства bez naloga, da bi zatim posebno izdvojili njegova karakteristična obeležja.

Posloводство bez naloga ili nezvano vršenje tuđih poslova (*negotiorum gestio*) je takav samostalan izvor obligacija koji nastaje kada jedno lice (poslovođa, gestor) sa dužnom pažnjom vrši u interesu i za račun drugog (gospodar posla, *dominus negotii*) određene dopuštene pravne ili faktičke radnje, ali bez njegovog naloga ili ovlašćenja.¹⁴

¹⁴ O nezvanom vršenju tuđih poslova, odnosno poslovodu bez naloga postoji obimna literatura udžbeničkog ili monografskog karaktera. Za potrebe ovoga rada, naročito videti: Mihailo Konstantinović, *Obligacije i ugovori*, Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima, Pravni fakultet u Beogradu, 1969, str. 63-66; Lazar Marković, *Obligaciono pravo*, Službeni list SRJ, Beograd 1997, str. 753-761, gde se ukazuje na literaturu u najvećem delu na nemačkom jeziku; Branko Mirilović,

Iz ove definicije posloводства bez naloga proizilazi nekoliko konstitutivnih elemenata: 1. posloводство bez naloga je samostalni izvor obligacija; 2. posao mora biti tuđ; 3. odsustvo naloga ili ovlašćenja; 4. zakonska i moralna dopuštenost; 5. korist za gospodara posla; 6. svest i namera zasnivanja odnosa posloводства; 7. posloводство protivno volji gospodara posla.

Već su na početku ovoga rada navedeni izvori obligacija koje predviđa Zakon o obligacionim odnosima, gde se, između ostalih izvora, navodi i posloводство bez naloga. Ovde, posle date definicije, zasluđu pažnju i pitanje samostalnosti ovog izvora obligacija. Ovo stoga, što je posloводство bez naloga, prema tradiciji rimskog prava, bilo svrstano u tzv. kvazi ugovore, dakle, izvore koji su slični ugovorima, a nisu ugovori.

Takvu podelu poznaju i neke docnije kodifikacije kao što je npr. Francuski građanski zakonik (čl. 1371 i sl.) koji je nezvano vršenje tuđih poslova (*la gestion d'affaires*) svrstao u kvazi kontrakte (*Des quasi-contracts*) zajedno sa obogaćenjem bez osnova (*enrichissement sans cause*).

U svakom slučaju, kategorija kvazi ugovora (kao i kvazi delikta), iako nastala u rimskom pravu, ostala je sporna sa gledišta savremene pravne nauke. Po jednom mišljenju u tu kategoriju dolaze sve jednostrane izjave volje koje stvaraju različite obligacione odnose, a ne proizilaze iz saglasnosti volja, kao što su: isplata nedugovanog u zabludi, obećanje nagrade, izdavanje hartija od vrednosti, nezvano vršenje tuđih poslova. Po drugom mišljenju, ovde spadaju samo nezvano vršenje tuđih poslova i isplata nedugovanog.

Kao što se vidi¹⁵, pojam kvazi ugovora sa stanovišta savremene pravne teorije i zakonodavstva nije opstao, već su pojedini izvori obligacija koji su u rimskom pravu činili ovu kategoriju, jednostavno tretirani kao samostalni izvori sa svojim karakterističnim obeležjima.

Uzimajući u obzir istorijski razvoj posloводства bez naloga u gore pomenu-toj definiciji, kao prvo svojstvo ističemo njegov samostalni izvor obligacija sa po-

Nezvano vršenje tuđih poslova (posloводство bez naloga), monografija, Institut za uporedno pravo, Beograd 1980, str. 5-167; Ljubiša Milošević, *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd 1966, str. 164-166; Živimir Đorđević i Vladan Stanković, *Obligaciono pravo*, Savremena administracija, Beograd 1974, str. 463-474; Stevan Jakšić, *Obligaciono pravo*, Sarajevo 1962, str. 329-333; Bogdan Loza, *Obligaciono pravo*, Sarajevo 1981, str. 248-252; Branko Morait, *Obligaciono pravo*, Banja Luka 2010, str. 493-499; Jakov Radišić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2004, str. 304-310; Oliver Antić, *Obligaciono pravo*, Službeni glasnik, Beograd 2008, str. 531-535; Stojan Cigoj, *Teorija obligacij*, Ljubljana 1981, str. 245-251; Gale Galev i Jadranka Dabovik-Anastasovska, *Obligaciono pravo*, Skopje 2008, str. 658-666; Roger Bout, *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, Paris 1972, opširna monografija, str. 1-476.

¹⁵ M. Konstantinović, *Obligaciono pravo*, skripta, Beograd 1959, str. 14; Lj. Milošević, *Obligaciono pravo*, Beograd 1966, str. 24 i sl.

menutim neophodnim uslovima koji čine homogenu pravnu celinu iz koje proizilaze različita prava i obaveze za obe strane u ovom obligacionom odnosu.

Oslanjajući se na postojeće rešenje Zakona o obligacionim odnosima i sudsku praksu, ovo rešenje prihvatio je i Prednacrt građanskog zakonika Republike Srbije (2015) koji je upravo predmet jednogodišnje javne rasprave. Sve u svemu, posloводство bez naloga je u našem pravu samostalni izvor obligacija, čime upravo i započinje gore pomenuta definicija ovoga pojma.

Drugo obeležje ove definicije odnosno drugi neophodan uslov za primenu ove ustanove, jeste, da posao koji vrši negotiorum gestor mora biti tuđ (negotium alienum). To znači da preduzeti posao ne pripada njemu odnosno njegovoj imovini ili statusu njegovog prava ličnosti. Kada je u pitanju imovina, vršilac posla se može angažovati samo u poslovima upravljanja a ne i raspolaganja. Bez sumnje gospodar posla može biti sopstvenik stvari ili titular nekog drugog stvarnog prava (npr. plodouživalac) ali, po našem mišljenju, to može biti i lice koje ima save-snu (uzukapionu) državinu.

Sledstveno gore rečenom, ako je nezvani vršilac bio u zabludi ili je bio pod nekom drugom manom volje (npr. prevarom) misleći da vrši svoj posao, a ne tuđi, tada ne nastaju odnosi iz nezvanog vršenja tuđih poslova.

S druge strane, za ispunjenje ovog uslova nije potrebno da je vršiocu posla poznat identitet gospodara posla, bitno je samo da je posao tuđ, dakle da ne pripada vršiocu posla.

Posao može biti objektivno tuđ, kada je njegov predmet takav po svojoj prirodi da očigledno pripada tuđoj interesnoj sferi (npr. vršilac posla se aktivno angažovao u nekoj zdravstvenoj nevolji drugoga koga i ne poznaje) a može biti i subjektivno tuđi posao (npr. vršilac posla je sam ili preko trećeg popravio krov kuće svoga prvog suseda koji je bio duže odsutan u vremenu u kome je usled elementarne nepogode susedna kuća bila ozbiljno oštećena). U svakom slučaju, preduzeti posao, po svojoj prirodi, može biti pravni posao ili faktička (materijalna) radnja.

Kada je u pitanju pravni posao, posloводство bez naloga se "približava" ugovoru o mandatu, te u slučaju naknadnog odobrenja (ratifikacije) od strane gospodara posla, nezvani vršilac posla smatra se za nalogoprimca koji je od početka radio po nalogu lica čiji je posao. S druge strane, ako je u pitanju izvršenje neke faktičke radnje, posloводство bez naloga može imati elemente onih imenovanih ugovora (npr. ugovor o delu) ili neimenovanih ugovora kojima se jedna strana obavezuje da izvrši neku faktičku radnju. Međutim, to su samo "dodirne tačke" sa drugim pravnim situacijama, ali ne i suštinsko obeležje posloводства bez naloga koji obuhvata i pravne i faktičke radnje koje preduzima nezvani vršilac tuđih poslova, ali uvek bez prethodne saglasnosti gospodara posla, bez njegovog naloga ili ovlašćenja.

Nezavisno od ovog, Zakon o obligacionim odnosima (čl. 182) predviđa i odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći. Prema Zakonu, ko bez opasnosti po sebe uskrati pomoć licu čiji su život ili zdravlje očigledno ugroženi, odgovara za štetu koja je otuda nastala, ako je on tu štetu prema okolnostima slučaja morao predvideti. Ako pravičnost zahteva, sud može takvo lice osloboditi da naknadi štetu. Ali, to je već zakonska obaveza koja nalazi svoj osnov u zakonu, a ne u pravilima nezvanog vršenja tuđih poslova.

Kao što je već više puta rečeno u ovom radu, poslovodstvo bez naloga upravo se karakteriše nepostojanjem naloga ili ovlašćenja za preduzeti posao, ali isto tako nezvani vršilac tuđeg posla nema ne samo ugovornu, već nema ni zakonsku obavezu da se umeša u tuđi posao. U tom pogledu njegova samostalnost i slobodna inicijativa čini suštinu ove ustanove koja često može biti preduzeta iz altruističkih razloga. Doduše, ona se može ogledati i u slučaju prestanka ugovora o mandatu ukoliko vršilac posla nastavi da vrši poslove iako za to nema dalja ovlašćenja, ali to je samo potvrda pravila o poslovodstvu bez naloga koja uvek pretpostavlja odsustvo ovlašćenja ili obaveze da se vrši tuđi posao. Razume se, da vlastodavac može naknadno da odobri i poslove svog punomoćnika, o čemu je već bilo reči. Ista je situacija i u slučaju prekoračenja ovlašćenja koje je stipulisano ugovorom o mandatu.

Kao dalji uslov za primenu ove ustanove treba istaći da preduzeti posao ne sme biti protivan prinudnim propisima, javnom poretku i moralnim zabranama, jer to su opšte granice slobode odlučivanja u obligacionom pravu. Ta zakonska i moralna dopuštenost uslov je važnosti autonomije volje izražene na širokom području obligacionih odnosa. Konkretno, pravni posao ili faktičke radnje preduzete od strane nezvanog vršioca, pogođene su sankcijom ništavosti, ukoliko je protivna pomenutim ograničenjima.¹⁶

Sledeći uslov koji se zahteva za punovažnost poslovodstva bez naloga odnosi se na *korist* koju gospodar posla ostvaruje delanjem nezvanog vršioca posla. Naime, prethodno treba reći da je načelno nedozvoljeno da se neko meša u tuđe poslove u smislu uživanja i ostvarenja subjektivnih prava.¹⁷

¹⁶ Opširnije, Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris 1949; Simon, *L'ordre public en droit privé*, Rennes 1941; Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, Reims 1953; Claps-Lienhard, *L'ordre public*, Lyon 1934; Saiget, *Le contrat immoral*, Paris 1939; Darbellay, *Théorie générale de l'illicéité*, Eribourg 1955; Stojanović, *Sloboda ugovaranja i javni poredak*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd 1968, br. 3; Loza, *Ugovori protivni moralu – posledice njihovog zaključenja i izvršenja*, časopis Narodna uprava, Sarajevo 1960, br. 7-8; B. Marković, *Poštenje i moral u pravu*, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1922.

¹⁷ Prema Austrijskom građanskom zakoniku (§ 1035), ko nije ni izrečnim ni prečutnim ugovorom, ni sudom niti pak zakonom ovlašćen, ne sme se po pravilu u posao drugoga mešati. Ako je to učinio, onda je za sve posledice odgovoran.

Međutim, kada su ispunjeni uslovi za primenu poslovodstva bez naloga onda je dozvoljeno mešanje u tuđe poslove. Jedan od tih uslova je da mešanje u tuđe poslove donosi odgovarajuću korist za gospodara posla. Po jednom mišljenju, ta korist je uvek imovinska, dok je prema drugom mišljenju, ona daleko šira i obuhvata i sferu ličnih prava gospodara posla.

U tom kontekstu, ističe se korist gospodara posla uvek kada je u pitanju hitan i neodložan posao, a gospodar posla nije bio u mogućnosti da ga sam obavi jer je bio odsutan ili je bio u nekoj drugoj nemogućnosti da posao obavi. U svakom slučaju, i ovde se radi o uslovu korisnosti za gospodara posla. Sa gledišta ovog uslova, ukoliko ne bi usledilo mešanje u poslove gospodara, za njega bi neminovno nastupila šteta ili propuštanje da stekne određenu značajnu korist.

Pored gore pomenutih uslova, za poslovodstvo bez naloga potrebno je da vršilac posla zna da vrši tuđi posao i da se on preuzima radi zaštite interesa gospodara posla. Drugim rečima, potrebna je svest i *namera* da se preduzme posao za drugog (*animus aliena negotia gerendi*). Takva namera se pretpostavlja, ukoliko onaj za koga je posao obavljen ne dokaže suprotno.

Uzimajući u obzir pomenute neophodne uslove za pojam i primenu poslovodstva bez naloga i zavisno od prirode pojedinih uslova, postoje i različite vrste poslovodstva bez naloga kao što su: *nužno* poslovodstvo (*negotiorum gestio necessaria*) koje se karakteriše stanjem posla koje ne trpi odlaganje; *korisno* poslovodstvo (*negotiorum gestio utilis*) koje se preuzima radi očuvanja određenih imovinskih ili ličnih interesa gospodara posla; vršenje tuđih poslova protivno *zabrani* gospodara posla (*negotiorum gestio contra voluntatem domini negotii*) koje postoji kada se nezvani vršilac prihvati tuđeg posla i pored zabrane gospodara posla. Ukoliko je znao ili morao znati za zabranu, on nema prava koja pripadaju poslovođi bez naloga. *Nepravo* poslovodstvo postoji i kada neko vrši tuđi posao tako da za sebe zadrži postignutu korist, u kom slučaju je dužan da gospodaru posla položi račun i da mu preda sve postignute koristi, kao i naknadu štete ukoliko je ona tim činom prouzrokovana.

PRAVNA DEJSTVA

Kada se ispune neophodni uslovi koji čine poslovodstvo bez naloga, o čemu je do sada bilo reči, tada između vršioca posla i gospodara posla nastaju određena prava i obaveze iz nastalog obligacionog odnosa u kome obe strane imaju uzajamne pozicije poverioca i dužnika.

Nezvani vršilac tuđih poslova ima više obaveza prema gospodaru posla koja proizilaze iz prirode ovog obligacionog odnosa. Tako, vršilac tuđih poslova, s obzirom da on dela bez naloga ili ovlašćenja, ima obavezu da posao obavi sa *duž-*

nom pažnjom onako kako to odgovara standardu razumnog i pažljivog čoveka u datim okolnostima.¹⁸

Pored ove opšte generalne klauzule, dužna pažnja vršioca tuđih poslova podrazumeva još i njegovu dužnost da se u vršenju posla rukovodi stvarnim ili verovatnim (pretpostavljenim) namerama i potrebama onoga čiji je posao. S obzirom na mogući stepen njegove nepažnje, pravilo je, da sud može smanjiti njegovu odgovornost ili ga sasvim osloboditi od odgovornosti za običnu nepažnju. Pri tome, ako je vršilac tuđeg posla poslovno nesposoban, onda se primenjuju opšta pravila o ugovornoj i vanugovornoj odgovornosti.

Nadalje, njegova je obaveza da nastavi započeti posao, da ga ne napusti, ukoliko mu je to razumno moguće, sve dok gospodar posla ne bude mogao preduzeti brigu o započetom poslu.

Sledeća obaveza vršioca tuđeg posla odnosi se na njegovu dužnost, da što je moguće pre, obavesti gospodara posla o svom postupku u preduzetom poslu. Na osnovu tog obaveštenja, gospodar posla može postupiti na dva načina: ili zabraniti dalji rad na započetom poslu u kome slučaju prestaje nezvanog vršenja tuđeg posla, ili odobriti i prihvatiti dalji rad vršioca posla sa uputstvima daljeg postupanja, u kom slučaju se nastali odnos transformiše u ugovor o punomoćstvu (ako je u pitanju pravni posao odnosno ugovor o delu ako je u pitanju izvršenje faktičke radnje). Ukoliko gospodar posla, na obaveštenje vršioca posla, uopšte ne odgovori, smatra se da je nezvano vršenje tuđeg posla nastavljeno sa svim posledicama ovog izvora obligacije, s tim da je vršilac posla izvršio svoju obavezu obaveštenja o preduzetom poslu.

Pored gore pomenutih obaveza, nezvani vršilac tuđeg posla, po svršenom poslu, dužan je *položiti račun* gospodaru posla i ustupiti mu sve što je pribavio u toku vršenja preduzetog posla. U stvari, to je sveukupni izveštaj o obavljenom poslu koji, pored finansijskog dela, sadrži i sve druge relevantne podatke u vezi sa obavljenim poslom. Ukoliko vršilac posla ne izvrši ovu svoju obavezu ili je izvrši samo delimično ili neuredno, gospodar posla, da bi ostvario u celini svoja prava po ovom osnovu, ima na raspolaganju *direktnu* tužbu iz posloводства bez naloga, a takođe, može podići tužbu za naknadu štete ili pravno neosnovanog obogaćenja.

¹⁸ Opširnije o pravnim standardima, videti: Mil. Č. Marković, Generalne klauzule – fragmentarna skica za studiju o pravnom standardu, Zbornik radova, VII sveska, Pravno ekonomski fakultet u Nišu, 1968, gde se, između ostalog kaže: “generalnu klauzulu koju i praksa i literatura proglašavaju osnovnim pravnim principom, čija je funkcija: kontrola i korektura postojećih normi, određivanje granica subjektivnih prava, odmeravanje interesa u sukobu i njihovo izravnjanje, prilagođavanje prava promenama životnih uslova”.

Što se tiče *obaveza gospodara posla*, treba, pre svega, reći da one nastaju pošto vršilac posla izvrši svoje obaveze. Razume se, obaveze vršioca posla su istovremeno i prava gospodara posla. Obaveze gospodara posla odnose se na naknadu troškova koje je vršilac posla imao tokom obavljanja posla, naknadu eventualne štete koju je vršilac posla pretrpeo, kao i nagradu za ukupan trud i staranje o preduzetom poslu.

Obaveza gospodara posla da naknadi vršiocu posla sve nužne i korisne izdatke koje je imao oko preduzetog posla, proizilazi iz uredno i sa dužnom pažnjom izvršenog posla, s obzirom na relevantne okolnosti svakog konkretnog slučaja. Kada je vršilac posla angažovao neko treće lice (npr. profesionalnog stručnjaka) kome je isplatio određenu naknadu ili tek treba da mu isplati tu naknadu, gospodar posla je dužan da snosi tako učinjene troškove. Pri tome, treba primetiti da visina tih troškova zavisi od procenjene vrednosti preduzetog posla, što se, u slučaju neslaganja, može utvrditi putem nalaza odgovarajućih stručnih lica.

Pored obaveze naknade troškova, kao što je već rečeno, gospodar posla je obavezan da naknadi eventualnu štetu koju je vršilac posla pretrpeo povodom preduzetog posla.

S druge strane, ukoliko se neki troškovi ne naknađuju, a koji su uvećali imovinu gospodara posla, vršilac posla ima pravo da odnese dodatke stvari, ako se one mogu odvojiti bez oštećenja stvari kojoj su dodate. Međutim, gospodar posla može ako hoće da zadrži te dodatke, pod uslovom da vršiocu posla isplati njihovu tekuću cenu, ali najviše do iznosa učinjenih izdataka.

Sledeća obaveza gospodara posla koja se odnosi na isplatu *nagrade* vršiocu posla, veoma je sporna i uporedno zakonodavstvo uglavnom je *ne priznaje*.¹⁹ Naš Zakon o obligacionim odnosima (čl. 223) predviđa da vršiocu posla pripada i primerena nagrada za trud, ako je otklonio štetu od gospodara posla ili ako mu je pribavio korist koja u svemu odgovara njegovim namerama i potrebama.²⁰

Po našem mišljenju, iako je ovakva odredba retka u uporednom zakonodavstvu, postoje mnogi argumenti, a posebno primena načela pravičnosti, koji opravdavaju njeno mesto u materiji posloводства bez naloga, ali samo kada je ono učinjeno u isključivoj koristi gospodara posla, a ne i u slučaju nepravog posloводства ili kada je ono učinjeno protivno zabrani gospodara posla.

¹⁹ Srpski građanski zakonik iz 1844. godine (§ 255) predviđao je sledeće pravilo: koji tuđu stvar pokretnu od propasti spase, onaj samo ima prava da od gospodara zahteva naknadu za trošak učinjeni, i srazmernu nagradu za trud.

²⁰ Odredbu čl. 223 Zakona o obligacionim odnosima u svemu je prihvatio i Prednacr građanskog zakonika Republike Srbije, čl. 389.

Visina te nagrade treba da bude primerena svim relevantnim okolnostima, a posebno: stepenu intenziteta truda vršioca tuđih poslova, kao i stepenu koristi uspeha u preduzetom poslu. Moguće je da oba ova zahteva u konkretnom slučaju budu maksimalno ispunjena (npr. vršilac posla, rizikujući i svoj život, spasio je, u nekoj elementarnoj nepogodi, život ili zdravlje gospodara posla kao i deo njegove imovine). U takvom slučaju, rukovodeći se gore pomenutim zahtevima, kao i načelom pravičnosti, sud treba da utvrdi i dosudi vršiocu posla (u navedenom primeru – spasitelju) pored učinjenih troškova, još i odgovarajuću nagradu koja je umerena i primerena čitavom sklopu relevantnih okolnosti konkretnog slučaja. Razume se, da vršilac posla, najčešće iz altruističkih razloga, može da se odrekne takve nagrade, ali to je već pitanje njegove autonomije volje. Nasuprot, ako se vršenje tuđeg posla sastoji u nekom poslu, male ili sasvim male koristi za gospodara posla (npr. u višemesečnom odsustvu nekog lica, sused je nepozvan platio za odsutnog suseda dospelu prekršajnu kaznu zbog pogrešnog parkiranja), tada, shodno okolnostima, isplatiocu ne pripada i nagrada, već samo stvarno učinjeni troškovi. U stvari, hoće se reći, da pitanje nagrade za preduzeti posao zavisi od relevantnih okolnosti, što je sve u rukama suda, počev od odbijanja prava na nagradu, pa preko mogućnosti njenog stepenovanja, sve do pune nagrade kojom se postiže svrha pravičnosti u različitim životnim situacijama.

PRAVNA PRIRODA I ZAKLJUČAK

Poslovodstvo bez naloga, kao što je u ovom radu već istaknuto, svojim konstitutivnim obeležjima čini sličnost, ali istovremeno i razlike u odnosu na druge izvore obligacija. To je jedan od razloga što se u pravnoj teoriji postavilo pitanje njegove pravne prirode.²¹ Mnogi odgovori na postavljeno pitanje kretali su se u okvirima postojećih izvora obligacija tražeći *tačke vezivanja* sa drugim pravnim kategorijama čija je pravna priroda uglavnom već utvrđena.

U tom smislu, ako se poče od rimskog prava, poslovodstvo bez naloga (*negotiorum gestio*) bilo je svrstano u kategoriju kvazi ugovora koji su zajedno sa kvazi deliktima činili poseban izvor obligacija (*variae causarum figurae*), o čemu je, u ovom radu, već bilo reči.

U docnijoj evoluciji ove ustanove, javila su se i druga mišljenja, tako da savremena pravna teorija poznaje brojne koncepcije kojima se određuje pravna priroda poslovodstva bez naloga.

²¹ Opširnije, videti literaturu naznačenu u prethodnim delovima ovoga rada.

Tako, prema jednom mišljenju, poslovodstvo bez naloga se objašnjava putem ustanove neosnovanog obogaćenje koje postoji kada je neki deo imovine jednog lica prešao na bilo koji način u imovinu drugog lica, ali tako, da taj prelaz nema osnova u zakonu ili pravnom poslu. Međutim, i pored izvesnih sličnosti, mnogo su veće razlike koje razdvajaju ova dva izvora obligacionih odnosa. Upravo brojnost i osobenost tih razlika, čine da se oba izvora ne mogu staviti pod krov iste pravne prirode.

Sličan je slučaj i sa teorijskom interpretacijom poslovodstva bez naloga kao *jednostrane* izjave volje kojom se stvara obligacioni odnos. Prema ovom shvatanju, poslovodstvo bez naloga je po svom nastanku jednostran pravni posao, a po svojim dejstvima je dvostran, jer rađa uzajamne obaveze između vršioca posla i gospodara posla. Pri tome, zanemaruje se činjenica da se poslovodstvo bez naloga prostire ne samo na područje pravnih poslova, već i na brojne slučajeve faktičkih radnji. Ovo shvatanje u nešto modifikovanom smislu, smatra da obaveze nezvanog vršioca tuđeg posla nastaju iz jednostranog pravog posla, dok obaveze gospodara posla imaju svoj izvor u obogaćenju bez osnova.

Nadalje, po jednom shvatanju, poslovodstvo bez naloga je, po svojoj pravnoj prirodi, jedan slučaj zakonske obligacije. U stvari, time se ne određuje pravna priroda ovog izvora obligacija, jer sve obligacije, bez obzira na različitost njihovih izvora, zasnivaju se na određenim činjenicama kojima zakon daje pravnu snagu u vidu odgovarajuće dispozicije i predviđene sankcije konkretne pravne norme u ukupnosti izvora obligacija.

Pored ovih, izražena su i mišljenja prema kojima poslovodstvo bez naloga treba videti u okviru punomoćstva, ugovora o delu, kao i ugovora u korist trećeg lica.

Kao što se vidi, istraživanje pravne prirode poslovodstva bez naloga u jednom delu pravne teorije uvek se kretao u okvirima postojećih ustanova i pravnih kategorija, što čini zajedničko obeležje svih pomenutih teorija. Može se reći, da u svakoj od njih ima "zrno istine", i sa tog stanovišta ona se mogu braniti.

Međutim, čini se, da njima nedostaje jedan opšti zaključak koji bi ukazao na homogenost i samostalnost ove ustanove. Ona, kao uostalom i mnoge druge pravne ustanove, poseduje i sličnosti i razlike prema drugim, što ne znači da u tom kontekstu gubi svoju samostalnost. U stvari, ta samostalnost je čini prepoznatljivom u širokom krugu imenovanih ustanova obligacionog prava.

MARKO PEROVIĆ
Assistant, Faculty of Law
University of Belgrade

NEGOTIORUM GESTIO AS A SOURCE OF OBLIGATION

Summary

This paper presents the rights and obligations of the parties in the case to have one person (*negotiorum gestor*) perform any job for another (*dominus negotii*), but without his authorization. This is one of the possible sources of obligations contained in all European codes which the author presented and analyzed in detail the relevant similarities and differences. The author specially held on the conditions of emergence of this institution, as well as on its legal character and legal nature. As regards the conditions of their origin, were analyzed following conditions: it must be someone else's job, the job is done without authorization, but always with the intention in favor master job, the job must be admissible from the standpoint of legal and moral norms of behavior. Operators of other people's affairs is obliged to carry out work with due care and to account master work that has an obligation to reimburse all the necessary and useful expenses, as well as to provide adequate reward, but only under certain circumstances the law. Finally, the author argues that this source of obligations, despite the similarities with other institutions, represents an independent source of obligations.

NASLEĐIVANJE NAKNADE NEIMOVINSKE ŠTETE

U V O D

Nasleđivanje naknade neimovinske štete predmet je teoretske diskusije, koja dobija na značaju u vreme stručne rasprave o Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije. Pre Drugog svetskog rata nije bilo zakonski regulisano nasleđivanje naknade neimovinske štete, ali se naša pravna teorija oslanjala na uporedna rešenja država germanskog pravnog kruga.

Posleratna sudska praksa je dugo lutala i nije imala jedinstveno stanovište po ovom pitanju. Usvajanjem Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine ovo pravno pitanje je regulasano na taj način što je u čl. 204. st. 1, propisano da potraživanje naknade nematerijalne štete prelazi na naslednika samo ako je priznato pravnosnažnom odlukom ili pismenim sporazumom. Ovakvo zakonsko rešenje se razlikuje od predloga iz Skice profesora Konstantinovića, i predmet je mnogih, čini se opravdanih, kritika. U Srbiji je u toku intenzivan rad na kodifikaciji građanskog prava, gde se u dogledno vreme očekuje donošenje Građanskog zakonika, kojim će biti regulisano i pitanje nasleđivanja naknade neimovinske štete.

U radu smo najpre izneli svoje primedbe na sadašnje zakonsko rešenje, a zatim kritički ocenili predloge iz Prednacrtu i izneli svoje sugestije i predloge kako regulisati ovu pravnu oblast *de lege ferenda*.

NASLEDIVANJE NAKNADE NEIMOVINSKE ŠTETE
PRE DRUGOG SVETSKOG RATA

Pre Drugog svetskog rata u Srbiji je oblast građanskog prava bila regulisana Srpskim građanskim zakonikom iz 1844. godine. Odeljak o šteti i odgovornosti za naknadu štete bio je normiran u okviru Glave XXX (čl. 800-826.) Predratno zakonodavstvo je poznavalo pored imovinske štete, koja je bila najčešća u životu, još i nematerijalnu štetu. Tako se prema § 65. SGZ naknada neimovinske štete mogla zahtevati kad jedna strana bez opravdanog razloga odustane od bračnog ispi-ta. U tom slučaju nevinoj strani pored troškova učinjenih u cilju zaključenja bra-ka, pripada i naknada za "pretrpljeni uštrb". Pritom se posebno vodilo računa ako su povređeni čast i dobar glas ženskog lica. Takođe, prema § 820. SGZ neimovin-ska šteta se mogla zahtevati i za pretrpljene bolove u slučaju povrede tela, dok je odredba § 822. SGZ nešto šira i obuhvatala je svaku štetu koja bi nastala usled po-vrede nečije slobode, časti ili poštenja. U svim ovim slučajevima se mogla tražiti naknada neimovinske štete u novcu, a učinjena naknada se smatrala kao ekviva-lent za telesni i duševni bol koji je oštećeni nanesenom povredom pretrpeo.¹ Op-šta pravila koja se tiču nasleđivanja prava i obaveza, a koja se shodno tome odno-se i na naknadu štete, sadržana su u § 394.², § 552.³ i § 913.⁴ SGZ, gde je propisano da prava i obaveza prelaze na naslednike, ukoliko se ne radi o nekom pravu ili dužnosti koji su samo za ličnost vezani, u kom slučaju se obaveze gase. O nasle-đivanju potraživanja naknade štete govori se u § 825. SGZ.⁵ Iz zakonskih normi koje se odnose na potraživanje naknade štete ne može se jasno uočiti da li se nasleđivanje potraživanja naknade štete odnosi samo na imovinsku štetu ili na celo-kupnu štetu koja bi obuhvatila i neimovinsku štetu. Većina predratnih pravnih te-oretičara se izjašnjavala da čisto lična prava nisu prenosiva, ali da pravo oštećenog na naknadu štete prelazi na njegove naslednike, kao što na naslednike štetniko-ve prelazi obaveza da naknade štetu koju je pričinio štetnik.⁶ Pritom je naša pre-

¹ Arandelović, D., *O odgovornosti za naknadu štete*, Beograd 1924, str. 6.

