

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ



Година LII

БЕОГРАД 2004.

Број 1-2

UDC 34/35

(јануар–јун)

YU ISSN 003-2565

Анали Правног факултета у Београду

Година II, бр. 1–2, јануар–јуни 2004, стр. 1–320

UDC 34/35

YU-ISSN 0003–2565

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Миодраг Орлић, Ђутање понуђеног као знак пристајања према ЗОО	5
Драган М. Митровић, Начело законитости	55
Оливер Антић, Именовани и неименовани уговори у савременом облигационом праву	79
Ерик Агостини, Одговорност за штету од опасне ствари – примена француског права на Маурицијусу	116
Петар Симонети, Право грађења у Републици Хрватској	131

ПРИЛОЗИ

Стеван Ђорђевић, Регистровање, објављивање и депоновање међународних уговора	171
---	-----

ДИСКУСИЈА

Ранко Кеча, О променама Закона о парничном поступку	188
Гордана Станковић, Припремање промена Закона о парничном поступку	205
Моника Никовић, Поступак пред првостепеним судом	218

ПРАВНА КУЛТУРА

Милош Луковић, Генеза терминологије Општега имовинског законика	229
--	-----

МЕДАЉОНИ

Момир Милојевић, Наш Драгаш Денковић	266
--	-----

КОМЕНТАР СУДСКИХ ОДЛУКА

Горан Георгијевић, Новчана накнада моралне штете проузроковане губитком нерођеног детета	275
---	-----

СУДСКЕ ОДЛУКЕ

Грађанско право	291
-----------------------	-----

ПРИКАЗИ

Михајло Дика, <i>Ново наследноправно уређење</i> (Дејан Ђурђевић)	307
--	-----

ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА

Избори наставника и сарадника Правног факултета у Београду од 1. јануара до 30. јуна 2004. године	315
Одбрањене докторске дисертације од 1. јануара до 30. јуна 2004. године	315
Одбрањене магистарске тезе од 1. јануара до 30. јуна 2004. године	316

ЧЛАНЦИ

УДК 347.44

Миодраг Орлић⁰

ЋУТАЊЕ ПОНУЂЕНОГ КАО ЗНАК ПРИСТАЈАЊА ПРЕМА ЗАКОНУ О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

У обичном ћовору каже се да је ћутање знак одобравања. У модерном уговорном праву (србјанском и привредном) важи оштиће правило да ћутање понуђено ће не значи пристанак. Са тој становништва посматрано ћутање понуђено ће производи исхеће последице као и одбијање понуде. Оштиће правило о ћутању предвиђено је и у нашем Закону о облигационим односима у члану 42. став 1: „Ћутање понуђено ће не значи прихватљање понуде“. Од тој правила предвиђена су два изузетка у оштићем делу Закона о облигационим односима, а један у посебном делу Закона код уговора о осигурању.

Кључне речи: Ћутање. – Прихватљање понуде. – Закључење уговора.

УВОД

Лице коме је упућена понуда може се понашати на један од следећа три начина: оно може прихватити понуду и тако закључити уговор, може је одбити и тада уговора нема, или може у потпуности ускратити одговор. Уколико понуђени уопште не одговори на понуду, суочавамо се са проблемом ћутања, које, правно посматрано, морамо схватити или као одбијање или као прихватљање.

Према уобичајеном значењу ћутање представља ускраћивање одговора на постављено питање или, још шире, ситуацију када неко лице, од кога се очекује да узме реч, пропусти да то учини. При томе се најчешће има у виду да упитани није упот-

⁰ Др Миодраг Орлић, редовни професор Правног факултета у Београду.

ребио речи да би усмено саопштио свој одговор.¹ Ђутати, рекло би се, значи не говорити. Тако ће се у свакодневном говору за некога рећи да ћути, ако своје мишљење не саопштава усменим путем, него то чини писмено или на неки други начин, на пример, климањем главе или дизањем руке, а не употребом гласа. Дакле, ћутање се схвата као уздржавање од говора, али не и од активности, па је могуће упркос ћутању, у ужем значењу, поуздано и на несумњив начин утврдити садржину воље лица које ћути.

ПРАВНИ ПОЈАМ

Разлика између значења које ћутање има у свакодневном говору на једној страни и значења које оно има у праву, лако се може уочити. У обичајеном говору, ћутање обухвата само изостајање говора, али не искључује употребу других знакова којима би ћутљиво или немо лице саопштавало своју вољу. Насупрот томе, ћутање у праву означава потпуно пасивно стање, на основу кога се не може извести никакав закључак о намерама лица које ћути. Дакле, као правни појам ћутање је одсуство било каквог испољавања воље.² Ђутати значи ништа не рећи, и ништа не учинити што би макар и посредно могло указивати на одређени став, или дати да се наслути каква је садржина воље лица које ћути.

Посматрано на овако уопштен начин, ћутање добија обележје једног неутралног стања које се не тиче субјеката у правном односу и због тога није предмет размена порука међу њима. Управо из тог разлога оно, мало или нимало не занима ни право као систем. Са тог становишта ћутање лица која нису уговорници, нити преговарају о закључењу уговора, представља ситуацију коју право не регулише, стање не-права. Трећа лица најчешће и не знају за уговор, нити их се он тиче, како у погледу предности тако и с обзиром на непогодности које би из уговора могле настати. Од њих се не тражи ни пристанак ни одбијање, а они са ми немају никаквог интереса да се о уговору изјасне.

¹ Упоредити: R. Godé, *Volonté et manifestations tacites*. Paris 1977, стр. 175, фуснота 4.

² Упоредити: R. Popesco – Ramniceano, „Le silence, créateur d' obligations et l'abus du droit,“ *Revue trimestrielle du droit civil*, 1930, стр. 1001.

А. Ћутање код понуде и код одговора на понуду

Понуда и прихватање имају различиту улогу у закључењу уговора. Док понудилац својом изјавом воље предлаже закључење уговора и његову садржину, дотле понуђени може да утиче на иницијативу за закључење уговора и на предложену садржину или тако што ће понуду прихватити и тим путем је претворити у уговор или тако што ће понуду одбити и на тај начин осујетити настајање уговора између њега и понудиоца. Понудилац увек и изнова предлаже и закључење и садржину будућег уговора, понуђени коначно одлучује само о томе да ли ће до уговора доћи. Али он (у начелу) не може да мења садржину предлога и да уноси допуне, а да истовремено задржи улогу коју је имао од почетка. Ако хоће да утиче на садржину уговора, он мора да промени својство преузимајући улогу понудиоца.

С озиром на потпуно различиту улогу коју понуда и прихватање имају у настајању сагласности, разумљиво је што постоји битна разлика у могућности да ћутање буде схваћено као једна од двеју наведених изјава воље. Већ овлашни поглед на обележја понуде као и на њене појавне облике, показује да се понуда не може упутити ћутањем.³ Напротив, одговор на понуду може се „изразити“ ћутањем.⁴ Прецизније речено тај одговор може бити тројак. Ако је потврдан, понуда је прихваћена и уговор је закључен, ако је одречан понуда је одбијена и уговор није настao и најзад, предлог садржан у понуди може бити дочекан ћутањем и тада је потребно да одговор сведемо на прву или другу могућност, јер трећа неутрална не може у начелу остати у праву за неодређено време. Какво год било решење, видљиво је да је ћутање могућ одговор понуђеног на предлог који је упутио понудилац, насупрот понуди која се не може састојати само од ћутања.

Понудом се покреће иницијатива за закључење уговора и пружа могућност понуђеноме да доведе до настанка сагласности. Када је понуда већ учињена, закључење уговора зависи од воље понуђеног, мада је иницијатива потекла од понудиоца. Да би његова понуда била прихваћена потребно је најпре да буде схваћена. А да би онај коме је упућена могао да је схвати пону-

³ P. Godé, *op. cit.*, стр. 182, n^o 165; A. Rieg, *Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Paris 1972, стр. 51, n^o 13.

⁴ A. Rieg, *ibidem*.

дилац треба у понуди да одреди циљ своје иницијативе, садржину и смисао.⁵ То значи да изјава волье понудиоца треба да буде дата у намери закључења уговора, да обухвати садржину уговора, који се предлаже, да буде упућена одређеном лицу и евентуално (ако је то предвиђено законом или споразумом) да буде дата у одређеној форми. Наведена обележја понуде произлазе из чињенице што се њоме покреће иницијатива за закључење уговора. Лако је закључити да се тражени услови не могу испунити ћутањем. Ћутање је пасивност, одсуство иницијативе; понуда представља управо покретање иницијативе. Понуда је увек питање, ћутање у најбољу руку може да буде само одговор.

Управо стога понуда, слично као и почетна порука у другим системима комуникације (језик, шифре, сигнали или који други систем знакова и значења), мора да буде снабдевена значењима која упућују на њен смер, указују на њену садржину, означавају однос и субјекте (одашиљаоца и примаоца) и тиме јој дају смисао. На тај начин је понуђеноме омогућено да је размотри, да схвати њену суштину и да на њу одговори. У поређењу са ширином и обимом података које мора да садржи понуда као почетна порука, одговор на њу може се лаконски свести на „да“ ако је потврдан или на „не“ ако је одречан.

Б. Могући смисао ћутања као одговора

У обичном говору каже се да је ћутање знак одобравања.⁶ Да ли је овакво гледиште резултат економисања у напорима, јер супротстављање изнетим ставовима најчешће значи заметање расправе и сукоба, остаје за психолошку анализу понашања у свакодневном животу. У сваком случају, онај ко хоће да изрази неслагање са неким или нечим треба да такво своје уверење изнесе изречно. Иначе се може наћи у ситуацији и да му се припише пристајање.

Занимљиво је да је у Канонском праву важило исто правило. „Qui tacet consentire videtur“⁷ говорило се у овом праву верског карактера. То становиште може се боље разумети уколико се

⁵ P. Godé, *ibidem*.

⁶ Упоредити: М. Константиновић, *Облигационо право* (према белешкама са предавања) стр. 24.

⁷ Liber Sextus Decret, 5, 12 regula XLIII.

претпостави једна дужност вишег степена која би се састојала у изјашњавању.

Савремено право не прихвата⁸ начело: „Ко ћути сматра се да се слаже“, па по правилу ћутање понуђеног не доводи до закључења уговора,⁹ чак ни у случају да је понудилац у својој понуди изричito навео да ће ћутање понуђеног сматрати прихватањем.¹⁰ Наведено правило проглашено је и у Закону о облигационим односима, а прихваћено је као опште начело и у другим правним системима у упоредном праву.

Ипак, подозривост права према ћутању није апсолутна. Постоји готово општа сагласност да правило о тзв. ћутању администрације представља значајно достигнуће демократије и права. Оно на једној штити грађанина од дискреционе власти управе, а на другој страни тера управу да се изјасни о захтеву грађанина и да своју одлуку образложи. Уколико управни орган у одређеном року не донесе решење по молби грађанина сматра се да се са њом сагласио. На тај начин правни систем штити грађанина од дискреционе власти управе.

И позитивни прописи¹¹ у области грађанског и привредног права, као и судска пракса, ћутању неретко признају улогу прихватања. Када је реч о посебним околностима или о посебној природи посла, понуђени је дужан да се изјасни, тј. да изречно одбије понуђени уговор чије закључење не жели. Дакле, дужност изјашњавања ћутање претвара у слагање. „Qui tacet consentire videtur ubi loqui debuit ac potuit.“

ЋУТАЊЕ НЕ ЗНАЧИ ПРИХВАТАЊЕ

Ћутање само за себе узето не изражава ништа.¹² Отуда када се посматра изван околности које га окружују оно није ни знак за прихватање нити представља одбијање. Ћутање стоји између ова два начина испољавања воље као треће неутрално стање и њему се не може приписивати ниједно од наведених обележја понашања.

⁸ Упоредити: С. Перовић, *Облигационо право*, стр. 259.

⁹ Члан 42. ст. 1. Закона о облигационим односима.

¹⁰ Члан 42. ст. 2. Закона о облигационим односима.

¹¹ Упоредити: С. Перовић, *op. cit.*, стр. 260.

¹² P. Godé, *op. cit.*, стр. 182, n° 165.

Овакав смисао ћутање има у оним ситуацијама у грађанској праву у којима се не тражи изјашњење неког лица. То је случај са трећим лицима која се налазе изван домаћаја правних дејстава једног уговора закљученог између два лица. У односу на трећа лица уговор у начелу не ствара ни права ни обавезе и отуда се они могу понашати потпуно пасивно. Њихово ћутање представља чињеницу која је ирелевантна за уговор и његово закључење. Индиферентно у односу на држање трећег као и на чињеницу ћутања, право не поставља захтев да се ћутање трећег одреди као један од два опречна става у антиномији одбијање – или прихватање.

Сасвим је другачија ситуација кад је реч о ћутању лица коме је упућена одређена иницијатива у виду изјаве воље. Његово ћутање се не може посматрати као неутрално понашање које се налази на подједнакој удаљености и од одбијања и од прихватања. Ако би тако било, неизвесност у погледу положаја страна продужавала би се унедоглед. А такве ситуације су непожељне у праву.

§ 1. Правило

У модерном Грађанском и Привредном праву, наспрот Канонском праву, важи опште правило да ћутање понуђеног не значи пристанак.¹³ Оно има дубоко оправдање када се има на уму унутрашња структура уговора чијем се закључењу тежи. Наиме, да би се могло говорити о закључењу уговора, неопходно је да понуђени баш као и понудилац изрази своју вољу, а то значи да покаже да хоће постизање правних дејстава уговора. За постојање уговора потребно је дакле прихватање. Сагласности воља нема ако понуду једне, друга страна одбије. Али, уговор није закључен ни када на понуду једне стране друга страна ћuti. У овом случају изостала је изјава воље друге стране, а без ње не може бити сагласности.

Посматрано у светlostи општег правила, ћутање се, дакле, не може схватити као прихватање понуде. Отуда у овом негативном виду између одбијања и ћутања постоји сличност. Она се огледа у томе што и у једном и у другом случају није дошло до закључења уговора. Ипак, сличност која у овом спољном изгле-

¹³ Упоредити: E. A. Kramer, B. Schmidlin, *Obligationenrecht*, Berner Kommentar, Band VI, 1. Abteilung, 1. Teilband, стр. 273, № 3.

ду постоји, не значи да између њих нема разлике. Наиме, ћутање није исто што и одбијање.

Одбијање је неприхватање понуде, ћутање је њено не – прихватање. Прво, представља негацију прихватања друго, његово изостајање. У случају одбијања, прихватање је немогуће, јер се ова два хтења искључују. У случају ћутања прихватање је изостало јер није испуњен услов потврдног одговора који је неопходан за његово постојање. Са практичног становишта, за понудиоца је свеједно да ли до уговора није дошло због ћутања или због одбијања понуђеног, али теоријски посматрано ова два понашања нису истоветна.

Ако понуђени не одговори на понуду, уговор није закључен не зато што би понуда била одбијена, дакле, зато што би одговор био негативан, него зато што није дошло до позитивног одговора на предлог уговора.¹⁴ За настанак уговора није доволјно да изостане негативан одговор, потребно је нешто више; потребан је позитиван одговор.

§ 2. Изузети

Правило да ћутање не значи прихватање понуде има општи карактер само утолико што даје одговор на питање каква правна дејства ствара неодговарање на понуду. Зато није на одмет напоменути да њиме није искључена могућност постојања правила са супротном садржином. Мада она у нашем праву имају широко поље примене о њима ипак говоримо као о изузетцима, због одступања од општег принципа. Последица наведеног односа огледа се у тумачењу оних случајева који излазе изван оквира поља на коме се примењују изузети – правила са ужим домашајем. Како изузетке треба уже тумачити, на ситуације које нису њима обухваћене примениће се опште правило.

У српском праву неколико важних изузетака предвиђено је у Закону о облигационим односима. О једноме од њих говори се у општем делу Закона¹⁵ док су остали уређени у одредбама о појединим уговорима.¹⁶ Вреди напоменути да су поједини слу-

¹⁴ Упоредити: P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, стр. 183, № 166.

¹⁵ Члан 42. ст. 3. Закона о облигационим односима.

¹⁶ Члан 596. ст. 1. Закона о облигационим односима (прећутно обнављање закупа); упоредити: С. Перовић, *op. cit.*, стр. 261; чл. 901. ст. 3. Закона о облигационим односима (закључење уговора о осигурању).

чајеви ћутања за које је у Скици било предложено да се сматрају прихватањем понуде,¹⁷ изостављени у току израде Нацрта заједно са уговорима којима су били обухваћени, тако да се не налазе у одредбама Закона. Разуме се да њихово елиминисање из Закона, не значи да је питање о значењу ћутања у тим случајевима изгубило од значаја. Напротив, питање у потпуности задржава и теоријску и практичну важност. Одговорити на њега данас још је теже, јер законског текста нема.

А. Правила из чл. 42. ст. 3. и ст. 4. Закона о облигационим односима

Први изузетак од правила да ћутање не значи пристајање садржан је у општем делу Закона у истом члану у коме је формулисано и опште правило.¹⁸ Он долази из другог става овог члана у коме је речено да нема дејства одредба у понуди да ће се ћутање понуђеног сматрати као прихватање и формулисан је у ставовима 3 и 4 који гласе:

(3) „Али кад је понуђени у сталној пословној вези с понудиоцем у погледу одређене робе, сматра се да је прихватио понуду која се односи на такву робу, ако је није одмак или у остављеном року одбио.“

(4) Исто тако, лице које се понудило другом да извршава његове налоге за обављање одређених послова, као и лице у чију пословну делатност спада вршење таквих налога, дужно је да изврши добијени налог ако га није одмак одбило.“

Уз то, у ставу 5. истог члана предвиђено је у ком ће се тренутку сматрати да је уговор закључен.

(5) „Ако у случају из претходног става понуда, односно, налог није одбијен сматра се да је уговор закључен у тренутку кад је понуда, односно, налог стигао понуђеном.“

Наведене формулатије преузете су из Општих узанси, док ст. 1 и 2 одговарају решењима која су била предложена у Скици за¹⁹ Законик о облигацијама и уговорима. Тако је дошло до нес-

¹⁷ Упоредити: чл. 298. ст. 3. Скице за Законик о облигацијама и уговорима (отпуштање дуга); чл. 510. ст. 3. Скице (уговор о дару).

¹⁸ Члан 42. ст. 1. Закона о облигационим односима.

¹⁹ Члан 18. ст. 1. и ст. 2. Скице за Законик о облигацијама и уговорима.

рећне комбинације у којој су се изгубили унутрашњи склад и кохерентност правила.

Да би се могао уочити прави смисао изузетка у случају ћутања понуђеног када између њега и понудиоца постоје устаљени пословни односи потребно је упознати се са текстом који је био предложен у члану 18. Скице и који је гласио:

„1) Ћутање понуђеног не значи прихватање понуде.

2) Нема дејства одредба у понуди да ће се ћутање понуђеног, или неко друго његово пропуштање, на пример ако не одбије понуду у одређеном року, или ако послату ствар о којој му се нуди уговор не врати у одређеном року, сматрати као прихватање.

3) Али лице које се налази у устаљеним пословним односима и редовно извршава његове налоге, дужно је, кад му ово поручи одређену количину робе коју производи или којом тргује, или одређену услугу чијим се вршењем бави, известити га у року одређеном за прихватање понуде, ако неће да изврши поруџбину, да исту не приhvата, иначе ће се сматрати да је поруџбину прихватио те да је уговор закључен.²⁰

Проглашавајући у чл. 42. ст. 3. и 4. посебно правило о ћутању у устаљеним пословним односима наспрот општем начелу, Закон о облигационим односима је само признао обичаје који су одавно били уважавани међу трговцима.²¹ Слична одступања од општих правила постоје у многим правним системима: немачком,²² француском,²³ аустријском и другима на које се наше право у овој области угледало. У некима од њих овакав изузетак примењује се као обичајно правило, док је у другима, као и у нас прихваћен у Закону.

Иако је његово поље примене прилично широко и употреба релативно честа, оно ипак има карактер изузетка у односу на опште правило по коме ћутање не значи пристајање, а које важи и у грађанском и у привредном праву. Отуда је потребно брижљиво дефинисати услове под којима оно важи, јер се у случају сумње примењује опште правило.

²⁰ Члан 18. Скице за Законик о облигацијама и уговорима.

²¹ Упоредити: С. Перовић, *op. cit.*, стр. 262.

²² Упоредити: § 362. Немачког грађанског законника.

²³ Упоредити за француско право: Р. Godé, *op. cit.*, стр. 184.

Правило, по коме се сматра да ћутање значи прихватање, примењује се ако постоје следећи услови: а) устаљени пословни односи између понудиоца и понуђеног, б) редовно извршавање понудиочевих налога од стране понуђеног, в) понуда-поруџбина одређене количине робе или услуге, г) производња или трговина на робом или обављање услуга као пословна делатност, д) неодбијање понуде у року одређеном за прихватање понуде. На сваки од наведених услова осврнућемо се посебно. Треба напоменути да је потребно постојање свих наведених услова кумултивно.

a. Устаљени пословни односи. – Први услов за могућност да се ћутање схвати као прихватање јесте у постојању устаљених пословних односа између понуђеног и понудиоца.²⁴ У таквој вези налазе се, на пример, угоститељ и пивара код које овај наручује дневно или седмично увек исту количину пива. По себи се разуме да после неколико првих поруџбина пивара не мора изречно одговорити да прихвата нову поруџбину угоститеља и наставиће да тако чини сваки пут изнова. Њено ћутање може се под наведеним околностима сматрати као прихватање.

Сталност пословне везе или устаљеност пословних односа тиче се у првом реду трајности и учсталости послова између понудиоца и понуђеног. Трајност подразумева да је понуђени једно извесно време испоручивао одговарајућу робу на основу поруџбина које му је упућивао понудилац. То време не мора бити дugo, али ће сталност пословне везе и у том случају постојати, поготову ако су поруџбине биле честе. Дакле, сталности може бити ако је пословна веза релативно кратко трајала, али су поруџбине биле учстале. Исто тако, само у обрнутом смислу, испоруке не морају бити особито честе, ако пословна веза траје дуже време. Тако је, на пример, француска судска пракса забележила да постоји стална пословна веза када је једно лице (ресторатер) код истог трговца наручивало одређене намирнице за божићне и новогодишње празнике сваке године. Како на писмену понуду ресторатора трговац није одговорио, суд у Монпельеу је, узимајући у обзир управо постојање наведених пословних односа, сматрао да ћутање понуђеног значи прихватање понуде.²⁵

²⁴ Упоредити: W. Schönenberger, P. Jäggi, *Das Obligationenrecht*, стр. 462, № 23; P. Godé, *op. cit.*, стр. 184, № 167; J. L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, стр. 291, № 316; A. Rieg, *op. cit.*, стр. 55 № 16.

²⁵ Пресуда суда у Montpellier-у од 3. јула 1885. године, Sirey, 1886. 2. 56.

Сталност пословне везе треба да постоји у погледу одређене, а не било које робе. У којој мери роба треба да буде одређена по врсти остављено је судовима да размотре узимајући у обзир све околности, а у првом реду обичаје у тој грани пословања. Али, из формулатије правила произлази закључак да се поруџбина о којој је реч односи на ону врсту робе којом су понудилац и понуђени дотад трговали. Да ли је реч само једној врсти вина, коју је дотад испоручивао продавац (на пример жупски „бургундац“), или то може бити и друга врста (жупски „ризлинг“), ако је реч о једном истом произвођачу, или и истој врсти вина, али од другог производњака (нпр. опленачки „бургундац“) ако је реч о винарском трговцу? Узимајући у обзир обичаје, требало би сматрати да ћутање значи прихватање и у овом ширем смислу. Али, не би се могло сматрати да се правило примењује у случају кад је реч о сасвим различитој роби. На пример, стране су се налазиле у пословној вези тако што је једна испоручивала другој намирнице, а нова се поруџбина односи на текстил. Ђутање понуђеног у оваквом случају не би се могло сматрати прихватањем.

6. Редовно извршавање понудиочевих налога. – Поред чињенице што се понуђени одраније налази у устаљеним пословним односима са понудиоцем, потребно је још и да је он редовно извршавао понудиочеве налоге, да би се његово ћутање могло сматрати за прихватање. Овај двоструки услов изречно је био предложен у чл. 18. ст. 3. Скице за Законик о облигацијама и уговорима, али је изостављен приликом редиговања Нацрта и утврђивања коначног текста Закона. Реч налог у том контексту значи исто што и поруџбина, а употребљена је да се ова друга не би понављала. Иако су у садашњем тексту Закона наведена два условия раздвојена, за појам о коме говоримо неопходно је његово јединство. Смисао услова је у томе што није довољно да су се понуђени и понудилац налазили у устаљеним пословним односима, него је неопходно и да је понуђени извршавао понудиочеве налоге. Тако да су оба услова испуњена, сматраће се да у случају поруџбине (налога) која се односи на испоруку робе или обављање услуга из његове делатности, ћутање понуђеног значи прихватање. Ако устаљени пословни односи говоре о томе каква треба да је веза између понуђеног и понудиоца, редовно извршавање понудиочевих налога ближе говори о садржини по-менутог односа.

в. Поруџбина одређене количине робе или налоз одређене услуге. – Понуда коју једно лице упућује понуђеном може имати двојаки карактер: она се може односити или на поруџбину одређене количине робе коју понуђени производи или којом тргује, или пак представљати налог понуђеном да обави неку услугу чијим се вршењем он иначе бави. Тако су једним правилом обухваћене обе ситуације и она која се односи на испоруку робе као и она која се односи на обављање услуга. У оба случаја реч је о пословној делатности којом се понуђени бави. На овај начин одређена је област у чијим оквирима се ћутање понуђеног сматра као прихватање понуде. Да ли и у којој мери треба да постоји истоветност између ранијих и нове поруџбине, оцењује суд као чињенично питање узимајући у обзир све околности, а особито пословне обичаје.

Исто правило важи и кад је реч о налогу за обављање одређене услуге. И овде, као и кад је реч о поруџбини одређене робе, потребно је да су испуњена сва три досад поменута услова: а) да су понуђени и понудилац у устаљеним пословним односима, б) да је понуђени редовно извршавао понудиочеве налоге и в) да се понуда односи на одређену услугу чијим се вршењем понуђени бави.²⁶ Само под тим условима неодговарање на упућени налог може се сматрати прихватањем. Адвокат кога је трговац кожом редовно узимао за пуномоћника у споровима пред арбитражком дужан је да одговори да одбија налог да га заступа у новом спору пред арбитражком. Ако тако не поступи, његово ћутање ће се сматрати као прихватање и уговор о налогу закљученим. Правило важи, dakле, на исти начин било да је реч о поруџбини робе или о понуди која је упућена као налог за обављање неког посла у области услуга.

Од наведеног случаја ваља пажљиво разликовати ситуацију у којој понудилац по први пут упућује налог лицу које се бави вршењем туђих послова као занимањем или се пак јавно нуди за обављање тих послова. На овај случај не примењује се чл. 42. ст. 4 као у претходном примеру него правило из чл. 750. Закона о облигационим односима. Лице коме је упућен први налог за ангажовање у неком, рецимо кривичном поступку, није обавезно да га прихвати, али је дужно да на њега одговори, позитивно или негативно. Ако се оглуши о ову дужност, и уместо одговора на

²⁶ Упоредити: чл. 18. ст. 3. Скице за Законик о облигацијама и уговорима.

налог ћути, његово ћутање неће се сматрати прихватањем, али ће несуђени налогопримац одговарати понудиоцу за евентуално насталу штету.

з. Неодбијање понуде. – Лице коме је, према Закону о облигационим односима понуђено да испоручи наручену робу, дужно је (чл. 42. ст. 3. ЗОО) да одговори одмах или у року који му је понудилац оставио. Исто правило о року требало би да важи и у случају када је упућен налог понуђеном да обави одређени посао, иако је у овом другом случају према чл. 42. ст. 4. предвиђено да је понуђени дужан да одговори одмах. У оба случаја, ако понуђени не одбије учињену понуду сматраће се да његово ћутање значи прихватање.

Б. Критика законског текста

Наведене одредбе садржане у члану 42. ст. 3. и ст. 4. (као и ст. 5. а којем није било помена) нису постојале у Скици за Законик о облигацијама и уговорима. Њих су у Нацрт Закона о облигационим односима унели редактори верујући да ће побољшати текст предложен у Скици. Да ли су у томе успели? Да бисмо могли одговорити на постављено питање погледајмо како је гласио текст Општих узанси одакле су их они преузели.

„Ћутање само по себи не сматра се прихватањем понуде. Али кад понуђени стоји у сталној пословној вези са понудиоцем у погледу одређене робе, сматра се да је прихватио понуду која се односи на такву робу, ако је није одмах или у остављеном року одбио. Исто тако лице које се понудило другом да извршава његове налоге за обављање одређених послова, или извршење таквих налога спада у његову пословну делатност, треба да изврши добијени налог ако га није одмах одбило. Ако у таквим случајевима понуда или налог није одбијен, сматра се да је уговор закључен у тренутку кад је понуда или налог стигао понуђеноме.“²⁷

Лако се може запазити да је ст. 2. узансе бр. 35 постао трећи став чл. 42. ЗОО, а да је ст. 3 узансе 35 унет у ст. 4. чл. 42. Закона. Поменути ставови унети су уместо одредбе која је била формулисана у Скици која је гласила овако:

²⁷ Општа узанса 35.

„Ако лице које се налази у устальним пословним односима са неким другим лицем и редовно извршава његове налоге, дужно је, кад му ово поручи одређену количину робе коју производи или којом тргује, или одређену услугу чијим се вршењем бави, известити га у року одређеном за прихватање понуде, ако неће да изврши поруџбину, да исту не прихвата, иначе ће се сматрати да је поруџбину прихвтило те да је уговор закључен.“²⁸

Тај текст је долазио после општег правила истакнутог у првом ставу да ћутање не значи прихватање понуде, и одредбе у другој алинеји да нема важности одредба у понуди да ће се ћутање понуђеног сматрати за прихватање. Са њима он је чинио логичну целину која се састојала од општег правила, његове потврде у једном посебном случају и једног важног изузетка општијег карактера. Треба посебно истаћи да су наведене одредбе биле не само међусобно усаглашене, него и потпуно усклађене са другим правилима предложеним у Скици са којима су иначе имале додирних тачака. Њихова повезаност особито се тицала правила о уговору, о налогу и о позиву да се учини понуда.

Нажалост, начин на који су формулисане поменуте одредбе из ст. 3. и 4. чл. 42, а поготову ова друга, нимало не доприносе јасноћи и одређености правила о ћутању. Напротив, оне су пореметиле хармонију која је била успостављена у Скици. На рачун њихове садржине као и везама са осталим правилима може се ставити више замерки а најважније су ове: а) одредбе из ст. 3. и 4. требало би (разуме се другачије формулисане) да чине целину, а у Закону су раздвојене па изгледа као да се односе на два различита случаја, б) одредба из ст. 4. је у себи противречна, в) одредба из ст. 4. је у супротности са правилом из чл. 750. Закона о облигационим односима.

a) *Одредбе из ст. 3. и 4. чл. 42. Закона о облигационим односима требало би да чине целину.* – Уместо једног правила које је било предложено у ст. 3. чл. 18. Скице, редактори Нацрта унели су две одредбе које данас чине ст. 3. и ст. 4. Закона. Тако је било и у Општим узансама, одакле су уосталом оне и преузете. На први поглед би се рекло да се исто правило о ћутању примењује на два различита случаја и под различитим условима. Изгледало би да се услов постојања сталне пословне везе по-

²⁸ Члан 18. ст. 3. Скице за Законик о облигацијама и уговорима.

тавља само у првом случају кад је реч о понуди која се односи на одређену робу, а да у другом случају не важи. Наиме, у ст. 4. говори се само о лицу које се понудило другом да извршава његове налоге као и о лицу у чију пословну делатност спада вршење таквих налога, а о устављеним пословним односима између њих нема ни помена. Овако формулисан посебан став 4. је излишан у систему правила Закона о облигационим односима. Ако је и за примену правила из става 4. потребно да се налогопримац и налогодавац од раније налазе у устављеним пословним односима као у случају из става 3, онда се не види разлог због кога треба да постоји самостално правило и посебан став. Ако се, напротив, за примену правила из ст. 4. не захтева постојање устављених пословних односака (што сугерише формулатија из које је ово обележје изостављено) оно се примењује и у случају када се неко лице први пут обраћа (са налогом) професионалном налогопримцу, али је тада наведено правило у супротности са правилом из чл. 750. Закона. Као што се види ни једна од двеју могућности не даје задовољавајуће резултате, и најбоље би било да до интервенције није ни дошло.

Од два зла мање је оно да се ст. 4. протумачи тако да правило о ћутању важи под условом који је предвиђен у ст. 3, а то значи да су налогопримац и налогодавац били у устављеним пословним односима. Тада, одредбе из ст. 3. и ст. 4. чине једну целину и читаво правило постаје смислено. А смишао се огледа у томе што се у ст. 3. помиње ћутање понуђеног када му је понудилац упутио поруџбину која се односи на одређену робу, док се у ст. 4. говори о понуди налога за обављање одређених послова. У првом случају реч је о роби а у другом реч је о услугама. И то је све. Да је тако поступљено, отклониле би се многе нејасноће и избегла тумачења која настоје да пропуст редактора рационализују тврдећи да се наш законодавац определио за друго решење од оног које је уистину прихваћено.

Према једном мишљењу, одредба из ст. 4. чл. 42. (изузев једне очигледне погрешке) исправно је формулисана. Њен смишао је да је уговор о налогу закључен, у случају кад лица поменута у ст. 4. не одбију одмах упућени налог. Према наведеном мишљењу поједина лица дужна су да налог одбију и то одмах, уколико неће да закључе уговор. Ако не поступе на тај начин, dakle ако не одбију него ћуте, уговор о налогу је ипак закључен. Правило се примењује ако је реч: а) о лицу које се понудило

другом да извршава његове налоге за обављање одређених послова или: б) о лицу у чију пословну делатност спада вршење таквих налога.²⁹ Кад се овако протумачи ст. 4. чл. 42. Закона мора се учинити и корак даље, па рећи да је у чл. 750. Закона предвиђено да се у случају неодговарања на понуду налога, даје накнада за уговорну, а не деликтну штету.

На овом mestу размотрићемо само оне наводе из поменутог мишљења који се односи на ст. 4. чл. 42. Закона. О чл. 750. Закона биће речи доцније приликом разматрања уговора о налогу.

На непотпуност одредбе из ст. 4. указано је у време док је исто правило било садржано у Узансама. Још тада је истицано да се у узанси 35 као услов тражи само да извршење налога спада у пословну делатност понуђеног, али да тај услов није довољан. Уколико се изостави други услов (постојање устављених пословних односа), онда би лица која извршавају налоге као своју пословну делатност била дужна да без престанка одбијају понуде налога које стално притичу, да се њихово ћутање не би протумачило као пристајање. Такав захтев постављен предузећима и појединцима који се баве оваквим услугама био би претерано тежак.³⁰ Отуда схватање да оба става Узансе треба тумачити као целину те да је постојање пословних односа између понудиоца и понуђеног неопходан услов да би се ћутање потоњег могао сматрати за прихваташа налога – понуде.

Да наведене одредбе треба схватити као целину показује и искуство упоредног права. Особито је важно указати на правила немачког права која су изгледа у овој области послужила за узор решењима из узансе 35. У Немачком грађанском законику нема одредбе општијег карактера која би се односила на ћутање. Али се зато једно релативно широко и обухватно правило (које је могло утицати и на решења у нашем праву) налази у Немачком трговачком законику. Оно гласи:

„Када трговац чија се делатност односи на старање о пословима за трећа лица, добије предлог (Antrag) за обављање таквог посла од лица са којим се налази у пословној вези, дужан је да на њега одговори без одgovлачења; његово ћутање важи као прихваташа понуде. Исто важи и ка-

²⁹ М. Драшкић у Б. Благојевић, В. Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, стр. 148.

³⁰ Упоредити: Александар Голдштајн, *Правредно уговорно право*, стр. 161.

да трговац добије предлог за закључење уговора (Antrag) за обављање послова од лица коме се понудио (erboten hat) да такве послове обавља.

И када одбије предлог за закључење уговора (Antrag), трговац је дужан да на рачун понудиоца послату робу сачува од сваке штете, ако је обезбеђен за своје трошкове и ако може да предузме што је потребно без сопствених губитака.³¹

Може се видети, да је наведено правило формулисано на исти начин као и одговарајућа правила из узансе 35 и члана 42. Закона о облигационим односима. Обе реченице садржане у првом ставу чине целину и правило о ћутању, које је предвиђено у другој реченици, важи ако су испуњени услови из прве реченице. Такође се може уочити одакле потиче пометња у називима субјеката у узанси 35 и чл. 42. Закона. У § 362 Немачког трговачког законика у другој реченици говори се о лицу које се понудило (erboten hat) другоме да обавља одређене послове. А механизам настајања уговора започиње предлогом за закључење уговора (Antrag) о коме сада треба да се изјасни онај, ко се понудио да обавља послове. Уколико он ћути сматра се да је уговор закључен. Али, управо је Antrag понуда за закључење уговора, док је Erbot јавна понуда која има карактер позива да се учини понуда.

б) *Oдређба из ст. 4. је у себи ћардинална.* – Друга примедба се односи на саму формулатију ст. 4. Најпре треба напоменути да се у тексту поткрала једна несумњива грешка која је, разуме се, постојала и у извornом тексту узансе 35. У првом делу реченице говори се о „лицу које се понудило другом да извршава његове налоге,“ а онда се при kraју каже да је оно (то исто лице) „дужно да изврши добијени налог, ако га није одмах одбило“. Али, ако је доиста реч о понуди одређеног лица другоме да извршава његове налоге, онда би налог представљао изјаву о прихваташњу понуде и уговор о налогу би био закључен. У том случају „лице које се понудило другоме“ не би имало више о чему да се после налога накнадно изјашњава. Разуме се да је таква ситуација могућа и да се дешава да понуду упути будући налогопримац, тако да изјава налогодавца којом даје налог има

³¹ § 362. Немачког трговачког законика.

улогу прихватања. Али овде очевидно није о томе реч. Основни смисао правила је обрнут: давање налога има карактер понуде, и онда је схватљиво да лице коме је налог упућен може бити само у улози понуђеног, а не понудиоца. Али ако је тако, како је могуће говорити о томе да се он понудио другоме да испуњава налоге? Очевидно је да је тај израз могуће схватити само као „лице које се јавно нуди за вршење туђих послова“, управо она-ко како је формулисано у Скици. Јавна понуда има у овом случају карактер позива упућеног јавности од које се очекују понуде – налози. Грешка је, као што смо поменули, била још у Узансама, а редактори су је некритички пренели у текст Нацрта који је после постао закон.

в) *Одредба из ст. 4. је у супротности са чл. 750. Закона о облигационим односима.* – Одредба из ст. 4. чл. 42. има још једну незгодну страну; ако се схвати без условия „устаљених пословних односа“ онда је њена садржина у супротности са правилом из чл. 750. Закона. Јер, према чл. 750. у случају ћутања понуђеног на понуду налога, уговор није закључен, док би се (ако се усвоји наведено схватање о ст. 4) по ст. 4. чл. 42. сматрало да уговор о налогу јесте закључен. Иначе чл. 750. Закона уређује случај када постоји дужност лица да одговори на понуду налога и гласи овако:

„Ко се бави вршењем туђих послова као занимањем или се јавно нуди за вршење тих послова, дужан је, да ако неће да прихвати понуђени налог који се односи на те послове, да о томе без одлагања обавести другу страну, иначе одговора за штету коју би ова претрпела због тога.“

Наведена стилизација указује да је понуђени у случају ћутања дужан само да накнади штету коју би евентуално претрпео понудилац, али да уговор није закључен. Ово становиште одговара основним идејама на којима почива Закон о облигационим односима. Оно је у складу и са чл. 183. који прописује да лице које је по закону обавезно да закључчи неки уговор, дугује само накнаду штете у случају незакључења уговора. И у овом као и у случају из чл. 750. Закона накнада обухвата тзв. негативни уговорни интерес.³²

³² Упоредити: § 1003. Аустријског грађанског законика.

ПОСЕБНИ УГОВОРИ И ЋУТАЊЕ

А. Уговор о осигурању

У многим правним системима правила о уговору о осигурању имају одређене особености када уређују ћутање осигурчача и његов утицај на правна дејства уговора. У једнима се у случају ћутања сматра да је осигурчач понуду прихватио и да је уговор закључен,³³ у другима се узима да је уговор закључен ако је уговорилац осигурања испунио одређене услове,³⁴ у трећима се правило о ћутању примењује у случају кад се већ закључени уговор о осигурању у нечemu мења или продужава,³⁵ итд. Може се запазити да се одредбе о ћутању осигурчача разликују међусобно и у погледу ширине обухвата и с обзиром на домашај, али све оне имају и једно заједничко обележје које је од значаја за разматрано питање. Наиме, кад је реч о уговору о осигурању ћутање осигурчача се често узима као знак прихватања и доводи до закључења уговора.

Правила која се примењују на ћутање осигурчача важе само за тај уговор и не могу се уопштавати и проширавати на друге области.³⁶ Разлоге треба тражити у посебним обележјима уговора о осигурању. Уосталом ни у овом уговору правила о ћутању не важе за обе стране подједнако. Под извесним условима може се узети да је уговор закључен када осигурчач ћuti, али, ћутање лица које хоће да се осигура не може произвести таква правна дејства. Кад се има у виду распоред улога уговориоца осигурања и осигурчача, у настајању уговора лако се да закључити да у обзир може доћи само ћутање осигурчача. Заинтересовано лице налази се у улози понудиоца (приликом закључења) и разумљиво је да ако се оно понаша пасивно нема понуде, па не може бити ни уговора.

