

Klaus Müller:

Sachenrecht

(4. neubearbeitete Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1997, LV + 1087)

А. Карактер дела

1. Пред нама је још један немачки уџбеник стварног права, из пера Клауса Милера (Klaus Müller), професора Универзитета у Мајнцу. Будући да је реч о четвртом издању, и уџбеник и његов писац познати су одраније немачкој правничкој јавности. Ни његов издавач није од оних о којима се мало зна, него је управо један од најистакнутијих издавача правне литературе у Немачкој. У техничком погледу књига је заиста беспрекорна и за тог издавача стандардна, али је и њен идејни садржај такође на завидној висини. Нема уобичајену назнаку ни „кратких“ ни „великих“ уџбеника јер се не уклапа ни у један од тих шаблона, мада је ближа овом другом. Сигурно је, међутим, да садржи обимну и разноврсну грађу, изложену на веома јасан и прегледан начин. Намењена је и студентима правних факултета и правницима који раде у пракси, па је зато и подешена да задовољи потребе читалаца из обеју категорија.

2. Из предговора дознајемо да је писац у овом издању уџбеника узео у обзир не само новију литературу и судску праксу из области стварног права, него и сугестије и предлоге својих дотадашњих читалаца. Настојао је да важећа правила стварног права изложи у њиховој систематској повезаности, да истакне основне теоријске концепције и да њихове практичне последице учини видљивим у конкретним примерима из живота. Књига одражава ауторово схватање да правоваљано решење појединачних ситуација може произаћи само из јасне теоријске доследности и да се теорија верификује искључиво кроз правично решење конкретних случајева. Стога писац стално тежи да своје излагање доведе у везу са индивидуалним случајевима, а нарочито са онима о којима се изјаснила и судска пракса.

Б. Садржина дела

1. Највеће засебне делове овог уџбеника чине његова поглавља, којих има укупно петнаест. Пре прве главе долази објашњење употребљених скраћеница, односно скраћено наведених дела, и списак одговарајуће стручне литературе. Иза последње главе следује десет прилога, у виду образаца и формулара за вођење земљишних књига, на читавих педесет страна. Потом иде регистар правних прописа, са ознаком места њиховог навођења у уџбенику, и стварни регистар појмова. Излагање сваког питања започиње списком одговарајуће литературе, а сваки нов пасус има своју нумерацију која се ређа непрекидно од 1 до 3155. Највеће јединице у оквиру поглавља означене су параграфима и имају своје засебне наслове. Њих је веома много, и простор не дозвољава да их све набројим, те ћу се ограничити на наслове поглавља.

2. Главе уџбеника иду овим редом: 1) Утемељење стварног права; 2) Државина; 3) Својина; 4) Својински захтев за предају; 5) Однос власник–држалац; 6) Захтев за уклањање и уздржавање саобразно § 1004 BGB; 7) Право које се тиче непокретности, општа правила; 8) Права коришћена као ограничена стварна права на непокретностима; 9) Заложна права; 10) Наследно право грађења; 11) Стамбена својина; 12) Стицање својине на непокретним стварима; 13) Заложно право на покретним стварима; 14) Плодоуживање на покретним стварима; 15) Право које се тиче налаза ствари.

В. Одабрана места

Будући да је ово пети по реду немачки уџбеник стварног права који приказујем, веома сам се двоумио која питања да посебно извојим. Јер нисам хтео да се садашњи избор поклопи са неким мојим ранијим избором. Сем тога, настојим увек да одаберем она питања која представљају неку специфичност немачког права и која би могла бити интересантна за наше читаоце. Овог пута избор је пао на својинску државину и на право грађења.

И. Својинска државина

а) Значај и садржина појма

1. Једна од особености немачког Грађанског законика (скраћено: BGB) чини и његова одредба о тзв. *својинској државини*, смештена у § 872: „Онај ко ствар држи као да му она припада јесте својински држалац.“ Милер ће приметити да појам својинске државине нема непосредан значај у праву које се односи на државину,

али је он од важности у низу одредаба BGB о другим питањима. Тако је својинска државина претпоставка за стицање својине одржајем и присвајањем напуштене ствари (§ 958 BGB), као и за стицање плодова од ствари (§ 955 BGB). Сем тога, одговорност због штете узроковане рушењем грађевине везује се за својинску државину (§ 836 BGB).

2. Тумачећи § 872 BGB, Милер посебно истиче да је за својинску државину битан субјективан став држаоца према ствари, тј. да се он према њој односи као према властитој. Такав однос заснива својинску државину и у случају када држалац зна да није власник ствари коју поседује. Стога и лопов који присваја ствар има положај својинског држаоца, без обзира на то што му недостаје материјалноправни основ. Уз то, свака врста државине може се квалификовати као својинска, а нарочито непосредна и посредна, па и судржавина. Појмовно, супротност својинској државини чини „туђа државина“ или „државина за другога“. Она постоји увек кад држалац хоће да државину употребљава у оквирима неког правног система са посредним држаоцем (стр. 83).

3. Писац тврди да је својинска државина основана чим је држаочева воља да ствар држи као своју видљива споља. У многим случајевима, таква воља долази до изражаја у самом чину стицања, на пример, кад се државина задобија путем преноса или крађе. Али се власничка државина може стећи и преобраћањем туђе државине у својинску државину. То бива, рецимо, у случају утаје туђе ствари и у случају преношења својине у форми *traditio brevi manu*, саобразно § 929 BGB. Воља да се туђа државина преобрати у својинску мора доћи до изражаја у неком споља видљивом понашању. То се дешава ако туђи држалац недвосмислено прекорачи границе свога односа са посредним држаоцем. Тако на пример, онај ко узме на послугу неку књигу може формирање воље својинског држаоца исказати на тај начин што ће на књизи написати властито име. С друге стране, својство наследникове државине зависи од усмерености воље оставиоачеве у тренутку наслеђивања, а не од воље наследника. Ако наследник жели да такву квалификацију државине промени, мора то показати одговарајућим видљивим понашањем (стр. 83).

4. Својинска државина може се окончати не само губитком поседа, него и преобраћањем воље да се ствар држи као своја у вољу да се она држи као туђа. Но, у сваком случају то ваља учинити радњом која је споља видљива. На пример: уговарањем одређеног односа са лицем које задобија статус посредног држаоца (стр. 83).

б) *Својинска државина на покретним стварима као основ претпоставке својине*

1. Већи део излагања Милер посвећује својинској државини на покретним стварима као основу за претпоставку својине. Такву претпоставку прописује § 1006 BGB. То показује да је законодавац водио рачуна о функцији публицитета коју има државина, али и о правилу да је стицање својине на покретним стварима условљено њиховом државином. Стога, по мишљењу аутора, § 1006 BGB треба тумачити тако да се најпре претпоставља да је садашњи својински држалац приликом стицања државине стекао и својину. Али се ова претпоставка проширује тиме што једном стечена својина, за време државине, траје и даље. Из таквог тумачења произлази да претпоставка својине не важи за онога ко је најпре имао туђу државину а потом је њу преиначио у својинску (стр. 84).

2. Аутор наглашава да претпоставка из § 1006 BGB важи у корист сваког својинског држаоца, па био он посредни или непосредни. Али, ако непосредни држалац омогућује некоме посредну државину, он није својински него туђи држалац. Сходно томе, за њега не важи ни претпоставка да је власник ствари. Посредни пак држалац може се користити претпоставком својине само ако је својински држалац, тј. ако своју државину не изводи из државине неког другог као „врховног“ држаоца. Уосталом, правило из § 1006 BGB има циљ да државину на покретним стварима учини индицијом својине, па се најпре претпоставља да је свака државина својинска државина, јер она једино тако бива индицијом својине (стр. 84). С друге стране, кад је реч о суддржавини, § 1006 BGB заснива претпоставку сусвојине. Разуме се, ако један суддржалац докаже да су остали суддржаоци туђи држаоци, тиме се заснива претпоставка искључиве својине тога суддржаоца (стр. 85).

3. Правило о претпостављеној својини из § 1006 BGB није без изузетка. Оно не важи за ранијег држаоца од кога је ствар украдена, изгубљена или је нестала на било који начин, осим уколико се ради о новцу или вредносном папиру који гласи на доносиоца. Јер под наведеним условима садашњи држалац није могао прибавити својину приликом стицања државине (§ 935 BGB), тако да је претпоставка својине оборена *per se* (стр. 85).

4. Милер наглашава да претпоставка својине делује искључиво у корист држаоца, не и на његову штету. Стога, ако се захтев за предају темељи на својини покретне ствари, против њеног држаоца нема места позивању на правило о претпоставци својине из § 1006 BGB. Напротив, подносилац захтева мора доказати да је власник ствари. Уосталом, претпоставка својине користи свакоме ко своје право изводи из права својинског држаоца. Тако на пример, ако закупац ствари тражи од неког трећег да му је преда, он

се може позивати на претпоставку својине коју § 1006 BGB прописује у корист закуподавца као посредног својинског држаоца, како би доказао да своје овлашћење за држање ствари изводи из односа са закуподавцем (стр. 85).

5. Писац ће посебно истаћи да претпоставка својине није апсолутна него релативна. Она бива оборена чим се докаже да држалац покретне ствари није са стицањем државине стекао истовремено и својину. Држалац не мора при том да изложи чињенице из којих би се дало закључити да је стекао својину. Напротив, цео терет доказивања лежи на ономе ко оспорава својину држаоца ствари. Истина, дејство претпоставке о својини престаје чим се утврде чињенице које, на први поглед (*prima facie*), говоре да је стицање својине приликом задобијања државине искључено. Ако, на пример, купац стекне државину ствари а да за њу није платио одговарајућу цену, тада доказ *prima facie* говори против претпоставке о његовој својини, уколико се куповина односи на браншу у којој је уобичајено да се право својине задржи док цена не буде исплаћена. Општи је став Савезног врховног суда Немачке да оповргавању претпоставке о својини не треба постављати сувише високе захтеве, како се та претпоставка не би претворила у фикцију својине. Управо примена правила о *prima facie* доказу кадра је да ову претпоставку одржи у стању које је законодавац желео (стр. 86).

II. Право грађења

а) Појам

Праву грађења Милер посвећује цело једно поглавље у своме уџбенику. При томе ће указати на околност да је ово право било најпре уређено у параграфима 1012–1017 BGB, а потом је, одговарајућом Уредбом од 1919. године, издвојено из BGB и засебно регулисано. У суштини, право грађења је ограничено стварно право на земљишту, иако оно заснива својину на одређеним предметима, тј. на грађевинама које су њиме обухваћене. Ималац тог права је овлашћен да на површини одређеног земљишта или испод његове површине подигне неку грађевину. Тако подигнута грађевина, у правном погледу, није саставни део земљишта за које је физички везана, него се третира као битан део права грађења. За такво поимање грађевине није од значаја да ли је она подигнута тек после установљења права грађења или пре тога. Власник грађевине је обавезно ималац права грађења. Грађевину обухваћену правом грађења не оптерећују ни постојећа заложна права на земљишту, док право грађења ужива уставну заштиту (стр. 657–658).

б) *Насијанак*

Право грађења настаје на исти начин као и остала стварна права на земљишту, тј. споразумом између власника земљишта и стицаоца права грађења и уписом у земљишну књигу. Уредба о праву грађења захтева да се приложи посебан земљишнокњижни лист, који потом представља релевантну земљишну књигу за сва дешавања која се тичу права грађења. Она не допушта да се право грађења установи под раскидним условом, а ако је такав услов уговорен, сматраће се ништавим, док право грађења остаје у важности. Међутим, уговарање одложног услова јесте допуштено (стр. 659).

в) *Садржина*

1. Писац констатује да из законског текста проистиче да се само једно земљиште као целина може оптеретити правом грађења. Међутим, то право не мора имати за садржину коришћење целокупне површине одређеног земљишта. С друге стране, укупно право грађења може постојати на више различитих земљишта. То бива у случају кад се ради о грађевини која се простире на више суседних земљишта. Значајно је да се право грађења може засновати само са првим рангом. Ако се оно упише са неким нижим рангом, сматраће се да такав упис не важи, те ће се брисати по службеној дужности. Из Уредбе нужно проистиче да се на једном земљишту може установити само једно право грађења, јер само једно такво право може стајати на првом месту (стр. 660). Али, то није препрека да право грађења буде оптерећено неким ограниченим стварним правом које се односи и на земљиште. Штавише, право грађења може бити оптерећено другим истоврсним правом, у ком случају имамо *йодиро право грађења* (стр. 661).

2. За имаоца права грађења битно је да на земљишту стекне одређену грађевину, која је већ подигнута или ће се тек подићи. Подизање грађевине треба да уследи употребом рада и материјала који не стоје ни у каквој вези са земљиштем. Појам „грађевина“ подразумева зграде свих врста, као што су стамбене и пословне зграде, на земљи и испод земље, али и мостове и вијадукте, затим шахтове, привредне уређаје, бензинске пумпе и спортске објекте, уређаје за голф и игралишта за децу. Грађевина која је предмет права грађења мора бити довољно одређена у споразуму између страна уговорница и уписана у земљишну књигу. Тај услов није испуњен ако се само каже да је у питању „подизање грађевине“, али је назнака да се ради о „кући за становање“ довољна (стр. 661–662).

3. Милер подвлачи да право грађења, по својој суштини, није временски ограничено, али се оно може орочити, и орочење мора бити утврђено уговором и уписано у земљишној књизи. Време трајања овог права могуће је ограничити и као доживотно право одређеног лица. Сем тога, карактер ограничења има и споразум да рачунање рока почиње од неког тренутка који пада пре уписа права грађења у земљишну књигу, па самим тим и пре него што је то право настало (стр. 664). Међутим, за конкретно лице може се уговорити и право првенствене обнове права грађења. Право обнове представља овлашћење имаоца да, после гашења тог права услед протека рока, захтева његово поновно успостављање, уколико власник допушта неком да стекне право грађења на земљишту. Ово право је слично праву прече куповине, па стога за њега аналогно важе прописи о праву прече куповине. Наспрам лица коме је власник допустио да стекне право грађења право обнове има карактер предбележбе (стр. 668).

4. У право грађења може се укључити и *стварно њраво кѳуповине*. На основу тог права ималац је у позицији да путем једностране изјаве воље закључи са власником уговор о куповини земљишта. Стварно право куповине делује и према трећим лицима која желе да прибаве земљиште. Од права куповине које има носилац права грађења треба разликовати његову *обавезу* да, на захтев власника, купи земљиште. Таква обавеза може се уговорити само као облигационоправна обавеза, без стварноправног дејства (стр. 668).