² § 394. SGZ glasi: "Posle smrti žitelja srpskog dobra njegova, i prava i obaveze, osim čisto ličnih, prelaze kao nasledstvo na drugoga, koga po redu zakon opredeljuje, ako on ugovorom ili za-veštanjem nije drugojačije uredio."

³ § 552. SGZ glasi: "Svaki ugovor, i iz njega proističuća prava i obaveze prelaze i na nasled-nike, osim slučajeva, ako ne bi ista za lične odnose i sposobnosti vezana bila; ili ako inače nisu na-slednici naročito ugovorom ili zakonom izuzeti."

⁴ § 913. SGZ glasi: "Umre li onaj, kome pravo ili dužnost kakva pripada tako da je samo za ličnost njegovu vezana, i na nju ograničena, onda prestaju sve obaveze."

⁵ § 825. SGZ glasi: "Ova dužnost na naknadu štete ili izgubljenog dobitka vezana je za imanje ošteti-telja, i zato prelazi na naslednike njegove, koji će iz nasleđenoga imanja naplatu učiniti morati."

⁶ Blagojević, B., *Posebni deo obligacionog prava*, Beograd 1939, str. Novaković, R., *Šteta i njena naknada*, Beograd 1940, str. 328.

dratna pravna doktrina prihvatila stav da je naknada neimovinske štete čisto lično pravo i ne prelazi na naslednike oštećenog. Međutim, ukoliko je takvo pravo konkretizovano kao jedno određeno tražbeno pravo, sa utvrđenim iznosom, ono je nasledivo i prenosivo.⁷ Navedeno shvatanje naših predratnih pravnih teoretičara je oslonjeno na pravna shvatanja germanske pravne škole. Ono je blisko stavu predratne hrvatske pravne teorije koja je tumačeći komparativne odredbe OGZ-a, navodila da je nasleđivanje potraživanja naknade neimovinske štete moguće ukoliko je oštećeni za života pokrenuo sudski postupak, ili je takvo potraživanje utvrđeno priznanjem štetnika.⁸ Nešto liberalniji pristup ovom pravnom pitanju nalazimo u drugom shvatanju, gde se navodi da je pravo na naknadu neimovinske štete lično pravo, ali ono prelazi na naslednike ukoliko je oštećeni dao pozitivnu izjavu u vezi istog. Takva izjava ne mora biti data u formi tužbe, niti uopšte mora biti formalna, već je dovoljno da oštećeni izrazi volju za takvom naknadom, pri čemu oštećeni ne mora ni precizno opredeliti iznos koji potražuje.⁹

Nasleđivanje potraživanja naknade neimovinske štete je bilo primenjivo u jurisprudenciji zemalja germanskog pravnog kruga, na koje je naše predratno zakonodavstvo bilo najviše oslonjeno. Tako se prema § 847. st. 2. Nemačkog građanskog zakonika, naknada neimovinske štete mogla zahtevati u slučaju fizičkog povređivanja tela, narušavanja zdravlja ili lišenja slobode, kao i u slučaju povrede časti ženske osobe. Potraživanje naknade neimovinske štete u principu nije bilo prenosivo i nije prelazilo na naslednike, ali se na naslednike izuzetno moglo preneti ako je bilo priznato ugovorom ili je zbog njega podneta tužba sudu.¹⁰ Prema Austrijskom građanskom zakoniku potraživanje naknade neimovinske štete je izuzetno predviđeno zbog fizičkih bolova prema § 1325,¹¹ i zbog povreda lič-

⁷ Arandelović, D., *O odgovornosti za naknadu štete*, Beograd 1907, str. 65.; Marković, L., *Obligaciono pravo*, Beograd 1997, str. 812.

⁸ Rušnov, A., Posilović, S., *Tumač obćemu austrijskome građanskomu zakoniku*, knjiga druga, Zagreb b.g. str. 655.

⁹ Kalodera, M., *Naknada neimovinske štete, rasprava iz komparativnog prava*, Zagreb 1941, str. 327.

¹⁰ § 847. Nemačkog građanskog zakonika glasi: "U slučaju povrede tela ili zdravlja, kao i u slučaju lišenja slobode, može povređeni zahtevati pravičnu naknadu u novcu i zbog štete koja nije imovinska. Ovo potraživanje nije prenosivo i ne prelazi na naslednike, osim ako je ugovorom bilo priznato ili je zbog njega tužba kod suda već podignuta. Isto potraživanje pripada ženskom licu, prema kome je učinjen zločin ili prestup protiv časti, ili ako je lukavstvom, pretnjom ili zloupotrebom odnosa zavisnosti navedeno da dopusti vanbračni telesni snošaj." Ovaj član je stavljen van snage Zakonom o izmenama BGB od 19.07.2002. godine (BGBI. I.S. 2674)

¹¹ § 1325. AGZ glasi: "Ko povredi koga u telu, platiće troškove oko lečenja povređenoga lica nakandiće mu izmaklu zaradu, kao i onu zaradu, koje će se povređeni ubuduće lišiti, ako za rad postane nesposoban; i preko toga platiće mu, ako oštećenik zahteva, odmerenu sumu prema ispitanim okolnostima za pretrpljene bolove."

ne slobode prema § 1329.¹² Austrijski zakonodavac nije propisao da li naslednici imaju pravo na naknadu neimovinske štete posle smrti oštećenog. Pravna teorija je zauzela stav da je pravo na naknadu neimovinske štete strogo lično pravo i ne prelazi na naslednike, osim ako je oštećeni protiv štetnika za života podneo tužbu ili je takvo pravo stekao nagodbom sa štetnikom.¹³ U Švajcarskom građanskom zakoniku ne postoji opšta odredba koja bi se odnosila na nasleđivanje prava na naknadu neimovinske štete. U članu 93. nalazi se odredba koja se odnosi na neopravdani raskid veridbe. Zahtev za naknadu neimovinske štete zbog neopravdanog raskida veridbe prelazi na naslednike pod uslovom da je bio priznat ili da je protiv štetnika pokrenut sudski postupak u vreme otvaranja nasleđa. Za razliku od Nemačkog građanskog zakonika gde iz svakog paragrafa postoji više upućivanja na primenu drugih odgovarajućih paragrafa, koncept Švajcarskog građanskog zakonika je takav da postoji dosta pravnih praznina, i mnoge odredbe nisu do kraja konkretizovane, te su potrebna dodatna tumačenja. Iako to nije nigde navedeno, prema mišljenju pravne teorije ovakav stav iz čl. 93. treba tumačiti tako da se odnosi na sve slučajeve neimovinske štete.¹⁴

SUDSKA PRAKSA NAKON DRUGOG SVETSKOG RATA

U periodu nakon Drugog svetskog rata oblast obligacionog, pa i odštetnog prava nije bila pravno regulisana, a sudska praksa nije imala jedinstveno stanovište po ovom pitanju. Za razliku od predratnog perioda, prvih godina nakon oslobođenja u našoj zemlji sudovi nisu priznavali pravo na naknadu neimovinske štete. Mogućnost da se dozvoli pravo na ovu naknadu počelo je da se priznaje nakon prvog Nacrta zakona o naknadi štete iz 1951. godine, gde je u čl. 28-30. takva mogućnost dozvoljena.

Nasleđivanje naknade neimovinske štete predviđeno je i Nacrtom Zakona o naknadi štete od 17.02.1960. godine, gde se u članu 17. stav 2. navodi: "Pravo na naknadu neimovinske štete prelazi na pravne slednike oštećenog samo ako je visina novčane naknade određena ugovorom ili pravnosnažnom presudom." Iz ovakve pravne norme sledi zaključak da naknada neimovinske štete predstavlja izrazito lično pravo oštećenog, te da na naslednike može preći samo ako je ugovorom priznato ili pravnosnažnom odlukom takvo potraživanje utvrđeno.

¹² § 1329. AGZ glasi: "Ko drugoga liši slobode nasilnim odvođenjem, privatnim zadržanjem ili namerno protivpravnim hapšenjem, dužan je ovome povratiti predašnju slobodu i dati potpuno zadovoljenje. Ako mu slobodu više ne može povratiti, onda mora zaostali u životu osobama, kao i pri ubistvu, dati naknadu."

¹³ Unger, J., "Beiträge zur Lehre vom Schadensersatzrecht nach österreichischem Recht", in: *Grünhuts Zeitschrift für das Privat – und öffentliche Recht der Gegenwart*, Bd. 8, Wien 1881, str. 222.

¹⁴ Karđıçalı, M., *Le préjudice moral et sa réparation en droit suisse*, Lausanne 1939.

U tom smislu nalazimo odluku Vrhovnog suda Vojvodine gde se navodi da se naknada neimovinske štete može dosuditi samo oštećenom, jer je svrha dosuđivanja naknade u tome da se kod oštećenog uspostavi psihička ravnoteža koja je poremećena štetnim događajem, a da takvo potraživanje prelazi na naslednike samo ako je potvrđeno pravnosnažnom presudom ili je priznato pismenim ugovorom.¹⁵

Slična shvatanja u kojima se ne priznaje naslednicima pravo na potraživanje naknade neimovinske štete ukoliko takvo pravo nije priznato pravnosnažnom sudskom odlukom, nalazimo i u drugim sudskim odlukama najviših sudova.¹⁶

U skladu sa ovakvom praksom zauzet je i pravni stav na savetovanju sudija građanskog odeljenja Vrhovnog suda Jugoslavije i predstavnika građanskih odeljenja republičkih Vrhovnih sudova od 18. i 19. juna 1968. godine:

“Samo pravnosnažno dosuđeno ili pismenim ugovorom priznato potraživanje naknade za neimovinsku štetu prelazi na naslednike oštećenog. Tako utvrđeno, odnosno priznato, potraživanje naknade neimovinske štete može se cesijom preneti na drugoga.”¹⁷

Drugačije shvatanje nalazimo u Nacrtu zakona o naknadi štete iz 1961. godine, gde je u čl. 43. propisano: “Pravo na naknadu neimovinske štete ne može se drugome ustupiti izuzev ako je ugovorom priznato, ili je o njemu povernen spor.

¹⁵ “Kod neimovinske štete naknada se može dosuditi samo oštećenom. Potraživanje neimovinske štete ne prelazi na naslednike, osim ako je pravnosnažno dosuđeno ili pismenim ugovorom priznato. Svrha obeštećenja kod vidova neimovinske štete je da se oštećenom dosudi pravična novčana nadoknada radi mogućnosti uspostavljanja psihičke ravnoteže koja je poremećena štetnim događajem. Polazeći od ovoga i nesrećne činjenice da je oštećeni u toku parnice umro, prvostepeni sud nije mogao tužiocima, koji su parnicu nastavili kao zakonski naslednici, dosuditi naknadu za vidove neimovinske štete, jer su se potraživanja za pretrpeljeni bol, strah i umanjenu životnu sposobnost ugasila smrću.” navedeno prema: Ivošević, Z., *Naknada štete zbog povrede radnika na radu*, Beograd 1976, str. 206.

¹⁶ “Samo pravnosnažno dosuđeno ili pismenim ugovorom priznato potraživanje naknade neimovinske štete prelazi na naslednike oštećenog” Vrhovni sud Srbije Gž. 4741/68 od 20.01.1968. Zbirka sudskih odluka iz oblasti građanskog prava, Beograd 1972, str. 176. “Supruga nema pravo na naknadu nematerijalne štete za nastalu dozorijentaciju usled bola zbog pogibije njenog supruga krivicom nekog lica.” Vrhovni sud Srbije Gž. 4289/67 od 14.05.1967. Zbirka sudskih odluka iz oblasti građanskog prava, Beograd 1972, str. 176. “Pravo na traženje naknade neimovinske štete zbog bolova, straha, unakaženosti i telesnog oštećenja je lično pravo oštećenog, te ne prelazi na njegove naslednike, ukoliko naknada te štete nije dosuđena oštećenom za njegovog života pravnosnažnom presudom.” Vrhovni sud Vojvodine Gž. 758/69 od 25.09.1969. Zbirka sudskih odluka iz oblasti građanskog prava, Beograd 1972, str. 176. “Pravo na naknadu štete za pretrpljeni bol i strah od zadobijene telesne povrede je obligaciono pravo strogo vezano za oštećenog, koje u slučaju njegove smrti prestaje i ne prelazi na naslednike” Vrhovni sud Makedonije Gž. 609/6 od 25.12.1967.g. preuzeto iz: Stanković. O. *Naknada neimovinske štete*, Beograd 1972, str. 185.

¹⁷ Bilten Vrhovnog suda Jugoslavije, br. 23/1968, str. 7.

Pod istim uslovima ovo pravo prelazi na naslednike.” Prema ovom stanovištu za prelazak potraživanja na naslednike nije se tražila pravnosnažnost presude, već je dovoljno da bude od strane oštećenog pokrenut sudski postupak.

Takvo shvatanje je prihvaćeno u sudskoj praksi i prisutno je u brojnim sudskim odlukama najviših sudova. U jednoj odluci Vrhovnog suda Srbije se navodi da je dovoljno pokrenuti sudski spor da bi pravo na naknadu materijalne štete prešlo na naslednike.¹⁸ U drugoj odluci istog suda se navodi da nije od značaja što je oštećeni preminuo u toku trajanja sudskog postupka za naknadu neimovinske štete, jer njegovi naslednici stupaju u sva njegova prava, uključujući i pravo na naknadu ove vrste štete.¹⁹

U jednoj odluci Vrhovnog suda Hrvatske se navodi da je pravo na potraživanje naknade neimovinske štete strogo lično pravo, ali koje podnošenjem tužbe prelazi na naslednike te samim tim ne prestaje smrću oštećenog u toku parnice, sa objašnjenjem da je tužbom neimovinska šteta poprimila materijalnu vrednost, i ulazi u imovinu ostavioca kao svaka druga imovina iza ostavioca.²⁰ U drugoj odluci Vrhovnog suda Hrvatske se navodi da ukoliko oštećeni premine nakon podnošenja tužbe sudu, naslednici imaju pravo da nastave postupak jer ostavina umrle osobe prelazi po sili zakona na naslednike, a nasledivati se mogu ne samo stvari već i prava koja pripadaju pojedincima.²¹

¹⁸ “Po važećim pravnim pravilima pravo na nematerijalnu štetu ne može se drugom ustupiti. Međutim, ako je o tome poveden spor, to pravo prelazi na naslednike.” Vrhovni sud Srbije Gž. 1588/67, Zbirka sudskih odluka iz oblasti građanskog prava, Beograd 1972, str. 176.

¹⁹ “U žalbi se ističe da potraživanje naknade za pretrpljene bolove pok. Đ. ne mogu da ističu njegovi naslednici. Ovakav navod žalbe nije osnovan, jer je pok. Đ. ovakav zahtev za života u sporu postavio, a njegovi naslednici stupili su u sva njegova prava, pa i prava na zahtev za naknadu štete ove vrste.” Vrhovni sud Srbije Gž. 1712/59 od 16.1.1960. potvrđena presudom Vrhovnog suda Jugoslavije Rev. 816/60 od 15.9.1960. preuzeto iz: Stanković. O. Naknada neimovinske štete, Beograd 1972, str. 104.

²⁰ “Neimovinska šteta je strogo osobna sve dok oštećeni nije tužbom tražio da se šteta naknadom (satisfakcijom) reparira (...) Kad faktički oštećena osoba zatraži sudski da joj se naknadi šteta ona se time izjasnila da je pretrpjela štetu, odredila njezin obim i visinu i izrazila relevantnu volju (tužbu) da joj štetnik nadoknadi tu štetu. Od tog momenta oštećena osoba traži da joj se dade određena imovinska vrijednost (izvjestan iznos) koja treba da uđe u njezinu imovinu, kojom će raspolagati sa svrhom za koju se ta naknada daje (da postigne neku kompenzaciju za ono što je pretrpjela). Smrt oštećenog u toku parnice ne anulira zahtjev postavljen tužbom. Tužbom je ustvari neimovinska šteta vrednovana i poprimila je materijalnu vrijednost. Pitanje je samo da li je te štete bilo, kolika je ona i da li je štetnik odgovoran. Ona je neimovinska, utoliko što se na njeno utvrđivanje odnose pravila koja važe za utvrđivanje neimovinske štete, ali potencijalno ulazi u imovinu ostavioca kao svaka druga imovina koja iza nekog ostaje.” Vrhovni sud Hrvatske Gž. 2629/69-2 od 24.3.1970. Pregled sudske prakse Okružnog suda Zagreb, 1971, odluka br. 84.

²¹ “Budući da je oštećeni još za života tužio tuženog radi naknade bolnine, to su ovaj postupak tužitelja – kao naslednici (čl. 204. i 201. t.1. ZPP) samo nastavili, a kako ostavina umrle osobe

Kao što se može zaključiti iz navedenih sudskih odluka naša posleratna sudska praksa je lutala i nije imala jedinstveno stanovište u pogledu prava naslednika na potraživanje naknade neimovinske štete.

NASLEĐIVANJE NAKNADE NEIMOVINSKE ŠTETE
PREMA ZAKONU O OBLIGACIONIM ODNOSIMA IZ 1978. GODINE

U svakom društvu obligacije predstavljaju značajnu kariku u funkcionisanju pravnog sistema. Još od perioda nakon Drugog svetskog rata postoji težnja da se pravno uredi ova oblast. U tom pravcu najozbiljniji korak je predstavljala Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima, koju je izradio i objavio 1969. godine, renomirani profesor Pravnog fakulteta u Beogradu Mihailo Konstantinović. Nasleđivanje prava na naknadu neimovinske štete je našlo svoje mesto u Skici profesora Konstantinovića. U čl. 164. Skice je propisano: "Pravo na naknadu neimovinske štete ne može se drugome ustupiti, izuzev ako je ugovorom priznato ili je o njemu poveljen spor."²²

Prema ovakvom shvatanju prof. Konstantinovića naknada neimovinske štete predstavlja lično pravo koje nije podobno za ustupanje, osim u izuzetnim slučajevima. Takvi slučajevi predstavljaju postojanje sporazuma odnosno ugovora između stranaka ili činjenica da je oštećeni pokrenuo postupak radi ostvarivanja prava na naknadu neimovinske štete.

Međutim, prilikom donošenja Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, ovakvo rešenje iz Skice profesora Konstantinovića nije prihvaćeno. U čl. 204. st. 1. ZOO je propisano: "Potraživanje naknade nematerijalne štete prelazi na naslednika samo ako je priznato pravnosnažnom odlukom ili pismenim sporazumom."

Treba napomenuti da je u Nacrtu zakona, pa čak i u konačnom Predlogu umesto termina "*Potraživanje naknade*" stajalo "*Pravo na naknadu*". Na razliku u pojmovima je ukazivala pravna teorija navodeći da se kod nematerijalne štete ne može nasleđivati niti singularnom sukcesijom na druge prenositi "*pravo*" na njegovu naknadu, jer je to pravo strogo ličnog karaktera (*intuitu personae*). Samo se izuzetno mogu ustupiti već dospеле svote naknade ukoliko su one priznate i već

prelazi po sili zakona na njezine naslednike u trenutku njezine smrti i nasleđivati se mogu ne samo stvari nego i prava koja pripadaju pojedincima (čl. 135. i 2. Zakona o nasleđivanju), to je očito da konkretno tužitelji imaju pravo tražiti naknadu bolnine, koja pripada njihovom predniku." Vrhovni sud Hrvatske Gž. 169/1959 od 11.2.1959. potvrđena presudom Vrhovnog suda Jugoslavije Rev. 964/59 od 8.1.1960.g. U istom smislu i presude Vrhovnog suda Hrvatske 865/1959 od 30.6.1959. i Gž. 489/1959 od 26.3.2959.god. Preuzeto iz: Stanković. O. *Naknada neimovinske štete*, Beograd 1972, str. 104.

²² Konstantinović, M., *Obligacije i ugovori. Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd 1969, str. 39.

određene pravnosnažnom odlukom suda ili pismenim sporazumom. Tako je u konačnom tekstu zakona usvojen termin "potraživanje naknade".²³

Pravna teorija je bila saglasna sa stavom zakonodavca da se takvo potraživanje ne može prenositi ni među živima ni za slučaj smrti, jer neimovinska šteta ima lični karakter i samo od oštećenog zavisi da li će ostvariti naknadu ove štete. Kao opravdanje ovakvog stava navodi se da se ne bi postigla svrha ukoliko bi oštećeni umro u toku trajanja postupka, jer se tada dosuđenom nadoknadom u novcu ne bi mogle ublažiti štetne posledice nanete neimovinske štete.²⁴ Takvo stajnište se zasnivalo na tada postojećem stavu naše pravne doktrine prema kome se naknada nematerijalne štete mogla ostvariti samo u ličnosti oštećenog, te ne bi imalo smisla obavezivati štetnika na naknadu štete ukoliko u vreme donošenja presude oštećeni nije bio živ, jer bi tada bila isključena svaka mogućnost da naknada ostvari svoju svrhu. Čak se smatralo da naslednici nemaju pravo na nasleđivanje naknade ni u slučaju postojanja pravnosnažne presude, ukoliko oštećeni nije dočekaio izvršenje.²⁵ U tom smislu u pravnoj teoriji nalazimo i stav da se naknada neimovinske štete ne naplaćuje, već doživljava, pa je doživljaj naknade moguć samo u ličnosti oštećenog, te se stoga gasi njegovom smrću.²⁶

Usvajanjem navedenog zakonskog teksta zakonodavac nije prihvatio shvatanje profesora Konstantinovića, prema kome je dovoljno da je pokrenut sudski spor da bi naslednici imali pravo na nasleđivanje naknade nematerijalne štete. Razlika naočigled nije velika, ali je suštinski veoma bitna. Propisivanjem pravila da se za nasleđivanje naknade nematerijalne štete zahteva postojanje pravnosnažne odluke, u mnogim slučajevima predstavlja olakšicu za štetnika, a može imati velike poteškoće za oštećenog u ostvarivanju svog prava. Ovo naročito kada se radi o teškom stepenu oštećenja zdravlja oštećenog izraženo kroz visok intenzitet fizičkog bola i straha, što neretko može prouzrokovati pogoršanje zdravlja i smrt oštećenog pre nego što sudski postupak bude pravnosnažno okončan. Tako dolazimo do situacije da štetnik biva oslobođen bilo kakve obaveze po osnovu nematerijalne štete, bez obzira što je oštećeni takav postupak inicirao i istrajavao na njemu do svoje smrti. Nema nijednog osnovanog razloga kojim bi se opravdao ovakav stav zakonodavca, i opravdano se od strane pravne teorije ističe da je rešenje sadržano u čl. 204. st.1. ZOO loše, čak i nepravično, jer daje povoljniji položaj štetniku.²⁷ Smatramo daleko ispravnijim rešenje iz Skice profesora Konstanti-

²³ Vizner, B., *Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb 1978, str. 898.

²⁴ Đorđević, Ž., Stanković, V., *Obligaciono pravo*, Beograd 1987, str. 495.

²⁵ Stanković, O., *Novčana naknada neimovinske štete*, Beograd 1972, str. 110.

²⁶ Ivošević, Z., "Naknada štete zbog umanjenja životne aktivnosti", u: *Obavezno osiguranje naknade štete i obezbeđenje potraživanja*, Budva 2000, str. 60.

²⁷ Antić, O., *Obligaciono pravo*, Beograd 2009, str. 527.

novića prema kome je za nasleđivanje naknade neimovinske štete dovoljno da je oštećeni inicirao postupak za ostvarenje svog potraživanja.

Neprenosivost potraživanja naknade neimovinske štete

Potraživanje naknade neimovinske štete je strogo ličnog karaktera te nije prenosivo, izuzev kada se steknu zakonom propisani razlozi. Takvo stanovište potvrđuje i najnovija sudska praksa. Tužbene zahteve naslednika kojima oni traže da im se prizna pravo na naknadu neimovinske štete koju je pretrpeo njihov pravni prethodnik, sudovi po pravilu odbijaju kao neosnovane.

S tim u vezi različiti su režimi u vezi nasleđivanja imovinske i neimovinske štete. Naslednici imaju pravo da zahtevaju naknadu imovinske štete koji je pretrpeo njihov pravni prethodnik, ali takvo pravo nemaju na naknadu neimovinske štete. O tome se izjašnjavao u jednoj odluci i Vrhovni kasacioni sud.²⁸

Iz odredbi čl. 204. stav 1. ZOO proizilazi da je potraživanje naknade neimovinske štete neprenosivo. Takav stav je zauzela i sudska praksa, gde se u jednoj odluci Apelacionog suda u Kragujevcu naglašava da je potraživanje naknade nematerijalne štete izrazito ličnog karaktera i da može služiti kao zadovoljenje samo licu koje je pretrpelo štetu, a ne njegovim naslednicima.²⁹

Parnični postupak za naknadu neimovinske štete može inicirati samo oštećeni. Sudovi su dužni da vode računa o parničnoj sposobnosti stranaka i utvrde da li određeno lice poseduje stvarnu legitimaciju koja se za datu parnicu traži – *legitimitatio ad causam*. Pitanje stvarne legitimacije za vođenje parnice nije procesne prirode već materijalnopravnog značaja. Ono ne spada u prethodna pitanja o dopuštenosti tužbe o kojima sud može odlučiti rešenjem i bez usmene rasprave, nego među materijalnopravna pitanja o opstajanju tužbenog zahteva, koja se rešavaju presudom na osnovu usmene rasprave.³⁰ Nedostatak stvarne legitimacije povlači presudu kojom se tužbeni zahtev odbija, a ne rešenje kojim se tužba odbacuje. Sud se u pitanje stvarne legitimacije ne upušta samo povodom prigovora kojim se to pitanje pokreće. Čak i ako suprotna strana ne istakne prigovor nedo-

²⁸ “Naslednici neopravdano osuđenih lica i lica neosnovano lišenih slobode nasleđuju samo pravo oštećenog lica na naknadu imovinske štete, a ako je oštećeni već stavio zahtev naslednici mogu nastaviti postupak samo u granicama već postavljenog zahteva za naknadu imovinske štete. Prema odredbama čl. 204. ZOO potraživanje naknade nematerijalne štete prelazi na naslednike samo ako je priznato pravnosnažnom odlukom ili pismenim sporazumom.” Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 1427/11 od 23.02.2012, pravna baza Ing-Pro.

²⁹ “Odredbom člana 204. ZOO-a propisano je da je potraživanje na ime naknade namaterijalne štete neprenosivo, izuzev ako je utvrđeno pravnosnažnom presudom, te sa tim u vezi naknada je izrazito ličnog karaktera i služi kao kompenzacija licu koje je pretrpelo nematerijalnu štetu.” presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, Gž. 820/13 od 12.08.2013, pravna baza Ing-Pro.

³⁰ Zuglia, S., *Građanski parnični postupak FNRI*, Zagreb 1957, str. 231.

statka stvarne legitimacije, sud je dužan da odluči o tome na osnovu činjeničnog stanja utvrđenog u postupku raspravljanja.³¹ Tako je nedopustivo da parnicu za naknadu neimovinske štete umesto oštećenog, koji je preminuo, pokrenu njegovi naslednici. Takav stav se jasno izražava u sudskoj praksi, gde je u jednoj presudi Apelacioni sud u Kragujevcu odbio tužbeni zahtev naslednika lica neosnovano lišenog slobode za naknadu nematerijalne štete zbog nedostatka aktivne legitimacije.³²

Uslovi pod kojima neimovinska šteta prelazi na naslednike

Prema odredbi čl. 204 st. 1. ZOO potraživanje naknade neimovinske štete prelazi na naslednike samo ako je priznato pravnosnažnom odlukom ili pismenim sporazumom.

Pravnosnažnost odluke

Naše pozitivno zakonodavstvo izričito propisuje da potraživanje naknade nematerijalne štete može preći na naslednike samo u slučaju postojanja pravnosnažne odluke. Nesporno je da presuda postaje pravnosnažnom istekom roka za žalbu, odricanjem ili odustankom od žalbe i pravnosnažnim odbacivanjem blagovremeno podnete žalbe. Sporno pitanje među pravnim teoretičarima je da li za slučaj odbijanja žalbe pravnosnažnom postaje prvostepena ili drugostepena presuda. Zato je od bitnog značaja za prava naslednika utvrđivanje činjenice u kom trenutku nastupa pravnosnažnost odluke. O tome u pravnoj teoriji postoji nekoliko različitih shvatanja.

Prema jednom stavu moguće je da naslednici oštećenog ostvare pravo na naknadu neimovinske štete i u slučaju ako je doneta samo prvostepena odluka, a žalbeni postupak nije okončan za života oštećenog. Uslovi za to su da je odluka bila doneta za života oštećenog ali on usled smrti nije dočekaao da se odluka proglašuje pravnosnažnom zbog žalbe koja je bila u postupku. Prema tom shvata-

³¹ Poznić, B., *Komentar zakona o parničnom postupku*, Beograd 2009, str. 181.

³² "Pravilno je prvostepeni sud odlučio o istaknutom prigovoru nedostatka aktivne legitimacije na strani tužilaca jer pravo na naknadu štete zbog neosnovanog lišenja slobode ili neopravdane osude pripada samo licu koje je bilo lišeno slobode odnosno osuđeno, pa tužiocima nisu aktivno legitimisani da traže naknadu nematerijalne štete zbog lišenja slobode pokojnog X. jer je ovo pravo strogo ličnog karaktera i ne može se vezati za neosnovano lišenje slobode drugog lica, ma koliko ono bilo blisko onom ko naknadu traži. Pravilno je prvostepeni sud zaključio da je pravo na naknadu nematerijalne štete zbog neosnovanog lišenja slobode lično, neprenosivo pravo i ne može biti predmet nasleđivanja, osim ako je priznato pravnosnažnom odlukom ili pismenim sporazumom, a saglasno odredbi čl. 204. st. 1. ZOO, što u konkretnom slučaju to nije. Zakon o obligacionim odnosima ne poznaje i ne priznaje naknadu štete srođnicima po ovom osnovu." presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Gž. 2024/11 od 15.09.2011, pravna baza *Ing-Pro*

nju ovakva mogućnost je dozvoljena iz razloga što se pravnosnažnost odluke suda ceni po danu kada je sud doneo odluku, a ne po danu kada je drugostepeni sud odlučio po žalbi jedne ili druge strane.³³ U pravnoj teoriji postoji stav da nakon odbijanja žalbe pravnosnažnost stiče prvostepena presuda, jer drugostepena odluka kojom se odbija žalba daje pravnu snagu prvostepenoj presudi.³⁴

Drugačije mišljenje iznose pravni pisci koji navode da pravnosnažnost nastupa tek donošenjem drugostepene presude, jer je to završna presuda kojom se meritorno rešava o sporu i tada prvostepena presuda ostaje bez dejstva. U prilog tome navode se i brojne zakonske odredbe: revizijom se pobija drugostepena a ne prvostepena presuda, zastarelost potraživanja počinje teći od drugostepene presude, brak ne prestaje prvostepenom već drugostepenom presudom itd.³⁵ Jedino postoji nesaglasnost u vezi trenutka pravnosnažnosti drugostepene presude. Prama jednom shvatanju drugostepena presuda postaje pravnosnažna danom većanja i glasanja.³⁶ Drugi, pak, teoretičari smatraju da je za nastanak konkretnog sudskog akta potrebno i njegovo saopštenje subjektima na koje se akt odnosi, tako da pravnosnažnost drugostepene presude nastupa danom odvajanja od suda i dostavljanjem strankama.³⁷ Smatramo ispravnim mišljenje, prema kome pravnosnažnost nastupa tek drugostepenom odlukom. Shodno tome, prema pozitivnom zakonodavstvu naslednici oštećenog ne mogu ostvariti pravo na potraživanje naknade nematerijalne štete ukoliko oštećeni premine u toku trajanja žalbenog postupka i ne dočeka odluku drugostepenog suda.