Уговор о осигурању по правилу се закључује тако што уговорници потпишу полису осигурања или листу покрића.³⁷ Писмено утврђивање узајамних обавеза и отклањање низа могућих нејасноћа и двосмислености, једна је од великих предности

³³ Упоредити: чл. 901. ст. 3. Закона о облигационим односима.

³⁴ Упоредити за америчко право: Jan R. Macneil, in R.B. Schlesinger, Formation of Contracts, Vol. II, стр. 1078 и 1081.

³⁵ Упоредити за француско право: J. Ghestin, Le Contrat: Formation, стр. 308, n^o 296.

³⁶ A. L. Corbin on Contracts, I Volume, стр. 325 n^o 75.

³⁷ Члан 901. ст. 1. Закона о облигационим односима.

оваквог начина закључења уговора. Али, иако погодан, он није ни једини ни искључив.

Други начин настајања узајамних обавеза из осигурања мање је једноставан од закључења уговора о осигурању потписивањем полисе. Он се састоји у овоме: када лице које хоће да се осигура упути писмену понуду осигурочу (понуда га везује осам дана) сматраће се да ју је овај прихватио, те да је уговор закључен, ако осигуроч не одбије понуду која не одступа од услова под којима он врши предложено осигурање и то у року од (по правилу) осам дана.³⁸

Ћутање осигуроча изједначава се у наведеном случају са прихваташтвом. Стoga, осигуроч који неће да прихвати писмену понуду за закључење уговора, не сме остати неактиван, он је мора одбити.

Правило о могућности да се ћутање осигуроча сматра за прихваташтво примењује се само ако су испуњена следећа три услова: а) писмена понуда, б) рок, в) услови под којима осигуроч врши осигурање.

a. Писмена понуда. – Видели смо да се у начелу уговор о осигурању закључује у писменом облику.³⁹ Осигуроч припрема унапред формуларе за полису осигурања, а уговор је закључен када уговорилац осигурања и осигуроч потпишу полису осигурања (или неку другу исправу која привремено замењује полису). Али, је у складу са општим правилима о закључењу формалних уговора могуће и да потписи не буду стављени на исто писмено, него да уговорилац осигурања своју изјаву воле саопшти осигурочу писмом или на неки други начин (телеграмом).⁴⁰ Разуме се да је у свим наведеним случајевима потребно да постоји сагласност изјављених воља (што значи да уговорилац осигурања буде упознат са садржином полисе и општим условима осигурања).

Иако је правило о писменој форми уговора о осигурању општег карактера и има широку примену, сва осигурања не морају се закључити у таквој форми. У поморском, унутрашњем водном и ваздухопловном праву важи обрнуто правило по коме се уговор о осигурању може закључити и простом сагласношћу

³⁸ Члан 901. ст. 2. и 3. Закона о облигационим односима.

³⁹ П. Шулејић, *Право осигурања*, стр. 152; И. Јанковец у Б. Благојевић, В. Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, 2. издање, стр. 1928.

⁴⁰ И. Јанковец, *op. cit.*, стр. 1929.

вольја, усмено.⁴¹ Али зато је у оваквим случајевима осигурач дужан да уговориоцу осигурања на његов захтев преда уредно издату и потписану полису осигурања.⁴²

Први међу условима под којима је уопште могуће да се ћутање осигурача сматра за прихватање јесте да је понуда учињена у писменој форми.⁴³ Захтев писмене форме разумљив је из свих оних разлога због којих се уопште тражи да уговор о осигурању буде закључен писмено.

Судови су се у појединим одлукама изјашњавали у прилог схватању да понуда треба да буде састављена у писменом облику да би уговор могао да буде закључен. Тако, је на пример, још пре доношења Закона о облигационим односима, Врховни привредни суд прогласио да је уговор о осигурању пуноважан само ако је закључен писмено:

„Према правним правилима која се примењују у осигуравајућем праву, ваљан уговор о осигурању склапа се у писменој форми, па позивање на склапање уговора, као ни пријава за осигурање дата усмено или путем телефона, не може имати утицаја на обавезу осигуратеља.“⁴⁴

У новије време, Виши привредни суд Србије поново је изложио исто схватање рекавши да се уговор о каско осигурању моторног возила не може сматрати закљученим ако је осигурање наручено усмено.⁴⁵

У поменутим случајевима судови су захтевали да понуда буде састављена у писменом облику. Њихов захтев се односио на области осигурања у којима као и у случају који нас занима и иначе важе правила о писменој форми уговора.

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² Члан 696. ст. 1. Закона о поморској и унутрашњој пловидби. Наведено правило примењује се и на уговоре о осигурању у ваздухопловном праву. Упоредити: „Ако овим законом није друкчије одређено, на уговоре о осигурању у ваздушној пловидби сходно се примењују одредбе о уговорима о пловидбеном осигурању из Закона о поморској и унутрашњој пловидби, осим посебних одредаба о осигурању бродова.“ Чл. 163. Закона о облигационим и основним материјално-правним односима у ваздушној пловидби.

⁴³ Упоредити: чл. 901. ст. 2. Закона о облигационим односима.

⁴⁴ Пресуда Врховног привредног суда Сл. 108/58 од 5. марта 1958. године, *Збирка судских одлука*, књига III, свеска 1. одлука број 224.

⁴⁵ Пресуда Вишег привредног суда Србије Пж. 2663/83 од 9. септембра 1983, *Привредно-правни приручник* бр. 7/1984. стр. 61 (наведено према И. Јанковец, *Уговори у привреди*, Београд 1987. стр. 550).

б. Рок. – Други захтев односи се на временско раздобље у коме осигурач испољава своју неактивност. Ћутање треба да траје исто онолико колико и везаност понудиоца за понуду (коју је овај учинио осигурачу). Према основном правилу предвиђеном у члану 901. став 2. Закона о облигационим односима, писмена понуда учињена осигурачу везује понудиоца за време од осам дана). Али, ако је потребан лекарски преглед за лице које се осигурује, рок ће износити тридесет дана. У погледу првог рока, правило је диспозитивног карактера, те је понудилац у могућности да одреди краћи (а чини се да би могао одредити и дужи) рок. Што се тиче другог рока (који је предвиђен за случај када је потребно обавити лекарски преглед) изгледа да се он не би могао скратити по жељи понудиоца, с обзиром да је његово трајање продужено зато да би се могло установити здравствено стање лица које се осигурује. Рок од тридесет дана у нашим приликама неопходан је да би се могли извршити лекарски прегледи и анализе неопходни за утврђивање тог стања. Скраћивање овог раздобља двоструко би погодовало понудиоцу: његова везаност за понуду трајала би краће, што би му омогућавало да се ослободи раније него што би одговарало осигурачу, у случају да му закључење уговора више није у интересу (а здравствени преглед је тек започет), на другој страни сужавало би се право осигурача да одбије закључење уговора, јер би његово ћутање у сразмерно кратком року било протумачено као прихваташе. Разумљиво је стога што се скраћивање овог другог рока не може дозволити.

Да би се могло сматрати да је уговор закључен, потребно је да ћутање осигурача траје све време докле је понудилац везан својом понудом. Уколико осигурач изјави у било ком тренутку унутар наведеног рока да одбија понуду, уговор није закључен и претпоставка отпада. Ако осигурач задоцни и изјаву о одбијању дâ пошто је рок истекао, закаснела изјава неће спречити закључење уговора. Редовно, рок износи осам дана од дана када је понуда приспела (достављена) осигурачу. Ако је понудилац скратио рок у коме је везан понудом, скраћује се и време у коме ћутање осигурача ствара претпоставку да је дошло до закључења уговора. У том случају осигурач, ако жели да избегне закључење уговора, мора реаговати брже него обично. За одбијање понуде њему преостаје мање од осам дана. Пропусти ли да тако поступи може се наћи у ситуацији да буде везан и оним уговором о осигурању који није желео.

Осигурач може прекинути ћутање тиме што ће изјавити да одбија понуду за закључење уговора. Али, као што је речено, изјава о одбијању мора бити дата у року од осам дана од дана када му је понуда достављена или у још краћем року ако је тако одредио понудилац. Задоцнело одбијање не спречава наступање правних дејстава уговора о осигурању. Стoga, ако осигурач, тек пошто је рок истекао, изјави да одбија учињену понуду његова изјава неће имати дејства те ће се сматрати да је (с обзиром да је ћутао до истека рока) прихватио понуду и да је уговор закључен.

Може се догодити да осигурач изјави у року да одбија понуду, али да изјава о одбијању стигне понудиоцу тек по истеку рока. Да ли се тада може сматрати да је уговор о осигурању закључен или није? Уосталом, у оваквом случају време закључења померено је уназад и рачуна се од тренутка када је понуда приспела осигурачу, а не од тренутка када је истекао рок. Ако је у међувремену наступио осигурани случај осигурач би био дужан да исплати накнаду. Разуме се да би тада понудилац могао бити веома заинтересован да се уговор о осигурању сматра закљученим. И обрнуто, може се замислiti да је понудилац променио своје мишљење о корисности осигурања пошто је већ послao писмену понуду. У таквом случају њему би одговарало да се изјава о одбијању коју му је осигурач упутио пре, а стигла му је после рока схвати као спречавање да до закључења уговора дође. Као што се може видети, рекло би се да закључење уговора у оваквом случају зависи од нахођења понудиоца. Правила која би требало применити имају сличности са општим правилима Закона о облигационим односима.⁴⁶ Наиме ако је одговор о одбијању понуде који је био отпослан благовремено стигао понудиоцу после истека рока сматраће се да је упућен на време уколико је понудилац знао или је могао знати да је изјава послата благовремено.⁴⁷ Практична последица ће се састојати у изостанку уговора о осигурању. Али, биће другачије (сматраће се да је уговор ипак закључен) ако понудилац без одлагања обавести осигурача да му је одговор са изјавом о одбијању понуде приспео са задоцњењем те да сматра да је његова понуда прихваћена ћутањем.⁴⁸ Понудилац овако треба да поступи одмах по истеку

⁴⁶ Члан 43. Закона о облигационим односима.

⁴⁷ Члан 43. ст. 2. Закона о облигационим односима.

⁴⁸ Члан 43. ст. 3. Закона о облигационим односима (по антитези).

рока од осам дана (или по истеку другог одговарајућег рока) што ће рећи деветог дана од приспећа понуде осигурчачу, а нај-доцније првог радног дана по пријему изјаве о одбијању.

в. Услови посредством којима осигурчач врши осигурање. – Трећи захтев који се поставља у нашем праву да би се уговор о осигурању сматрао закљученим, тиче се садржине предложене у понуди. Она не може одступати од услова под којима осигурчач врши предложено осигурање. Ако су у понуди садржани услови под којима осигурчач уобичајено закључује такве уговоре о осигурању, сматраће се да је уговор закључен иако осигурчач ћути. Исто ће бити ако се у понуди не говори ништа о условима предложеног уговора него се његово уређење, изречно или прећутно, препушта општим условима осигурчача (кome се упућује понуда). Уговорилац осигурања најчешће тако и поступа. Он предлаже своту осигурања, ствар (или лице) које хоће да осигура као и ризик обухваћен осигурањем пристајући унапред да се све остало одреди према општим условима осигурања. Уговор о осигурању није закључен ако уговорилац осигурања предлаже елементе који одступају од услова под којима осигурчач врши осигурање. С обзиром да тада не постоји истоветност у садржини између понуде и општих услова осигурчача његово ћутање се не може схватити као прихватање учињене понуде. Стога, ако није испуњен овај, трећи захтев у погледу садржине услова осигурања, сматра се да уговор није закључен.

г. Ко се може позвати на ћутање? – На ћутање осигурчача као чињеницу од битног значаја за могућност да се сматра да је уговор закључен могу се позвати оба лица, дакле не само уговорилац осигурања, лице које тумачи ћутање сауговорника, него и сам осигурчач, лице о чијем је ћутању реч. Склоност да се сматра како је овакво схватање ћутања искључиво у интересу лица које хоће да се осигура, дакле сауговорника лица које ћути, очевидно је претерана. Такво размишљање вероватно полази од тешких последица које могу погодити лице које хоће да се осигура ако несрћни случај наступи, а осигурање изостане. Такве ситуације су сразмерно ретке, али су последице наведених несрћа по правилу веома упечатљиве и утискују се у памћење. Али због њихове изузетности и необичности не треба испустити из вида много већи број неупадљивих ситуација у којима до несрће није дошло и у којима лицу које је учинило понуду, уистину није стало да уговор буде закључен. За постојање уговора о осигурању у тим случајевима може бити заинтересована друга страна, осигу-

рач, који се при томе позива на сопствено ћутање. Отуда се може стећи утисак да је правило о ћутању понекад у искључивом интересу уговориоца осигурања, док се у другим случајевима чини да је оно у интересу осигурача. Уосталом и сама институција осигурања има исти тај смисао. Када се осигурани случај догоди изгледа да осигурање постоји искључиво у интересу осигураног лица, док ако до њега не дође уговориоцу осигурања се чини да је осигурање излишно и да погодује само осигурачу.

g. Становништве Врховног суда Србије. – Случајеви у којима је уговорилац осигурања заинтересован да се ћутање осигурача сматра као прихваташе понуде могу се илустровати следећим примером: млинар Миливоје је 16. августа 1982. године осигурао свој млин од земљотреса, пожара, удара грома, олује и града код Заједнице осигурања имовине и лица „Дунав“, на свету од 500.000.000 стarih динара (500 конвертибилних динара). Пре него што је истекао једногодишњи рок, у августу 1983. године упутио је писмену понуду за продужење уговора о осигурању. Понуда је гласила овако:

„Лазаревићу, дај молим те види за то осигурање млина, ти продужи и повећај на милијарду, а за плаћање ти знаш, кад треба ја сам ту и да платим. Ову ти цедуљу шаљем по Јолу Обрадовић, он је дошо овде код мене за брашно. Много поздрава М. Крстић, Врело.“⁴⁹

Тужена Заједница, чијем је заступнику била уручена понуда, је ћутала и није одговорила на понуду ни позитивно ни негативно. На дан 13. децембра 1983. године у пожару је изгорео Миливојев млин. Млинар је поднео тужбу наводећи да је уговор о осигурању закључен зато што ћутање осигурача треба тумачити као прихваташе понуде. Тужена Заједница „Дунав“ оспорила је наводе у тужби тврдећи да уговор о осигурању није био закључен. Међу разлозима којима је настојало да поткрепи своје тврђење најважнији су били ови: осигурање из 1982. године је истекло а нови уговор није закључен; тужилац на дан 13. децембра није осигуран; он је могао продужити уговор о осигурању али то није учинио; понуда коју је тужилац упутио не испуњава законске услове, и најзад тужилац није платио ниједну премију осигурања.

⁴⁹ Наведено према Пресуди Врховног суда Србије Рев. 392/86 од 17. фебруара 1987. године (из архиве Суда).

Првостепени⁵⁰ и другостепени суд⁵¹ су се једнодушно изјаснили да треба сматрати да је уговор о осигурању закључен зато што је тужени осигурач ћутао за све време од када му је приспела писмена понуда тужиоца. Њихове одлуке потврдио је и Врховни суд Србије на следећи начин:

„С обзиром на чињенично стање утврђено у поступку пред првостепеним судом правилно је примењено правило према коме је уговор о осигурању закључен ако осигурач у року од осам дана не одбије понуду која не одступа од услова под којима се врши предложено осигурање (Закон о облигационим односима чл. 901 ст. 3). Тужилац је у својој понуди, имајући у виду утврђену праксу између њега и туженог, предложио само оне елементе који су били неопходни за продужење дотадашњег осигурања, а то су били предмет и сума осигурања. У свему осталом, прећутно је пристао на опште услове под којима је тужени пословао (Закон о облигационим односима, чл. 902. ст. 3) и ослањао се на она одступања од ових услова, као што је плаћање премије у ратама, која су била утврђена у пракси између уговорника (Закон о облигационим односима чл. 900. ст. 2. и чл. 32. ст. 2). ... У тужиочевој понуди није била одређена једино висина премије, али тужилац њу и није могао да предложи. Уговор о осигурању је уговор о приступу и уговорилац осигурања треба и најчешће може да се изјасни само о томе да ли пристаје да закључи уговор у оквиру општих услова под којима послује заједница осигурања. Отуда висину премије и начин плаћања требало је да одреди тужени, с обзиром на то да је тужилац изразио готовост да своју обавезу испуни. Пропуст туженог и његовог заступника да одреде висину премије и захтевају њену исплату тиче се организације рада на страни туженог и не могу утицати на односе уговорних страна.“⁵²

Становиште Врховног суда Србије о ћутању осигурача у овом случају веома је одређено. Када уговорилац осигурања упути писмену понуду и ова буде достављена осигурачу, а овај

⁵⁰ Пресуда Општинског суда у Убу П. бр. 856/84 од 7. јуна 1985. године (из архива Суда).

⁵¹ Пресуда Окружног суда у Ваљеву Гж. бр. 902/85 од 14. октобра 1985. године (из архива Суда).

⁵² Из образложења пресуде Врховног суда Србије, Рев. 392/86 од 17. фебруара 1987. године.

ћути, сматраће се да је понуду прихватио и да је уговор закључен. Додуше уговор није уистину закључен јер осигурач није изјавио да прихвата понуду, и у том погледу суд се није прецизно изразио. Ћутање осигурача не представља прихватање него се на њему заснива законска претпоставка „сматраће се да је понуду прихватио и да је уговор закључен“. Разуме се да је теоријски посматрано разлика велика, али су у практичном погледу правна дејства иста. Што се првог аспекта тиче, ако је суштина уговора у изјавама волја двеју страна и у њиховој сагласности, онда уговора нема јер једна страна није изјавила да прихвата понуду друге стране. А ако нема изјаве волje једне стране онда и поред чињенице што је друга страна изјавила своју волју (у облику понуде) нема сагласности изјављених волја у правом смислу. Отуда када суд говори о закључењу уговора о осигурању не поступа најисправније. Али његово изражавање нема овде неповољне последице јеч је реч о језичкој непрецизности, а не о грешци у поимању. Оно на шта суд мисли јесте да се на скуп чињеница које је утврдио првостепени суд може и треба да примени правило из чл. 901. ст. 3. Закона о облигационим односима и у том погледу суд не греши. Правило се заиста може применити. Притом треба изнети још две напомене. Прва се односи на смисао поменутог правила. Наиме према Закону о облигационим односима у овом случају се не захтева да до закључења уговора уистину и дође. Уговор о осигурању и није закључен него „се сматра да је закључен“ због тога што је на писмену понуду осигурач ћутао. Друга напомена тиче се стила. Претпоставку изражену речима сматра се да је уговор закључен није лако унети у реченицу, јер изражавање врло често звучи извештачено. Могуће је да је и то разлог што се суд послужио мекшим обликом „уговор је закључен“ који је, чини се, много више у духу нашег језика, него речима „сматра се да је уговор закључен“ које су знатно неподесније за употребу.

ћ. Одлука Врховног суда Хрватске. – Становиште, да се ћутање осигурача сматра као прихватање понуде (ако су испуњени поменути услови) налазимо и у једној одлуци Врховног суда Хрватске. И у овом случају понудилац је био заинтересован да се уговор сматра закљученим, као и у претходном примеру. Уосталом, у разматрању правне квалификације и у разлозима на којима се заснивају обе одлуке има много сличности, па није нимало чудно што је исход исти.

„Према правилном утврђењу и правилној оцјени судова тужитељ је у критично вријeme имао с туженицом склопљен уговор о осигурању аутомобилског каска за његов особни аутомобил ‘застава 101’, јер је два мјесеца прије споменутога штетног догађаја, тј. 29. липња 1982. године учинио писмену понуду за такво осигурање, која не одступа од увјета под којима туженица врши предложено осигурање (сачињена на одговарајућој тисканици – лист 18) заступници туженице овлаштеној за прикупљање управо таквих понуда за туженицу у организацији удруженог рада где је и тужитељ тада био запослен.“

Ова понуда тужитеља као уговаратеља осигурања и осигураника која је упућена наведеној заступници осигурања има исти правни учинак као да је упућена непосредно туженој заједници осигурања па није одлучно кад је та понуда прослеђена надлежној пословној јединици туженице, како су то исправно оцијенили нижестепени судови. С обзиром на то да није спорно да туженица није одбила наведену понуду тужитеља у раздобљу од преко два мјесеца рачунајући од њезина подношења до настанка штетног догађаја, треба сматрати да је уговор о каско осигурању тужитељевог особног аутомобила „застава 101“ између парничних странака закључен када је понуда тужитеља приспела туженицијој заступници, тј. 29. липња 1982. Ради се наиме о закључењу уговора о осигурању шутњом према одредби чл. 901. стр. 3. и 4. Закона о обvezним односима (ЗОО).“⁵³

e. *Одлука Врховног суда Босне и Херцеговине.* – Занимљиво је да за постојање уговора о осигурању може да буде заинтресован и сам осигурач који је ћутао. То се дододило у једном случају о коме је судио Врховни суд Босне и Херцеговине:

„Правилно је првостепени суд нашао да је тужени дужан платити наведени износ, јер је међу странкама закључен уговор о осигурању. Ово јасно произлази из одредба члана 901. ст. 2, 3. и 4. Закона о облигационим односима. У ставу 2 је прописано да писмена понуда учињена осигуравачу за закључење уговора о осигурању везује понудиоца, ако он није одредио краћи рок, за вријеме од 8 дана од дана када је понуда приспјела осигуравачу, а ако је потре-

⁵³ Одлука Врховног суда Хрватске, Рев. 2336/1987. од 12. маја (свибиља) 1988. Преглед судске праксе, прилог Наше законитости бр. 42/1989. стр. 62 бр. одлуке 50.

бан љекарски преглед онда за вријeme од 30 дана. У ставу 3, наведеног члана прописано је да ако осигуравач у том року не одбије понуду која не одступа од услова по којима он врши предложено осигурање, сматраће се да је прихватају понуду и да је уговор закључен. У том случају у смислу става 4. овог члана уговор се сматра закљученим када је понуда приспјела осигуравачу. Према томе на основу цитираних одредаба члана 901. ЗОО и утврђених чињеница да је тужени доставио тужиоцу своју понуду за закључење уговора о колективном осигурању радника који тужилац није одбио у року од 8 дана, уговор се сматра закљученим од момента када је понуда приспјела осигуравачу. Одредбе ставова 3–4. члана 901. ЗОО представљају изузетак у односу на одредбе става 1 истог члана, по којима се уговор о осигурању сматра закљученим када уговорачи потпишу полису осигурања или листу покрића, па није од значаја што у овом случају странке нису потписале полису осигурања. Ради тога је тужени дужан да плати премију осигурања по наведеном уговору у смислу члана 912. ЗОО.⁵⁴

За разлику од раније наведених случајева у којима су уговорници осигурања захтевали да се ћутање осигурача сматра као закључење уговора, овде је сам осигурач тражио да се њего-во сопствено ћутање противумачи као знак пристајања. Друга страна, која је упутила понуду оспоравала је закључење уговора. Да ли је тражење осигурача било оправдано? Чини се да јесте, јер једно исто понашање осигурача мора имати исто значење и производити иста правна дејства за обе стране. О правним дејствима уговора о осигурању је и била реч у овом спору, јер је осигурач захтевао да му понудилац исплати дужне премије осигурања. А на испуњење овакве обавезе уговориоца осигурања осигурач има право само ако је уговор о осигурању доиста закључен.

Б. УГОВОР О НАЛОГУ

Уговор о налогу у извесном смислу такође представља изузетак од правила да ћутање не значи пристајање, или прецизније речено да не ствара никакву обавезу за понуђеног. Али, и

⁵⁴ Одлука Врховног суда Босне и Херцеговине, бр. ПЖ. 486/86 од 22. јуна 1987. године, *Билћен судске праcke Врховног суда Босне и Херцеговине* бр. 3/1987, стр. 41–42, бр. одлуке 57.

овде као и код уговора о осигурању, иако са различитим последицама, није свеједно о којој страни је реч. Ако, потенцијални налогодавац не одговори на понуду налогопримца (на пример странка којој неки адвокат нуди да је заступа) него ћuti, примењује се опште правило да ћутање не значи пристајање. Исто ће бити и ако је реч о промењеним улогама кад налогопримац не одговори на понуду налогодавца. Нико, наиме није дужан да прихвати нечији налог који би му значио терет, па отуда није ни дужан да на понуду налога одговара. Његово ћутање неће се сматрати као прихватање. Али у овом потоњем случају правило важи само ако је налог упућен као понуда грађанину, непрофесионалцу. Другачије ће бити ако је понуда налога учињена лицу које се бави вршењем түхих правних послова као занимањем, или лицу које се јавно нуди за њихово обављање. Поменута лица имају дужност да одговоре понудиоцу ако неће да прихвате његов налог. Уколико не одговоре, њихово ћутање, према једном решењу, представља основ за проузроковану штету понудиоцу,⁵⁵ а према другом, сматра се прихватањем.⁵⁶

Иако се решења у упоредном праву разликују, заједничко им је што означавају одступање од правила да се на понуду не мора одговорити ни позитивно или негативно, него се може ћутати. За разлику од случаја у коме се примењује опште правило о ћутању, зато што се претпоставља да су уговорне стране равноправне, овде је одступање од правила оправдано због тога што међу преговарачима постоји неједнакост. Она се огледа у изразитој надмоћности једне стране над другом. Док је будући налогодавац по правилу лице неупућено у правне послове које намерава да повери налогопримцу, на другој страни се налази лице коме обављање таквих правних послова представља занимање. Уз то, за будућег налогодавца предузимање посла може бити од изузетног, правног, моралног, финансијског и сличног значаја и оно може бити заинтересован свим својим бићем за његов исход, док његово обављање и уз велику брижљивост представља за налогопримца само један у низу послова. Уз то, како је реч о послу код којег није неважно ко га обавља, будућем налогодавцу је стало да га изврши управо лице коме упућује понуду. Најзад, није искључено да и благовремено обављање посла има велики значај за налогодавца. Већ само оклевава-

⁵⁵ Упоредити: § 1003. Аустријског грађанског законика.

⁵⁶ Упоредити: чл. 395. Швајцарског законика о облигацијама.

ње и отезање са одговором лица коме је понуда упућена, може налогодавцу нанети велику, каткад и ненадокнадиву штету. Отуда се у оваквом случају не дозвољава да лице које се вршењем наведених послова бави као занимањем отеже са одговором. Ако неће да прихвати понуђени налог, налогопримац је дужан да о својој одлуци без одлагања обавести налогодавца како би овај могао да се евентуално обрати другом лицу. А ако ћути, па због тога понудилац претрпи штету понуђени налогопримац биће дужан да је накнади, или ће се сматрати да је упркос његовом ћутању уговор закључен.

„Ко се бави вршењем туђих послова као занимањем или се јавно нуди за вршење тих послова, дужан је, ако неће да прихвати понуђени налог који се односи на те послове, да о томе без одлагања обавести другу страну, иначе одговара за штету коју би ова претрпела због тога.“⁵⁷ Од две могућности којима се у упоредном праву санкционише ћутање професионалног налогопримца, Закон о облигационим односима се определио за прву, која се састоји у одговорности за проузроковану штету, отклонивши претпоставку о закључењу уговора. Професионални налогопримац може одбити понуду и ако тако учини, поступио је у складу са правним правилима. Али, он треба да о свом одбијању без одлагања обавести понудиоца. Ако није обавезан да прихвати налог, дужан је да одговори на понуду. Уколико не одговори, ако dakле ћути, његово понашање изазиваће одређену санкцију. Она се не састоји у законској претпоставци да је уговор закључен, као у случају уговора о осигурању, него у одговорности налогопримца за штету коју је својим ћутањем проузроковао понудиоцу.

a. Схватање о ћутању као прихватању налога. – У неким правним системима санкција због ћутања професионалног налогопримца је још енергичнија. У њима се сматра да је у случају његовог ћутања уговор о налогу закључен. Швајцарски законик о облигацијама о овоме садржи изречено правило,⁵⁸ док се у француском праву за овакво решење определила судска пракса.⁵⁹ Наиме, према усталјеном схватању судова, пасивност лица коме је упућена понуда дозвољава да се претпостави да је по-

⁵⁷ Члан 750. Закона о облигационим односима.

⁵⁸ Члан 395. Швајцарског законика о облигацијама.

⁵⁹ Упоредити судску праксу наведену у књизи Р. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, стр. 202, фуснота 2.

нуђени налог прихваћен. Правило се односи на службенике у судовима (*huissiers de justice*), адвокате којима је наложено да поднесу тужбу, као и на бележнике (*notaires*) којима је наложено да овере и региструју уговор о преносу права својине на непокретности. Француски Касациони суд је овако исказао поменуто схватање: „Службено лице коме су упућени списи о неком правном послу, у оквиру послова којима се оно бави, дужно је да одбије понуђени налог уколико неће да га прихвати; његово ћутање повезано са пријемом списка ствара претпоставку о приhvатању која се може оборити само доказивањем да је налог одбијен.“⁶⁰

И у нас има схватања да ћутање будућег налогопримца треба сматрати као закључење уговора а не само као основ одговорности за проузроковану штету.⁶¹ У том погледу особито се истичу правни писци који се баве привредним правом: „Иако ово правило изричito не произлази из овога члана јер се конституише одговорност за штету налогопримца, а остаје отворено питање да ли уговор о налогу постоји или не постоји, сматрамо да за потребе пословне праксе овај члан треба шире тумачити у напред наведеном смислу, тј. да се сматра да се не ради о одговорности налогопримца на основу закона, због тога што није без одлагања одбио да прихвати извршење налога налогодавца, него да је у конкретном случају реч у ствари о прећутном закљученом уговору о налогу и да налогопримац не испуњава своје уговорне обавезе из уговора о налогу, па да се самим тим ради о његовој доцњи. Када је налогопримац у доцњи са извршењем својих обавеза из уговора о налогу, налогодавац може да захтева накнадно извршење обавезе из уговора и накнаду штете због задоцњења у извршењу уговорних обавеза.“⁶² Слично је и ово схватање: „У оваквим ситуацијама се претпоставља да ако налогопримац није без одлагања одбио добијени налог, да га је прећутно прихватио те да је уговор о налогу закључен. Овако правило је важило до доношења Закона о облигационим одно-

⁶⁰ Одлука Касационог суда, Civ. 9 mars 1837, *Journal des Audiences* 1837. I. 206, на- ведено према: P. Godé, *op. cit.*, стр. 202 фуснота 2.

⁶¹ Ј. Барбић, *Склапање уговора*, стр. 83; С. Цирој у Б. Благојевић, В. Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, II књига, 2. издање, стр. 1686; М. Трајковић, у С. Перовић, Д. Стојановић, *Коментар Закона о облигационим односима*, II књига, стр. 550; Супротно: С. Цирој, *Коментар облигацијских размериј*, књига IV, стр. 2163.

⁶² С. Џарић у Б. Благојевић, В. Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, II књига стр. 1686.

сима из 1978. год. на основу општих узанси за промет робом из 1964. год. Међутим, у овом члану није изричito наведено ово правило, с обзиром да је дефинисана одговорност налогопримца за насталу штету, те је отворено питање да ли уговор о налогу постоји или не постоји. Мишљења смо да је за потребе пословне праксе неопходно шире тумачење овог члана и да треба сматрати да се не ради о одговорности налогопримца због тога што није одбио добијени налог без одлагања, већ да је у питању прећутно закључен уговор о налогу и да се ради о доцњи налогопримца у извршавању обавеза из уговора о налогу. У овом случају налогодавац има право да захтева накнадно извршење обавеза из уговора о налогу и накнаду штете проистекле из задоцњења налогопримца да изврши обавезе из уговора о налогу.⁶³ Треће гледиште почива на нешто другачијим разлогима, али је у основи исто: „Не може се овдје радити о накнади штете због тога што није отклоњено склапање уговора. Ако понуђени не одбије понуду, уговор је склопљен, а штета може настати само онда ако понуђени касније не испуни обавезе које произлазе из уговора, тј. из налога у коме се одређује које послове треба обавити. Ради се, dakле, о накнади штете због повреда уговора, а не због тога што он није склопљен. Стога се накнађује позитивни уговорни интерес, а не негативни који би дошао у обзир кад би се радило о одговорности за штету изазвану у предуговорној фази (*culpa in contrahendo*), како би то произашло из непрецизне формулатије чл. 750. Закона. То је за налогодавца знатно повољније.“⁶⁴

Укратко присталице схватања да је уговор закључен ако налогопримац не одбије налог, наводе ове разлоге: а) формулатија члана 750. Закона о облигационим односима је непрецизна; б) услед тога (непрецизности) ћутање налогопримца треба шире тумачити; в) шире тумачење значи да је уговор закључен; г) одговорност за штету је уговорног карактера а не због тога што би закључење било осуђено; д) главни разлог представљају потребе пословне праксе; ђ) помоћни разлог је да је наведено решење знатно повољније за налогодавца.

6. Криптика. – Примедба да је формулатија члана 750. Закона о облигационим односима непрецизна, једноставно, не сто-

⁶³ М. Трајковић, *ibidem*.

⁶⁴ Ј. Барбић, *op. cit.*, стр. 83–84.

ји. Правило је јасно и прецизно формулисано и израз је свесног избора. Садашњи текст произашао је из правила које је професор Константиновић предложио у Скици. Оно је гласило овако: „Ко се бави вршењем туђих послова као занимањем или се јавно нуди за вршење тих послова, дужан је ако неће да прихвати понуђени налог који се односи на те послове, да о томе без одговлачења обавести другу страну, иначе ће одговарати за штету коју би ова претрпела због тога.“⁶⁵ Као што се може запазити, разлика између два текста је минимална и односи се само на две речи. Отуда, правило из члана 750. Закона верно преноси мисао професора Константиновића да ћутање налогопримца не значи закључење уговора него представља само основ одговорности за штету. И то његово схватање није настало приликом писања Скице већ га је аутор заступао одавно. Тако у његовом *Облигационом праву* можемо прочитати овај став: „У тим случајевима, ако лице коме је учињена понуда не одговори никако на њу, оно ће одговарати понудиоцу за накнаду штете коју би овај претрпео услед тога ћутања, зато што је повредило своју обавезу коју је по закону имало. Али пропуштање да изврши ту обавезу, његово ћутање, није његово индиректно пристајање, те између њега и понудиоца није закључен уговор. Аустријски грађански законик (и бивши хрватски ОГЗ) – § 1003 – предвиђа један такав случај за адвокате јавне бележнике, шпедитере, комисионаре и друга лица којима је јавно поверено обављање одређених послова. Они су дужни да се без одлагања изјасне да ли се примају послана који им се нуди или не. Ако то не учине они одговарају за штету коју би услед тога претрпео надогодавац, али се не сматра да су се послала прихватили. Исти случај решен је на супротан начин по Швајцарском законику о облигацијама: ако је лицу које има званично својство за обављање извесних послова, или сваком другом лицу за послове његове професије, или лицу које јавно нуди своје услуге за извесне послове, дат налог, за неки од тих послова, уговор се сматра за закључен; ако такво лице не одговори без одлагања да се не прима послана, његово ћутање сматра се за пристанак (чл. 395. Законика о облигацијама).“⁶⁶

Решење из члана 750. Закона о облигационим односима није случајно изабрано. Професор Константиновић је дао пред-

⁶⁵ Члан 776. Скице за Законик о облигацијама и уговорима.

⁶⁶ М. Константиновић, *op. cit.*, стр. 26.

ност правилу аустријског права по коме ћутање представља само основ одговорности за проузроковану штету, у односу на решење у швајцарском праву по коме се у случају ћутања налогопримца сматра да је уговор закључен. Док прво правило води више рачуна о осетљивости узајамних односа налогодавца и налогопримца и међусобном поверењу на коме почива уговор о налогу, друго име у виду правну сигурност и favor negotii.

Какви год били погледи на вредност наведеног правила са становишта правне политике, не може се спорити да је његов смисао усклађен са другим правилима која је професор Константиновић предложио за наше право. Наиме, лице које се бави вршењем туђих послова као занимањем упућује позив могућим (будућим) налогодавцима да они учине понуду за закључење уговора. Реч је о јавној понуди, а она у овом случају нема карактер понуде за закључење уговора него представља позив другој страни да она учини понуду. И одиста, између члана 750. и члана 35. Закона има сличности и отуда, наведена правила су међусобно усклађена. У оба случаја постоји обраћање јавности са позивом да се упуте понуде. Ако пошиљалац таквих позива не прихвати понуду, него ћuti, дужан је да понудиоцу накнади штету. Додуше ћутање се не помиње у општем правилу (чл. 35. ст. 2. Закона) него само кад је реч о уговору о налогу (чл. 750. Закона). Али нема сумње да се и у првом случају ћутање изједначава са одбијањем понуде. И најзад, ниједно од наведених правила, ни опште ни посебно, не предвиђа да се у случају ћутања сматра да је уговор закључен.

Нешто сложеније је питање односа између општијег правила о ћутању из члана 42. став 4. и посебног правила из члана 750. Закона о облигационим односима које се односи на уговор о налогу. Прво правило формулисано је на овај начин: „Исто тако лице које се понудило другом да извршава његове налоге за обављање одређених послова, као и лице у чију пословну делатност спада вршење таквих налога, дужно је да изврши добијени налог, ако га није одмах одбило.“ Што се тиче одредбе о уговору о налогу она гласи овако: „Ко се бави вршењем туђих послова као занимањем или се јавно нуди за вршење тих послова дужан је, ако неће да прихвати понуђени налог који се односи на те послове, да о томе без одлагања обавести другу страну, иначе одговара за штету коју би ова претрпела због тога“. Када се пажљиво упореде наведене одредбе може се лако уочити да међу њима има преплитања што отежава утврђивање смисла и

доводи у питање њихову правилну примену.⁶⁷ Али, ту нема кривице професора Константиновића, јер је неусклађеност настала доцније.

в. Како је дошло до супротности између члана 42. ст. 4. и чл. 750. закона? – До забуне у смислу и преплитања у значењима између општијег правила из члана 42. став 4. Закона и посебног правила о налогу из члана 750. Закона дошло је у фази припремања Нацрта за Закон о облигационим односима. Подсетимо се да у Скици за Законик о облигацијама и уговорима професора Константиновића оваквог сукобљавања значења није било, нити је долазило до преплитања општијег и специјалног правила о ћутању у вези са налогом. Што се тиче одредбе о ћутању, она поред проглашавања начела да ћутање не значи прихватање понуде, и напомене да понудилац не може одредити да ће се ћутање понуђеног сматрати за прихватање, садржи само једно одступање по коме је лице које се налази у устављеним пословним односима са неким другим лицем и редовно извршава његове налоге, дужно, кад му ово поручи одређену количину робе коју производи или којом тргује, или одређену услугу чијим се вршењем бави, известити га у року одређеном за прихватање понуде, ако неће да изврши поруџбину, да исту не прихвати, иначе ће се сматрати да је поруџбину прихватило те да је уговор закључен.⁶⁸

Поводом овакве формулатије може се у Закону изнети више примедаба. Најпре, у Скици се уопште не говори о лицу које се понудило да извршава налог неког другог лица. Овакво правило, видећемо доцније, унели су редактори у фази пређивања Скице у Нацрт Закона о облигационим односима. Затим, реч налог употребљена је у контексту („лице које се налази у устављеним пословним односима ... и редовно извршава његове

⁶⁷ М. Драшкић сматра да су ова два правила противуречна: „Ова одредба (мисли се на правило из члана 750. Законика, напомена М.О.) није у складу са одредбом из члана 42. ст. 4. по којој се изостанак обавештења о одбијању квалификује као прихват. Обавеза накнаде штете би према томе могла настати само ако налогопримац који је својим ћутањем прихватио налог не испуни своје обавезе из налога.“ М. Драшкић у Б. Благојевић, В. Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, I књига 2. издање, стр. 148. Законика. Изгледа да и Ј. Барбић (на кога се иначе Драшкић позива) сматра да између наведених правила постоји противречност, само што се он не изјашњава одрешито у овом смислу, него својим тумачењем члана 750. Законика (за који мисли да је непрецизно формулисан) настоји да му дâ смишао који има општије правило из члана 42. став 4. Законика. Упоредити: Ј. Барбић, *op. cit.*, стр. 83–84.

⁶⁸ Члан 18. ст. 3. Скице за Законик о облигацијама и уговорима.

налоге“) који јој даје сасвим другачије значење од оног које иста реч има у уговору о налогу („уговором о налогу ... обвезује се налогопримац ... да ... предузме одређене правне послове“). У првом случају, налог представља синоним за поруџбину, у другом, означава мандат. Тако, налог даје један уговорник другоме у устаљеним пословним односима, овде једна страна овлашћује другу да је заступа у вршењу правних послова. Најзад, а то је и најважније, ћутање се може сматрати знаком пристајања, само ако лице које се налази у устаљеним пословним односима са другим лицем не одбије налог (дат у погледу одређених услуга чијим се вршењем оно бави) о чему се говори у општијем правилу, а не и у случају када се једно лице јавно нуди за вршење одређених правних послова, па му се потенцијални клијент први пут обраћа са налогом, о чему говори посебно правило о уговору о налогу. Разуме се, овде је реч о разлици финије природе, али је упркос томе она јасна и недвосмислена. Једна је ствар када адвокат добије налог од клијента кога је редовно заступао (рецимо у грађанским парницима), а нешто сасвим различито када му се са налогом обрати непознато лице које жели да га антажује први пут. У првом случају, ако адвокат не одбије налог може се сматрати да је уговор закључен, с обзиром на то да се адвокат и клијент налазе у устаљеним пословним односима. У другом случају нема уговора, зато што међу њима не постоје устаљени пословни односи, него се клијент обраћа адвокату први пут.