ѧ) Оѳуђивосѳ и наследивосѳ ѳрава ѧрађења

Битну карактеристику права грађења чини могућност његовог отуђења и наслеђивања. Без тих својстава право грађења није ни могуће конституисати. Не може се, исто тако, искључити ни могућност оптерећења права грађења неким другим ограниченим стварним правом. Али је допуштено да се могућност отуђења права грађења услови сагласношћу власника земљишта. У том случају, недостатак власникове сагласности повлачи неважност не само отуђења и оптерећења, него и посла обавезивања који има за предмет отуђење или оптерећење права грађења. Ималац права грађења је овлашћен да захтева сагласност власника земљишта уколико не постоје никакви стварни разлози да он сагласност одбије (стр. 669). Отуђење права грађења следује саобразно § 873 BGB, тј. путем одговарајућег уговора и уписа у земљишну књигу. Интересантно је да уговор о отуђењу није везан за одређену форму и да се право грађења може пренети и на самог власника земљишта (стр. 676).

г) Накнада за њраво грађења

По правилу, власник земљишта уступа другоме право грађења уз надокнаду. Ипак, то је првенствено ствар међусобног споразума лица која су у питању, тј. подлеже слободи уговарања, уколико та слобода није изричито искључена, као што је случај кад се ради о изградњи станова у општекорисне сврхе. Накнада се може одредити као „куповна цена“ или као „рента за грађење“, која се плаћа периодично и прилагођава се промењеним околностима. Постоји и могућност да се ренти одреди стварноправни карактер, тако да она представља реалан терет за право грађења, у корист сваког власника земљишта. То је повољна околност за имаоца права грађења, јер у ренту није укључена прометна вредност земљишта (стр. 671–672).

ђ) Заштитиња њрава грађења

Писац констатује да се на право грађења примењују, начелно, прописи који важе за овлашћења што произлазе из својине. То значи да је право грађења заштићено на исти начин на који је заштићена и својина. Али ваља водити рачуна о чињеници да су грађевине на које се право грађења односи саставни делови тог права, те да се његова заштита односи и на њих. Сходно томе, имаоца права грађења може, саобразно § 985 BGB, захтевати од држаоца да му уступи државину грађевине, уколико држалац нема наспрам њега право на државину. Захтев за предају грађевине може бити уперен и против власника земљишта, јер се својина земљишта не протеже на грађевине на које се право грађења односи (стр. 675–676).

е) Гашење њрава грађења услед њројјека времена

1. Милер истиче да се право грађења гаси, по сили закона, кад истекне време за које је оно установљено. Гашење није условљено посебним уписом у земљишну књигу, јер упис има само декларативан значај. Са гашењем права грађења грађевина на коју се оно односи постаје саставни део земљишта са којим је физички везана; својина на земљишту аутоматски се протеже и на грађевину. Имаоца угашеног права грађења није овлашћен да грађевину уклони нити да њене битне делове присвоји. Али се забрана уклањања не односи на ствари које нису битан део грађевине и које су јој придодате само ради привремених циљева (§ 95, став 3. BGB).

2. Пошто власник земљишта постаје и власник грађевине на коју се угашено право грађења односи, дужан је да дотадашњем имаоцу права грађења исплати обештећење за грађевину. Висина обештећења одређује се према вредности грађевине у тренутку

гашења права грађења. У истом тренутку и захтев за обештећење сматра се доспелим. О висини обештећења заинтересована лица могу склапати међусобне споразуме са стварноправним дејством. Али ће аутор упозорити читаоца да је та слобода уговарања ограничена кад је реч о праву грађења које служи задовољењу стамбених потреба лица из категорије нижих службеника. У том случају, обештећење мора износити најмање две трећине од укупне вредности грађевине. Потраживање обештећења осигурано је заложним правом на земљишту, и оно има исти ранг који је имало и угашено право грађења.

3. Аутор напомиње да би обавеза власника земљишта да плати обештећење за право грађења могла за њега представљати неприкладно оптерећење. Да би га од тога заштитила, Уредба о праву грађења гарантује му могућност да исплату обештећења одбије за време за које се право грађења продужује. Продужење права грађења представља промену садржине тог права, која изискује сагласност страна и упис у земљишну књигу, саобразно § 877 BGB. Понуду за продужење права грађења власник земљишта мора учинити пре него што се то право угаси протеклом времена. Ако ималац права грађења одбије ту понуду, његово право на обештећење се гаси (стр. 679).

4. Са гашењем права грађења морају се нужно угасити и сва стварна права која на њему постоје. За повериоце хипотеке, земљишног и рентног дуга и реалног терета, образује се фонд за обештећење, из којег њихова потраживања бивају намирена саобразно правилима Закона о принудном извршењу (стр. 679). Ако је ималац права грађења издао грађевину у закуп, власник земљишта, који је са гашењем права грађења постао власник и грађевине, ступа у уговор о закупу, уместо имаоца права грађења, и постаје закуподавац. Он је овлашћен да уговор откаже (§ 565 BGB). Закупац може од њега захтевати да се у примереном року изјасни да ли ће користити своје право отказа. Ако тај рок протекне узалудно, ванредни отказ уговора више није могућ (стр. 680).

ж) Укидање њрава грађења њравним њослом

Милер засебно говори о укидању права грађења путем правног посла. То се постиже једностраном изјавом имаоца права грађења да напушта то право и уписом у земљишној књизи. Ако је право грађења оптерећено неким стварним правом у корист одређеног лица, за гашење је потребна и његова сагласност. Сем тога, гашење је условљено и сагласношћу власника земљишта. Мада и у овом случају грађевина на коју се право грађења односи постаје саставни део земљишта, његов власник нема законску обавезу да обештети носиоца права грађења за одговарајућу грађевину. Али је могуће

да се питање обештећења уреди одговарајућим споразумом између заинтересованих страна (стр. 680–681). Ни у овом случају носилац угашеног права грађења није овлашћен да грађевину уклони нити да њене делове присвоји, осим ако је другачије уговорено. Стварна права трећих лица која право грађења терете гасе се без намирења, јер су се та лица као повериоци сагласила са укидањем права грађења. Ако је грађевина или њен део био предмет уговора о закупу, власник земљишта ступа у тај уговор као закуподавац, уместо имаоца права грађења (стр. 680–681).

Г. Закључак

Милеров уџбеник стварног права има своје истакнуто место међу савременим немачким уџбеницима исте врсте. Свако у њему обрађено питање, па и оно најситније, добило је своје засебно место, одговарајући наслов и нумерацију. Писац има нарочит осећај и за садржину и за форму онога о чему пише. Настојао је да његов уџбеник буде што даље од оних у којима се „од шуме не види дрвеће“. У њему је заиста све веома систематизовано и прегледно, тако да се неодољиво намеће за читање. Они којима овај уџбеник стоји надокхват руке, немају никакав разлог за недоумицу, јер их као читаоце очекује необично задовољство.

Јаков Радишић

Manfred Wolf:

Sachenrecht

(14, ergänzte und überarbeitete Auflage, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, XIX + 435)

А. Карактер дела

1. Међу савременим немачким писцима кратких уџбеника стварног права, име Манфреда Волфа (Manfred Wolf), професора универзитета у Франкфурту, заузима истакнуто место. Нашим читаоцима он би могао бити познат и као прерађивач чувеног Ларенцовог уџбеника *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* (8. Auflage, München 1997).¹ Пред нама је 14, допуњено и прерађено издање

¹ О томе видети приказ у: *Анали Правног факултета у Београду*, број 1–3/1997, стр. 240–248.

његове *Скице (Grundriss) сѣварноѣ ѣрава*, коју је објавио највећи немачки издавач правне литературе, С. Н. Веск. Књига је у мекоме повезу али у савршеној штампарској техници, која визуелно веома привлачи читаоца. Привучен том спољашњом лепотом, читалац ће, међутим, осетити убрзо и другу врсту задовољства коју му ова књига пружа.

2. Већ сама чињеница да је реч о четрнаестом издању сведочи о прекомерној „потрошњи“ овог уџбеника, коју нису спречиле бројне понуде других истоврсних дела. Волфов уџбеник је намењен не само студентима права него и приправницима. У њему је целокупна испитна материја, изложена на веома прегледан и јасан начин. За разлику од осталих немачких правних писаца, Волф не следи систематику немачког Грађанског законика (скраћено: BGB). Он најпре говори о својини, о њеним уставним темељима и разноврсним функцијама, па тек онда о државини, и то у оквиру поглавља о својини. Излагање свих важнијих проблема започиње навођењем два до три практична случаја, која се завршавају питањем како би их ваљало решити. Објашњењем задате теме писац ће дати и одговор на свако од тих питања. Читалац тако бива убрзо свестан да све што је у овој књизи казано није пука теорија него стварни живот, сагледан очима стручњака. Тај утисак појачава додатно и често навођење одлука виших немачких судова, а у неким случајевима и Европског суда за људска права. На крају долази увек и сумаран упоредни преглед француског, италијанског и енглеског права. Тиме је јасно стављено до знања да је Немачка члан Европске уније и да се њени студенти не могу задовољити познавањем искључиво домаћег права.

Б. Садржина дела

1. Књига се састоји од шест поглавља, чије су највеће јединице означене параграфима, који се ређају непрекидно из поглавља у поглавље. На почетку стоји објашњење употребљених скраћеница, а на крају регистар параграфа из појединих закона, са назнаком страница на којима су они наведени у уџбенику, и стварни регистар појмова.

2. Прва глава је посвећена објашњењу основних појмова стварног права. Она садржи два параграфа, у којима се говори о својеврсности и значају стварног права и о његовим принципима.

3. Друга глава односи се на својину. Њу сачињавају шест параграфа, који иду овим редом: 1) Садржина и врста својине; 2) Границе својине; 3) Својина у привреди и предузеће; 4) Својина и уређење земљишта; 5) Својина и стан; 6) Државина.

4. Наслов треће главе гласи: „Заштита својине“. Ову главу чини осам параграфа међу којима су најважнији: 1) Опсежна заштита својине; 2) Својински захтев за повраћај; 3) Захтеви за предају користи и накнаду штете; 4) Захтев за уздржавање и отклањање; 5) Приватноправне обавезе трпљења, судско право; 6) Конкурвенција између приватног и јавног права у праву које се тиче непокретности.

5. Четврта глава има наслов: „Стицање и губљење својине“, а подељена је на два одељка. Први одељак је насловљен са „Стицање и губљење права на непокретности“. О томе писац расправља у четири параграфа: 1) Преношење и оптерећење непокретности; 2) Предбележба; 3) Јавно поверење у земљишне књиге; 4) Исправљање земљишне књиге. Други одељак је означен са „Стицање и губљење својине на непокретним стварима“, а рашчлањен је на шест параграфа: 1) Преношење својине на покретним стварима; 2) Стицање покретних ствари у доброј вери; 3) Прерада, спајање и мешање; 4) Намирење због губитка права; 5) Стицање производа и саставних делова; 6) Остали основи стицања и губљења.

6. Пета глава обухвата „Права која се тичу обезбеђења и уновчавања“. Њен први параграф односи се на значај и функцију права које се тиче обезбеђења. Потом следи први одељак, посвећен правима обезбеђења на покретним стварима, па други одељак, у коме је реч о заложним правима на непокретностима.

7. Шеста глава односи се на права коришћења туђих ствари. У њој су изложене најпре службености, а потом право плодоуживања.

В. Одабрана места

Будући да је ово четврти мој приказ немачких уџбеника стварног права, тешко ми је да одаберем место за детаљније приказивање које се тематски не подудара са већ одабраним местима у неком ранијем приказу. Не због тога што је мало тема које овај уџбеник обрађује, него што сам себи поставио задатак да одаберем она места која би могла бити интересантна за наше потенцијалне читаоце. Учинило ми се да би њих могле интересовати ове две теме: 1) Јавно поверење у земљишне књиге и 2) Начела стварног права.

И. Јавно поверење у земљишне књиге

Излагање ове проблематике аутор је разлучио на два дела: 1) Претпоставка тачности и 2) Стицање права на непокретности у доброј вери.

а) Претпоставка тачности

Писац полази од констатације да упис у земљишну књигу има значај битног услова за стицање стварних права на непокретностима. Строге претпоставке поступка и материјалноправни захтеви за укњижење пружају извесну гаранцију да земљишна књига тачно изражава стварноправне односе који се тичу непокретности. Зато BGB, у § 891, утврђује законску претпоставку тачности земљишне књиге: „Ако је у земљишној књизи уписано неко право за некога, тада се претпоставља да му то право припада. У случају кад је у земљишној књизи неко уписано право избрисано, претпоставља се да то право не постоји.“ Ова претпоставка има за последицу премештање терета доказивања. Онај ко је уписан као овлашћени не мора да доказује своје право, јер се претпоставља да оно заиста постоји. Зато онај који упис не признаје као тачан мора да доказује његову нетачност. Да би се оборила претпоставка о својини, није, међутим, нужно доказати да не постоји ниједан од могућих основа за стицање одређеног стварног права; довољно је ако се утврди непостојање оног основа који стицање уписаног лица оправдава (став Савезног врховног суда Немачке, наведен на стр. 207). То значи да § 891 има исту функцију као и § 1006 BGB, који прописује претпоставку својине у корист држаоца покретне ствари.

б) Стицање права на непокретности у доброј вери

1. Волф подвлачи да далекосежна вероватноћа тачности правних односа уписаних у земљишној књизи, сходно одредби § 891 BGB, користи не само укњиженоме; закон штити и учеснике у правном саобраћају који се ослањају на тачност земљишне књиге (јавно поверење у земљишну књигу). Под условом да су у доброј вери, учесници у правном саобраћају могу уписана права стећи и кад она уопште не постоје или кад нису онаква као што их упис приказује. Лице које је заиста овлашћено губи своје право уколико није уписано у земљишној књизи као његов имаоник, јер заштита промета која се обавља помоћу правних послова и која се поуздава у тачност земљишне књиге, заслужује предност. На пример: Ако је лице А грешком уписано у земљишној књизи као власник и ако оно непокретност уступи лицу Б, тада Б, уколико је у доброј вери, може стећи својину и у случају да је стварни власник лице Е, те да А није био ни овлашћен да располаже непокретношћу.

2. Међутим, § 892 BGB штити једино уписе који се тичу стварноправних односа, а нарочито опстојања, садржине и носилаца стварних права на непокретностима или права на праву; нису заштићени фактички односи изван земљишне књиге, као што су, на пример, обрада земљишта или зидање зграда, чак и кад су

прибележени у земљишној књизи (став Савезног врховног суда Немачке, наведен на страни 208).