Pisani sporazum

Za punovažnost prelaska potraživanja naknade neimovinske štete na naslednika, osim pravnosnažne sudske odluke, podobno sredstvo je i postojanje pisanog sporazuma o priznavanju takve štete.³⁸ U zakonskom tekstu se ne govori o tome kako treba da bude sačinjen i u kom obliku treba da egzistira takav sporazum, da li se radi o strogo formalnom aktu ili je za njegovu punovažnost dovolj-

³³ Veljković, D., *Obligaciono pravo kroz komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd 2005, str. 248.

³⁴ Zuglia, S., *Građanski parnični postupak FNRJ*, Zagreb 1957, str. 478.; Triva, S., Belajec, V., Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb 1986, str. 581.

³⁵ Poznić, B., *Komentar zakona o parničnom postupku*, Beograd 2009, str. 793.

³⁶ Keča, R., Starović, B., *Građansko procesno pravo*, Novi Sad 2004, str. 371.; Triva, S., Belajec, V., Dika, M., *Ibid*, str. 522.; Čalija, B., Omanović, S. *Građansko procesno pravo*, Sarajevo 2000, str. 269.

³⁷ Poznić, B., *Ibid*, str. 846.; Stanković, G., *Građansko procesno pravo*, Beograd 1989, str. 347.

³⁸ smatramo ispravnijim termin "pisani sporazum" od sada važećeg termina u ZOO - "pismeni sporazum"

na prosta saglasnost volja. Na takva pitanja odgovore smo potražili kroz sudsku praksu.

Sudska praksa je zauzela stanovište da je za postojanje pisanog sporazuma dovoljno da je nastupio obligacioni odnos između stranaka, gde je ponudilac uputio безусловnu pisanu ponudu ponuđenom, koju je ovaj prihvatio. U tom slučaju je takav sporazum punovažan bez obzira što stranke nisu formalno potpisale i overile takav sporazum. O tome se izjasnio u jednoj skorašnjoj odluci Apelacioni sud u Novom Sadu.³⁹ U navedenoj presudi je sud odluku zasnovao na primeni pozitivnih odredbi Zakona o obligacionim odnosima koje se odnose na zaključenje ugovora. Za punovažnost pravnog posla je dovoljno da je upućen konkretan predlog ponudioca za zaključenjem sporazuma ponuđenom licu. Takav predlog treba da sadrži sve elemente ponude u smislu čl. 32. st.1. ZOO, odnosno predlog treba da sadrži sve bitne ugovorne elemente, tako da bi se njegovim prihvatanjem mogao zaključiti ugovor. Pritom je u smislu čl. 36. st. 1 ZOO, ponudilac vezan ponudom, osim ako je svoju obavezu da održi ponudu isključio, ili ako to isključenje proizilazi iz okolnosti posla. Konačno, ponuda je u smislu čl. 39. st. 1. ZOO prihvaćena kada ponudilac primi izjavu ponuđenog da prihvata ponudu. Dakle, ukoliko su ispunjeni svi napred navedeni uslovi, za pravnovaljanost sporazuma nije neophodno da je došlo do zaključenja pismenog sporazuma između stranaka. Pravno dejstvo proizvodi ponuda za zaključenja sporazuma jednog učesnika u pravnom poslu, na koju je dat pozitivan odgovor od strane drugog učesnika. O tome se izričito izjasnila sudska praksa u navedenoj odluci.

Drugo značajno pitanje u vezi zaključenja sporazuma o priznavanju neimovinske štete, odnosi se na ličnost subjekata koji mogu zaključiti takav sporazum. Iako to nije navedeno u zakonskom tekstu, smatramo da pisani sporazum mogu zaključiti samo stranke iz obligacionog odnosa – poverilac i dužnik. U tom slučaju sporazum ima snagu ugovora koji je za njih obavezujući. Nije punovažan pisani sporazum ako je u njemu izostala jedna od navedenih stranaka, a umesto nje je učestvovalo treće lice, pa makar se radilo o nasledniku. Stupanje trećeg lica

³⁹ “U konkretnom slučaju, i po mišljenju ovog suda, došlo je do zaključenja sporazuma o naknadi nematerijalne štete između pravnog prethodnika tužilaca i tuženog, i to na osnovu ponude, date od strane Ministarstva pravde pravnom prethodniku tužilaca, koji je istu u celosti prihvatio, te se smatra da je sporazum pravnovaljano zaključen. Ovaj sud u svemu prihvata razloge prvostepenog suda, vezane za primenu odredaba čl. 32. st. 1., čl. 36. st. 1., i čl. 39. st. 1. ZOO, a na osnovu kojih je došlo do zaključivanja navedenog sporazuma. U toj situaciji nije od značaja okolnost što Ministarstvo pravde, koje je bilo davalac ponude, nije potpisalo pismeni sporazum, jer je prema stavu 1. odredbe čl. 36. ZOO, ponudilac vezan ponudom, izuzev ako je svoju obavezu da održi ponudu isključio ili ako to proizilazi iz okolnosti posla. Obzirom da je ponuđeni – pravni prethodnik tužilaca u svemu postupio po datoj ponudi, istu potpisao i u datom roku vratio ponuđaču – ovde tuženom, dospela je obaveza iste za naplatu ponuđenog iznosa na ime naknade nematerijalne štete.” Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž 10271/10 od 17.3.2011, pravna baza Ing-Pro

u obligacioni odnos između poverioca i dužnika ne može imati obavezujući karakter za učesnike u pravnom poslu, i tako zaključeni sporazum neće proizvoditi pravno dejstvo. Takvo stanovište je jasno naglašeno u jednoj presudi Apelacionog suda u Beogradu iz 2011. godine.⁴⁰

NASLEĐIVANJE NAKNADE NEIMOVINSKE ŠTETE PREMA PREDNACRTU GRAĐANSKOG ZAKONIKA SRBIJE

U Srbiji je u toku intenzivan rad na kodifikaciji građanskog prava, koji treba da rezultira usvajanjem Građanskog zakonika Republike Srbije.

U Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije u čl. 230. st. 1. predviđen je pravni kontinuitet sa dosadašnjim pozitivnim rešenjem, tako što predlog glasi: "Potraživanje naknade neimovinske štete prelazi na naslednike samo ako je priznato pravosnažnom odlukom ili pismenim sporazumom." U odnosu na čl. 204. st. 1. ZOO razlika je samo u tome što je termin nematerijalna šteta zamjenjen izrazom neimovinska šteta, što smatramo ispravnim. Navedena razlika je samo terminološkog karaktera, dok suštinske razlike u odnosu na pozitivno zakonodavstvo ne bi bilo.

Međutim, u alternativni čl. 230. Prednacrta nalazi se suštinski drugačiji koncept. Alternativni predlog glasi: "Potraživanje naknade neimovinske štete prelazi na naslednika i ono može biti predmet ustupanja, prebijanja i prinudnog izvršenja." Iz ovakvog predloga se može uočiti da potraživanje naknade neimovinske štete prelazi na naslednike, bez ikakvih uslova i ograničenja. Ovakav koncept je u svakom slučaju bolji od sadašnjeg zakonskog rešenja na čije smo loše strane prethodno ukazali.

Međutim, mi smatramo da za prelazak potraživanja naknade neimovinske štete na naslednike, mora postojati makar inicijalni akt oštećenog. Ovo iz razloga što se ovde ne radi o imovinskom pravu koje bi na naslednike prelazilo pod istim uslovima kao sva druga imovinska prava, već se radi o ličnom pravu, koje je vezano za ličnost oštećenog. Iako se, poput imovinske štete, i naknada neimovinske štete, uglavnom iskazuje u novcu, to ne može biti razlog da se pravila koja se od-

⁴⁰ "Navod žalioaca da je ugovor o cesiji zaključen između sada pok. R.V. i tužilje J.B. (koja je njegov pravni sledbenik u ovoj parnici) upravo predstavlja "pismeni sporazum" na koji upućuje odredba čl. 204. Zakona o obligacionim odnosima, nije osnovan. Da bi pismeni sporazum mogao da bude osnov prenošenja potraživanja naknade nematerijalne štete, taj sporazum mora da bude zaključen između poverioca i dužnika, a ne između poverioca i trećeg lica, kao što je to ovde slučaj. Iako to nije izričito navedeno u odredbi čl. 204. Zakona o obligacionim odnosima, to jasno proizilazi iz stilizacije ove odredbe. Kako prema njoj potraživanje naknade nematerijalne štete prelazi na naslednika ili prijemnika samo ako je priznato pravosnažnom odlukom ili pismenim sporazumom, podrazumeva se da to priznanje može dati samo dužnik iz tog obligacionog odnosa." Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž 2710/11 od 24.11.2011, pravna baza Ing-Pro.

nose na naknadu imovinske štete protežu i na naknadu neimovinske štete. Novčana naknada je samo sredstvo za ostvarenje prava oštećenog, ali su razlozi za nadoknadu imovinske i neimovinske štete potpuno različiti, pri čemu treba imati u vidu specifičnost svrhe naknade neimovinske štete. Imovinska šteta je umanjene materijalnih dobara, dok su kod neimovinske štete napadnuta nematerijalna dobra izražena u poremećaju zdravlja, duševnog mira i emocionalne ravnoteže. Stoga bi neosnovano bilo prenositi pravo na naknadu neimovinske štete na naslednike ukoliko volju za satisfakcijom nije iskazao sam oštećeni. Osim navedenog, prenošenje potraživanja naknade neimovinske štete na naslednike bez inicijative samog oštećenog može biti i izraz shvatanja o ličnom karakteru ustanove nasleđivanja. Prema ovom shvatanju nasleđivanje predstavlja nastavljanje ličnosti dekujusa u ličnosti naslednika, te stoga i lična prava dekujusa mogu prelaziti bez ograničenja na njegove naslednike. Ovakvo shvatanje nasleđivanja je postojalo još u rimskom pravu, ali je u modernoj pravnoj teoriji napušteno, jer nasleđivanje ne može predstavljati ustanovu ličnog karaktera. Konačno, razlog za slobodan prelazak potraživanja naknade neimovinske štete na naslednike može biti zasnovano i na teoriji privatne kazne. Ovde je suština u tome da štetnik koji je odgovoran za štetu mora biti adekvatno kažnjen, te naknada neimovinske štete predstavlja kaznu za štetnika. I ovakvo shvatanje je u modernoj pravnoj teoriji napušteno, jer štetnik za svoju protivpravnu radnju odgovara prema kaznenim propisima. Čak i kada štetnik nije procesuiran u krivičnom postupku naknada neimovinske štete se određuje prema građanskopravnim merilima i ne može se temeljiti na represivnom karakteru.⁴¹

Imajući sve napred navedeno u vidu smatramo da nema opravdanja da se dozvoli slobodan prelazak naknade neimovinske štete na naslednike. Osnovni kriterijum za davanje pozitivnog odgovora na ovo pitanje, bila bi inicijativa oštećenog za ostvarenje takvog prava. Bez inicijative koja bi potekla od oštećenog, smatramo da ne bi bilo adekvatno ni celishodno dozvoliti naslednicima da zahtevaju takvu nadoknadu. Ovo iz razloga što se ne može sa sigurnošću utvrditi da li bi oštećeni za života tražio nadoknadu od štetnika. Razlozi kojima bi se rukovodio oštećeni ne moraju nužno postojati i na strani njegovih naslednika, jer ti razlozi često mogu biti subjektivne prirode (npr. lični odnos oštećenog prema štetniku, neprijatnost zbog javnog iznošenja određenih činjenica iz intimne sfere itd.)

Zato smatramo ispravnim rešenje prema kome treba dozvoliti nasleđivanje naknade neimovinske štete, samo ukoliko je volju za takvom nadoknadom ispoljio oštećeni. Pritom, je na zakonodavcu da odredi obim i formu u kojoj će se iskazati takva inicijativa oštećenog. Smatramo pogodnim rešenje prema kome tražbina naknade neimovinske štete prelazi na naslednike ako je oštećeni pod-

⁴¹ V. Stanković, O., *Naknada neimovinske štete*, Beograd 1972, str. 107-108.

neo pisani zahtev ili tužbu.⁴² Postojanjem pisanih dokaza o potraživanu nadoknade neimovinske štete, bio bi zadovoljen stepen pravne sigurnosti. Međutim, moguće je ublažiti takve kriterijume, te dozvoliti prelazak potraživanja na naslednike samo uz postojanje pozitivne izjave oštećenog. U tom slučaju zahtev za naknadom neimovinske štete čak ne bi morao od strane oštećenog biti upućen neposredno štetniku, ali bi bilo neophodno nedvosmisleno utvrditi volju oštećenog za ostvarivanje takvog prava.

Jedno od spornih pitanja bi moglo biti kako postupiti ako oštećeni ubrzo nakon pretrpljene štete umre ili izgubi sposobnost rasuđivanja. Odnosno, kako pravno regulisati slučajeve kada je oštećeni radnjom štetnika onemogućen da iskaže volju za ostvarivanje naknade neimovinske štete.⁴³ Smatramo da ne postoji nijedan opravdani razlog da iz takve situacije koristi ima štetnik. Stoga bi u situacijama kada je oštećeni radnjom štetnika onemogućen da iskaže volju za naknadom neimovinske štete, trebalo smatrati da takva volja postoji. Samo u tom slučaju bi potraživanje naknade neimovinske štete odmah prelazilo na naslednike, koji bi bili ovlašćeni da ostvare takvo pravo i bez postojanja prethodne inicijative oštećenog.

IZMEĐU PRAVA I PRAVDE

Pojmovi prava i pravde su poznati još od najstarijih vremena, a u antičko doba su često zajedno navođeni. Tako su termini prava i pravde kao ideje i pojmovi bili uvek najtešnje povezani, a uporedo ih srećemo u starogrčkom jeziku (*nomos kai dike* ili *nomos kai temis*) ili latinskom jeziku (*ius et iustitia*). U našoj zemlji su generacije pravnika sticali solidna i temeljna znanja o pozitivnom pravu, a da se u toku svog pravničkog obrazovanja skoro uopšte nisu upoznali sa terminom pravde. Zato se dešava da i najbolji pravni poslednici nemaju elementarna znanja o pravедnosti i pravičnosti, ali u praksi često steknu utisak da su određene odredbe zakona nepravedne.⁴⁴ Pravo i pravda nisu ekvivalentni pojmovi, i

⁴² takvo rešenje je propisano u čl. 1105. ZOO Hrvatske. v. Komentar Zakona o obveznim odnosima, opća redakcija Vilim Gorenc, Zagreb 2014, str. 1849-1850.

⁴³ Ovakve dileme već su se pojavile u hrvatskoj pravnoj teoriji, sa osnovanom primedbom da je nedavno usvojeni hrvatski ZOO u tom delu ostao nedorečen, te da bi ga trebalo dopuniti. v. Kačer, H., "Koncept nematerijalne štete po zakonu o obveznim (obligacionim) odnosima iz 1978. i usporedba sa konceptom iz Hrvatskog Zakona o obveznim odnosima iz 2005.", u: *Trideset godina Zakona o obligacionim odnosima – de lege lata i de lege ferenda* – Zbornik radova, ur. Radovan Vučkadinović, Kragujevac 2008, str. 254.

⁴⁴ Poslednjih godina situacija se promenila nabolje jer Kopaonička škola prirodnog prava već više od dve i po decenije kao stalnu temu ima naslov Pravo i pravda, dok jedna od šest katedri nosi naziv Pravo na pravdu. Na Pravnom fakultetu u Beogradu je 2012/13 uveden predmet Pravo i pravda.

nisu retki slučajevi u sudskoj praksi da dolazi do njihovog razmimoilaženja. U tom smislu treba posmatrati i pozitivnopravnu normu iz čl. 204. st. 1. ZOO. Iako je pravno normirano da potraživanje naknade nematerijalne štete prelazi na naslednika samo u slučaju postojanja pravnosnažne presude, životna i sudska praksa su pokazali da je takva odredba u mnogim slučajevima nepravedna.

Prema sadašnjem pozitivnom zakonodavstvu samo pravnosnažna presuda u postupku za naknadu neimovinske štete može postati tražbina koja bi postala naslediva i koja se može nalaziti u prometu. Međutim, imajući u vidu sve probleme u funkcionisanju pravosuđa, do pravnosnažnosti presude ponekad može proteći više godina. Ukoliko oštećeni ne bi doživeli pravnosnažnost presude, postupak se obustavlja, a naslednici ne bi bili aktivno legitimisani da nastave parnicu. Tako bi na kraju umesto pravične naknade naslednici oštećenog nasledili samo parnične troškove. Ovakvi slučajevi u praksi nisu retkost, jer su oštećeni u postupcima za naknadu imovinske i neimovinske štete najčešće stara i bolesna lica. Otežavajuću okolnost za njih, osim poslovične sporosti sudova, može predstavljati i namerno opstruisanje postupka od strane štetnika, koji je motivisan da se postupak ne okonča pravnosnažno, za života oštećenog. Sadašnja zakonska regulativa daje podsticaj štetniku za opstrukciju sudskog postupka, bez obzira što je očigledno da štetnik radi ostvarenja sopstvenih interesa vrši zloupotrebu prava. Da paradoks bude veći, čak se pogoduje štetniku koji je izazvao veću štetu, jer ukoliko je oštećeni pretrpeo najviši intenzitet fizičkog i psihičkog bola ili straha, postoji osnovano očekivanje da usled teških posledica štetnog događaja neće doživeti pravnosnažnost presude, pa samim tim i njegovi naslednici neće imati pravo na nadoknadu.

Ovakve dileme su ne tako davno bile predmet razmatranja radne grupe koja je pripremala nacrt novog Zakona o obveznim odnosima Hrvatske. Novi ZOO Hrvatske je usvojen 2005. godine, ali se on u većoj meri oslanja na rešenja iz nekada saveznog ZOO iz 1978. godine. Jedno od spornih pitanja u radnoj grupi je bilo da li treba menjati odredbu čl. 204. ZOO-78. Dve suprotstavljene strane su uz valjane argumente izneli bitno različita mišljenja. Na kraju su prevagnuli argumenti u prilog promeni dotadašnjeg rešenja i usvojen je čl. 1105. ZOO-05 Hrvatske, u kome se više ne zahteva postojanje pravnosnažne odluke za nasleđivanje potraživanja naknade neimovinske štete, već je dovoljno da je oštećeni podneo pisani zahtev ili tužbu.⁴⁵ Ovakva promena je veoma značajna i bitna i ima velikog praktičnog značaja jer umnogome olakšava položaj oštećenog. Iako je teško sa sigurnošću utvrditi šta je konačno prevagnulo u radnoj grupi, kao jedan od bitnijih argumenata spominje se prikazivanje jednog istinitog slučaja iz sudske prakse. Naime, u predmetnom slučaju sudski postupak je pokrenuo tužilac koji je radio u fabrici koja se bavila preradom opasnog materijala (azbesta), te je nakon

⁴⁵ Zakon o obveznim odnosima Hrvatske, Narodne Novine br. 35/05

obolenja u parničnom postupku zahtevao naknadu štete. Sudski postupak je trajao godinama do prvostepene presude kojom je usvojen tužbeni zahtev. Po žalbi tuženog u drugostepenom postupku o predmetu nije odlučivano nekoliko godina, iako je tužilac već bio ozbiljno narušenog zdravlja i više puta je urgencijama na to ukazivao žalbenom sudu. Kada je predmet došao na red za odlučivanje u dnevnik novinama je objavljena čitulja tužioca, što je ukazivalo da je kasno za pravosnažnost ovog postupka. Međutim, sudsko veće je rukovodeći se moralom i pravičnošću kao dan većanja odredilo dan pre smrti tužioca, i odbilo žalbu kao neosnovanu potvrđujući prvostepenu presudu, koja je tako postala pravosnažnom. Iako je antidatiranje dana većanja nezakonito, sud se rukovodio moralnim razlozima koji su za sudije imali jaču snagu od zakonskih pravila, a odluka je bila toliko moralna da na nju niko nije stavio primedbe.⁴⁶

Smatramo u potpunosti ispravnim izvršenu promenu navedenih odredbi u Hrvatskom zakonodavstvu. Takva promena je neophodna i u našem zakonodavstvu, kako naši sudovi ne bi dolazili u iskušenje da vagaju između prava i pravičnosti.

ZAKLJUČAK

Nasleđivanje naknade neimovinske štete je pravno pitanje koje je pobuđivalo pažnju, kako predratnih, tako i savremenih autora, a danas je naročito aktuelno imajući u vidu rad na jedinstvenom uređenju građanskopravne oblasti koji treba da rezultira usvajanjem Građanskog zakonika Srbije.

U predratnom periodu nije bilo zakonski regulisano pravo na nasleđivanje naknade neimovinske štete, dok se pravna teorija oslanjala na rešenja iz zemalja germanskog pravnog kruga, gde je prenošenje potraživanja takve naknade na naslednike bilo moguće u slučaju postojanja nagodbe sa štetnikom ili ukoliko je bio pokrenut postupak od strane oštećenog.

Sudska praksa u posleratnom periodu nije bila jedinstvena, te se najpre uopšte nije dozvoljavalo prenošenje ovog prava na naslednike, a kasnije su sudovi, ukoliko nije bilo priznanja štetnika, postupali dvojako: dozvoljavan je prelazak potraživanja na naslednike u slučaju postojanja pravosnažne presude ili samo uz uslov da je oštećeni inicirao sudski postupak.

Zakon o obligacionim odnosima iz 1978. godine je u čl. 204. st.1. je propisao da je prenošenje potraživanja naknade nematerijalne štete na naslednike dozvoljeno samo ukoliko je utvrđeno pravosnažnom presudom ili je priznato ugovorom. Ovakvo rešenje je predmet brojnih primedbi i bitno se razlikuje od

⁴⁶ Iako je teško pružiti dokaze za ovakav postupak suda, autor koji je u stručnoj javnosti izneo takav podatak pozvao se na svoje lično saznanje kao tadašnjeg sudskog pripravnika u pomenutom žalbenom sudu. v. Kačer, H., "Tri novote novog koncepta neimovinske štete po Zakonu o obveznim odnosima iz 2005. godine", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 5-6/ 2012, str. 1503.

predloga iz Skice profesora Konstantinovića, prema kome je za prenošenje potraživanja naknade neimovinske štete na naslednike bilo dovoljno da je oštećeni samo pokrenuo sudski postupak.

U Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije je u osnovnom tekstu predložen zakonodavni kontinuitet sa sadašnjom regulativom. Značajna novina uneta je alternativnim predlogom kojim se dozvoljava nasleđivanje potraživanja naknade neimovinske štete bez ograničenja. Smatramo da je alternativni predlog bolji od sadašnjeg zakonskog rešenja, ali smo mišljenja da prelazak potraživanja naknade neimovinske štete na naslednike ne bi trebalo dozvoliti bez inicijative oštećenog. Ovo imajući u vidu da se ovde radi o ličnom pravu oštećenog, te da on pri odlučivanju da li će takvu nadoknadu zahtevati od štetnika često može biti motivisan subjektivnim razlozima, koji razlozi ne moraju nužno postojati na strani njegovih naslednika. Radi veće pravne sigurnosti bilo bi poželjno da takav zahtev oštećenog bude u pisanom obliku upućen štetniku ili da je o tome poveden spor. Jedino ukoliko je kraće vreme nakon pretrpljene štete nastupila smrt oštećenog ili gubitak sposobnosti rasuđivanja, te je usled toga oštećeni onemogućen da iskaže volju za potraživanjem naknade neimovinske štete, trebalo bi smatrati da takva volja postoji i dozvoliti prenos potraživanja naknade neimovinske štete na naslednike bez inicijative oštećenog.

DRAGAN D. PANTIĆ, LL.D.,
Attorney at Law, Veliko Gradište

INHERITANCE OF NON-PECUNIARY DAMAGE

Summary

The autor writes about the problem of inheritance of non-pecuniaion damage in Serbian law. First, the description of the situation in the Serbian science before the Second World War, and then processes the post-war period and the current legislation. The paper critically evaluates now valid legal regulations in this area, and as soon expect the adoption of the Civil Code of Serbia, makes suggestions and proposals to regulate this legal issue *de lege ferenda*.

NAKNADA NEIMOVINSKE ŠTETE ZBOG NEOSNOVANOG LIŠENJA SLOBODE ILI NEOSNOVANE OSUDE

– Sa posebnim osvrtom na naknadu neimovinske štete
zbog povrede prava na slobodu –

Građanski zakonik Kraljevine Srbije (od 25.03.1844. godine) u vreme kada su u Evropi postojali samo Francuski građanski zakonik (od 21.03.1804. godine) i Austrijski građanski zakonik (od 01.06.1811. godine) je u odredbama paragrafa 822, predvideo sledeću regulativu: “Šteta se mora i ona naknaditi, koja bi sa povredom slobode čije, ili česti i poštenja ili imanja tuđeg prouzrokovana bila”.

Građanski zakonik Kraljevine Srbije je, pre 100 godina, od donošenja Evropske Konvencije o ljudskim pravima (Rim, 04.11.1950. godine), praktično priznao i konstituisao, između ostalog, i pravo na slobodu (koje je kao jedno od osnovnih, univerzalnih ljudskih prava, predviđeno i regulisano Konvencijom o ljudskim pravima, koja je ratifikovana Zakonom o ratifikaciji “Službeni list SCG 9/2003, i to u prvom delu “Prava i slobode”, čl. 5).

Ustav Republike Srbije (“Službeni glasnik RS 98 od 10.11.2006. godine) je, sledeći pravnički duh Srpskog građanskog zakonika, u svojim odredbama regulisao pravo na slobodu (član 27 Ustava: “Svako ima pravo na ličnu slobodu i bezbednost. Lišenje slobode dopušteno je samo iz razloga i u postupku koji su predviđeni samo zakonom”, a članovima 28, 30 i 31 Ustava Republike Srbije je, između ostalog regulisano, da se sa licem lišenim slobode mora postupati čovečno i sa

Smiljka Dingarac-Nićiforović, sudija Apelacionog suda u Beogradu, u penziji.

uvažavanjem, da se lice protiv koga postoji osnovana sumnja da je izvršilo krivično delo može pritvoriti samo na osnovu odluke suda i da se trajanje pritvora svodi na najkraće neophodno vreme). Istovremeno, između ostalog, Ustav je inkorporirao odredbe Evropske Konvencije o ljudskim pravima (član 12 stav 2 Ustava RS: “Opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni su deo pravnog poretka RS i neposredno se primenjuju. Potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu sa Ustavom i zakonom”)

Imajući u vidu značaj prava na slobodu, kao jednog od egzistencijalnih ljudskih prava, Zakonik o krivičnom postupku (Službeni list RS 72/11), koji je sada u primeni, je u opštim odredbama, u članu 18 predvideo, da lice koje je neosnovano lišeno slobode ili osuđeno za krivično delo, ima pravo na naknadu štete od države i druga prava propisana zakonom, a odredbama člana 583 zaključno sa članom 595 Zakonika o krivičnom postupku, je regulisan postupak za ostvarivanje prava lica neosnovano lišenih sloboda ili neosnovano osuđenih.

Zakonik o krivičnom postupku je predvideo objektivnu odgovornost države zbog neosnovanog lišenja slobode ili neosnovane osude i odredbama člana 584 i 585 ovog Zakonika, je precizirano, ko se smatra neosnovano lišenim i neosnovano osuđenim, i u kojim slučajevima, ova lica nemaju pravo na naknadu štete. Predviđeno je da naknada štete ne pripada licima koja su svojim nedozvoljenim postupcima prouzrokovali lišenje slobode (ako izbegava dolazak na glavni pretres, odnosno ako postoje okolnosti koje ukazuju na bekstvo, kao i kada su lažnim priznanjem ili na neki drugi način namerno prouzrokovali osudu, osim ako su bili prinuđeni, kao i kada je do obustave postupka odnosno odbijanja optužbe došlo na osnovu sporazuma sa okrivljenim).

Odredbama članova 588 i 589 Zakona o krivičnom postupku, je predviđeno da se naknada štete ostvaruje podnošenjem tužbe sudu protiv Republike Srbije, ukoliko komisija uređena aktom ministra nadležnog za poslove pravosuđa ne usvoji zahtev ovih lica, odnosno ukoliko se ne postigne sporazum o naknadi štete, vrsti i visini. Zakon o krivičnom postupku ne predviđa obavezu Komisije, a potom suda, da utvrdi da li je bilo grešaka u radu državnih službenika, već sama činjenica lišenja slobode, uz ispunjenje uslova iz člana 584 i 585 Zakona o krivičnom postupku, je dovoljna da ova lica imaju pravo na naknadu materijalne i nematerijalne štete. Znači, osim navedenih izuzetaka, nije potrebno uopšte utvrđivati da li je bilo grešaka u postupanju državnih organa, tako, da čak, i kad su državni organi postupali pravilno (kao na primer kada je pritvor bio neophodan, jer je određen, zbog bojazni uticaja na svedoke) sama činjenica lišenja slobode koja je rezultirala odbijajućom presudom (na primer zbog odustanka javnog tužioca, odnosno zastarelosti) ili oslobađajućom presudom, je dovoljna da ova lica imaju

pravo na naknadu štete. Utvrđivanje obima štete, vrste i visine štete procenjuje se shodno odredbama Zakona o obligacionim odnosima.

Za razliku od regulativne odredbama Zakona o krivičnom postupku, u anglosaksonskom pravnom sistemu, je predviđena subjektivna odgovornost državnog službenika, koja se utvrđuje prema povredi pažnje koju bi pokazao prosečno razuman čovek, odnosno da je državni službenik znao da će njegovo ponašanje ili propuštanje dovesti do povrede. U samo 15 država Sjedinjenih Američkih Država postoje odredbe po kojima država nadoknađuje štetu zbog neosnovane osude. U kontinentalno-evropsko pravnom sistemu, na primer u Francuskoj, je potrebno da je šteta u ovakvim situacijama prouzrokovana namerno ili grubom nepažnjom. U Italiji se retko isplaćuje naknada zbog neosnovane osude. U Saveznoj Republici Nemačkoj samo ako se radi o težoj povredi prava ličnosti. Naučni rad "Naknada štete zbog neosnovanog lišenja slobode ili neosnovane osude u stranim zakonodavstvima" prof.dr Nataša Mrvić-Petrović i prof.dr Zdravko Petrović, objavljen u časopisu *Strani pravni život* (3/2010) iscrpno analizira rešenja u uporednom pravu, koja su samo naznačena u ovom referatu.