Као што је речено, редактори Нацрта закона о облигационим односима изменили су предложену формулатију из Скице. Уместо ње, они су унели две одредбе из раније важећих Општих узанси. Прва се односи на промет робе, а друга на услуге. Правило које нас занима формулисано је у Закону о облигационим односима на овај начин: „Исто тако, лице које се понудило другом да извршава његове налоге за обављање одређених послова, као и лице у чију пословну делатност спада вршење таквих налога дужно је да изврши добијени налог ако га није одмах одбијло.“⁶⁹ Одговарајућа одредба у Општим узансама гласила је: „Исто тако лице које је понудило да извршава његове налоге за обављање одређених послова или извршење таквих налога спада у његову пословну делатност, треба да изврши добијени на-

⁶⁹ Члан 42. ст. 4. Закона о облигационим односима.

лог ако га није одмах одбило“.⁷⁰ Уз сасвим незнатајна језичка одступања, реч је, као што се може видети, о истоветном правилу. Да ли је одредба из Општих узанси заиста боља од предложеног правила у Скици, као што се редакторима учинило?

Још за време важења Општих узанси примећено је да правило које се односи на налог није формулисано на најбољи начин. Наиме, у том тексту нетачно је употребљена реч понуда „лице које се понудило“. Ако се једно лице доиста понудило другоме да извршава његове налоге, онда давање налога од стране тог другог лица значи прихваташе учињене понуде, те стога, разуме се, не може доћи у обзир да се понудилац накнадно изјашњава о налогу и одбија га. Одредба је dakле несрећно формулисана и садржи у себи противречност. Наиме, или је доиста реч о понуди, али онда више није у питању ћутање будућег налогопримца, јер је уговор закључен када је дат налог, или ћутање будућег налогопримца има смисла, али онда речи „лице које се понудило другоме“, нису употребљене у смислу које реч понуда иначе има.⁷¹ У Скици је поменута замка избегнута, али је нажалост у Закону о облигационим односима вакрслала.

Иста примедба се може упутити и другом делу овог правила. Наиме, ту се каже да правило о ћутању важи и за лице у чију пословну делатност спада извршење налога (за обављање одређених послова). Такво лице такође треба да изврши добијени налог ако га није одмах одбило, што значи да се његово ћутање сматра за прихваташе. Али, ни ова формулатија није добра јер ствара недоумицу. Ако би се дословно тумачила, рекло би се да лица која се баве извршавањем налога, морају непрестано да одбијају оне који им се обраћају са налозима, да би отклонили претпоставку по којој њихово ћутање значи пристајање.⁷² Овак-

⁷⁰ Општа узанска 35 ст. 3.

⁷¹ Упоредити: „Прва хипотеза ст. 3. ове узансе није прихватљива. Наводи се, наиме, да ће шутња представљати пристанак и онда ако се особа која се понудила другоме да изврши његове налоге, одмах изјасни да налог одбија. (Требало би вероватно: одмах не изјасни – напомена М. О.). Међутим, ако се нетко понуди другоме да изврши његове налоге, а након тога одбије налог сугласан увјетима понуде, онда је уговор закључен и није могуће да се накнадно изјашњава, нити да се шутња узима у обзир.“ А. Голдштајн, *op. cit.*, стр. 161.

⁷² Упоредити: „Иначе, по дословном тумачењу текста узанце, одређена подузећа која извршавају налоге трећих лица била би дужна да одбијају понуде које стално пристижу, како би се отклонило тумачење да шутња значи пристанак на извршење налога. Такав захтјев је немогуће ставити и није у складу с начином закључења уговора, па ст. 3. треба протумачити у наведеном смислу и аналогно ставу 2, тј. да се ради о пословној вези с понудиоцем.“ А. Голдштајн, *op. cit.*, стр. 161. Уз занимљива разматрања А.

во решење је нереално јер поставља претерано тешку дужност наведеним лицима. Замислимо само привреднике (комисионаре, шпедитере, заступнике итд.) који би били дужни да све време бдију и одбијају налоге ако нису у стању, или из неког разлога неће, да их прихватају! Најзад, и то је најважније, у Општим узансама наведено решење је још некако и могло да се спасава умешним тумачењем. Пренесено у Закон о облигационим односима оно је у директној супротности са јасним правилом из члана 750. Према члану 42. ст. 4, Закона ћутање лица које се понудило да извршава туђе налоге као и лица у чију пословну делатност спада вршење таквих налога посматра се као прихватање, а насупрот томе према члану 750. Закона, ћутање лица које се бави вршењем туђих послова као и лица које се јавно нуди за вршење тих послова не сматра се за пристајање. Нема сумње да је од два супротстављена правила, исправније постављено ово друго. Лице које се бави вршењем туђих послова као занимањем упућује понуду јавности, а она у овом случају нема правну природу понуде, него представља позив другој страни да ова учини понуду. И због тога је будући налогопримац (који се јавно нуди за вршење туђих послова) увек у улози понуђеног, а не понудиоца. Давање налога таквом лицу има карактер понуде, што недвосмислено произлази из назива изнад члана 750. Закона. Утолико пре не може опстати конструкција из члана 42. ст. 4. Закона по којој би изгледало да је будући налогопримац тај који упућује понуду. Таква конструкција није у складу са уобичајеним током ствари нити одговара природном распореду улога у овом уговору.

Чини се да се може закључити следеће: Кад је реч о првом додиру између лица које јавно нуди обављање туђих послова (као и лица које се бави вршењем туђих послова као занима-

Голдштајна ваља ипак додати једну примедбу која треба да успостави равнотежу. Захтев о коме он говори (да ће ћутање привредника, у чију пословну делатност спада извршавање налога, сматра као прихватање) није немогуће ставити. Могуће је, и потврду о томе налазимо у Швајцарском Законику о облигацијама (чл. 395). Биће дакле да је А. Голдштајн у понесености са којом је писао критику ове узансе, испустио из вида ово решење швајцарског права (он на поменутом месту у књизи говори о члану 6 Шв. ЗО који за ово питање није од важности, а не о чл. 395 који непосредно уређује ћутање на подручју налога). Али разлози које он наводи против решења у узансама (а они важе и кад је реч о Закону о облигационим односима) остају на спази. Ако решење није немогуће (што значи да је могуће), остаје питање да ли је добро? И остаје питање да ли је боље правило које је предложено у Скици, или решење које је из Општих узанси ваклерло у Закону о облигационим односима? А кад се на овај начин поставља питање, одговор се намеће сам по себи и читава наша анализа на такав одговор недвосмислено указује.

њем) и лица које намерава да га узме за налогопримца, ћутање на понуду налога не сматра се прихватањем и због тога међу њима нема уговора. Али, ако услед тога несуђени налогодавац претрпи штету, лице које се бави вршењем туђих послова (коме је била упућена понуда налога) дужно је да је накнади. Овај случај је јасно и недвосмислено уређен у члану 750. Закона. Најважнији разлог оправданости поменутог правила је што се уговор о налогу заснива на обостраном поверењу двеју страна. Тешко је замислiti правни однос из овог уговора, а да налогодавац нема поверења у налогопримца. Тако посматрано реч је несумњиво о уговору *in iuitu personae*. Отуда, налогодавац може опозвати налог у сваком тренутку. Али, однос поверења треба да постоји и кад се посматра са друге стране. Ако се у начелу може рећи да је налогопримцу мање важно него налогодавцу, каква је личност онога ко му даје налог, њему ипак није свеједно ко ће бити налогодавац, и како ће изгледати налог. Може се додати да његову помоћ затражи лице, које он из неког разлога не жели да прихвати као налогодавца, или да у налогу има елемената на које он не може да пристане. Стога и налогопримац може отказати већ засновани уговорни однос налога кад хоће, само не у невреме.

Уговор о налогу и када је закључен подвргнут је могућности једностралог раскидања и са једне и са друге стране. Налогодавац може опозвати налог кад хоће,⁷³ налогопримац га може отказати увек само не у невреме.⁷⁴ Крхкост правног односа који настаје по закључењу уговора о налогу објашњава се осетљивошћу који уговор о налогу има за оба уговорника. Због тога у овом случају није неопходно, а није ни препоручљиво да се законом форсира претпоставка о закључењу уговора у случају ћутања професионалног налогопримца (лица које се баве вршењем правних послова у туђе име и за туђи рачун). *Favor negotii*, аргумент који швајцарско право ставља изнад осталих разлога, у случају уговора о налогу нема велико оправдање. Зашто форсирати закључење уговора, ако и једна и друга страна могу да му учине крај у еваком тренутку па и непосредно по закључењу. Не заборавимо да и тако крхка творевина, као што је тек закључени, па одмах потом отказани уговор о налогу, производи

⁷³ Члан 765. ст. 1. Закона о облигационим односима. Упоредити: чл. 790. ст. 1. Скице за Законик о облигацијама и уговорима.

⁷⁴ Члан 766. ст. 1. Закона о облигационим односима.

одређена правна дејства. Зар није боље и зар не одговара више реалности, да се уговор о налогу у случају ћутања несуђеног налогопримца за који нема много изгледа да постоји, сматра да није ни закључен. Зашто бисмо сматрали, да је уговор закључен, када га овакав невољни налогопримац може отказати већ у следећем тренутку по настанку уговорних дејстава?

7. Разлика између уговора о осигурању и уговора о налогу.

– Ћутање лица које се професионално бави одређеним послом производи дакле различите последице у уговору о осигурању у односу на оне код уговора о налогу. У првом случају ћутање осигурчача сматра се као закључење уговора, у другом пропуштање лица које се бави вршењем туђих послова да одбије налог, дакле његово ћутање, не сматра се као пристајање и уговор о налогу није закључен, али је зато то лице дужно да накнади евентуално насталу штету. Има више разлога за наведену разлику. Најпре, у првом случају понуда мора бити формулисана у писменом облику, у другом налог може бити дат и усмено. Затим, уговор о осигурању ствара дејства чисто имовинског карактера, док у уговору о налогу постоје и дејства која се тичу личности. Најзад, и то је најзначајније, уговор о осигурању је типизован уговор из којег за осигурчача у начелу не може да произтекне нека рђава последица због овакве или онакве личности уговориоца осигурања, разуме се под претпоставком да понуда не одступа од услова под којима он врши предложено осигуруње. Насупрот томе, уговор о налогу је правни посао *intuitu personae*, у првом реду с обзиром на личност налогопримца, али као што смо видели у овом уговору има или може имати значаја и личност налогодавца. Ако дакле, професионалном налогопримцу није неважно ко ће му бити налогодавац, и ако он може у сваком тренутку да откаже већ закључени уговор о налогу и то без навођења разлога (а осигурчач то није у стању), онда је разумно решење предложено у Скици и прихваћено у Закону о облигационим односима по коме његово ћутање не значи закључење уговора. Када би било обрнуто, налогопримац би морао да пристане и на налог који не жели да прихвати. Додуше он би одмах могао да га откаже, и да се ослободи нежељеног разлога, али тај заобилазни пут је непотребан.

Разлика између система у који има се у случају ћутања лица која се баве вршењем туђих послова сматра да уговора о налогу нема и система у којима се узима да је уговор закључен, огледа се и у одговорности. У првом примеру несуђени налогопримац

биће деликтно одговоран за евентуално проузроковану штету, у другом његова одговорност (уколико не испуни обавезу) је уговорног карактера.

Наше право припада првој групи правних система.⁷⁵ Лице које се јавно нуди за обављање туђих правних послова, или се њиховим вршењем професионално бави, нити мора да прихвати понуђени налог, нити се његово ћутање сматра прихватањем. Али је оно дужно да без одувлачења обавести понудиоца да одбија налог. Дужност обавештавања није имовинска обавеза коју би овакво лице имало у односу на несуђеног налогодавца, него је то врста дужности којом се оно ослобађа од евентуалне одговорности. Отуда, ако несуђени налогопримац (лице које се јавно нуди за обављање туђих правних послова) ћути, он повређује своју дужност, а ако услед тога проузрокује штету другој страни дужан је накнадити је.

С обзиром да према правилу нашег права уговор о налогу није закључен, ни штета коју евентуално трпи понудилац налога због ћутања професионалног налогопримца не може произлазити из уговора (*ex contractu*) него потиче из деликта (*ex delicto*). Другим речима, лице које се бави вршењем туђих послова, треба да другој страни накнади не позитивни уговорни интерес који би дошао у обзир да је уговор био закључен, него негативни уговорни интерес што ће рећи, интерес који би понудилац налога имао да није улазио у неуспешне преговоре са налогопримцем, него да је будућег сауговорника тражио на некој другој страни.

Поједини правни писци сматрају да лица која се баве вршењем туђих послова и лица која се јавно нуде за њихово обављање дугују другој страни накнаду позитивног уговорног интереса, што ће рећи да накнада треба да обухвати штету коју понудилац налога трпи због неизвршења уговора. На оваква схватања наилази се углавном у привредном праву. И то је разумљиво. Њима се чини да би када је реч о пословним односима било пожељно да се у случају ћутања лица која се професионално баве вршењем туђих правних послова сматра да је уговор закључен. Они немају много поверења у могућност потпуне накнаде уколико се заузме становиште да штета није настала из

⁷⁵ Упоредити: за аустријско право: E. Swoboda, u H. Klang, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Band II, 2. Halbband, стр. 790.

уговора него из деликта, и отуда се може схватити њихово настојање да се проблем накнаде постави на уговорну основу.

Према првој варијанти поменутог схватања као главни разлог за досуђивање позитивног уговорног интереса наводи се тврђење да је уговор о налогу закључен. Из овог тврђења се даље извлачи став да штета може настати само у случају ако лице коме је понуђен налог и које је ћутало не испуни обавезе које произлазе из уговора. И на крају се закључује да је реч о накнади штете због повреде уговора, а не о штети коју понудилац налога трпи зато што уговор није закључен.⁷⁶

У другој, блажој варијанти, присталице истог схватања не тврде да је уговор о налогу закључен. Према њиховом мишљењу, питање да ли у случају ћутања професионалног налогопримца треба сматрати да је уговор закључен или не, остаје отворено. Али, њима се чини да би имајући у виду потребе пословне праксе, правило из члана 750. Закона требало шире тумачити.⁷⁷ Смисао оваквог тумачења огледао би се у схватању да у овом случају није реч о деликтној одговорности налогопримца, него о прећутном закључењу уговора о налогу. А ако је уговор о налогу закључен, онда за обе стране настају уговорне обавезе, те ако налогопримац своју обавезу не испуни, пада у доцњу. У том случају налогодавац може да захтева накнадно извршење обавезе из уговора и накнаду штете због задоцњења. Поборници наведеног схватања напомињу да се битна разлика између њиховог гледишта и становишта оних који сматрају да уговор о налогу није закључен, односи на питање о постојању уговорних обавеза. Према њиховом схватању налогодавац има право да од професионалног налогопримца захтева испуњење уговорне обавезе, према становишту њихових противника такво право не постоји управо зато што уговор није закључен. Иначе што се тиче врсте накнаде за проузроковану штету, поборници поменутог схватања сматрају да између негативног и позитивног уговорног интереса нема већих разлика, и да су одговорност због неблаговременог одбијања налога и одговорност за штету

⁷⁶ „Ради се, дакле, о накнади штете због повреде уговора, а не због тога што он није склопљен. Стога се накнађује позитивни уговорни интерес, а не негативни који би дошао у обзир кад би се радило о одговорности за штету изазвану у предуговорној фази (*culpa in contrahendo*), како би то произашло из непрецизне формулатије чл. 750. Закона. То је за налогодавца знатно повољније.“ Ј. Барбић, *op. cit.*, стр. 83–84.

⁷⁷ С. Џигој у Б. Благојевић, В. Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, II књига, стр. 1686; М. Трајковић, *op. cit.*, стр. 550.

због задоцњења у извршењу уговорних обавеза углавном истоветне.

Схватање да лица која се баве вршењем туђих послова као и лица која се јавно нуде за њихово вршење треба да накнаде позитивни уговорни интерес у случају да су сопственим ћутањем проузроковали штету другој страни је занимљиво, али се не може одржати. У првој варијанти, као главни разлог на коме схватање почива, наводи се тврђење да је уговор о налогу закључен. Отуда би и одговорност професионалног налогопримца била уговорног порекла. Али, управо овај главни разлог не стоји, а ако њега нема, не може се одржати ни тврђење да је реч о уговорној одговорности. Наиме, насупрот тврђењу о закључењу и постојању уговора, уговор о налогу није закључен. То произлази најпре из јасно формулисаног правила из члана 750, Закона о облигационим односима у коме нема ни помена о закључењу уговора о налогу. Наведено, супротно становиште једноставно не одговара стању *de lege lata*. Затим ми знамо да је наведено правило било предложено у Скици (чл. 776) и да је из ње преузето без икаквих правних измена (уз две незнатне језичке) у текст Закона о облигационим односима. Најзад, и то је одлучујуће, правило је формулисано у оквиру једног кохерентног система, у коме се његов творац смишљено определио за једну од две постојеће солуције у упоредном праву по којој (чл. 1003. Аустријског грађanskог законика) уговор није закључен, одбацијући оно друго решење (чл. 395. Швајцарског законика о облигацијама) по коме се у истоветном случају сматра да је уговор о налогу закључен.

Од самог почетка стварања новог система облигационог права, решење по коме у случају ћутања професионални налогопримац одговара само за евентуално проузроковану штету другој страни било је доследно спроведено. Од првих замисли, док је то био још само један правнотеоријски систем па до законског правила, постоји стална непрекинута линија једног и не-промењеног решења. Срећом редактори нису у њу дирали те је неизмењена допрла и до Закона о облигационим односима. Отуда се не може говорити о случајности о неразумевању, или о нескладу између замисли у Скици и редакторских интервенција итд. као што је то могуће чинити приликом анализе неких других чланова из Закона о облигационим односима, па и у садржински сасвим близком случају чл. 42. ст. 3. и 4. Закона где је не нарочито срећна интервенција редактора унела приличну

пометњу у смисао правила. Овде то није случај. Правило је од почетка до краја остало недирнуто. Хипотеза да се у случају ћутања професионалног налогопримца сматра да је уговор о налогу закључен, није у читавом току доношења Закона никада ни била разматрана.

Што се тиче друге варијанте истог схватања њени поборници као што смо видели не тврде да се према правилу из чл. 750 Закона сматра да је уговор о налогу закључен, него мисле да би до таквог резултата могло и требало да доведе једно шире тумачење.⁷⁸ Али и ово схватање иде предалеко. Коликогод било широко тумачење оно не може законском правилу удахнути смисао који оно нема. А истина је да начин на који је формулисана одредба из члана 750. Закона не даје ни најмању могућност да се његова садржина схвати у оном значењу које би поборници наведеног схватања желели да му придају тобоже широко тумачењем.⁷⁹ Отуда и њихово настојање да се правило о ћутању професионалног налогопримца протумачи као прећутно закључење уговора остаје у области *de lege ferenda*. Што се тиче њихових погледа на природу штете и тврђења да између накнада за штету због незакључења и штете због неиспуњења уговора нема неких великих разлика, она се могу разумети кад се то пitanje разматра са становишта практичних интереса оштећеног. За њега је битно да накнаду добије, а мање је важно да ли ће је добити по овом или оном основу. Али, на теоријском плану разлике остају и њихов значај се не може занемарити.

Правило о ћутању лица које се бави вршењем туђих послова има своје логично место у систему и потпуно је усклађено са целином одредаба о ћутању из Закона о облигационим односима. Наиме, правило да се у случају ћутања понуђеног лица може сматрати да је уговор закључен из Општег дела Закона, примењује се у ситуацијама када се понуђени налази у устаљеним пословним односима са понудиоцем и редовно извршава његове налоге. Насупрот томе ако једно лице понуди налог лицу које се бави вршењем туђих правних послова или се јавно нуди за њихово обављање а ово ћути, неће се сматрати да је закључен уговор о налогу, него само да постоји одговорност за евентуално проузроковану штету. Разлика у овим правилима је сасвим

⁷⁸ С. Царић, *op. cit.*, стр. 1686; *Исто* М. Трајковић, *op. cit.*, стр. 550; супротно: С. Цигој, *ођ. штћ.*, стр. 2163.

⁷⁹ Упоредити: S. Cigoj, *ibidem*.

оправдана. У првом случају између понудиоца и понуђеног постоје устаљени пословни односи, и та устаљеност омогућава да се ћутање понуђеног лица схвати као његово пристајање које доводи до закључења уговора. Замислимо трговца на мало који сваки дан поручује (то значи сваки дан шаље понуду) од пиваре одређену количину пива. Да ли је потребно да се пивара сваког дана изречно изјасни да прихвата да испоручи поручену количину пива, или се после одређеног времена у коме се изречно изјашњавала, може сматрати да њено ћутање значи прихватање поручене количине? Исто правило важи не само у промету роба него и у области услуга. Ако се један клијент редовно обраћа са налогом истом адвокату да га заступа пред судом (или арбитражом), може се узети да ћутање адвоката представља закључење уговора и приликом сваког новог налога. Насупрот томе, када је реч о издавању првог налога неком лицу, када се дакле пословни однос још није усталио и није извесно да ли ће се уопште успоставити, не постоје разлози на којима почива решење из претходног случаја. Уговор о налогу, чак и кад се њиме заснивају пословни односи, битно зависи од међусобног поверења уговорника и закључује се с обзиром на лично својство свакога од њих. Отуда је Закон о облигационим односима на добром путу када поставља правило да се ћутање лица које се иначе бави вршењем правних послова, не сматра за закључење уговора у случају када се налог нуди први пут. Ако је реч о давању налога истом таквом лицу, али у неком од доцнијих случајева, ћутање налогопримца ће се сматрати као закључење уговора о налогу. Али смо тада изашли из хипотезе члана 750. Закона и налазимо се у области примене правила из члана 42. ст. 4. Закона.

Најзад, као аргумент треба поменути и решења у упоредном праву. Наиме, у оним правним системима у којима важи слично правило као у нашем Закону о облигационим односима, у случају ћутања професионалног налогопримца досуђује се накнада за негативни уговорни интерес. То схватање је владајуће у аустријском праву чији је § 1003. АГЗ био претеча и узор за члан 750. Закона о облигационим односима, а заступају га и немачки правници.⁸⁰

Додуше, у немачком праву поред правила из § 663. Немачког грађанског законика које садржи решење слично решењу

⁸⁰ Упоредити: K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, 11 Auflage, стр. 301.

нашег права, постоји и једно специјално правило са другачијом садржином предвиђено у § 362. Немачког трговачког законика. Према том правилу трговац који се бави вршењем туђих послова као занимањем дужан је да без одлагања одговори на понуду лица са којим се налази у пословним односима уколико је реч о послу из оквира његове делатности. Ако не одговори, његово ћутање сматра се као прихватање. Као што се може видети у овом случају потребно је да се два лица налазе одраније у пословним односима, али тада излизимо из хипотезе у којој се примењују § 663. НГЗ и правило из члана 750. Закона о облигационим односима, а то ће рећи из ситуације када се први пут ангажује лице које се иначе бави вршењем туђих послова.

ЗАКЉУЧАК

У обичном говору каже се да је ћутање знак одобравања. Али у праву, бар кад је реч о Грађанском и Привредном праву важи супротно. Тако је и у нашем Закону о облигационим односима речено да ћутање понуђеног не значи прихватње. Уз ово, опште правило постоји низ изузетака, од којих су неки предвиђени у општем делу Закона, а неки други у одредбама које се односе на посебне уговоре. Најважнији изузетак предвиђен је у чл. 42. ст. 3. Закона о облигационим односима у којем је речено да ће се ћутање понуђеног сматрати као прихватње, (kad је понуђени у сталној пословној вези с понудиоцем у погледу одређене робе), ако понуду која му је учињена није одмах или у остављеном року одбио. Исто тако, сматраће се према чл. 42. ст 4 да је лице које се бави таквом делатношћу, ћутањем прихватило понуду да обави налог за лице које од њега то тражи. Истина, овај други случај је због недовољно јасне формулатије у Закону изазвао недоумице у правној теорији, али је и овде пошто је реч о истој ситуацији, правило исто, као и у првом примеру.

Што се тиче посебног дела Закона о облигационим односима изузетак је предвиђен код уговора о осигурању. Наиме, када будући осигураник (или уговорилац осигурања упути писмену понуду за закључење уговора осигурачу, а овај не одговори у року од осам дана (односно у року од тридесет дана, ако је потребан лекарски преглед), сматраће се да је уговор закључен, ако понуда не одступа од услова под којима овај врши предложено осигурање.

Другачије решење предвиђено је код уговора о налогу. Наме, према чл. 750. Закона о облигационим односима, ако лице које се бави обављањем налога не одбије упућени налог, његово ћутање не сматра се прихватањем. Последица, дакле, није закључење уговора, али санкција због необавештавања (ћутања) ипак постоји и састоји се у накнади штете (негативни уговорни интерес). Разлика у односу на случај предвиђен у чл. 42. ст. 3. је следећа: у општем делу Закона подразумева се постојање устављене пословне везе, и због тога ћутање лица које се бави вршењем налога сматра се као прихватање, у члан 750. има се у виду први контакт и због тога ћутање у том случају не значи прихватање, него понуђени има само обавезу да накнади евентуалну штету, коју је проузроковао својим ћутањем.

Miodrag V. Orlić*

THE SILENCE OF THE OFFEREE AS A SIGN OF ASSENT IN THE LAW OF CONTRACTS

Summary

It is commonly said that silence is a sign of approval. In the current Law of Contracts (civil and commercial), the general rule is that the silence of an offeree does not mean assent. From that point of view, the silence of an offeree produces the same legal effects as the refusal of an offer. The general rule on silence is envisaged in our Code of Obligations in Article 42, paragraph 1: The silence of an offeree does not mean assent to an offer. Besides that, paragraph 2. contains a rule of great significance, according to which: "A clause in an offer that the silence of the offeree or some other omission by him will be considered as acceptance (for instance, if he does not refuse the offer by a certain date or does not return the goods sent to him with the offeror's intention to conclude a contract, etc.) has no legal effect."

Like in other legal systems, our Law too envisages a number of important exceptions to the general rule and they are envisaged both in the general section of the Code of Obligations and in some special contracts. The general part of the Code provides for two exceptions: a) "But when the offeree is in a permanent commercial relation with the offeror in regard of certain goods, it is considered that he has accepted the offer regarding such goods if he has not rejected the offer

* Dr. Miodrag V. Orlić, Full Professor of the Faculty of Law, Belgrade.

immediately or within a deadline (Article 42, paragraph 3)"; b) "Similarly, the person who has offered to another party to carry out that party's orders to perform certain activities, as well as the person, within whose commercial activities such orders fall, is obliged to carry out the received orders if he has not immediately refused them (Article 42, paragraph 4)". In connection with this second exception, one should say that it refers to a case between a future mandator and a person who publicly offers to carry out orders, when, like in the previous case, there should be an established commercial relation. Otherwise, if this involves an initial contact between them, the effects of silence of the person who publicly offers to carry out an order will not amount to the conclusion of a contract but only to damages for breach of negotiations (*culpa in contrahendo*). In a special part of the Code of Obligations, the exception when silence means assent to an offer is envisaged in the conclusion of a contract on insurance. Namely, if an insurance company does not declare that it refuses an offer from a potential client within eight days, its silence will be considered as acceptance and the contract is concluded (Article 901, paragraph 2 and paragraph 3). Needless to say, this rule on silence does not apply when the insurance company is the offeror and the future client is the offeree.

Key words: *Silence. – Acceptance of an Offer. – Assent. – Conclusion of a Contract.*

Miodrag V. Orlić*

LE SILENCE DU DESTINATAIRE D'UNE OFFRE COMME SIGNE DE CONSENTEMENT

Résumé

Dans la vie quotidienne, on dit que le silence est un signe d'acquiescement. Dans le droit moderne des contrats (civil et commercial) la règle générale est différente c'est-à-dire que le silence ne signifie pas le consentement. Sous cet aspect le silence du destinataire d'une offre produit les mêmes effets juridiques que le refus de l'offre. Le Code des Obligations contient la même disposition dans son article 42 alinéa 1 : - Le silence du destinataire ne signifie pas l'acceptation de l'offre - et il rajoute dans son alinéa 2 que toute clause dans l'offre selon laquelle le silence du destinataire ou une autre omission de celui-ci (par exemple s'il ne refuse pas l'offre dans un délai qui lui est imparti ou s'il ne rend pas dans un certain délai la chose qui lui a été envoyée en vue de la conclusion du contrat, etc ...) serait considéré comme acceptation, ne produit pas d'effets juridiques. Ceci

* Dr. Miodrag V. Orlić, Professeur à la Faculté de Droit de Belgrade.

dit, dans notre droit, comme d'ailleurs dans le droit comparé il y a un certain nombre d'exceptions qu'on trouve dans la partie générale du Code des Obligations ainsi que dans certains contrats spéciaux. Dans cette première partie il y a deux cas majeurs : à savoir a) si le destinataire se trouve dans une relation d'affaires continue avec l'offrant en ce qui concerne certaines marchandises, on présume qu'il a accepté une offre qui se rapporte à un tel objet s'il ne l'a pas refusée immédiatement ou dans un délai imparti b) de même, la personne qui a proposé à autrui d'exécuter ces mandats ainsi que la personne dont le domaine d'activité englobe l'exécution de tels mandats, est obligée d'exécuter le mandat obtenu, si elle ne le refuse immédiatement. Il est à noter que ce deuxième cas se rapporte à une situation où une relation d'affaires existait déjà. Par contre, s'il s'agit du premier contact, le silence de la personne qui se propose publiquement pour l'exécution des mandats des autres ne vaudra pas la conclusion du contrat, la conséquence sera uniquement les dommages et intérêts pour la culpa in contrahendo. En ce qui concerne les contrats spéciaux, une exception est prévue pour la conclusion du contrat d'assurances, à savoir si une compagnie d'assurances ne refuse pas une offre venue d'un client en puissance dans un délai de huit jours, on présume qu'elle a accepté l'offre et que le contrat d'assurance est conclu. Inutile de dire que cette règle ne s'applique pas dans le cas contraire lorsque l'assureur est l'offrant et le client potentiel le destinataire.

Mots-clés : *Silence. – Acceptation de l'offre. – Conclusion du contrat*

Драган М. Митровић⁰

НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ

Гди је добра консјитуија, тада је добро уређена власт по законима, ту је слобода, ту је вольносност, а где један или више по својој воли заповедају, законе не слушају, но оно што хоче чине: ту је умрео вилајет, ту нема слободе, нема сигурносности, нема добра, већ је онде пусташук и ајуклук, само по другим именом.

(Из приступне беседе Божидара Боже Грујовића уочи заседања Правитељствујушчег совјета 1811. године у Београду)

Интересовање за начело законитости и три њена главна значења: улоха и место начела законитости; књижевносћ о законитости; карактеристични и главни одговори на штитање шта је законитост; променљивосћ назива и суштински идеје законитости; законитост као извесносћ и као најважније динамичко правно начело. Извесносћ као сушина начела законитости и као посебна правна вредносћ, спрам других правних вредности: извесносћ као посебна вредносћ; разликовање извесности о сигурносности и правне сигурносости; законитост као извесносћ и друге правне вредносости; законитост, правда и правичност; стијој законитости и правичности на примеру једне судске пресуде. Законитост као наметнућа извесносћ, њени државно-правни облици и границе: променљивост карактера и још већа променљивост садржине законитости; законитост као наметнућа, тада ауторизована извесносћ; карактеристични социолошко-политички облици законитости – држава безакоња, законска држава и правна држава, односно држава владавине права; објективна и субјективна граница начела законитости; објективна, објективизирана и субјективна законитост.

Кључне речи: Начело. – Извесносћ. – Законитост. – Незаконитост. – Правна држава.

⁰ Др Драган М. Митровић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

1. ИНТЕРЕСОВАЊЕ ЗА НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ И ТРИ ЊЕНА ГЛАВНА ЗНАЧЕЊА

Начело законитости има посебно важну улогу и место у сваком друштву, због чега одувек побуђује несмањено интересовање правника и лаика. Иако такво интересовање за начело законитости може да се објасни на различите начине, вероватно се главни разлог за то налази у чињеници да законитост припада оној врсти појава које су стално „отворене“, у „сталној промени“, у којима се преплићу филозофија, правна наука и пракса, као и свакодневно животно искуство.

Стално и несмањено интересовање за начело законитости, на себи својствен начин илуструје огромна правна књижевност различитог карактера, обима и намене, као и обиље савета о томе шта треба да се учини да би законитости било више а незаконитости мање. Она представља, на неки начин, и споменик непрекинутој човековој потрази за друштвеним поретком у коме ће законитост посебно да се уважава и примењује сходно вредностима правде, правичности, слободе, једнакости, реда и мира, правне сигурности, делотворности, итд. То је случај чак и кад се сусрећу сасвим опречни савети и препоруке, какав је на пример случај са саветима да законима треба све да се регулише или, пак, да је највећа неправда кад се људи обавезују законима којих има толико да не могу да буду прочитани. Из тог привидног утиска нереда, налази се важна идеја коју су формулисали још старогрчки софисти: да се закони мењају, али да законитост треба да је постојана.

Обиљу литературе посвећене законитости, одговара и обиље одговора на питање шта је законитост. Два главна значења и права и законитости (европско континентално и англосаксонско), као и огроман број разноврсних гледишта правних писаца који припадају овим великим системима права, јасно показују велико интересовање за законитост и потребу да се стално испитују њен појам, садржина, облици или особености.¹

Истраживање сталног и трајног у појму законитости, односи се и на његов назив. Реч „законитост“ потиче од речи „закон“. Међутим, док закон уобичајено означава највиши правни акт кад нема писаног устава или правни акт који је формално

¹ О томе опширније: Д. Митровић, *Начело законитости. Појам, садржина, облици*, Београд, 1996.

подређен само писаном уставу, законитост означава динамичко правно начело којим се односи или на ефикасност правног поретка или на стање и квалитет датог права. Истог су језичког порекла и друге речи (*законодавац*, *законодавство*, итд.). Поред речи законитост, често се користи и реч „легалност“, изведена из латинске речи *lex*.² (закон), која означава исто што и законитост (са различитим варијантама: *легислатор*, *легислатура*, итд.).³

У правој литератури сусрећу се и други изрази за законитост. У француском језику користи се реч „légalité“; у енглеском и америчком „Legality“, „Rule of Law“, „Government under Law“ и „due process“ (који је карактеристичан за америчку правну терминологију и праксу); у немачком „Legalität“, „Rechtsstaat“ и „Gesetzmaessigkeit“; у шпанском „Legalidad“; у италијанском „legalità“; у руском „законность“, итд.³

Сви наведени изрази којима се означава начело законитости немају увек исто значење, тј. нису „уходани“, већ садрже у себи различита посебна значења или веома фине нијансе које их практично чине различитим.⁴ На тој основи могу да се разликују и раздвоје изрази за општи појам законитости (*законитост*, *légalité*, *Legality*, *Legalität*, *Gesetzmaessigkeit*, *Legalidad*, *legalità* и *законносć*) од посебних израза за неко од више различитих значења начела законитости (*Rule of Law*, *Government under Law*, *due process*, *Rechtsstaat*). Поред тога, често ни исти изрази за законитост немају исто значење, што још више усложњава примену уобичајене терминологије, која најчешће сасвим тачно не означава ниједно од главних значења начела законитости.

Интересовање за законитости произилази и због „нездовољства“ стањем и квалитетом законитости, јер се законитост увек појављује као некаква замишљена „средина“ између њене идеалне примене и спонтаног понашања људи. Због тога, законитост никад не удовољава унапред постављеним циљевима, али готово увек представља брану самоволи и произвољности, заузимајући средишње просторе у државном и правном поретку. Ипак, своју кохезивну снагу законитост никад не поседује сама

² Видети: М. Вујаклија, *Лексикон српских речи и израза*, изд. Просвета, Београд, 1972. и М. Станић и Д. Морачић, *Језичко-правописни саветник*, Београд, 1981.

³ *Политичка енциклопедија*, Београд, 1975, стр. 1160.

⁴ Видети: J. A. Jolowitz, „Digest in Discussion”, *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, IX, No. 12, 1959.

од себе, јер никад у потпуности не траје као саставни део правне свести појединаца, већ своју снагу добија у име прокламованих друштвених вредности. Законитост се због тога никад не остварује потпуно, него делимично и релативно, и то у мери у којој треба да обезбеди неопходну животворност праву и поретку. Ова битна одлика законитости, њена средишња црта, производи исте такве последице: неефикасном поретку никаква законитост не може да помогне, док поретку који одговара стварности, законитост обезбеђује ефикасност које никако не би било да ње нема. Законитост, дакле, није једно од више сличних правних начела, већ је најважније динамичко правно начело.

Као посебно динамичко правно начело законитости, у најширем смислу, може да се одреди као облик извесности у праву. На такав начин одређена законитост представља неупоредиво богатију и сложенију појаву, која има своју суштину (идеју), свој карактер и садржину, као и своје посебне облике. Сви они заједно указују на три њена главна значења: филозофско, социолошко-политичко и нормативно. Прво значење се односи на извесност као суштину начела законитости, друго на законитост као „наметнуту“ извесност са њеним државно-правним облицима, а треће на законитост као нормативни захтев за поштовањем закона.

2. ИЗВЕСНОСТ КАО СУШТИНА НАЧЕЛА ЗАКОНИТОСТИ И КАО ПОСЕБНА ПРАВНА ВРЕДНОСТ, СПРАМ ДРУГИХ ПРАВНИХ ВРЕДНОСТИ

Извесност нема специфично правно порекло, већ само специфично правно значење. Пошто сви друштвени односи нису регулисани правом, то се ни извесност не односи само на право, већ на све нормативне појаве. Па ипак, управо законитост као извесност треба да обезбеди предвидљивост у људским односима.⁵

Да подсетимо, идеја извесности, судећи према сачуваним писаним изворима, први пут се озбиљније разматра у радовима Т. Аквинског, и то у оквиру његовог учења о универзалном поретку (*ordo*) и људским законима,⁶ а затим у учењу Б. де Спино-

⁵ О томе опширније: Д. М. Митровић, *Пут до права. Холистичка парадигма све-ша и права у светлу теорије хаоса и правне теорије*, Београд, 2000.

⁶ Видети: T. Akvinski, *Summa theologiae*, Zagreb, 1981.

зе, који као циљ права одређује „безбедност живота и државе“⁷ и Ц. Лока, који сматра да је извесност, поред општости, једна од битних одлика позитивних закона.⁸ Међутим, први покушај да се идеја извесности искористи за систематизацију наука и на тај начин угради у целокупно дело, учинио је Ђ. Вико. Према Вику, „филозофија, као наука о истинитом (*vero*), синтетизује се са филологијом (или историјом), као науком о извесном (*certo*) ... Извесно право (*diritto certo*) је позитивно право (*diritto positivo*)“⁹. Оно је извесно, сматра Вико, зато што произилази из ауторитета, а не из разума, због чега је променљиво и никад се не остварује до краја, као ни законитост.

Идеје наведених писаца, на различите начине преузимају, тумаче и развијају други старији филозофи и правници (на пример, П. Негулеско и А. Фојербах, који извесност, такође, повезују са потребом да се обезбеди предвидљивост правних правила).¹⁰ Посебно место међу њима припада М. Веберу, јер је он идеју извесности уградио у саме основе свог учења и на тај начин је поново афирмисао у друштвеним наукама. Вебер, полазећи од појма друштвеног односа који се састоји „потпуно и искључиво у изгледима да се друштвено дела на неки (смисаоно) могућ начин“, одређује и појам права као „поредак са извесним специфичним јемствима да постоји вероватност да ће тај поредак емпиријски важити“, односно да постоји „правилност“ у понашању.¹¹ „Правилност“, „ред“ или „извесност“ имају за Вебера основно значење „шансе“, „вероватноће“, с којом људи рачунају у међусобним односима. Сви друштвени и правни пореци, следимо ли ове Веберове идеје, због тога могу да буду само извесни, али не и сигурни, какав је случај и са свим другим људским творевинама.¹²

Извесношћу се баве и писци који припадају феномено-лошкој и егзистенцијалистичкој оријентацији у филозофији. Нарочиту пажњу извесност побуђује у егзистенцијалистичкој филозофији, што је сагласно основним егзистенцијалистичким

⁷ Видети: Б. де Спиноза, *Политички трактат*, Београд, 1957.

⁸ Видети: Ц. Лок, *Две расправе о влади*, II књига, Београд, 1978.

⁹ Видети: Ђ. Вико, *Нова знаност*, Загреб, 1982.

¹⁰ Видети: I. Krbeć, *Zakonitost uprave*, Zagreb, 1936.

¹¹ М. Вебер, *Привреда и друштво*, I књига, Београд, 1976, стр. 18. и даље, 252–253, 264. и даље.

¹² Видети: W. G. Runciman, *A Critique of Max Weber's Philosophy*, Cambridge, 2002.

поставкама у којима се право схвата као „моћи бити“.¹³ За М. Хайдегера, само да поменемо, право представља оруђе чија је сврха „збрињавање“ и „услужност“ као „дневна потреба“. Право због тога треба да омогући заштиту од „неизвесности и непрорачунљивости“, односно треба да обезбеди и „извесност“ и „прорачунљивост“.¹⁴ Најзад, ни у домаћој правној теорији извесност није сасвим занемарен појам. На пример Ђ. Тасић, говорећи о правди и реду, запажа да ред „сам по себи има вредност, и то једну велику вредност ... Ред значи на првом месту предвидљивост или извесност“.¹⁵ Зато извесност није само „датост“, већ и „вредност“ која има своју „динамичку, активистичку димензију“.¹⁶

Извесност, као што може да се примети из наведених примера, није потпуно непознат ни занемарен појам у правној теорији,¹⁷ иако је до обнове интересовања у XX веку дошло првенствено захваљујући развоју природних наука. Сходно томе, извесност произилази из човекове свести о себи као нечем различитом од природног и друштвеног окружења. С друге стране, свест о властитом постојању и потреба да се постојање обезбеди (сачува и продужи), стварају и утврђују човеков лични (субјективни) став (и поглед) према свету. Он се емотивно испољава као брига за (властито) постојање, а рационално као извесност или неизвесност, која се у нормативном облику испољава као налог да се нешто учини, не учини или да може да се учини, како би се умањила неизвесност, а повећала извесност. Таква извесност, dakле, јесте објективно одређена, али је је по настанку субјективан појам. Захваљујући томе, можемо да успоставимо везу између порекла извесности и суштине законитости.