аа) Подручје важења

1. Писац ће нарочито истаћи да се заштита веровања у тачност земљишне књиге односи само на располагање стварним правима путем правних послова који су уписани у земљишној књизи. Правне промене што настају на основу закона или управног акта нису тиме обухваћене. Параграф 892, став 1 именује као заштићене само послове којима се располаже, односно стиче неко право на непокретностима. То подразумева стицање својине или успостављање неког ограниченог стварног права, као што су службеност и залога, и њихов пренос на другога. Поред тога, § 891 штити и стицање стварних права на ограниченим стварним правима, у облику плодуживања и залоге. Нису, међутим, заштићене фактичке ситуације (на пример, да је земљиште обрађено) нити ситуације које се тичу постојања или непостојања облигационоправних односа, као што је, на пример, уговор о закупу. То је видљиво из § 571 BGB, који гласи: „Ако непокретност дату у закуп, после предаје закушцу, закуподавац отуђи неком трећем, тада прибавилац ступа на место закуподавца...“ Није реч о располагању својином на непокретности ни у случају кад се ортачки удели уступе друштву које је сувласник непокретности (стр. 209).

2. По § 893 BGB, заштиту јавног поверења ужива посебно и лице које је издејствовало предбележбу, јер предлог за упис предбележбе представља располагање непокретношћу. Тренутак меродаван за добру веру јесте време уписа предбележбе, односно време подношења предлога за упис. То важи и у случају кад је предлог за предбележбу поднет ради осигурања будућег захтева. Међутим, заштита јавног поверења не подразумева искључиво стицање у доброј вери права које је уписано а које у стварности не постоји; поред тога, § 892 BGB штити и стицање без терета, ако постојеће право није уписано или ако је избрисано (стр. 210).

бб) Искључење стицања у доброј вери

1. Више пута Волф ће упозорити читаоца да јавним поверењем у земљишну књигу треба да буду заштићени они учесници у правном саобраћају који верују у тачност земљишне књиге. Не заслужује, међутим, такву заштиту онај ко зна да је упис у земљишној књизи нетачан. Исто тако, нема заштите ни у случају кад се забележбом противљења у земљишној књизи скреће пажња на могућу нетачност одређеног уписа.

2. Лицу које зна да је земљишна књига нетачна није потребна заштита. Оно може да се управља према стварном стању конкретног права и да се само заштити од штете због стицања права које не постоји. Зато § 892 BGB искључује стицање таквог лица у доброј

вери. Међутим, с обзиром на важност веровања у земљишне књиге које државни органи воде по службеној дужности, стицање у доброј вери искључено је само кад се ради о *позитивном знању*. Поред информације о стању земљишне књиге, промет који се обавља путем правних послова не изискује никакво допунско проверавање. За разлику од правила које се тиче стицања својине од невластника на покретним стварима (§ 932, став 2 BGB), овде није довољно и незнање условљено грубом непажњом. Али је Савезни врховни суд Немачке заузео став да се са позитивним знањем може изједначити неразумно опирање стицаоца да сазна право стање ствари које пада у очи (стр. 213).

3. Упис противљења одређеном праву које је такође укњижено, указује на то да је таква укњижба можда погрешна. Противљење има улогу упозорења стицаоцу, па стога он не треба да очекује заштиту. При томе је небитно да ли је он одговарајућу забележбу противљења видео у земљишној књизи; битна је једино чињеница да је противљење уписано у земљишној књизи. Ако стицалац земљишну књигу не разгледа, то је његов ризик. Противљење се уписује код права на које се односи, и оно не представља препреку за нормално функционисање земљишне књиге. Онај ко је уписан као носилац права коме се неко други противи може тим правом и даље располагати. И дејство претпоставке тачности по § 891 BGB важи упркос противљењу. Али противљење онемогућује стицање у доброј вери оног уписаног права на које се противљење односи, ако то право уопште не постоји или ако није онакво како је убележено.

4. Да би боље објаснио оно што је раније већ изложио, писац је извукао поднаслов: „Дејство стицања у доброј вери“. Ту ће поново истаћи да јавно поверење у земљишне књиге делује тако што стицалац у доброј вери стиче одређено право саобразно ономе како је оно у земљишној књизи уписано. Он то право стиче и у случају кад оно у стварности не постоји. Исто тако, стицалац у доброј вери може право на непокретности (на пример, земљишни дуг) да стекне и кад лице које је упис тог права издејствовало није власник конкретне непокретности. Најпосле, онај ко је у доброј вери стиче одговарајуће право неоптерећено правима трећих лица, уколико та лица нису уписана у земљишној књизи или су избрисана. Но, сва ова дејства наступају само у релативном смислу, тј. искључиво у корист стицаоца у доброј вери. Сва остала лица не могу се на то позивати. С друге стране, стицалац у доброј вери може стечено право пренети на другог а да при том претпоставке за стицање у доброј вери код другог не морају постојати, јер је сада стицалац у доброј вери стварно овлашћени (стр. 215).

Стварни али неуписани носилац права, који је услед стицања у доброј вери своје право изгубио, има на располагању тужбу због неоснованог обогаћења. Том тужбом може захтевати од лица које

је неовлашћено располагало његовим правом да му преда оно што је примило (на пример, куповну цену).

5. У последњем излагању ове проблематике, писац се укратко осврће на француско, италијанско и енглеско право. При томе ће рећи да правни пореци који упису у земљишној књизи не придају конститутивни значај не познају, начелно, ни одговарајућу заштиту јавног поверења. Стицање непокретности од неовлашћеног могуће је у тим правним порецима само путем одржаја. По француском праву одржај претпоставља својинску државину у трајању од 30 година (члан 2262 и члан 2265 француског Грађанског законика), док по италијанском праву време за одржај износи 20 година (члан 1158 и члан 1159 италијанског Грађанског законика). И по енглеском праву могућност стицања у доброј вери начелно је искључена, али од тог правила постоје и извесни изузеци. У областима у којима је регистрација непокретности обавезна (на пример, у великим градовима), купац мора да трпи само терете који су уписани у регистар. Стицање у доброј вери такође је могуће, пре свега, у случају кад продавац непокретност пренесе на трећег који је у доброј вери, мада је по правичности својина прешла на купца већ у тренутку закључења уговора о куповини (стр. 216).

II. Начела стварног права

Као што се могло и очекивати, о овим питањима Волф говори на првим страницама уџбеника. Полази од констатације да у стварном праву, као и у осталим областима права, важе одређена начела, која закон изричито не спомиње али која стоје у основи законских правила и утичу на њихово тумачење и примену. Стога је познавање тих начела неизбежно. Да би их учинио што упадљивијим, писац је свако од тих начела изложио у засебним поднасловима, а своје објашњење поткрепио и наведеним примерима.

а) Начело обавезности и ограничености стварних права

1. Писац најпре указује на околност да су стварна права апсолутна, тј. да делују према свима и да их свако мора поштовати. Поштовање таквих апсолутних правних позиција олакшано је ако је њихов број прегледан и ако је њихово међусобно разграничење јасно. Само тада је могуће захтевати од трећих лица да садржину туђих стварних права знају и да је уважавају. Сем тога, отуђивост и способност за промет права је већа ако се стицалац може ослонити на њихову чврсто утврђену садржину. Из тих разлога, закон допушта само одређен број стварних права, у облику својине и у облику тзв. *ограничених стварних права*. Нову врсту стварних права не могу створити сама заинтересована лица, јер за њих важи

принцип *nummerus clausus*. Сходно томе, слобода уговарања у стварном праву је сужена. Могуће је, додуше, слободно одлучивати о томе хоће ли се или неће установити стварно право које је законом допуштено, али, за разлику од облигационог права, овде не постоји слобода *преображавања*. BGB не познаје опште стварно право стицања покретних ствари, тј. не признаје *ius ad rem* код уговора о куповини, а тзв. *предебележба* може се односити само на непокретности (стр. 10).

2. Да би боље објаснио ову ситуацију, Волф наводи следећи пример: Лице А открије код лица Б, трговца уметничким предметима, један веома вредан антички орман. А није имао код себе довољно новца али је, с друге стране, желео да предупреди опасност да орман буде продат неком другом купцу. Зато је хтео да на орману установи стварно право стицања, које би лице Б требало да спречи да орман отуђи неком трећем. Међутим, такву врсту стварног осигурања BGB не допушта. Другим речима, А не може спречити Б да орман уступи неком трећем, јер А није стекао својину на орману. Он може од лица Б тражити једино накнаду штете због кршења уговора (стр. 10).

3. Обавезан карактер типова стварних права искључује, међутим, само уговорну слободу њиховог преображавања. Тиме није искључена могућност да се нови типови стварних права образују путем закона или одлуком суда. Тако на пример, у случају задржавања својине од стране продавца стварно право које ишчекује купац суд би могао да изведе из закона не вређајући обавезност типова стварних права. Исто тако, фидуцијарна својина, као посебан облик својине, не вређа обавезност наведених типова. Најпосле, тој обавезности не противи се ни узајамно признање и допуштење стварних права једне државе чланице Европске уније у другој држави чланици (стр. 11).

4. *Nummerus clausus* се употпуњава законским утврђивањем могућих типова стварних права. То значи да нови типови не само што се не могу створити, него законом предвиђене типове заинтересована лица не могу мењати или то могу чинити само у уским оквирима. И у том смислу слобода преображавања је искључена. На пример: Банка би хтела да уговори хипотеку која би власника оптерећене непокретности онемогућила да на њој врши било какве промене. Међутим, то није могуће, јер хипотека коју закон познаје гарантује повериоцу једино право на одговарајуће уновчење, али не и право да утиче на одлуке власника које се тичу инвестиција. Споразум који ту слободу искључује могућ је једино у оквиру службености (§ 1018 BGB), док изван тога он производи само облигационоправно дејство. Банка не би могла конституисати ни хипотеку која подразумева право коришћења као стварно право. BGB не зна за тзв. *антиикрезу*, којом се повериоцу признаје право

не само да своје потраживање намири из заложене непокретности, него и да се служи њоме (стр. 11).

б) *Начело публицитетности*

Писац истиче да апсолутни карактер стварних права не изискује само законско ограничење њихових типова, него захтева и да битисање конкретних стварних права буде *сазнатљиво*. Ту сазнатљивост гарантује начело публицитета или јавности. Закон, наиме, тражи да се код успостављања и преношења стварних права поштују одређене форме публицитета. Кад су у питању права на покретним стварима, средством публицитета сматра се државина, а кад је реч о правима на непокретностима – упис у земљишну књигу. Стога је за пренос својине на покретним стварима, поред сагласности, потребан, у начелу, и пренос државине, јер преношењем стварне власти прелаз својине бива сазнатљив. Слично томе, установљење и пренос права на непокретностима претпоставља упис у земљишну књигу, чиме промена имаоца права постаје, такође, видљива споља (стр. 11–12).

в) *Начело одређености*

Апсолутна важност стварних права изискује да споразум који се њих тиче буде *садржински одређен*. Волф сматра да се тиме омогућује трећим лицима да се тачно обавесте о подручју важења стварних права и да буду приправна да их поштују. Начело одређености добија на значају и код питања које ствари којем лицу припадају. Благодаречи њему, могуће је утврдити ко је овлашћен да одређеном ствари или правом пуноважно располаже или да другог за то овласти. Поред тога, ако у случају принудног извршења или стечаја закон допушта захват у стварна права, мора се тачно знати ко је њихов ималац, јер такав захват треба да погоди само носиоца права, а не неког другог. Док код генеричког дуга облигационоправни захтев може бити уперен на неодређену ствар одговарајуће врсте, која се тек накнадно мора конкретизовати, код стварних права то није могуће. Нико не може бити власник ствари која припада одређеном роду али која сама није тачно одређена (стр. 12–13).

џ) *Начело специјалности*

За разлику од неких других немачких правних писаца,² Волф не сматра да се ово начело поклапа са начелом одређености. По

2 Видети, на пример, Klaus Schreiber, *Sachenrecht*, 2. Auflage, Stuttgart, 1996, стр. 27.

његовом мишљењу, начело специјалитета захтева да свакој самосталној ствари одговара засебно право својине и да се својина увек може односити искључиво на *једну једину ствар*, а не на мноштво ствари. Стога нема својине на предузећу као таквом, јер је предузеће збир ствари, права и пословног угледа. Својина може постојати само на појединачним стварима које припадају предузећу. Иста је ситуација и са библиотеком и књигама у библиотеци. Будући да се стварима може правно располагати само утолико уколико на њима постоји засебно право својине, начело специјалитета омогућује да се сваком ствари која је економски самостална самостално и располаже, независно од других предмета (стр. 13).

Г. Закључак

Волфова књига завређује сигурно више од приказа. Завређује марљиво читање и дубоко промишљање. И то не само о питањима којима се она бави, него и о начину на који то чини. Ради се о изврсном уџбенику за студенте и веома добром узору за наставнике који уџбенике пишу и одговарајућу материју предају. Велика је штета што ће наши правници морати, претежно, да се задовоље приказом, уместо да Волфов уџбеник упознају читајући га сами. Јер туђа прича о књизи, ма каква и колика била, није у стању да замени књигу. Али би штета за наше правнике била још много већа кад, поред тога што немају књигу, не би имали ни моју причу о њој. Не верујем у то да ћу некога подстаћи да приказану књигу набави и прочита, али се надам да пишући овај приказ нисам задовољио искључиво свој интерес.

Јаков Радишић

Александра Јовановић:

Увод у економску анализу права

(Правни факултет Универзитета у Београду, 1998)*

Монографија *Увод у економску анализу права* први је покушај да се на систематичан начин презентују основни концепти Економске анализе права (Law and Economics) у централној и ис-

* Ово је уређени и слободно преведени текст приказа књиге, објављен у *European Journal of Law and Economics*, 12(1), pp. 91–4. Аутор дугује захвалност мр Јелени Зекић на преводу текста са енглеског на српски језик. Мр Зекић је боравила на Универзитету у Гриничу као *Chevening Fellow* од септембра 2001. до априла 2002. године.

точној Европи. Књига је објављена на српском језику у оквиру великог пројекта „Србија – правна држава“, који је финансирало Министарство за науку и технологију, а остварио га је Правни факултет Универзитета у Београду. Као резултат овог пројекта сачињена је серија монографија углавном из доминантних области права. Приказана књига је, међутим, једна од неколико правних наслова који не припадају великим правним областима, а може се класификовати као рад у области друштвено-правних наука.

Књига уједно представља и први успешан покушај да се правни и економски концепти представе професионалној јавности у једној од централно-источних европских (СІЕ) земаља. Неки претходни покушаји, објављени под насловом 'Економска анализа права' (Law and Economics) или 'Право и економија' (Law and Economy) у републикама бившег СССР-а у раним 1990-им, били су, у ствари, радови које бисмо према западним стандардима класификовали као допринос 'Економском праву' (Economic Law) или евентуално 'Правном оквиру пословања' (Legal Environment of Business). Дисциплина Економска анализа права још увек је нова, недовољно заступљена у СІЕ земљама и не предаје се на универзитетском нивоу, изузев као опција на Central European University (CEU). Др Александра Јовановић, ванредни професор Политичке економије на Правном факултету Универзитета у Београду, написала је веома интересантну монографију која приказује све главне ауторе на пољу Економске анализе права, иако понекад ни сам аутор није сигуран да ли да свој рад смести у Економску анализу права или у Нову институционалну (Neo-institutional) литературу.