Imajući u vidu izneto, naš pravni sistem je u vrhu pravnih sistema država koje pravo na slobodu visoko vrednuju, a što je uočeno još u vreme donošenja Srpskog građanskog zakonika Kraljevine Srbije, još 1844. godine.

Prilikom utvrđivanja materijalne štete, obima i visine, koju su pretrpela ova lica, nema velikih teškoća. Materijalna šteta je definisana odredbama člana 155 Zakona o obligacionim odnosima, a naknada materijalne štete odredbama člana 185, 189 i 190 Zakona o obligacionim odnosima. Imovinska šteta se obično definiše: "Kao umanjeње postojećeg imovine ili nenastupanje njenog povećanja koje se prema redovnom toku stvari ili okolnostima konkretnog slučaja osnovano mogao očekivati. Ono što čini suštinu ovog pojma i što ga u isto vreme čini koherentnim jeste imovinski karakter interesa čijom povredom nastaje imovinska šteta. Reći imovinski interes znači interes koji se može izreći novcem. Novac je zajednička mera vrednosti naših imovinskih interesa" Ovako definiše imovinsku štetu prof. Dr Obren Stanković u knjizi "Novčana naknada neimovinske štete".

Inače, imovinska šteta nastala povredom prava na slobodu neće biti predmet analize u ovom referatu.

Međutim, utvrđivanje nematerijalne (moralne) štete, njena suština i visina ove naknade, kao posledica povrede prava na slobodu, nije jednostavno. "Nematerijalna šteta znači izvesnu patnju, izvestan bol, jedan neugodan osećaj i da kao takav remeti našu emocionalnu, odnosno psihičku ravnotežu. Problem naknade neimovinske štete sastoji se baš u tome kako da se otkloni ili ublaži neravnoteža uneta u naš psihički život, trpljenje nekog psihičkog ili fizičkog bola, a problem novčane naknade neimovinske štete je kako da se to postigne pomoću nov-

ca". Ovakav stav je izrazio prof.dr Obren Stanković u knjizi "Novčana naknada neimovinske štete". Nematerijalna šteta može biti zbog pretrpljenih fizičkih bolova, zbog pretrpljenih duševnih bolova (zbog umanjena životne aktivnosti, naruženosti, povrede časti i ugleda, povrede slobode, povredi prava ličnosti) i zbog pretrpljenog straha.

Određivanje visine naknade ove štete je vrlo kompleksno. "Svrha naknade neimovinske štete nije u tome da svojom novčanom vrednošću neposredno zameni ono što je žrtva izgubila. Opšti i polazni kriterijum ovde mora biti drugi: sud treba da odmeri naknadu u iznosu čija kupovna moć može žrtvi da obezbedi zadovoljstva koja će najefikasnije uspostaviti njenu psihičku ravnotežu narušenu trpljenjem duševnog, odnosno fizičkog bola". Ovakav stav je izrazio prof.dr Obren Stanković u knjizi "Novčana naknada neimovinske štete", koji je inače prihvaćena i u teoriji i u praksi.

Osnovna karakteristika kod određivanja naknade neimovinske štete je nemogućnost da se novčano izrazi i isplatom novca uspostavi stanje koje je postojalo pre nastanka štete. Naknada ove štete nema novčani ekvivalent. Naknada ove štete mora da se odmeri kao kompenzacija za pretrpljenu neugodnost, za pretrpljeno zlo.

Inače, u praksi sudova uočeni su i slučajevi dosuđivanja naknade nematerijalne štete zbog neosnovanog lišenja slobode odnosno neosnovane osude i zbog pretrpljenog straha, zbog duševnih bolova zbog umanjene životne aktivnosti nastale kao posledica straha i zbog duševnih bolova zbog umanjene životne aktivnosti uzrokovane pogoršanjem zdravlja (Kod utvrđivanja postojanja i obima pretrpljenog straha za koji treba dosuditi naknadu, sudovi moraju da postupaju vrlo pažljivo, jer po redovnom toku stvari svako lišenje slobode, dovodi do straha, strah je očekivana i normalna pojava i posledica ovako promenjene životne situacije. Zato sudovi moraju da utvrde da li je i šta uzrokovalo tako poseban strah, šta je to bilo tako drastično u postupku i za vreme lišenja slobode, odnosno neopravdane osude da je moglo da izazove tako posebno jak strah, da li je postupanje državnih organa bilo uobičajeno za ovakve situacije ili različito i u čemu se ta razlika sastoji, da li je manifestacija straha veća od uobičajene i u čemu se sastoji ova razlika, da li je posledica neosnovanog lišenja slobode odnosno osude, ili je posledica strukture ličnosti, te da li je strah takvog intenziteta da je opravdano dosuditi naknadu. Ako je umanjena životna aktivnost sa ovog razloga, treba utvrditi u čemu se manifestuje umanjeno životne aktivnosti, kao i da li je na umanjeno životne aktivnosti imala uticaj i struktura ličnosti, lica koje je neosnovano lišeno slobode, odnosno neosnovano osuđeno, te ako jeste koliko. Ako je došlo do pogoršanja zdravstvenog stanja i zbog toga umanjeno životne aktivnosti potrebno je utvrditi u čemu se sastoji to pogoršanje zdravlja i da li je uzrokovano upravo ne-

osnovanim lišenjem slobode odnosno neosnovanom osudom, odnosno kako se manifestuje ili iz nekih drugih razloga).

Inače, ovaj referat se fokusira na naknadu neimovinske štete zbog povrede prava na slobodu, prouzrokovanu neosnovanim lišenjem slobode, odnosno neosnovanom osudom.

Duševni bolovi prouzrokovani neosnovanim lišenjem slobode, odnosno neopravdanom osudom izražavaju se u psihičkoj sferi ovih lica i predstavljaju jedinstven vid štete koji obuhvata štetne posledice vezane za ličnost i to osećanje nepravde, povrede časti i ugleda, ograničenja kretanja, osećanje zla koje je snašlo ovo lice, osećanje omalovažavanja i osude sredine u kojoj ova lice žive i rade... Prilikom odmeravanja visine naknade ove štete, pre svega mora da se pođe od svrhe naknade nematerijalne štete. Treba da se cene sve relevantne okolnosti iz člana 200 Zakona o obligacionim odnosima i to dužina trajanja neosnovanog lišenja slobode, odnosno neosnovane osude, krivično delo koje se ovim licima stavlja na teret, da li su ova lica bila ranije osuđivana, da li za istorodna krivična dela, porodični status, profesija, životna dob, da li su ova lica izgubila posao i sl, i sve ove okolnosti treba pažljivo utvrditi.

Upravo zbog toga, što je utvrđivanje visine naknade nematerijalne štete zbog neosnovanog lišenja slobode odnosno neosnovane osude, skopčano sa mnogim teškoćama, pre svega nemogućnost uspostavljanja stanja pre nastanka ove štete i nemogućnosti njenog novčanog izražavanja, primetno je da na teritoriji Republike Srbije, sudovi ne postupaju ujednačeno.

Stiče se utisak da ne postoje čvrsti i ujednačeni kriterijumi prilikom određivanja ove naknade (iako u svakom predmetu postoje određene specifičnosti), kao i da se visina ove naknade ne odmerava u skladu sa pravnom prirodom naknade nematerijalne štete i u skladu sa ciljem kojem ova naknada služi.

Iz izveštaja Državnog pravobranilaštva RS upućenog Ministarstvu pravde RS od 24.07.2014. godine, proizilazi da postoji velika razlika u postupanju sudova kada se odlučuje o visini ove naknade, kao i da se dosuđuju izrazito visoki iznosi na ime ove naknade. Iz ovog izveštaja (kada se naknada ove štete svede po danima, radi upoređivanja, iako se naknada nematerijalne štete ne može, prema postojećim zakonskim rešenjima, odmeravati po danu boravka u pritvoru, odnosno zatvoru zbog neosnovanog lišenja slobode odnosno neosnovane osude) proizilazi da sudovi na području Apelacionog suda u Beogradu prosečno dosuđuju po danu 6.413,00 dinara (od 12.500,00 dinara, kao najvećim iznosom u pregledanim predmetima do 3.700,00 dinara po danu, kao najmanjim iznosom u pregledanim predmetima), što mesečno iznosi, ukoliko mesec ima 30 dana, 192.390,00 dinara, odnosno ako mesec ima 31 dan, 198.803,00 dinara. Na području Apelacionog suda u Novom Sadu prosečno se po danu dosuđuje 6.140,00 dinara (od 20.000,00

dinara, kao najvećim iznosom u pregledanim predmetima do 1.000,00 dinara po danu, kao najmanjim iznosom u pregledanim predmetima, što mesečno iznosi 184.200,00 dinara, ako je mesec od 30 dana, odnosno 190.340,00 dinara ako mesec ima 31 dan. Na području Apelacionog suda u Nišu sudovi dosuđuju prosečno po danu 5.704,00 dinara (od 7.143,00 dinara, kao najvećim iznosom u pregledanim predmetima do 4.000,00 dinara po danu, kao najmanjim iznosom u pregledanim predmetima), što mesečno iznosi 171.120,00 dinara, ukoliko mesec ima 30 dana, odnosno 176.824,00 dinara, ukoliko mesec ima 31 dan. Sudovi na području Apelacionog suda u Kragujevcu dosuđuju mesečno po danu 6.720,00 dinara (od 10.870,00 dinara, kao najvećim iznosom u pregledanim predmetima do 3.185,00 dinara po danu, kao najmanjim iznosom u pregledanim predmetima), što mesečno iznosi 201.600,00 dinara, ukoliko mesec ima 30 dana, odnosno 208.320,00 dinara ukoliko mesec ima 31 dan. Takođe su navedeni iznosi koje dosuđuju sudovi na području Višeg suda u Beogradu (prosečno 5.964,00 dinara po danu), Višeg suda u Vranju (prosečno 3.596,00 dinara po danu), Osnovnog suda u Paraćinu (prosečno 3.596,00 dinara po danu) i Osnovnog suda u Kraljevu (prosečno 6.876,00 dinara po danu).

Postavlja se pitanje da li je dosuđivanje ovako različitih, a, i u nekim slučajevima, izrazito visokih iznosa naknade neimovinske štete zbog neosnovanog lišenja slobode, odnosno neosnovane osude, opravdano.

Nesporno je da su duševni bolovi koje je pretrpelo neko lice koje je neosnovano osuđeno, odnosno neosnovano lišeno slobode, nemerljivi. Ovi bolovi su nenaplativi, jer određeni novčani iznos ne može da izbriše nastalu štetu u psihičkoj sferi ovih lica. Ne može da izbriše neopravdano pretrpljeno zlo zbog neosnovanog lišenja slobode odnosno neosnovane osude. Naknada za pretrpljene duševne bolove treba da bude satisfakcija, zadovoljenje, a ne novčano vrednovanje pretrpljenih bolova.

Prilikom odmeravanja visine ove naknade nematerijalne štete treba da se ima u vidu da se satisfakcija za pretrpljene duševne bolove postiže već presudom suda kojom se ova lica oslobađaju od odgovnosti, odnosno kojom se odbija optužba. Zakon o krivičnom postupku predviđa i mogućnost (član 592) da sud ukoliko je slučaj na koji se odnosi neosnovano lišenje slobode ili neosnovana osuda nekog lica, prikazivan preko sredstava javnog informisanja i time bio povređen ugled tog lica, na zahtev tog lica objavi saopštenje o odluci, odnosno, ukoliko slučaj nije prikazan preko sredstava javnog informisanja ovakvo saopštenje na zahtev tog lica, će se dostaviti državnom organu, preduzeću, pravnom ili fizičkom licu kod kog je ovo lice u radnom odnosu.

Ovakvi problemi kod utvrđivanja naknade nematerijalne štete zbog pretrpljenih duševnih bolova zbog lišenja slobode postoje i kod zahteva lica koja su re-

habilitovana Zakonom o rehabilitaciji (Službeni glasnik RS 92 od 7.12.2011. godine). Uočeno je iz prakse sudova različito postupanje i dosuđivanje enormno visokih iznosa na ime ove naknade, milionskih i više milionskih. Međutim, ovaj problem nije predmet razmatranja ovog referata.

Imajući u vidu izneto, postavlja se pitanje da li je pravedno u odnosu na ostale građane, kada je prosečna zarada u Republici Srbiji za septembar 2014. godine 43.975,00 dinara (ovaj mesec se uzima radi upoređivanja sa iznosima dosuđene naknade nematerijalne štete u izveštaju Državnog javnog pravobranilaštva upućenog Ministarstvu pravde RS od 24.07.2014. godine), isplaćivati ovako visoke iznose naknade neimovinske štete, i to 3, 4, 5 i više puta od prosečne zarade u Republici Srbiji, znači od zarade koju ostvaruju lica koja rade svih radnih dana u toku meseca. Ovo imajući u vidu i činjenicu da je donet Zakon o privremenom uređenju osnovica za obračun i isplatu plata i zarada i drugih stalnih primanja kod korisnika javnih sredstava (Službeni list 116/2014 od 27.10.2014. godine) kojim su smanjene isplate svih korisnika javnih sredstava koji ostvaruju zaradu preko 35.000,00 dinara i svih penzionera koji ostvaruju primanja preko 25.000,00 dinara.

Postavlja se pitanje da li je dosuđivanje ovako visokih naknada nematerijalne štete koja se isplaćuje iz budžeta Republike Srbije, pravedno i u odnosu na ostale građane, koji su "na platnom spisku budžeta" (prosveta, zdravstvo, vojska, policija, čija su primanja umanjena, a inače nešto malo veća od prosečne zarade) i u odnosu na najstarije građane koji su stekli, radom, pravo na penziju, koja je takođe umanjena, a koji, svi, snose teret oporavka privrede i teške ekonomske situacije.

Pitanje je da li se ovako dosuđenim visokim iznosima naknade nematerijalne štete, a imajući u vidu ekonomsku situaciju u državi, dovodi u pitanje svrha ove naknade i da li se na ovaj način pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njenom pravnom prirodom i društvenom svrhom i da li je se na ovaj način naknada ove štete komercijalizacije.

Inače, kako je već rečeno, u mnogim državama (što iz proizilazi iz naučnog rada "Naknada štete zbog neosnovanog lišenja slobode ili neosnovane osude u stranim zakonodavstvima" prof. dr Nataša Mrvić-Petrović i prof. dr Zdravko Petrović) predviđena je subjektivna odgovornost državnog službenika, a pored toga, mnoge države štite svoje budžete vrlo restriktivnim pristupom kod naknade ove štete.

Primeru radi Zakon o naknadi za suđenje (Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (StrEG) § 7 Umfang des Entschädigungsanspruchs) koji je i danas na snazi u Saveznoj Republici Nemačkoj, je predviđeno paragrafom 7 tačka 3, da je za gubitak koji nije materijalna šteta, naknada je

25 eura, za svaki dan boravka u pritvoru, a u tački 4 istog paragrafa da je za štetu koja bi se desila bez optužbe naknada neće biti isplaćena.

Država koja je sa najjačom ekonomijom u Evropi, isplaćuje daleko manje iznose na ime naknade nematerijalne štete zbog neosnovanog lišenja slobode odnosno osude i to samo u situacijama kada je došlo do optuženja, od iznosa koji isplaćuje država Republika Srbija, država, koja je ustanovila objektivnu odgovornost naknade ove štete, koja je opterećena dugovima, nezaposlenošću i gde prosečna zarada u avgustu 2015. godine, iznosi 44.630,00 dinara, a prosečna penzija u 2015. godini iznosi 23.159,00 dinara, u kojoj se posledice katastrofalnih poplava iz 2014. godine, još uvek otklanjaju, u kojoj je donet Zakon o privremenom uređenju osnovica za obračun isplate plata i zarade i drugih stalnih primanja kao korisnika javnih sredstava (Službeni list 116/2014 od 27.10.2014. godine).

ZAKLJUČAK

Imajući u vidu da je u toku donošenje Građanskog zakonika Republike Srbije, treba razmisliti, u cilju ujednačavanja sudske prakse i pravednijeg određivanja ove naknade, kako u odnosu na oštećene, tako i u odnosu na sve građane, imajući u vidu tešku ekonomsku situaciju u zemlji, da li bi bilo celishodno dopuniti član 359 odnosno 360 radnog teksta Građanskog zakonika Republike Srbije, sledećom tačkom koja glasi: "Kriterijumi za određivanje visine naknade nematerijalne štete zbog neosnovanog lišenja slobode, odnosno neosnovane osude, biće određeni posebnim zakonom". Potom, doneti Zakon o naknadi štete, koja je prozrokovana zbog neosnovanog lišenja slobode, odnosno neosnovane osude, a polazeći od principa Zakona o naknadi za suđenje Savezne Republike Nemačke. Pri tome, kao parametar, za određivanje ove naknade uzeti prosečnu zaradu u Republici Srbiji.

ODGOVORNOST ZA ŠTETU ZBOG IZBACIVANJA PREDMETA ILI IZLIVANJA TEKUĆINA IZ PROSTORIJA

U V O D

Od svog postanka ljudi koriste određene prostorije za stanovanje ili obavljanje svojevrstnih aktivnosti poslovnog, obrazovnog ili rekreativnog karaktera.

Prilikom korištenja prostorija (na primjer: zgrade, stanovi, poslovne prostorije, škole, pozorište, javno kupališta i sl.), može doći do izbacivanja predmeta ili izlivanja odnosno, prodiranja tekućina u druge prostorije ili u otvoreni prostor, te posljedičnog nastupanja štete na imovinskim ili pak neimovinskim dobrima ljudi.

Posmatrano kroz istoriju, sve do današnjih dana, ove štete su se najčešće događale u gradskim, gusto naseljenim sredinama. Stari Rim, a ni mnogi drugi veći gradovi u to vrijeme, nisu imali organizovan sistem odlaganja i odvođenja otpadnih materija, niti izgrađenu infrastrukturu za te svrhe, pa se nerijetko dešavalo da neki predmet ili tekućina budu izbačeni odnosno prosuti na ulicu, te da usljed toga neko od prolaznika bude povrijeđen ili pak pretrpi štetu na imovini.

U današnje vrijeme, bez obzira na usavršenu i izgrađenu infrastrukturu, štete od izbacivanja predmeta ili prosipanja tekućina se takođe često dešavaju prouzrokujući smrt, tjelesne povrede ili oštećenja stvorenih imovinskih vrijednosti čovjeka.

Dr Slobodan Stanišić, advokat i profesor Fakulteta pravnih nauka Panevropskog univerziteta "Aperion" Banja Luka.

Radi sprečavanja ovakvih štetnih postupaka i zaštite oštećenih lica, antičke države, a kasnije i svi razvijeni pravni sistemi u Evropi i svijetu, su na odgovarajući način sankcionisali takve postupke, propisujući krivičnu ili pak građansku odgovornost za njihove počinioce.

U našim predstojećim izlaganjima ćemo se ograničiti na građansku odgovornost koja nastaje za imaoca stana ili druge prostorije usljed izbacivanja predmeta ili prolivanja tekućina. Još u starom rimskom pravu, ova vrsta građanske odgovornosti je bila tretirana kao odgovornost bez obzira na krivicu.¹ I danas se odgovornost imaoca prostorije za štetu zbog izbacivanja ili prosipanja tekućina prosuđuje po objektivnom principu.² Jedan od uslova za nastupanje objektivne odgovornosti imaoca prostorije u ovim slučajevima je da učinilac štete nije poznat.

U slučaju da je počililac poznat, za prosuđivanje građanske odgovornosti za štetu se primjenjuju pravila o odgovornosti po osnovu krivice, s napomenom da se u određenim slučajevima mogu primjeniti i pravila o objektivnoj odgovornosti, pogotovo ako bi se postupanje počinioca u konkretnom slučaju ocjenilo kao opasna djelatnost.

ISTORIJSKI RAZVOJ

Rimsko pravo. – Tužbe “*actio de deiectis vel effusis*”³ i “*actio de positis et suspensis*”⁴ su stvorili rimski pretori⁵ s ciljem zaštite prolaznika od šteta koje su mogle nastati usljed pada predmeta obješenih ili postavljenih na ulični zid kuće ili izbacivanja predmeta ili izlivanje tekućina iz stana.

Propisivanjem pomenutih tužbi je ustanovljen poseban slučaj objektivne odgovornosti vlasnika stanova ili drugih prostorija za štetu koja nastane trećim licima.

Na osnovu pretorske tužbe “*actio de deiectis vel effusis*” ustanovljena je odgovornost imaoca stana (na primjer, vlasnika, držaoca, zakupca stana) za naknadu

¹ A. Romac, “Riječnik rimskog prava”, Informator Zagreb, 1983, str. 7.

² Vidi čl. 159 Obligacijskog zakonika Republike Slovenije /OZ/Ur. l. RS, št. 83/2001, 32/2004, 28/2006. Odl.US: U-I-300/04-25, 29/2007 Odl.US: U-I-267/06-41, 40/2007) - *Odgovornost imetnika stavbe*; Vidi čl. 165-j Zakonot za obligacionite odnosi (Služben vesnik na Republika Makedonija br.18/01, 04/02, 05/03 i 84/08); Vidi čl.186 Zakona o obliugacionim odnosima (Službeni list Crne Gore, br. 47/08).

³ Lat. *actio* - tužba; *deicere*-baciti dole; *effundere*-izliti; citirano prema: A.Romac, op. cit., str. 7.

⁴ lat. *actio*- tužba; *de*-o; *ponere*-postaviti; *vel*-ili i; *suspendere*-objesiti; citirano prema: Romac A, op. cit, str. 7.

⁵ Lat. *praetor* (praeire-ići naprijed) – rimski pravosudni magistrat čija je funkcija uvedena 367 godine prije nove ere.

štete koja nastane trećem licu (najčešće prolazniku), usljed izbacivanja predmeta ili prosipanja tekućina iz stana.

Ukoliko je usljed izbacivanja predmeta ili prosipanja tekućina iz nečijeg stana, nastupila smrt slobodnog čovjeka, odgovorno lice (vlasnik, odnosno držalac stana) je bilo dužno platiti kaznu u iznosu od 50.000 sestercija. U slučaju da je slobodan čovjek, zbog pomenutih radnji, zadobio tjelesne povrede, odgovorno lice je bilo dužno platiti primjerenu naknadu za troškove liječenja i izgubljenu zaradu.⁶

Ukoliko je usljed gore navedenih radnji poginuo rob ili je bila oštećena ili uništena kakva druga stvar, oštećeni je imao pravo na naknadu štete u novcu u količini koja je odgovarala dvostrukoj vrijednosti oštećene ili uništene stvari.⁷

Odgovornost imaoca stana, po svojoj pravnoj prirodi je bila objektivna, dakle odgovornost bez obzira na krivicu. Pasivno legitimisan po navedenim tužbama je bio imalac stana, a ne počinitelj štete.

Srednjovjekovno pravo. – U pravnim sistemima ranog feudalizma i to u državama koje su nastale na teritoriji nekadašnjeg rimskog carstva, takođe postoji objektivna odgovornost za štetu usljed izbacivanja predmeta ili prolivanja tekućina iz stana zasnovana na pravilima preuzetim iz rimskog prava.

U francuskom srednjovjekovnom pravu, važio je opšti princip subjektivne odgovornosti, ali je od ovog pravila bilo i izuzetaka. Naime, u francuskim gradovima su sve češće nastajale štete koje su posljedica urbanog načina života kao što su štete od urušavanja građevina, ispadanja ili izbacivanja predmeta sa građevina. Za ove štete, nastale nezavisno od volje vlasnika zgrade, odgovaralo se bez obzira na krivicu.

Odgovornost za štetu od izbacivanja predmeta i prosipanje tekućina u IX i XX vijeku. – U Austrijskom građanskom zakoniku (AGZ)⁸ ova vrsta odgovornosti je bila posebno regulisana:

⁶ Romac A, op. cit., str 7.

⁷ Romac A, op. cit., str. 7.

⁸ *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch Österreichs* - Austrijski opšti građanski zakonik (AGZ) je objavljen carskim patentom od 01.juna 1811 godine, a stupio je na snagu u jugoslovenskim zemljama i to: 01. januara 1812. godine - za područje Vojne granice ukoliko nije bila pod francuskom okupacijom; 01. jula 1814. godine - za područje Karlovačke i Banske granice; 01. maja 1815. godine - za područje okruga Postojna, Ljubljana, Novo Mesto i Beljak; 01. oktobra 1815. godine - za područje Istre i Gorice, 01. januara 1816. godine - za područje Dalmacije; 01. oktobra 1816. godine - za područje otoka Koločep, Korčula, Šipan, Lastovo, Vis, Mljet i Lopud; 01. maja 1853. godine - za područje Hrvatske sa Slavonijom, Ugarske, Srpske Vojvodine i Tamiškog Banata; a od 29. decembra 1878. godine - za područje Bosne i Hercegovine. Obligacioni odnosi su pretežno uređeni odredbama zakona o ugovorima i naknadi štete. I danas je na snazi u Republici Austriji i Lihtenštajnu.

“Ako je ko oštećen padnućem kakve stvari obješene ili namještete na pogibeljan način; ili bacanjem ili prolijevanjem iz kakva stana; odgovara za štetu onaj, iz čijeg je stana bilo bačeno ili proliveno; ili kakva stvar pala.”⁹

Pojam stana treba tumačiti ekstenzivno i podrazumjevati pod istim sve ograđene prostorije koje ljudi koriste po ma kom osnovu.

Već je na prvi pogled uočljivo da su navedenom zakonskom odredbom regulisane dvije potpuno različite situacije i to:

– prva, ako je iz stana pao predmet koji je u njemu ostavljen na takvom mjestu da po položaju predstavlja opasnost nastupanja štete (“stvar obješena ili namještena na pogibeljan način”), i

– druga, ako je iz stana izbačen kakav predmet, ili prolivena kakva tekućina, te usljed takvih radnji nastupi šteta.

U oba slučaja je riječ o objektivnoj odgovornosti za štetu, stim što u prvom slučaju, vlasnik stana ne odgovara kao imalac stana, već kao imalac opasne stvari (predmeta koji je pao), a u drugom, ako nastane šteta zbog toga što je neko izbacio nekakav predmet iz stana ili pak od izlivanja tekućine iz stana, vlasnik odnosno držalac stana ne odgovara kao imalac opasne stvari (predmeta koji su izbačeni odnosno tekućina koje su prolivene), već kao imalac stana koji je dužan snositi rizik upotrebe i uživanja stana.

Da se u slučaju šteta od izbacivanja predmeta ili izlivanja tečnosti radi o objektivnoj odgovornosti za štetu, potvrđeno je i u sudskoj praksi Vrhovnog sudišta u Beču.¹⁰

U pravnoj nauci¹¹ postoji mišljenje da iz navedene zakonske odredbe proističe da za štetu odgovaraju istovremeno i počinitelj štete i imalac stana, ako se zna ko je počinitelj štete. Oštećeni ima pravo da traži naknadu štete bilo od jednog ili od drugoga.

Pooštrena odgovornost posjednika stana zasnovana na objektivnom principu je bila prihvaćena samo u slučajevima padanja i izbacivanja predmeta ili tekućina iz stana i to iz razloga bolje zaštite oštećenih lica, posebno prolaznika ispod objekata u kojima su se nalazili stanovi, koji su teško mogli da dokažu uzročnu vezu između povređivanja i radnje posjednika stana odnosno lica koje se nalazi u stanu.

⁹ Vidi § 1318 AGZ.

¹⁰ “Odgovornost po §1318 OGZ ne počiva na krivini” – Rješenje Vrhovnog sudišta u Beču br. 6094 od 17.10.1912. g., Zbirka rješidbi Vrhovnog sudišta u Beču, Glazer, Unger, Walther-Pfaff, Schey, Sv. br. XV.

¹¹ Novaković R, “Šteta i njena naknada po Marselu Planiolu i ostalim piscima”, str. 321, Međunarodna knjižarnica, Beograd, 1940. god.

Oštećeni prolaznik “ne zna ko je štetu učinio”, a “imalac stana može da kontroliše i reguliše ko ulazi i ko se zadržava u njegovom stanu.”¹²

Neće odgovarati imalac stana kada je neko nasilno ušao u njegov stan i bacio neki predmet iz njega, te tom prilikom povrijedio prolaznika. Kao imaoци stana, na odgovornost nisu pozivani samo vlasnici stanova, već zakupci ili podzakupci, kao lica na koje je prenesena upotrebna državina stana i koji se kao takvi stanom služe i imaju vlast nad njegovim korištenjem. U tom slučaju, vlasnik stana kao zakupodavac neće odgovarati za štetu, već će umjesto njega odgovarati zakupac.

Srpski građanski zakonik (SGZ)¹³ propisuje subjektivnu odgovornost počinioca štete. Sporan je, međutim, karakter odgovornosti imaoца kuće odnosno stana (*vlasnika, namodavca-kirajdžije, zakupca*), za štetu koja nastane usljed bacanja predmeta i prosipanja tekućina iz kuće ili stana.

Pod kućom treba razumjeti svaku zgradu, stan i druge ograđene prostore, jer riječi “i inače” u zakonskom tekstu paragrafa 813 SGZ ukazuju da pod ovaj slučaj treba podvesti i situacije bacanja odnosno prolivanja preko ograde ili plota ili na neki drugi način.

To je vidljivo iz zakonskog teksta:

“Ko iz kuće, kroz prozor, s tavana, ili inače, nesmotreno što baci ili prospe i izlije, onaj će odgovarati za štetu, koju bi drugom s tim prouzrokovao; ako se ne zna ko je, onda odgovara gospodar od kuće ili od kvartira.”¹⁴

Dakle, iz zakonskog teksta nesumnjivo proističe da će za štetu odgovarati lice koje je štetu učinilo (štetnik), a ne vlasnik stana odnosno prostorije. Neposredna odgovornost počinioca štete postoji samo ako je štetnik poznat.

Za subjektivnu odgovornost počinioca štete SGZ zahtjeva nepažnju (*nesmotreno postupanje*). Ako nema nepažnje (nesmotrenosti) počinioca štete, neće biti ni odgovornosti za štetu.

¹² Detaljnije, S.Jakšić, *Obligaciono pravo*, str.351-352, Veselin Masleša, Sarajevo, 1960. god.

¹³ Građanski zakonik Kraljevine Srbije (SGZ) prvi put je službeno objavljen 11.03.1844. godine. Dopoljavan je u više navrata. Zakonske odredbe kojim se uređuje paulijanska tužba unesene dopunom koja je izvršena 1864 godine. Novele zakonika iz 1874. i 1911. godine odnosile su se na odredbe o testamentu i starateljstvu. Građanski zakonik se poslije 1878 godine ne primjenjuje samo na području uže Srbije, već i u Jugoistočnoj Srbiji. Poslije 1913. godine primjena zakonika se proširila na Makedoniju i Kosovo. Kasnije države (Kraljevina SHS, Kraljevina Jugoslavija, FNRJ-SFRJ-SRJ-Republika Srbija) koje su obuhvatale i teritoriju Srbije i ostala područja na kojima se primjenjivao Građanski zakonik Kraljevine Srbije iz 1844. godine, nisu do današnjih dana izvršile kodifikaciju građanskog prava, iako su to imale u planu.