Извесност је и посебна вредност, која тако може да се одреди из два главна разлога. Прво, свака је извесност у одређеној мери и неизвесност, па се отклањање неизвесности поставља као посебан циљ а извесност схвата као посебна вредност. Извесност као вредност у наведеном смислу значи да поредак

¹³ Видети: Љ. Тадић, *Филозофија права*, Загреб, 1983, стр. 159–160, 164. и 178–179.

¹⁴ Љ. Тадић, *Филозофија права*, стр. 178–179.

¹⁵ Ђ. Тасић, *Избор расправа и чланака из теорије права*, Београд, 1984, стр. 210–212.

¹⁶ Видети: M. Bevir, *The Logic of the History of Ideas*, Cambridge, 2002.

¹⁷ Видети: Е. Пусић, *Друштвена регулација*, Загреб, 1984. и D. Delaney, *Law and Nature*, Amherst College, Massachusetts, 2003.

„нормално“ функционише, тј. да је ефикасан. И, друго, извесност као посебна правна вредност представља мерило за критичко расуђивање о стању и квалитету датог права.

Као посебна вредност, извесност се разликује од сигурности као вредности. Та разлика је важна због разликовања правне извесности од правне сигурности. Правна сигурност у наведеном смислу представља идеалну извесност, која би постојала само кад би се право идеално примењивало. Пошто то није случај, боље је да се за нормално функционисање права користи израз правна извесност. Наведено разликовање, дакле, произилази из тога што законитост никад не може да омогући потпуно и трајно постизање правне сигурности. Чак и кад би поредак функционисао на најбољи могући начин, још увек би постојала незаконитост, макар само у малом и прикривеном облику. Због тога законитости више одговара појам правне извесности.

Законитост као извесност, а извесност као посебну правну вредност, треба разликовати од других вредности, каквим се вредностима у ширем смислу сматрају све оне које стварно утичу на органе који стварају и примењују право (моралне норме, политичка начела, правна мишљења истакнутих правника, итд.). У ужем смислу, пак, таквим вредностима сматрају се само одређене друштвене или чисто правне вредности (правда, правичност, слобода, сигурност, једнакост, ред и мир, делотворност, целисходност, све до тзв. чисто техничких правних вредности, какве су јасност, прецизност, потпуност и сажетост правних норми, тј. права). Међу њима, истакнуто место припада недостижној правди и достижиој правичності.

Правда (*iustitia, la justice, die Gerechtigkeit*), спрам законитости, представља врхунску друштвену и правну вредност. Она је вредност зато што је једна врста сразмерности и склада, све до постизања хармоније, која је други назив за апсолутну правду. Код Срба је правда увек извођена из оног што *јесће*, што је природно и истинито. Правда је истина, а праведно је само оно што је истинито (Д. Обрадовић). Поред те апсолутне, *природне правде*, постоји и тзв. *друштвене правде* са својим изведеним врстама (правна, морална, религијска, итд. правда), која је релативна. Ехо те правде у позитивном праву препознајемо као законску и судску правду, тј. правичност.

Најопштији појам правде, дакле, изведен је из појма природе. Одредио га је већ Платон.¹⁸ Његов ученик, Аристотел, тај појам је развио и усавршио, и то тако да ни данас нема шта да му се дода или одузме. Према Аристотелу, правда у том вишем смислу представља синоним за врлину.¹⁹ Врхунац такве правде достиже се милосрђем (*морална* правда, кад се даје више но што се добија) или несебичношћу (*религијска* правда, кад се за другога нешто даје без икакве надокнаде, осим блаженства због учињеног).²⁰ Поред ових виших облика, постоји *правна* правда. У том свом основном облику, правда је синоним за оно што је сразмерно или једнако. Сходно томе, постоје два формална обрасца правне правде: *дистрибутивна* и *комутативна*. Најзад, у најужем значењу, правда означава саображавање закону (*законска правда*). Она се састоји у општости, једнакости и непристрасној примени закона, односно права. Али, на питање у чему се састоји *материјална* правда, не може да се одговори никаквим сличним обрасцем. Зато је правду лакше осетити, него одредити или постићи. Колики је значај правде показује и ово: ниједан суд се не зове суд права, али се многи називају судовима правде.

Правди је супротна *кривда*. Правда коју право остварује, будући да је врста друштвене правде, није савршена, због чега, између права и правде увек постоји већи или мањи раскорак.²¹ Штавише, морална и религијска правда су често строже од правне правде. Уз то, позитивно право не мора уопште да буде праведно, али тад је реч о изопаченом праву. Због тога у праву увек мора да постоји барем минимум правде. У противном, они на које се такво тиранско право односи, чији су интереси погажени – управо у име правде и законитости – устају против таквог права и поретка, рушећи га.²²

За разлику од правде и законитости, *правничност* (*pravica, aequitas, l'équité, die Billigkeit*) представља посебну, примењивачку правду, правду у конкретном случају која не може да се реши само на основу права. И њу је одредио већ Аристотел. Пошто закон општим нормама предвиђа конкретне случајеве који се сви по нечем разликују од апстрактно предвиђеног случаја у закону,

¹⁸ Видети: Платон, *Држава*, Београд, 1969.

¹⁹ Видети: Аристотел, *Политика*, Београд, 1960.

²⁰ Р. Лукић, *Систем филозофије права*, Београд, 1992, стр. 218.

²¹ Р. Лукић, *исло*, стр. 219–221.

²² Видети: Г. Радбрух, *Филозофија права*, Београд, 1980 (1998).

то би „слепа“ примена закона на конкретне случајеве учинила да се у конкретним случајевима поступа неправедно и незаконито. И управо ту празнину попуњава правичност, као посебна вредност сродна правди. Она се састоји у томе што се општи законски пропис прилагођава случају, и то на тај начин да примена закона на тај случај „не донесе неправду него правду“. Као таква, правичност је врлина законске и судске правде. Али, правичност је и начин да се правда оствари кад право допушта или налаже супротно поступање, посебно кад треба да се спречи механичка, тј. незаконита или неправедна примена правила у конкретном случају. Као таква, правичност је корективна правда, једна врста поштења које исправља право кад његов творац не може унапред да урачуна све могуће случајеве или кад је његов тумач и примењивач. Њоме се право и остварује, јер се закон примењује сходно свом духу, а не слову.²³ Судије могу у одређеним случајевима да се позову на правичност, посебно кад посумњају у исправност и ваљаност позитивног права (тзв. судска правда). То важи и за друге државне или друштвене органе који у свом послу не занемарују проверене вредности и људске врлине, и којима је привремено и поверио вршење јавних послова.²⁴

Наведену везу између законитости и правичности илустровашћемо једним примером из судске праксе који показује како је један амерички судија у својој пресуди сјајно спојио захтев за придржавањем законитости са захтевом који налажу судска правичност и право на правично суђење. Наиме, пред судију је доведен возач у припитом стању. Возач је одмах признао кривицу. На судијино питање зашто је у припитом стању управљао возилом, возач је изјавио да је он отац троје малолетне деце, да издржава супругу и да је тог дана изненада добио отказ на послу, иако је био добар радник. Ојађен због отказа и тешке ситуације у којој су се нашли он и његова породица, отишао је до првог бара, у коме је попио већу количину пива. Затим је сео у кола. Кола са припитим возачем убрзо је зауставила полиција, која га је одмах одвела до дежурног судије. На ту возачеву причу, судија је одговорио отприлике овако: ја морам да вас казним затвором,

²³ Видети: K. Dowding, *Justice and Democracy*, London School of Economics and Political Science, 2004.

²⁴ Р. Лукић, *исчио*, стр. 468. Видети: Б. С. Марковић, *О јправедном јправу*, Нови Сад, 1993. и *О ѡлед о односима између јојма јправде и јпозитивног јправа*, Београд, 1995.

јер је ваша кривица очигледна и признали сте је. Али, пошто до сада нисте кажњавани, и пошто сте остали без посла и средстава да издржавате породицу, суд ће вас препоручити последавцима да поново добијете посао, док ћете вашу казну затвора издржавати наредних месеци само у дане викенда, како бисте осталим данима могли да радите и да издржавате вашу породицу.²⁵

Правичност, као што може да се примети, остварује се у корист оног који трпи правну санкцију. Њен значај је толико велик, да у појединим правима постоје посебни органи, тзв. судови правичности, који суде у таквим случајевима.

3. ЗАКОНИТОСТ КАО НАМЕТНУТА ИЗВЕСНОСТ, ЊЕНИ ДРЖАВНО-ПРАВНИ ОБЛИЦИ И ГРАНИЦЕ

Док је суштина начела законитости једна и непроменљива, дотле је њен карактер подложен сваковрсним променама. Те промене, међутим, не искључују извесност, него је подразумевају. То је посебно могуће због тога што се извесност у законитости не појављује само као посебна вредност, него и као „датост“, тј. као стање и квалитет било ког конкретног права. Извесност као датост било ког конкретног права, дакле, односи се на друштвену и политичку страну законитости. Без извесности, никакав поредак у наведеном смислу не може да постоји. Неизвестан поредак је, да подсетимо, контрадикторан појам, као што је идеал сигуран поредак.

Наведени друштвено-политички садржај начела законитости произилази из самих основа друштва и постоји као тзв. *наметнућа*, тј. *ауторитетна извесност*. Наметнута извесност значи да извесност није више резултат спонтаног настајања права, већ све више или искључиво резултат његовог свесног и планског стварања. Тада начело законитости представља универзално средство хијерократског владања, које у најбољем случају и најповољнијим околностима може да личи на свој првобитно проглашен облик. Сходно томе, стварни друштвени карактер и садржај начела законитости зависи од тога ко одређује тај карактер и садржај, тј. ко има такву моћ. А, ко има моћ, има и власт. Ко, пак, има највећу моћ, има и власт по својој

²⁵ Видети: N. Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law*, Un. of Saskatchewan, 2002.

мери. Речју, какво је друштво, такво је и начело законитости. Кад је друштво у кризи, и законитост је у кризи. Кад друштво није у кризи, ни законитост није у кризи, ма каква да је. Ипак, жељу за успостављањем ваљаног начела законитости, надахнуту провереним вредностима, најлакше препознајемо у настојањима да се успостави нормална држава са демократијом, по делом власти, итд., све до поузданних техничких средстава и механизама. Од комбинације поменутих чинилаца зависе конкретни облици начела законитости и могућности за одређивање субјективне и објективне границе начела законитости као извесности.²⁶

Што се тиче конкретних облика законитости, чини се да они имају независно кретање. Та независност је, ипак, само привидна, јер показује снагу повратног утицаја права. Он држави прибавља својство правне организације. Али, није свака држава иста као правна организација. Утицај права на државу, у ствари, не произилази из неке посебне снаге права, већ из снаге вредности идеја које право садржи. Те вредности могу да се тумачи на различите начине. Како год било, без извесности ниједан поредак не може да постоји, јер је неизвестан поредак несигуран, а несигуран поредак немогућ. Зато у овом свом другом, социолошко-политичком значењу, начело законитости произилази из самих основа друштва-државе и испољава се као тзв. „наметнута извесност“. Оно показује да је извесност постала резултат свесног и планског наметања, а законитост средство хијерократског владања.

Посебан израз тог владања представљају државно-правни облици начела законитости: држава безакоња (*no-law state*), законска држава (*lawful state*) и правна држава (*Rechtsstaat, Rule of Law*) са својим изведенним облицима.²⁷ Држава безакоња постоји тамо где је уместо демократије аутократија, уместо поделе власти њено јединство оличено у личности владара, уместо рационалне државе са функционалном бирократијом, свемоћна државна бирократија као водећа политичка снага, уместо права, произвољност и самовоља. Законска држава постоји тамо где је власт подељена а управа подређена, иако не и до краја спутана законима. Правна држава, пак, постоји тамо где је уместо ауток-

²⁶ Видети: Y. Barzel, *A Theory of the State. Economic Rights, Legal Rights and the Scope of the State*, Un. Cambridge, 2002.

²⁷ Видети: A. Alott, *The Limits of Law*, London, 1980.

ратије демократија, уместо јединства власти њена подела, уместо свемоћне државне бирократије рационална држава са функционалном бирократијом, уместо владавине људи владавина права, уместо заосталости и инфериорности просвећеност, еманципованост и афирмативан став грађана према праву. Речју, држава са законима постојаће увек кад целиснодност и самоволја замењују законитост, законска држава кад начело законитости односи превагу над начелом целиснодности – посебно кад је управа везана законима и судским одлукама, а правна држава кад тзв. *ratio iuris* однесе потпуну превагу над *ratio status*-ом, тј. кад се уместо владавине људи успостави владавина права. Ипак, формална владавина правне норме и хијерократски начин владања чак и у најдемократским друштвима, појам владавине права чине сасвим рањивим, сврставајући га, заједно са братством људи, једнакошћу и правом на срећу, у ред људских идеала. Уосталом, да су људи желели правду, одавно су могли да је имају (В. Хезлит). Уместо тога, створили су правну државу, тј. државу владавине права, са свим њеним предностима и недостатцима.

Постојање наведених облика законитости, као што може да се примети, значајно је због тога што „наметнуту извесност“ употребљавају одговарајућим садржајима, као и зато што на тај начин омогућавају одређивање објективне и субјективне границе начела законитости.²⁸

И данас у савременој политичкој и правној теорији, писци на различите начине одређују објективну и субјективну границу начела законитости.²⁹ Објективна граница начела законитости, често по узору на Хобсово учење, доводи се у везу са потребом да се помоћу права, силом правних заповести, обезбеди неопходна ефикасност правном поретку. Границу објективне законитости у том смислу одређује само право, тј. потреба да право буде ефикасно, па је извесност као законитост у наведеном смислу својствена сваком ефикасном поретку.³⁰ Законитост као влада-

²⁸ Видети: A. Alott, *The Limits of Law*.

²⁹ Видети: N. K. Komesar, *Law's Limits. Rule of Law and Supply and Demand of Rights*, Un. of Winsconsin, 2002.

³⁰ Видети: Т. Хобс, *Левијатан*, Београд, 1960; М. Вебер, *Правреда и друштво*; Х. Келзен, *Општина и теорија права и државе*, Београд, 1951 (1998); J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Oxford, 1832. и *Lectures of Jurisprudence*, Oxford, 1863; T. D. Weldon, *Vocabulary of Politics*, 1953; C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, München und Leipzig, 1932; А. Я. Вишнинский, *Закон советского государства*, Москва, 1949.

рева волја или као хуманистичко и демократско правно начело, законитост чине различитом, али је као такву не укидају. Сходно томе, ауторитет и моћ закона и закон ауторитета и моћи представљају само средства којима се обезбеђује извесност. Карактеристично је, на пример, Келзеново запажање да „оно што се тумачи као самоволја јесте само правна могућност аутократе да донесе сваку одлуку по себи, да безусловно одређује делатност подређених органа и да, у свако доба, једном постављене норме са општим или само са посебним важењем укине или измени“. Стога је, сматра Келзен, „потпуно бесмислена тврдња да у деспотији не постоји никакав правни поредак, већ да влада самоволја деспота“.³¹ Следимо ли Хобса и Келзена, произилази да у ствари не постоји разлика између објективне и субјективне границе начела законитости.

Другачијој оријентацији припадају политички и правни писци који разликују и раздвајају субјективну границу начела законитости од његове објективне границе и, штавише, управо у субјективној граници проналазе мерило за разликовање безакоња од законитог поступања. Позната је, на пример, Локова мисао да тамо где престаје закон почиње тиранија, али ништа мање није позната ни мисао Монтескјеа, да сила налази властиту границу само у сили. И Локу и Монтескјеју је циљ, као што може да се примети, да прецизно раздвоје употребу од злоупотребе права. Тада циљ и данас лако препознајемо кад поштовање начела законитости схватамо као „квалитет“ цивилизованог правног живота. У противном, ако поједине друштвене групе, „нарочито оне ослоњене на власт и врхове државне хијерархије, уместо поштовања равноправности и слободе ... намећу владавину; ако волја моћника постаје закон, а човек лишен сваког учествовања у његовом формулисању, правни систем губи своју аутентичност и право своје достојанство“³².

Субјективна граница начела законитости, најчешће се повезује са постојањем демократије и одговарајућих демократских грађанских и људских слобода.³³ Унутар њих мора да буде

³¹ X. Келзен, *Општина теорија права и државе*, стр. 151. Видети: H. Kelzen, *What is Justice?*, Los Angeles, 1971.

³² Ј. Ђорђевић, *Функционалност и дисфункционалност права у Југославији*, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 4, Београд, 1983, стр. 656–657. и В. Становчић, *Друштвено-политички облици усавршавања и законитости*, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 4, Београд, 1983, стр. 451–452.

³³ Видети: S. Waddams, *Dimensions of Private Law. Categories and Concepts in Anglo-American Legal Reasoning*, Un. of Toronto, 2003.

сачуван „еманципаторски карактер права“, који обезбеђује његову легитимну моћ. Та моћ је обезбеђена кад грађани нису „правнодушни према правди и људским слободама и правима“, као и кад постоји „автономно судство подржано од јавности“. У ауторитарним друштвима, пак, право је лишено такве моћи легитимности. Зато такав „антилегитимни концепт права“ и „правни нихилизам“ еродирају начело законитости. И обрнуто, подлогу начелу законитости мора да сачињава могућност људи да у демократском уређењу унапред могу да подешавају своје понашање према праву и рачунају да ће њихово понашање одмах или накнадно бити „пронађено“ и „потврђено“.³⁴ Дакле, тек у демократски уређеним друштвима, јасно може да се разликује субјективна од објективне границе начела законитости.³⁵

Постојање демократске државе која је организована као правна држава или државе владавине права, наравно, није једни услов за одређивање субјективне границе начела законитости. У таквој држави треба да буду испуњени и други важни услови, који се налазе у распону од јасно одређених темељних друштвених вредности до ваљане правне технике. Међутим, ни тад не може поуздано да се уклони сваки облик ауторитарног управљања, јер свака демократија, макар само у малој мери и прикривеном облику, садржи аутократске елементе владања који је постепено еродирају. Чини се да неки пут законитости више има у бурним друштвеним превирањима него у мирном пропадању поретка.³⁶

Субјективна граница начела законитости као наметнуте извесности, произилази из потребе да се различите врсте извесности вреднују и међусобно разликују. Због тога проблем њеног одређивања може да се сажме у следећем питању: ко треба да има предност у друштву – држава или грађани? Уколико, наиме, предност има држава и начело законитости се схвати као средство државне власти, субјективна граница законитости налазиће се у садржајима свести оних који су слободни да своју вольу на међу и представљају као народну. Таква законитост се лако препознаје у изреци: *Quod principii placuit, legis habet vigorem*. Не

³⁴ Ј. Ђорђевић, *исто*, стр. 657. и В. Становчић, *Правна неизвесност као средство ауторитарне политичке контроле*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 4, Београд, 1984.

³⁵ Видети: A. Breton, *Rational Foundations of Democratic Politics*, Un. of Toronto, 2003.

³⁶ Видети: R. Zucker, *Democratic Distributive Justice*, Lander College, New York, 2003.

треба посебно подсећати да је таква законитост поуздано средство за разарање сваког демократског концепта. Уколико, пак, предност имају грађани, тј. народ, законитост се појављује као друштвено потврђено средство за уређивање односа између државе и њених грађана и као мерило за разликовање ваљаног од дозвољеног, а дозвољеног од забрањеног. У том случају, законитост представља поуздано средство демократског саобраћања. Такав демократски карактер начела законитости одређен је карактером односа између државе и друштва. Држава је, наиме, створена народном вољом, којом је одређена и ограничена, па је то случај и са начелом законитости.³⁷ Задатак законитости је да потврди легитимну моћ народном вољом установљеног права и достигнути степен правног организовања и развоја.³⁸

Од објективне и субјективне границе начела законитости треба разликовати тзв. *објектичну и субјектичну законитосћ*, јер, „као правници, морамо узети да у правној стварности постоји објективно својство уставности и законитости“.³⁹ Међутим, шта збиља јесте објективна законитост, на то питање никакав коначан одговор не може да се пружи, осим ако под објективном законитошћу не мислимо на божански, природан, апсолутни или некакав други поредак, делимично остварен у праву. Али и тад, у најбољем случају, реч је о тзв. претпостављеној објективној законитости, која је у ствари људско тумачење такве објективне законитости, тј. реч је о субјективној законитости. У противном, свако ко би кршио правне норме, могао би да се правда тиме да није прекршио божанске, природне или некакве друге законе.

С друге стране, од објективне законитости треба разликовати тзв. „објективизирану законитост“, тј. оно што је од претпостављене објективне или, још боље: субјективне законитости, друштвено прихваћено као тзв. „објективна законитост“. О објективној законитости, дакле, можемо у најбољем случају да говоримо само као о претпостављеној објективној, тј. *објектичизираној законитосћи*, с тим што морамо да имамо на уму да

³⁷ Ed. by Q. Skinner, *States and Citizens*, Un. of Cambridge, 2003.

³⁸ Видети: A. S. Brett, *Liberty, Rights and Nature, Individual Rights in Later Scolastic Thought*, Un. Cambridge, 2003.

³⁹ Р. Лукић, *Уставносћ и законитосћ у Југославији*, стр. 54–55.

није реч ни о каквој стварно објективној законитости, већ, у суштини, о друштвено верификованој субјективној законитости.

Да је начело законитости у основи субјективна творевина, нема потребе посебно да се говори. Треба, међутим, истаћи да ни субјективна законитост није пука самовоља, већ пре резултат људског увида у стварност и жељене циљеве. У том смислу, између претпостављене објективне законитости и самовоље, налази се субјективна законитост као друштвено објективизиран систем правила која треба да обезбеде правну извесност.

4. НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ КАО НОРМАТИВНИ ЗАХТЕВ ЗА САГЛАСНОШЋУ СА ЗАКОНОМ

Начело законитости представља и нормативни правни захтев за сагласношћу са законом.⁴⁰ Као такво, оно обезбеђује да сви други елементи правног поретка буду што је могуће више међусобно усклађени како би право могло што боље да функционише. Сходно томе, законитост представља правило или скуп правила о томе како ће право да се примењује. Она одређује поредак одвијања правних правила и људског понашања, у чему се и састоји треће главно значење начела законитости као извесности.

Законитост као нормативан појам у најширем смислу означава сагласност свих односних аката са законом као вишим актом. У нешто ужем смислу, законитост значи да су сви правни акти и све материјалне радње које предузимају државни органи и грађани у складу са законом, односно да морају да се донесу и примењују у складу са законом и на основу закона као највишег правног акта. Најзад, у најужем смислу, законитост значи да сви правни акти мање правне снаге јесу или морају да буду донети на основу закона или других правних аката веће правне снаге.

И нормативна законитост располаже својим изведеним облицима. Сходно томе, може да се разликује формална од материјалне, непосредна од посредне и почетна од накнадне законитости. *Формална законитост* увек постоји кад су акти слабије правне снаге формално сагласни са законом. *Материјална законитост*, пак, постоји кад су акти слабије правне снаге материјално, садржински сагласни са законом. *Непосредна зако-*

⁴⁰ Р. Лукић, *испо.*

нитост, пак, означава формалну и материјалну сагласност са законом свих аката који се непосредно изводе из закона. Непосредна законитост значи да правни акти који се непосредно заснивају на закону морају непосредно да буду сагласни са њим, као и да сви материјални акти које закон непосредно одређује, такође, морају да буду непосредно сагласни са њим. С друге стране, *посредно*, законити су сви други акти. Такође, разликује се почетна од накнадне законитости. *Почетна законитост* значи да се правни акти нижи од закона сматрају законитим од тренутка доношења, односно примене. Због тога је почетна законитост увек претпостављена, јер се сматра да је правни акт исправно и коректно донет. *Накнадна законитост*, пак, постоји кад акти током своје примене постану незаконити. Због тога законитост таквих аката мора изнова да се испитује. Почетна законитост назива се констатованом, а накнадна конвалидираном законитошћу. Њихово разликовање представља поуздано мерило за одређивање разлике између прокламованог и стварног у праву, што значи да су обе тесно повезане са искуственим (емпиријским) значењем начела законитости.

Постојање различитих облика законитости одређено је тиме што се законима као вишим правним актима одређују форма и садржина нижих аката. То је разумљиво, јер оно што изазива доношење нижих правних аката истовремено је и оно што законе чини релативно неодређеним и уопштеним, због чега они морају да се конкретизују и прецизирају другим, нижим правним актима, нарочито појединачним правним актима. С друге стране, мера у којој закон одређује садржину нижег акта, разликује се од случаја до случаја. Ипак, нижи правни акти не би требало олако, тј. сувише широко или сувише неодређено, да буду одређени законом, јер би у том случају нижи орган имао сувише слободе. Зато закон веома прецизно одређује садржину нижих правних аката, а посебно подзаконских прописа. Обично се законом подробно одређује садржина судских аката. То је у нешто мањој мери случај и са управним актима, док се законом у мањој мери одређује садржина различитих аката аутономног права. И обратно, закон не би требало да буде подробно регулисан уставом, који иначе најмање садржински одређује законе. То значи да је законодавац у највећем делу своје материје слободан да ту садржину утврђује како налази за сходно, што не важи за друге правотворце. Исто тако, устав одређује закон само са становишта форме, док веома ретко залази у питања садржине

закона. Због тога је закон посебно важан извор права, пошто је законодавац готово потпуно слободан да одређује законске норме.⁴¹

Најзад, кад се каже да је нешто законито, односно незаконито, тад може да се мисли или на то да је дотични правни или материјални акт стварно законит у формалном и материјалном смислу, или да је надлежни државни орган за неки правни акт утврдио да је он законит у формалном и материјалном смислу. Том приликом, одлука државног органа може да буде и погрешна, тј. да законит акт буде проглашен незаконитим или, обрнуто, незаконит правни акт законитим. Тако се на примеру слагања материјалне и формалне законитости (односно незаконитости) види како у праву материјална истина не мора увек да се подудара са формалном, правно утврђеном истином. Због тога се правни прописи стално мењају и изнова стварају, сходно одређеним правним поступцима који и немају ништа друго за циљ осим да у највећој могућој мери обезбеде поклапање стварне са формалном правном истином. На тај начин се обезбеђује правилно утврђивање материјалне истине, што је један од најважнијих циљева свих модерних права.

5. ИСКУСТВЕНА ЗАКОНИТОСТ: КРШЕЊЕ ЗАКОНИТОСТИ И КАРАКТЕРИСТИЧНИ ОБЛИЦИ НЕЗАКОНИТОСТИ

Од наведених значења законитости као извесности, а посебно од социолошко-политичког значења, треба разликовати истуствено, тј. емпириско значење законитости. Да подсетимо, *искуствена законитост* показује шта стварно законитост јесте, без обзира на то шта је прописано правним нормама. Строго узето, она не доноси никакав нов појам законитости, јер је реч о законитости каква збиља постоји у стварности, у било ком друштву и времену. Међутим, ако истуствена законитост не доноси нов појам законитости, она поуздано показује да ли оно што је проглашено за законито збиља то и јесте. Због тога истуствена законитост представља на неки начин мерило за проверу да ли њен нормативни појам и облик одговарају стварности. Уколико то није случај, поменути раскорак отклања се исправљањем важећег и стварањем новог квалитетнијег права, или

⁴¹ Видети: М. Јовчић, *Закон и законитост*, Београд, 1977.

судским одлукама у конкретним случајевима.⁴² Сходно томе, рећи да је нешто законито, значи рећи само да је нешто извесно законито, а не и да је сигурно законито. Најзад, у сасвим посебном значењу, искуствена законитост представља и резултат *увређења* да оно што је у стварности утврђено као законито збиља и јесте законито.

Законитости је противна незаконитост, која увек постоји кад је неки нормативни или материјални акт супротан закону као вишем акту. Незаконитост је штетна појава, јер се њом нарушавају целовитост и ефикасност датог поретка. Због тога се незаконити акти поништавају кад год се појаве, а субјекти кажњавају.

Постоји неколико карактеристичних облика незаконитости: панјуридизација, пролиферација, превелика покретљивост права и велика променљивост садржаја закона, прописа и других правних аката.⁴³

Панјуридизација или претерано проширивање области правног регулисања, састоји се у жељи да се све нормира, и што треба и што не треба, као и у постојању свести према којој је правно обавезно само оно што има писани облик. Панјуридизација се препознаје по гломазном, скромом и неефикасном државном апарату и истом таквом успореном правном саобраћају између друштвених субјеката.

Пролиферација или умножавање (суперпроизвођење) прописа настаје кад сваки виши правни пропис ствара властиту „пороцицу нижеих прописа“. И пролиферација је опасан облик незаконитости, којим се у непримерено великој мери производи право које не може да се примени.

Превелика *правна юокрењљивосћ* и *променљивосћ*, та-кође, представљају карактеристичан облик незаконитости. Право, наравно, мора да се мења, али то не треба да се чини неумерено, јер се тиме осуђује његова нормална примена. Уз то, честе промене слабе квалитет права, у коме су све наглашенији претерана специјализација, квазиструкност, детаљизам, „јуристерај“, лош језик и стил, неодговарајуће конструкције и фразе, бирократско изражавање („Питијин одговор“, мноштво сувишних речи, честа понављања и цитирања), итд.

⁴² Видети: М. Јовичић, *Закон и законитост*.

⁴³ М. Јовичић, *испхо*, стр. 214.

Најзад, законитост има и своје уобичајене облике, који се састоје из кршења правних норми и непримењивања правних санкција. Таква незаконитост се отклања коришћењем правних средстава и интервенисањем државних органа. Међутим, до кршења законитости може да дође и кад неки орган свесно доносе незаконит пропис, или кад пропис намерно крши својим материјалним радњама. До незаконитости може да дође и из незнაња, кад на пример државни орган не познаје правне прописе. Најзад, постоји и тзв. „добронамерна“ незаконитост, коју државни органи чине из жеље да „поправе“ правни поредак. Посебно је опасан овај облик незаконитости. Јер, кад грађани крше право, државни орган ће такве њихове незаконите радње да спречи предузимањем одговарајућих мера. Исто тако, кад то несвесно чине сами државни органи, неки други орган ће да исправи њихове грешке, јер су такви случајеви веома ретки. Али, кад државни орган (нижи или виши) свесно чини незаконитост, сматрајући себе бољим познаваоцем јавног интереса од других, тад је опасност од масовног кршења права посебно велика, јер се законитост крши на систематски начин.

Законитост, као што може да се примети, не састоји се само у нормативном захтеву да нижи акти буду у складу са законом као вишим правним актом. Тај захтев представља само препознатљиво позитивноправно обележје законитости. Он, међутим, често није и захтев за сагласношћу са животним чињеницама и потребама, у чијем сучељавању најчешће долази до кршења законитости. Због тога, кршење законитости представља сажет и поуздан показатељ „здравља“ датог права.

6. ОСОБИНЕ НАЧЕЛА ЗАКОНИТОСТИ

Законитост располаже извесним сталним особинама. Најважније су везаност за државу и право, универзалност, јединственост и релативност.⁴⁴

Везаносћ за државу и право значи да законитост без државе и права не може да постоји као правно начело. У противном, таква законитост би се утопила у тзв. „друштвену правилност“. Везаност законитости за државу и право је дакле

⁴⁴ Видети: С. Врачар, „Релативно остваривање прокламованог принципа законитости у Совјетском Савезу”, у: *Симпозијум о основама и облицима законитости у социјализму*, Београд, 1967, стр. 76–77.

сасвим очигледна, иако није аутоматска. Законитост је правило или скуп правила о томе како ће право да се спроводи. Због тога, законитост мора стално да се одржава.

Из везаности законитости за државу и право, произилази и друга њена важна особина, универзалност. Универзалност⁴⁵ значи да законитост постоји у сваком државном и правном поретку, тј. да „у сваком поретку постоји ’закон’ и његово остваривање“, што сваком поретку даје „највећу чврстину и животворност“.⁴⁵ Стога сви пореци располажу некаквим обликом и степеном постојања начела законитости.

Где су држава и право, ту је поредак, а где је поредак, ту је јединствена законитост. Као таква, законитост је недељива, једнако се примењујући на целом простору државе. Најзад, законитост се увек релативно остварује. До тога долази због несавршености заједнице и људи, економске и социјалне неједнакости, диференцијације и стратификације, унутрашњих сукоба и поремећаја, политичких трзавица и хроничних слабости система, неадекватног дејства водећих снага у друштву, културне заосталости, јаза између елите и масе, идеолошке подвојености међу људима, слабости управљача који нису увек спремни да жртвују своје интересе због законитости, итд. Наведени узроци доводе до „стандартних аберација“ законитости, које треба разликовати од „безакоња (аномије права)“.⁴⁶ Док су аберације неизбежне, аномија то није, јер она разара поредак. Али, аномија је и шанса за стварање новог, бољег поретка. Таква „регенерација“ на крају поново доводи до успостављања и нормалног функционисања начела законитости.

7. ЗАКОНИТОСТ И СРОДНА НАЧЕЛА

Законитост се разликује од сродних начела уставности и справности, тј. правне правилности, као и, евентуално, од подзаконитости и аутономности.

⁴⁵ С. Врачар, „Релативно остваривање прокламованог принципа законитости у Совјетском Савезу“ стр. 76.

⁴⁶ С. Врачар, стр. 77.

Због сродности и велике сличности уставности и законитости, често се о њима говори као о једном правном начелу (уставности и законитости, тј. легалности, легалитету). Ипак, начело законитости се разликује од начела уставности, као што се закон разликује од устава. Такав положај начела уставности произилази из формалне надређености устава закону.

Исто тако, постоје различита гледишта о односу законитости и справности (правне правилности). Најчешће се ова начела јасно разликују: законитост представља захтев да се сви правни акти и све људске радње заснивају на закону, а справност захтев да се свака радња заснива на правном акту који је усклађен са свим другим правним актима. Зато справност представља захтев за међусобном усклађеношћу свих нормативних и материјалних правних аката, а законитост захтев за сагласношћу свих нормативних и материјалних правних аката слабије снаге са законом у формалном и материјалном смислу.

Понекад се помињу подзаконитости и аутономности,⁴⁷ чије би постојање требало да истакне развијеност и сложеност савременог права. Међутим, њима правна наука и пракса не добијају ништа ново, јер подзаконитост и аутономност нису ништа друго до посебни облици испољавања непосредне и посредне законитости.

Dragan M. Mitrović⁴⁸

THE PRINCIPLE OF LEGALITY

Summary

The three main meanings of the principle of legality: philosophical, socio-political, and normative, make it possible to compose the so-called prescriptive definition, according to which legality represents the forms of legitimate, instituti-

⁴⁷ М. Јовичић, стр. 267–268.

⁴⁸ Dr. Dragan M. Mitrović, Full Professor at the Faculty of Law in Belgrade.

onalised certainty that is expressed as the harmony of all legal enactments with the law. Its aim is to provide a certainty that is protected and secured by the state. Without that, the principle of legality cannot be achieved. Legality, therefore, represents social, institutionalised and legitimate – state protected and guaranteed certainty – which, in the normative legal form is expressed as the harmony of all enactments with the law.

The demand for harmony with the law nevertheless represents only the recognisable positive legal feature of the principle of legality. Often it is not a demand for harmony with the facts and needs of life. For that reason, the myth of the omnipotence of the principle of legality should be rejected just like the idea of the superfluity of legality. This should be done all the more swiftly if the powerlessness of legality is not always its true powerlessness, but the powerlessness of people to coordinate the causes of their actions with the legal consequences thereof. And within that space: between imagined omnipotence and presumed powerlessness, one can find all the legality that should ensure that a system possesses the certainty and predictability that is required.

Key words: *Principle. – Certainty. – Legality. – Illegality. – The rule of law.*

Dragan M. Mitrović *

LE PRINCIPE DE LEGALITE

Résumé

Les trois significations principales de légalité à savoir celle de la philosophie, de la socio-politique et une troisième normative, rend possible une définition selon laquelle la légalité représente un mode de certitude légitime et institutionnalisé qui s'exprime en droit comme principe selon lequel tous les actes juridiques doivent être en accord avec la loi. Le but du principe est d'assurer la certitude que l'Etat est appelé à protéger et garantir. Sans cela le principe de légalité ne pourrait pas se réaliser dans la vie sociale

L'accord de tous les actes juridiques avec la loi ne représente que le caractère relevant du droit positif et en tant que tel n'est qu'un aspect de ce principe fondamental. Il n'est pas rare que cet accord au point de vue du droit ne signifie pas automatiquement une harmonie avec les besoins et les faits de la vie sociale.

* Dr. Dragan M. Mitrović, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Belgrade

C'est pourquoi, il faut rejeter le mythe de la puissance totale du principe de légalité d'une part, mais aussi l'idée de l'inutilité de la légalité d'autre part. Il faut accepter cette voie médiane d'autant plus, que l'impuissance de la légalité n'est pas toujours son impuissance réelle mais l'incapacité des gens d'harmoniser les causes de leur comportement avec les effets juridiques. Toute légalité dans un ordre juridique donné, qui devrait en principe, garantir la certitude et la prévisibilité nécessaires pour l'activité humaine, flotte en réalité dans l'espace entre une puissance imaginaire d'un côté et l'impuissance présumée de l'autre.

Mots-clés : *Principe. – Certitude. – Légalité. – Principe de légalité.*

Оливер Антић⁰

ИМЕНОВАНИ И НЕИМЕНОВАНИ УГОВОРИ У САВРЕМЕНОМ ОБЛИГАЦИОНОМ ПРАВУ

Изучавање и практично обрађивање уговорних односа који појединачно наизглед поштују нове облике, а који се, све чешће, јављају у савременом праву, није могуће без „враћања“ класичним институцијама облигационо, односно уговорног права. Повећани број практично поштују нових неименованих уговора актиуелизује поштребу прогубљеној теоријској изучавања поделе уговора на именоване и неименоване, при чему се највећи број тих модерних нових неименованих уговора може, у ствари, посвесити посебном међуподелу, која се налази нездесе на средини управо између класичних именованих уговора и неименованих уговора. То, разуме се, има значајне практичне последице, јер ће правни живот једног таквог уговора зависити од могућности примене на пример теорије аткорије или комбинације, а понекад се чак и примена ових теорија мора релативизовати, нпр. теорија аткорије са извесним одступањима. Неки најновији случајеви у нашој практици поштребују поштребу и значај оваквог приступа.

Кључне речи: *Именовани уговори. – Неименовани уговори. – Повезани уговори. – Свржени уговори. – Мешовити уговори.*

I. УВОД

1. Савремено уговорно право заснива се на начелима слободе уговора и консенсуализма.¹ Та начела, пак, темеље се на индивидуалистичком и рационалистичком филозофском опредељењу XVIII и XIX века, када је слобода личности, нарочито после Француске револуције, дошла у центар друштвене пажње.² Старе идеје о човеку као највишој вредности, зачете у ан-

⁰ Др Оливер Антић, редовни професор Правног факултета у Београду.

¹ Видети: С. Перовић: *Облигационо право*, Београд, 1986, стр. 152–190.

² G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1927, стр. 39–40.

тичкој Грчкој, потиснуте, претеране и готово заборављене у наступајућим вековима, сада су добиле нову актуелност, али и своје правно уобличење. Крилатице Француске револуције слободе и једнакости реперкутовале су се на право у смислу да се људи сматрају слободним и једнакима, те се слобода појединца може сузити само уговором, као актом његове слободне воље. Појединци имају урођена права, која претходе удруживању у друштво (државу), и они допуштају ограничења само када и утолико, колико је то потребно ради осигурања слободе и права других лица.³ Отуда чак и држава и закони, као лимитатори појединачних слобода, заснивају свој легитимитет, не на божанској вољи и вољи владара као његовом световном заступнику, већ на индивидуалним вољама и њиховом изразу – најширем уговору, тзв. друштвеном уговору (*contrat social*). Воља појединца, као израз слободе и једнакости правних субјеката, манифестије се у правном животу кроз уговор, *ergo* уговор је уједно и синоним правичности.⁴ Аутономија воље⁵ је природно, урођено право појединача и она је основна креациона сила која отвара хоризонт слободе уговарања. Примењена у уговорном праву аутономија воље има бројне последице.⁶ Оне се могу лоцирати у три групе: садржина, облик (форма) и тумачење (интерпретација) уговора.⁷ На овом месту за нас је од значаја садржина уговора.

³ L. Duguit: *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1927, t. I, стр. 200–208. „Прву кохерентну теорију о границама слободе уговарања поставио је у седамнаестом веку француски теоретичар Дома. И како постоје две врсте закона – они који представљају природно право и они који су позитивно право – то постоје и две врсте забрањених уговора. Једни којима се врећа природно право и добри обичаји и други, који су супротни позитивном праву.“ С. Перовић: *Забрањени уговори*, Београд, 1975, стр. 15.

⁴ G. Ripert: *op. cit.*, *loc. cit.* „Будући да се вољом странака слободно регулишу њихови односи, уговор је изнад свега акт правичности. ... Узима се да индивидуална слобода може бити ограничена, али да се та ограничења могу правдати само у мери која је потребна за одржавање слободе другога, а не ради заштите општих интереса.“ С. Перовић: *Забрањени уговори...*, стр. 17.

⁵ Видети: Стојановић–Антић, *Увод у српанско право*, Београд, 2004, стр. 9 и даље.