Књига је подељена на следећих седам поглавља са додатним уводним поглављем: (1) Институције, право и економија; (2) Основни економски појмови и основни принципи економске анализе права; (3) Својина у праву и економији; (4) Трансакциони трошкови; (5) Размена, уговори и тржишта; (6) Правила и трансакциони трошкови; (7) 'Друштвено предузеће' и трансакциони трошкови. Збуњујуће је да монографија нема закључни део, што показује да је циљ аутора био да направи и монографију и уџбеник који би могли користити студенти Економске анализе права. Иако наслов књиге потврђује да се југословенски/српски правни систем и правна мисао под снажним утицајем немачког права, књига је, сама по себи, организована и написана у англосаксонском стилу. Аутор је био под примарним утицајем економије права власништва и радова Пејовића (и Furubotn-а).

Доктор Јовановић верује да би бољи наслов монографије могао бити „Економска анализа својине и уговора“. У извесном степену можемо се са тим сложити, али је фокус ове књиге сигурно много шири од својине и уговора јер даје веома интензивну анализу модерне корпорације (користећи термин 'предузеће' и, посебно,

још увек постојећег, југословенског 'друштвеног предузећа'. Аутор детаљно приказује модел *партиципативне економије* и дизајнира модел 'партиципативног предузећа' у модерној економији, надграђујући неке раније радове Backhaus-а. У уводном делу аутор изједначава (у већем степену) Економску анализу права и Институционалну економију (Institutional Economics) и верује да је Институционална економија састављена од Старе економске анализе права (Old Law and Economics), Нове економске анализе права (New Law and Economics), Економике права својине (Economics of Property Rights) и 'Јавног избора' (Public Choice). Др Јовановић изједначава такође и Економију права својине са Новом институционалном економијом (Neo-institutional Economics). Без обзира на ову малу теоретску слагалицу, аутор презентује главне концепте Економске анализе права на супериоран начин започињући анализом друштвених институција и бројним дефиницијама институција, уз објашњење разлога за њихово постојање кроз добро осмишљен пример кошаркашке утакмице. Међутим, како се сви главни концепти базирају на теорији трансакционих трошкова, сасвим је извесно да се аутор користио теоријом трансакционих трошкова да би објаснио већи део економског резонувања о правним институцијама.

У наставку књиге следи анализа алокације средстава, проблем који није често истраживан у литератури модерног права и економије. Али, узимајући у обзир да књига има све карактеристике 'буквара Економске анализе права', то треба посматрати као њен посебан квалитет. Поред других концепата, аутор посматра и основе микроекономске анализе, задржавајући се на Pareto ефикасност, Kaldor-Nicks компензациони тест, и примену Pareto-Wicksell критеријума у јавним финансијама, заборављеног од стране неких аутора. Ово је, затим, праћено добрим прегледом односа између неокласичне и неоинституционалне школе у економској мисли. Обезбеђујући добру основу, аутор се затим усредсређује на концепт својине, за чим следи исцрпна презентација трансакционих трошкова дефинисаних као 'трошкови трансфера својинских права'. Интересантно је да аутор посвећује посебну пажњу *ex ante* и *ex post* трансакционим трошковима, стављајући их у контекст транзиционих економија.

Доктор Јовановић такође анализира процес закључивања уговора, фазу по фазу: (1) планирање; (2) обећање; (3) конкуренција – тржиште; (4) руковођење/управљање – предузеће. У овом делу аутор демонстрира своју јаку наклоност праву, али не заоставља ни економску компоненту *Law and Economics* кроз пажљиву и свеобухватну микроекономску анализу. Посебна пажња посвећена је проблему модерног предузећа коришћењем трансакционо-трошковног типа анализе. Даље следи детаљна анализа правних аката и релативних трансакционих трошкова, што чини веома

значајну одлику књиге. У класичноправној теорији, доношење закона углавном се посматра као ослобођено трошкова – уколико се не захтева подршка јавних фондова у форми монетарних трансфера. Доношење правног акта *per se* није виђено у југословенској/српској правној теорији као нешто што изазива трошкове, већ као појава са нултим маргиналним трошком, уз претпоставку да ће државна управа примењивати право у сваком случају. Међутим, др Јовановић јасно показује да правна акта могу бити веома не-ефикасна и уз велики пратећи беспотребни друштвени трошак; након чега следи детаљна презентација Коузове (Coase) теореме, коју аутор објашњава кроз неколико новијих проблема из југословенске правне праксе.

У петом поглављу књиге аутор посматра питања различите тржишне структуре. Најпре је разматрана перфектна конкуренција, а затим следи анализа монополистичке структуре, моносона, и улоге екстерналија у одређивању структуре тржишта и његовог нивоа ефикасности. Шесто поглавље посвећено је детаљној анализи модерног предузећа. Др Јовановић повезује општи теоретски оквир са тренутном југословенском праксом, обезбеђујући многе релевантне изворе за југословенско пословно право. Аутор анализира предузеће као производну функцију, а затим наглашава уговорну теорију предузећа. Ово је праћено анализом улоге и сврхе пословно оријентисане легислативе и питањем како она може утицати на форму предузећа. Аутор види корпоративно право као стандардни општи уговор који је, посматрано са економског становишта, одржив – иако би се многи аутори аутономног права томе снажно супротставили. Посебна пажња је посвећена корпорацији као спонтано произишлој форми модерног предузећа. Др Јовановић такође разматра бројна, чисто правна питања (као што је модификација ограничене одговорности), и то на супериоран начин.

Последње поглавље књиге бави се друштвеним предузећима и трансакционим трошковима. Аутор тврди да југословенски концепт друштвене својине без власника у ствари и није 'пуна својина' јер не дозвољава онима који доносе одлуке да снесу пуне, и позитивне и негативне, последице тих својих одлука. Такође, друштвена својина не може бити трансферисана пошто увек остаје у друштвеном домену. Др Јовановић иде чак и даље тврдећи да присуство друштвене својине у значајном обиму утиче на покушаје да се успостави тржиште капитала, и да то спречава оснивање ефикасног финансијског тржишта. Анализа југословенске реалности такође спада у последње поглавље овог вредног рада и сасвим је сигурно да транзиционо 'партиципативно предузеће' може бити једна *ad interim* солуција за проблематичну југословенску економију са доминантном улогом друштвене својине. Аутор обезбеђује и

прилично исцрпну листу библиографских извора, што би сваком студенту Економске анализе права требало да омогући започињање индивидуалног рада на предмету.

Књига др Јовановић је важан покушај не само да се ревидира углавном амерички допринос Економској анализи права, већ такође да се инструменти и методе Економске анализе права примене на савремене теме са којима се сучељавају југословенско/српско друштво и правна и економска мисао. Ово је сигурно добродошла промена у централно-источној европској правној и економској теорији, и надамо се да ће бити праћена и другим систематским радовима на другим језицима, и да ће Економска анализа права бити изучавана као дисциплина на правним и економским факултетима у региону. Има знакова да се то може десити ускоро, јер су неке друге иницијативе, као што је 'Летњи курс 2000.' о Економској анализи права, у организацији СЕУ, сигурно покренуле шири интерес за ову дисциплину у региону. Уверен сам да ће читаоци бити одушевљени веома концизним уводом у Економску анализу права.

Једини видљиви недостатак књиге јесте једноставна техничка продукција књиге и бројне некомплетне референце, како у тексту тако и у оквиру библиографије. Такође, било би корисно имати додатне библиографске белешке, с обзиром на најновија кретања у оквиру ове дисциплине у земљама централне и источне Европе.

Жељко Шевић

Лазар Марковић:

Облигационо право

(Новинско-издавачка установа „Службени лист СРЈ“, Београд 1997)

I. О Лазару Марковићу

1. Мало је познато да је у Србији, у време када се још опорављала од тешких последица Првог светског рата и не слутећи страхоте оног који ће тек наићи, и када су у њој почели да се срамежљиво појављују демократија и грађанско друштво, настао за сада једини целовит систем грађанског права. Аутор је доскора био непознат широј правничкој јавности. А име му је Лазар Марковић. То је име које се на крају рата нашло на оптужници нових народних власти, а затим и на списку затвореника у Сремској Каменици. Због своје величине коју је у пуном светлу испољио пре почетка рата, био је означен као непријатељ нове државе и стално

прогањан и злостављан. То је на крају, пре времена, у тренутку када је још много тога могао да остави будућим поколењима у Србији, угасило његово физичко постојање.

2. Рођени Београђанин (рођен је 1882. године), Лазар Марковић је у свом граду завршио основно, средње и на крају високо образовање. На Правном факултету је дипломирао 1905. године, затим је две године радио у пореској управи Министарства финансија као приправник деловођа, а одатле одлази пут Берлина где је наставио студије. Докторирао је 1910. године код професора Јозефа Колера са дисертацијом „Проблем посебних права чланова корпорације“. Исте године је изабран за доцента на Правном факултету у Београду, а 1914. за ванредног професора. Напустио је Правни факултет 1920. године. У његова најзначајнија објављена дела из области права спадају: *Хијоџекарно право* (1911), *Грађански законик Краљевине Србије са крајњим објашњењима* (1913) и његов систем Грађанског права – *Општи део и Сиварно право* (1912), *Породично право* (1920), *Наследно право* (1930).

Лазар Марковић је био свестрана личност. Поред бављења правом као науком бавио се и политиком. Био је члан ондашње Радикалне странке а себе је сматрао верним и оданим пријатељем Николе Пашића. Налазио се на многим високим положајима у тадашњој власти. Био је министар за Уставотворну скупштину, министар правде у два наврата, народни посланик трипут... Покретач је часописа „*La Serbie*“, *Београдски дух* и *Дело*. Бавећи се политиком објављивао је књиге на француском и српском језику.¹ На француском је објавио *La Serbie et L'Europe 1914–1920* (1920), *Le désarmement et la politique de Belgrade 1922–1932* (1932) и *La politique extérieure de la Yougoslavie 1933–1936* (1936), а на српском *Полиџику* (1925). Књига *Југословенска држава и хрватско џиџање* штампана је 1935. и у Београду и у Загребу.

После завршетка Другог светског рата Лазара Марковића прати лоша судбина. Још пре краја рата, 1944. године, ухапшен је и оптужен, изведен пред суд заједно са још тројицом професора Правног факултета у Београду и осуђен на шест година затвора уз принудни рад. Одузета су му сва политичка и готово сва грађанска права и конфискована му је целокупна имовина. Поново је ухапшен 1954. године и у Централном затвору у Београду проводи три месеца. Разлог је био више него бизаран. Наиме, утамничење бившег професора Правног факултета у Београду и истакнутог учесника предратног политичког живота било је најједноставније

1 Лазар Марковић је писао и објављивао на српском, енглеском, немачком и француском, а служио се и италијанским језиком. Видети о томе: Симон Симоновић, „Библиографија и основни биографски подаци (Лазара Марковића)“, *Анали Правног факулџеџија у Београду*, Београд 1997, бр. 4–6, стр. 430–431.

решење за комунистичке власти. Повод је био позив који је стигао са Сорбоне а тицао се предавања о међународној политици које је Лазар Марковић требало да одржи у Француској. У неравноправној борби, у којој никако није могао да победи, као што ни многе напредне цивилизације кроз историју нису успевале да одоле налетима варвара, Лазар Марковић је заувек затворио очи 15. априла 1955. године у граду где је рођен и где је доживео своје најсветлије тренутке.

II. Структура дела

3. Дело је традиционално подељено у две целине, општи и посебни део. И један и други су даље подељени у одељке, у оквиру којих се понегде налазе одсеци као уже целине.

У првом одељку општег дела налазе се општа разматрања о тражбинама, где је извршено разликовање између субјективних тражбених права и објективног тражбеног права, затим су дати појам и карактеристике тражбених права и на крају су изложена схватања о односу дуга и одговорности.

Други одељак је посвећен садржини тражбених односа, и поред општих правила везаних за ове односе (поштено и савесно одређивање садржине чинидбе, тумачење и извршење обавеза на поштен и савестан начин и искључење неморалних, немогућих и закону противних чинидаба) у њему су дате поделе и врсте чинидаба тј. облигација (позитивне и негативне чинидбе, имовинске и неимовинске, личне и стварне, одређене и неодређене, обавезе по врсти и специјалне обавезе, пролазне и трајне чинидбе, алтернативне обавезе, обавезе са алтернативном могућношћу испуњавања, дељиве и недељиве чинидбе, главне и споредне – у вези са којима је исцрпно обрађено питање камата, правне обавезе и природне обавезе, тражбине као имовински објекти, обавезе на полагање рачуна, на подношење обавештења и на давање ствари на увид и на крају тражбине као узгредна права или припаци).

У трећем одељку је обрађено извршење чинидбе, и то питања која се по природи ствари намећу у вези са тим – место и време извршења чинидбе, задоцнелост како дужника тако и повериоца.

Четврти одељак доноси детаљно објашњење појма кривице, штете и њене накнаде. У оквиру излагања о штети и њеној накнади обрађен је један подједнако важан елемент код накнаде штете, а то је узрочна веза код оштећења.

Пети одељак је посвећен дуговним односима који се заснивају на правним пословима – уговорима и једностраним правним пословима.

У оквиру општих излагања о уговору дат је његов појам, објашњени су понуда и њен пријем, форма уговора, време закључења уговора и предуговор. Затим су побројани услови за пуноважност уговора – правна способност уговарача, стварност изјављене воље, допуштеност садржине уговора и у вези са њом су размотрена питања слободе уговарања и њеног ограничења – уговора о немогућој чинидби, забрањених уговора, неморалних и зеленашких уговора. Потом су обрађене поделе, односно врсте дуговних уговора (каузални и апстрактни, наплатни и ненаплатни, једностранообавезни и двостранообавезни и уговори у корист трећих лица). На овом месту су обрађена појачања и обезбеђења уговора – капара, одустаница и уговорна казна. Основна излагања о уговорима завршавају се престанком уговора по основу одустајка.

Једностранни правни послови (једностранна обећања дуга) којима се могу засновати дуговни односи јесу јавно обећање награде и папири од вредности.

Излагања о уговорима и једностранним правним пословима груписана су у два засебна одељка.