¹⁴ Vidi § 813 Srpskog građanskog zakonika - *kvartir* (francuski, quartier, n. Quartier) = stan, sklonište, konak; vojnički logor, logorište, vojnički stan van kasarne.

Međutim, o karakteru odgovornosti za štetu vlasnika, odnosno zakupca stana ili druge prostorije zbog izbacivanja predmeta ili prosipanja tekućina po odredbi paragrafa 813 SGZ, u nauci postoje podijeljena mišljenja.

Naime, neki stariji pravni pisci¹⁵ smatraju da postoji subjektivna odgovornost gospodara (imaoca) kuće ili kvartira (stana), ako štetnik nije poznat. Po ovom shvatanju, riječ je o slučaju subjektivne odgovornosti za radnje drugoga¹⁶. Gospodar kuće ili kvartira odnosno kirajdzija se mogu "braniti time da je štetu učinilo ili dete ispod 7 godina, ili kakav ludak ili besomučnik, ili skitnica, nevaljalac, zločinac, kakav neispravan šegrt ili kalfa, jednom rečju, oni pokazuju lice koje je učinilac te štete", ili pak da je postupanje štetnika bilo pažljivo (smotreno).¹⁷

Imalac (gospodar) kuće ili kvartira će odgovarati po subjektivnom principu i u slučaju ako bi nešto bilo bačeno ili proliveno od strane njegovih ukućana (žene, djece, posluge, gostiju) nad čijim ponašanjem on mora da vodi nadzor.

Ipak, imalac stana neće odgovarati, ako bi lopovi koji su se uvukli u stan nešto bacili ili prolili iz stana i tako prouzrokovali štetu.¹⁸

Nasuprot navedenom shvatanju karaktera odgovornosti gospodara kuće ili kvartira, u pravnoj nauci postoji i mišljenje da je odgovornost gospodara po odredbi § 813 SGZ ipak objektivna, dakle odgovornost bez obzira na krivicu. Poštrenu odgovornost u navedenom slučaju, jedni¹⁹ objašnjavaju okolnošću da gospodar ima mogućnost da kontroliše ko ulazi i ko se zadržava u njegovom stanu, ali da do štete dolazi iz razloga što isti ne vrši neophodan nadzor šta se u njegovoj kući dešava (*culpa in inspiciendo*), a drugi²⁰ teorijom rizika-profita, zaključujući da odredba § 813 SGZ ... "predstavlja anticipativnu primenu moderne teorije objektivne odgovornosti po načelu, da svako treba da snosi rizik stvari čiji je sopstvenik i iz koje izvlači koristi".

*Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*²¹. – U ovom kapitalnom djelu prof. Konstatntinovića, ali u okviru odredaba o odgovornosti za štetu od građevina, uređuje se i odgovornost za štetu koja nastane iz korištenja građevine u širem smislu. "Imaonik zgrade i svake druge građevine odgovoran je za štetu koju

¹⁵ Novaković R, op. cit., str. 321.

¹⁶ Vidi § 813 u vezi sa § 807 alineja 2, 810 t. 2 i 811 Srpskog građanskog zakonika.

¹⁷ Novaković R, op. cit., str.321.

¹⁸ Novaković R, op. cit., str. 322.

¹⁹ Jakšić S, op. cit., str. 351-352.

²⁰ Bajalović Lj, Osnovi građanskog prava II Obligaciono pravo (Opšti dio), str. 46, Naučna knjiga, Beograd, 1954. godine.

²¹ M. Konstantinović: *Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, čl. 145, str. 83-84, NIU Službeni list SRJ, Beograd, 1996. – u daljem tekstu "Skica".

ona prouzrokuje svojim rušenjem, ili padom nekog njenog dela, ili na koji drugi način."²²

Iz smisla upotrebljenih riječi i izraza citirane norme proitice da se istom uređuje odgovornost imaoaca zgrade i svake druge građevine, ali za štetu "koju ona (građevina) prouzrokuje svojim rušenjem ili padom nekog njenog dela, ili na koji drugi način..."

Uporebljena sintagma "ili na koji drugi način" ne upućuje na zaključak da je autor prilikom formulisanja navedene norme imao intenciju da istom uredi i slučaj odgovornosti imaoaca za izbacivanje ili prosipanje tekućina iz pomenutih prostorija.

Naime, iz teksta navedene norme, jasno proitice da njen autor misli na štetu koju prouzrokuje građevina ili njen dio, a ne i na štetu koju prouzrokuje nečija radnja bacnja predmeta ili prosipanja tekućina iz građevine.

Iz izloženog zaključujemo da u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima nije bila posebno regulisana odgovornost imaoaca za štetu usljed izbacivanja predmeta i prosipanje tekućina iz prostorija, već se o navedenoj vrsti odgovornosti za štetu moglo zaključivati samo na osnovu opštih odredaba o odgovornosti za štetu sadržanih u Skici.

Zakon o obligacionim odnosima. – Važeći ZOO, jednako kao ni Skica, nije posebno regulisao odgovornost imalaca za štetu pričinjenu usljed izbacivanja predmeta ili prosipanja tekućina iz prostorija, ostavljajući da se ta pitanja normiraju republičkim zakonima.

Ipak, nebi se moglo tvrditi da ZOO uopšte ne reguliše navedenu vrstu odgovornosti za štetu. Do takvog zaključka dolazimo kada imamo u vidu osnovno načelo obligacionog prava, sadržano u ZOO, kojim se svakom zabranjuje da drugome prouzrokuje štetu izraženo u poznatoj pravnoj maksimi "neminem laedere"²³, te opšta načela o prouzrokovanju štete sadržana u Odseku 1 ZOO.²⁴

Nove države, nastale na državno-pravnom teritoriju SFRJ nakon njene dislocije su potpuno ili djelimično prihvatile rješenja iz ZOO. Istovremeno, primjetna je tendencija da se postojeći ZOO novelira regulisanjem slučajeva odgovornosti za štetu pričinjenu usljed izbacivanja predmeta ili prosipanja tekućina iz prostorija.

U Republici Sloveniji, u kojoj se od 2001. godine primjenjuje novi Obligacioni zakonik, u okviru odredaba o posebnim slučajevima objektivne odgovornosti, unesene su, pored ostalih i odredbe o odgovornosti za štete usljed izbacivanja

²² Vidi čl. 145 st. 1 Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima.

²³ Čl. 16 ZOO: "Svako je dužan da se uzdrži od postupaka kojim se može drugom prouzrokovati šteta."

²⁴ Vidi čl. 154-157 ZOO.

predmeta ili prosipanja tekućina iz prostorija. Zakonodavac ovu vrstu odgovornosti naziva "Odgovornost imetnika stavbe". Odredba kojom se uređuje ovaj oblik odgovornosti za štetu glasi: "Za škodo, ki nastane, če s stavbe pade nevarno postavljena ali vržena stvar, odgovarja imetnik stavbe, oziroma prostora, iz katerega je stvar padla."²⁵

U *Bosni i Hercegovini*, koju sačinjavaju entiteti Republika Srpska i Federacija Bosna i Hercegovina, još uvijek je na snazi preuzeti ZOO u kojem nije regulisana materija odgovornosti za štete od građevina. Međutim, treba pomenuti da je jula mjeseca 2004 godine sačinjen Prijedlog kodifikacije obligacionog prava pod nazivom "Zakon o obligacionim odnosima Bosne i Hercegovine"- u daljem tekstu ZOO BiH.

U prijedlogu zakona su inkorporisane i odredbe o odgovornosti za štete od građevina i drugih predmeta²⁶.

U prijedlogu teksta zakonskog propisa koji reguliše odgovornost vlasnika zgrade, stana ili bilo koje druge građevine, prepoznatljivo je da je zakonodavac imao u vidu i štete koje nastanu u vezi sa "padom bilo kojeg drugog predmeta ili na koji drugi način."

Odgovornost vlasnika građevina pomenutih u čl.226 Prijedloga ZOO BiH je objektivna, a mogućnost egzoneracije je predviđena samo u slučaju da vlasnik ili posjednik (odgovorno lice) dokaže da se šteta dogodila usljed više sile ili krivicom oštećenika. Odgovorna lica, koja su štetu platila, imaju pravo da potražuje naknadu od lica koja su kriva što se šteta dogodila.

Odgovornost počinioca, ako je on poznat se prosuđuje po subjektivnom kriteriju.

U *Republici Srbiji* je u toku javna rasprava povodom prednacrtu Građanskog zakonika. U prednacrtu Građanskog zakonika koji je sačinila Komisija za izradu Građanskog zakonika, u dijelu koji se odnosi na obligacione odnose, u okviru regulisanja odgovornosti za štetu od građevina²⁷, reguliše se odgovornost "sopstvenika zgrade i svake druge građevine ili etažnog sopstvenika stanova u zgradi" ili

²⁵ Vidi čl.159 Obligacijskog zakonika Republike Slovenije /OZ/Ur.l. RS, št. 83/2001, 32/2004, 28/2006 Odl.US: U-I-300/04-25, 29/2007 Odl.US : U-I-267/06-41, 40/2007) - Odgovornost imetnika stavbe.

²⁶ Čl. 226 Prijedloga ZOO BiH glasi: (1) Vlasnik zgrade, stana i svake druge građevine odgovoran je za štetu koju ona prouzrokuje svojim rušenjem, padom nekog njenog dijela kao i padom bilo kog drugog predmeta, ili na koji drugi način. (2) On se oslobađa odgovornosti ako dokaže da se šteta dogodila usljed više sile ili krivicom oštećenika. (3) Vlasnik ima pravo da traži naknadu od lica koja su kriva što se šteta dogodila. (4) Odredbe ovog člana važe i za posjednika.

²⁷ Vidi čl.201 Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije II knjiga – Obligacioni odnosi , str. 74. Izdavač Generalni sekretarijat Vlade Republike Srbije, Beograd, 2009. godine.

pak svojinskog držaoca za štetu koju ona prouzrokuje svojim rušenjem ili padom nekog njenog dijela ili “na koji drugi način”.

Odgovornost sopstvenika je objektivna, a mogućnost oslobođenja postoji samo ako sopstvenik građevine ili stana dokaže da je do štete došlo usljed više sile ili krivicom oštećenog.

Neposredni počinitelj štete, ako je poznat, odgovora po pravilima o odgovornosti za krivicu, a vlasnik ili pak svojinski držalac građevine ili stana imaju pravo da traže naknadu od od lica koja su kriva što se šteta dogodila.

U Republici Makedoniji, odgovornost vlasnika zgrade ili stana je uvedena novelom Zakona o obligacionim odnosima koja je donesena 2008 godine.²⁸ Regulisana je gotovo na identičan način kao u propisima iz obligacionih odnosa koji se pripremaju u Bosni i Hercegovini i Republici Srbiji.

U Republici Crnoj Gori, odgovornost vlasnika zgrade ili svake druge građevine (stana ili prostorije) je uvedena donošenjem novog Zakona o obligacionim odnosima 2008 godine²⁹. Regulisana je gotovo na identičan način kao u propisima iz obligacionih odnosa koji se pripremaju u Bosni i Hercegovini i Republici Srbiji.

Sintagma “na koji drugi način” sadržana u odredbama čl.226 Prijedloga ZOO BIH, čl.201 Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije, čl.165-j Zakona o obligacionim odnosima Republike Makedonije i čl.186 Zakona o obligacionim odnosima koji je donijela Republika Crna Gora, upotrebljena je da bi se regulisala i odgovornost za štete koje nisu nastale samo od predmeta koji su pali sa građevine ili njenog dijela, ili odvajanjem dijelova građevine, već i štete koje su nastale u vezi sa korištenjem zgrade, stana ili bilo koje građevine, među koje bi se, po našem mišljenju, svakako mogle uvrstiti i štete nastale usljed izbacivanja predmeta ili prosipanja tekućina iz navedenih izgrađenih prostorija. Ipak, smatramo da je navedena odredba nedovoljno precizna i da bi je, u interesu pravne sigurnosti, trebalo dopuniti jasnim predviđanjem odgovornosti za štetu nastalu usljed izbacivanja predmeta i prosipanje tekućina iz prostorija, kao što je to učinjeno u Obligacijskom zakoniku Republike Slovenije.

Pretpostavke odgovornosti za štetu zbog izbacivanje predmeta ili prosipanje tekućina iz prostorija

Građanskopravni odnos objektivne odgovornosti za štetu zbog izbacivanje predmeta ili prosipanje tekućina iz prostorija je, rezultat sadejstva određenih normativnih i činjeničnih pretpostavki.

²⁸ Vidi čl.165-j Zakonot za obligacionite odnosi (Služben vesnik na Republika Makedonija, br. 18/01, 04/02, 05/03 i 84/08).

²⁹ Vidi čl. 186 Zakona o obligacionim odnosima (Službeni list Crne Gore, br. 47/08).

Normativne pretpostavke odgovornosti. – Ako se izuzmu odredbe ZOO koje sadrže osnovno načelo da je svako dužan da se uzdrži postupaka kojima se drugom može pričiniti šteta³⁰, kao i odredbe o opštim načelima o prouzrokovanju štete³¹, možemo zaključiti da posebne normativne pretpostavke objektivne odgovornosti za štetu zbog izbacivanja predmeta ili prosipanje tekućina iz prostorija, nisu sadržane u važećem ZOO. Stoga, normativnu osnovu ove vrste odgovornosti za štetu moramo tražiti u propisima kojima se reguliše mogućnost primjene pravnih pravila bivših građanskih zakonika na određene pravne odnose ukoliko isti nisu regulisani važećim propisima.³²

Primjena navedenih pravnih pravila u materiji obligacionih odnosa nije derogirana, obzirom da važeći propisi kojima se uređuju obligacioni odnosi, do današnjih dana, nisu u potpunosti regulisali sve one pravne odnose koji mogu nastati među subjektima prava u svakodnevnom životu, pa time ni one koji nastaju zbog štete izazvane izbacivanjem predmeta ili prosipanjem tečnosti iz prostorija.

S obzirom da u važećem ZOO, izuzev opštih pravila o odgovornosti za štetu bez obzira na krivicu³³, o ovoj vrsti objektivne odgovornosti nema posebnih propisa, možemo zaključiti da su normativne pretpostavke objektivne odgovornosti za štetu zbog izbacivanje predmeta ili prosipanje tekućina iz prostorija sadržane u pravnim pravilima § 1318 AGZ, odnosno § 813 SGZ .

Osnov za primjenu pravnih pravila § 1318 AGZ se nalazi prvenstveno u Zakonu o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 06 aprila 1941 i za vrijeme neprijateljske okupacije kao propisu bivše FNRJ odnosno SFRJ, a takođe i u posebnim propisima pojedinih zemalja na čijoj teritoriji su se navedeni propisi primjenivali. Tako, na primjer, osnov za primjenu određenih pravnih pravila bivšeg AGZ u Bosni i Hercegovini se nalazi u Zakonu o preuzimanju saveznih zakona koji se u Bosni i Hercegovini primjenjuju kao republički propisi i Zakonu o preuzimanju Zakona o obligacionim odnosima, (Federacija BiH), te u odredbama čl.12 Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srpske.³⁴

Činjenične pretpostavke odgovornosti

Činjenične pretpostavke objektivne odgovornosti za štetu zbog izbacivanja predmeta ili prosipanje tekućina iz prostorija su, dakle, one pravnorelevantne či-

³⁰ Vidi čl. 16 ZOO.

³¹ Vidi odredbe čl. 154-157 ZOO.

³² Vidi čl. 4 st.1 Zakona o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 06. aprila 1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije - Sl list FNRJ, br. 86/46.

³³ Vidi čl. 154 st. 2 i 3 ZOO.

³⁴ Vidi Službeni list RbiH, br. 2/92,13/93 i 13/94, Službene novine FbiH, br. 29/03 i Službeni glasnik Republike Srpske 21/92.

njenice koje predstavljaju *conditio sine qua non* za nastupanje građanskopravnog odnosa obaveze naknade štete i to:

a) *Štetna radnja koja se sastoji u izbacivanju raznih predmeta ili prosipanju tekućina.* – Kao izbacivanje iz prostorije treba tretirati kako slučajeve bacanja raznih predmeta upotrebom fizičke snage lica koji takvu radnju vrši, tako i slučajeve kada je iz prostorije izvršeno ispaljivanje metka (izbacivanje zrna) iz vatrenog oružja, vađdušne puške i vazdužnog pištolja ili pak izbacivanje predmeta iz neke druge vrste oružja ili oruđa, odnosno pomoću nekog mehanizma (izbacivanje pomoću luka i strele, samostrela, pištolja za ubijanje i uspavljivaje životinja, harpuna za podvodni ribolov i slično).

Kao prosipanje tekućine iz prostorije treba tretirati kako slučajeve prosipanja odnosno izlivanja tečnosti iz prostorije upotrebom fizičke snage, tako i slučajeve prosipanja uz pomoć određenog mehanizma.

Radnja izbacivanja odnosno prosipanja ne podrazumjeva samo bacanje ili prosipanje iz prostorije u vanjski prostor, već i slučajeve bacanja predmeta ili prosipanje tekućina iz prostorije u prostoriju (na primjer, izlivanje vode iz jednog stana u drugi).

Za nastupanje odgovornosti vlasnika odnosno držaoca prostorije nije od značaja da li je počinitelj štetu počinio namjerno ili nehatno, te da li je sposoban da shvati značaj svojih postupaka.

Sporno je da li se pod štetnom radnjom u smislu uslova za nastanaka ove odgovornosti smatraju samo aktivne radnje počinioca štete (činjenje), ili se šteta može počinuti i nečinjenjem. Po našem mišljenju radnja izbacivanja predmeta se može izvršiti samo činjenjem, dok se radnja prosipanja tekućina može izvršiti i nečinjenjem, tj. propuštanjem. Primjer, za slučaj prolivanja tekućina nečinjenjem vidimo u propuštanju da se u stanu ili drugoj prostoriji zaustavi dovod vode ili druge tekućine, usljed čega dođe do izlivanja tekućine u drugu prostoriju (poplave u tuđem stanu) ili pak otvoreni prostor.³⁵

Kao što i same upotrebljene riječi u tekstu pravnog pravila paragrafa 1318 OAGZ odnosno paragrafa 813 SGZ ukazuju, ova vrsta odgovornosti postoji samo ako se iz prostorije izbacuju predmeti ili proliva tekućina, a ne i u slučaju izbacivanja ljudi iz prostorija.³⁶

b) da je štetna radnja izvršena iz prostorije shvaćene u najširem smislu te riječi, (na primjer: stan, zajedničke prostorije u zgradi, poslovne prostorije uključujući tu i javne i privatne garaže, ograđeni prostori unutar fabrika, školske i druge prostorije za izvođenje nastave, prostorije za rekreaciju, privatna i javna kupališta,

³⁵ Vidi Vuković M, "Odgovornost za štete" str. 186, Prosvjeta, Zagreb, 1971. god. Vidi Wolff K. arl, "Verbotenes Verhalten", str. 105, izdanje Wien-Leipzig, 1923. god.

³⁶ Vuković M, "Odgovornost... , str. 186; Wolff K, "Verbotenes ... , str. 105.

dvorišta, parkovi, nusprostorije, kamp prikolice i druga priključna i motorna vozila, bez obzira da li su u stanju mirovanja ili pak u pokretu i dr.);

c) *uzročna veza između radnje izbacivanja predmeta ili prosipanja tekućine iz prostorije i nastale štete* - što znači nedvosmislen činjenični zaključak da je nečija radnja koja se sastoji u izbacivanju predmeta ili izlivanju tekućine iz prostorije na posredan ili neposredan način proizvela štetu kao posljedicu;

d) *šteta koja je nastala na imovinskim ili neimovinskim dobrima oštećenog*, uz napomenu da šteta može nastupiti i na samoj stvari koja je izbačena iz prostorije³⁷;

e) *počinilac štetne radnje nije poznat*, ali se zna ko je vlasnik, odnosno posredni ili pak neposredni držalac prostorije iz koje je predmet izbačen ili iz koje je tečnost izlivena.

Kao odgovorno lice za štetu zbog izbacivanja predmeta ili prosipanja (izlivanja) tekućina iz prostorije će se smatrati, prije svih, vlasnik, odnosno ovlaštenu posredni ili neposredni držalac prostorije iz koje predmet izbačen ili tečnost izlivena.

Osim njih, kao odgovorna lica u smislu ove vrste objektivne odgovornosti će se smatrati i lica koja su došla u posjed prostorije *vi, clam i precario*, dakle protiv volje njenog vlasnika odnosno držaoca.

Za nastanak ove odgovornosti uopšte nije ni potrebno da vlasnik odnosno korisnik prostorije uopšte znaju da je nešto izbačeno ili palo ili pak proliveno iz prostorije i tako prouzrokovalo štetu bilo svim ili drugim vlasnicima prostorija ili pak trećim licima koja su se iz nekog razloga ili sticajem okolnosti našli u domu opasnog djelovanja predmeta koji su izbačeni odnosno tekućina koje su prolivene iz prostorije.

Takođe nije od značaja ko je stvari iz prostorije izbacio odnosno prosuo, odnosno da li je lice koje je to učinilo sposobno da odgovara ili ne za takvu radnju, te da li je tu radnju učinilo namjerno ili nehatno ili nesvjesno, pa čak ni činjenica da je do izbacivanja iz stana odnosno prolivanja došlo radnjom životinje.

Pojam prostorije

Riječ "stan" koja je upotrebljena u zakonskom tekstu paragrafa 1318 AGZ, odnosno riječ "kuća" koja se koristi u zakonskom tekstu paragrafa 813 SGZ ima značenje genusnog pojma koji treba razumjeti široko. Dakle, pod pojmom stan odnosno kuća ne podrazumjevaju se samo prostorije koje služe za stanovanje, rekreaciju i zabavu, obrazovanje ili pak obavljanje neke poslovne djelatnosti, nego i svaka druga prostorija koja je u nečijoj državini. Riječ je dakle o prostoriji u najširem smislu te riječi.

³⁷ Vuković M., *ibid.*

Naime, u propisu paragrafa 1318 AGZ je riječ o bacanju ili prolijevanju “iz kakova stana”. Upotrebljena riječ “kakova” upućuje na široko razumjevanje pojma stana u smislu bilo kakve prostorije, odnosno ograničenog prostora u nečijoj državini, misleći pri tome ne samo na prostorije u građevinama, već i van njih, kao što su dvorišta, vrtovi, parkovi, zemljišta u poslovnom krugu fabrika i preduzeća, javna kupališta, ali i nusprostorije, kamp prikolice i druga priključna i motorna vozila, bez obzira da li su u trenutku nastanka štete u stanju mirovanja ili pak u pokretu i sl.).

Ovakvo shvatanje stana u smislu odgovornosti za štetu usljed bacanja predmeta ili prosipanja tekućina iz stana je odavno prihvaćeno u nauci³⁸ i sudskoj praksi.³⁹

Pojam imaoca prostorije

Pod imaoцем prostorije u smislu u smislu odgovornosti za štetu usljed izbacivanja predmeta ili prosipanja tekućina podrazumjevamo lice koje faktički i po valjanom pravnom osnovu raspolaže prostorijom, pa makar u vrijeme nastanka štete bilo i odsutno. To će biti vlasnik, zajednički vlasnik i suvlasnik ako prostoriju ima u faktičkoj vlasti. Isto tako, imaoćem prostorije se smatraju zakupac i podzakupac, koji prostoriju ili jedan njen dio drže u faktičkoj vlasti. Imaoćima prostorije, u smislu odgovornosti za štetu predviđene paragrafom 1318 AGZ se smatraju i lica koja prostoriju drže besplatno, pa čak i ona koja prostoriju koriste bespravno.

Tako na primjer, za štetu od izbacivanja stvari ili prosipanja tekućina iz prostorije neće odgovarati vlasnik odnosno držalac navedene prostorije, ako su u nju nasilno upali lopovi i iz iste bacili neke predmete ili izlili tekućine, te tako prouzrokovali štetu trećem licu.

Ne smatraju se imaoćima privremeni korisnici prostorija, kao što je, na primjer, slučaj sa licem koje je došlo u posjetu (u goste) vlasniku ili drugom ovlaštenom korisniku predmetne prostorije.

Imaoćem se neće smatrati ni vlasnik niti zakupac ili podzakupac, ako se nisu uselili odnosno stupili u posjed predmetne prostorije.

Imaoćem prostorije neće se smatrati ni ukućani vlasnika odnosno zakupca ili podzakupca prostorije, ali isto tako ni lica koja su kod njega zaposlena (na primjer, kućna pomoćnica, kućni majstor i slično).

³⁸ Novaković R., op. cit., str. 320-321.

³⁹ “Pod pojmom “stan” u § 1318 OGZ razumijeva se ne samo stan u užem smislu tj. prostorije u kojima neko stanuje, već i svaka prostorija koja je u nečijem posjedu, kao dućani, javni lokali, pa i kupališta.” (Presuda Stola sedmorice u Zagrebu br.Rev. 895/1-1939 od 18.10.1939. godine objavljena u Zbirci rješidaba Stola sedmorice u Zagrebu – Svezak III - br. 1032-1545, str.305-307, rješidba br. 1158, Hrvatska književna naklada, Zagreb, 1941. godine).

Više imalaca prostorije odgovaraju za ovakve štete solidarno, ako prostorija nije podjeljena.

Ako je prostorija podjeljena, oni odgovaraju srazmjerno svojim djelovima.

Ako je stvar pala iz zajedničkog dijela prostorije, kao na primjer iz zajedničke ostave ili zajedničkih nusprostorija – odgovaraju svi prema ukupnom učešću.

Oslobođenje od odgovornosti

Imalac prostorije se oslobađa odgovornosti pod uslovom da je uzrok štete, za odgovorno lice, nepredvidiv, neizbježan i neotklonjiv događaj koji u građansko-pravnom smislu predstavlja višu silu i ako se dokaže da šteta nije nastala usljed izbacivanja predmeta ili prosipanja tekućine iz prostorije čiji je ono imalac, već iz neke druge prostorije ili iz otvorenog prostora.

Pravna priroda odgovornosti

Pravna priroda odgovornosti za štetu zbog izbacivanje predmeta ili prosipanje tekućina iz prostorije je sporna u pravnoj nauci. O tome postoje dva oprečna stanovišta.

Naime, određeni broj pravnih pisaca smatra da je ova vrsta građanske odgovornosti, po svojoj pravnoj prirodi, odgovornost za krivicu (subjektivna odgovornost), jer u aktivnom ili pasivnom postupanju imaoca u kontrolisanju prostorije vide propuste odnosno odsustvo pažnje.

Po jednom od navedenih shvatanja, odgovornost “gospodara” po pravilu sadržanom u paragrafu 813 SGZ je po svojoj prirodi subjektivna odgovornost i to odgovornost za “tuđe delo”, što, po mišljenju njegovog autora predstavlja odstupanje od načela sadržanog u paragrafu 810 SGZ da se za tuđe radnje ne odgovara.⁴⁰

Po ovom shvatanju, imalac prostorije (vlasnik ili držalac), se može osloboditi odgovornosti pod uslovom da dokaže da je šteta nastala usljed radnji djeteta starosti ispod 7 godina, ludaka, besomučnika, neispravnog šegrt, zločinca, pokazujući tako počinioca štete. Isto tako on se oslobađa odgovornosti dokazivanjem da je postupanje štetnika bilo pažljivo (“smotreno”).

Po drugom shvatanju, skrivljena odgovornost imaoca stana za štetu zbog izbacivanja predmeta iz prostorije, se objašnjava time što je imalac prostorije taj koji ima kontrolu nad prostorijom, odnosno uvid u sve što se događa u njegovim prostorijama, počev od toga ko ih koristi i na koji način, pa je on i odgovoran za propuštanja u nadzoru (“culpa in inspiciendo”).⁴¹ Ovaj autor smatra da se skriv-

⁴⁰ Novaković R, op. cit., str. 321.

⁴¹ Konstantinović M, Obligaciono pravo – prema beleškama sa predavanja, str. 159, sudio V. Kapor.

ljena odgovornost imaoca prostorije pretpostavlja. Pretpostavka krivice je relativnog karaktera, što znači da je na imaocu prostorije teret dokazivanja da nije bilo propusta u kontroli nad prostorijom.

Nasuprot iznesenim shvatanjima, veći je broj pravnih teoretičara koji smatraju da je odgovornost vlasnika prostorije, po svojoj pravnoj prirodi, odgovornost bez obzira na krivicu, tj. objektivna odgovornost.

Jedni smatraju da obaveza naknade štete koja nastane od izbacivanja predmeta ili prosipanja tekućina iz prostorija postoji bez obzira da li je imalac prostorije (stana) kriv ili nije kriv za događaj koji je izazvao štetu, te da iz navedenog razloga, nije riječ o odgovornosti za krivicu, već naprotiv o odgovornosti bez obzira na krivicu. Imalac prostorije se može osloboditi odgovornosti samo ako je "pad predmeta bio izazvan višom silom koja se nija mogla otkloniti"⁴².

Drugi smatraju da je riječ o objektivnoj odgovornosti zasnovanoj na teoriji rizika, prema kojoj svako treba da snosi rizik stvari čiji je sopstvenik ili držalac i iz koje izvlači korist⁴³.

Treći smatraju da je odgovornost imaoca stana za štete od izbacivanja predmeta ili prosipanje tekućina po svojoj pravnoj prirodi objektivna, dakle odgovornost bez obzira na krivicu. Imalac stana je odgovoran za štetu bez obzira da li je prisutan ili odsutan iz stana, bez obzira da li je kriv ili nije, da li je počinilac uračinjiv ili nije. Osloboditi se odgovornosti može samo ako dokaže da je šteta nastupila usljed više sile. Postojanje objektivne odgovornosti vide u tome "što prolaznik često ne zna ko je štetu učinio i što imalac stana može da kontroliše i reguliše ko ulazi i ko se zadržava u njegovom stanu."⁴⁴

Po našem mišljenju, ovi autori ipak nisu dosljedni u svojoj tezi da je odgovornost imaoca stana objektivna i to iz razloga što postojanje objektivne odgovornosti pokušavaju objasniti sa subjektivnim elementima kao što je "mogućnost vlasnika da vrši kontrolu nad stanom". Kontrola ulaska i korištenja prostorija od strane vlasnika je u dispoziciji vlasnika odnosno držaoca prostorije (imaoca), što ukazuje da on ima mogućnost da takvu kontrolu vrši ili ne vrši, ili pak da je obavlja na neodgovarajući način. Ovakve postupke imaoca prostorije je moguće ocjenjivati samo sa aspekta pravila o odgovornosti za krivicu (*culpa in inspicendo*).

Četvrti, objektivnu odgovornost imaoca prostorije zasnivaju na prostoj uzročnosti smatrajući poštrenu odgovornost u ovom slučaju nužnom jer "stroža odgovornost je ovdje potrebna zbog stanja stvari."⁴⁵ Iznesenom shvatanju bi se moglo prigovoriti da ne daje nikakvo objašnjenje za objektivnu odgovornost ima-

⁴² Marković L, Obligaciono pravo, str. 832-833, NIU Službeni list SRJ, Beograd, 1997. god.

⁴³ Bajalović Lj, op. cit., str. 46.