⁶ 1) Појединци могу слободно да закључују правне послове, уређујући их по својој вољи, што подразумева и стварање нових до тада непознатих (неименованих) уговора; 2) воља странака одређује и дејство облигација; 3) унутрашња воља има предност над изјављеном; 4) при тумачењу правних послова судија истражује праву вољу креатора послана; 5) правни послови се морају извршити онако како су креирани и могу се мењати само вољом творца; 6) правни послови престају онако како су и настали, тј. у складу са вољом креатора. Једина и општа рестрикција слободе које творци правних послова уживају тиче се ограничења која произлазе из јавног поретка. Видети: R. Demogue: *Traité des obligations en général*, Paris, 1923, t. I, стр. 82.

⁷ С. Перовић: *op. cit.*, стр. 157.

2. Аутономија волje овлашћује креаторе правних послова да потпуно слободно врше промене у дотадашњем стању грађанских субјективних права, одн. да стварају, мењају и гасе грађанска субјективна права.⁸ Једина граница је слободна волја других, чији је чувар јавни поредак.⁹ Још од најстаријих права, када се није ни размишљало о аутономији волје, у време када је сама форма знатно и битно ограничавала волју уговорача, постављане су границе садржине уговора. Тако, већ у античком праву био би неважећи сваки уговор чија би садржина вређала пијетет, побожност, милосрђе, правичну накнаду, истину, који би за предмет имао слободу слободног човека, отрове, *res sacre*.¹⁰ У феудалном праву не би имао правно дејство уговор којим једна страна преузима обавезу да треће лице убије или истуче, обавезе везане за коцку и зеленашење, уговори којима би се једном детету оставила имовина тако да би остала деца остала без наследства, као и уговори којима би се преузела обавеза одрицања од цркве, престација чија би садржина била крађа и уопште чињење нечег рђавог.¹¹ Сва модерна права проглашавају принцип слободе уговорања, али одмах потом постављају и неке апстрактне оквире у којима се та слобода може кретати, а то су принудне одн. императивне норме, али и добри обичаји, правила морала и јавни поредак, с тим да је задатак суда да ова уопштена ограничења конкретизује у сваком посебном случају. Поред тога, савремена права предвиђају и низ посебних, конкретних ограничења слободе уговорања, нпр. забрана искоришћавања нужде, неискуства или лакомислености друге уговорне стране у циљу стицања прекомерне имовинске користи (забрана зеленашких уговора, лезија и сл.), уговорање прекомерних уговорних казни, забрана уговора о игри на срећу,¹² забрана диференцијског посла,¹³ уговори о продаји пацијената, односно клије-

⁸ Стојановић-Антић: *op. cit.*, стр. 309–312.

⁹ Овде се израз јавни поредак узима у најширем смислу, у смислу скупа принудних прописа, добрих обичаја и најзначајнијих моралних норми.

¹⁰ С. Перовић: *Забрањени уговори...*, стр. 11. Треба истаћи да је у средњовековном српском праву постојао изузетак од правила да се *res sacre et res religiose* не налазе у правном промету. Наиме, „свештене сасуде цркве Константинопоља, и молитвених до-мова у свим местима где постоје, не приличи другачије залагати или продавати осим за искупљење заробљеника.“ М. Петровић: *Крмчија Светога Саве*, Београд, 1990, стр. 43.

¹¹ С. Перовић: *Забрањени уговори...*, стр. 12.

¹² Осим, наравно, када такву игру организује држава, нпр. државна лутрија, или када је допуштена по посебним прописима.

¹³ Врста уговора на срећу који обухвата разлику између цене неке робе у време сачињавања уговора и тржишне цене у време набавке робе.

ната од стране једног лекара, одн. адвоката другом лекару, одн. адвокату и сл. У случају грубих повреда императивних прописа, добрих обичаја, јавног поретка и морала релативно је лако лоцирати повреду и утврдити неважност уговора. Међутим, питање границе дозвољености, односно недозвољености уговорних престација није увек тако једноставно. Неретко се јављају гранични случајеви код којих се поставља питање да ли је прекорачена та, готово невидљива, граница допустивог одн. недопустивог. На пример, код неких уговора о брачном посредовању, код извесних алеаторних уговора, код високих посредничких провизија, код уговора по тзв. пирамидалном систему стицања и сл. Највећи број таквих граничних случајева јавља се данас код неименованих уговора.

3. Стране уговорнице у савременом праву, сагласношћу својих воља, могу закључивати уобичајене уговоре, дакле оне који се редовно и учестало јављају у правном промету, нпр. пројаја (купопродаја), закуп, зајам, поклон, уговор о делу, налогу, пуномоћству и др., али и оне који нису тако учествали но имају велику важност за уговараче, нпр. уговор о доживотном издржавању, уступање и расподела имовине за живота и др. Ти уговори који су редовни у правном промету или имају значајне правне последице су, најчешће, посебно уређени прописима (у грађанским законицама или законима који уређују облигације и уговоре, у законима о наслеђивању), који пак предвиђају и посебне називе, „имена“ за те уговоре. Зато се такви уговори називају именованим (регулисаним, номинантним) уговорима.

II. ИМЕНОВАНИ И НЕИМЕНОВАНИ УГОВОРИ

1. Подела уговора на именоване и неименоване има свој основ у римском праву. Оно је пружало заштиту (право на тужбу) само оним уговорима који су били закључени по унапред предвиђеним строгим захтевима форме, с тим да су и *emptio venditio, locatio conductio, societas* и *mandatum*, као консенсуални уговори, такође уживали заштиту. Остали двострано обавезни (синалагматични) уговори (који су настали сагласношћу воља, али без прописане форме, нити су потпадали под један од четири именована консенсуална уговора) код којих је, чак, једна страна своју уговорну обавезу уредно испунила, а друга, несавесна, је потом одбила то да учини, нису уживали правну заштиту. Овакво стање се није могло дуже одржати, па је активношћу

претора дошло до промене, у смислу да је сваки споразум (*partum*) код кога је једна страна уредно извршила своју обавезу имала право да захтева повраћај датог путем *condictio causa data causa non secuta*, као и накнаду штете путем *actio doli*. Временом су ови неименовани споразуми добили и директну правну заштиту путем *actio praescriptis verbis*. На тај начин бројни споразуми који нису имали своје посебно име, јер нису били унапред одређени према „списку“ уговора који су заштићени посебним тужбама, постали су контракти – *contractus innominati*. Јустинијан је неименоване уговоре сврстао у четири групе: а) када се престације уговорача састоје у преношењу својине – *do ut des*; б) када се престација једне стране састоји у предаји ствари, а друге у извршењу радње – *do ut facias*; в) када једна страна извршава радњу а друга даје ствар – *facio ut des*; г) када су се обе стране обавезале да изврше, једна другој, одређену радњу – *facio ut facias*. Претор је, дакле, отворио, посткласично право учврстило, а Јустинијан коначно заокружио широки хоризонт неименованих уговора.

2. У савременим правима подела уговора на именоване и неименоване не заснива се на критеријумима и значају који су били изграђени у римском праву. Грађански законици ову поделу не познају.¹⁴ Она је дело правне науке. Критеријум поделе на именоване и неименоване уговоре заснива се на чињеници да ли позитивно право, под одређеним називом уговора, уређује права и обавезе уговорних страна, критеријум је дакле – законско регулисање.¹⁵ Иако је ова подела плод теорије, то не значи да она нема практичног значаја. Напротив, правни значај поделе уговора на именоване и неименоване је вишеструк.

3. Тако, именовани уговори имају ту предност, пошто их прописи посебно а често и детаљно регулишу, да је за настанак уговора довољна сагласност странака само о њиховим битним елементима. Све остало што није уговорено, али је законом уређено, сматра се уговореним. Код уговора о продаји (купопродади) довољна је сагласност о два елемента, предмету и цени, док се одговор на сва друга питања (нпр. форме уговора, ризика случајне пропasti ствари, располагања түхом ствари или спорним правом, одређеним проблемима у вези с ценом, временом и

¹⁴ Изузетак, донекле, представља само *Code civil*, који, под утицајем ауторитета римског права, само на посредан начин указује на ово разликовање (члан 1107).

¹⁵ Видети: С. Перовић: *op. cit.*, стр. 191.

местом предаје ствари, одлагања извршења обавезе, материјалних или правних недостатака, неиспуњења уговорене престације и др.), налази у законским прописима, те се сматра да су странке пристале и на те елементе о којима, у ствари, и није било речи при преговарању и закључењу уговора. Именовани уговори, дакле, ослобађају странке да детаљније уређују своје односе, чиме се олакшава и убрзава правни промет. Са становишта настанка уговора, странке лакше ступају у такве уговорне односе, јер именовани уговори фигурирају у њиховој свести као уговори који подразумевају претпоставку допуштености њихове садржине. Са становишта опстанка, именовани уговори су извеснији, јер је мања вероватноћа да ће једна уговорна страна покушати да избегне извршење своје уговорне обавезе или чак тражити поништење уговора због његове недопуштености, преузимања обавеза које су прекомерне у односу на престације друге стране и сл., јер је од самог почетка била упозната са за-конским условима и последицама које прате настанак и извршење те врсте уговора. Сигурност његовог извршења је појачана и чињеницом да, у случају спора, уколико је потребно тумачење, оно је усмерено законским одредбама које знатно олакшавају утврђивање уговорених престација. Самим тим, код именованих уговора доминира примена правила из посебног дела облигација.

4. Неименовани (нерегулисани, безимени, иноминантни) уговори, с друге стране, пружају странкама пуну могућност остварења своје приватне аутономије, одн. аутономије воље. Уговарачи се, код ове врсте уговора, могу споразумети о најразноврснијим облицима престација и тако прилагодити у потпуности своја права и обавезе специфичностима конкретних околности. Стране уговорнице то могу постићи било комбиновањем престација које су прописима већ предвиђене код два или више именованих уговора, или стварати нове, до тада неуobičajene или чак непознате престације. Све то, разуме се, увек у границама које омогућавају јавни поредак у сваком конкретном праву. Ипак, њихова мањкавост се огледа у томе што их странке морaju детаљно уредити, с обзиром да ту изостаје законска регулатива. Самим тим, код неименованих уговора преовлађује примена правила садржаних у општем делу облигационог права (нпр. начела закона, немогућност испуњења и сл.). Утврђивање намере уговарача је значајније, али уједно и теже код неименованих уговора, што може изазвати дуге и скупе спорове.

5. Подела на именоване и неименоване уговоре не значи, као што би то могло изгледати на први поглед, да је међу њима непремостиви јаз. Напротив, ту постоје и одређене нијансе: а) странке могу повезати више самосталних различитих именованих уговора – *пoveзани уговор*, с тим да уколико се ради о споју два различита именована уговора тада је реч о *спојеном уговору*; б) уговорачи могу сачинити један самостални уговор али састављен (помешан) од елемената различитих именованих уговора, код кога поверилац има интерес да прими испуњење повезаних чинидби – *мешовити уговор*; в) стране уговорнице могу да сачине такав уговор код кога користе елементе којих нема код других (именованих) уговора – *атипични уговор, уговор sui generis*. Начелно се може рећи да ће се код прве групе уговора користити правила именованих уговора, јер сваки уговор који сачињава повезани и спојени уговор задржава своју самосталност. Код мешовитих уговора правна ситуација је знатно сложенија и обрада конкретног уговора зависиће од врсте комбинација елемената именованих уговора који га сачињавају. С тим у вези могу се јавити кумуловани, јединствени и мешовити уговори са атипичном садржином (о чему ће касније бити више речи). Код атипичних уговора је реч о чистим неименованим уговорима код којих се, по правилу, не могу користити правила која уређују именоване уговоре, одн. правила посебног дела облигационог права.

6. У државама које имају чврст правни континуитет закључивање иоле значајнијих уговора увек је праћено учешћем стручних лица и то на обе стране (нпр. адвоката, правних саветника), али и обрнуто. У државама са правним дисконтинуитетом или недовољно изграђеном правном културом, а то су по правилу земље у развоју (нпр. у тзв. транзицији) и неразвијене земље, неретко се уочава одсуство стручних лица, на једној или обе стране, и то у најзначајнијим тренуцима настанка уговора (преговори и постизање сагласности воља о битним елементима уговора). Све то доводи до повећаног броја неспоразума код извршавања уговорних обавеза и његовог тумачења, што све има неповољне последице на уговораче, али и правну сигурност на пољу уговорног права уопште. Тада проблем се све више актуелизује у савременим правима, имајући у виду да је аутономија воље напуштена као појам у свом изворном смислу, јер читав XX и почетак овог века уводе свешира и дубља ограничења аутономији воље кроз императивну легислативу, тако да се данас

о аутономији волje, у њеном извornом значењу, може говорити само у историјскоправном смислу. Чини се да ово ограничавање волje правних субјеката на плану грађанског права показује константни узлазни правац, који није оправдан у свим својим манифестацијама.¹⁶ С обзиром на данашњи смисао, улогу и место волje појединца у уговорном праву, као и на плану правних послова уопште, требало би израз *аутономија волje* заменити изразом *приватна аутономија*.¹⁷

7. Узимајући у обзир наведену тенденцију поставља се, у крајњој линији, питање који је дomet (некад веома чврстог) принципа *pacta sunt servanda*?¹⁸ Ово питање је посебно актуелно данас када се у нашем правном животу јављају неки сложени неименовани уговори са којима се, до сада, није сусретала ни теорија ни судска пракса. Два таква уговора су недавно у нашој широј јавности изазвала посебну пажњу, а било је и извесних кривичноправних последица. То су уговори везани за „Fit for

¹⁶ Та ограничења у последњем веку нарочито су изражена на плану закључења уговора (обавезно закључење, сагласност трећег лица, избор уговарача), на плану садржине уговора (законско регулисање, адхезиони уговори), на плану неповредивости уговора (*rebus sic stantibus*, раскид због неизвршења), као и на плану уговорних формалности. Међутим, неретко се намећу и неке обавезе у вези са уговором, али које нису грађанскоправне природе. Поред сагласности трећег, као што су разне дозволе или одобрења, нпр. код продаје оружја или муниције, постоји и неко наметање обавеза једној уговорној страни за које је немогуће наћи легитимни основ. На пример, оптерећивање купца, који је уредно испунио своју уговорну обавезу из уговора о продаји, тиме што мора, макар и у ограниченом времену и простору, држати рачун, како би државни органи контролисали уредност испуњавања пореских обавеза продавца! Може се, наиме, поставити питање да ли је (било чиме) оправдано одузимати савесним грађанима, макар и делимично, слободу кретања, слободног времена и сл., само зато да би се делимично олакшао посао пореских органа? Сматрамо да одговор треба да буде негативан, јер то представља нелегитимно ограничавање основних слобода савесне уговорне стране, које чак, са становишта купца, немају никакве директне грађанскоправне везе са предузетим правним послом.

¹⁷ Тада израз се као правило, у наведеном смислу, користи у немачком, аустријском и швајцарском праву. Иначе у нашој науци је још тридесетих година прошлог века, посебно од проф. Живојина Перића, критикована употреба израза аутономија волje и истицано је да би пре требало говорити о принципу непостојања аутономије волje. Видети: Б. Благојевић: *Уговори по пристанку (формуларни уговори)*, Београд, 1934, стр. 15; Стојановић-Антић: *op. cit.*, стр. 9–12.

¹⁸ Правило да уговор мора бити извршен управо онако како је то уговорено имало је предност чак и у односу на boni mores, савесност и поштење, одн. добру веру: „...када су првостепени судови надлежни за грађанске спорове преузели надлежност некадашњих трговинских судова, начела добре вере су ишчезла за извесно време. Став тадашњих судија Common law-a био је да је начин живота у пословном свету сиров и неумољив и да човек не би требало у њега да ступа ако не зна у шта се упуши. Заправо, ми смо стварно имали судију који је пре више стотина година казао да чак и кад је продаја крив због преваре, то купцу не даје право да се повуче из посла.“ R. Good: *The Concept of „Good Faith in English Law”*, Roma, 1992, стр. 4.

Success Academy“ (у даљем тексту – први уговор) и „GEM Collection“ (у даљем тексту – други уговор).

III. САДРЖИНА УГОВОРА

1. Први уговор носи назив „Молба за учеснике течаја“ и поред општих података, (тзв. генералија) физичког лица, као једне уговорне стране, стоји да то лице подноси молбу за пријем на течај „Fit for Success Academy Ltd.“, да је цена течаја 2.290 евра, податак о овлашћеном лицу друге уговорне стране (правног лица) које је молбу примило, напомену да ако се уплата не изврши у утврђеном року молба ће бити одбијена, затим следи детаљна изјава уговарача (физичког лица – учесника течаја) да је упознат са условима уговора, да му је током промоције довољно одговорено у вези са свим питањима из овог уговора, прихватање садржине уговора, затим да уговарач неће тражити повраћај уплаћене цене за услуге друге уговорне стране, као и да усмени договори немају никакво правно дејство. На крају следе место и датум уговора, потпис уговарача (физичког лица – учесника курса) и назив и седиште (Гибралтар) другог уговарача (правног лица).

2. Саставни део првог уговора су и „Општи обавезни услови пословања за куповину, учествовање и чланство на курсу школовања, организован преко Fit for Success Academy Ltd.“ Општи услови садрже једанаест тачака:

1) Општа карактеристика, садржи циљ курса, а то је унапређење учесника курса, нарочито развијање личности, унапређивање позитивног вођења живота и успостављање међудесних односа.

2) Опис услуга, где стоји да учесник курса стиче право да користи услуге друге уговорне стране, као и да се врста и обим тих услуга објављују на прикладан начин и могу се даље развијати, мењати и проширивати.

3) Попис услуга, садржи ближе одређење услуга које пружа Fit for Success Academy Ltd. поменутих у претходној тачки: материјал од осамсто страница у четири свеске; први део курса шаље се полазницима, у року од четири недеље, по испуњењу услова из тач. 4 уговора; делови курса од два до четири шаљу се поштом у размаку од дванаест недеља, тако да се оквирно по протеку десет месеци испоручи комплетан курс, с тим да се

време слања може скратити и продужити. У овој тачки је предвиђено и следеће: „Није могуће враћање уписнине курса, ни делимично ни у целини, чак и ако се учесник курса одрекне да прими делове курса.“

4) Претпоставке за полазнике курса, маргинални је наслов ове тачке, где се предвиђа могућност учествовања „само за пословно потпуно слободне особе“.¹⁹ У даљем тексту се објашњава појам „учествовање“, под којим се подразумева: представљање предузећа и производа (објаве и курсеви); испуњавање молбе за пријем (у Fit for Success Academy Ltd.); уплатом уписнине курса; потврдом прихватања молбе и доделом броја учесника.

5) У петој тачки, која носи назив “Властита одговорност”, наводи се да учествовање у Fit for Success Academy Ltd. пружа „енормне могућности напредовања, како у личним тако и у пословним подручјима“. Потом следи оно на шта се маргинални наслов непосредно односи, а то је да полазник гарантује да уписнина не прелази његове породичне могућности и да се тиме ни на који начин неће угрозити његова егзистенција. „Враћање уписнине из било којег разлога није могуће (индивидуални споразум по одредбама Закона о облигационим односима)“.

6) Обрачун и управљање подразумева да учесници курса издају „налог управном друштву са надзором над њиховом структуром организације и њиховим финансијским пословима. Управно друштво управља и контролише уредну реализацију програма по налогу и у име учесника курса“, а дужно је да обради молбе за учествовање, контролу и управљање подацима, контролу свих личних података.

7) У овој тачки која носи назив „Разно“, предвиђено је да ће учесник курса, који прекрши правила Fit for Success Academy Ltd., или покуша да проузрокује „неправилности у подручју пословне делатности, бити искључен и губи сва права“. С друге стране, уколико крвицом Fit for Success Academy дође до непридржавања термина или садржаја курса, учесник ће имати или право на повраћај одговарајућег дела уписнине или право бесплатног учешћа на „даљем“ курсу, о чему одлучује Fit for Success Academy Ltd.

¹⁹ Очигледно је да се мислило на потпуно пословно способна лица, а наведена формулатија је последица лошег превода оригиналног текста уговора.

8) Молбе учесника у којима су нечитљиви подаци учесника курса се не признају и враћају се необрађене, а учесник се обавезује да ће неодложно пријавити измене личних података.

9) Заштита података је маргинални наслов ове тачке која је формулисана на следећи начин: „Учеснику курса се скреће пажња на то, да је забрањено неовлашћено давати личне податке у неку другу сврху него што предвиђа дотично правило о испуњавању налога, учинити податке доступним или их иначе користити. Ова обавеза постоји и након окончавања чланства. Учесник курса одобрава обраду својих личних података преко компаније за школовање Fit for Success Academy Ltd.“

10) У овој тачки је одређено да смрт учесника курса има за последицу престанак чланства код Fit for Success Academy Ltd.

11) Последња тачка уређује судску надлежност, где је предвиђена надлежност суда места у коме је седиште фирме.

На крају стоји констатација да су наведени услови објашњени и да је кандидат добио одговор на свако питање, те је у потпуности разумео све услове учешћа на курсу.

IV. ОБАВЉАЊЕ ДЕЛАТНОСТИ НА ТЕРИТОРИИ СРБИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ

1. Страна правна и физичка лица могу да обављају трговинске и комерцијалне делатности на територији Србије и Црне Горе из места свог седишта, дакле да закључују уговоре и друге правне послове између одсутних само повремено и *ad hoc*.²⁰

2. С друге стране, трајно или, пак, сукцесивно и дуготрајније обављање делатности страног правног лица на територији Србије и Црне Горе повлачи за собом обавезу да страно право или физичко лице оснује у Србији и Црној Гори било своје сопствено предузеће у оквиру режима страног улагања, било своје представништво или, пак, да закључи са предузећем чије је седиште у Србији и Црној Гори уговор о трговинском заступању или, пак уговор о дугорочкој пословној сарадњи.²¹

²⁰ Видети члан 6 став 1 Закона о спољнотрговинском пословању, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/92 и бр. 21/1.

²¹ Члан 36. и даље Закона о спољнотрговинском пословању.

3. У области пружања услуга, ако се делатност страног правног лица састоји у пружању услуга, страно правно лице које пружа услужне делатности на територији Србије и Црне Горе мора да се придржава домаћих прописа, међународних уговора и професионалних кодекса.²² Осим тога, влада може да одреди и ограничи које врсте услуга може да пружа страно правно лице на територији Србије и Црне Горе.²³

4. Под вршењем услуга се, *inter alia*, подразумева, посредовање и заступање у промету робе и услуга, истраживачко-развојна услуга и услуга пружања и коришћења информација и знања у привреди и науци.²⁴

5. Из доступних аката не произлази да су друштва Fit for Success Academy Ltd. и GEM Collection Ltd. било у једном од наведених видова створила законом тражене услове за *дугорочно пословање* на територији Србије и Црне Горе.

6. Напротив, из уговора о налогу закљученог са друштвом BK business consulting d.o.o. чије је седиште у Београду од 3. 12. 2002. године произлази постојање намере Fit for Success Academy Ltd. да обавља на територији Србије и Црне Горе своју регистровану делатност континуирано и на дуже време, односно да спроводи курсеве „Успешан пут“ у трајању од годину дана, и то директно, дакле из места свог седишта на Гибралтару.

7. Чланом 2. већ цитираног уговора у коме је Fit for Success Academy Ltd. означен као налогодавац, произлази, наиме, да ће Fit for Success Academy Ltd. директно остваривати контакте са потенцијалним клијентима на територији Србије и Црне Горе, у циљу презентације и продаје књиге „Успешан пут“.

8. У казненим одредбама Закона о спољнотрговинском пословању²⁵ није изричito предвиђена санкција (казна) за правно лице које поступи противно одредбама Закона који третирају питање вршења услужних делатности у наведеном смислу на територији Србије и Црне Горе. Такође, у Закону није изричito предвиђена нити грађанскоправна санкција која би погодила приватноправне односе који су закључени противно одредбама Закона о спољнотрговинском пословању.

²² Члан 40. став 2. Закона о спољнотрговинском пословању.

²³ Члан 40. став 1. Закона о спољнотрговинском пословању.

²⁴ Члан 22. став 2. Закона о спољнотрговинском пословању.

²⁵ Члан 93. и даље.

9. Међутим, из чињенице да одредбе овог закона имају императиван карактер, те да се примењују територијално, може се извући закључак да начелно постоје претпоставке да се одредбе Закона о спољнотрговинском пословању примене и као тзв. норме непосредне примене (*Lois d'application immédiate*), дакле, без обзира на меродавно супстанцијално право, ако су испуњени и следећи услови:

- 1) ако норма садржи претензију да директно регулише приватноправне односе;
- 2) ако она стоји у тесној вези са правним послом у питању (ово се може претпоставити у погледу извођења курсева на територији Србије и Црне Горе, када је полазник курса држављанин Србије и Црне Горе или, пак, лице које има пребивалиште на територији Србије и Црне Горе);
- 3) када се применом ових норми постиже правичан материјалноправни резултат (ово се, такође, може претпоставити, будући да право Србије и Црне Горе не садржи посебне норме о заштити потрошача било на колизионоправном, било на материјалноправном нивоу, као што је то случај са многим другим савременијим правним порецима, нпр. у СР Немачкој, Швајцарској, Аустрији).²⁶

10. Да ли би се ове императивне норме јавноправног карактера примениле као норме непосредне примене, зависи, пре свега, од става суда државе пред којим се спор води. Начелно, може се рећи да су национални судови несклони да примене норме непосредне примене трећих држава (дакле, право држава чије право није нити право земље суда, нити, пак, право на основу којег се спор решава у меритуму), али су склони да их узму у обзир као чињенице у оквиру диспозиције неке од супстанцијалних норми меродавног материјалног права.

V. УГОВОРНИ ОДНОСИ ИЗМЕЂУ FIT FOR SUCCESS ACADEMY LTD. И GEM COLLECTION LTD.

На уговорне односе између Fit for Success Academy Ltd. и GEM Collection Ltd., а на основу уговора о сарадњи од 20. 12. 2001.

²⁶ Видети члан 19. швајцарског IPRG; члан 7 (1) Римске конвенције о меродавном праву за облигационе уговорне односе из 1980. године.

године и уговора о реклами од 12. 11. 2002. године, примењује се право Гибралтара.

**VI. УГОВОРНИ ОДНОС ИЗМЕЂУ FIT FOR SUCCESS
ACADEMY LTD. И GEM COLLECTION LTD.
И BK BUSINESS CONSALTING DOO**

На уговорни однос се, према избору странака, примењује облигационо право Србије и Црне Горе, односно Закон о облигационим односима.²⁷

**VII. УГОВОРНИ ОДНОС ИЗМЕЂУ FIT FOR SUCCESS ACADEMY
LTD. И ФИЗИЧКОГ ЛИЦА КОЈЕ ПОХАЂА КУРС**

1. ДИРЕКТНА МЕЂУНАРОДНА НАДЛЕЖНОСТ

1) Уговорни однос између Fit for Success Academy Ltd. и пољазника курса се заснива на приступници-молби пољазника курса која на пољенини садржи опште услове пословања Fit for Success Academy Ltd.

2) Општи услови пословања Fit for Success Academy Ltd. садрже пророгациони споразум којим се уговора надлежност правосуђа у Гибралтару.

3) Допуштеност оваквих споразума се цени према праву државе чија се надлежност дерогира (на пример Србија и Црна Гора и Аустрија), те према праву државе чија се надлежност судова пророгира (Гибралтар). За пуноважност оваквих споразума, ако странке нису изричito избрале меродавно право (што је овде случај) меродавно је право које је меродавно и за главни уговор, дакле за уговор о праћењу курса „Успешан пут“. Ово право се примењује и на питање да ли су општи услови пословања постали део главног уговора.²⁸

4) Пророгациони споразум, сачињен на напред наведени начин је пуноважан са становишта права Србије и Црне Горе,²⁹ са становишта права Аустрије,³⁰ и са становишта права Гибрал-

²⁷ Допуштено према члану 19 ЗМПП.

²⁸ Видети: Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, Band I, 3. Auflage, Koeln, 1997, стр. 443. и даље.

²⁹ Видети члан 49. ЗМПП.

³⁰ Видети: Schwab-Baumbach-Hartmann-Alberts, ZPO, 63. Auflage, München, 2002, бр. 2. за параграф 38.

тара,³¹ или и са становишта Регулативе ЕУ о надлежности судова и признању и извршењу судских одлука у грађанској и трговачкој материји.³² Ово из разлога што је задовољен, по свим овим изворима права, захтев писмене форме и што у уговору није потребно посебно упућивање странака на пророгациони споразум.

2. МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА УГОВОР О ПОХАЂАЊУ КУРСА

1) Уговорним односом између Fit for Success Academy Ltd. и физичког лица које похађа курс „Успешан пут“ предвиђено је, *inter alia*, да такво лице стиче својство члана друштва GEM Collection Ltd. Међутим, Статутом друштва GEM Collection Ltd. (члан 4) предвиђено је да се чланство у друштву стиче стицањем акција, и то тако што те акције по свом нахођењу (дискреционо право) додељује директор друштва.

2) Дакле, обавеза Fit for Success Academy Ltd. из уговора не представља и ваљан правни основ за стицање чланства у друштву GEM Collection Ltd. Напротив, лице које похађа курс има према друштву Fit for Success Academy Ltd. само облигационоправне захтеве, док према друштву GEM Collection Ltd. нема никаква статусна права нити, пак, било каква потраживања.

3) Да ли је неко лице стекло својство члана у друштву GEM Collection Ltd. цени се према праву Гибралтара, као и у односу на Статут тог друштва.

4) У хипотези да се спор из наведеног односа решава пред правосуђем Гибралтара, на уговорни однос између Fit for Success Academy Ltd. и физичког лица применило би се, сматрамо, у одсуству изричитог избора меродавног права, права оне државе која је са уговорним односом најтешње повезана (*the closest connection*).³³

5) Овде би, по правилу, тешко могло да буде говора о прећутном избору права Гибралтара, према правилу *qui eligit iudicem, eligit ius*, јер је ово правило као индиција у прећутном из-

³¹ Видети: Cheshire-North, *Private International Law*, 13th ed., London, 1999, стр. 329. и даље.

³² Бивша Бриселска конвенција са истим називом – видети члан 17. Регулативе и ближе код Geimer, *op. cit.*, стр. 436.

³³ У том смислу Џхесхире-Нортх, *oī. шиी*, стр. 565. и даље.

бору меродавног права напуштено у англосаксонској правној доктрини и судској пракси.³⁴

6) Друга могућност је да се као меродавно право за уговор примени право Гибралтара, као право места седишта носиоца карактеристичне престације из уговора, што би у овом случају био Fit for Success Academy Ltd. Овакво решење познају сви модерни извори права о међународном приватном праву.³⁵ Међутим, од ове претпоставке се одступа, ако је у конкретном случају уговор тешње повезан са неким другим правним поретком, а не оним у коме се налази место седишта носиоца карактеристичне престације из уговора.³⁶

7) Дакле, из свега наведног произлази да би меродавно право требало да се утврђује појединачно за сваки поједини уговорни однос. Тако, ако би се курс изводио у Аустрији, а полазници курса били држављани те земље или, пак, лица која у тој држави имају домицил, допуштеност и пуноважност уговора би се ценила по праву Аустрије. Дакле, на конкретни уговорни однос би требало да се примени право Србије и Црне Горе, пошто су елементи уговора (једна од странака, место закључења и место извршења уговора) везани за персонални и територијални суверенитет Србије и Црне Горе.

3. МЕРОДАВНО МАТЕРИЈАЛНО ПРАВО

1) Уговор о извођењу курса са стицањем својства члана у друштву GEM Collection Ltd.

Овде се, *prima faciae*, ради о неименованом уговору који се састоји из чак три престације правног лица – Fit for Success Academy Ltd. (*пружање услуга* у вези са извођењем курса, *предаја* четири књиге и *обећање* чланства у другом правном лицу, GEM Collection Ltd.) и једне престације физичког лица – полазника курса *плаћање* одређеног износа новца. При овоме је важно нагласити да Fit for Success Academy Ltd. гарантује и стицање свој-

³⁴ Видети: Cheshire-North, *op. cit.*, стр. 561.

³⁵ Видети члан 4 (2) Римске конвенције о меродавном праву за облигационе уговорне односе, члан 20. ЗМПП-а, члан 38 немачког EGBGB, члан 32. аустријског IPRG.

³⁶ Видети члан 4(1) Римске конвенције, члан 1. у вези са чланом 32. аустријског IPRG, члан 20 ЗМПП-а. Видети: Cheshire-North, *op. cit.*, стр. 560; Fischer-Huber-Oser, *Internationales Vertragsrecht*, 2. Aufl., Bern, 2000, стр. 89. и даље.

ства члана у друштву GEM Collection Ltd. Својство члана у друштву GEM Collection Ltd., како смо то видели, не стиче се на основу уговора, већ, напротив, на основу стицања акција друштва, по дискреционој одлуци директора друштва.

VIII. НЕИМЕНОВАНИ УГОВОРИ – КВАЛИФИКАЦИЈА И ТУМАЧЕЊЕ

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

1) Неспорно је да сви савремени правни системи дозвољавају уговарање права и обавеза у правном промету која нису изричito регулисана позитивним прописима, одн. која не могу да се подведу под један од предвиђених типова уговора (неименовани уговори).³⁷

2) Дакле, закључење неименованих уговора начелно је дозвољено, и то са становишта приватне аутономије (аутономије волје), али њихово правно регулисање повлачи за собом значајан број недоумица.³⁸ Граница њиховог слободног уређења су, наравно, закон и добри обичаји,³⁹ као што је то, у крајњој линији, случај и са именованим уговорима.⁴⁰

2. ПРИВАТНА АУТОНОМИЈА (АУТОНОМИЈА ВОЉЕ СТРАНАКА) КАО ИЗВОР НЕИМЕНОВАНИХ УГОВОРА

1) У складу са својом приватном аутономијом,⁴¹ уговарачи су овлашћени да, наравно у границама јавног поретка, повежу или помешају елементе разних именованих уговора, те је, у

³⁷ Видети: Kramer, *Funktion, rechtliche Problematik und Zukunftsperspektiven der Innominateverträge*, in: *Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising*, Bern/Stuttgart, 1985, стр. 56; Schluep, *Innominateverträge*, in: *Schweizerisches Privatrecht*, Band VII/2, Basel/Stuttgart, 1985, стр. 723. и следећа; Medicus, *Schuldrecht II*, Besonderer Teil, 6. Auflage, München, 1993, стр. 268. и даље; Larenz, *Lehrbuch II/2*, стр. 423; С. Перовић, *Облигациона право*, стр. 192–193.

³⁸ V. Sauter, *Ausgewählte Probleme des Sukzessivlieferungsvertrags*, Zürich, 1982, стр. 76–77.

³⁹ Према нашем праву: принудни прописи, јавни поредак и добри обичаји, в. члан 10. ЗОО.

⁴⁰ Видети: С. Перовић, *op. cit.*, стр. 192; Medicus, *Schuldrecht II*, стр. 268; Gauch-Schluep, *Obligationenrecht II*, стр. 252.

⁴¹ Аутономија волје, односно приватна аутономија, односно самоодређење – Стојановић-Антић, *op. cit.*, стр. 9–12.

складу с тим, реч или о *шовезаном уговору*, или пак о *мешовитом уговору*.⁴² Поред тога, уговорне стране могу да сачине такав уговор који представља оригиналну креацију, код кога се права и обавезе не могу подвести под елементе ниједног именованог уговора. У науци се овакви уговори означавају терминима: *sui generis*, односно *атипичним уговорима*.⁴³

2) Када се врши квалификација уговора мора се имати у виду правило *falsa demonstratio non nocet*,⁴⁴ јер странке могу било због недовољног познавања сложене материје облигационог права или, пак, због намере прикривања праве природе уговора⁴⁵ користити неадекватне изразе и ознаке, па чак и сам назив уговора поставити потпуно нетачно. Дакле, без обзира на то како је уговор насловљен и да ли су адекватно коришћени стручни термини у садржини самог уговора, уколико се уговор може подвести под неки именовани уговор, његов опстанак је знатно извеснији. То је последица чињенице да именовани уговори настају консенсусом о битним, есенцијалним елементима: сагласност о предмету и цени већ хиљадама година, разуме се у општим границама слободе уговарања, чини купопродају пуноважним уговором. У случају спора код именованих уговора у принципу је довољно консултовати посебни део законика, одн. закона који уређује посебне (именоване) уговоре. То код неименованих уговора, наравно, није могуће: странке, пре свега, морају прећи дуг и неизвестан пут од преговора до уговора. Оне се морају споразумети о бројним елементима, јер код неименованих уговора есенцијални елементи захватају, по правилу, неупоредиво шире поље у односу на акцеденталије. У спорним случајевима суд мора да покаже далеко виши степен опрезности, па и знања, јер се иза неименованих уговора могу лакше скрити недопуштена располагања. Посебну пажњу потребно је показати изучавању не само предмета уговора, већ, и нарочито, каузе неименованог уговора. Неретко биће неопходно ући у мотиве обе уговорне стране (код двострано обавезних) или, пак,

⁴² Оваква терминологија, разликовање мешовитих и спојених уговора (*gemischte und zusammengesetzte Verträge*) је практично општеприхваћена у доктрини. Видети: Martinek, *Moderne Vertragstypen*, Band I, München, 1992, стр. 34. и даље).

⁴³ Први се чешће сусреће у швајцарској, а други у немачкој науци. В. Martinek, *Vertragstypen*, стр. 35–36; Gauch-Schluep, *Obligationenrecht* I, стр. 253; Јакшић-Стојановић, *Елементији за једно уговорно право*, Београд, 1995, стр. 126.

⁴⁴ Видети: Larenz, *op. cit.*, бр. II, стр. 424. и Martinek, *Vertragstypen* I, стр. 44.

⁴⁵ Јакшић-Стојановић, *op. cit.*, loc. cit.

мотив само једне стране (код једнострano обавезних уговора). Суд ћe, у таквим случајевима, морати да примени читав спектар правила која се налазе у општем делу грађанског законика, одн. закона о облигацијама.

3) Када је више уговора повезано тако да зависе један од другог, као чинидба и противчинидба као двостранотеретног уговора,⁴⁶ тада је реч о *повезаним* уговорима. Повезани уговори нису неименовани уговори, већ напротив ту се ради о више именованих уговора повезаних у целину, а на основу воље странака, с тим да уколико се споје два именована уговора тада се ради о *спојеном* уговору. Међутим, уколико су странке сачиниле један уговор тако што су помешале више именованих уговора, али поверилац нема интерес да прими само неке од уговорених престација, већ, напротив, његов је интерес да прими повезане, управо у уговору измешане чинидбе, по среди је мешовити уговор. У литератури је наведен пример уговора о најму собе са доручком, где се поставило питање да ли се ту ради о два самостална, повезана уговора или о једном уговору на основу којег дужник дугује две чинидбе.⁴⁷ Основни проблем је која ће се регулатива применити у једном, одн. другом случају: да ли посебна правила која се односе на сваки уговор који чини тај скуп или само један из тог скупа који, на неки начин, представља доминантни уговор у тој повезаној целини?⁴⁸

4) Како ће се квалифиkovati конкретни уговор и, с тим у вези, која ће се правила на њега применити, то зависи од намере утоварача која је била присутна у тренутку креације, односно закључења уговора.

5) У наведеном примеру, уговорне стране су закључиле уговор о закупу собе и уговор о делу (припремање и сервирање доручка), тако што су ове престације повезане у целину. Када се ради о хотелијерским услугама управо описано повезивање престација у једном уговору је правило, те би се у случају спора тешко могло доказати супротно. У другим случајевима, на пример, у тзв. сеоском туризму и сл., где је правило слободна погод-

⁴⁶ Видети: Gauch-Schluep, *op. cit.*, бр. I, стр. 252, и Martinek I, *op. cit.*, бр. I, стр. 39.

⁴⁷ Видети: Јакшић-Стојановић: *op. cit.*, стр. 127; Schluep, *Innominateverträge*, стр. 771, и Martinek, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁸ Замислива су и друга решења – В. Schluep, *Innominateverträge*, стр. 771, и Martinek, *op. cit.*, *loc. cit.*

ба уговарача, могућна су друга решења (госту због положаја и удобности одговара ноћење код једног домаћина, а пошто је вегетеријанац, одговара му исхрана код другог).

6) Квалификање ових уговора зависиће, разуме се, пре свега, од намере уговарача, а сходно околностима случаја. Али у случају спора, када се та намера не може лако утврдити, суд ће обратити пажњу на различите спољне манифестације које указују на намеру уговорних страна, нпр. да ли је уговор (са престацijама које су карактеристичне за два уговора) закључен у истом тренутку, да ли постоји краћи или дужи временски размак код уговарања једне, друге или треће... престације, да ли је уговор сачињен у једном или више писмена и др. Дакле, потребно је да се, узимајући у обзир све чињенице, открије да ли се ради о повезаном, спојеном, мешовитом или, пак, атипичном уговору. То у пракси неће увек бити лако. Уколико се утврди да поверилац, у наведеном примеру (уговор о закупу и уговор о делу), има интерес да прими само испуњење повезаних чинидби онда ће се радити о мешовитом уговору. Ако то није случај, онда се може радити о повезаном или спојеном уговору. Уколико су, пак, странке користиле елементе којих нема код именованих уговора, онда ће се радити о уговору *sui generis*, односно атипичном уговору, код кога важе сасвим другачија правила, правила везана за неименоване уговоре.