Шести одељак тиче се субјеката обавеза и тражбина. У њему се говори о заједничким обавезама и заједничким тражбинама за које важе *mutatis mutandis* иста правила као и за заједничке обавезе. После општих разматрања заједничких обавеза изложена су правила за заједничке подељене обавезе, солидарне обавезе и скупне обавезе.

Претпоследњи, седми одељак обрадио је питања промена у субјектима тражбина и дугова – пренос тражбина и преузимање дуга.

Последњи одељак општег дела, осми, носи наслов „Престанак дуговних односа“. На том месту су појединачно обрађени, као начини престанка дуговних односа, испуњење обавезе (исплата дуга), полагање дуга код суда, пребијање дуга за дуг (компензација), опроштај дуга и одрицање од тражбине, сједињење права и обавезе у истој личности (конфузија), новација (пренов обавезе), пропаст дуговане ствари и уопште немогућност чинидбе, смрт дужника или веровника, протек времена и застарелост права.

Посебни део има свега два одељка.

Први носи назив „Обавезе из појединих уговора“. У оквиру тог одељка обрађени су сразмерно своје значају уговори о куповини-продаји, о размени (трампи), о најму (кирији), о закупу (пораби), о поклону, о зајму, о чувању или остави, о послузи, о налогу, о служби, о изradi дела, о наклади или издавању дела, о друштву (ортаклуку), на срећу, о јемству, о поравнању и осигурању. Поред

уговора, у првом одељку посебног дела нашао се и апстрактни правни посао – асигнација.

Како је уговор о куповини-продаји најдоминантнији свуда где постоје релативно развијени робно-новчани односи, сразмерно највећи простор писац је, у оквиру излагања о уговорима, посветио овом уговору. Детаљно су размотрена питања као што су предмет куповине, куповна цена, форма уговора, место и време извршења (први одсек), правни односи који су засновани куповином, и то како тзв. правни односи у међувремену (ризик за пропаст или погоршање купљене ствари и приходи и користи од ствари у међувремену), при чему се под појмом „у међувремену“ подразумева период времена од закључења уговора о продаји до предаје ствари купцу, тако и правни односи између купца и продавца који су дефинисани њиховим узајамним правима и обавезама (други одсек), правни и физички недостаци ствари (трећи одсек), посебне врсте купопродајног уговора – уговор о откупу ствари (придржај откупа), о повратној продаји (придржај повратне продаје), о прекупу ствари (придржај прекупа), куповина на пробу, по мустри или узорку, ради пробе, продаја са придржајем бољег купца, по продајном налогу, и судска продаја (четврти одсек).

Други одељак је посвећен обавезама које настају без уговорног основа. То су дугови односи из пословодства без налога, по основу неправедног обогаћења (неоправдано искоришћење туђе ствари и безразложне чинидбе), из недопуштених радњи (оштећење ствари, повреда тела, повреда личне слободе, повреда части, завођење жене, нетачно представљање и погрешни савети, повреда службеног звања или службене дужности и прикраћење поверилаца) и из заједнице ствари. Посебну пажњу овде заслужују излагања о одговорности за накнаду штете без кривице, дакле о објективној одговорности која је у време писања дела била још у повоју.

III. Нека најзанимљивија места

A. Дуг и одговорност

4. Према чувеном немачком правнику Гиркеу, дуг је јединствен правни однос који има две корелативне стране – с једне стране требање, и тада говоримо о дугу и дужнику, а са друге стране једно примање, искоришћење, где је реч о тражбини и веровнику.

Веровник има једну личноправну или стварноправну власт за случај неиспуњења обавезе. Док још није дошло до неиспуњења обавезе, одговорност дужника производи своје правно дејство. Са измирењем дуга, особена власт повериоца према дужнику престаје

као да није ни постојала. Али ако повериочев дуг не буде исплаћен, његова власт добија свој пун ефекат, који се састоји у принудном измирењу путем самопомоћи или судским путем.

Лична одговорност дужника, која подразумева предају дужника у руке повериоца са обавезом или без обавезе рада, или дужниково затварање у случају неиспуњења обавезе – у свим цивилизованим друштвима данас је напуштена. Постоји тзв. стварна одговорност која погађа имање дужника.

5. Дуг без одговорности схвата се као један непотпун дуг. У питању је непотпун правни однос, који је у свим савременим правима допуштен као изузетна појава. Без неке посебне напомене о томе, свака тражбина ужива судску заштиту и утерива је редовним путем, путем тужбе. Међутим, има тражбина тј. дугова где ово право на тужбу не постоји. Испуњење такве обавезе зависи искључиво од воље дужника. Ако дужник неће да испуни такву обавезу, поверилац га не може натерати да то учини. Овакве обавезе се означавају као природне, и сматрају се за несавршене правне обавезе. На такве обавезе се у погледу већине питања примењују правила тражбеног права. Одговорност дужника постоји, али је знатно смањена. Поверилац нема право на судску помоћ, нити се може вансудски намирити (нпр. искоришћењем права ретенције). Али, чинидба која се изврши уистину се дугује, па ако дужник добровољно испуни једну природну обавезу, не може да тражи повраћај као да је реч о *condictio indebiti*. Неважно је то што дужник није знао да се ради о природној обавези.

Природне обавезе могу да настану из више разлога. Најпре, могуће је да законодавац са неодобравањем гледа на одређену врсту обавеза и не жели да им даје право на судску помоћ – дуг по основу уговора о коцки, дуг који настаје из уговора о брачном посредовању. Затим, у неким случајевима законодавца руководе обзири опортуности, целисходности, правне сигурности. Тако је када су у питању застареле обавезе, дугови који нису пријављени у дужникову стечајну масу, као и онај део за колико је обавеза смањена у поступку принудног поравнања. На трећем месту су оне природне обавезе које проистичу из етичких, моралних или социјалних дужности а нису добиле карактер правних обавеза – обавеза помагања својих даљих рођака, као и друга помагања вршена из хуманих обзира.

6. Поред изложене ситуације, где наспрам дуга не постоји одговорност која омогућава принудно извршење обавезе према дужнику, постоје случајеви где се не поклапају дуг и одговорност у погледу лица на коме они леже. Тако ће бити у случају кад за нечији дуг одговара сасвим друго лице својом имовином (нпр. чланом 1384 француског Грађанског законика предвиђена је одго-

ворност за кривицу својих укућана и помоћника у послу и радњи), у случају одговорности јемца и одговорности хипотекарног дужника кад он није лично обавезан и нема никакав дуг (стр. 39–45, 85–90 и 138–140).

Б. Уговор о најму и закупу

7. Већина модерних грађанских законика (са изузетком француског Грађанског законика који је пошао путем римског права) издвојила је најам радне снаге у две посебне категорије уговора, зависно од чињенице да ли се на употребу узимају људски рад и знање или радна снага уопште. Реч је о уговорима о служби и изради дела. Уговори који имају за предмет употребу једне непотрошне ствари, за одређено време, уз одређену новчану накнаду, означавају се као закупни уговори. И они се деле на две категорије: 1) уговори о најму (кирији); 2) уговори о закупу (пораби). Уговори о најму су они кад се ствар уступа ради коришћења према обичној и редовној сврси којој она служи. Код уговора о закупу ствар се привредно искоришћава уз могућност прибирања плодова. Сама употреба ствари није довољна код овог уговора већ је неопходно омогућити да се ствар економски искоришћава. Ствар се привредно може искористити само посебним трудом и радом, за разлику од уговора о најму где сама државина ствари прибавља погодности дотичном лицу. Док закуп служи у првом реду производњи добара, најам омогућава првенствено употребу ствари за личне и друге потребе.

У изложеном смислу, југословенски Грађански законик² у члану 1073 разликује уговор о најму и уговор о закупу. Француски Грађански законик користи општи израз – *les contrats de louage*, уговори о закупљивању. У чл. 1708–1710 говори се о две категорије – *le louage des choses*, закупљивању ствари, и *louage d'ouvrage*, закупљивању рада. Закупљивање ствари обухвата, даље, три категорије – *le bail à louer*, изнајмљивање станова, кућа, домова и покретних ствари, *le bail à ferme*, закуп пољских добара, и на крају *le bail à cheptel*, изнајмљивање стоке.

8. Уговори о пораби, што је заједнички назив за уговоре о најму и закупу, закључују се са намером да трају извесно време, дуже или краће, а не ради трајне употребе, искоришћења ствари. Тако по члану 1097 југословенског Грађанског законика, у случају да је уговор о закупу закључен на неодређено време, свака уговор-

² Аутор све време под ознаком југословенски Грађански законик објашњава правила Предоснове за Грађански законик Југославије, која никад није постала законски текст. Видети о томе: Слободан Перовић, „Облигационо право Лазара Марковића као део његовог система класичног грађанског права“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 4–6, Београд 1997, стр. 420.

на страна може га прекинути отказом, тј. изјавом да жели да уговор сасвим престане. Странке се при том морају држати прописаних законских одредаба о роковима и моментима отказа.

Према члану 567 немачког Грађанског законика, најдуже време трајања уговора о закупу је 30 година или до краја живота једног или другог уговорника. Југословенско право није предвидело такво ограничење.

Правило је да се уговор о порабима односи на непотрошне ствари. То је разумљиво с обзиром да се по протеклу уговора ствар мора вратити власнику. Изузетно, и потрошне ствари могу бити предмет овог уговора, али се тада појављују у функцији непотрошних ствари (нпр., воће се узме у најам ради изложбе). Док се под најам могу узети само телесне ствари, јер само оне допуштају редовну употребу, дотле предмет уговора о закупу могу бити како телесне тако и нетелесне ствари (нпр. право ужитка, право риболова и сл.).

Употреба тј. уживање ствари уступа се уз накнаду. У противном се ради о уговору о послузи. Накнада се по правилу састоји у новцу, али може да се састоји и у извесној количини природних добара. Могуће је и да се накнада даје у некој корисној чинидби.

9. Југословенски Грађански законик нема посебних одредаба о форми уговора о порабима. То значи да је реч о консенсуалном, неформалном уговору који је закључен кад су се стране сложиле о ствари и наплати, а предаја ствари од стране закупаваца сматра се извршењем уговора. У немачком Грађанском законнику, у члану 566, прописана је обавезна писмена форма за уговоре о закупу земљишта за време дуже од једне године. Недостатак писмене форме значи да је уговор закључен на неодређено време.

10. У римском праву установљен је принцип да куповина ништи најам, тј. закуп. Уговори о најму и закупу посматрани су као чисто облигациони уговори који стварају облигационе односе између странака без икакве непосредне власти над ствари на коју се односе. Кирајџија и купац су, у погледу ствари коју су употребљавали и уживали, посматрани као обични детентори. Ако би својина на ствари била пренета на другог, прибавилац би стицао чисту својину, без обзира на евентуално постојеће уговоре о најму и закупу. Кирија и закуп нису посматрани као терети на ствари већ као личне обавезе онога ко је ствар дао у најам или закуп. Издавач је у том случају био дужан да кирајџији, односно закупцу накнади штету претрпљену због напуштања ствари. Али та накнада, макар правично одређена, никад није исто што и употреба ствари. Овакву природу најамних и закупних односа прихватили су француски Грађански законик и немачки Грађански законик.

Насупрот оваквом решењу налази се оно из пруског Земалског законика. Уговором о порабни заснивају се чисто стварноправни односи, и то у погледу непокретности уписом правом упорабе у земљишне књиге, а у погледу покретних ствари прибављањем државине. Сваки следбеник издавача дужан је да сноси најам и закуп на конкретном добру иако су они уговорени са претходником. Код покретних ствари штитио се при стицању савесни прибавилац, али је кираџија, односно закупац био јачи у праву ако је ствар имао у својим рукама, јер је на тај начин била искључивана прибавиочева савесност.

У југословенском праву остављено је на вољу прибавиоцу да у законском року откаже порабни уговор. Ако је право упорабиоца уписано у земљишну књигу, оно добија стварноправни карактер и важи и за прибавиоца све време трајања уговора. Када је реч о покретним стварима, прибавилац се може користити законским правом отказа које важи код уговора закључених на неодређено време. Иако се положај кираџије тј. закупца правно не разликује у односу на досадашњег власника и прибавиоца, стварно се и те како разликује. Нови власник може да има разлог да учини отказ који ранији није имао чим је дао ствар на порабу. Тек ако прибавилац не откаже уговор о порабни у за то остављеном року, овај почиње да производи иста права и обавезе и за њега као и за ранијег власника (стр. 501–522).

В. Упут (асигнација)

11. Чланом 1341 југословенског Грађанског законика прописано је да је упут овлашћење које упутилац даје примаоцу упута да код упућеног лица наплати, односно подигне једну одређену чинидбу за рачун упутиоца. За разлику од немачког права, у југословенском није предвиђено да упут мора бити учињен у писменој форми, нити да мора да гласи на новац, хартије од вредности или друге замењиве ствари.

Упут није ни уговор ни налог. Може да буде али не мора. Прималац упута може да изврши наплату у свом интересу ради измирења тражбине која му припада према упутиоцу. Ни упућени не мора да има улогу налогопримца. Упутилац је нпр. као комисионар купио ствар за упућеног, па се продавац као прималац упута јавља упућеном за исплату цене. Упут је апстрактан правни посао слободан од сваке везе са неким правним основом.

Према члану 1344 југословенског Грађанског законика, упут се може опозвати све до тренутка док га упућени није прихватио и тиме се обавезао да испуни чинидбу према примаоцу упута, тј. све до момента извршења чинидбе од стране упућеног.

По члану 1342, став 3, сам упут се не сматра као исплата дуга већ је потребна фактичка исплата од стране упућеног. Према ставу 2 истог члана, уколико упућеник већ дугује упутиоцу чинидбу коју треба да изврши, обавезан је да се покори упуту.

Пријем (акцепт) упута се врши путем писмене изјаве на самој исправи о упуту. Акцепт вреди тек од тренутка када се исправа са акцептом уручи примаоцу упута. Све до тог тренутка упућени може да опозове свој пријем. Након уручења акцепта упућени је непосредни дужник примаоца упута. Ако упућени своје акцепту дода одређене услове или ограничења, одговара онолико и како се обавезао.

12. Код упута постоје тројаки правни односи. Најпре су то односи између упутиоца и примаоца упута. Реч је о оним каузалним односима који представљају повод за издавање упута. Затим односи између примаоца упута и упућеног. Све док упућени не учини пријем упута и док такву изјаву не преда примаоцу упута, овај нема према њему никакав захтев. Ово важи и за случај када је упућени обавезан да поступи по упуту. Из акцепта проистиче за упућеног једна самостална, апстрактна обавеза према примаоцу упута. Приговори које упућени може да истакне према примаоцу упута по члану 1343 југословенског Грађанског законика јесу:

– приговори који се тичу ваљаности прихвата (акцепта), нпр. приговор да је упућени силом или претњом акцептирао упут, да је био пословно неспособан тј. ограничено пословно способан при прихвату упута и сл.;

– приговори који се тичу саме садржине упута (акцепта), нпр. приговор да је акцепт зависан од неке противчинидбе;

– приговори који проистичу из личног односа упућеног према примаоцу упута.