⁴⁴ Jakšić S, op. cit., str. 352; Cigoj S, Građanska odgovornost, Enciklopedija imovinskog prava i udruženog rada, str. 503, NIU Službeni list SFRJ, Beograd, 1978. god.

⁴⁵ Vuković M, Odgovornost za štete, str. 186, II dopunjeno izdanje, Prosvjeta Zagreb, 1971. g.

oca prostorije. Rezonovanje da je pooštrena objektivna odgovornost ovdje potrebna “zbog stanja stvari”, bez objašnjenja o kakvom se stanju stvari radi, unosi dodatnu konfuznost u izneseni stav.

Neki autori smatraju da imalac prostorije odgovara štetu od izbačenih stvari odnosno prosutih tečnosti po pravilima o objektivnoj odgovornosti, stim što izražavaju stav da se “pad, bacanje ili prosipanje stvari iz stana smatra opasnom delatnošću”.⁴⁶ Ovakav stav je po našem mišljenju neprihvatljiv iz razloga što vlasnik odnosno držalac prostorije, samim tim što koristi stan ili drugu prostoriju, ne vrši nikakvu djelatnost koja stvara povećanu opasnost nastupanja štete po okolinu. Opasnu djelatnost može predstavljati samo radnja lica koje nešto izbacuje ili prosipa iz stana i prostorije u drugi otvoreni ili zatvoreni prostor, ali u ovom slučaju nije riječ o odgovornosti neposrednog počinioca štete, već o odgovornosti vlasnika prostorije zbog radnje nepoznatog počinioca štete.

Slično prethodno iznesenom mišljenju, postoje zastupnici stava da se za štetu od izbacivanja predmeta ili prosipanja tekućina iz prostorija treba odgovarati po objektivnom principu, odnosno da ovaj slučaj odgovornosti za štetu treba, *de lege ferenda*, urediti na sličan način, kao i u slučaju odgovornosti za štetu od građevina.⁴⁷ Oslobođenje od odgovornosti je moguće samo u slučaju da je šteta nastala usljed više sile ili krivice oštećenog lica.

I ovo shvatanje, kao i prethodno izloženo, gubi iz vida da vlasnik odnosno držalac stana, samim tim što koristi stan ili drugu prostoriju, ne drži opasnu stvar (jer se stanovi, po pravilu, ne smatraju opasnim stvarima), niti koristeći stan ili izdajući isti u zakup, vrši djelatnost koja stvara povećanu opasnost nastupanja štete po okolinu. Šteta, u slučaju izbacivanja predmeta ili izlivanja tečnosti iz prostorije ne potiče od prostorije (kao hipotetički opasne stvari), niti od opasne djelatnosti kojom se imalac prostorije bavi, već od opasne radnje (djelatnosti) izbacivanja predmeta ili prosipanja tečnosti koja je počinjena od nepoznatog počinioca.

Dakle, sama radnja lica koje nešto izbacuje ili prosipa iz stana, može biti opasna djelatnost, ali u ovom slučaju nije riječ o odgovornosti nepoznatog počinioca štete, već o odgovornosti vlasnika za radnje trećih nepoznatih lica, koji ne vrši nikakvu opasnu djelatnost time što je imalac stana ili prostorije.

ZAKLJUČAK

Imajući u vidu prethodna razmatranja i shvatanja pravne nauke o pravnoj prirodi odgovornosti za izbacivanje predmeta ili prosipanje tekućina iz prostori-

⁴⁶ Ž. Đorđević-V. Stanković, *Obligaciono pravo, Opšti deo, Savremena administracija*, Beograd, 1974, str. 373.

⁴⁷ Antić O, *Obligaciono pravo*, str. 505-506, *Službeni glasnik i Pravni fakultet u Beogradu*, Beograd, 2009. god.

je, možemo zaključiti da je riječ o posebnoj vrsti objektivne odgovornosti za štetu. Imalac prostorije iz koje je nešto izbačeno ili proliveno, ne odgovara za vlastite radnje, već za radnje drugih, nepoznatih lica - počinioca štete. To ne znači da se ova odgovornost može podvesti pod pravila o odgovornosti za drugoga, obzirom da smisao pravila o odgovornosti za drugog podrazumjeva, po pravilu, poznatog počinioca štete. Osim toga, odgovornost za drugoga se zasniva na postojanju specifičnog pravnog odnosa između odgovornog lica i štetnika kao lica za čije radnje on odgovara (na primjer: odnos roditelja i djece, poslodavca i zaposlenog, staraoca i štitičenika, pravnog lica i njegovih organa itd.) koji ne postoji između imalca prostorije i nepoznatog lica koje je izbacilo stvar ili izlilo tekućinu iz prostorije.

Imalac prostorije ne odgovara za štetu kao imalac opasne stvari, niti kao lice koje obavlja neku opasnu djelatnost, pa se pravila o odgovornosti za štetu nastalu od opasnih stvari i opasnih djelatnosti zbog toga i ne mogu primjeniti na odgovornost za izbacivanje predmeta ili prosipanje tekućina iz prostorija. Ipak, u slučaju nastanka štete, imalac prostorije iz koje je izbačen neki predmet ili izlivena neka tekućina, po našem mišljenju, mora snositi rizik korištenja odnosno uživanja prostorija čiji je imalac. On odgovara i iz razloga zaštite prava oštećenih lica, pogotovo zbog toga što ona, po pravilu, nisu u mogućnosti da dokažu ko je počinio štetu izbacivanjem predmeta ili tekućina iz prostorije imalca.

Međutim, ova vrsta građanske odgovornosti za štetu ne može se primarno i neposredno vezivati za građevinu, stan ili bilo koju drugu prostoriju u smislu da šteta koja je nastupila potiče od navedene građevine, kako to inače proističe iz nespretnih, nedorečenih i nejasnih formulacija sadržanih u prednacrtu Građanskog zakonika Srbije, Nacrta Zakona o obligacionim odnosima BiH, Crne Gore i Makedonije, već za radnju počinioca štete koji je iz stana nešto izbacio ili prosuo. Uzročnost se, dakle, primarno i neposredno mora posmatrati u odnosu i sadejstvu između dvije pravno relevantne činjenice za nastanak ove vrste građanske odgovornosti i to deliktne radnje koju svojim aktivnim ili pasivnim ponašanjem čini nepoznato treće lice koje se zateklo u prostorji kao uzroka i nastale štete na imovinskim ili neimovinskim dobrima trećih lica, kao posljedice, pa tek onda, sekundarno i posredno u odnosu između građevine (stana, prostorije) iz koje je štetna radnja preduzeta i nastale štete. Jer da navedene radnje trećeg lica nema, nego je šteta nastala iz nekog drugog uzroka (na primjer, urušavanja cijele ili dijela građevine ili padanja predmeta sa iste), onda ova vrsta građanske odgovornosti za štetu nebi ni postojala, već bi se radilo o sasvim drugoj vrsti odgovornosti (na primjer, za štetu od opasne stvari).

Zbog toga je dovoljno da oštećeni dokaže da su predmet ili tekućina izbačeni odnosno izliveni iz određene prostorije shvaćene u najširem smislu te riječi, ko je imalac (vlasnik, držalac) navedene prostorije, kao i da je šteta nastupila zbog izbacivanja predmeta odnosno prolijevanja tekućine iz određene prostorije jednog ili više imalaca ili pak prostorije koje imalci koriste zajednički. Ovo znači da se

uzročna veza, kod ove vrste odgovornosti ne prepostavlja, već da se mora dokazati. Teret dokazivanja postojanja uzročne veze između dejstva izbačenih stvari ili prosutih tekućina iz određene prostorije i nastale štete je na oštećenom.

Obzirom na objektivnu mogućnost nastajanja šteta zbog izbacivanja predmeta ili prosipanja tekućina iz prostorija, smatramo da se navedena odgovornost, de lege ferenda, mora detaljno i jasno regulisati.

Do tada, ova vrsta odgovornosti se može prosuđivati samo primjenu opštih pravila o odgovornosti za štetu sadržanih u Zakonu o obligacionim odnosima i uz pomoć pravnih pravila kojima je navedena materija uređena u AGZ ili SGZ.

SLOBODAN STANIŠIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty "Aperion", Banja Luka

LEABILITY FOR DAMAGE DUE TO THE EJECTION OF OBJECTS OR EFFUSION LIQUID FROM PREMISES

Summary

The subject of a special kind of strict liability for damage to the holder of the premises which is not responsible for their own actions, but for the actions of other, unknown persons - perpetrators of the damage.

The existence of liability on the holder of the risk justifies the use or enjoyment of the premises.

VLADIMIR VINŠ

PRAVNA PRIRODA UGOVORNE KAZNE I KAZNENE NAKNADE ŠTETE

– Sličnosti i razlike –

U V O D

Za ugovornu kaznu i kaznenu naknadu štete može se reći da predstavljaju sankcije hibridnog sadržaja, sa više uočenih pravnih priroda¹. Pored različitosti koje postoje između njih i koje proističu iz njihove suštine, pošto svaka za sebe i na sebi svojstven način stvara obligacije, ove građanskopravne sankcije karakterišu i određene sličnosti koje su zasnovane na njihovoj dvostrukoj funkciji. S jedne strane, one predstavljaju sredstvo vršenja pritiska na dužnika ugovorne obaveze odnosno na potencijalnog štetnika u cilju sprečavanja posledica skrivljenog ponašanja, dok se sa druge strane putem njih sankcioniše povreda prava.

Reč je o povredi subjektivnog prava kao subjektivnog elementa, bilo kao jedinog, bilo kao pretežnog motiva radnje povrede, preduzete od strane dužnika

Vladimir Vinš, savetnik u Ministarstvu pravde, Beograd.

¹ O pravnoj prirodi ovih sankcija u našem pravu vidi: Dragor Hiber, Miloš Živković, "Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja", Beograd, 2015, str. 468–472; Dragan Pavić, "Sudska kontrola visine ugovorne kazne", *Pravni život*, br. 10/2000, str. 397–399; Miodrag Orlić, "Ugovorna kazna", *Pravni život*, br. 5/1985, str. 541–544; Dragan Pavić, "Privatna kazna kao savremena građanskopravna sankcija" u "Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse" – Neum, 22–24. jun 2007. godine, zbornik radova, str. 655–669; Dragor Hiber, Vladimir Pavić, "Contractual Penalty Clauses in Recent Serbian Arbitration Practice", *The Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review*, 3/2013, str. 64–65; Branko Lubarda, "Kaznena naknada", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 4–6/1998, str. 404–406.

ugovorne obaveze ili štetnika. Međutim, povreda prava, ne može samostalno da zasnuje nedopuštenost radnje, već je za to potrebno i prisustvo drugih (objektivnih) elemenata.

Uopšteno posmatrajući, sličnosti ovih sankcija se ogledaju u njihovoj usmenosti na sprečavanje ili otklanjanje pravnih posledica skrivljenog ponašanja pasivne strane u obligacionom odnosu obvezivanjem plaćanja određenog novčanog iznosa ili pribavljanja neke druge materijalne koristi, odnosno uvećanog iznosa uobičajenelicencne naknade za zakonito korišćenje predmeta zaštite. U tom smislu ugovorna kazna nastaje kao odgovor na potrebu da se autonomiji volje ugovornih strana pruži efikasna zaštita u slučajevima kada je ugrožena skrivljenom povredom obaveze koja proističe iz ugovora kao individualnog akta², dok kaznena naknada štete nastaje kao odgovor na namerno ili krajnjom nepažnjom izvršenu povredu subjektivnog prava kojim je zaštićeno nematerijalno dobro i koje je na njemu konstituisano³.

Svrha ugovorne kazne i kaznene naknade štete

Na prvi pogled je teško reći da li je kod ugovorne kazne i kaznene naknade štete pobedila ideja kazne, koja je s obzirom na svog nosioca privatna, ili ideja naknade, jer one podjednako treba da zadovolje zahteve i jedne i druge. Ipak, čini se da je ideja naknade dominantnija, jer se one određuju u korist pojedinca kome je povređeno subjektivno pravo, a ne u korist države.⁴ Opravdanje za ovakavo određivanje pravne prirode ugovorne kazne može se naći i u činjenici da su zakonski normirane u okviru odredaba kojima su regulisana pravila o pravu na naknadu štete.⁵ Isticanje ovog dominantnijeg obeležja ne umanjuje njihovu penalnu funk-

² Ova povreda se kod ugovorne kazne može sastojati u neizvršenju, nepravilnom (manljivom, nesaobraznom) izvršenju, zadocnjenju u izvršenju ugovorne obaveze ili delimičnom izvršenju ugovorne obaveze, ukoliko je ona predviđena kao celovita. Međutim, u ovom radu ćemo se osvrnuti samo na povrede ugovorne obaveze koje poznaje Zakon o obligacionim odnosima. To su neizvršene ugovorne obaveze i zadocnjenje u izvršenju ugovorne obaveze. Međutim, u praksi se mogu sresti slučajevi delimičnog ispunjenja ugovorne obaveze: ispunjenje ugovorne obaveze u pretežnom delu ili ispunjenje ugovorne obaveze **unez**natnom delu.

³ Budući da je kaznena naknada štete u našem pravu prvo uvedena 1995. godine donošenjem Zakona o patentima (Sl. list SRJ, br. 15/95), Zakona o žigovima (Sl. list SRJ, br. 15/95), Zakona o modelima i uzorcima (Sl. list SRJ, br. 15/95) i Zakona o geografskim oznakama porekla (Sl. list SRJ, br. 15/95), za potrebe ovog rada ona će biti razmotrena sa aspekta prava intelektualne svojine.

⁴ Hartwin Bungert, "Enforcing U.S. Excessive and Punitive Damages Awards in Germany", *The International Lawyer*, Vol. 27, Issue 4 (Winter 1993), str. 1078-1079.

⁵ Čl. 270-276. Zakona o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ" br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", broj 31/93 i "Sl. list SCG", broj 1/2003 – Ustavna povelja); član 206. Zakona o autorskim i srodnim pravima ("Sl. glasnik RS", br. 104/09, 99/11 i 119/12); član 73a. stav 2.

ciju, koja predstavlja njihovu *differentia specifica*. Ovim obeležjem one se odvajaju od nekih drugih građanskopravnih sankcija, kao što su naknada materijalne štete, čija se svrha iscrpljuje u naturalnoj restituciji ili novčanoj naknadi štete, ili od naknade nematerijalne štete čija se svrha iscrpljuje u satisfakciji.⁶

Na osnovu navedenih sličnosti može se reći da je za ove sankcije najbliži viši rodni pojam privatna kazna. Po svojoj sadržini, iako kazna, ona predstavlja građansko pravnu sankciju, jer obezbeđuje vršenje individualnih subjektivnih prava, sankcionišući njihovu povredu i osiguravajući na taj način privatnopravni poredak.

Drugim rečima, privatnom kaznom bi trebalo smatrati imovinsku sankciju u korist pojedinca čije je pravo povređeno, koja se upravo izriče zbog povrede tog subjektivnog prava, radi zaštite privatnopravnog poretka.⁷ Posmatrano kroz prizmu njene pravne prirode, za privatnu kaznu se može reći da predstavlja tačku ukrštanja novčanog obeštećenja, kao imanentnog obeležja kompenzatorno – reparacionih sankcija⁸, sa jedne strane i preventivnog delovanja, kao njihovog distinktivnog obeležja krivičnih sankcija, sa druge strane.

Ipak, one se razlikuju u pogledu predmeta preventivnog delovanja, jer se pretnjom ugovornom kaznom vrši pritisak na dužnika ugovorne obaveze da istu izvrši, tj. da preduzme radnju činjenja. Otuda, činidba dužnika ugovorne obaveze ima dejstvo negativnog odložnog uslova za sankcionisanje ugovornom kaznom. Sa druge strane, pretnjom kaznenom naknadom štete vrši se pritisak na potencijalnog štetnika da ne čini ili da se uzdrži od radnji protivpravnog korišćenja nematerijalnog dobra, kao predmeta zaštite, za čije preduzimanje je isključivo ovlašćen nosilac prava. Može se naići na mišljenje da ugovorna kazna za razliku od kaznene naknade štete ne predstavlja oblik privatnopravnog kažnjavanja u punom smislu. Ona spada u područje obligacionopravnih odnosa koji su po svojoj prirodi vezani za autonomiju volje, pa se njeni efekti odnose samo na ugovorne strane koje su je ugovorile, odnosno pristale da njoj budu podvrgnute.⁹

Zakona o žigovima ("Sl. glasnik RS" br. 104/09, 10/13); član 133. stav 2. Zakona o patentima ("Sl. glasnik RS" broj 99/11).

⁶ Posebno zbog toga što je građansko pravo u celini zasnovano na ideji restitucije. Vidi: Dušan Nikolić, "Kaznena naknada štete", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1-2/2003, str. 148-150.

⁷ D. Pavić, op. cit., str. 665-666.

⁸ Reč je o sankcijama koje su supsidijarnog karaktera i koje se izriču u slučajevima kada naturalna restitucija nije moguća ili se ne može potpuno ostvariti. Vidi: Dušan Nikolić, "Pojam građanskopravne sankcije" – doktorska disertacija, Beograd, 1994, str. 157. etc.

⁹ Vidi: Petar Miladin, "Odnos ugovorne kazne i srodnih klauzula", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 56/2006, str. 1805.

Ipak, treba uzeti u obzir da i povredom ugovorne obaveze može doći do narušavanja ugovorne discipline, slabljenja odnosa između ugovornih strana, što neminovno može voditi i poremećaju ukupnih društvenih interesa. Zbog toga se odmeravanjem ugovorne kazne mora ostvariti i vaspitni uticaj na dužnika ugovorne obaveze da se od takvog ponašanja suzdrži i u budućnosti, ali i podsticati i usmeravati ponašanje pojedinaca u ugovornim odnosima da savesno ispunjavaju ugovorne obaveze.¹⁰

Po ovom mišljenju kaznena naknada štete je usmerena i na ostvarivanje preventivnih i represivnih kaznenopravnih efekata, koji su po svojoj prirodi objektivni i ne zavise od pristanka lica koga pogađaju (štetnika). Privatnopravno kažnjavanje time nadomešćuje javnopravni kazneni progon po principima ekonomičnosti prava.

Ovakav stav može biti prihvaćen, jer kaznena naknada šteteu materiji prava intelektualne svojine pored odštetnog ima i inherentni egzemplarni karakter. Putem nje, pod uticajem ideje moralizacije prava, primarno se kompenzuje gubitak dostojanstva i ponosa oštećenog nosioca prava, njegovog moralnog interesa i sprečava "instinkt osвете". Međutim, pored pojedinačnog interesa nosioca prava, kaznenom naknadom štete se štiti i opšti interes za očuvanjem moralnih vrednosti, čiji je reprezentant društvo.¹¹ To posebno dolazi do izražaja kod obaveze društva da stvara i obezbeđuje uslove u kojima će intelektualno stvaralaštvo što bolje doći do izražaja i u kojima će stvaralac naći moralne i materijalne podsticaje da intelektualno stvara. U tom smislu, ona u odnosu na druge sankcije bolje i uravnoteženije zadovoljava funkcije koje pravna sankcija ima, otklanjajući pojave koje dovode do teških posledica na pravom zaštićenim dobrima čoveka. Štetnik se kažnjava za skrivljenu povredu prava intelektualne svojine¹², što ima za posledicu primenu specijalne prevencije u odnosu na konkretnu štetu i konkretnog štetnika koji se sankcioniše kaznenom naknadom štete, ali i opšte prevencije u odnosu na buduće štetnike, kako ne bi prouzrokovali iste ili slične štete u budućnosti.¹³

¹⁰ Vidi: Tomislav Danilović, "Uslovi i kriterijumi za smanjenje ugovorne kazne", Pravni život, br. 12/1985, str. 1207.

¹¹ Često se ukazuje da kaznena naknada štete predstavlja moranu opomenu za čitavo društvo. Vidi: Obren Stanković, "Teorija privatne kazne i novčana naknada neimovinske štete", Pravni život, br. 3/1963, str. 4; Mihajlo Konstantinović, "Osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu", Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 3-4/1982, str. 512-513.

¹² Štetniku koji je težim stepenom krivice prouzrokovao štetu može biti zabranjeno ponavljanje povrede prava, što se ne može smatrati naknadom štete u naturi.

¹³ Helmut Koziol, "Punitive Damages - A European Perspective", Louisiana Law Review 68/2007-2008, str. 744; Dan B. Dobbs, "Ending Punishment in Punitive Damages Deterrence-Measured Remedies", Alabama Law Review 40/1988, str. 834.

Odnos ugovorne kazne i kaznene naknade štete sa naknadom štete

Za razliku od ugovorne kazne, koja nije uslovljena postojanjem štete, već odgovornošću dužnika za neisunjenje ili zadocnjenje u ispunjenju obaveze, kod kaznene naknade štete se pretpostavlja njeno postojanje do "trostrukog iznosa uobičajene licencne naknade"¹⁴. Međutim, i ugovorna kazna i kaznena naknada štete oslobađaju oštećenu stranu obaveze dokazivanja postojanja štete i njene visine. To može posebno biti od značaja u slučajevima kada postoji potreba za sankcionisanjem putem kaznene naknade štete određene radnje, koja je negativno ocenjena od strane društva, ali je štetu kao posledicu teško dokazati. Oslobađanjem od ove obaveze položaj oštećenog je olakšan, budući da više ne mora da dokazuje postojanje štete i uzročno posledične veze između prouzrokovane štete i radnji povreda izvršenih od strane štetnika.

S druge strane, uslovljavanjem ugovorne kazne postojanjem štete, njen karakter bi bio promenjen. Stoga, poverilac će imati pravo da zahteva ugovornu kaznu i u slučajevima kada njen iznos premašuje visinu štete koja mu je prouzrokovana, kao i slučajevima kada mu nije prouzrokovana nikakva šteta.¹⁵ Međutim, ukoliko je poveriocu prouzrokovana šteta koja je veća od iznosa ugovorne kazne on ima pravo da zahteva razliku do potpune naknade štete¹⁶. Poverilac će po pravilu u ovim slučajevima tražiti isplatu ugovorne kazne, pa naknadu štete za njen ostatak. Razlog za to može se naći u činjenici da želi da izbegne rizik neuspeha u dokazivanju postojanja i visine štete, jer za ugovornu kaznu takvi dokazi nisu potrebni.¹⁷ Za pravo na ugovornu kaznu jedini uslov je da dužnik dođe u docnju i on mora uvek biti ispunjen. Međutim, dužnik neće biti u docnji ukoliko je izvršenje obaveze bilo sprečeno nekim slučajem više sile ili krivicom samog poverioca. Teret dokazivanja ovih uzroka, koji oduzimanju karakter docnje, je na dužniku.¹⁸

Kao što se iz navedenog može videti, naknada štete ne može biti dosuđena kumulativno sa ovim sankcijama, iako je potražuje isto lice koje je ovlašćeno da potražuje ugovornu kaznu ili kaznenu naknadu štete.¹⁹

¹⁴ Član 206. Zakona o autorskim i srodnim pravima; član 73a. stav 3. Zakona o žigovima; član 133. stav 2. Zakona o patentima.

¹⁵ Član 275. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima.

¹⁶ član 275. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima.

¹⁷ D. Hiber, M. Živković, op. cit., str. 455.

¹⁸ Mihailo Konstantinović, "Priroda ugovorne kazne – smanjenje od strane suda", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/1953, str. 210.

¹⁹ Kada je reč o kaznenoj naknadi štete to je vidljivo i iz odluke Saveznog ustavnog suda, koji je ocenjujući saglasnost sa ustavom zakona koji propisuju da se naknada štete zbog povrede prava industrijske svojine, koja je prouzrokovana namerno ili krajnjom nepažnjom, može zahteva-

Naknada štete stvara još jednu sličnost između ugovorne kazne i kaznene naknade štete, koja se ogleda u tome da one mogu biti određene u višem iznosu od naknade štete.²⁰

*Uticaj krivice na postojanje prava na kaznenu naknadu štete
i prava na ugovornu kaznu*

Iako pretpostavka postojanja štete do “trostrukog iznosa uobičajene licencne naknade”, olakšava položaj oštećenog u postupku u kojem se utvrđuje visina kaznene naknade štete, on ima teret dokazivanja namere ili krajnje nepažnje, kao težih stepena krivice kojim je povređeno njegovo pravo intelektualne svojine.²¹ On pri tome dokazuje one okolnosti pod kojima je učinjena povreda, a koje inače dokazuje kod postojanja uzročne veze između štete i povrede.

Kod kaznene naknade štete teži stepeni krivice se ne mogu pretpostaviti, zbog kaznenog karaktera naknade, jer kod svake vrste kažnjavanja, pa i privatnog, važi pretpostavka nevinosti koja nameće potrebu dokazivanja krivice (vinosti)²². Nasuprot tome, kod ugovorne kazne, iako je za potrebe ovog rada posmatramo kao oblik privatnopravnog kažnjavanja, krivica dužnika ugovorne obaveze se pretpostavlja.

Međutim, ova pretpostavka se ograničava na običnu nepažnju, kao lakši stepen nepažnje i najlakši stepen krivice.²³ Stoga, u sudskom postupku za smanjenje iznosa ugovorne kazne, koji je pokrenut od strane dužnika ugovorne obave-

ti do trostrukog iznosa stvarne štete i izmakle dobiti, stao na stanovište da nije u pitanju dvostruka odgovornost, već da postoji mogućnost paralelne odgovornosti različitih oblika, koja je konstituisana u cilju efikasne zaštite određenih društvenih vrednosti. Vidi Rešenja Saveznog ustavnog suda IU br. 18/97; 19/97; 20/97 i 21/97 od 21. januara 1998. godine u “Odluke i rešenja Saveznog ustavnog suda 1998. godine”, str. 28–29.

²⁰ B. Lubarda, op. cit., str. 393.

²¹ Stepenn krivice je odlučujući element (osnov) odgovornosti kada je u pitanju kaznena naknada štete. Na taj način, ona se odvaja od naknade imovinske štete, kod koje osnovno načelo integralne naknade u velikoj meri relativizuje značaj stepena krivice, pošto je relevantan svaki stepen krivice. Vidi: B. Lubarda, op. cit., str. 391–392.

²² Pojedini autori čak smatraju da se kaznena naknada štete može društveno opravdati ako je njena svrha nagrađivanje oštećenog zbog dodatnog tereta dokazivanja namere ili krajnje nepažnje. Vidi: Robert D. Cooter, “Economic Analysis of Punitive Damages”, Southern California Law Review, Vol. 56, 1982–1983, str. 90.

²³ Za običnu nepažnju (culpa levis) se može reći da postoji u slučajevima kada je dužnik ugovorne obaveze upotrebio pažnju kao svaki prosečan čovek, ali je kriv jer nije postupio kao naročito pažljiv čovek u cilju sprečavanja povrede ugovorne obaveze.

ze, nije potrebno utvrđivati stepen njegove krivice, jer je on načelno irelevantan za sticanje prava na ugovornu kaznu.²⁴

Shodno navedenom može se zaključiti da je stepen krivice štetnika direktno proporcionalan sa visinomkaznene naknade štete, a da jestepen krivice dužnika ugovorne obaveze obrnuto proporcionalan sa visinom ugovorne kazne, ukoliko dužnik zahteva od suda njeno smanjenje.

Određivanje iznosa kaznene naknade štete i smanjenje iznosa ugovorne kazne od strane suda

Pravna priroda ovih sankcija je od značaja i za rešavanje pitanja granica do kojih one mogu da idu. Zbog postojanja penalnog karaktera ovih sankcija, nameće se potrebazaograničenjemnjihove visine, odnosno smanjenja, u sudskom postupku. Na ovaj način se onemogućava suviše liberalan pristup u njihovoj primeni,odnosno proizvoljno ugovaranje iznosa ugovorne kaznei arbitrerno dosuđivanje kaznene naknade štete, bez ikakve koristi za pravnu sigurnost građana.²⁵

Sud će u cilju pravičnijeg odmeravanja i dosuđivanja razumne naknade kaznene šteteosim krivice, kao subjektivnog elementa odgovornosti za štetu, uzeti u obzir i: prirodu i težinu povrede, prisustvo ranije povrede prava intelektualne svojine, značaj povređenog dobra, moguće gubitke nosioca prava, trajanje stanja povrede i dr.²⁶

Tako u našem pravu intelektualne svojine penalni karakter kaznene naknade štete nameće potrebu njenog maksimiziranja na iznos trostruke licencne naknade za zakonito korišćenje predmeta zaštite²⁷, koji je imperativne prirode u

²⁴ Pretpostavkom postojanja i najblažeg stepena krivice, dužnik ugovorne obaveze može biti obavezan na plaćanje punog ugovorom određenog ili odredivog iznosa ugovorne kazne.

²⁵ Aleksandar Mojašević: "Kaznena odšteta u američkom pravu", Strani pravni život, br. 1/2011, str. 212.

²⁶ Slobodan Dražić: "Zaštita prava intelektualne svojine sa posebnim osvrtom na kaznenu naknadu u našem pravu" u "Parnični i izvršni postupak, naknada štete i osiguranje" – zbornik radova, Budva, 2006, str. 136.

²⁷ U tom smislu i Mihailo Konstantinović je isticao: "Povišena naknada u slučaju teže krivice štetnikove je opravdana. Oštećenom nije svejedno da li mu je šteta prouzrokovana omaškom ili zlonamerno. Kad je zlonamerna šteta prouzrokovana nekim krivičnim delom, kazna i naknada potpuno uspostavljaju poremećenu ravnotežu. Ali šteta može biti prouzrokovana zlonamerno, a da se štetnik ne ogreši o krivični zakon. U tom slučaju naknada proste štete ne bi bila dovoljna. Ostalo bi nezadovoljeno osećanje povređeno zlom namerom. Pravično je da se o toj zloj nameri, o težoj krivici štetnika, takođe vodi računa i da se iznos naknade poveća". Vidi: Mihailo Konstantinović, "Osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu", Arhiv za pravne i društvene nauke br. 3/1953, str. 301. To ne znači da kaznena naknada štete mora u svakom slučaju da bude dosuđena u visini trostrukog iznosa

odnosu na najviši iznos naknade koji se može dosuditi. Stoga, ugovaranje većeg iznosa naknade nije u domenu autonomije volje stranaka, pa takva odredba ne bi uživala sudsku zaštitu.²⁸

Nasuprot tome ugovaranje većeg iznosa naknade kod ugovorne kazne je dozvoljeno i po pravilu određuje tako da bude nešto veći od predvidljive štete²⁹. Ipak, iznos ugovorne kazne određuju slobodno strane ugovornice, pa se zahtev za njenim ispunjenjem ne zasniva neposredno na šteti, već na ugovoru.³⁰

Međutim, iznosugovorne kazne podleže smanjenju u postupku sudske kontrole³¹, koji može da pokrene samo dužnik³². Do smanjenja ovako određenog iznosadoći će ukoliko je “preteran”, odnosno “nesrazmerno velik”, što se utvrđuje

uobičajene licencne naknade, već je trostruki iznos zakonski maksimum, tj. gornja granica koja se može dosuditi, pa taj iznos može biti i manji.