3. МЕШОВИТИ УГОВОРИ – КВАЛИФИКАЦИЈА И ТУМАЧЕЊЕ

1) Квалификација и тумачење уговора су две стране лица једног портрета. Да би се сагледала целина, морају се осветлити обе стране. Наиме, квалификација је слика врсте и правне природе уговора, док је тумачење скуп чињеничних елемената који чине садржину уговора. То начелно значи да је квалификација везана за *questio iuris*, док је тумачење управљено на *questio facti*. Међутим, квалификација нема самосталан практички значај (има наравно теоријски значај). С друге стране, тумачење и није могуће без квалификације уговора. Без обзира на то како је уговор насловљен, због могућности *falsa demonstratio*, али и могућности намерног прикривања праве природе уговора, и наука и суд морају поћи од датог чињеничног стања, одн. садржине уговора, а затим квалифиkovati уговор и применити одговара-

јућа правна правила.⁴⁹ Примена *одговарајућих* правила, пак, зависиће од тога да ли је у конкретном случају прихваћена примена теорије апсорпције или теорије комбинације или теорије креације или теорије сходне примене и сл.,⁵⁰ што у ствари зависи од аргументације правне науке и става врховних судова у појединачним државама. Значај правилне квалификације, посебно када се ради о *falsa demonstratio* или о намерном прикривању праве природе уговора, огледа се и у могућности примене конверзије.

2) Повезани и спојени уговори су подваријанте именованих уговора и за њих, у ствари, начелно важе правила посебног дела облигационог права, при чему ће бити од посебног значаја и могућност допуне у уговору присутних празнина свим оним клаузулама које су везане за тај именовани уговор или су уобичајене за њега, осим ако из намере странака не произлази супротно, у смислу да и при тумачењу именованих уговора заједничка намера странака има одлучујући значај, с тим да се мора водити рачуна и о начелима на којима почива конкретно облигационо право.⁵¹ Како су ови уговори састављени од два или више именованих уговора, то ће, нарочито ако се ради о органском јединству тих уговора, у случају квалификације имати посебан значај теорија апсорпције, нпр. у уговору који је састављен од два именована уговора један је очигледно доминантан. Међутим, могућна је одвојена, посебна и паралелна примена правила када се ради о споју два (или више) именованих уговора који нису органски повезани.

3) Атипични уговори, уговори *sui generis* су уговори код којих именовани уговори одсуствују. То су уговори код којих је приватна аутономија, односно аутономија воље странака искоришћена до крајњих граница. Ту намера странака игра још већу улогу него што је то случај код било које врсте именованих уговора, јер овде се не може применити нити теорија апсорпције,

⁴⁹ Тако швајцарски Законик о облигацијама, у члану 18, предвиђа да у циљу правилне квалификације форме и садржине уговора треба, пре свега утврдити праву намеру уговорача и то без обзира на нетачне изразе или називе које су странке употребиле у заблуди или у циљу прикривања праве природе уговора. *Code civil*, у члану 1156, једноставно каже да код уговора пре треба истраживати намеру уговорача, него се држати на дословном значењу у уговору употребљених израза.

⁵⁰ Видети: Schlueter, *Innominatsverträge*, стр. 800. и даље; Martinek, *op. cit.*, бр. I, стр. 62. и даље.

⁵¹ За наше право члан 99. ЗОО. Слично и пар. 914 аустријског Грађанског закона.

нити посебна и паралелна примена правила која важе у посебном делу облигационог права, нити, пак, постоји могућност допуне у уговору присутних празнина клаузулама које су везане за неки именовани уговор или су уобичајене за њега. Отуда и утврђивање праве намере странака мора ићи до детаља, а суд мора показати висок степен познавања општег дела облигационог права, као и познавање „духа“ (свих правила) уговорног права, садржаних како у општем, тако и у посебном делу облигационог права.

4) Мешовити уговори, у ствари, стоје између именованих и неименованих уговора. С једне стране, они јесу начињени од познатих елемената именованих уговора, а има и мишљења да се бар део уговора може подвести под елементе једног именованог уговора,⁵² или поверилачка страна има интерес да се престањија дужника испуни као „органско једињење“, а не у механичком збирку елемената. Другим речима, поверилац не жели да се тај уговор посматра као именовани, већ као неименовани, што је на први поглед противречност. Међутим, уколико се утврди да је по среди заиста један такав атипични уговор, онда је јасно да се ту не могу применити типична правила, јер она важе за именоване уговоре. Ново једињење више не садржи битне особине неког или чак свих својих саставних елемената. Чак и када се у оквиру овог уговора ради о једном препознатљивом именованом уговору, он је утапањем у мешовити уговор изгубио своју ранију самосталност и независност: његове су битне особине управо нови квалитет у односу на конститутивне елементе који га сачињавају. То је, дакле, нови, самостални уговор. Изгледа да пракса упознаје све више оваквих сагласности воља. Ипак мешовити уговори нису једна јединствена целина. То је био разлог што је наука начинила посебну поделу унутар мешовитих уговора.⁵³ Мешовите уговоре делимо на:

- а) *кумулацију* именованих уговора;
- б) *јединство* именованих уговора и
- в) *мешовитие* уговоре са атипичном противчинидбом.

⁵² Martinek, *op. cit.*, бр. I, стр. 46.

⁵³ Упоредити: Larenz, *op. cit.*, бр. II/2, стр. 426; Medicus, *op. cit.*, бр. II, стр. 270; Martinek, *op. cit.*, бр. I, стр. 51; Јакшић-Стојановић: *op. cit.*, стр. 128.

4. КУМУЛАЦИЈА ИМЕНОВАНИХ УГОВОРА

1) Уколико је једна уговорна страна дужна да изврши престације које се могу сврстати у престације које улазе у оквир различитих именованих уговора тада је реч о кумулацији именованих уговора. Тип мешовитих уговора може бити у оквиру истог типа уговора (нпр. закуп пословних и стамбених просторија), или потпуно различитих именованих уговора (кумулација уговора о закупу и уговора о делу код биоскопске представе).⁵⁴

2) Код прве подврсте кумулације именованих уговора квалификација је једноставна, док се код друге подврсте може применити теорија апсорпције или теорија комбинације. Теорија апсорпције се, наиме, има применити у свим случајевима када су чинидбе недељиве, односно када се сврха уговора не би остварила дељењем чинидби. На пример, није немогуће замислiti поделу чинидби код позоришне или биоскопске представе, али у таквом случају сврха уговора би изгубила сваки смисао. Сврха, смисао, циљ уговора указаће на ону престацију која превладава и тиме апсорбује остале престације у конкретном уговору, те ће се одговарајућа, пре свега императивна правила одлучујуће престације, одн. типа уговора, применити у датом случају. Код теорије комбинације се једноставно узима да се на сваку престацију примењују она правна правила која за њу важе. То подразумева да су престације дељиве и да њиховим дељењем уговор и даље може остварити своју сврху. У том смислу, уколико су престације из једног уговора који обухвата закуп пословног простора и стамбених просторија дељиве, тако да код уговорача остаје интерес да се уговор испуни делимично,⁵⁵ јер нпр. нису испуњени законски услови за закуп пословног простора (не одговара пријудним прописима који уређују стандарде за ту врсту делатности која би се обављала у пословном простору), примениће се теорија комбинације. Уколико пак то није могуће, јер је закупац пре свега имао у виду да развије своју пословну делатност из које би финансирао и плаћање закупнине, те је зато у близини узео и стамбени простор, онда је и правна ситуација другачија. Очигледно је да у таквом случају закупац нема интерес да се одржи

⁵⁴ Martinek, *op. cit.*, стр. 52.

⁵⁵ Поверилац није дужан да прими делимично испуњење, осим уколико природа обавезе не налаже супротно. Ако је, пак, у питању новчана обавеза правило је обрнуто – поверилац је дужан да прими и делимично испуњење, осим ако има посебан интерес да га одбије. Видети члан 310. ЗОО.

само закуп стамбених просторија, па се мора прибећи теорији апсорпције, што значи да ће цео уговор бити раскинут.

5. ЈЕДИНСТВО ИМЕНОВАНИХ УГОВОРА

1) Уколико је једна уговорна страна дужна да изврши само једну престацију чија садржина не одговара ни једном типу обавезе која одговара неком именованом уговору, већ се може подвести под најмање два именована уговора, тада је реч о јединству именованих уговора.⁵⁶

2) У нашем праву то би био случај код уговора о уступању и расподели имовине за живота код кога би потомци давали извесну противнакнаду. У вези с тим уговором постоји, наиме, законска претпоставка лукративности, те се тај уговор, по својој правној природи, изједначава са поклоном. Али уколико потомак, одн. потомци дају извесну накнаду, која је увек мања од праве вредности противпрестације претка, онда постоје и елементи уговора о продаји. Но како ту лукративност превладава онерозност, то ће се таква ситуација сматрати врстом мешовитог поклона.⁵⁷ Код захтева за раскид уговора, у случају да се утврди да је за уступљену имовину дата противнакнада која одговара нпр. половини њене вредности, била би примерена теорија комбинације. У том смислу за половину имовине могла би се применити правила која важе за поклон (нпр. опозив због неблагодарности), док би се на другу половину могла применити правила за теретне уговоре (уговор о продаји – раскид због неиспуњења, одговорност за материјалне и правне недостатке и др.). Такође ће се радити о јединству именованих уговора када се висина закупнице пословног простора веже за профит који својом делатношћу остварује закупац, јер се ту ради о мешавини закупа и ортаклука.⁵⁸ У случају спора тешко би се могло претпоставити да ће се странке сложити да се такав уговорни однос сведе нпр. на закуп, јер ако се то дододи онда, са становишта са кога ми посматрамо ове уговорне односе, нема никаквих недоумица (једноставно се примењују правила уговора о закупу). Наравно, исто је и уколико се странке сложе да уговорни однос

⁵⁶ Martinek, *op. cit.*, бр. I, стр. 54; Schluep, *Innominatsverträge*, стр. 800.

⁵⁷ О уговору о уступању и расподели имовине за живота в. шире О. Антић, *Наследно право*, Београд, 2002, стр. 309–312.

⁵⁸ Видети: Martinek, *op. cit.*, бр. I, стр. 55; Schluep, *op. cit.*, стр. 801.

претворе у чист ортаклук. Али ако то није случај, полазећи од намере уgovarača при закључењу уговора, из које нпр. произлази (критеријуми при подели профита и сл.) да је ортаклук главни мотив закључења таквог уговора, примениће се теорија апсорпције.

6. МЕШОВИТИ УГОВОРИ С АТИПИЧНОМ ПРОТИВЧИНДБОМ

1) Уколико, пак, престације обе уговорне стране припадају именованим уговорима, али престација једне стране спада у један именовани уговор, а противпрестација друге спада у други именовани уговор, тада је реч о мешовитом уговору са атипичном противчинидбом. На пример, био случај када се закупац обавеже да ће закупнину „одрадити“ обрађивањем имања, где се преплићу елементи из уговора о раду и уговора о закупу.⁵⁹ Код ове врсте уговора, у одређеним случајевима, теорија комбинације може показати извесне предности: на онај део уговора, из нашег примера, где престација указује на закуп, примениће се законске одредбе посебног дела које уређују уговор о закупу; на део који се односи на рад, одредбе о уговору о раду. На тај начин спорна правна питања се знатно поједностављују. Ипак, постоје и ситуације, које су код ове врсте уговора можда и чешће, када се применом правила која следе из теорије комбинације не би остварила сврха уговора. Нама се чини да у сваком мешовитом уговорном односу са атипичном противчинидбом, када се теорија комбинације покаже неадекватном, треба применити теорију апсорпције. Ако у нашем примеру из намере странака и сврхе целине уговорног односа произлази да рад има превагу над закупом, примениће се правила уговора о раду. И обратно, уколико закуп доминира, ваља, у складу са теоријом апсорпције, применити правила уговора о закупу.

⁵⁹ Видети: Martinek, *op. cit.*, бр. I, стр. 60; Medicus, *op. cit.*, бр. II, стр. 274. Постоје и класични именовани уговори код којих могуће комбинације престација одговарају правној ситуацији која се јавља код мешовитих уговора са атипичном садржином. Тако код уговора о доживотном издржавању као противчинидбe које пружа давалац издржавања могу се јавити елементи уговора о раду, уговора о делу, купопродаје, уговора о ренти и др. Ти елементи јављају се било као самостални, било као повезани у две или више различитих комбинација. О. Антић: *op. cit.*, стр. 322–323.

IX. ТУМАЧЕЊЕ И КВАЛИФИКАЦИЈА КОНКРЕТНОГ УГОВОРА

1. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ

1) Приликом квалификације и тумачења конкретног правног посла, па и уговора о извођењу курса „Успешан пут“ требало би поћи од теорије апсорбције. Ово због тога што се примарна престација Fit for Success Academy Ltd. састоји у извођењу обуке и гарантовању постизања одређеног резултата, тј. уопштење говорећи, укупног позитивног развоја личности полазника курса. Остале престације које се тичу обавезе предаје књига немају своју самосталну сврху, тако да су апсорбоване првом престацијом.⁶⁰ Уз то, трећа престација Fit for Success Academy Ltd. се састоји у обећању радње трећег лица, односно у гаранцији да ће полазник курса постати члан GEM Collection Ltd., те је са становишта квалификације ирелевантна.

2) У свим посматраним правним системима уговор о обуци, извођењу наставе се квалификује као уговор о делу, а не као уговор о раду, јер је обавеза извођача курса облигација циља, одн. обавеза резултата, а не обавеза средства.⁶¹

3) Стoga, читав уговор о извођењу и похађању курса „Успешан пут“ ваља квалификовати као уговор о делу, те на њега, применити суплеторне норме које се односе на овај уговор.⁶²

4) Правила тумачења уговора која су заједничка у свим правним системима налажу да се уговорне одредбе примењују онако како гласе, а да се при тумачењу спорних одредаба не треба држати дословног значења употребљених израза, већ треба истраживати заједничку намеру уговорача и одредбу тако разумети како то одговара начелима облигационог права у конкретном правном систему. Уколико је уговор припремљен и предложен од једне стране, најчешће према унапред одштампаном садржају, нејасне одредбе тумачиће се у корист друге стране. Када се ради о нејасним одредбама код уговора без накнаде, оне се тумаче у смислу који је повољнији за дужника, а у теретном уговору – у смислу којим се остварује правичан однос узајамних

⁶⁰ У том смислу и аустријски врховни суд (Obester Gerichtshog, у даљем тексту OGH) 3. 2. 1976, SZ, 49/13, стр. 53.

⁶¹ У том смислу и OGH, 3. 2. 1976, стр. 56; Fischer-Huber-Oser, *op. cit.*, стр. 319.

⁶² Видети чл. 600–629. ЗОО.

давања.⁶³ Уз дидактичко тумачење нужно је користити и циљно-телеолошко тумачење како би се сагладала целина и права сврха уговора, и то како у његовој сопственој редакцији, тако и у системској редакцији, када се уговор тумачи посматрано заједно са осталим правним пословима који чине са њим целину, било са оним правним пословима који чине смислену целину са уговором о извођењу и похађању курса „Успешан пут“.

5) У том смислу неопходно је подвучи да учесник курса, приликом потписивања уговора о похађању курса, подноси и молбу за пријем у чланство друштва GEM Collection Ltd. Истовремено, учесник прихвата и опште услове друштва GEM Collection Ltd. који у члану 4 предвиђају да „GEM Collection Ltd. нуди енормне могућности зараде“, те који у члану 5. предвиђа право на провизију и начин исплате члану друштва и сл.

6) Слично произлази и када се тумачи уговор о реклами сачињен дана 12. 11. 2002. године између Fit for Success Academy Ltd. и GEM Collection Ltd. Уговор нема тачно одређен предмет, нити се, пак, дефинише у чему се тачно састоје престације уговорних страна, нити, пак, право GEM Collection Ltd. на накнаду. Циљ овог уговора јесте, заправо, пружање могућности GEM Collection Ltd. да нуди трећим лицима књиге „Успешан пут“ за цену од 2.290 евра. Да ли у своје име и за свој рачун или, пак, у своје име, а за рачун Fit for Success Academy Ltd., уговором није одређено.

7) Такође, уговором који су закључила иста лица дана 20. 12. 2001. године – Уговором о сарадњи – предвиђено је да Fit for Success Academy Ltd., преко GEM Collection Ltd., технички спроводи курс „Успешан пут“ (члан 1 став 2), те да полазник курса, лице које уплати Fit for Success Academy Ltd. износ од 2.290 евра, стиче право да постане члан друштва GEM Collection Ltd. Чланством у друштву добија се саодговарајући статус у друштву (члан 2. у вези са чланом 5), право да до краја свог живота похађа курс „Успешан пут“, те право на провизију у случају да успешно рекла- мира курс „Успешан пут“, ако у друштво доведе нове чланове (члан 5).

8) С обзиром на чињеницу да су сви ови уговори правно, па и економски повезани, те да, с тога, чине економско јединство,

⁶³ Видети чл. 99–101. ЗОО.

неопходно је, дакле, да се, приликом квалификације и тумачења уговора о извођењу и похађању курса „Успешан пут“ читава ова правна операција посматра у својој укупности, узимајући овде у обзир како њен предмет, тако и каузу, односно правни основ због којег се уговорне стране управо обавезују на извршење уговором извршених престација.

9) Кауза обвезивања Fit for Success Academy Ltd. према учесницима курса, а и GEM Collection Ltd. према учесницима курса јесте претходна уплата износа у висини од 2.290 евра. С друге стране, пак, разлог обвезивања учесника курса на плаћање накнаде за похађање курса јесте, у крајњој линији, стицање чланства у друштву GEM Collection Ltd., уз могућност стицања права на провизију, ако члан успе да привуче треће лице да похађа исти курс по истој ценам. Провизија члана друштва GEM Collection Ltd. расте геометријском прогресијом, онако како је то одређено у уговору о сарадњи закљученом између Fit for Success Academy Ltd. и GEM Collection Ltd. Овде се, уопштено речено, ради о тзв. систему пирамиде, односно о некој врсти уговора о игри на срећу који је, отуда, превасходно алеаторног карактера.

2. КВАЛИФИКАЦИЈА И (НЕ)ДОПУШТЕНОСТ УГОВОРА О ПОХАЂАЊУ КУРСА FIT FOR SUCCESS ACADEMY LTD. У ПРАВУ АУСТРИЈЕ

1) Аустријско право разликује тзв. „Schneeballsystem“ (систем снежне лопте) и тзв. „Multy-Level Marketing System“ (систем вишестепене рекламе).⁶⁴

2) Систем „снежне лопте“ састоји у томе да клијент добија услугу или робу чија је стварна вредност десет јединица, уз истовремено обећање да ће добити назад цену коју је платио за ту робу или услугу, увећану и по неколико пута, уз услов да наведе и друга лица да са понуђачем закључче под истим условима уговор о продаји робе или пружању услуга. Битно је за овај систем да се клијенту у тренутку закључења уговора обећавају конкретне погодности.

3) С друге стране, пак, „Multy-Level Marketing System“ се састоји у томе да се клијенту у време закључења уговора не обећавају никакве конкретне погодности приликом куповине

⁶⁴ Видети: Baumbach, Wettbewerbsrechts, Wien, 2001, бр. 172 и даље.

робе или плаћања цене услуге. Напротив, овде у моменту закључења уговора постоји једнака вредност међусобних престација, али се клијенту у тренутку закључења уговора омогућава да настави да ради за налогодавца и да за њега прибавља нове клијенте уз могућност да за то добије провизију као неку врсту надокнаде.

4) Систем „снежне лопте“ је забрањен у Аустрији,⁶⁵ као и у многим другим државама, нпр. Француској и Немачкој,⁶⁶ као противан јавном поретку. Уз то, у Аустрији је закључење оваквих уговора кривично дело и запрећена је кривична санкција.⁶⁷

5) У погледу друге врсте уговора, Multy-Level-Marketing System сматра се како у доктрини, тако и у судској пракси да су допуштени, односно да немају елементе алеаторности.⁶⁸

6) Међутим, допуштеност и једне и друге врсте уговора мора да се цени од случаја до случаја, при чему се узимају у обзир све околности, али, пре свега, и поједине уговорне одредбе. Оно што је сигурно јесте да су, према аустријској судској пракси, у оваквим врстама уговора клаузуле којима се забрањује раскид или отказ уговора или, пак, којима се клијенту ускраћује право да захтева на било који начин (укључујући, али не ограничавајући се на судски поступак) повраћај накнаде коју је платио за курс *ништаве*.⁶⁹

7) У конкретном случају, Fit for Success Academy Ltd. се обавезао према полазницима курса на три престације, како је то речено, при чему се трећа састоји у обећању радње трећег лица. Радња трећег лица, која сама по себи не ствара за то треће лице никакву обавезу, састоји се у обећању чланства у друштву GEM Collection Ltd., при чему чланство у GEM Collection Ltd. пружа могућност полазнику курса да делимично поврати свој новац и заради провизију.

8) Приликом тумачења да ли се ради о једној или, пак, другој врсти уговора треба поћи од оцене следећих чињеница:

⁶⁵ Видети OGH, 1997, 100б 2429/96; OGH 1996, 50б 506/96.

⁶⁶ Видети: Koppersheimer, *op. cit.*, бр. 172.6.

⁶⁷ Пара. 6.ц. UWG; пара. 27. . UWG.

⁶⁸ Видети: Koppersheimer, *op. cit.*, бр. 174. са упућивањем на аустријску судску праксу.

⁶⁹ У том смислу ништаве су и клаузуле у погледу курса за обуку OGH, 3. 02. 1976, СЗ, 49/13, стр. 53. и даље.

- а) колико је курс заиста подесан, с обзиром на време и интензитет трајања, да произведе обећани циљ;
- б) какав је наставни квалитет лица која изводе курс;
- в) какав је квалитет наставног материјала садржаног у књигама „Успешан пут“;
- г) каква је била стварна намера странака приликом закључења уговора, што не може да се утврди *in abstracto*, већ напротив само саслушањем странака у поступку пред судом;
- д) какав је био наступ Fit for Success Academy Ltd. у фази пре закључења уговора, односно шта све Fit for Success Academy Ltd. обећава полазнику курса пре него што овај донесе одлуку да закључи уговор.

9) Ипак, с обзиром на чињеницу да Fit for Success Academy Ltd. већ у моменту закључења уговора обећава радњу трећег лица, GEM Collection Ltd., односно чланство у овом друштву које за собом повлачи могућност „енормне зараде“, како се то наглашава и у општим условима пословања GEM Collection Ltd., али да, с друге стране, ако полазник курса постане члан друштва GEM Collection Ltd. добија једну акцију друштва GEM Collection Ltd. у вредности од једне фунте стерлинга, склони смо схватању да би по аустријском праву, с обзиром на то да је ово право најрестриктивније у том погледу, оваква врста уговора у својој укупности била окарактерисана као пирамидална игра и да би, самим тим, била недопуштена, односно апсолутно ништава.

10) Посебно би требало напоменути да је закључење оваквих уговора, неретко, праћено могућношћу преваре, односно намере да се долозно оштети полазник курса, јер је круг лица који полазници курса могу да привуку да похађају курс ограничен, а управо привлачење што већег броја лица чини основ за стицање права на провизију. Отуда се унапред зна да последњи чиниоци у ланцу, полазници курса, или готово да немају никакве шансе да у ланац увуку нова лица и тиме стекну право на провизију или је та могућност веома ограничена.⁷⁰

11) Веома је тешко одговорити на питање да ли би и колики број учесника курса прихватио да похађа курс, уз претходну уплату од 2.290 евра, да му се у тренутку закључења уговора не ставља у изглед могућност „енормне“ зараде. Таква би се чиње-

⁷⁰ Тако изричито OGH, 1996, 506 506.

ница могла, на правно релевантан начин, утврдити само у судском поступку.

12) Права последица закључења ништавог правног посла, у наведеном смислу, по аустријском праву и, наравно, не само по аустријском праву, јесте повраћај датог.⁷¹

3. КВАЛИФИКАЦИЈА И (НЕ)ДОПУШТЕНОСТ УГОВОРА
О ПОХАЂАЊУ КУРСА FIT FOR SUCCESS ACADEMY LTD.
ПО ПРАВУ СРБИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ

1) За разлику од наведеног упоредноправног прегледа, у нашој земљи нисмо успели да пронађемо објављену судску практику везану за овакав или, пак, сличан тип уговора.

2) Постоји могућност да се упоредноправна решења која смо детаљно анализирали, *mutatis mutandis*, пренесу и у наш правни систем, при чему би се упориште за једно такво схватање могло наћи у појединим одредбама ЗОО, као на пример одредбама чл. 51. и 52 (основ обавезе), члан 53 ст. 2. и 3 (побуда за закључење уговора), члан 103 (ништавост уговора због противности јавном поретку и добним обичајима), чл. 139. и 141 (лезија, тј. прекомерно оштећење и зеленашки уговор), члан 143 (ништавност појединих одредаба општих услова).

3) Када се ради о примени нашег права на наведене уговорне односе, сигурно је да се, као што је то случај и у упоредном праву, применом теорије апсорпције, ради о уговору о делу, при чему Fit for Success Academy Ltd. обећава полазницима курса успех, односно одређени резултат. Међутим, резултат извршења обавезе Fit for Success Academy Ltd. се не састоји само и искључиво у обезбеђењу могућности полазницима курса да поврате свој новац плаћен за курс, односно да дођу до зараде стицањем провизије.

4) Нужно је да се у сваком појединачном случају тумачи и сазна основ обвезивања сваког појединачног полазника курса, као и његова конкретна побуда приликом закључења уговора. Могуће је, наиме, да се поједини полазници курса не руководе превасходно могућношћу да зараде провизију, већ, напротив, могућношћу да учине значајне кораке на развоју своје личности.

⁷¹ Видети OGH, 1997, 100б 2429.

5) Имајући у виду изразито повољне рецензије стручњака, допуштеност наведеног уговора о похађању курса „Успешан пут“ може једино да се цени у сваком појединачном случају, уз оцену каузе и мотива обvezивања сваког појединачног учесника.

6) Ако је могућност зараде у пирамидалном систему био једини, одн. искључиви или, пак, одлучујући разлог обvezивања полазника курса и ако је такву побуду приликом закључења уговора иницирао Fit for Success Academy Ltd., тада би уговор о похађању курса са Fit for Success Academy Ltd. био ништав, као противан добрим обичајима и јавном поретку. Али, и обрнуто, уколико Fit for Success Academy Ltd. није ни на који начин довоја сауговарача у заблуду, као и уколико полазник курса није закључио наведени уговор због могућности пирамидалне зараде, такав уговор би могао да опстане.

ЗАКЉУЧАК

1. Неименовани уговори пружају уговорним странама могућност најшире примене приватне аутономије која је могућна у облигационом праву. Уговарачи могу предвидети најразличитије престације, укључујући и неуобичајене и до тада непознате. Њихова слобода воље је веома широка, али, разуме се, није неограничена. Граница те слободе је у свим правима омеђена јавним поретком, у најширем смислу те речи. Она је у нашем праву означена као граница коју постављају принудни приписи, јавни поредак и добри обичаји. Треба приметити да код конкретног претресања неименованог уговора треба, пре свега, обратити посебну пажњу на поштовање основних начела садржаних у праву које је меродавно за дати уговор.

2. У примеру Fit for Success Academy Ltd. и GEM Collection Ltd., с обзиром на то да странке нису уговориле меродавност права, неопходно је утврдити меродавно право на основу објективних тачака везивања, и то на основу принципа најтешње повезаности.

3. Као меродавно право долазе у обзир право Аустрије, право Гибралтара, као и право Србије и Црне Горе.

4. Уколико би у конкретном случају било меродавно наше право, а за то, како смо видели, има основа, допуштеност или недопуштеност оваквих уговора, одн. поједињих одредби наведених уговора, у недостатку посебне (специјалне) регулативе, мог-

ла би да се потврди или, пак, негира тек након сагледавања свих околности сваког појединачног случаја. Начелно, наведени уговори се могу сврстати у систем вишестепене рекламе, што би имало за последицу да нису a priori недопуштени. С друге стране, сходно нашем праву, неименовани уговори би се морали ставити под лупу, пре свега, основних начела облигационог права садржаних у Закону о облигационим односима. То би била следећа начела: равноправност страна; савесност и поштење; забрана злоупотребе права; забрана стварања и искоришћавања монополског положаја; једнака вредност давања (еквивалентност престација); забрана проузроковања штете; дужност испуњавања обавеза; понашање у извршавању обавеза и остваривању права; решавање спорова на миран начин; примена добрих пословних обичаја.⁷²

5. У примеру уговора који су везани за Fit for Success Academy Ltd. и GEM Collection Ltd., иако се одређени однос квалификује као уговор о делу, има других уговорних односа који спадају у материју неименованих уговора, једна страна (правно лице) би се могла позивати на начело дужности испуњавања обавеза, као и на начело решавања спорова на миран начин. Наime, уговорач (физичко лице) који није задовољан закљученим уговором, пре подношења тужбе, требало би, ради решавања спорних питања на миран начин, да се обрати другој уговорној страни. С друге стране, правно лице може инсистирати на начелу *pacta sunt servanda*, односно да су странке дужне да извршавају своје обавезе управо онако како је то уговором предвиђено и одговорни су за њихово испуњавање, тим пре што је у конкретном случају све прецизно уговорено и то у писаном облику. Када би се, дакле, на уговорне односе који су везани за Fit for Success Academy Ltd. и GEM Collection Ltd. применила правила теорије аутономије воље, као и несумњиво значајни принцип *pacta sunt servanda*, закључак би, неоспорно, гласио да се нити једна уговорена престација не може оспорити, будући да су засноване на слободи воље уговорних страна, да је свака престација темељно разрађена и објашњена, да је сваки уговорач који је приступио адхезионом уговору потписао констатацију да су у уговору наведени услови објашњени и да је кандидат добио одговор на свако питање, те је у потпуности разумео све услове учешћа на курсу и прихватио их. Ипак, савремена права би, а међу њима и наше, бар неке од-

⁷² Чланови 11–19. и члан 21 ЗОО.

редбе ових уговора, с обзиром на присуство све већег броја ограничења слободе уговарања, ставило под знак питања.

6. Друга уговорна страна (физичко лице) могла би се тако позвати, у циљу истицања неважности уговора (у целини или делимично), пре свега, на чињеницу да правна лица Fit for Success Academy Ltd. и GEM Collection Ltd., с обзиром на позитивне прописе који су на снази у Србији и Црној Гори, не могу да непосредно обављају своју регистровану делатност на територији Србије и Црне Горе. Чињеница да је друштво Fit for Success Academy Ltd. закључило уговор о налогу са предузећем BK Business consulting d.o.o. са седиштем у Београду нема утицаја на немогућност оваквог пословања на територији Србије и Црне Горе. Међутим, овај је проблем отклоњиве природе, јер наведена правна лица могу уредити свој статус у складу са позитивним правом у нашој земљи. Физичко лице могло би се, потом, позвати на начело савесности и поштења, на начело једнаке вредности давања, као и на примену добрих пословних обичаја. Физичко лице би се могло позвати и на низ посебних одредаба ЗОО: на одредбе чл. 51. и 52 (основ обавезе), члан 53 ст. 2. и 3 (побуда за закључење уговора), члан 103 (ништавост уговора због противности јавном поретку и добрым обичајима), чл. 139. и 141 (лезија, тј. прекомерно оштећење и зеленашки уговор), члан 143 (ништавност појединих одредаба општих услова).

7. Исход спора би зависио, наравно, од исхода доказног поступка, при чему би се нарочито морало водити рачуна о понашању уговорних страна и истраживању њихових побуда приликом закључења уговора. У ствари, ту би се, као посебно неуралгичне, нашле две групе питања: с једне стране, то би била питања везана за постојање или непостојање пирамidalног система зараде, а с друге стране, поставио би се проблем допуштености одредбе о немогућности враћања уписнине курса, и то како стоји у уговору – ни парцијално, чак и ако се учесник курса одрекне да прими делове курса!

8. Уколико би се доказало да је у питању пирамidalни систем зараде и да је он био одлучујућа побуда за ступање у уговорни однос, онда би у већини савремених права, нарочито Европске уније, такав уговор, као споразум противан јавном поретку и добрым обичајима, био ништав. Такво решење треба усвојити и за наше право. С друге стране, уколико и постоји могућност прогресивне зараде (а то је могућно и у систему вишестепене рекламе), али она *in concreto* није била одлучујућа

побуда за закључење предметног уговора, тако уговорене престације могу се сматрати допуштеним. Уосталом, како у упоредном праву, тако и код нас, различите посредничке провизије, па и провизије у систему вишестепене рекламе, нарочито у области осигурања, сматрају се допуштеном садржином уговора.

9. Међутим, када је реч о одредби адхезионог уговора⁷³ која другој уговорној страни, која приступа уговору, одузима могућност повраћаја уплаћених средстава у сваком случају, па чак и у случају делимичног раскида уговора, таквој одредби не би требало признати правно дејство, јер је противна јавном поретку и добним обичајима. Слично је и с тачком 7. Општих обавезних услова пословања за куповину, учествовање и чланство на курсу школовања организованог преко Fit for Success Academy Ltd., где је предвиђено да ће учесник курса који прекрши правила или покуша да проузрокује „неправилности у подручју пословне делатности, бити искључен и губи сва права“. Тако рестриктивна клаузула, која омогућава једној уговорној страни (и то оној која је унапред припремила, одштампала и предложила садржину уговора) да другу лиши свих права из уговора, противна је јавном поретку и добним обичајима у промету и отуда ништава. Ово тим пре, што су за повреде уговора од стране правног лица, које је адхезиони уговор саставило, предвиђене знатно блаже санкције.

10. Коначно, на остале одредбе ових уговорних односа требало би, применом теорије апсорпције, *mutatis mutandis*, применити правила Закона о облигационим односима која уређују уговор о делу. Иначе, у швајцарском праву, а као што је познато управо је то право било узор за наш Закон о облигационим односима, Федерални суд примењује теорију апсорпције.⁷⁴

⁷³ Овде се мора имати у виду и то да је једна страна (правно лице) унапред припремила, одштампала и предложила садржај уговора, као и да су садржину уговора другој страни објашњавала лица управо запослена код тог правног лица.

⁷⁴ Због комбиновања правила садржаних у општим начелима и правила садржаних у посебном делу Законика о облигацијама, у науци се овај систем који примењује швајцарски Федерални суд понекад назива – апсорпција са клаузулом одступања. В. Schlueter, *op. cit.*, стр. 804.

Oliver Antić*

NOMINATE AND INNOMINATE CONTRACTS IN THE PRESENT-DAY LAW OF OBLIGATIONS

Summary

This paper discusses the problems that arise in the present-day Law of Obligations, in connection with the classification of contracts into nominate and innominate contracts. The analysis contains a theoretical examination of the said contracts, their sub-types (linked, joined, mixed and atypical), their qualification and interpretation, the conflict of laws in the domain of contracts, particularly in view of public policy. Without referring to the classic institutions of obligation, i.e. contractual law, it is difficult or even impossible to understand the changing nature of contractual relations in our times, especially because they seem to be taking on completely new forms. What appear to be quite new forms of innominate contracts, often on the very boundaries of public policy (public order), fair dealings, and prohibited contracts impose the need for a thorough and theoretical re-examination of the old classification of contracts into nominate and innominate. In fact, those modern, apparently, completely new contracts can be reduced to a kind of sub-type, which is between classic nominate and innominate contracts. This premiss could have significant, practical consequences because the legal life of such a contract will largely depend on the application of one or the other theory, e.g. the theory of absorption or the theory of combination, with the possibility of relativising clear-cut types of contracts (e.g. the theory of absorption with certain specificities). It goes without saying that all of this, significantly eases the practical understanding and treatment of such contracts, especially from the viewpoint of the basic and, in a certain sense, most important question – their permissibility.

Besides the theoretical approach, the paper also deals with all the legal aspects of one specific, innominate contract, which provoked heated public debate and was the subject of several court cases. In conclusion, based on the doctrinal grounds, on experience in comparative law, as well as on foreign cases, the author gives his view of the resolution of these extremely complex problems, which in our judicial practice would require the application both of general and of particular rules contained in the Law of Obligations, and the appropriate application of special legislation.

Key words: *Nominate contracts. – Innominatе contracts. – Joined contracts. – Mixed contracts.
– Theory of absorption.*

* Dr. Oliver Antić, Full Professor, Faculty of Law in Belgrade.

Oliver Antić*

LES CONTRATS NOMMÉS ET LES CONTRATS INNOMÉS DANS LE DROIT CONTEMPORAIN DES OBLIGATIONS

Résumé

La classification des contrats nommés et innomés est de plus en plus importante dans le droit contemporain des obligations. Dans cet article, l'analyse se rapporte à la notion du contrat, à la classification des contrats, à leur subdivision (contrats liés, mixtes et atypiques) et à leur qualification et interprétation, ainsi qu'aux conflits de lois dans le domaine contractuel, notamment en ce qui concerne l'ordre public. Dans la pratique de tous les jours, on peut se rendre compte de l'existence de nombreux contrats qui à première vue ont des formes tout à fait nouvelles. Ces nouveaux contrats innomés, se heurtent souvent à l'ordre public et aux bonnes moeurs. Or, il est impossible de les comprendre sans se référer aux règles classiques du droit contractuel. Ainsi s'impose la nécessité d'approfondir les études de la vieille classification des contrats en nommés et innomés. Il est fort probable que ces études donneront comme résultat que ces contrats apparemment tout neufs se réduisent en fait à une sous-espèce se trouvant dans une zone grise à la limite des contrats nommés et innomés. C'est souvent du choix doctrinal entre la théorie de l'absorption et celle de la combinaison des éléments, dont dépendra la qualification de ces nouvelles formes. En procédant ainsi on va faciliter la compréhension et la qualification de ces nouveaux contrats en ce qui concerne leur validité.

Dans cet article, on a étudié un cas pratique qui dans l'opinion publique a soulevé bien des points de vue divergents, voire polémiques et qui, en outre, a fait l'objet de nombreux litiges. En conclusion, l'auteur partant des principes généraux de droit, des expériences du droit comparé, et de la jurisprudence des tribunaux étrangers expose son opinion sur la manière dont on pourrait trouver des solutions satisfaisantes à ces questions difficiles.

Mots clés: *Contrats nommés. – Contrats innomés. – Contrats liés. – Contrats mixtes. – Contrats inter liés. – Théorie de l'absorption*

* Oliver Antić, professeur à la Faculté de Droit de Belgrade.

Ерик Агостини¹

ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ ОД ОПАСНЕ СТВАРИ² – ПРИМЕНА ФРАНЦУСКОГ ПРАВА НА МАУРИЦИЈУСУ³

Захваљујући приватним часовима које му је давао Тронше (Tronchet),⁴ Бонапарта се боље разумевао у Француско грађанско право, него Наполеон у британско прекоморско право. Француско острво (l'Isle de France) капитулирало је почетком децембра 1810. године, а у члану 8. акта о предаји потписаном у Памплусу (Pamplemousses) у британском главном штабу на дан 3. децембра у један сат по подне⁵ било је предвиђено „да ће ста-

¹ Ерик Агостини (Eric Agostini) је професор Грађанског права на Универзитету Монтешије – Бордо IV (Université Montesquieu Bordeaux IV) Француска. Међу подручјима његовог научног интересовања налазе се Упоредно право, Међународно приватно право и Право о дистинктивним знацима.

² Текст је посвећен успомени на рано преминулог Кристијана Мулија (Christian Mouly) професора на Правном факултету у Монпелјеу (Montpellier), аутора бројних радова, између осталих и значајног дела *Droit des sûretés* (Право о обезбеђењима потраживања) заједно са Мишелом Кабријаком (Michel Cabrillac).

³ Маурицијус, острво у Индијском океану, источно од Мадагаскара (којег аутор помало носталгично зове старим именом Француско острво – l'Isle de France) с острвом Реунион и другим, ситнијим острвима чини архипелаг Маскарена, насељено је становницима креолског, индијског (хинду и муслиманског) и кинеског порекла. Занимљиво је да је на Острву Уставно и уопште Јавно право енглеско, док је Приватно право Француско. О томе како наведена подељеност функционише говори се у овом чланку.

⁴ Видети: *Traité de droit civil* у општој редакцији Жака Гестена (Jacques Ghustin) *Introduction*, 4 ème édition, Paris Librairie générale de droit civil, 1994 par J. Ghustin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, n° 142 страна 101 и фусноте.

⁵ G. Huguette Ly-Tio-Fane-Pineo, In the grips of the Eagle, Mahatma Gandhi Institute Mauritius 1988 стране од 220 до 223.

новници (острва) задржати своју веру, законе и обичаје.”⁶ По повратку у Француску, генерал Декан (Decaen) бивши гувернер Маскарена (Mascaregnes), био је саслушаван у Ратном савету, али је ослобођен сваке одговорности због пораза, а император му је чак и честитao што је од победника успео да добијe тако повољне услове, рекавши да „никада није видео часнију предају.”⁷

И поред повремених успеха француских пирата⁸ и ефемерне победе код Велике Старе Луке⁹ (Vieux-Grand Port), који су за неко време одложили исход надметања око острва Маурицијус, сви облици владавине, Конвент, Директоријум, Конзулство и Царство искусили су поразе у поморским биткама са Енглеском, а ове су пратили одговарајући губици последњих прекоморских територија које су Француско преостале после Париског мира 1763. године. Света Луција,¹⁰ Мартиник,¹¹ Гваделупа,¹² Реунион¹³ итд. Наполеон је, дакле, располагао свим потребним елементи-

⁶ Закон о проглашењу од 5. децембра 1810. године имао је унеколико другачију формулатију: „исти закони и исти обичаји који су били на снази до овог дана, важиће и даље.”

⁷ H. Ly-Tio-Fane-Pineo, наведено дело, стр. 163.

⁸ Не потчењујући подвиге француских пирата с Антила, треба рећи да су и гуспари у Индијском океану загорчавали живот Енглезима. Port-Louis је био њихова најважнија база. Упоредити: Marcelle Lagasse, *људи с мора (Ces hommes de la mer édition JPC)*, зборник хронике објављиван у Expressu на острву Маурицијус од 1972. до 1987.