Права примаоца упута према упућеном на основу акцепта застаревају за три године. Коначно, у трећу врсту правних односа код упута спадају они између упућеног и упутиоца. То су каузални односи који постоје између њих и који су независни од упута. Ако међу њима не постоје правни односи независни од упута, за расправљање односа међу њима вреди одредбе о налогу.

13. Према члану 792 немачког Грађанског законика, примаоца упута може уговором да пренесе тај упут на друго лице, док упут још није примљен. Наравно да он то може да учини и онда кад је упут примљен. Иако овакве одредбе нема у југословенском Грађанском закоником, такво решење, по мишљењу аутора, треба прихватити и у југословенском праву. Упутилац може да искључи пренос упута, али то мора да учини видљивим у исправи о упуту (стр. 708–714).

Г. Накнада штете због недопуштене радње

14. Једна недопуштена радња може бити таква да повлачи и накнаду штете и казнену санкцију. Друге су такве да се кажњавају само по кривичном закону не заснивајући никакву обавезу накнаде штете. Коначно, постоје и тзв. грађанскоправне недопуштене радње које не повлаче казну али заснивају одговорност на накнаду штете.

Штета је, по члану 1240 југословенског Грађанског законика, сваки квар нанесен нечијој имовини, свако повређивање нечијег права или личности. У француском и швајцарском праву не наводе се посебно предмети који могу бити оштећени, већ се једноставно каже да свака штета причињена противправном радњом има да се накнади. Дефиниција југословенског Грађанског законика покрива само област материјалне штете. Законик у начелу не признаје нематеријалне штете. Тако, по члану 1280, онај ко је повређен у својој части има право на накнаду само када му је тиме проузрокована права материјална штета или када је изгубио добит. Иначе се не може тражити никаква накнада јер се част не плаћа новцем. Изузеци су предвиђени члановима 1275 и 1278, у случајевима претрпљених болова при повреди тела и завођењу женског лица кажњивим делањем, лукавством, претњама или злоупотребом зависног статуса да би се изнудило полно општење. У том случају може се тражити накнада и материјалне и нематеријалне штете.

Радња којом се причињава штета мора бити противправна. Противправна радња је она која је супротна грађанским, кривичним или неким другим специјалним законима. Онај ко остварује своје право у начелу не одговара другом за штету коју му тиме проузрокује. Онај ко остварује права у намери да другоме проузрокује штету, чини једну недопуштenu радњу забрањену законом, и самим тим одговара за тако проузроковану штету. У извесним случајевима одговорност постоји и кад радње нису противправне (недопуштене) али су неморалне.

Да би постојала обавеза на накнаду штете, потребно је да учинилац буде крив за предузимање радње тј. проузроковање штете. У одређеним случајевима учинилац ће бити дужан да штету накнади чак и ако је проузрокована без његове кривице. Тада се може ослободити одговорности само ако докаже да је штета наступила услед неотклоњиве више силе. Случајеви у којима закони (нпр. немачки Грађански законик) предвиђају такву одговорност јесу: штета коју причине животиње, штета од упаљивих ствари и опасних предузећа, штета од грађевина и других направа, штета од падања или бацања покретних ствари и приликом сличних удеса.

Последњи елемент који се тражи да би постојала обавеза на накнаду штете јесте узрочна веза између радње или пропуштања радње и причињене штете (стр. 802–809 и 828–833).

IV Закључак

15. На путу показивања колико је људски ум савршен механизам, Лазар Марковић је далеко стигао. Бавио се политиком, али је истовремено писао и објављивао. Иза њега је остало преко седам хиљада страна необјављених рукописа. Показао је да је један људски век сувише кратак да испрати полет и стваралаштво радозналост интелекта. Нарочито ако је видно скраћен залагањем оних који таква постигнућа тешко могу да докуче.

На срећу српске правничке јавности, а нарочито правничког подмлатка, неки други великани (који су избегли злу коб овог аутора), упркос анатеми која је бачена на Лазара Марковића, на прави начин су схватили значај његовог опуса и стрпљиво сачекали право време да се дело заувек отргне од заборавља и таме једног породичног сандука.³

Горан Георгијевић

Зоран Рашовић
Стварно право
(Подгорица, 2002)

I. Неколико речи о аутору

1. Са простора где се родио један од најблиставијих умова јужнословенске правне науке, Валтазар Богишић, потиче и др Зоран Рашовић, професор на Правном факултету у Подгорици. Његов уџбеник *Стварно право*, објављен у Подгорици 2002. године, заслужује да барем у најкраћим цртама буде представљен као једно од најновијих дела из ове области (ако не и најновије) на просторима Србије и Црне Горе.

2. Професор Зоран Рашовић је рођен 1959. године у Подгорици. Ту је са одличним успехом завршио основно и средње образовање, а затим као један од најбољих студената у генерацији, за

3 Видети о томе: Слободан Перовић, *наведено дело*, стр. 418–419.

свега три године, и Правни факултет у Подгорици. Потом га је пут одвео у Београд. Најпре је са успехом на Правном факултету у Београду одбранио магистарску тезу под називом „Заједничка својина брачних другова“, а затим, 1991. године, докторску дисертацију „Заложно право на покретним стварима“.

Реч је свакако о једном плодном аутору. Поменућемо прво монографије: *Фидуцијарни правни послови и фидуцијарна својина, Залога у функцији обезбеђења и ошраживања, Ејшажна својина и решење стамбених и ошреба, Евројско право и правни сисџем у Црној Гори* (коаутор), а потом и коментаре закона – „Коментар Закона о основама својинскоправних односа“, „Коментар Закона о етажној својини“, „Коментар Закона о фидуцијарном преносу права својине“. Поред тога, ту су још приручници у виду образаца уговора и тужби из стварног права, одреднице у лексикону грађанског права и преко 30 чланака објављених у домаћим и страним часописима.

Поред бављења научним радом, професор Рашовић је такође и истакнути законописац, који је дао велики допринос у изради закона из области имовинског права у Црној Гори.

II. Структура дела

3. Структура дела Зорана Рашовића не разликује се много од структуре других дела уџбеничке природе из ове области.

Уџбеник се састоји из седам глава.

Глава прва даје појам стварних права и анализу ствари као објекта тих права. Затим су описане традиционалне поделе ствари (покретне и непокретне, генеричке и индивидуално одређене, заменљиве и незамењиве, потрошне и непотрошне, дељиве и недељиве, процењиве и непроцењиве, просте и сложене, збирне, бестелесне, ствари у промету и ван промета) којима се појам ствари у грађанскоправном смислу разрађује и конкретизује.

Глава друга се односи на државину као чињеничну власт на ствари. У првом одељку су обрађена најважнија питања везана за државину и дате су њене поделе. Други одељак је посвећен државинској заштити.

Глава трећа односи се на право својине и у њој су дати појам и основне карактеристике овог права, али су такође обрађени деривативно и оригинарно стицање права својине (правни посао, прираштај-прерада, спајање и смеша, грађење на туђем земљишту, сејање на туђем земљишту, сађење на туђем земљишту, нанос, одрон земље, ново речно острво, напуштено речно корито, одржај,

стицање својине од невласника, окупација), те на крају заштита права својине путем *rei vindicatio*, *actio Publiciana* и *actio negatoria*.

Као посебна, четврта глава издвојени су модалитети права својине-сусвојине, заједничка својина и етажна својина и најважнија питања везана за њих.

Глава пета описује службености, како стварне тако и личне, а затим суседска права.

Следећа, шеста глава подробно анализира права реалних (стварних) гаранција, и то полазећи од општег ка посебном. Писац је најпре изложио најопштија правила која постоје у области реалних гаранција (начела) а затим је описао сваку од њих посебно: ручну залогу, хипотеку, право ретенције и на крају правни институт својствен црногорском праву – фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања.

Напошетку, у седмој глави обрађена је материја власничке евиденције непокретности која је у нашој земљи у последње време предмет бројних стручних расправа.

III. Нека најзанимљивија места

A. Појам и објекти стварних права

4. Сасвим је природно да се уџбеник из стварног права бави субјективним стварним правима. Субјективна стварна права су, према аутору уџбеника, законом одређена и заштићена права њихових ималаца да непосредно, без помоћи других лица, врше правну власт на појединачно одређеним стварима (стр. 1).

А ствар професор Рашовић одређује као што то чини и већина других аутора, као делове материјалне природе који су у домену људске власти и који могу бити у грађанскоправном промету. Појам ствари, међутим, треба разликовати од појма добра. Добро је у свом најширем значењу свака творевина, било физичка било идеална, која је правно релевантна. То су ентитети који су подобни да буду објект субјективних грађанских права. Тако се у добра убрајају не само ствари већ и лична добра, затим интелектуална добра (нпр. know-how као скуп тајних искустава и знања) и сл. Ствари су отуда само добра у свом најужем значењу, као телесна добра, те следствено томе објекти стварних права могу бити само материјалне, телесне ствари.

Уобичајено је да се правна добра поистовећују са економским. Истина је да су економска добра истовремено и правна. Али не важи увек и *vice versa*. У складу са изложеним разликовањем између добра у најширем смислу и ствари као материјалног добра,

није тешко уочити да је могуће да добро буде правно а да при томе не буде економско, намењено тржишту (стр 6–8).

Б. Појам и карактеристике права својине

5. Економски посматрано, својина се одређује као присвајање одређених добара од стране једног лица, а као резултат тог процеса јавља се припадање. Док се присвајање сматра динамичном компонентом овако схваћеног економског појма својине, дотле је припадање статична компонента.

У правном смислу, право својине је правни израз економских појмова присвајања и припадања.

Закон о основама својинскоправних односа не дефинише право својине. Професор Рашовић се одређује за одређење својине онако како је то учињено у члану 544 француског Грађанског законика:

„La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue...”

Али француски законодавац је одмах поставио и ограничење овог најапсолутнијег стварног права:

„...pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.”

Нема дакле никакве сметње, иако се наш законодавац о томе не изјашњава, да се и за наше право прихвати одређење права својине као права да се ствар држи, користи и да се њоме располаже у пуној мери и искључиво док ограничења и обавезе могу да буду постављени само правним поретком. Међутим, у погледу највећег броја ствари границе су одређене природним својствима ствари а не правним прописима (ствари мање вредности).

6. Према професору Рашовићу, има неколико основних карактеристика права својине.

Прва карактеристика права својине је стварноправност која у себи обухвата непосредност, тј. моћ да се право врши без посредовања трећег лица, затим апсолутност, што значи да имацац права ужива правну заштиту према свим трећим лицима која његово право угрожавају, и коначно материјалност, што означава да право својине за свој објекат има телесну ствар.

Друга карактеристика права својине је његова свеобухватност која у ствари означава апсолутност у једном другом смислу у односу на већ изложен. Својина обухвата сву правну власт која може да се има на једној ствари, при чему се ограничења морају предвидети изричито императивним, принудним прописима. У том смислу се говори о својини као о најапсолутнијем праву. Или, како

је то сликовито и сажето изразио Валтазар Богишић у члану 1015 Општег имовинског законика за Црну Гору:

„Кажеш ли о каквој ствари моја је, то је највише што о њој казати можеш.“

И управо та свеобухватност доводи до поистовећивања самог права својине и његовог објекта, ствари, па чак и у законским текстовима.

Трећа карактеристика права својине је његова рекадентност, еластичност. Са престанком ограничења права својине, *nuda proprietas* која је остала власнику ствари поново и аутоматски се претвара у својину пуног обима, тј. у својину каква је постојала пре заснивања ограничења.

Четврта карактеристика права својине је његова искључивост, и она схваћена у ужем смислу значи да власник ствари има право да искључи сва трећа лица из уживања ствари (нпр. да огради своју земљу), а у ширем смислу – да су сва трећа лица у обавези да не узнемиравају власника у уживању ствари. Искључивост права својине је последица тога да на истој ствари не могу постојати истовремено два права својине.

Пета карактеристика је трајност (незастаривост). Право својине, за разлику од неких стварних и свих облигационих права, не може се изгубити застарелашћу, јер у складу са начелом диспозиције власник може да употребљава ствар или да је не употребљава. Чак и кад постоји законска обавеза у погледу коришћења ствари, неизвршење те обавезе не доводи до престанка права својине већ до других санкција.

И последња, шеста карактеристика је независност права својине, јер док друга стварна права (стварна права на туђим стварима) захтевају постојање права својине на некој ствари, дотле право својине не подразумева постојање других стварних права (стр. 84–92).

В. Уговорно право прече куповине

7. Код уговорног стицања права својине могуће је да се уговори право прече куповине у корист продавца. То право свог имаоца овлашћује да захтева да му се ствар понуди пре него трећим лицима, а ако ствар буде продата пре него што је њему понуђена, да захтева да му се ствар уступи под условима и по цени како каже закључени купопродајни уговор. Ималац уговорног права прече куповине може га уписати у јавну књигу како би искључио савесност каснијег стицаоца ствари, који се више не би могао позивати на чињеницу да му је уговорно право прече куповине било непознато у тренутку стицања права својине.

Члан 532, став 1 Закона о облигационим односима оставља места за недоумицу тако што продавца тј. имаоца уговорног права прече куповине овлашћује да захтева, у року од шест месеци од дана сазнања за пренос којим је повређено његово право, да се пренос поништи и да му се ствар уступи под истим условима. Пракса наших судова показује да они ову одредбу примењују тако што поништавају уговоре којима је повређено уговорно право прече куповине.

Професор Рашовић истиче да је то неправилна пракса. Јер уговор којим је повређено уговорно право прече куповине мора бити пуноважан да би ималац тог права могао да га користи. Ако би уговор био ништав, тада не би производио дејства *ex tunc*, од самог закључења, па се поставља питање како ималац права прече куповине може да врши право прекупа? Због тога, једино исправно решење било би да уговор остаје на снази и производи правна дејства. Долази до персоналне суброгације, а на место првог купца долази ималац права прече куповине (стр. 123–124).

Г. Стицање права својине одржајем

8. Да би се право својине стекло одржајем, захтевају се државина која се означава као квалификована, одређени протек времена, као и подобност ствари која је предмет одржаја, јер се њиме не може стећи право својине на стварима на којима се оно и иначе не може стећи (нпр. градско грађевинско земљиште).

Квалификована државина је она која је законита, савесна и права.