²⁸ Vidi Rešenje Privrednog apelacionog suda, PŽ, br. 5254/2013 od 20. novembra 2013. godine. (ParagrafLex).

²⁹ “Predvidljiva je ona šteta za koju je dužnik u času zaključenja ugovora znao ili morao znati da će nastupiti ako ugovornu obavezu ne bude ispunio onako kako ona glasi. Kriterijum procene i utvrđenja predvidljivosti je apstraktni a ne konkretan, pa sud pri utvrđivanju ugovorne odgovornosti za prouzrokovanu štetu, predvidljivost treba da utvrđuje i procenjuje kao pravni standard koji se odnosi na pažnju koja se u pravnom prometu zahteva od prosečnog dužnika, a ne od svojstva i mogućnosti konkretnog dužnika. Takav zaključak je u skladu sa načelom ugovornog prava sadržanog u članu 18. Zakona o obligacionim odnosima koji sadrži princip da su u ponašanju i izvršenju obaveza i ostvarivanju prava stranke dužne da postupaju sa pažnjom koja se u pravnom prometu zahteva u odnosu na odgovarajuću vrstu obligacionih odnosa (pažnja dobrog privrednika u trgovačkim poslovima i pažnja dobrog domaćina kod ostalih ugovora). Odgovornost za prouzrokovanu štetu se ne može proširiti na prekomerne posledice i dužnik ne može odgovarati za sumnjive posledice neizvršenja, odnosno zadocnjenja u ispunjenju ugovorne obaveze. To dalje znači da i željeno i optimističko predviđanje dobitka nije dovoljno za realizaciju naknade. Sa druge strane kod ocene izmakle koristi ne može se zahtevati apsolutna i potpuna sigurnost dobitka. Dovoljno je da se dobitak mogao očekivati sa određenom verovatnoćom, što znači da dužnik zbog povrede ugovora (a ni poverilac) ne mora da zna u momentu zaključenja ugovora visinu štete. Ni u jednom poslu ne postoji apsolutna izvesnost dobitka.” (Rešenje Vrhovnog suda Srbije br. 2899/07 od 5. marta 2008. godine – preuzeto iz Biltena sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, br. 1/2008, str. 47).

³⁰ U tom pogledu se ukazuje da ovaj iznos predstavlja odraz subjektivne procene ugovornih strana ili realne ekonomske vrednosti, koje zakonski propisi nisu prepoznali. Ukoliko bi ipak zakonski propisi ove vrednosti prepoznali, funkcija naknade kod ugovorne kazne bila bi bolje opisana. Vidi: Larry A. DiMatteo, “Penalties as Rational Response to Bargaining Irrationality”, Michigan State Law Review 2006, str. 909.

³¹ Jedna od karakteristika ugovorne kazne je da se obim preispitivanja njenog ugovorenog iznosa od strane suda ograničava na smanjenje

³² Ovom pravilu je i sudska praksa utrla put, ukazujući da zakon nije dao ovlašćenje sudu da bez zahteva dužnika smanjuje ugovoreni iznos ugovorne kazne, u situaciji kada dužnik nije iskoristio svoje ovlašćenje. Vidi Presudu Privrednog apelacionog suda Pž br. 117/2014 od 13. maja 2015. godine. (ParagrafLex)

na osnovu vrednosti i značaja predmeta obaveze, kao osnovnih kriterijuma njegove procene³³. Pored toga, pri utvrđivanju visine iznosa ugovorne kazne od značaja su: imovno stanje ugovornih strana i svrha ugovorne kazne. Ovaj iznos predstavlja gubitak za dužnika ugovorne obaveze, aliistovremeno i garanciju da ugovorna kazna u postupku sudske kontrole neće izgubiti smisao i korisnost.³⁴

Kao što se iz napred navedenog može videti, nosioci prava intelektualne svojine su stavljeni u povlašćeni položaj u odnosu na ostaletitularne subjektivnih prava. Opravdanje za to se može naći u činjenici da su po svojoj prirodi prava intelektualne svojine kompleksnija u odnosu na druga subjektivna prava, jer se saстоje iz niza ovlašćenja imovinskopravnog i ličnopravnog karktera. Pored toga, za zaštitu ovih prava se izdvajaju velika materijalna sredstava, pa i njihova povreda mora bitisankcionisana većom naknadom štete. Sa druge strane, povlašćeni položaj svojstven je i poveriocu ugovorne obaveze kada je reč o ugovornoj kazni za slučaj zadocnjenja sa ispunjenjem ugovorne obaveze, budući da on tada može da zahteva od dužnika i ispunjenje ugovorne obaveze i ugovornu kaznu³⁵.

ZAKLJUČAK

U pokušaju utvrđivanja pravne prirode i svrhe primene ugovorne kazne i kaznene naknade štete, kao građanskopravnih sankcija, pošlo se od njihove *differentia specifica* u cilju utvrđivanja njihovih razlika u odnosu na duge građansko-pravne sankcije i privatne kazne, kao njihovog višeg rodnog pojma u cilju utvrđivanja njihovih međusobnih sličnosti.

U osnovi se može reći da privatna kazna, kao genusni pojam za ugovornu kaznu i kaznenu naknadu štete, u našem pravu postoji i da približava funkcije građanskog i krivičnog prava, koje postaju “komplementarne”, iako sa sobom nose pečat antagonizma, jer imaju za cilj sprečavanje pravnih posledica nesavesnog ponašanja dužnika ukoliko se one mogu izbeći ili pak njihovo otklanjanje. Time se ostvaruju i elementi restorativne pravde kroz delovanje kako na uzrok, tako i na posledicu.

³³ Član 274. Zakona o obligacionim odnosima. U literaturi se još ukazuje da iznos ugovorne kazne koji podleže smanjenju u postupku sudske kontrole predstavlja “disproporciju koja je posledica zloupotrebe penalne funkcije”, kao i da je “očigledno preteran” i “bez opravdanja”. Vidi: Ignacio Marin Garia, “Enforcement of Penalty Clauses in Civil and Common Law: A Puzzle to be Solved by the Contracting Parties”, *European Journal of Legal Studies* 5/2012, str. 87.

³⁴ M. Orlić, op. cit., str. 550; Mihailo Konstantinović, “Priroda ugovorne kazne – smanjenje od strane suda”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* br. 2/1953, str. 212. “Treba uzeti u obzir da svako sudsko preispitivanje visine ugovorne kazne može da ugrozi njenu funkciju leka protiv povrede ugovora”. Vidi: Ignacio Marin Garia, op. cit., str. 82–83;

³⁵ Član 273. stav 4. Zakona o obligacionim odnosima.

Da li će i doći do sankcionisanja neželjenog ponašanja ovim sankcijama zavisi u mnogome od poverioca, kada je reč o ugovornoj kazni, odnosno nosioca subjektivnog prava konstituisanog na nematerijalnom dobru kao predmetu zaštite, kome je povredoprava namerno ili krajnjom nepažnjom prouzrokovana šteta. Smatra se da ova lica imaju neposredan interes da štite svoja subjektivna prava, čime se ukazuje na izvesnu slobodu u odlučivanju (*in dubio pro libertate*).

Pored zaključaka do kojih se došlo izlaganjem pojedinih pitanja koja čine sadržinu ovog rada, kao opšti zaključak sa osvrtom na ove oblike privatnopravnog kažnjavanja, može se istaći da su postojeće zakonske norme u ovoj oblasti izraz dostignutog stepena društvenog razvoja. Za njihovu primenu u ovom trenutku ima dovoljno prostora u svim onim slučajevima kada su opravdane, ali i društveno korisne, a problemi koji tom prilikom nastaju mogu biti ublaženi ili otklonjeni usaglašavanjem stavova sudske prakse i mišljenja pravne teorije.

VLADIMIR VINŠ

Advisor in Ministry of Justice

LEGAL NATURE OF CONTRACTUAL PENALTY AND TRABLE DAMAGE – SIMILARITIES AND DIFFERENCES

Summary

Contractual penalty and trable damage are forms of private-punishment that is aimed at preventing the consequences of incoming behavior, but also on sanctioning of violation of rights. In this respect contractual penalty arises as a response to the need to provide effective protection for the autonomy of the will in the law of obligations in cases where it is threatened by wrongful breach of obligations arising from the contract as an individual act, while trable damage occurs in response to intentional or grossly negligent violation of violation of subjective rights by which the immaterial good is protected and constituted.

In addition to the compensation character that prevails in these sanctions, because they are determined in favor of the individual whose subjective rights have been violated, they have a penalty character, which separates them from pecuniary damages, whose purpose is exhausted in subsistence restitution or monetary compensation of damages or non-pecuniary damage whose purpose is exhausted in the satisfaction.

OSMAN KADRIU

DEKRIMINALIZACIJA KLEVETE I UVREDE I GRAĐANSKOPРАВNA ODGOVORNOST

– Sa posebnim osvrtom na zakonodavstvo Makedonije –

U V O D

Građanskoppravna odgovornost je odgovornost za prouzrokovanu štetu. Šteta može nastati, ista da se prouzrokuje, na razne načine, raznim postupcima i radnjama, činjenjem i nečinjenjem. Šteta može da se prouzrokuje i krivičnim delom. To je slučaj i sa krivičnim delima klevete i navrede. Za krivična dela rešava krivični sud. U nadležnosti krivičnog suda je i odgovornost za krivično delo klevete odnosno uvrede. Izvršilac krivičnog dela klevete odnosno uvrede krivičnopravno odgovara, razume se, ako se utvrdi da je izvršio jedno od gorenavedenih krivičnih dela i ako je krivičnopravno odgovoran za to. U zavisnosti od stepena krivičnopravne odgovornosti i drugih okolnosti – otežavajućih i olakšavajućih, krivični sud izriče krivičnu sankciju.

Za građanskoppravnu odgovornost je važno da je oštećenom prouzrokovana šteta navedenim krivičnim delima. Prema tome, šteta je uslov, stalno prisutni uslov, za građanskoppravnu odgovornost. Za oštećenog sasvim je irelevantno vrsta i visina kazne za izvršioca krivičnog dela klevete odnosno uvrede. Za njega je bitno, važno i najvažnije, kako, na koji način i kad će moći da ostvari naknadu pricinjene štete. Postavlja se, znači, pitanje građanskoppravne odgovornosti. Izloženo upućuje na veoma jasan i osnovan zaključak. Kad učinilac, izvršilac krivičnog

Dr Osman Kadriu, profesor FON Univerziteta, Skoplje.

dela prouzrokuje, prouzrokuje i štetu drugom licu, kod njega postoji dvostruka odgovornost, krivična i građanska, s druge strane jasno je opredeljenje u pravnoj naučnoj misli da se ličnost čoveka štiti pravnim normama od više pravnih oblasti kao što su krivična, građanska, upravna, ustavna i drugih oblasti odnosno grane pravnog sistema.¹

Krivični sud, u slučajevima krivične odgovornosti, može istom krivičnom presudom da se opredeli i za štetu odnosnu naknadu štete oštećenog. To je slučaj, razume se, kad je presuda krivičnog suda osuđujuća. Međutim, nisu retki slučajevi da krivični sud, pozivajući se na složenost postupka i na potrebe dokazivanja i veštačenja, oštećenog upućuje na parnicu.²

U ovom radu je važno pitanje naknade štete usled klevete i uvrede u onim pravnim sistemima u kojima je izvršena dekriminalizacija ovih dela. Dekriminalizacijom navedenih dela, ista dobijaju drug status i tretiraju se kao građanski delikt i za njih se predviđa građanskopravna odgovornost. I ne samo to. Dekriminalizacijom ovih dela, u pojedinim zemljama, a to je slučaj i sa Republikom Makedonijom, usvajaju se posebni zakoni za građanskopravnu odgovornost, a to je odgovornost za prouzrokovanu štetu klevetom odnosno uvredom. Reč je o specijalnim zakonima – *lex specialis* u odnosu na Zakonu o obligacionim odnosima koji za svoju materiju ima i prouzrokovanje štete i njenu naknadu.

Za da se dobije jedna celina i jasna pretstava o pitanjima koja se tretiraju u radu, biće ukratko reči o pojavi dekriminalizacije klevete i uvrede; zatim o važnim novinama Zakona o građanskoj odgovornosti zbog klevete i uvrede Republike Makedonije. Analizom odredaba ovom Zakonu pravi se upoređenje sa rešenjima Zakona o obligacionim odnosima, tačnije rečeno onih odredaba kojima se reguliše građanskopravna odgovornost. Prouzrokovanje štete, neka bude podvučeno i ovde, predstavlja važan pravni izvor nastanka obligacionopravnih odnosa.

Specijalnim zakonima, kao što je i Zakon o građanskoj odgovornosti zbog klevete i uvrede, mogu se derogirati određene odredbe generalnog zakona čime nastaje situacija da govorimo da *lex specialis derogat legi generali*. No, pri tome mora se imati u vidu da važni principi, važna načela i opredeljenja, u našem slučaju, Zakona o obligacionim odnosima ne mogu se derogirati. Ovo naročito kad je u pitanju novčana naknada nematerijalne štete zbog povrede časti i ugleda. Za ove teme i dileme imamo naš osvrt i komentar u ovom radu. O tome će biti reči u produženju.

¹ Konkretnije, prof. dr Jakov Radišić, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1979, str. 242.

² Krivičnoprocesna nauka ima jasno stanovište za upućivanje oštećenog na parnicu i ostvarivanje prava na naknadu štete prouzrokovana krivičnim delom. Takvo stanovište prihvata i krivičnoprocesno zakonodavstvo Makedonije. O tome odredbe članove 111–114 ZKP Makedonije od 2012. godine.

DEKRIMINALIZACIJA KLEVETE I UVREDE I SAVREMENO PRAVO

Krivično zakonodavstvo skoro svih civilizovanih zemalja u pravno uređenju i sankcionisanju krivičnih dela, kleveta i uvreda sankcionišu se kao posebna krivična dela. Reč je o krivičnim delima iz oblasti odnosno glave krivičnih dela koja se tiče "krivičnih dela protiv časti i ugleda". Republika Makedonije svojim Krivičnim Zakonikom od 1996. Godine, isto tako, u Glavi XVIII, koja nosi naslov "Krivična dela protiv časti i ugleda", sankcioniše krivična dela klevete i uvrede.³ U pogledu definicije i bića ovih krivičnih dela nema suštinskih razlika u komparativnom krivičnom zakonodavstvu. Razlike se mogu primetiti, iako u nijansama, u pogledu oblika u kojima se manifestuje izvršenje ovih krivičnih dela. Razume se, postoje razlike u pogledu vrste i visine krivične sankcije za izvršioca istih.

Međutim, u posljednje vreme prisutna je tendencija krivičnog zakonodavstva u više zemalja da se krivično pravo demokratizira i da se izvrši njegova socijalizacija. S druge strane, postoji težnja da se izvrši i harmonizacija nacionalnog prava sa evropskim pravom i evropskim standardima. Važan je društveni cilj koji treba da se postigne harmonizacijom prava konkretne zemlje sa evropskim pravom. Cilj se izražava u promoviranju čovekovih sloboda i prava. U ovom kontekstu jasno je opredeljenje i odredaba člana 10 Evropske Konvencije o zaštiti čovekovih prava.⁴ Iz njihove sadržine jasno proizlazi da "svako ima pravo na slobodu govora. Ovo pravo uključuje i slobodu mišljenja, primanja i saopštavanja obaveštenja i ideja bez mešanje javne vlasti i bez obzira na granice... Pošto vršenje ovih sloboda povlači za sobom dužnosti i odgovornosti, ona može biti podvrgnuto formalnostima, uslovima, ograničenjima ili kaznama koji su predviđeni zakonom i koji su neophodni u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, teritorijalnog integriteta ili javne sigurnosti radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala, radi zaštite ugleda ili prava drugih, radi sprečavanja otkrivanja obaveštenja primljenih u poverenju ili radi očuvanja autoriteta i nepristrasnosti sudstva".

Polazeći od ovakvog opredeljenja, u krivičnim zakonodavstvima pojedinih zemalja izvršena je intervencija na taj način što se vrši dekriminalizacija za krivična dela kleveta odnosno uvreda. Ova krivična dela se ukidaju odnosno brišu se odredbe članova kojima se ova krivična dela sankcionišu. Međutim, pri činjenici da se ovim delima može prouzrokovati šteta drugom licu, drugim subjektima,

³ Krivični Zakonik Republike Makedonije je objavljen u "Služben Vesnik na RM", br. 37/96. Više puta je dopunjen i izmenjen. Krivična dela kleveta odnosno uvreda sankcionišu se odredbama članova 172 KZ (za klevetu), i 173 KZ (za uvredu).

⁴ Evropska Konvencija je usvojena od Evropskog Saveta 4. Novembra 1950. godine u rimu. Stupila je na snagu 3. Septembra 1953. god.

za štetu treba da se odgovara. Šteta treba da se reparira. Zbog toga, dekriminalizacijom klevete i uvrede, one prelaze od područje krivičnopravne odgovornosti na područje građanskopravne odgovornosti. Odgovara se za prouzrokovanu štetu koja može biti materijalna i nematerijalna i sve to u saglasnosti sa uslovima i u postupku predviđeni zakonom.

Imajući u vidu ove pravnorelevantna okolnosti, Republika Makedonija je usvojila Zakon o građanskoj odgovornosti zbog klevete i uvrede 2012. godine.⁵ S druge strane je izvršena intervencija u Krivičnom Zakoniku ove zemlje od 1996. godine a intervencija je izvršena 2011. godine na taj način što odredbe članova 172 i 173 KZ se brišu.

Vršeći analizu u uporedno pravnim sistemima dekriminalizacija krivičnih dela klevete i uvrede izvršena je u zemljama kao: Velika Britanija 2009.godine; u Bosni i Hercegovini, 2001.godine; u Republici Srpskoj 2002. godine; u Crnoj Gori 2011.godine; u Gruziji 2004.godine; u Ukrajini 2001.godine.⁶

VAŽNE NOVINE O GRAĐANSKOJ ODGOVORNOSTI ZBOG KLEVET I UVREDE

Republika Makedonija u reformi pravosudnog sistema i u kontekstu harmonizacije pozitivnog prava sa evropskim pravom učinila je progres i u oblasti krivičnog i građanskog zakonodavstva. Između ostalog izvršila je intervenciju u oblasti krivičnog zakonodavstva dekriminalizacijom krivičnih dela klevete i uvrede. Kleveta i uvreda su bila sankcionisana kao krivična dela konkretnim rešenjima sadržanim u Krivičnom Zakoniku ove zemlje od 1996.godine. reč je o članovima 172 (kleveta) i 173 (uvreda).⁷

Za potrebu da se izvrši dekriminalizacija krivičnih dela klevete i uvrede predlažać Zakona imao je važne argumente. Od argumenata, opširno izloženi u Obrazloženju Predlog – zakona izdvajamo: opredeljenje Evropske Konvencije o čovekovim pravima (član 10) i praksu Evropskog suda; dugotranjanje postupka pred krivičnim sudovima za krivična dela klevete i uvrede što kao posledicu je imalo neopravdano odugovlačenje postupka za ostvarivanje prava na naknadu štete; zahtevi OBSE da se izvrši dekriminalizacija zbog loše prakse u primeni Kri-

⁵ Zakon o građanskoj odgovornosti zbog klevete i uvrede je objavljen u "Služben Vesnik na RM", br. 143/2012 od 14.11.2012. god.

⁶ Opširnije o tome u Obrazloženju Zakona o građanskoj odgovornosti zbog klevete i uvrede Republike Makedonije od 2012. god.

⁷ Krivični Zakonik je usvojen 1996.godine i isti je objavljen u "Služben Vesnik na RM", br. 37/96. god. za definiciju i biće navedenih krivičnih dela klevete i uvrede, opširnije u članovima 172 i 173 KZ Republike Makedonije.

vičnog Zakonika; bolja su rešenja da se pitanje štete reši pred građanskim sudovima i veća je efikasnost u rešavanju ovih sporova; u Obrazloženju Zakona navedeni su i primeri onih zemalja u kojima je izvršena dekriminalizacija. Ima i drugih argumenata, a izloženi u ovom osvrtu su važni.

Od novina Zakona, u ovom osvrtu ukratko se zadržavamo na najvažnije. Klevetom i uvredom mogu se povrediti nematerijalna dobra konkretnog lica. Od nematerijalnih dobara, šteta može nastati i povredom časti i uvreda, koji predstavljaju značajna nematerijalna dobra. To su moralne vrednosti svakog čoveka. Prouzrokovana šteta može biti materijalna i nematerijalna. Pri dosuđivanju štete odnosno njene naknade, sud treba da se rukovodi principima zakonitosti, pravičnosti i proporcionalnosti štete i njenog obima, s jedne strane, i obima naknade, s druge strane.

Konkretnim odredbama Zakona predviđa se i uređuje odgovornost za uvredu kao i slučajevi isključenja odgovornosti. Zakonska rešenja se odnose i za klevetu, odgovornost za štetu koja nastaje klevetom kao i slučajevi isključenja građanskopravne odgovornosti zbog klevete.

Poseban kompleks pitanja, zakonom uređena, predstavlja onaj koji se tiče odgovornosti za štetu povredom časti i ugleda a povreda se vrši klevetom i uvredom. Prema tome, kleveta i uvreda predstavljaju protivpravni akti, dejstva i ponašanja koji imaju atribute građanskog delikta. Za njih izvršilac delikta odgovara građanskopravno. Reč je o građanskopravnoj odgovornosti. Građanskopravna odgovornost je odgovornost za štetu. Klevetom i uvredom povređuju se značajna nematerijalna dobra, a to su čast, ugled, sloboda i lična prava subjekata u pravu. Subjekti u pravu mogu biti fizička i pravna lica. I to je dobro poznato. Povredom časti i ugleda i drugih ličnih prava njihov titular trpi štetu koja može biti materijalna i nematerijalna. No, kod povrede časti i ugleda najčešće dolazi do nastanka nematerijalne štete. Ona se izražava i psihičkom bolu. Za psihički bol, u teoriji građanskog a posebno obligacionog prava, upotrebljavaju se i termini (pojmovi) duševni bol i duševna patnja.

Važni su oblici naknade nematerijalne štete zbog povrede časti i ugleda. I Zakon o građanskoj odgovornosti sankcioniše pitanje nenovčane i novčane naknade nematerijalne štete. Kod nenovčane naknade Zakon predviđa mogućnost za oštećenog da on zahteva pravo na reagiranje, demant, odgovor i ispravku. Kod novčane naknade nematerijalne štete koja nastaje povredom časti i ugleda, a ovo nešto kao posledica klevete i uvrede, Zakon obavezuje sud da ceni pravnorelevantne okolnosti pri dosuđivanju iste. Posebno se ceni imovinsko stanje tuženog. Od drugih okolnosti, kod uvrede na primer, Zakon predviđa mogućnost da će se naknada neimovinske štete dosuditi samo ako izvršilac delikta nije se izvinio, javno

ne ja opozvao uvredljivu izjavu ili uvredu je ponavljao posle sudske odluke kojom se zabranjuje takvo ponavljanje.

Pitanje naknade nematerijalne štete zbog klevete je, isto tako, materija ovog Zakona – *materia legis*. Zakon predviđa mogućnost ova naknada da se ublaži ako tuženi dokaže da se izvinjavao; da je ponudio izvinjenje ili da je izvršio ozbiljan pokušaj da ih odstrani pravne posledice zbog klevete.⁸

U pogledu novčanog iznosa i njegove visine kod nematerijalne štete zbog klevete i uvrede, novina Zakona je u tome što se izdvajaju novinari kao tuženi. Naime, predviđa se da novčana naknada nematerijalne štete prouzrokovana od novinara da ne bude veća od 2000 evra; za urednika ili lica koji ga zamenjuje do 10000 evra i za samo pravno lice novčani iznos da ne bude veći od 15000 evra.⁹

Konkretnim odredbama, zakonodavac se opredeljuje za jedno načelno rešenje, da sud pri odlučivanju o visini naknade nematerijalne štete treba da ima u vidu odredbe Zakona o obligacionim odnosima. Citiranim Zakonom uređuju se i pitanja postupka utvrđivanje odgovornosti i naknadu štete, u čije posebnosti, zbog ograničenog prostora, ovde i nećemo ulaziti.

Da se odgovori na pitanja da li su ova zakonska rešenja dobra i adekvatna po pitanjima naknade štete zbog povrede časti i ugleda, u ovom radu posebno se zadržavamo na stavove nauke, rešenja Zakona o obligacionim odnosima i stanovištu sudske prakse.

USLOVI I KRITERIJUMI PRI DOSUĐIVANJU NAKNADE ŠTETE ZBOG POVREDE ČASTI I UGLEDA

Klevetom i uvredom može se povriditi čast i ugled oštećenog lica. Povredom ovih nematerijalnih dobara (moralnih vrednosti) za oštećenog može nastati, može se prouzrokovati kako materijalna tako i nematerijalna šteta. Šteta se posebno izražava duševnom bolom zbog povrede časti i ugleda. Po opštim principima otštetnog prava, kad se šteta prouzrokuje ona treba da se naknadi. Šteta treba da se reparira, kompenzira. No, i ovde treba naglasiti da kod odgovornosti za štetu treba da budu ispunjeni uslovi koji ih pozitivno građanskopravno zakonodavstvo sankcioniše. Uslovi se odnose na: prvo, da postoji šteta; drugo, da postoji uzročna veza (kauzalna veza, kauzalni neksus); i treće, kad je u pitanju prouzrokovana šteta klevetom i navredom da postoji krivica štetnika. Prema tome, imamo pravni osnov odgovornosti i on je u pravu poznat kao sistem kulpe, sistem subjektivne odgovornosti.

⁸ Član 16 Zakona o građanskoj odgovornosti zbog klevete i uvrede.

⁹ Član 18 Zakona o građanskoj odgovornosti zbog klevete i uvrede.

Od navedenih uslova, prva dva, a to so šteta i kauzalna veza, su stalni uslovi. Oni treba uvek da budu prisutni. Ako jedan od njih ne postoji, odsustvuje, nema odgovornosti za štetu. Nema, dakle, građanskopravne odgovornosti. Ovo pravilo važi kod svake vrste odgovornosti. I kao što je poznato, s aspekta pravnog osnova odgovornosti, oni mogu biti: subjektivna odgovornost, objektivna odgovornost i odgovornost za radnje i postupke drugog. Kod prouzrokovnja štete klevetom i uvredom imamo subjektivnu odgovornost. Kod subjektivne odgovornosti krivica štetnika predstavlja uslov odgovornosti. Ona je, s druge strane, i osnov, i to pravni osnov odgovornosti. Zbog toga se ovaj sistem odgovornosti naziva se sistemom kulpe, sistemom subjektivne odgovornosti. I o tome je bilo reči.

Kako šteta može biti materijalna i nematerijalna, treba za svaku vrstu od ovih šteta utvrditi kriterijume za njenu naknadu. Retki su slučajevi nastupanja materijalne štete usled klevete i povrede i povredom časti i ugleda. No, u praksi mogu se desiti, mogu se pojaviti i nastati takve situacije da se oštećenom licu pričinu materijalna šteta. Samo kao primer, prenošenjem ili izjavama neistinitih činjenica za radnika u radnom odnosu, njemu može u jednom konkretnom slučaju da mu prestaje radni odnos. Prestankom radnog odnosa, radnik se otpušta s posla. Ovde materijalna šteta je uvek prisutna. Ona kao materijalna šteta je konkretna i nesporna.

Međutim, ono što je tema i problematizira u radu, usled klevete i uvrede najčešće dolazi do nematerijalne štete. Nematerijalna šteta je posledica povrede časti i ugleda oštećenog lica. Čast i ugled su važna nematerijalna dobra svakog subjekta u pravu. Pripadaju grupi ličnih prava. Nosioc ličnih prava uvek ima pravni interes da njegova prava budu zaštićena. Nosioc kao titular ličnih prava zahteva da njegova prava budu poštovana od drugih lica, od svih lica, kako fizičkih tako i pravnih. I, još više od toga. Od uživanja ovih prava i njihove pravne zaštite, titular prava odnapred se ne može odreći. Jedna eventualno data izjava u tom pravcu je apsolutno ništavna. Takva izjava bi bila u suprotnosti sa prinudnim propisima i dobrim običajima. Smatra će se kao da takva izjava nije data. Ona se tretira kao nepostojeća. O tome ima jasan stav i opredeljenje i pravna nauka. Stavove pravne nauke prihvaća ih i pravnim normama sankcioniše savremeno zakonodavstvo.¹⁰

Kleveta i uvreda i materijalna šteta

Kada se upoređuju načini utvrđivanja materijalne i nematerijalne štete zbog povrede časti i ugleda kao posledica klevete i uvrede, postoje značajne razlike. Razlike postoje u pogledu načina utvrđivanja materijalne, *vis a vis*, nematerijalne

¹⁰ Opširnije o tome dr Dragoljub Stojanović i dr Oliver Antić, Uvod u građansko pravo, Beograd, 2004, str. 195 i 206–210.

štete, a ovo posebno u pogledu uslova koji treba da budu ispunjeni kao i u pogledu oblika i postupka utvrđivanja pravnorelevantnih okolnosti pri dosuđivanju naknade. U principu to je složen posao i težak zadatak suda. Kad se analiziraju postupci dosuđivanja naknade materijalne štete i naknade koja se tiče nematerijalne štete, određeni notorni fakti su uvek prisutni i poznati. Oni su poznati i za sud. Naime, utvrđivanje naknade materijalne štete je znatno jednostavnije od utvrđivanja naknade nematerijalne štete, posebno novčane naknade nematerijalne štete. Kod materijalne štete važi princip da visina naknade odgovara visini štete. To nešto jednostavnije se utvrđuje. Ovo po pravilu. Tako na primer, u navedenom slučaju otpuštenog radnika s posla. U ovom slučaju materijalna šteta za radnika jednostavnije se utvrđuje. Šteta se sastoji u gubitku zarade i drugih prava koja se materijalno izražavaju i nadoknađuju. Znači, u pitanju su prava materijalne prirode. Po pravilo, materijalna šteta i njena naknada utvrđuje se na osnovu veštačenja, tržišnih cena, određenih tarifa, no osnovu cenovnika, kao i na osnovu pravnih akata poslodavaca, ako je u pitanju šteta pričinjena u radno odnosu, na radu i u vezi sa radom. Razume se, da se u navedenom primeru uvek se polazi od pretpostavke i notornog fakta da je prestanak radnog odnosa bio nezakonit.¹¹

Važno je i drugo pravilo kod naknade materijalne štete. Obim naknada ne može da bude veći od visine, od obima štete. Ako to nešto se desi, što je redak slučaj u sidskoj praksi, nastaje situacija da govorimo o neosnovanom obogaćenju (obogaćenje bez osnova, sticanje bez osnova). To je ona razlika u naknadi koja je van okvira štete. Naknada je veća od obima štete.