⁹ Ова битка се помиње као једина победа француске морнарице у то доба. Уистину била је још једна на дан 31. маја 1805. године на Мартинику, када је жеђ приморала Енглезе (који су Дијамантску стену – H. M. S. Diamond Rock претворили у man of war) да се предају адмиралу Вилневу (Villeneuve). Али, 21. октобра догодиће се Трафалгар.

¹⁰ Прокламација генерала Гринфилда (Greenfield) и адмирала Худа (Hood) од 25. јуна 1803. Упоредити: N. J. O. Liverpool, *The history and development of the St. Lucia Civil Code, Barbados 1977, réédition 1883*, нарочито стр. 3. Видети такође, разне студије објављене у 14-ој свесци (1983) Revue Générale de droit.

¹¹ Мартиник је капитулирао у два наврата, а у међувремену је био ослобођен дипломатским путем. У члану XIII Уговора о капитулацији од 24. фебруара 1809. (Законик Мартиника том 5, страна 332 и даље, нарочито страна 336) било је речено: „Закони који су на снази биће задржани до уговора о миру између две нације. Организација судова остаће таква каква је сада.” У капитулацији од 22. марта 1794. било је наведено у члану X (Законик Мартиника, том IV, страна 244 и даље, нарочито 246) да „Грађански законик који важи на Мартинику (?) биће задржан у важности две године.” Упоредити о овоме: Liliane Chauleau, *L'occupation anglaise à la Martinique (1794–1802)*, *Historial antillais*, tome 3, Fort de France 1981, стране 37–50. Рођење Жозефине, прве Наполеонове супруге, о коју се отимају Санта Луција и Мартиник и настањивање њене породице у месту Trois-Îlets на Мартинику могли су повећати Цареву осетљивост о овом питању, али је 1810. године Креолка већ била удаљена.

¹² Уговор од 6. фебруара 1810; Видети: *Jur. Gén, 1ère édition*, том 2, одредница Colonies, стр. 668.

¹³ H. Ly-Tio-Fane-Pineo, *In the grips of the Eagle*, стр. 152 и 153. У акту о капитулацији од 8. јула 1810. у члану 2. било је речено: „Закони, обичаји и религија становника као и њихова посебна својина биће поштовани.”

ма да установи како Шкотланђанин Фаргухар (Farguhar), први енглески гувернер Маурицијуса није учинио никакав нарочити уступак генералу Декану: он је једноставно уврстио l'Isle de France у исту категорију у којој су била и остала енглеска завојевања. Наиме, почев од одлуке у спору *Campbell v. Hall* из 1774. године,¹⁴ у Енглеској се правила разлика између земаља за насељавање (Settled Countries), у које су енглески наследници доносили са собом своје право Common Law, у мери у којој се то право могло ускладити са локалним амбијентом и освојених земаља (Conquered Countries) у којима је победник оставил у важности обичаје побеђене стране.

Француско острво (l'Isle de France) се налазило у овој другој категорији и без обзира што је поново добило име Маурицијус, које су му наденули Холанђани приликом заузимања,¹⁵ наставило је да живи под заставом европског континенталног права. Отуда је на пример, било могуће да Адријан д'Епине (Adrian d'Epinay) као заступник насељених колона, затражи да им Енглеска накнади штету коју су претрпели због ослобађања робова¹⁶ (који су им припадали). У Француској је закон од 30. флореала¹⁷ донет у време конзулства, поново успоставио ропство¹⁸ и вратио правну снагу Законику о црнцима (Code noir), док је Наполеонов (Грађански) законик у члану 545. искључивао могућност експропријације без претходне, правичне накнаде. Како је Грађански законик од 1804. године, заједно са Трговачким закоником (Code de commerce) и Закоником о грађанском поступку (Code de procédure civile) био на снази на Маурицијусу¹⁹ и

¹⁴ 1774. Loft 655.

¹⁵ Видети: *Mauritius illustrated* саставио Allister Mac Millan, Лондон 1914, репринт Папете (Papeete) 1991, стр. 11–70, одредница „History” написао Albert Pitot, стр. 13.

¹⁶ *Mauritius illustrated*, стр. 46–51. Француски краљ Карло X ишао је још даље јер је Хаитију условно стицање независности тиме да „Бисер Антила” исплати накнаду француским колонима за одузету земљу и робове. Робови на Хаитију су откупили своју слободу за цену од 150 милиона златних франака уредно исплаћиваних у раздобљу од 1825. до 1897. године, а да се Веома-Хришћански краљ, Краљ Грађанин, све врсте републичких режима (међу којима и режим Виктора Шелшера (Victor Schoelcher – који је иначе био иницијатор укидања ропства у Француској) право, ауторитарно, а затим и друго либерално Царство, због те чињенице нимало не узбуде.

¹⁷ Duvergier, том 13, стр. 446.

¹⁸ У ствари, Закон од 16. пливиоза, године друге (по револуционарном календару), (*Duvergier, tome 7.* стр. 36) није био у примени на Маурицијусу. Видети: J. P. Biondi, F. Zuccarelli, 16 pluviôse An II, *Les Colonies de la Révolution*, Paris, Denoël, 1989. стр. 127.

¹⁹ Одлуке од 25. вандемијер-а године четрнаесте и од 3. септембра 1807. кад је реч о Грађанском законику. Што се друга два законика тиче, видети: E. Agostini, *Droit comparé*, Paris, Presses universitaires de France, 1988, n° 157 стране 233–296 и наводе у фуснотама.

представљао важеће право које је Победилац према акту о предаји из 1810. године био дужан да поштује, и он је то и чинио, истина без много одушевљења.

Судове на Маурицијусу су, дакле, правно обавезивали француски закони који су били на снази 1810. године, када је био потписан акт о предаји. Но, током времена наметнуло се питање да ли их у истој мери обавезују и тумачења која је тим законским текстовима придавала усталјена судска пракса у Француској? Начин на који је на Маурицијусу тумачено правило из чл. 1384. ст. 1. лепо илуструје ово питање.

Поменута одредба требало је да има не-нормативни карактер,²⁰ по замисли законодавца,²¹ а тек је судска пракса, својим преторским поступањем, формулисала два значајна правила која су се примењивала на основу те одредбе. Новије правило утврђивало је опште начело о одговорности за другог, и оно овде није предмет разматрања, док је старије правило проглашавало општи принцип по коме чувар (*gardien*) одговара за штету од опасне ствари.²² У сажетом облику, случајеви реморкера Мари (Marie), и настрадалог радника Тифена (Tiffeine),²³ поморске луке Бриен (Brienne)²⁴ као и пресуда у случају Лизе Жандер (Jand'heur)²⁵ означавају најважније етапе у развоју ове одговорности. После тога су пресуда у случају Клод Франк (Claude Franck) и поштар Коно (Connot),²⁶ пресуда у случају г-ђице Тетфор (Têtefort)²⁷ и на крају одлука у случају Демар (Demares),²⁸ означили презицирање, (понекад на ефемеран начин) модалитета у примени овог начела.

²⁰ Ch. Atias, *Normatif et non-normatif dans la législation récente de droit privé*, RRJ, 1982-2 стр. 219 и даље.

²¹ Законодавац из 1804. године имао је овде у виду да та одредба послужи као увод у правила садржана у наредним ставовима истог члана 1384.

²² Assemblée plénière (Општа седница) 29. mars 1991, Blieck, F. Terre, Y. Lequette, Grands arrêts, n° 147 и напомене у фуснотама.

²³ Civ. 16. juin 1896, Dalloz périodique 1897, 1, 433 белешка Saleilles; Sirey 1897, 1, 17 белешка Esmein.

²⁴ Civ. 25. mars 1921, Dalloz périodique 1922, 1, 25 белешка Ripert.

²⁵ Chambres réunies (Општа седница) 13 février 1930 Grands arrêts, n° 122 и напомене у фуснотама.

²⁶ Chambres réunies 2. décembre 1941, ibidem n° 123 и напомене.

²⁷ Civ. 2ème, 11 mai 1956, Dalloz 1957, 121, белешка Rodière, и још раније: Civ. 27 février 1929 Dalloz périodique 1929, 1, 129, белешка Ripert; Sirey 1929, 1, 29 белешка Hugueney.

²⁸ Civ. 2ème, 21 juillet 1982, Grands arrêts, n° 134 и напомене.

На Маурицијусу је најпре Врховни суд одбио да примени становиште француског Касационог суда изражено у случају Жандер,²⁹ а потом је Парламент законом наметнуо његову примену.³⁰ До интервенције законодавца дошло је у време када је у француској судској пракси владало схватање изражено у случају Демар и то схватање је унето у текст закона на Маурицијусу.³¹ У међувремену је судска пракса у Француској даље еволуирала и у случају Мететал (Mettetal) формулисала преокрет³² у односу на ранија схватања па и у односу на оно, које је било изражено у случају Демар. Стога се на Маурицијусу поставило питање, може ли суд да не примени законски текст, у ситуацији када *ratio legis* тог закона више не постоји?

У даљим излагањима биће приказани најпре утицаји пресуде Жандер (I одсек), а затим утицаји пресуде Демар (II одсек) на Француском острву.

I. УТИЦАЈИ ПРЕСУДЕ „ЖАНДЕР”

Недуго, пошто је у Француској дошло до пресуде у случају Жандер, на Маурицијусу се појавио спор у коме је требало да се расправља о одговорности родитеља за штету од опасне ствари. Искористивши околност што је возач пумпао спласлу гуму аутомобила, који се налазио на врху брега, један дечак од 14 година сео је за волан, покренуо возило и њиме усмртио пролазника, који се иначе, исправно кретао својом десном страном пута.³³ Пред судом се поставило питање да ли на Маурицијусу треба применити схватање о одговорности чувара за штету од опасне ствари, које управо било прихваћено у француској судској пракси.

Пошто је у 21 тачки размотрио околности које је имала у виду Општа седница француског Касационог суда, приликом доношења своје начелне одлуке у случају „Жандер”, Врховни суд

²⁹ Mangroo v. Dahal (1937) Mauritius. Reports 43, с преводом на француски Ch. Atias, RRJ 1982–2 стране 307–345. За разлику од неких других универзитетских искустава, бављење универзитета у Екс-ен-Прованс (Aix-en Provence) правом у области Индијског океана, дало је значајан допринос упознавању са локалним стањем.

³⁰ Act 9/1983.

³¹ Члан 1384. став 6. Наполеоновог законика.

³² Civ. 2ème 6 avril 1987 Metetal, Dalloz 1988, 32 белешка Christian Mouly.

³³ На острву Маурицијус возила се крећу левом страном пута.

Маурицијуса је подсетио на то да одлуке француских судова, истина, уживају ауторитет на Маурицијусу, али да немају обvezујућу снагу.³⁴ „Када француски судови тумаче неки нејасан текст ми треба добро да размислим пре него што ћемо донети одлуку насупрот њиховом мишљењу. Али, ако сматрамо да су они одступили од смисла Закона, или да су нешто додали његовим одредбама, ми нисмо дужни да их следимо. Ако смо погрешили, одговарајући ауторитет који треба да нас врати на прави пут је Судски одбор Приватног савета (Привиј Цоунцил) у Лондону.”³⁵

Када је реч о правилу из члана 1384. став 1, његово егзегетско тумачење јасно указује да су и правна теорија и судска пракса у Француској (са изузетком дисидентског схватања које је изнео јавни тужилац Matter),³⁶ изневерили његов смисао уместо да га протумаче.³⁷ Наиме, одредба првог става из члана 1384 служила је само као увод за правила која се односе на три случаја одговорности за другог, о којима се говори у следећим ставовима тога члана, као и за правила о одговорности за штету од опасних ствари, предвиђена у члановима 1385. и 1386. Законика. Текст првог става члана 1384. послужио је у ствари као изго-

³⁴ Тако на пример, у случају *Parti Mauricien Social Démocrate v. Eliezer François (1981) Mauritius Reports 345*, Врховни суд је преузео из француске судске праксе теорију о реалности правног лица. На другој страни, судска пракса на Маурицијусу је упорно одбијала да досуди накнаду ванбрачној жени за штету коју претрпи због смрти ванбрачног супруга, све до тренутка док то схватање није било изменјено законом од 1981. године (*Civil Status Act, 1981*) којим је уведена примена члана 228. став 5. Наполеоновог законика у корист жене која је живела у вези с пострадалим супругом, а веза се заснивала само на религијском обреду. Видети о овоме: L. E. Venchard, *La femme mauricienne et le droit, Mauritius Law Review*, 2, 1979, стр. 18–31, нарочито стр. 29; такође: E. Agostini, *Heurs et malheurs du mariage religieux à l'Île Maurice, Etudes Jaubert, Presses universitaires de Bordeaux*, 1992, стр. 21–33, нарочито стр. 28.

³⁵ Иако је Република на Острву проглашена 10. децембра 1990. и постала стварност 12. марта 1992, по члану 81. новог Устава и даље се против одлука Врховног суда на Маурицијусу може поднети правно средство Правном одбору Приватног савета (Judicial Committee of the Privy Council) у Лондону.

³⁶ У закључцима објављеним у *Dalloz périodique* 1930, 1, 57 овај високи функционер правосуђа навео је да је Дома (Domat) поставио правило о одговорности за чин ствари и тврдио је да је начин на који је редигован члан 1384. став 1. значио проглашавање општег начела које је формулисао творац дела *Lois civiles*. У ствари, на странама 291–327 у трећем тому (издање *Edition Carré Paris 1822*) Дома се ограничава на излагање примене појединачних случајева међу којима се налази одговорност за чин животиња (странице 298–303) и одговорност за чин грађевине (странице 303–317). Сто година касније, Потије (Pothier) *Obligations*, t. I Paris, 1764, странице 137–142, једино није говорио о било каквој одговорности за чин ствари.

³⁷ Колико је мени познато, Талмуд јасно излаже да се из пуког увода не може извести правило: „Не може се изводити никакво правно правило из речи неког увода” издање Steinsaltz, француски превод рабини Gugenheim у Grunewald, tome 6, Sanhedrin 1, стр. 19.

вор за решење које је усвојила судска пракса. Правници на Маурицијусу, формирани у духу другачије, англосаксонске³⁸ традиције, нису у оваквим околностима, били склони да издвоје поменуту одредбу из окриља у коме је настала³⁹ и да јој придају потпуно другачији смисао од оног који је њен стваралац имао на уму приликом доношења Законика. Отуда је разумљиво што је после иссрпне анализе француске судске праксе и правне теорије, маурицијски Врховни суд закључио да је решење у случају „Жандер” означавало потпуно ново схватање, те се оно није могло сматрати као обично тумачење.⁴⁰

Образложиви на овај начин своју потпуну независност у односу на француску судску праксу, Врховни суд Маурицијуса је изложио критичку анализу у којој се били наведени како разлози практичног карактера тако и аргументи са подручја чисте правне логике. У тренутку када је Суд доносио своју одлуку, у Француској је расправа око случаја „Франк” била у пуном замаху и њени одјеци су допирали до Острва. Жосеран (Josserand) је давао завршни израз теорији ризика:⁴¹ „С обзиром да је крадљивац по правилу, и то готово без изузетка, инсолвентан, ослободити легитимног држаоца аутомобила од одговорности било би равно жртвовању интереса повређеног лица ... што би практично значило да се на њега сваљује бреме одговорности за удес у коме је повређени имао потпуно пасивну улогу.”⁴² На то ће Врховни суд Маурицијуса одговорити, да такво решење заправо има за последицу да чувар аутомобила буде двоструко оштећен: „Тако ће ово несретно лице не само изгубити свој ауто, него ће још морати и да плати накнаду за штету коју је лопов проузроковао својом неопрезном вожњом.”⁴³

³⁸ Видети: H. A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, *Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais*, Paris, LGDJ, 1977, стр. 82–85; E. Agostini, *Droit comparé*, n° 111 стр. 211–213.

³⁹ Као што је умесно приметио Кристијан Атијас (Christian Atias) у уводу у разматрање случаја *Mangroo v. Dahal* да је одлука занимљива, између остalog, и због тога што француским правницима указује да се у неким другим земљама судске одлуке образлају путем аргументације која се заснива на расуђивању, а не на категоричним тврђењима.

⁴⁰ Иако није изречно цитиран, Ремон Салеј (Raymond Saleilles) (белешка у часопису *Dalloz périodique* 1897, 1, 433 и предговор за прву књигу Женија) и његова теорија о гипкијем тумачењу законских текстова били су присутни, али нису били прихваћени у случају *Mangroo v. Dahal*.

⁴¹ *Dalloz périodique* 1936, 37.

⁴² *Dalloz périodique* 1936, 38.

⁴³ *Articulat n° 40.*

Истина, Општа седница Касационог суда у Француској ће касније кориговати своје становиште у овом питању, али последице које би могле произаћи из теорије ризика, утицале су на судове на Маурицијусу да не прихвате ово схватање.⁴⁴ Разлог више састојао се у томе што би евентуалним прихваташтвом, судови преузели улогу законодавца.⁴⁵ А додатни разлог био је у томе што на плану узрочности, када се опасна ствар налази између повређеног лица и чувара ствари, само чин чувара може бити адекватни узрок штете.⁴⁶ а не и понашање повређеног, и зато је dakle, било потребно да се утврди да ли је чувар крив, да би се могло рећи да ли дугује накнаду штете.

И тако су од 1937. године до почетка осамдесетих година двадесетог века утицаји пресуде у случају „Жандер” на маурицијске судове били практично равни нули. Истина ту и тамо су се могле запазити тежње да се на основу члана 1384. став 1. изгради оборива претпоставка о кривици чувара опасне ствари,⁴⁷ али се никада није ишло онолико далеко, како је то чинио Касациони суд у Француској. Исто тако постојала је тежња у судској пракси да се ограничи домет (али не и да се преокрене) становиште изражено у случају *Mangroo v. Dahal*).⁴⁸

Доцније је на подстицај Едвина Ваншара (Edwin Venchard)⁴⁹ који је у то време био државни правобранилац (Solicitor General), законодавац на Маурицијусу извео једно одважно подмлађивање Наполеоновог законника уводећи више од 200 нових чланова,⁵⁰ преузимајући по слободном избору⁵¹ понешто од измена у француским законима, а понешто из усташтве судске праксе француских судова. А међу текстовима изменењим поменутом реформом налазио се и члан 1384. који је за примену на Маури-

⁴⁴ *Articulats n° 43* и даље.

⁴⁵ Упоредити: *Mahbood v. Government of Mauritius* (1982) *Mauritius Reports* 135: „Парламент нема право да донесе пресуде, а Врховни суд нема право да доноси законе“ („Parliament has no more right to pronounce judgement than the Supreme Court has right to make laws.“)

⁴⁶ *Articulat n° 49*.

⁴⁷ *Emamally v. Patrou* (1975), *Mauritius Reports*, 21.

⁴⁸ *Bata Shoe Cy (Mauritius) Ltd. v. Central Electricity Board* (1978), *Mauritius Reports*, 86.

⁴⁹ Он је уживао подршку Правног факултета у Екс-он-Провенсу и посебно помоћ професора Роже Гарона (Roger Garon).

⁵⁰ Набројао сам их 224.

⁵¹ У складу са Лафонтеновим упутством, подражавање није означавало робовање. На пример, *droit d'aubaine* које је у Француској било укинуто Законом од 14. јула 1899, на Маурицијусу је било уређено према моделу новог члана 726. Наполеоновог законника.

цијусу редигован на француском језику (службени језик на Ос-
траву је енглески, али је овде реч о измени текста који је био на
снази 1810. године и стога се по Акту о предаји задржава он-
дашњи језик закона) на следећи начин:

„Одговара се не само за штету коју смо проузроковали соп-
ственим чином, него и за штету која је проузрокована чином
лица за које смо дужни да одговарамо, или за ствари које
имамо на чувању.

Отац и мајка, уколико обављају право на чување, су соли-
дарно одговорни за штету коју су проузроковала њихова ма-
лотелна деца која живе са њима.⁵²

Господари и послодавци (одговарају) за штету коју су проуз-
роковали њихове слуге и помоћници у функцијама које су
им поверили.

Учитељи и занатлије (одговарају) за штету коју су проузро-
ковали њихови ученици и шегрти у временском раздобљу у
кому се налазе под њиховим надзором.⁵³

Чувари ствари (одговарају) за штету која је проузрокована
чином ствари.

Ова одговорност постоји, изузев ако отац и мајка, учитељи⁵⁴
и занатлије не докажу да нису могли да спрече чин који ствра-
ра ову одговорност или ако чувар ствари не докаже да је
штету проузроковало дејство више силе или дејство искљу-
чиве кривице оштећеног.”

Последњи став маурицијског законског текста верно преу-
зима одредбе из другог и трећег става Француског закона од 7.
новембра 1922. године о ширењу пожара које су биле додате по-
стојећем тексту члана 1384. Француског грађанског законика. О
осталим неће бити много речи јер се већ на први поглед види да
маурицијска верзија члана 1384. у петом ставу преузима схвата-
ње Касационог суда у случају „Жандер”, а у шестом ставу стано-
виште изражено у случају „Демар”. Тако је законодавац⁵⁵ на
Маурицијусу одступио од острвске судске праксе и усвојио схва-
тање изражено у француској судској пракси. Како је у међувре-

⁵² Овде је законодавац на Маурицијусу следио решење из француског закона од 4. јуна 1970.

⁵³ На овом месту је исти законодавац изоставио прилог испод (sous), изузев ако се није дододио *lapsus calami*.

⁵⁴ У овом питању законодавац није следио решење из француског закона од 5. априла 1937.

⁵⁵ Само по себи то није ништа ново. Упоредити: Ph. Malaurie, *La jurisprudence combattue par la loi*, Mélanges, offerts à René Savatier, Paris, Dalloz, 1965, стране 603–620.

мену дошло до еволуције у Француској, и како је том приликом напуштено схватање у случају „Демар”, на Маурицијусу се поставило питање, да ли изменењена пракса француских судова може да утиче на судове на острву, упркос чињеници што је становиште у случају „Демар”, маурицијски законодавац изречно унео у текст закона.

II. УТИЦАЈИ ПРЕСУДЕ „ДЕМАР”

На дан 13. децембра 1984. године, један радник запослен у компанији Chateauneuf Limited возио је камион компаније и приликом вожње оборио је са бицикла радника компаније Rose Belle Sugar Estate, који је од последица задобијених повреда преминуо.⁵⁶ Наследници погинулог тужили су послодавца на основу закона о накнади штете запосленим радницима (Worksmen Compensation Act) пред судом за спорове у индустрији (Industrial Court). У регресном поступку (тужена)⁵⁷ компанија је тужила предузеће Chateauneuf Ltd. као чувара (gardien) возила, чији возач је проузроковао штету.⁵⁸ Првостепени суд није уопште расправљао о одговорности чувара опасне ствари, него је своју пресуду засновао на подељеној кривици штетника (и оштећеног) и на повреди одредаба о заштити запослених на раду. У другостепеном поступку, трочлано веће Врховног суда донело је једногласно одлуку, али на другачијој правној основи него нижи суд, при чему је један од судија дао различито образложение од друге двојице.⁵⁹

За Суд није било никакве сумње да је тужени послодавац као чувар опасне ствари био одговоран за проузроковану штету према одредби из члана 1384 став 5 Наполеоновог законика. Међутим, из утврђеног чињеничног стања произлазило је да је и оштећени био крив (и то са 75% утицаја на последицу) што је дошло до несрећног удеса. Да ли је Суд на основу тога требало да изрекне да је реч о подељеној одговорности, ако се подсети-

⁵⁶ Rose Belle SE Board v. Chateauneuf Ltd. (1990), Mauritius Reports, 9.

⁵⁷ Утицаји пресуде у случају госпођице Têtefort, наведеног у фусноти 24.

⁵⁸ У случају Mangroo v. Dahal, судије Le Conte и Nairac су изложили два одвојена мишљења која су тежила истом циљу.

⁵⁹ Судија Yeung Sik Yuen чија веома дидактичка одлука значи прави рудник информација за студенте на енглеском језику.

мо да је после закона од 1983, у ставу 6 тог истог члана 1384, изгледало да закон предвиђа решење: све или ништа? Суд је баш овако поступио, а његово расуђивање ишло је веома суптилним путевима.

На почетку, председник већа, Сер Виктор Гловер (Sir Victor Glover) и судија Ени (Ahnee) поставили су оквир разматрања на следећи начин: „Право питање које се поставља није у томе, да се каже, да ли је у спору *Mangroo v. Dahal* из 1937. године донета исправна пресуда, него да ли је још увек могуће да се у овој тачки игнорише устаљена судска пракса у Француској, имајући у виду да су маурицијским законом од 1983. године извршене измене у члану 1384.”⁶⁰ А пре него што ће се позвати на *ratio legis*, онако како га је предлагач закона из 1983. изложио у свом коментару Грађанског законника, судије ће се позабавити суштинском проблемом.⁶¹ У овој фази разматрања, на постављено питање можемо одговорити на следећи начин: зашто би уопште маурицијски законодавац у новом ставу 6. члана 1384. рекао: „или ако чувар ствари не докаже да је до штете дошло дејством више силе или искључивом кривицом оштећеног” (што је уобичајена формула којом се служе француски судови када хоће да отклоне примену члана 1384), ако на тај начин није хтео да законодавним путем наведе маурицијске судове да члан 1384. тумаче онако како се у Француској чинило дуже од шездесет година.⁶²

⁶⁰ „Право питање о коме треба да одлучимо није да ли је у случају *Mangroo v. Dahal*. 1937. године донета исправна или погрешна одлука, него да ли је као резултат измена унетих у члан 1384. Законом бр. 9 од 1983. године, још увек могуће игнорисати оно што је данас устаљена судска пракса у Француској кад је реч о овом питању” („The real question we are called upon to decide is not whether *Mangroo v. Dahal* was, in 1937, rightly or wrongly decided but whether, as a result of the amendment brought to article 1384 by Act. 9 of 1983, it is still possible to ignore what is now the settled French case law on the question”).

⁶¹ Упоредити: L. E. Venchard, *Codes annotés, de l'Ile Maurice, tome 1 „Code civil”*, Port-Louis, 1983, стр. 398: „Маурицијско право сврстава се тако уз француско право.”

⁶² „У овој фази можемо поставити питање: Зашто је маурицијски законодавац у новом ставу 6 употребио речи – или ако чувар ствари не докаже да је штету проузроковало дејство више силе или искључива кривица оштећеног, речи које су употребљене у већини француских судских одлука којима се искључује одговорност по члану 1384, уколико није имао на уму да законским путем наведе судове да члан 1384 протумаче на начин како је то чињено у Француској дуже од 60 година?” („We may at this stage ask the question: Why did the Mauritian legislator, in the new alinea 6, use the words – ou que le gardien de la chose ne prouve que le dommage a été causé par l'effet d'une force majeure ou de la faute exclusive de la victime, the very words used in most of the French arrêts to exclude liability under article 1384, unless he had in mind, by legislative action to drive the Courts to interpret article 1384 in the way it has been in France for more than 60 years.”).

Врховни суд Маурицијуса је полазећи са тих позиција отклонио, ако не и осудио, правно схватање из пресуде у случају „Демар”. Суд је, наиме, сматрао да је изменењени текст члана 1384. означио упућивање на француску судску праксу. Пошто је обилато цитирао примедбе које је професор Кристијан Ларумет (Christian Larroumet)⁶³ изрекао на рачун пресуде у случају „Демар”, Суд је дао предност садашњем ставу судске праксе који је дошао до изражaja у случају „Мететал” (Mettetal),⁶⁴ (у односу на случај Демар).

Иако је по слову закона могућност да одговорност буде подељена, била несумњиво, мада имплицитно, искључена, Суд је, позивајући се на *ratio legis* тог итог закона, пресудио да је у случају о коме је расправљао, одговорност између штетника и оштећеника подељена.⁶⁵

На завршетку се може рећи да су пресуде у случајевима „Жандер” и „Демар” имале исте судбине на Маурицијусу, при чему је код прве дошло до временског закашњења. Необичне околности у вези са другом пресудом, заслужују две додатне напомене.⁶⁶ Најпре, занимљиво је да у једном правном систему у коме начело поделе власти није празна реч, Суд није применио одредбу закона, у име циља, коме је тај исти закон тежио. А затим, занимљиво је и то да је на удес, који се догодио 1984. године применио схватање, које је означило преокрет у судској пракси иностраног суда (три године касније) у 1987. години.

Дати предност смислу закона у односу на слово закона, ретроактивно применити схватање које означава преокрет у судској пракси,⁶⁷ све су то обележја која указују на симбиозу маурицијског и француског права, иако између два система нема потпуне истоветности у правилима материјалног права.

Када се томе додају одјеци пресуде у случају „Мететал” (Mettetal) на Маурицијусу и част коју је доживео један француски правник, да га као ауторитет цитирају именом и презименом у

⁶³ Dalloz 1982, 449.

⁶⁴ Упоредити одлуку: Civ 2 ème, 6 avril 1987, Mettetal, Dalloz 1988, 32, белешка Christian Mouly, наведену у фусноти 29. овог члана.

⁶⁵ Ако „се примењује ова одговорност, уколико ... чувар ствари не докаже ... искључиву кривицу оштећеног” то је уистину или све или ништа.

⁶⁶ Видети текст и фусноту бр. 42.

⁶⁷ Видети: Christian Mouly, Les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation, L’image doctrinale de la Cour de Cassation, La documentation française, 1994, стр. 123–148.

пријатељској земљи,⁶⁸ онда је извесно да је он, коме су посвећени ови редови, пасионирано пратио повезаност проблема у некадашњој прекоморској територији са питањима, која је познавао боље од било кога другог. На разматрања о којима је овде било речи, он би и данас бацио свој изоштрени поглед. А ко зна, можда он то и чини, јер:

„С' оне стране гроба
скlopљене очи још увек виде”.⁶⁹

Eric Agostini⁷⁰

STRICT LIABILITY (MAURITIUS IS STILL AN ISLE DE FRANCE)

Summary

Mauritius (under its former name L'Isle de France) continues to live under French Civil Law although the supreme judicial authority remains the Privy Council. This system started after the surrender of the island to the English in 1810. In fact, Article 8 of the Act of Surrender envisaged that the inhabitants retain their religion, law and customs. This implied that as they had been in effect before this Act, the French Codes (of Commerce, of Civil Procedure and especially the Civil Code) constituted the laws of the Island. Therefore, with the passage of time, the courts of Mauritius were led to ask themselves whether they were constrained in the same way by the cases of the French courts, as they were by French law. In one case (Mangroo v. Dahal, 1937), the Supreme Court of Mauritius refused to follow the doctrine of the Cour de Cassation in the Jand'heur case, saying that the decisions of the French courts certainly had persuasive authorities in the island, but not binding force. Afterwards, under the influence of E. Venchard (Solicitor General at the time), the legislature of Mauritius adopted an update to the Civil Code that was in effect on the island, by introducing more than two hundred new articles, including new wording for Article 1384. Paragraph 6 of this article, concerning the question debated, was reworded as follows: "this responsibility applies unless ... the holder of the object proves that the damage was caused by a *force majeure* or by the exclusive fault of the victim". The formulation used, quoted, in effect, the solution in the Desmarest

⁶⁸ (1990) Mauritius Reports, 29.

⁶⁹ Стих из поеме С. Придома „Очи” (Sully Prud'hom, Les yeux).

⁷⁰ Eric Agostini, Professor at Montesquieu University (Bordeaux IV)

case, at the same time when the latter had already been overruled in France, by the Mettetal case. Being called upon later, to deliver a decision on another case on the island (Rose Belle SE Board v. Chateauneuf Limited, 1990), the Supreme Court of Mauritius refused to follow the solution in the Desmares case. Instead, it applied the new doctrine of the French courts as proclaimed in the Mettetal case, thus by-passing the solution that should normally have proceeded from the reading of the text. In deciding that the division of responsibility was possible (between the tortfeasor and the victim), the Supreme Court, in the name of *ratio legis*, was opposed to the text of law which had excluded it, at least, implicitly ("... of an *exclusive fault*").

Key words: *French Civil Code. – Mauritius. – Torts. – Jand'heur case.*

Eric Agostini*

LA RESPONSABILITE DU FAIT DES CHOSES

Résumé

Mauritius (sous son ancien nom l'Isle de France) continue de vivre selon le Droit civil français bien que l'autorité judiciaire suprême reste le Privy Council britannique. Ce système a vu le jour après la capitulation de l'île devant les anglais en 1810. En effet l'article 8 de l'Acte de reddition stipulait « que les habitants conserveront leur Religion, Loix et coutumes ». Cela signifiait que les codes français (de commerce, de procédure civile et surtout le Code civil) parce qu'ils étaient en vigueur avant l'Acte, constituaient les Loix de l'île. Or, avec l'écoulement du temps, les tribunaux mauriciens ont été amenés à se demander si au même titre que les lois, la jurisprudence ultérieure française avait à leur égard une force contraignante ? La Cour Suprême de l'île Maurice dans une affaire (Mangroo v. Dahal) de 1937 a refusé de suivre la doctrine de la Cour de Cassation française exprimée dans l'affaire Jand'heur en disant que les décisions des tribunaux français ont certes une autorité persuasive mais ne lient point les juridictions mauriciennes. Par la suite, sous l'impulsion de E. Venchard (Solicitor General à l'époque), le législateur mauricien a adopté un ajournement du Code civil en vigueur dans l'île en y introduisant plus de deux cent nouveaux articles y compris la nouvelle rédaction de l'article 1384. L'alinéa 6 concernant la question débattue a été rédigé de la façon suivante : « la responsabilité ci-dessus a lieu à moins ... que le gardien de la chose ne prouve que le dommage a été causé par l'effet d'une force majeure ou d'une faute exclusive de la victime » . La formule utilisée consacrait en effet la solution de larrêt Desmares au moment même où

* Eric Agostini, professeur à l'Université Montesquieu (Bordeaux IV)

celle-ci a été déjà renversée par l'arrêt Mettetal. Etant appelé plus tard à se prononcer dans une affaire sur l'île (Rose Belle SE Board v. Châteauneuf Ltd-1990) la Haute cour mauricienne a écarté la solution de l'arrêt Desmares et a fait prévaloir la jurisprudence française actuelle issue de l'arrêt Mettetal, en dépassant ainsi la solution qui devait s'imposer normalement à la lecture du texte. En décidant que le partage de responsabilité était possible (entre celui qui a causé le dommage et la victime) la Cour suprême au nom de la ratio legis, s'opposait au texte de la loi qui l'excluait au moins implicitement (... d'une faute exclusive)

Mots clés : *Droit civil français. – L'île Maurice. – Responsabilité délictuelle.*
– Arrêt Jand'heur.

Петар Симонети⁰

ПРАВО ГРАЂЕЊА У РЕПУБЛИЦИ ХРВАТСКОЈ

Државно грађевинско земљиште треба пренети у власништво јединице локалне самоуправе али тако да ћа оне не могу отуђити већ да на њему заснивају право грађења. Помоћу права грађења прибавља се грађевинска парцела уз малу месечну накнаду као и могућност добијања хийпекарног кредита. Право грађења омогућава великим сопственицима грађевинско земљиште (градови и општине) да градску рениту усмере у изградњу социјалних стапова комуналне инфраструктуре и да ћоја престанку права грађења стекну својину на згради уз одговарајућу накнаду. Право грађења има двојаку правну природу: оно је истовремено стварно право на шумску земљишту и непокретносити у правном смислу при чему је зграда изграђена на том земљишту његова припадносит.

Кључне ријечи: Право грађења, природа, функције, оснивање.

УВОД

Непосредни повод за овај чланак је све учествалије отуђење неизграђеног грађевинског земљишта и јединица локалне самоуправе чиме се дефинитивно губи трајни извор прихода (градска рента). Зато се намеће једино рационално рјешење да се на земљишту државе и јединица локалне самоуправе оснива право грађења које смањује трошкове изградње, јер се прибавља земљиште без накнаде али свакодобни носилац права грађења је дужан плаћати периодичну градску ренту власнику земљишта. Оснивањем права грађења на земљишту јединица локалне самоуправе осигурава се трајни извор прихода за изградњу, модернизацију и одржавање комуналне инфраструктуре.

⁰ Др Петар Симонети (Petar Simonetti), редовни професор Универзитета, Ријека, Република Хрватска.

Такве концепције остварују се већ сто и више година у успоредном праву високо развијених земаља. На другом мјесту образлажемо идеју да се државно грађевинско земљиште пренесе у власништво локалне самоуправе које су одговорне за изградњу одржавање и модернизацију комуналне инфраструктуре.

1. ОПЋЕНИТО О РАСПОЛАГАЊУ ГРАЂЕВИНСКИМ ЗЕМЉИШТЕМ ЈЕДИНИЦА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ

Унаточ правним посљедицама примјене погрешне концепције приватизације грађевинског земљишта: претварања права кориштења у право власништва уместо у право грађења (нпр. у новим покрајинама СР Њемачке – Источна Њемачка¹) и до сада проведеној реституцији неизграђеног грађевинског земљишта пријашњим власницима односно њиховим правним сљедницима погрешном интерпретацијом Закона о власништву,² уместо по одредбама Закона о накнади³ који ограничава круг овлаштеника права на реституцију (чл. 9. и 10)⁴ и објекта реституције – неизграђеног грађевинског земљишта (чл. 52–55. на које упућује члан 19. став 2. ЗН),⁵ у Републици Хрватској остале су значајне

¹ У новим њемачким покрајинама (подручје бивше ДР Њемачке) по Закону о пречишћењу стварних права (*Sachenrechtsbereinigungsgesetz*) власници зграда, који су имали право кориштења на земљишту у народном власништву, имали су право избора: тражити оснивање наследног права грађења (*Erbbaurecht*) или купити земљиште по тржишним цијенама. Шире: Karl-Friedrich Thöne, Raffael Knauber, *Boden- und Gebäudeeigentum in den neuen Bundesländern*, Verlag Kommunikationsforum GmbH Recht Wirtschaft Steuern, Köln, 1994, стр. 116–118. Видјети критику успоставе права власништва у корист власника зграде, П. Симонети, *Успостављање права власништва на грађевинском земљишту*, *Хрватска правна ревија*, бр. 7/2002, стр. 17–20; исти: *Успостављање права власништва на грађевинском земљишту у Републици Хрватској*, Будимпештански симпозијум (Das Budapester Symposium). Edition Temmen, Bremen, 2003, стр. 271–275.

² Закон о власништву и другим стварним правима, *HN* бр. 91/96, 73/00, 114/01 – видјети Закон о изменама и допунама Закона о продаји станове, *HN* бр. 68/98, којим је укинут члан 371. ЗВ-а; Одлуку УСРХ (*HN* 137/99) о укидању става 4. члан 388. ЗВ-а; Одлуку УСРХ (*HN* 129/00) којом се укидају став 5. члан 356, став 5. члан 357. и став 3. члан 367. ЗВ-а те Закон о изменама и допунама Стечајног закона (*HN* бр. 129/00) о непримјењивању начела правног јединства некретнине ако није успостављено прије отварања стечајног поступка.

³ Закона о накнади за имовину одузету за вријеме југославенске комунистичке владавине, *HN* бр. 92/96; 92/99; 80/02 и 81/02 (исправак).

⁴ П. Симонети, „Денационализација”, изд. Правни факултет Свеучилишта у Ријеци, Ријека, 2004, стр. 118–180.

⁵ П. Симонети, *ibid.*, стр. 184–191; исти: „Денационализација неизграђеног грађевинског земљишта”, Зборник Правног факултета у Ријеци, вол. 25, бр. 1/2004, стр. 49–99.

површине неизграђеног грађевинског земљишта у власништву државе и јединица локалне самоуправе.

Јавна гласила готово свакодневно обавјештавају о распродажи великих површина тога земљишта, нарочито на јадранској обали и на отоцима те у већим градовима широм Хрватске. Ако се не заустави овај тренд за неколико година бити ће распродане и посљедње значајне, површине грађевинског земљишта било страним или домаћим власницима капитала који ће га користити искључиво за стјецање профита, исисавајући на тај начин у земљиште инкорпорирани капитал (мукотрпан рад наших предака), пребацујући терет за одржавање и изградњу комуналне инфраструктуре на садашње и будуће нараштаје, на међу им обвезу да плаћају високе цијене за стамбене и друге грађевинске објекте, односно стално растућу градску ренту у виду повећаних најамнина за стан или закупнина за пословне просторе. Повећане закупнине за пословне просторе плаћат ће потрошачи кроз цијену роба и услуга. Цијене грађевинских честица попримит ће неслуђене размјере и бит ће препрека за изградњу јефтинијих социјалних станови.

Распродажа грађевинског земљишта се не може зауставити свечаним прокламацијама оних који управљају, нити апелима оних који су их изабрали на ту дужност; може се зауставити само законом, забраном распродаже тога непоновљивог и необновљивог добра. Владајуће структуре које посредно или непосредно управљају тим највећим добрим ове земље нису добиле мандат од својих бирача да распродажу заједничку баштину, већ да је као добри господари сачувавају оплемењену за садашња и будућа поколења. Нитко нема право распродати то заједничко добро, ни они који управљају, ни они који су им дали мандат за управљање, јер су га и једни и други наслиједили од својих предака. Земљиште није људска творевина, а инкорпорирани капитал у земљиште је наслијеђен, па се мора оставити увећан у наслијеђе онима који долазе. Поколења долазе и одлазе, а простор њихова живота и рада – остаје.

Вриједност грађевинског земљишта одређују двије чињенице: инкорпорирани капитал у његову инфраструктуру (у ширем смислу) и његов простором одређени положај. Тржишна цијена расте с повећањем потражње, а потражња грађевинског земљишта на јадранском подручју се рапидно повећава задњих неколико година.