Законита својинска државина је она која се заснива на пуноважном правном послу усмереном на пренос права својине. А шта ако је правни посао рушљив? Тада ће законитост односно незаконитост државине зависити од судбине уговора. У случају конвалидације уговора, државина ће и коначно бити законита, док у случају његовог поништења државина постаје незаконита.

Савесна својинска државина је она кад држалац не зна нити може да зна да ствар коју држи није његова, да није власник ствари. Потребно је да држалац оправдано верује да је ствар његова, односно да није могао ни посумњати да ствар није његова. Да ли се савесност држаоца тражи само у тренутку заснивања државине или све време њеног трајања? Савесност мора да постоји све време постојања државине – *mala fides superveniens nocet*. У супротном, доћи ће до прекида рока за одржај. Али садржина савесности се разликује у тренутку заснивања државине, када је стицалац дужан да пажљиво истражи да ли је претходник заиста и власник, и током трајања државине, кад није довољна сама могућност да стицалац сазна да претходник није власник већ је неопходно да он то заиста

и сазна. Савесност се претпоставља, па је терет доказивања на ономе ко тврди супротно.

Коначно, права државина је она која није прибављена силом, потајно, злоупотребом поверења или на други недопуштен начин. Занимљиво је да наш законодавац, у члану 72 став 1 Закона о основама својинскоправних односа, не прави разлику између законите и праве државине, дефинишући закониту државину као ону која се заснива на пуноважном правном послу који је потребан за стицање права својине, и која није прибављена силом, преваром или злоупотребом поверења.

Овако одређена квалификована државина подобна је за стицање права својине редовним одржајем. Ванредни одржај је такав код кога законита државина није *conditio sine qua non*. Код овакве државине држалац оправдано верује у две ствари: да је претходник власник и да постоји законит правни основ усмерен на стицање права својине. Неки правни писци сматрају да државина која води ванредном одржају не мора да буде права. Али због чега правити такву разлику између редовног и ванредног одржаја? Зашто допустити да државина стечена на начин који правни поредак не одобрава доведе до стицања права својине (стр. 151–161 и 52)?

Д. Стицање стварних службености на основу правног посла

9. Према члану 51 Закона о основама својинскоправних односа, стварна службеност се може стећи на основу правног посла, одлуке државног органа, и на основу одржаја.

Да би се стекла стварна службеност на основу уговора, потребно је да се испуни неколико услова. Најпре, потребно је да је преносилац власник ствари (послужног добра), док невласник мора имати нарочито овлашћење да закључи уговор. Затим треба да постоји пуноважан уговор, теретан или доброчин, који је управљен на заснивање стварне службености. Коначно, стварна службеност мора да буде уписана у јавну књигу, при чему се уговор појављује као правни основ, *iustus titulus*, док је упис у јавну књигу одлучујући тренутак у коме се заснива право стварне службености, *modus acquirendi*.

Службеност се може стећи и на основу тестаментa (легата). Професор Рашовић наводи два таква случаја. Први постоји када оставилац који је искључиви власник непокретности легатом установи службеност у корист неког повласног добра. Други случај је када оставилац одреди у тестаменту делове непокретности, па на једном или више њих заснује службеност у корист оних других. У оба случаја тестамент се појављује као правни основ, док је упис

у јавну књигу начин стицања, тренутак у коме се право стварне службености коначно стиче.

Швајцарско право допушта да власник две непокретности оптерети једну непокретност у корист друге. Када једна од тих непокретности буде отуђена, активира се службеност која је дотле била прикривена, па није потребно закључити посебан уговор како би се установила стварна службеност. Оваква својинска службеност може се прихватити и за наше право, јер Закон о основама својинскоправних односа говори о заснивању службености правним послом, дакле не искључујући могућност да то буде једнострани правни посао.

У још једном случају није потребно да се закључи посебан уговор о заснивању стварне службености. Наиме, према аустријском Грађанском законнику, ако дође до консолидације, тј. ако исто лице постане власник и повласног и послужног добра, службеност престаје по природи ствари. Међутим, ако службеност није исписана из јавних књига приликом каснијег отуђења повласног добра, службеност се активира у његову корист (стр. 291–296).

Ђ. Начело акцесорности код реалних гаранција

10. Начела реалних гаранција су најопштија правила која постоје у материји хипотеке, ручне залоге, фидуцијарне својине и права ретенције.

Начело акцесорности означава да, упркос чињеници да реална гаранција има сопствену физиономију и функционалну независност, њена судбина зависи од судбине главног потраживања. Ништавост уговора из кога проистиче главно потраживање доводи до непуноважности реалне гаранције. У случају да је уговор којим је створено главно потраживање рушљив, судбина реалне гаранције зависиће од тога да ли ће тај уговор бити конвалидиран или поништен.

А шта се дешава са реалном гаранцијом када застари потраживање чијем обезбеђењу она служи? Неки аутори мисле да само правно а не и натурално потраживање може да буде обезбеђено стварном гаранцијом. Њима појам принудног извршења и појам натуралне обавезе изгледају непомирљиви.¹

Међутим, најпре треба раздвојити принудно извршење потраживања и принудно извршење реалних гаранција. Затим, ту је чињеница која се не сме испустити из вида: иако је потраживање правно ослабљено, оно и даље постоји, с тим што правну принуду

¹ Видети о томе: Louis Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 2^e éd, Т. 2, Paris, 1932–1933, стр. 823.

замењује морална. Али, чак према члану 366 став 2 Закона о облигационим односима, давање залоге или ког другог обезбеђења за застарело потраживање сматра се као одрицање од застарелости. То значи да једно потраживање које је изгубило својство правног па постало природно, поново стиче своју првобитну природу. Члан 367 дужнику који је испунио застарелу обавезу ускраћује право да захтева повраћај онога што је дао, па чак и ако није знао за застарелост своје обавезе.

Решење које је распрострањено у упоредном праву прихваћено је чланом 368 Закона о облигационим односима. Оно овлашћује имаоца застарелог потраживања да се намира из вредности заложене ствари ако је држи у рукама, тј. ако је његово право уписано у јавну књигу. Та могућност не постоји када су у питању потраживања застарелих камата и других периодичних давања.

Коначно, уколико поверилац не може да се намира из вредности заложене ствари, он то не може да учини ни из опште имовинске масе дужника (стр. 349–356).

Е. Фидуцијарна својина

11. Фидуцијарна својина се заснива фидуцијарним правним послом. Таквим правним послом се једна страна, фидуцијант, обавезује да другој страни, фидуцијару, пренесе неко стварно или облигационо право, а овај се обавезује да пренето право врши и да га под одређеним претпоставкама пренесе назад фидуцијанту. Фидуцијарна својина може бити ради управљања, када је првенствено у интересу фидуцијанта, или ради обезбеђења, када је у интересу фидуцијара.

Који су основни разлози за увођење института фидуцијарне својине у црногорско право? Најзначајнији разлог је спорост реализације потраживања из вредности заложене ствари. Повериоцу није стало да има ефикасно средство обезбеђења само у погледу сигурности намирења већ и у погледу брзине. Код заложног права повериоца очекује вођење парничног поступка ради добијања извршног наслова, као и извршни поступак, који по правилу дуго траје, ради намирења из вредности заложене ствари. За разлику од ручне залоге, код фидуцијарне својине државина на ствари може да остане у рукама дужника путем једног *constitutum possessorium*-а.

Код ручне залоге неопходна је депосесија дужника. Коначно, ручна залога није подобна када су у питању велике машине или кабасте ствари, јер је у таквим случајевима депосесија дужника немогућа, или је знатно отежана.

За решења Закона о фидуцијарном преносу права својине Црне Горе карактеристично је да, било да су у питању покретне било непокретне ствари, државина остаје, по правилу, у рукама дужника. Фидуцијарна својина на непокретности се уписује у катастар непокретности и тиме се обезбеђује њен публицитет. Али како обезбедити публицитет код покретних ствари, и искључити савесност каснијег стицаоца, кад државина остаје у рукама дужника? Поменути закон прописано је најпре да се уговор о фидуцијарном преносу својине уписује у регистар специјализоване агенције Дирекције за некретнине. Овај упис је обавезан јер је предуслов за стицање права својине. То се односи како на покретне тако и на непокретне ствари. Међутим, од учесника правног промета не може се очекивати да непрестано проверавају стање у регистру. То би нарочито кочило правни промет покретних ствари. Зато специјализована агенција врши маркирање покретних ствари и на тај начин се постиже публицитет фидуцијарне својине на покретним стварима.

Фидуцијарно право својине у црногорском праву одликује се и тиме да се својина враћа дужнику аутоматски, *ex lege*, кад дужник изврши своју обавезу. Поверилац у том случају нема обавезу да дужнику пренесе право својине натраг већ само да му омогући његово несметано вршење (стр. 477–485 и 487–491).

12. Закон о фидуцијарном преносу права својине посебно регулише фидуцијарни пренос својине на робном лагеру готових производа. Банка може обавезати примаоца кредита да изврши фидуцијарни пренос својине на робном лагеру. Законом је предвиђено да се уговором регулише минимум робе који је дужник у обавези да држи на лагеру ради обезбеђења повериоца. Дужник је у обавези да о сваком предузетом послу обавести банку преко трговачких папира. Ако дужник повређује уговорне обавезе, поверилац може да захтева превремену наплату кредита. Повреда се утврђује преко лагерских књига. Ако дужник са робом поступа противно уговору и закону, поверилац може да захтева да суд одреди одузимање робе од дужника и предају трећем лицу или продају ствари пре времена када је то оправдано. Публицитет фидуцијарне својине над робним лагером обезбеђује се тако што роба мора бити обележена и смештена у одређени простор. Роба се уобичајено маркира бојом, налепницама и картицама. Дужник може заменити робу са лагера новом робом исте вредности (стр. 492–494).

Ж. Појам и обележја катастра непокретности

13. Катастар непокретности је јединствена евиденција непокретности. Он представља евиденцију о чињеницама везаним за

непокретности, али и о стварним и другим правима на непокретностима.

Три су битна обележја ове новоуведене власничке евиденције.²

Прво обележје је уједињавање евиденције. Катастар непокретности је евиденција како о чињеничном тако и о правном стању непокретности. На тај начин катастар непокретности обједињује и материју коју обухвата катастар земљишта и ону коју обухвата земљишна књига, где су ове две врсте евиденција раздвојене.

Друго, у катастар непокретности стварна права на њима уписују се преваходно *ex officio*, дакле по службеној дужности, а тек у другом реду на захтев странке. У вези са таквим начином уписа постоји дужност обавештавања надлежног органа управе, и то како за физичка лица, појединце, тако и за државне и друге органе.

Треће, устројавање и вођење катастра непокретности поверено је управном органу – Дирекцији за некретнине Републике Црне Горе. Вођење земљишних књига поверено је судовима.

Чини се да и писац, будући и сам свестан овакве, помало експерименталне власничке евиденције, изражава сумњичавост према њеном увођењу.³ Као један од проблема који се могу јавити у пракси он наводи могућност да се управни орган јави као страна у спору, те да у исто време има положај и тужиоца и пресудитеља.

14. Саставни делови катастра непокретности су: радни оригинал плана, катастарски операт и збирка исправа.

Катастарски операт садржи катастарске планове и лист непокретности, списак катастарских парцела, преглед површина и катастарског прихода по културама и класама, списак катастарског прихода и азбучни преглед власника и ималаца права. Лист непокретности се састоји од листа А, где се уписују подаци о катастарској парцели; листа Б, где се уписују подаци о праву својине и коришћења на земљишту; листа В, са подацима о зградама и посебним деловима зграда; и листа Г, у који се бележе терети, ограничења и одређена стања (нпр. изградња без грађевинске дозволе).

Збирка исправа представља скуп оригинала или оверених преписа исправа на основу којих се врше уписи у катастар непокретности (стр. 515–518).

² Закон о државном премјеру, катастру и уписима права на непокретностима, *Службени лист РЦГ* бр. 55/2000.

³ „Пракса ће, такође, показати да ли је повјеравање послова овим органима било мудро рјешење“ (стр. 516).

IV Закључак

15. Писац књиге се потрудио да студентима који изучавају стварно право на Правном факултету у Подгорици понуди довољно материјала за размишљање, али и за даље истраживање. Дело је обogaћено бројним примерима из судске праксе и навођењем литературе којом се писац користио. Доктрина на коју се ослањао углавном је италијанска, што је значајно када се има у виду да је наша грађанскоправна наука углавном надградња достигнућа француских и немачких писаца. Како због чињенице што је уџбеник тек скоро угледао светлост дана, тако и због његових несумњивих квалитета, дело професора Зорана Рашовића заслужује и више од тога да буде у најкраћим цртама представљено српској правничкој јавности.

Горан Георгијевић

Jesse Dukeminier, Stanley M. Johanson:

Wills, Trusts and Estates,

(Sixth Edition, Aspen Law and Business, New York, 2000, XLV + 1111)

Већина професора на правним факултетима у Сједињеним Америчким Државама, када је реч о основној литератури за курс наследног права, опредељује се за уџбеник *Wills, Trusts and Estates* (*Завештања, трастови и заоставштине*) аутора Џесија Дјукминиеа и Стенлија Јохансона (Jesse Dukeminier, Stanley M. Johanson), који је 2000. године прерађен и објављен по шести пут.

Прво издање овог уџбеника појавило се 1972. године. Измене које је од тада доживело последица су темељне реформе америчког наследног права, започете шездесетих година XX века. Ова реформа подстакнута је учесталим захтевима да се трансфер имовине у случају смрти учини јефтинијим и једноставнијим. Реформа је усмеравана, између осталог, маштовитим предлозима правних мислилаца, развојем медицинске науке, развојем идеје о одговорности састављача завештања за проузроковану штету, променама у опорезивању добротиних трансфера, као и задивљујућим гранањем trust-а, специфичног common law института, у чијој еластичности су амерички правници у последње три деценије проналазили решења за бројне проблеме на које су наилазили у пракси.

Аутори уџбеника су угледни професори права који, како је то уобичајено на америчким универзитетима, паралелно са наследним правом изучавају стварно право, пореско право и планирање заоставштине.

Професор Цеси Дјукминие предаје предмете Својина (Property) и Наследно право (*Wills and Trusts*) на Правном факултету Калифорнијског универзитета у Лос Анђелесу (UCLA) од 1963. године. Основне студије завршио је на Харварду, а студије права на Универзитету Јејл (Yale). Поред уџбеника који је предмет овог приказа, професор Дјукминие је аутор и тренутно најзаступљенијег уџбеника за предмет Својина на правним факултетима у Америци [Property (with James E. Krier), 4th edition, New York: Aspen Law & Business (1998)]. Био је гостујући предавач на правним факултетима Универзитета Харвард и Чикашког универзитета.