Na osnovu izloženog je važno primetiti da kod naknade materijalne štete i njenog obima, njene visine, kriterijumi za njeno dosuđivanje su brojniji. Brojnije su i druge pravnorelevantne okolnosti. S druge strane, kriterijumi za utvrđivanje materijalne štete i njene naknade su egzaktniji.¹²

Nematerijalna šteta povredom časti i ugleda i njeni oblici

Za razliku od materijalne štete i njene naknade, načini i postupci utvrđivanja nematerijalne štete i njene naknade su znatno složenije. Novine i specifičnosti naknade nematerijalne štete prisutne su i kada se ona prouzrokuje klevetom i uvredom. Naglasili smo da je pitanje nematerijalne štete i posebno njene naknade složeno, kompleksno i delikatno. Ona se prouzrokuje povredom nematerijalnih dobara konkretnog titulara. To je pravilo i načelan stav. Složeno je pitanje, bez svake sumnje, i u slučajevima kada se šteta prouzrokuje usled povrede časti i ugleda

¹¹ Opširnije o šteti u radnim odnosima, u knjizi autora, *Nezakonitost prestanok na radnom odnosu i odgovornost na pretprijatieto za šteta*, "Akademik", Skopje, 2001, na više mesta u knjizi.

¹² Dr Dragoljub Stojanović i dr Oliver Antić, citirano delo, str. 211.

da sa akcentom i s aspekta kada se postavlja pitanje pravične naknade. Brojni su razlozi za složenost pitanja naknade nematerijalne štete povredom časti i ugleda. U pitanju su nematerijalna dobra čoveka, ljudi. To su moralne vrednosti. Moralnim vrednostima se zaokružuje čovekova ličnost. To je krug ličnih prava. Za svakog individua. To važi kako za fizička tako i za pravna lica. Prema tome, svaki individua se nalazi u jedan krug priznatih moralnih vrednosti. Kada se jedno nematerijalno dobro povredi, a to važi, *mutatis-mutandis* i za povredu časti i ugleda, uvek se postavlja i pitanje naknade štete. Naknada nematerijalne štete treba da bude pravična, kao što je slučaj i kod naknade materijalne štete.

Naknadom štete treba da se uspostavi ono stanje kod oštećenog koje je postojalo pre prouzrokovanja štete. To je slučaj i sa naknadom nematerijalne štete koja nastaje klevetom i uvredom. Kod naknade nematerijalne štete važi princip, važi pravilo, da sud treba da teži uspostavljanju ranijeg stanja, i to: prvo, na osnovu naturalne restitucije, a to je nenovčana naknada; i drugo, ako se prethodno stanje koje kod oštećenog postojalo pre štete ne može da se uspostavi naturalnom restitucijom – *restitutio naturalis* ili to nešto se postiže samo delimično, sud pribegava utvrđivanju novčane naknade nematerijalne štete. Navedeni princip upućuje na jedan važan pravni zaključak prihvaćen u pravnoj teoriji, u pozitivnom zakonodavstvu i u sudskoj praksi. Naime reč je o postojanju dva oblika naknade nematerijalne štete povredom časti i ugleda, i to: prvo, naturalna restitucija, kao oblik nenovčane naknade; i drugo, novčana naknada. O posebnostima oba oblika naknade biće reči u posebnim tačkama ovog rada.

Povreda časti i ugleda i nenovčana naknada nematerijalne štete. – Sam naziv upućuje na zaključak za jedno važno opredeljenje naknade nematerijalne štete. U pitanju je naturalna restitucija kod oštećenog. Naturalnom restitucijom uspostavlja se ranije stanje koje je postojalo pre da se šteta prouzrokuje. Šteta je, kao što je rečeno, prouzrokovana štetnim radnjama i postupcima štetnika, a to su kleveta i uvreda ili i jedno i drugo. Klevetom i uvredom povređuju se važna nematerijalna dobra konkretnog lica. Oblici nematerijalne štete su fizički bol, strah i duševni bol. U slučaju povrede časti i ugleda do izraza dolazi naročito duševni bol.

U nauci se posebno elaboriraju razni modaliteti naturalne restitucije. Izdvajamo i posebno naglašavamo da se naturalna restitucija može vršiti opozivom uvrede odnosno klevete; javnim izvinjenjem; objavljivanjem presude; objavljivanjem odgovora; objavljivanjem ispravke ili na drugi način.¹³ Smatra se, sasvim ispravno da se ovim načinima nenovčane nagrade može se otklanjati neimovinska šteta. To važi i kod povrede časti i ugleda, kao važna nematerijalna dobra oštećenog. Primenom ovog načina naknade štete odgovorno lice je dužno da us-

¹³ Konkretnije o tome, Pravni leksikon, Beograd, 1970, str. 624.

postavi stanje kod oštećenog koje je bilo pre nego što je šteta nastala.¹⁴ Ovo stanovište došlo je do izraza i u konkretnim zakonodavstvima. U tom pogledu jasne su odredbe Zakona o obligacionim odnosima od 1978. godine.¹⁵ Slično rešenje sadrži i Zakon o obligacionim odnosima Republike Makedonije od 2001. godine. I sadržina odredaba člana 188 Zakona o obligacionim odnosima Makedonije jasno proizlazi da u slučaju povrede prava ličnosti, sud može narediti, na trošak štetnika, objavljivanje presude odnosno ispravke, ili narediti da štetnik povuče izjavu kojom je povreda učinjena, ili što drugo čime se može ostvariti svrha koja se postiže naknadom.¹⁶

Naglašavajući u ovom osvrtu da se ovaj način naknade nematerijalne štete može dosuditi zbog povrede časti i ugleda, važi pravilo da ovaj princip odnosno oblik može da se primeni i u slučajevima kada je oštećenom priznata naknada materijalne štete. Ovo znači da nezavisno od utvrđivanja i priznanja naknade materijalne štete, naknada nematerijalne štete u navedenim oblicima može se priznati ako za to su ispunjeni uslovi predviđeni zakonom. U tom pogledu su jasna stanovišta u nauci¹⁷ i sudskoj praksi¹⁸.

Postoji jedna važna odlika ovog načina, oblika, a to je nenovčana naknada nematerijalne štete. Način uspostavljanja ranijeg stanja je, bez većih poteškoća, jednostavniji način za sud. Sudski postupak po pravilo kratko traje. Ovim načinom postiže se jedan naglašeni nivo promoviranja odnosa između štetnika i oštećenog. Ovaj način naknade nematerijalne štete koji u sebe sadrži naturalnu restituciju bitno se razlikuje od rešenja kojima se uređuje pitanje novčane naknade nematerijalne štete koja se izražava kroz duševni bol zbog povrede časti i ugleda.

Novčana naknada neimovinske štete zbog povrede časti i ugleda. – Složeno je pitanje novčane naknade nematerijalne štete zbog povrede časti i ugleda. Ovaj oblik naknade je znatno složeniji od nenovčane naknade i li naturalne restitucije naknade nematerijalne štete. Dve ključne reči treba podvući kod ovog oblika ne-

¹⁴ Prof. dr Slobodan Perović, Predgovor Zakona o obligacionim odnosima, Beograd, 1978, str. 63.

¹⁵ Član 199 Zakona o obligacionim odnosima, od 1978. god.

¹⁶ Konkretnije o tome član 188 ZOO Makedonije "Služben Vesnik na RM", br. 18/2001. godine, od 5. marta 2001. god.

¹⁷ Konkretnije u Komentaru ZOO, u redakciji prof dr Borislava Blagoevića i prof dr Vrljete Krulja, Tom I, Beograd, 1980. god., str. 533.

¹⁸ Poznata su stanovišta u vrhovnoj sudskoj praksi, izložena u konkretnim sudskim odlukama pre više godina, a naime, da je javno izvinjenje oblik naknade nematerijalne štete i njome se uspostavlja prethodno stanje kod oštećenog koje je bilo pre da nastane šteta. O tome presuda VSH Gž broj 5155/72 od 4. aprila 1972. godine, i presuda VSS Gž 4516/74, od 10.12.1974. godine. Odluke su citirane u Komentaru Zakona o obligacionim odnosima str. 535.

materijalne štete i njene naknade. To su: prvo, opredeljenje suda za *novčanu naknadu*; i drugo, kod novčane naknade važna je druga pravnorelevantna činjenica a to je **visina** novčane naknade. Zajednički imenilac ovih dveju ključnih reči je *pravičnost*. Znači, novčana naknada nematerijalne štete zbog povreda časti i ugleda i pretrpljenih duševnih bolova treba da je pravičan.

Da bi se postiglo pravično rešenje treba sprovesti postupak odmeravanja štete i pravične novčane naknade. Ovaj postupak je veoma složen, težak i delikatan. Za jedno vakvo stanovište ima osnovanih argumenata.¹⁹ Inače, neka bude podvučeno i ovde naknada neimovinske štete zbog pretrpljenih duševnih patnji, bolova, bilo da se ona ostvaruje u nenovčanom obliku ili u obliku novčane naknade, za oštećenog predstavlja satisfakciju. Po ovom pitanju stanovište pravne nauke je dominirajuće.

U izloženom kontekstu, u jednom delu pravne nauke, a kada je u pitanju nematerijalna šteta, pravi se distinkcija između duševnih bolova kod povrede časti i ugleda, s jedne strane, i *povrede osećanja* oštećenog, s druge strane. Naime, u slučaju duševnih bolova zbog povrede časti i ugleda oštećenom se može priznati nenovčana ili novčana naknada koji oblici vode satisfakciji. No, ako je u pitanju povreda osećanja oštećenog, njemu se priznaje novčana naknada. Ona, isto tako, treba da bude pravična. I ova naknada za oštećenog predstavlja satisfakciju.²⁰

Pored izloženog stanovišta u pravnoj teoriji, sudska praksa bivše SFRJ, pre više dekada, pravila je pokušaj (uspešan pokušaj) da pravi razliku u pogledu duševnih patnji zbog povrede časti i ugleda, s jedne strane, i patnje zbog povrede osećanja oštećenog, s druge strane.²¹

Kao što je podvučeno u radu, drugi oblik naknade nematerijalne štete kod povrede časti i uvreda je novčana naknada. Novčana naknada se priznaje za pretrpljeni duševni bol, zbog duševne patnje oštećenog. I, kad je u pitanju novčana naknada nematerijalne štete, ona se priznaje skoro u svim civilizovanim društvima. No, istoriski put je bio težak za usvajanje pozitivne teorije i njenih argumenata, za jedan pozitivan odgovor i za prihvaćanje ovog oblika naknade nematerijalne štete. Ovo tim pre, *a fortiori* kad se ima u vidu evolucioni razvoj nematerijalne štete i njene naknade. U pravnoj teoriji građanskog prava pounate su teorije i teorijski pogledi na nematerijalnu štetu. Jedna je pozitivna teorija, dok druga se naziva negativna. Pozitivna teorija je dala pozitivan odgovor pitanju novčane naknade nematerijalne štete. Nasuprot pozitivnoj, negativna teorija je imala suprotan stav.

¹⁹ O izloženom, u Komentaru ZOO, citirano delo, str. 536.

²⁰ Komentar ZOO, citirano delo, str. 536–538.

²¹ O izloženom stanovištu sudske prakse, Presuda VSBiH, Gž br. 647/56 od 20.05.1957. godine. Odluka je citirana u Komentaru ZOO, citirano delo, str. 536.

Razume se, svaka od navedenih teorija se bazira i svoje opredeljenje objašnjava konkretnim argumentima u čiju analizu ovde i ne možemo ulaziti.

Ono što je važno podvući odnosi se na činjenicu što i neparičnom naknadom i paričnom naknadom nematerijalne štete, njihovo dosuđivanje od strane suda predstavlja satisfakciju za oštećenog. Time ističemo i u ovom radu da se dosuđivanje novčane naknade nematerijalne štete, prava naknada i ne postoji. Nezavisno na visinu na novčanog iznosa koji se priznaje oštećenom, taj iznos za njega predstavlja satisfakciju. Priznanjem i dosuđivanjem konkretnog novčanog iznosa ne može da se uspostavi stanje kod oštećenog koje je postojalo pre nego što je šteta nastala. Znači nemamo restituciju nego satisfakciju. Otuda u pravu postoji jedan važan zaključak. Zaključak glasi da je svrha naknade svake nematerijalne štete pružanje satisfakcije oštećenom. To važi za oba oblika naknade nematerijalne štete, i to kako za oblik prirodne restitucije i tako i za oblik novčane naknade.²²

Za dosuđivanje novčane naknade nematerijalne štete koja nastaje zbog duševnog bola, zakonska rešenja su postavila važna pravila. Reč je o rešenjima Zakona o obligacionim odnosima. Od njih posebno se naglašavaju rešenja da će sud, pri opredeljenju za dosuđivanje novčane naknade nematerijalne štete zbog povrede ugleda, časti, slobode i prava ličnosti, posebno ceniti da okolnosti slučaja, a naročito jačina bolova i njihovo trajanje, to opravdava. Dikcija zakonskih rešenja je jasna.²³

U pogledu jačine bolova i njihovo trajanje kod nematerijalne štete zbog povrede časti i ugleda važna su pravila i opredeljenje zakona. Naime za samo dosuđivanje novčane naknade dovoljno je da se utvrdi postojanje duševnog bola kod oštećenog. Intenzitet duševnog bola i njegovo trajanje nije relevantno. No, s druge strane, jačina duševnog bola i njegovo trajanje može biti od važnosti za visinu novčane naknade nematerijalne štete. Ovim pravilima pravi se razlika između fizičkog bola i duševnog bola. Za novčanu naknadu fizičkih bolova traži se, kao važan kriterijum, jačina fizičkog bola i njegovo trajanje. Ove okolnosti sud posebno ceni.²⁴

U kontekstu pitanja novčane naknade nematerijalne štete zbog duševnog bola koji trpi oštećeni je i pitanje njene visine. U pogledu visine novčane naknade zakonska rešenja su jasna. Zakonska rešenja imaju svoju osnovu i u opredeljenjima pravne teorije. Pri utvrđivanju i dosuđivanju visine novčane naknade sud po-

²² O izloženim pitanjima, Leksikon građanskog prava, Beograd, 1996, str. 395.

²³ Opširnije i konkretnije, odredbe člana 200 ZOO, od 1988. godine i člana 189 Zakona o obligacionim odnosima Makedonije od 2001. godine, kao i stanovište profesora Perovića, Predgovor ZOO, citirano delo, str. 62–64.

²⁴ Dr Obred Stanković i dr Vladimir Vodinelić, citirano delo, str. 221–222, i Leksikon građanskog prava, citirano delo, str. 395.

sebno ceni *značaj* povređenog dobra. U našem slučaju to su duševni bolovi zbog povrede časti, ugleda, slobode i ličnog prava oštećenog. Važna je okolnost, kad je u pitanju duševni bol, da na visinu novčane naknade ima uticaja intenzitet duševnog bola i njegovo trajanje. O tome je bilo reči. Druga okolnost koju sud ceni (treba da ceni), je sam *cilj* koji treba da se postigne i kako treba ovome cilju da služi dosuđena novčana naknada. Izloženi kriterijumi i njihova primena pri dosuđivanju novčanog iznosa kod naknade nematerijalne štete omogućuje da novčani iznos bude u onom obimu u kojem je i sama šteta. To važi kod povrede svakog nematerijalnog dobra. Važi i za povredu časti i ugleda i duševnih bolova koji trpi oštećeni klevetom i uvredom.

Dosuđivanje novčane naknade nematerijalne štete, pod gore navedenim uslovima i kriterijumima, oštećenom se obezbeđuje određeno i konkretno zadovoljenje. Oštećeni dolazi u stanje da mu se kompenzira nematerijalno dobro od kojeg je lišeno odnosno obezbeđuje mu se onaj stepen zadovoljstva i uživanje koji bi imao da takvo dobro nije izgubio potpuno ili delimično.²⁵

Pri dosuđivanju novčane naknade nematerijalne štete treba imati u vidu i rešenje Zakona o obligacionim odnosima da sud uvek treba da vodi računa da dosuđenim iznosom *ne pogoduje težnjama* koji su nespojive sa prirodom samog prava.²⁶

SUD NEMA APSOLUTNU SLOBODU PRI DOSUĐIVANJU NOVČANE NAKNADE NEMATERIJALNE ŠTETE

Rešenja iz Zakona o obligacionim odnosima postavila su važna pravila za naknadu nematerijalne štete povredom konkretnih nematerijalnih dobara oštećenog. Pravila su jasna kako za materijalnu tako i za nematerijalnu štetu. Kod nematerijalne štete i njene naknade sud je dužan da se rukovodi pravilima za primenu oba oblika naknade. Reč je o nenovčanoj naknadi, s jedne strane, i novčanoj naknadi nematerijalne štete, s druge strane. Važna su pravila novčane naknade nematerijalne štete. Novčana naknada i njena visina treba da bude pravična. Od pravila koja proizlaze iz odredaba Zakona o obligacionim odnosima važna su rešenja za one situacije kada se sud opredeljuje za novčanu naknadu nematerijalne štete povredom časti i ugleda i duševnog bola za to. Sud treba da ceni: prvo, značaj povređenog dobra; drugo, cilj kome služi ta naknada i pri tome posebno da se ceni okolnost da dosuđeni novčani iznos ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa prirodom samog prava i društvenom svrhom. Isto tako treba da se ima

²⁵ Komentar ZOO, citirano delo, str. 537.

²⁶ Leksikon građanskog prava, citirano delo, str. 395 i Komentar ZOO, citirano delo, str. 536–537.

u vidu notorna okolnost, dosada podvučena, da novčana naknada nematerijalne štete zbog psihičkog bola predstavlja satisfakciju za oštećenog. Ovo zbog toga što dosuđeni novčani iznos nije adekvatan šteti zbog povređenog ličnog dobra. To je slučaj i za duševni bol zbog povrede časti i ugleda.²⁷ Povreda časti i ugleda nema „pijačnu cenu“. Ta novčana naknada u ulozi satisfakcije treba da omogući ono zadovoljene oštećenog koji će biti u stanju da kompenzira nematerijalno dobro od kojeg je lišen odnosno onaj stepen zadovoljstva i uživanje koji bi imao da takvo dobro nije izgubio potpuno ili delimično. U ovom kontekstu i po ovim pitanjima i komentatori Zakona o obligacionim odnosima imaju jasan stav.²⁸

Pored navedenih pravila, sud pri dosuđivanju novčane naknade nematerijalne štete treba da ceni krivicu štetnika, imovinsko stanje njegovo, no, i imovinsko stanje tužioca, a to je oštećeni. Pravilnom primenom navedenih pravila omogućava se da se novčana naknada nematerijalne štete, iako predstavlja satisfakciju za oštećenog, kreće u okviru i obimu pretrpljene štete, naknada, drugim rečima, ne treba da pređe granice štete. Ako to se desi, imali bi smo neosnovano obogaćenje.²⁹

Na osnovu izloženog može se zaključiti da *sloboda* suda u odlučivanju prilikom utvrđivanja i dosuđivanja visine novčane naknade nematerijalne štete *nije apsolutna*. On je dužan da se rukovodi pravilima koja je postavila pozitivna regulativa. Za sud postoji ograničenje u tom smislu da dosuđena novčana naknada ne bi trebalo da zadovolji one težnje koje nisu u saglasnosti sa njenom svrhom.³⁰

OSMAN KADRIU, LL.D.,
Professor, FON University, Skopje

THE LEGAL PROVISIONS ON THE DECRIMINALIZATION OF DEFAMATION AND OFFENCE

Summary

In this paper are explained the legal provisions on the decriminalization of defamation and offence. These criminal offences lately in different legislations are decriminalized, which is a positive trend having in mind the large number of criminal charges against journalists. This is especially a

²⁷ Prof dr Slobodan Perović, Predgovor ZOO, citirano delo, str. 65.

²⁸ Opširnije o tome u Komentaru ZOO, citirano delo, str. 536–537.

²⁹ U ovom smislu sudska praksa je izgradila stav još u vremenu kada je ona prva iskočila u odbrani teze za priznavanje prava na novčanu naknadu nematerijalne štete. O tome, Presuda SVS, Gž br. 117/56 od 28.12.1956.godine. Presuda je citirana u Komentaru ZOO, citirano delo, str. 538.

³⁰ Komentar ZOO, citirano delo, str. 538 i prof dr Slobodan Perović, Predgovor ZOO, citirano delo, str. 65.

trend in the countries in the region, including Republic of Macedonia. With the decriminalization, with new provisions is prescribed civil responsibility for these offences. This form of civil responsibility is responsibility for damages. More specifically, for defamation and offence newer legislation prescribe a form of immaterial damages and compensation for this form of damages.

However, the special law on the compensation of damages in cases of defamation and offence make some essential changes on the rules that are already stipulated in the Law on obligations. Namely, Law on decriminalization as a *lex specialis*, in a large part modify, or more specifically replace these rules. Two major modifications are noticed by the author. Firstly, the court in every case will have to deliver a judgment with a money compensation as a form of compensation; and second, the amount of the money compensation is limited to 15.000 Euros. This legal solution has to be put under loop, since according to the author, is too high. With these legal solutions, the law excludes all the relevant matters of the case such as the damaged immaterial good; the goal of the money compensation; etc. For these reasons, *de lege ferenda*, these legal solutions have to be put under a loop and to be offered different solutions that are just for the bearer of the protected values such as dignity, freedom, integrity, as well as in accordance with the moral norms of the society.

SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

Pravda i pravo

Justice and Law

La Justice et le Droit

PRAVO I AUTONOMIJA LIČNOSTI – II tom *LAW AND INDIVIDUAL AUTONOMY – Vol. II*

Druga katedra

Secon Department

PRAVO NA SLOBODU

RIGHT TO FREEDOM

2. Sloboda ličnosti

Freedom of Personality

Olga Cvejić-Jančić

Zabrana fizičkog kažnjavanja deteta – prilog diskusiji povodom
Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije

Prohibition of physical punishment of children - Contribution
to the discussion regarding the Draft of the Civil Code of Serbia . . .

5

Zoran Ponjavić

Porođično pravo, od institucije do autonomije ličnosti

Family law, from the institution to the autonomy

of individual person

25

783

<i>Olga Jović-Prlainović</i>	
Surogat materinstvo – argumenti pro et contra	
Surrogate motherhood-arguments pro et contra	41
<i>Penelope Booth</i>	
Financial claims after divorce: how late is “too late”	
Finansijski zahtevi posle razvoda: kada je suviše kasno	53
<i>Paula Nunes Correia</i>	
The Chi of Chinese traditional marriage - past and present in Macao	
Či kineskog tradicionalnog braka: prošlost i sadašnjost u Makau . .	65
<i>Melanija Jančić</i>	
Pojam diskriminacije i uporedno pravni pristup	
The definition of discrimination: comparative law insights	79
3. Upravno-pravna zaštita slobode	
<i>Administrative-Law Protection of Freedom</i>	
<i>Dobrosav Milovanović</i>	
<i>Vuk Cucić</i>	
Nova rešenja Nacrta zakona o opštem upravnom postupku	
u kontekstu reforme javne uprave u Srbiji	
New solutions of the draft law on general administrative procedure	
in the context of public administration reform in Serbia	95
<i>Zehra Odyakmaz,</i>	
<i>Bayram Keskin</i>	
<i>Oğuzhan Güzel</i>	
Principle of secularism in terms of personal autonomy	111
<i>Zoran Lončar</i>	
Odnos organa uprave i nezavisnih državnih organa	
Relations between administration and independent state bodies . .	145
<i>Dragan Vasiljević</i>	
Inspekcijski nadzor u Republici Srbiji	
Inspection in the Republic of Serbia	159

Aleksandra Rabrenović

Mere fiskalne konsolidacije u javnoj upravi zemalja EU Fiscal consolidation measures in the EU member states public administrations	173
---	-----

*Zorica Vukašinović-Radojičić,
Blaženka Stojanović*

Racionalizacija uprave – osvrt na nova zakonska rešenja o smanjenju broja zaposlenih u javnom sektoru Public administration rationalization – new regulation on reducing the number of public servants	187
---	-----

Zorica Urošević

Konceptualne i pravne osnove profesionalizacije javne uprave i lokalne samouprave Public administration and local self-government professionalization: conceptual and legal framework	203
--	-----

Ljubodrag Pljakić

Diskreciona ovlašćenja u upravnim aktima Narodne banke Srbije u vršenju kontrolne funkcije nad poslovnim bankama Discretionary powers in administrative acts of the National Bank of Serbia with the performance of the control function over commercial banks	221
--	-----

*Borče Davitkovski,
Ana Pavlovska-Daneva,
Ivana Shumanovska-Spasovska,
Elena Davitkovska*

The decisions of the administrative court of the Republic of Macedonia and their latest application by the administrative authorities Analiza zakonskih odredbi kojima se obezbedjuje efektivnost izvršavanja presuda Upravnog sudstva u Makedoniji	237
---	-----

Jasminka Vukašinović

Katastar nepokretnosti i upravni spor Real estate cadastre and administrative dispute	253
--	-----

Dejan Milenković

Određene specifičnosti ostvarivanja i upravno-procesne zaštite prava na pristupa informacijama u Republici Srbiji Certain specifics of implementation and administrative-procedural protection of free access to information in the Republic of Serbia .	259
---	-----

Treća katedra

Third Department

PRAVO NA IMOVINU

RIGHT TO PROPERTY

A. Opšta pitanja – kodifikacije

General questions – codification

Vitimir Popović

O argumentima za donošenje Građanskog zakonika Republike Srpsk Enacting Civil Code of Republic of Srpska – pros and cons	277
--	-----

Branko Morait

Autonomija ličnosti sine qua non Građanskog zakonika Autonomy personality sine qua non Civil Code	287
--	-----

Radomir Prelević

Živojin Perić o Kodifikaciji građanskog prava kao činiocu državne kohezije Živojin Perić on the Civil Rights Codification as the State Cohesion Component	307
--	-----

Dušica Palačković

Postupak lišenja poslovne sposobnosti i očuvanje pravnog kapaciteta ličnosti The procedure for removing the legal capacity -preserving the legal capacity of an individual	315
---	-----

Vida Vilić,

Ivan Radenković

Pravo na privatnost u svetlu zakona o zaštiti podataka o ličnosti Right to personal data according to the law on protection of personal data	331
--	-----

Igor Kambovski

O subjektivitetu subjekata The subjectivity of subject	343
---	-----

Rajka Peković

Jemstvo u Opštem imovinskom zakoniku za Knjaževinu Crnu Goru (1888) Suretyship in the General property Code for the Principality of Montenegro (1888)	357
--	-----

Slobodan Martinović

Problem pravnog subjektiviteta životinja The problem of the legal personality of animals	371
---	-----

Mladen Nikolić

Cenzorska kontrola morala u antičkom Rimu Censorship control morality in ancient Rome	383
--	-----

Ivana Vrkatić

Antički Rim u sklopu istorijskog pristupa autonomiji ličnosti Ancient Rome in historical perspective of personal autonomy	397
---	-----

B. Svojina

Ownership

1.a. Svojina i druga stvarna prava

Ownership and other property rights

Đurđe Ninković

Svojina u Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije Right of ownership in the draft of the Serbian Civil Code	413
--	-----

Duško Medić

Sticanje svojine od nevlasnika Obtaining the property right from a non-possessor	419
---	-----

<i>Mirjana Vulić</i>	
Nacionalizacija građevinskog zemljišta Nationalization of the building sites	435
<i>Srđan Stojilković</i>	
Odredivost kamate kod potraživanja obezbeđenog hipotekom u budućem Građanskom zakoniku Srbije Determinability of interest in claims secured by hypothec in future Civile Code of Serbia	447
<i>Vladimir Vrhovšek, Vladimir Kozar</i>	
Obezbeđenje potraživanja zalogom na pravima Collateral pledge on rights	463
<i>Mirko Stojčinović, Milenko Sarić</i>	
Katastar nepokretnosti nasuprot zemljišnim knjigama po Prednacrtu građanskog zakonika Republike Srbije Real estate cadastre against the land registry based on pre-draft of Civil Code of Republic of Serbia	477
<i>Rodna Živkowska, Tina Pržeska</i>	
Problemi povodom sudske zaštite upisa u katastar nepokretnosti Problems regarding judicial protection of registered rights in the real estate cadastre	487
<i>Aleksandra Pavićević</i>	
Pojam retencije u domaćem i uporednom pravu The term of retention in serbian and comparative law	505
<i>1.b. Svojina i nasleđe Ownership and inheritance</i>	
<i>Ljiljana Kadić</i>	
Naslednopravni položaj vanbračnih partnera kao zakonskih naslednika po ZON-u Crne Gore The legal position of cohabittees as legal heirs according to the law on inheritance in Montenegro	523

Nataša Stojanović

Postupak za sastavljanje sudskog zaveštanja i novelirani zakon o vanparničnom postupku Republike Srbije The procedure for drawing up a judicial testament and the amended law on extrajudicial proceedings of the Republic of Serbia	55
---	----

Tamara Đurđić-Milošević

Pravna priroda prava na nužni deo Legal nature of forced shares	557
--	-----

C. Ugovor i odgovornost za štetu

Contract and Liability for Damage

Jelena Borovac

Pravo preče kupovine i polaganje cene u našoj sudskoj praksi Preemptive right and price depositing in our court practice	571
---	-----

Boštjan Tratar

Institut obaveznog zaključenja ugovora (tzv. “kontrahirna prinuda”) kao ograničenje autonomije volje u građanskom pravu u smislu socijalizacije privatnog prava Obligation to contract (s.c. force to contract – “kontrahierungszwang”) as a restriction of private autonomy in civil law within the meaning of socialization of private law	585
---	-----

Draginja Vuksanović

Neki primjeri nezakonitih pravnih poslova zaključeni suprotno ustanovi javnog poretka Some examples of illegal legal affairs, concluded to the institution of the public order	601
---	-----

Darija Marić

Klauzula rebus sic stantibus u ugovornom pravu Clause rebus sic stantibus in contract law	621
--	-----

Stojan Mićović

Ugovor sa zaštitnim dejstvom prema trećem licu Vertrag mit schutzwirkung zugunsten dritter	641
---	-----

<i>Dragan Pavić</i>	
Evolicija zakonskih pravila o zakupu u srpskom pravu Evolution of legal rules on lease in Serbian law	661
<i>Dragana Simanić</i>	
Dejstvo raskida ugovora o kreditu na prestanak jemstva Wirkung der Auflösung des Darlehensvertrages auf das Erlöschen der Bürgschaft	675
<i>Marko Perović</i>	
Poslovodstvo bez naloga kao izvor obligacija Negotiorum gestio as a source of obligation	691
<i>Dragan Pantić</i>	
Nasleđivanje naknade neimovinske štete Inheritance of non-pecuniary damage	713
<i>Smiljka Dingarac-Ničiforović</i>	
Naknada neimovinske štete zbog neosnovanog lišenja slobode ili neosnovane osude	731
<i>Slobodan Stanišić</i>	
Odgovornost za štetu zbog izbacivanja predmeta ili izlivanja tekućina iz prostorija Leability for damage due to the ejection of objects or effusion liquid from premisses	739
<i>Vladimir Vinš</i>	
Pravna priroda ugovorne kazne i kaznene naknade štete Legal nature of contractual penalty and trable damage	757
<i>Osman Kadriu</i>	
Dekriminalizacija klevete i uvrede i građanskopravna odgovornost The legal provisions on the decriminalization of defamation and offence	767