Професор Стенли М. Јохансон предаје Наследно право и Планирање заоставштине (Estate Planning) на Правном факултету Универзитета у Тексасу од 1963. године. Био је гостујући предавач на Чикашком универзитету и члан Америчког правног института (American Law Institute) под чијим окриљем настају такозвани *Restatements*, зборници америчког права систематизовани по правним гранама. *Restatements* обично преузимају и кодификују правила прихваћена у већини америчких јурисдикција, али понекад избор пада на решења која важе у мањини држава или чак решења која кодификатори, чланови Института, сматрају најбољим. Снага ових кодификација лежи у стручном угледу њихових аутора. Утицајем који остварују на судије свих јурисдикција, *Restatements* доприносе уједначености америчког права.

Овај уџбеник намењен је студентима друге или треће године правног факултета. Амерички студент права има обавезу да на првој години студија положи шест испита: Уговоре, Штету, Својину, Кривично право, Уставно право и Грађански поступак. Похађање свих осталих предмета препуштено је избору студената, те се неки од њих у току студија и не сусретну са материјом наследног права. Студенти који се определе за изучавање наследног права, то по правилу чине на другој години студија.

Како је у Сједињеним Америчким Државама предуслов за упис на студије права, које трају три године, да кандидат претходно заврши неки факултет, правни факултети су по својој природи „последипломске школе“ (Graduate Schools). Стога су студенти којима је овај уџбеник намењен старији у просеку четири године од европских студената који изучавају наследно право.

Као свој основни циљ, непромењен кроз свих шест издања, аутори уџбеника наводе не само стварање компетентних правника практичара већ правника кадрних да критички мисле и да уочавањем и поређењем различитих опција дођу до одговарајућег решења. Писци се мало баве питањима техничке природе, у која сами сврставају, на пример, појединости тока оставинског поступка и слична правила локалног карактера, различита од државе до др-

жаве. Аутори не говоре много ни о посебностима појединих јурисдикција, нарочито не оних чија су правила мањинска и полако ишчезавају из америчког права. Они се труде да студенту представе теоријске и филозофске поставке које стоје иза савремених правних решења, као и историјски развој модерног америчког права. Овакав приступ омогућава да књига *Wills, Trusts and Estates* буде уџбеник у свакој од педесет америчких држава, упркос томе што су правила наследног права умногоме различита од државе до државе. Све специфичности права поједине државе студент ће имати прилику да научи ако реши да полаже правосудни испит те државе.

Овај уџбеник је далеко више од збирке релевантних судских пресуда (casebook) из каквих амерички студенти обично стичу прве појмове о одређеној грани права. Свако од његових поглавља обухвата излагања аутора о поједином институту, значајне судске пресуде и, на крају, белешке.

Аутори пишу прецизним и лако разумљивим стилем, у тој мери да студенту који је основе правничке логике савладао на европском континенту чине први сусрет са специфичним common law институтима готово безболним. Прво читање овог уџбеника је попут читања лепе књижевности; читалац је радознао да сазна шта свако следеће поглавље доноси и жао му је када се оно оконча. Животности излагања и утиску да је сваки обрађени теоријски концепт примењив у пракси нарочито доприносе судске пресуде које прате излагања аутора. Ипак, кључ добре комуникације коју овај уџбеник остварује са студентом јесу белешке на крају сваког поглавља. Оне се састоје из провокативних питања, хипотетичких ситуација и проблема, па подстичу студенте на дубље размишљање о прочитаном, на критиковање става које је о одређеном питању заузео суд, на храброст да још у процесу учења заузму став о позитивном праву и да уоче његове мањкавости. У белешкама се, такође, налазе одломци из значајнијих дела правничке литературе, као и униформни модел – закони чијим се делимичним усвајањем или усвајањем у целости умањује јаз између правних решења важећих у различитим јурисдикцијама. Вредност ових бележака је и у томе што скрећу пажњу на друштвене околности и интересне групе од утицаја на доношење норме и на начин на који се та норма тумачи.

Грађа уџбеника распоређена је у четрнаест поглавља, од којих је свако подељено на три до пет одељака. Пре првог поглавља налази се детаљан садржај који је од велике помоћи при савладовању овако обимног штива, сажетак садржаја, списак литературе и илустрација, и предговор аутора. На крају уџбеника налази се табела судских пресуда, међу којима су кључне дате у италику,

индекс цитираних аутора и индекс правних појмова. Тиме је кретање кроз безмало хиљаду и две стотине страна текста учињено једноставним и за студента који још није спознао и навикао се на систематизацију и терминологију наследног права.

Прво поглавље носи наслов „Увод у планирање заоставштине“. Њега чине:

1. Моћ преношења имовине за случај смрти – њена оправдања и ограничења; 2. Трансфер оставиоачеве заоставштине; 3. Један пример проблема при планирању заоставштине.

Друго поглавље, „Изостанак опорукe – Наслеђивање по основу закона“, чине: 1. Основна схема наслеђивања; 2. Деца као наследници; 3. Сметње при наслеђивању.

Наслов трећег поглавља је „Завештање: Завештајна способност и побијање завештања“. Оно обухвата поднаслове: 1. Ментална способност; 2. Противправни утицај на оставиоца; 3. Превара.

Четврто поглавље, „Завештање: Захтеви форме“, обухвата: 1. Сачињавање тестаментa; 2. Опозив тестаментa; 3. Компоненте тестаментa; 4. Наследноправни уговори.

У петом поглављу које носи наслов „Уместо завештања: Преноси имовине мимо оставинског поступка“ налазе се следећи одељци: 1. Уговори са одредбама наплативим у случају смрти; 2. Банковни рачуни са више корисника; 3. Заједничко власништво; 4. Опозиви траст; 5. Планирање за случај сопствене неспособности.

Шесто поглавље, „Тумачење завештања“, најављује следеће поднаслове: 1. Прихватање спољних доказа; 2. Смрт бенефицијара пре смрти тестатора; 3. Промене у имовини по сачињавању завештања.

Поглавље „Ограничења слободе завештања: Заштита супружника и деце“, седмо по реду, обухвата: 1. Права надживелог супружника; 2. Права потомака изостављених из тестаментa.

У наредних шест поглавља аутори обрађују тематику траста (trust), фидуцијарног правног посла којим једно лице (settlor) преноси својину на некој ствари на друго лице (trustee) уз услов да оно њоме управља у корист трећег лица (beneficiary). Наслови ових поглавља су: „Траст: Настанак, врсте и обележја“, „Уграђивање флексибилности у траст: Пуномоћство“, „Тумачење траста: Будућа корист“, „Трајање траста: Правило против интереса који никада не доспевају“, „Добротворни траст“, „Управљање трастом: Фидуцијарна обавеза“.

Последње, четрнаесто, поглавље носи наслов „Порез на пренос имовине: Порески план“.

Систематика овог уџбеника веома се разликује од начина на који је европски студент права навикао да буде уведен у неку материју. Индуктивно сазнавање, зазирање од дефиниција, примери који претходе излагању о неком институту наместо да следе као илустрација већ изложеног, питања којима се аутор обраћа читаоцу, као и фотографије, илустрације и карикатуре које обогаћују текст, доприносе осећају новог и непознатог, који у правнику образованом у Европи изазива већ и сама садржина књиге. Међутим, другачији је и начин на који се овај уџбеник користи у амфитеатрима америчких правних школа. Од студената се очекује да унапред договорени одломак штива прочитају пре доласка на час, како би били способни да се укључе у разговор о прочитаном. Професор не предаје градиво, не излаже материју у целости остављајући студентима времена за питања на крају часа. Професор настоји да, низом питања, наведе студенте да сами дају одговор на сопствена питања и разјасне све што им је остало нејасно после самосталног читања уџбеника. Овакав метод наставе амерички професори права називају „Сократским методом“ (Socratic method) и сматрају га далеко бољим од европске предавачке традиције коју виде као предавања „ex cathedra“.

Разумевање садржине овог уџбеника далеко је лакше уколико читалац познаје основе англосаксонског стварног права, односно материје која се изучава у оквиру курса који носи назив Својина (Property). Темелно начело наследног права у земљама које следе традицију римског права, начело универзалне сукцесије, у америчком праву не постоји, изузев у праву државе Луизијана. У свим осталим државама живи енглески систем управљања заоставштином од стране извршиоца завештања, односно администратора заоставштине, а под надзором суда. Заоставштина не припада наследницима док се оставински поступак не оконча, односно док администратор заоставштине не исплати сва оставиочева дуговања. Такође, облигационоправни захтев легатара није усмерен према наследницима већ према администратору заоставштине. Униформни закон о оставини (Uniform Probate Code), модел-закон који су државе слободне да усвоје у целости, или да усвоје неке његове одредбе по сопственом избору, допушта универзалну сукцесију као алтернативу већ постојећем систему. Према параграфима 3–312 и 3–313 овог закона, наследници могу захтевати од суда писану потврду о универзалној сукцесији. Суд ће издати ову потврду уколико су се захтеву за њено издавање придружили сви наследници, а заоставштина није изложена побијању нити другим тешкоћама. Међутим, ниједна држава до сада није усвојила ове одредбе модел-закона.

Интестатско наслеђивање покретне ствари врши се према закону државе у којој је оставилац имао пребивалиште, док се

непокретност наслеђује по основу закона оне државе у којој се та непокретност налази. Америчко право познаје три система законског наслеђивања сродника:

1. Енглески систем (English distribution per stirpes), у коме се иницијална расподела врши у првој генерацији (степену) испод оставиоца. Потомак који наслеђује по праву представљања пење се у позицију коју би заузимао, да је у животу, предак којег представља.

2. Модерни амерички систем, прихваћен у већини држава (per capita with representation). Заоставштина се дели на степену на коме је барем један оставиоцев потомак у животу, уз даљу примену права представљања.

3. Систем предвиђен Униформним законом о оставини (per capita at each generation) претпоставља да су оставиоцу подједнако драги сродници који су му подједнако блиски (equally near, equally dear). Стога се део заоставштине који се по праву представљања прелива на следећу генерацију (степен) посматра као јединствена сума која се дели на равне части међу припадницима те, следеће, генерације.

Старије америчко наследно право није дозвољавало такозвани негативни тестамент – да би разбаштинио законског наследника, оставилац је морао целокупну заоставштину да подели другим лицима. Униформни закон о оставини омогућио је да оставилац искључи из наследства свог законског наследника, а да се на заоставштину ипак примене правила интестатског наслеђивања узимајући да искључени није надживео оставиоца.

Само осам америчких држава познаје институт брачне тековине, присутан у наследном праву европских држава. У Аризони, Ајдаху, Калифорнији, Луизијани, Невади, Новом Мексику, Тексасу и Вашингтону, имовина коју супружници зараде за време трајања брака представља њихову заједничку имовину, коју они поседују у једнаким неопредељеним деловима. Имовина коју један брачни друг стекне по основу наслеђивања или поклона у току брака, као и сва имовина коју је стекао пре брака, не улази у брачну тековину. У свим осталим државама важи систем одвојених имовина – сваки од супружника самостално поседује и оно што заради у току брака. У овим државама преживели супружник је заштићен институтом такозваног опционог дела (elective share), који се израчунава не као део брачне тековине, већ као део целокупне заоставштине. Тестаментални део или доживотно плодуживање које преживели супружник одбије не одбија се од опционог дела на који у том случају супружник има право. Џорџија је једина америчка држава у којој не постоји ни институт брачне тековине, нити опциони део, па је

незапослени супружник, обично жена која се бави домаћинством, у незавидном положају у случају искључења из наследства.

У свим државама деца оставиоца и њихови потомци не уживају никакву законску заштиту у случају да их родитељ разбаштини. Изузетак је Луизијана, у којој деца млађа од 23 године, ментално заостала и хендикепирана деца имају право на нужни део (forced share или legitime, установа која потиче из француског права).

Део овог уџбеника који може бити нарочито занимљив и информативан за европске правнике јесте онај посвећен институту trust-а. Траст потиче из установе средњовековног енглеског права под називом *use* (од латинског *usus*). *Use* је настао у XIII веку, по доласку фрањеваца на територију Енглеске. Како је фратрима било забрањено да поседују било какву имовину, они који су хтели да дарују фрањевачки ред преносили су својину на жељеном поклону, најчешће земљи, на треће лице – особу од поверења, а у корист фратара. Онај на кога је пренета својина (*fee simple*) називао се *feoffee to uses* и имао је у почетку само моралну обавезу да држи стечено у корист бенефицијара (*cestui que use*).

Када је лорд канцелар (Lord Chancellor) почео да приморава *feoffee to uses* да се понаша како је обећао, односно када је положај бенефицијара добио правну заштиту, употреба овог института нагло се проширила. Земљопоседници су користили *use* како би избегли правило примогенитуре у наслеђивању. Наиме, до 1540. године када је донет Закон о тестаментима (Statute of Wills), у Енглеској није било могуће располагати својином на земљи путем тестаента, већ је земљу увек наслеђивао најстарији син. Установа *use* је омогућавала да оставилац, на пример, за живота одреди млађег сина за бенефицијара читаве користи коју земља донесе; такође да се и после оставиочеве смрти земљом управља у корист лица именованих завештањем. *Use* је коришћен и за избегавање замашних средњовековних пореза на наследство.

На инсистирање Хенрија VIII, Парламент је 1535. године донео закон (Statute of Uses) којим се својина преноси са *feoffee to uses* на *cestui que use*, односно којим бенефицијари ове установе постају и власници имовине у питању. Циљ овог закона био је гашење установе *use*. Међутим, судови су заузели становиште да се Закон из 1535. не примењује у случају активног траста (*active trust*), то јест, када је на треће лице које држи имовину за бенефицијара пренета обавеза не само да имовину држи за другога, већ и да њоме управља на одређени начин.

Оваква интерпретација законске норме од стране судова омогућила је лорду канцелару да поврати своју надлежност над установом *use*, сада под модерним именом *trust*. Током векова развио

се читав низ подврста *trust*-а, најразличитијих намена. Фредерик В. Мејтленд је 1936. године писао: „Од свих постигнућа које нам је донео *Equity*, највеће и најважније јесте откриће и развој *trust*-а. То је вероватно најособеније постигнуће енглеских правника. Нама се чини готово кључним за цивилизацију, а ипак, нема ничега ни налик њему у страним правима.“

Уџбеник *Завештања, трастови и заоставшћине* уводи читаоца у занимљив свет америчког права, не пропуштајући да истовремено прикаже историјски и културни контекст, друштвена струјања и теоријска објашњења која се око тог света плету. Стога ова књига није само врхунска испитна грађа за будуће америчке правнике већ и драгоцен извор сазнања за припаднике других правничких култура, вољне да прошире своја знања и видике.

Марија Караникић