Инвеститор (градитељ) који гради за себе или за тржиште не мора бити власник земљишта. Ово омогућава установа права грађења која је уређена Законом о власништву (члан 280–296). Носитељ права грађења је власник зграде на туђем земљишту, а то право није законом временски ограничено. Оно се може основати како на земљишту на коме већ постоји зграда тако и на неизграђеном земљишту. Стјечатељ права грађења стјече земљиште за грађење без накнаде, а будући да га може хипотекарно оптеретити као сваку другу некретнину (члан 280 став 2. и члан 285. став 2), његовим стјечањем добива способност прибављања кредита за изградњу зграде. Прибављањем земљишта без икакве накнаде снижавају се трошкови изградње зграде (стана) за износ цијене земљишта која данас поприма астрономске размјере. Зато је оснивање права грађења модел за изградњу социјалних станова, пут према великим и далеком циљу да сваки грађанин ове земље оствари своје природно право на доличан стан.

Носитељ права грађења, власник зграде односно посебног дијела зграде (стана или друге самосталне просторије), уместо цијене земљишта дужан је плаћати релативно малу накнаду власнику земљишта у износу просјечне закупнине, која би се мјесечно плаћала за такво земљиште, ако није друкчије уговорено. Та обвеза прелази и на његове правне сљеднике, на све који стекну право грађења по било којој правној основи. Оснивањем права грађења власник земљишта – локална самоуправа осигуруја трајан извор прихода у виду градске ренте, која, иако мала по јединици површине, са стотина и тисућа грађевинских честица, перманентно притеже у комуналне фондове за инвестирање у комуналну инфраструктуру. Овако се осигурува кружни ток капитала инкорпорираног у земљиште.

Из овога произлази захтјев да се државно земљиште законом пренесе у власништво јединице локалне самоуправе које су по Уставу РХ, између осталог, дужне: „да се брину о уређивању простора и урбанистичком планирању, о уређивању насеља и становиња, и о комуналним дјелатностима” (члан 128. став 2). Неприродно је да је власник градског грађевинског земљишта држава, која није дужна одржавати, обнављати, модернизирати и ширити комуналну инфраструктуру, а да су тога права у велико лишене јединице локалне самоуправе којима је то уставна дужност. Пријеносом земљишта у власништво јединица локалне самоуправе, уз правилно господарење: оснивањем права грађе-

ња, давањем у дугогодишњи закуп односно концесију, осигурују се извори прихода за инвестиције у комуналну инфраструктуру, а тиме би се донекле смањили фискални терети грађана који су им наметнути да би се прибавила нужна средства за изградњу комуналне инфраструктуре.

Нитко не може присилити једну државу да распродат странцима некретнине у свом власништву, ово непоновљиво народно богатство, ако је законом забрањена његова продаја и домаћим особама.

То не налаже ни Споразум о стабилизацији и придрживању⁶ које је склопила Република Хрватска 29. листопада 2001. с Европским заједницама и њиховим државама чланицама.⁷

Слобода промета капитала, наиме, не искључује право уговорних страна, да националним законом задрже одређена ограничења стјецања, власништво некретнина чак и у случају када таква ограничења не вриједе за домаће држављане, ако су успостављена у складу с правилима Заједнице ограничењу тржишних слобода. Према Заједничкој изјави страна уговорница одредбе из члана 60. Споразума неће се тумачити у сврху спречавања размјерних недискримирајућих ограничења стјецања права власништва некретнина утемељених на опћем интересу. Опћом забраном отуђења грађевинског земљишта у јавном власништву, уз начелно једнаку могућност страних и домаћих особа кориштења земљишта за изградњу зграда и стјецању права власништва на постојећим зградама помоћу права грађења, и концесија на јавном добру, не дискриминирају се стране особе.

Није основана тврђња да би забрана продаје земљишта спречавала или успоравала пласирање подузетничког капитала и тиме угрожавала господарски развој јер за оплођивање капитала није потребно да подузетник има право власништва на земљишту, већ да га користи тако да може имати право власништва на објектима изграђеним на земљишту или испод његове површине као да је власник земљишта, да њима слободно располаже и хипотекарно залаже ради прибављања кредита или осигурања својих обвеза. Истина је, напротив, да се распродатом

⁶ Споразум је ратифициран Законом о потврђивању споразума ... НН, МУ-14/01 од 27. просинца 2001.

⁷ Видјети: Т. Јосиповић, Положај странаца у правном промету некретнинама према споразуму о стабилизацији и придрживању у Некретнине у правном промету изд. Инжењерски биро д.д. Загреб, 2002. стр. 172 и 173.

земљишта подузетнички капитал претвара у рентијерски, да ренту из грађевинског земљишта, тј. минули рад многих покољења, подузетник исисава као власник земљишта који није дужан улагати у комуналну инфраструктуру. С друге стране управо оснивањем права грађења растерећује се дио подузетничког капитала који би био пласиран у куповину земљишта па се може пласирати у производне и услужне дјелатности. Купац грађевинског земљишта, истина, прибавља правну основу за присвајање стално растуће градске ренте, али је у јавном интересу омогућавање пласмана капитала у грађевинско земљиште јединица локалне самоуправе и државе, развијање подузетничке дјелатности уз отварање нових радних мјеста, а не претварање подузетника у рентијера који убирањем ренте присваја плодове туђег капитала инкорпорираног у инфраструктуру без икаквог улагања и ризика.

2. ОСВРТ НА ПОЈЕДИНЕ ПРАВНЕ СИСТЕМЕ

Потреба грађења на туђем земљишту постоји од времена када се усталило индивидуално право власништва на земљишту. Та потреба се задовољавала помоћу различитих правних установа подизања зграда на туђем земљишту, од римског суперфицијарног права све до сувременог права грађења, односно суперфицијарног права у земљама романске традиције.⁸ У двадесетом столећу су се у појединим европским земљама развиле различите правне установе грађења на туђем земљишту сукладно њиховој правој традицији и правним системима.⁹

Индивидуално право власништва на грађевинском земљишту у сукобу је како с просторним планирањем, тако и с потребама појефтињења изградње, посебице стамбене.¹⁰ Сувремена права ограничавају употребу земљишта просторним планирањем без икакве накнаде власницима.¹¹ Градови откупљују земљишта

⁸ Шире: F. Pastori, *La superficie nel diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1962; A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, Giuffrè, Milano, 2004, *Profili storico-instituzionali*, стр. 5–36; П. Симонети, *Право грађења*, изд. НИО Службени лист СР БиХ, Сарајево, НИУ Службени лист СФРЈ, Београд, 1986, стр. 9–26.

⁹ Видјети: Linde/Richter, *Erbbaurecht und Erbbauzins in Rechte und Praxis*, „Hause“, Freiburg, 1993, стр. 44–46.

¹⁰ Шире: П. Симонети: *Право грађења*, стр. 26–49.

¹¹ Justice Uthwatt, у експозеу за Закон о планирању градова и планској изградњи покрајинских земљишта у Великој Британији, 1944, истицао је „да право употребе на

и ради провођења планске изградње, али и ради усмјеравања градске ренте у комуналну инфраструктуру, изградњу „социјалних станови“ и пословних просторија за непрофитабилне намјене.¹² Проводи се урбана комасација и строга парцелација грађевинског земљишта.¹³ Зонирање грађевинског земљишта одређивањем намјене површини земљишта суштавно се проводи већ сто година у развијеним земљама.¹⁴ Ограничава се и присвајање градске ренте порезом на промет и одређивањем правичне накнаде, ниже од тржишне цијене за земљиште у случају извлаштења. Извлаштење земљишта се подузима када град односно општина не може под сношљивим увјетима уговором прибавити грађевинско земљиште ради изградње комуналних објеката и социјалних станови или оснивања права грађења ради изградње таквих и сличних зграда, као и ради проширења градске инфраструктуре и њене реконструкције те ради изградње јавних зграда.¹⁵

чинин који се законом забрањује није одузела држава, него је оно поништено у јавном интересу” (*Хисторија човјечанства – Културни и научни развој*, св. VI, књига друга, F. Caroline Ware, K. M. Panikkar и J. Romenin, *Двадесето стотине*, изд. Напријед, Загреб, 1969, стр. 332, шире о просторном планирању у *Двадесетом стотину* у истом дјелу (стр. 329–344); о просторном планирању у Италији, S. Amorosino, *Beni ambientali, culturali e territoriali*, CEDAM, Падова, 1995; видјети: П. Симонети, *О правном режиму грађевинског земљишта*, у: Зборнику Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, бр. 17. вол. 1, стр. 1–5. и тамо цитирана литература.

¹² На пример, град Stockholm у Шведској од 1904. до 1950. године откупило је педесет посто неизграђеног грађевинског земљишта у граду, а исто толико у резервним зонама (*Хисторија човјечанства*, стр. 336).

¹³ А. Мариновић-Узелац, *Урбанизам у демократији*, Законитост, 1992, бр. 5. стр. 745–749.

¹⁴ Д. Кечкемет, *Град за човјека*, „Друштво хисторичара умјетности“, Загреб, 1981, XXVII, стр. 8; Р. Супек, *Град по мјери човјека*, Напријед, Загreb, 1987, стр. 155. Шире о знаности просторног планирања, А. Мариновић-Узелац, *Теорија намјене појавишице у урбанизму*, Техничка књига, Загреб, 1989, стр. 61–87. и у *Хисторији човјечанства*, стр. 309. и даље.

¹⁵ Б. Благојевић, *Експропријација*, „Право на стан и стамбена изградња“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1961. бр. 4; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, nona ed., Giuffrè, Milano, 1965, vol. secondo, стр. 345. У Италији је 30. студеног 1919. доњијет Закон о експропријацији грађевинског земљишта ради изградње тзв. народних кућа (case popolari), видјети: F. de Martino, *Commentario del Codice Civile, diretto di Scialoja – Branca*, quarta ed., Zanichelli, Bologna – Roma, 1976, стр. 163, биљешка 4, у којој се наводи да су још 1885. године доњијети први прописи о експропријацији ради провођења планске изградње у опћем интересу. Видјети приказ садашњег законодавства, L. Marotta, *I nuovi profili dell'espropriazione per pubblica utilità*, CEDAM, Падова, 1985. За Француску видјети: P. Bon – P. Carrias, *Expropriation (dictionnaire juridique)*, Dalloz, Pariz, 1993. У СР Њемачкој 3. коловоза 1953. доњијет је посебан Закон о прибављању грађевинског земљишта (Ring, *Erbbaurecht im Staudingers*, Kommentar zum BGB, Band I, 11 Auflage, 1957, III Band 1956, стр. 890). Аустријски Закон о праву грађења (новела 1921) прописао је да се неће за стамбене потребе експропријати земљиште оних правних особа које могу конституирати право

Високи трошкови изградње, међутим, који су посљедица не само „стално растуће“ земљишне ренте, него и релативно заостале технологије у грађевинарству,¹⁶ ублажавају се различитим мјерама које подузимају државе и градске опћине. „Пут су утрле Данска године 1887, те Шведска, Белгија и Велика Британија у деведесетим годинама, и то уз државну помоћ у облику јефтиних зајмова задружним грађевним друштвима, те уз друге облике државне помоћи градитељима станова по ниској цијени, а неке су се локалне власти саме дале на изградњу станова.“¹⁷ Прописи о грађењу станова и о планирању градова које је донијела Низоземска године 1900. „били су узор сличном законодавству још педесет година касније.“¹⁸

У првом десетљећу послије Првог свјетског рата подузете су опсежне мјере за изградњу радничких станова. „Велики број радничких станова изградиле су локалне власти, а задругама, друштвима која не раде уз добит и појединцима понуђена је многошира помоћ у облику зајмова, потпора, додјељивања опћинског земљишта и ослобођења од пореза.“¹⁹ Тим средствима изграђено је у Европи четири милијуна радничких станова до велике економске кризе и доласка нациста на власт у Њемачкој, од када је европска привреда била упрегнута у припреме за рат.

У Њемачкој је 1907. године био формулиран програм земљишне реформе. Реформатори су истакнули неколико циљева што би се морали постићи реформом наследног права грађења које је давало сувише широку слободу уговорања на штету економски слабијих, а било је уређено Грађанским закоником (§§ 1012–1017) од 1896. (ступио на снагу 1. сијечња 1900). Циљеви ре-

грађења уз одобрење надлежног органа власти (у то вријеме су то биле углавном црквене правне особе и хуманитарне правне особе), ако изјаве спремност да ће под одређеним увјетима основати право грађења (§ 2. став 2). О прибављању грађевинског земљишта путем откупа или експропријације, шире: Г. Михаљевић, *Финансирање уређивања грађевинској земљиштима*, Савремена администрација, Београд, 1978, стр. 55–57.

¹⁶ Ради успоредбе се наводи да би амерички аутомобил „који је 1950. године стајао 1.700 долара, да је израђен технологијом која се од 1910. године исто тако мало промјенила као што је то показала грађевна индустрија у ових посљедњих четрдесет година, тај аутомобил морао би стајати 60.000 долара“ (*Хисторија човјечанства*, стр. 325).

¹⁷ *Хисторија човјечанства*, стр. 317.

¹⁸ *Историја*, стр. 318.

¹⁹ *Историја*, стр. 318.

форматора, уколико су се тицали реформе наследног права грађења, били су формулирани у четири точке:

- прво, сиромашним слојевима становништва омогућити добијање „крова над главом”;
- друго, уместо индивидуалног власника опћина (град) која се по закону брине о комуналном уређењу града и планирању простора, присваја градску ренту;
- треће, спријечити отуђење опћинског (градског) земљишта;
- четврто, онемогућити шпекулацију у промету грађевинским земљиштем.²⁰

Под утјецајем тих захтјева донијета је у Њемачкој Уредба о наследном праву грађења са законском снагом (1919 године).²¹ У основи исти разлози мотивирали су и аустријског законодавца²² да, не чекајући новелирање ОГЗ-а (нацрт новела је садржавао и одредбе о праву грађења), због ургентних социјалних потреба, 26. travnja 1912, донесе Закон о праву грађења.²³

Право грађења је најприкладнији облик господарења градским земљиштем. Град или опћина оснивањем права грађења стјечу могућност убирања градске ренте која је резултат низа тржишних околности и положаја земљишта, али претежно потиче од инкорпорираног капитала у земљиште, па и у градску инфраструктуру, у коју се враћа, ако се слијева у градску касу, у виду инвестиција за одржавање, проширење и модернизацију градске инфраструктуре. На тај начин се одржава кружни ток капитала спојеног са земљиштем (*terre capital*).

Градови и опћине у 20. столећу откупили су или експроприрали велике површине земљишта уз праведну накнаду (испод тржишне цијене). На пример, Стокхолм у Шведској од 1904. до 1950. године откупио око 50% неизграђеног грађевинског земљишта у граду и толико у резервним градским зонама.²⁴

²⁰ Ring, *op. cit.*, стр. 867–869.

²¹ Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919 (RGBI S 72, 122/ BGBI III 403–6), zuletzt geändert durch Art 2 1 Gesetz vom 21. 9. 1994 (BGBI I 2457).

²² Gesetz vom 26. 4. 1912. RGBI 86 betreffend das Baurecht (Baurechtsgesetz – Bau RG) idF der BG 30. 6. 1977. BGBI 403 und 25. 4. 1990. BGBI 258 (Auszug: §§ 1 bis 14, 20).

²³ A. Ehrenzweig, *System des Österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Wien, 1923, стр. 407–409; Р. Майр, *Лехрбукъ дес бáрѓерлихен Рeихтиc*, ерстер Банд, Реихенбург, 1923, стр. 425; Обуљен, „Право грађења,” *Мјесечник*, 1912, стр. 425–426.

²⁴ Хисторија човјечанства: Културни и научни развој, Двадесето стотине, Напријед, Загреб, 1969, стр. 336; Б. Благојевић, *Екскурзијајаја*, „Право на стан и стам-

Право грађења прије свега је средство социјалне политичке, јер омогућава прибављање грађевинске честице и кредита за грађење станова и стамбених зграда, уз мале периодичне издатке, чиме битно утјече на снижење трошкова изградње, односно цијене стана, а размјерно томе и најамнине за стан у коју ће евентуално бити урачуната периодична накнада за земљиште на коме је основано право грађења у износу просјечне тржишне купнице за такво земљиште.²⁵

Право грађења, по правилу, неће оснивати власници земљишта који рачунају на брзу добит, јер такву добит не доноси накнада за право грађења, које се по правилу може временски ограничити само до границе исплативости инвестиирања капитала у изградњу зграда. Право грађења, напротив, као добри господари осниват ће градови, умјесто да отуђују градско земљиште. На тај начин градови држе у својим рукама полуге комуналног господарства, процеса урбанизације, уз континуирано притјецање ренте, неопходног извора средстава у првом реду за одржавање, модернизацију и проширење комуналне инфраструктуре.

Користећи туђа искуства наши градови и опћине, као добри господари, неће отуђивати грађевинско земљиште, већ ће га прибављати ширећи на тај начин простор свога непосредног дјеловања, како у уређивању простора и у урбанистичком планира-

бена изградња”, *Анали Правног факултета у Београду*, 1961. бр. 4; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, nona ed., Giuffrè, Milano, 1965, vol. secondo, стр. 345. У Италији је 30. студеног 1919. године донијет Закон о експропријацији грађевинског земљишта ради изградње тзв. народних кућа (case popolari), видјети: F. De Martino, *Commentario del Codice Civile, diretto di Scialoja – Branca*, quarta ed., Zanichelli, Bologna – Roma, 1976, стр. 163, биљешка 4, у коју се наводи да су још 1885. године донијети први прописи о експропријацији ради провођења планске изградње у опћем интересу. Видјети приказ садашњег законодавства, L. Marotta, *I nuovi profili dell'espropriazione per pubblica utilità*, CEDAM, Падова, 1985. За Француску видјети: P. Bon – P. Carreras, *Expropriation (dictionnaire juridique)*, Dalloz, Pariz, 1993. У СР Њемачкој 3. коловоза 1953. године донијет је посебан Закон о прибављању грађевинског земљишта (Ring, *Erbbaurecht im Staudingers, Kommentar zum BGB*, Band I, 11 Auflage, 1957, III Band 1956, стр. 890). Аустријски Закон о праву грађења (новела 1921) прописао је да се неће за стамбене потребе експроприрати земљиште оних правних особа које могу конституирати право грађења уз одобрење надлежног органа власти (у то вријеме су то биле углавном црквене правне особе и хуманитарне правне особе), ако изјаве спремност да ће под одређеним увјетима основати право грађења (§ 2. став 2). О прибављању грађевинског земљишта путем откупа или експропријације, шире: Г. Михаљевић, *Финансирање уређивања грађевинског земљишта*, Савремена администрација, Београд, 1978, стр. 55–57.

²⁵ Драматична је била борба за стан у новијој повијести и у најразвијенијим земљама, у доба индустријализације и урбанизације (шире: П. Симонети, *Право грађења*, стр. 33. и тамо цитирана литература).

њу, тако и у уређивању насеља и становања, о комуналним дјелатностима, заштити и унапређењу околишта;²⁶ оснивајући право грађења стимулират ће се јефтинија изградња стамбених и пословних зграда.

3. ПРАВО ГРАЂЕЊА И СРОДНА ПРАВА У УСПОРЕДНОМ ПРАВУ

3.1. ОПЋА НАПОМЕНА

У 20. столећу су се у појединим европским земљама развиле различите правне установе грађења на туђем земљишту сукладно њиховој правној традицији и правним системима (*infra*). Заједничко им је разdvајање зграде и земљишта чиме је омогућено стјецање права власништва на зграду без куповине земљишта. Зато се ове установе најчешће примјењују на земљишта у власништву јединица локалне самоуправе које тиме снизују цијену стана и осигурујају стабилан извор прихода за изградњу комуналне инфраструктуре, јер власник зграде (стана или самосталног дијела зграде) плаћа периодичну накнаду власнику земљишта.

3.2. ПРАВО ГРАЂЕЊА У АУСТРИЈИ И ЊЕМАЧКОЈ

Увођење права грађења (Baurecht) у Аустрији Законом о праву грађења од 26. travnja 1912.²⁷ и у Њемачкој Уредбом о наследном праву грађења (Erbbaurecht) – са законском снагом (15. септембра 1919)²⁸ – било је мотивирано социјалним потребама. Социјална компонента права грађења особито је изражена у њемачкој Уредби.

Установа права грађења омогућава градитељу да прибави грађевинску честицу уз релативну малу периодичну накнаду, коју плаћа носитељ права грађења до његова престанка. Носитељ права грађења може прибавити хипотекарни кредит залажући

²⁶ Устав Републике Хрватске поред осталог истиче управо наведене функције као есенцијална права локалне самоуправе која је зајамчена грађанима (члан 128).

²⁷ Gesetz vom 26. 4. 1912. RGBI 86 betreffend das Baurecht (Baurechtsgesetz – Bau RG) idF der BG 30. 6. 1977. BGBI 403 und 25. 4. 1990. BGBI 258 (Auszug: §§ 1 bis 14, 20).

²⁸ Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919 (RGBI S 72, 122/ BGBI III 403–6), zuletzt geändert durch Art § 2 1 Gesetz vom 21. 9. 1994 (BGBI 12457).

то право и прије почетка изградње зграде. Право грађења се наиме може хипотекарно заложити као „друго земљиште”, односно као земљиште у правном смислу – „отјеловљено право”. Хипотека се с права грађења шири на зграду у тијеку грађења (*in statu nascendi*) као на припадност тог права (битни саставни дио по дикцији њемачког права). Стјецањем права грађења његов носитељ стјече, dakле, способност да га хипотекарно оптерети и да захваљујући томе прибави стамбени кредит, који без хипотекарног јамства не би прибавио.

Њемачко наследно право грађења, као и аустријско право грађења јесте право имати властиту зграду на површини или испод површине нечијег земљишта²⁹ која је припадност тога права као да је оно земљиште. Аустријско право грађења и њемачко наследно право грађења имају двоструку правну природу – истовремено право на нечијем земљишту и самостална непретничка на правном погледу.³⁰

Садржај права грађења је законски и уговорни;³¹ законски садржај је есенцијалан, не може се измијенити уговором, односно актом о оснивању права грађења, а уговорни садржај је прећко акциденталан, у мањем опсегу уређен диспозитивним правилима.

Само есенцијални садржај права грађења је одређен принудним прописима у складу с његовом природом и сврхом, па не може овисити од воље странака. Изван тог ограничења, у границама аутономије воље, странке уговором уређују своја права и обвезе сугласно својим интересима.

Фигуративно, садржај права грађења можемо обиљежити помоћу двије концентричне кружнице. У ону мању улази конс-

²⁹ § 1. став 1. њемачке Уредбе о наследном праву грађења и § 1. став 1. аустријског Закона о праву грађења; Ingenstau/Hustedt, Kommentar zum Erbbaurecht, 8. Auflage, Wener Verlag, Düsseldorf, 2001, Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, C. H. Bek'she, München, 1995, уз § 1. Уредбе.

³⁰ У аустријском праву је право грађења по законској дефиницији право на туђем земљишту (§ 1. став 1. Закона). У Њемачкој се прописи о праву власништва на земљишту, осим цитираних изузетака, аналогно примјењују на наследно право грађења (§ 11. став 1. Уредбе). Ни у правој знаности тих земаља не доводи се у питање да право грађења има двоструку правну природу: Armin Ehrenzweig, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Wien, 1923, стр. 411; Robert Mayr, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes*, Erster band, Reihenburg, 1923, стр. 427; C. Ring, *op. cit.*, стр. 870; Fritz Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, München und Berlin, 1963, стр. 246.

³¹ Видјети: Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, ch Beck sche, Werlangsbuchhandlung, München, 1995, глава II. (законски садржај и законско правно дјеловање).

титутивни, непромјењиви садржај права грађења, који је одређен когентним прописима. У простору који се налази између мање и веће кружнице налази се уговорни, тј. варијабилни садржај права грађења одређен вољом оснивача и стјечатеља. Путем уговарања омогућава се значајнији утјецај власника земљишта на садржај права грађења, јер је он у правилу економски јача страна. Тај утјецај, међутим, не може ићи толико далеко да угрози социјалну сврху права грађења, а управо помоћу есенцијалног садржаја штити се, у значајној мјери, економски слабија страна. Ако би због премоћног утјецаја власника земљишта била толико сужена овлаштења носиоца права грађења или ако би му биле наметнуте такве обавезе да би овај услијед тога био довођен у неравноправан положај, услијед чега би била угрожена и сврха права грађења, уговор би био апсолутно ништав. Према томе, уговорни садржај треба да одражава социјални циљ права грађења, или бар да не буде у контрадикцији с тим циљем. Будући да право грађења у правилу оснивају градови или градске опћине, и да је уговорни садржај углавном утврђен типским уговором,³² ријетко ће се догодити да уговорни садржај дође у скобе с когентним прописима.

По себи се разумије да уговорни садржај права грађења стјече стварноправну природу с укњижбом у земљишну књигу и да тиме постаје интегрални дио законског садржаја. Оне одредбе уговорног садржаја које нису уписане у земљишну књигу, као садржај права грађења, задржавају своју обvezno-правну природу, дјелујући између страна уговорница, без утјецаја према трећима.

Њемачка Уредба о наследном праву грађења врло исцрпно одређује који се правни односи уређују, односно могу уредити уговором. Али те одредбе углавном немају супсидијарни карактер, тако да би важиле ако судионици друкчије не одреде, већ оне само предвиђају могући уговорни садржај наследног права грађења (*accidentalia negotii*). На пример, ако странке нису уговориле обавезу подизања зграде у одређеном року (§ 2. тачка 1), та обавеза не постоји по, Уредби јер је не одређује ни диспозитивна норма. Због двоструке правне природе право грађења се оснива двоструким уписом: у опћу земљишну књигу као терет на нечијем земљишту и као самостална некретнина у правном у

³² Видјети: Ripfel/Schütze, *Erbbauvertrag*, 3. Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1993, (Heidelberg Musterverträge).

смислу у новоснованом земљишнокњижном улошку (Аустрија) односно у земљишну књигу наследног права грађења (Њемачка).

3.3. ТАЛИЈАНСКО СУПЕРФИЦИЈАРНО ПРАВО

Талијанско суперфицијарно право нормирано је тек Грађанским законом од 20. ожуква 1942. године. Талијански Грађански законик од 1865. године, по угледу на француски *Code civil*, допуштао је правно раздвајање земљишта и грађевинског објекта на површини или испод површине земљишта. Трећа особа је могла доказивати да јој припада право власништва на зграду која је подигнута на туђем земљишту (члан 448). Правило према коме је зграда прираштај земљишта имало је, дакле, диспозитиван карактер, и сводило се на обориву предмнијеву. Према томе, по том закону било је могуће изградити властиту зграду на туђем земљишту, а исто тако и отуђити постојећу зграду, те задржати право власништва на земљиште. Предмнијева да је власник подигао зграду могла се обарати било којим доказним средством, а предмнијева да зграда припада власнику земљишта, могла се оспорити само позивањем на писани правни посао. Писаним правним послом, наиме, могле су се доказивати двије чињенице: прво, да је власник земљишта трећој особи отуђио зграду; друго, да је власник земљишта допустио трећој особи да на његовом земљишту подигне властиту зграду.³³

Рјешење које је усвојио Грађански законик од 1865. године по мишљењу Салиса,³⁴ није било толико посљедица стотијетне традиције колико резултат практичних тј. друштвених потреба правног раздвајања земљишта и зграде и хоризонталне подјеле зграде (етажно власништво). Утјеџај тих потреба је био толико снажан да се у пракси осјећао све више недостатак правног уређења тих односа.

Мада садашњи Грађански законик (од 1942), за разлику од аустријског и њемачког права, не декларира правну природу суперфицијарног права, у правној знаности влада опће мишљење

³³ Видјети: *Rassegna di giurisprudenza sul Codice civile*, diretta di Rosario Nicolo – Mario Stella Richter, *Libro terzo*, том I (арт. 810–997) a cura di Gabriele Pescatore e Antonio di Filipo, Giuffrè, Милано, 1968, стр. 448; Pescatore – Albano – Greco, *Commentario del Codice civile*, Libro III, Tomo primo, Торино, 1958, стр. 446.

³⁴ Salis, *La superficie*, стр. 11.

да је суперфицијарно право стварно право на туђој некретнини. При томе се истичу његове битне карактеристике: непосредност и апсолутност, као и то што се, према изричitoј законској одредби, може хипотекарно заложити и што се гаси због невршења (члан 2810. тачка 3. и члан 954. став 4).³⁵ Стварно правна природа супефицијарног права наглашена је и у реферату који је уз приједлог за доношење Грађанског законика био поднијет Краљу.³⁶

Према талијанском Грађанском законику правила која уређују право грађења и подизања зграда на површини туђег земљишта примјењују се на право изградње зграде испод површине туђег земљишта (члан 955).³⁷

Разлика између суперфицијарног права и права грађења није само у томе што установа суперфицијарног права оставља врло широку слободу уговарања, него и у томе што се по њемачком и аустријском праву зграда прираштај права грађења, а по талијанском праву зграда је потпуно самостална ствар, јер суперфицијарно право које неутрализира атракцијску снагу земљишта, за разлику од права грађења, „не долази на место земљишта“. Управо та одлика суперфицијарног права изазива расправу у талијанској правној знатности у погледу његовог законског садржаја и правне природе, па чак и о томе да ли поред суперфицијарног права постоји и неко друго право које може једнако раздвојити земљиште и зграду.³⁸

Талијанско суперфицијарно право садржи два овлаштења: право изградити зграду на туђем земљишту (*diritto di costruire*) и право држања зграде на туђем земљишту (*diritto di mantenere la costruzione sul suolo altrui*). Друго овлаштење може се конституирати без првога нпр. отуђењем зграде без отуђења права власништва на земљиште или обрнуто отуђењем земљишта без отуђења зграде или отуђењем земљишта једној особи а зграде другој. Према томе може се конституирати суперфицијарно

³⁵ Salis, *op. cit.*, стр. 5. И даље; Pugliese, *Della superficie in Commentario del Codice civile*, Libro terzo, Quarta ed., Zanichelli, Bologna – Soc. ed del' Foro italiano, Roma, 1976, стр. 567–570; Zaccagnini, *op. cit.*, стр. 193; Messineo, *op. cit.*, стр. 538.

³⁶ Zaccagnini, *op. cit.*, стр. 194; A. Barca, C. Marvisi, *La superficie*, Giuffrè, Milano, 2004, стр. 88–92. и 239–273.

³⁷ Право изградње и подизања зграда испод површине туђег земљишта уређује закон од 24. октобра 1989, бр. 122 (тзв. *legge Tagnoli*).

³⁸ Све о томе спору чији су protagonisti „вјечити“ опоненти, Салис и Pugliese, у: П. Симонети, *Право грађења*, стр. 62–65.

право као право држања зграде на туђем земљишту које би трајало док постоји зграда или краће. Прво овлаштење не може се вршити – градити зграду без другога – имати право држања властите зграде на туђем земљишту. Ово је повод за знанствени спор о природи права које раздваја земљиште и зграду и да ли то право садржи право поновног грађења (*diritto di riconstruire*) ако је основано отуђењем зграде без отуђења земљишта или обрнуто или се то право мора нарочито уговорити приликом отуђења зграде без отуђења земљишта, односно правног раздвајање земљишта и зграде.³⁹

3.4. ФРАНЦУСКО СУПЕРФИЦИЈАРНО ПРАВО

Иако *Code civil* не познаје суперфицијарно право, као стварно право на туђем земљишту, нити је оно у Француској уређено посебним законом по *Code civilu* постоји могућност правног раздвајања како постојеће тако и будуће зграде од земљишта на темељу правног посла (члан 553).

a) Правно раздвајање постојеће зграде и земљишта

Правно раздвајање постојеће зграде и земљишта на темељу правног посла је изричito допуштено (члан 553. CC-a).⁴⁰ На темељу правног посла могу се правно одвојити од земљишта и стабла и друго раслиње.

b) Правно раздвајање земљишта и будуће зграде од земљишта

С обзиром на то да је *Code civil* допустио правно раздвајање земљишта и постојеће зграде, начелно није постојала правна препрека за уређење правног раздвајања будуће зграде и земљишта на темељу правног посла. Може се, дакле, овластити грађитељ (инвеститор) да изгради зграду на туђем земљишту, уз писану сугласност власника земљишта.⁴¹ Ове правне односе од

³⁹ О том спору шире П. Симонети, *Право грађења*, Сарајево – Београд, 1985, стр. 62–65.

⁴⁰ „Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment.” (члан 553).

⁴¹ Baudry-Lacantinerie, Wahl, A., *Trattato teoretico-pratico*, Diritto civile, Dei beni, volume unico, Valardi, Milano, 1931, стр. 245–249 (*diritto di superficie*) – преведено с француског на талијански.

1964. године уређује посебна законска установа *bail et constrution*.⁴² Уговор о закупу земљишта ради изградње и држања властите зграде на туђем земљишту траје до истека рока одређеног уговором који по правилу није краћи од 18 ни дуљи од 99 година. Њиме се закупник обвезује изградити и одржавати зграду у добром стању и плаћати одређену закупнину закуподавцу од завршетка изградње зграде. Закупац може хипотекарно оптеретити зграду за трајања закупног односа. Године 1990. у француски правни систем уведена је установа *bail à réhabilitation*.⁴³ Закупац се обвезује реконструирати и побољшати стан за вријеме уговора о најму који не може бити краћи од 12 година. У том случају закупник стјече стварно право на стану који може хипотекарно оптеретити.⁴⁴

ц) Правно раздвајање раслиња и стабала од земљишта

Code civil омогућава правно раздвајање раслиња и стабала од земљишта на темељу правног посла (члан 553). Пандан правном раздвајању раслиња и стабала од земљишта су уговори различитог трајања: *bail emphytéotique* и уговори о закупу винограда с правом власништва под раскидним увјетом.⁴⁵

д) Суперфицијарно власништво

Тако се у Француској обликовало специфично стварно право на површини земљишта које омогућава да се има право власништва на зграде, раслиње и стабла који су одвојени од земљишта.⁴⁶

⁴² Ова правна установа уређена је Законом од 16. просинца 1964, L. 64-1247 (D.1965, 17), допуњена Декретом бр. 64-1323 од 24. просинца 1964. (D.1965, 38 – Rect 88) и затим модифицирана Законом бр. 17. од 3. септембра 1979. (D.1979, 55) и бр. 440 од 2. lipnja 1983. (D.1983, 269 – Rect 376). Видјети: Code de la construction et de l'habitation (члан L.251-1. до 251-9).

⁴³ Тај је уговор уведен у правни систем Законом бр. 449 од 31. свибља 1990. Видјети Code de la construction et de l'habitation (члан L. 252-1. и даље). Обавјештење о тој новој коди: Lamy, Droit immobilier, Paris, 1995, стр. 66. и даље (редакција Bergel и други).

⁴⁴ Saint-Alary, *Bail à construction*, у: *Répertoire de droit civil*, Paris, 1988.

⁴⁵ Ове односе уређује Закон бр. 1253 од 30. просинца 1967.

⁴⁶ О правној природи суперфицијарног власништва на зградама и стаблима у француском праву, Н. L. Mazeaud, i J. Chabas, *Lecons de droit civil*, II, 2, 8th ed, Paris, 1994, стр. 5-6, 122-124, 326-327. и 414-418. „Mais il n'y a pas là un droit réel particulier: il s'agit seulement de la division d'une chose entre deux propriétaires: c'est un droit de propriété qu'exerce le superficiaire sur les constructions et plantations.” Цитирано према: A. Guarneri, *Superficie*, Rivista di diritto civile, бр. 4/96. У Mégacode, Code civil, изд. Dalloz, Paris, 1997-98. се то право назива „право на површину”. То је право титулара да ужива и располаже стварима које су трајно везане за земљиште, стварно право одвојено од права власништва на тло, по природи трајно, осим изнисака које овise од начина конституирања тога права као што су закуп или концесија. Fort-de-France, 18. svibnja, 1984: Juris-Data, br. 044495.

3.5. ШПАЊОЛСКО СУПЕРФИЦИЈАРНО ПРАВО

Шпањолски *Código civil* (члан 353)⁴⁷ допушта власнику да конституира у корист треће особе право изградње, упорабе и задржавања зграде, раслиња и стабала у његовом власништву, уз накнаду или без накнаде. Протеком педесет година, ако није другачије уговорено, на зграду, раслиње и стабла стјече право власништва власник земљишта. Ова правна установа темељито је модифицирана Законом из 1956, те Уредбом о хипотеци из 1959.⁴⁸

3.6. СУПЕРФИЦИЈАРНО ПРАВО У БЕЛГИЈИ

У Белгији је уређено суперфицијарно право посебним Законом (*Lois sur le droit de superficie*) од 10. сијечња 1924. Према томе закону суперфицијарно право је стварно право које овлашћује његова носитеља да на туђем земљишту има у своме власништву трајну зграду, направе и насаде.⁴⁹ Суперфицијарно право се може отућити и оптеретити (члан 2), а траје најдуже педесет година, након чега власник земљишта постаје власником зграде, направе и стабала. Осим протеком рока, суперфицијарно право престаје конфузијом, пропашћу земљишта и тридесетогодишњом досјелошћу (члан 9).

3.7. ШВИЦАРСКО СУПЕРФИЦИЈАРНО ПРАВО

Швицарским Грађанским закоником (*Code civil suisse*) из године 1907. суперфицијарно право било је уређено у само два чланска. У члану 675. уређено је одступање од начела *superficies solo cedit* на темељу правног посла,⁵⁰ а у члану 779. је нормирено право служности које овлашћује њезиног титулара да на туђем земљишту, на површини или испод површине земљишта има или изгради властиту зграду. Ово право се може отућити и нас-

⁴⁷ Derecho de superficie, 1655y, Base 26 de la ley de 11 de mayo de 1888, en Parte I (Código civil).

⁴⁸ Ley de suelo од 12. свибња 1956. и Уредба о хипотеци од 17. ожујка 1959.

⁴⁹ „Le droit de superficie est un droit réel qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages et plantations sur un fonds appartenant à autrui” (Art. 2).

⁵⁰ „Les constructions et autres ouvrages établis au-dessus ou audessous d'un fonds, ou unis avec lui de quelque autre manière durable, peuvent avoir un propriétaire distinct, à la condition d'être inscrits comme servitudes au registre foncier.” (члан 675. став 1).

лиједити ако није супротно уговорено. Ако има природу посебног и трајног права, може се укњижити као некретнина у земљишни регистар.⁵¹ Ова правна установа новелирана је Законом од 19. окујка 1965. који је ступио на снагу 1. српња исте године. У члановима 779-а – 779-1 прописана је конститутивност форме правног посла о оснивању суперфицијарног права; трајање суперфицијарног права нај dulje 100 година; периодична накнада (рента) коју дугује суперфицијар власнику земљишта; претпоставке за престанак суперфицијарног права; накнада коју дугује власник земљишта суперфицијару након престанка суперфицијарног права за зграду коју је овај изградио; узајамно право првокупа власника земљишта и суперфицијара. Првога да купи зграду док траје суперфицијарно право, другога да откупи земљиште и зграду по престанку суперфицијарног права. Законом није уређено право које би раздвајало земљиште и стабла, али то право постоји у појединим швицарским кантонима од давнина.⁵²

3.8. ЈАПАНСКО СУПЕРФИЦИЈАРНО ПРАВО

У Јапану је суперфицијарно право уређено Грађанским закоником и посебним Законом о суперфицији. Према јапанском Грађанском законику суперфицијар је власник зграда, бамбуза и стабала на туђем земљишту (члан 265); дужан је плаћати периодичну накнаду власнику земљишта (члан 266). Ако трајање суперфицијарног права није одређено, суперфицијар се може у свако доба одрећи свога права уз обвезу плаћања једногодишње накнаде власнику земљишта, ако се то не противи обичајима. Иначе суд по захтјеву једне или друге стране одређује трајање права грађења, не краће од десет година нити дуље од педесет година, водећи рачуна о стању зграде, бамбуза и дрвећа (члан 268). Кад суперфицијарно право престане суперфицијар може однијети своје грађевине, бамбусе и дрвеће, ако власник не понуди откуп по тржишној цijени све то ако друго није

⁵¹ Art. 779: „(1) Le propriétaire peut établir en faveur d'un tiers une servitude lui conférant le droit d'avoir ou de faire des constructions soit sur le fonds grevé, soit au-dessous. (2) Sauf convention contraire, ce droit est cessible et passe aux héritiers. (3) Si cette servitude a le caractère d'un droit distinct et permanent, elle peut être immatriculée comme immeuble au registre foncier.”

⁵² P. Liver, *Zur Geschichte und Dogmatik des Eigentums an Bäumen auf freiem Boden in der Schweiz*, in Festchrift Bader, Zürich, 1965.

одређено у обичајном праву (члан 269). Суперфицијарно право може се основати и за одвајање од земљишта подземних грађевина (члан 269–2), па и на земљишту које је оптерећено правом плодоуживања уз сугласност плодоуживатеља. Закон о суперфицији, уређује претпоставке и поступак укњижбе права власништва на зграду која је правно одвојена од земљишта, као и правне учинке ове укњижбе.

3.9. ШВЕДСКА СРОДНА ПРАВА

Шведско право познаје три различите правне форме (уставове) кориштења туђег земљишта ради изградње и држања властитих стамбених зграда и других грађевина на туђем земљишту на одређено или неодређено вријеме (*jordabalken*, *bostandsarrende*, *anlänggningsarrende*).

Jordabalken је историјски назив за прописе о уређењу права на некретнинама, па и право да се има зграда на туђем земљишту.

Bostandsarrende је закуп државног или опћинског земљишта који овлашћује закупца да на закупљеном земљишту у складу с планом просторног уређења изгради властиту зграду.

Anlänggningsarrende је закуп земљишта ради постављања или изградње неког уређаја или постројења (нпр. резервоара за воду, уређаја за гријање и сл.) који користи сусједна некретнина, па и она на којој је изграђена стамбена зграда на темељу уговора о закупу (*bostandsarrende*).

3.10. СУПЕРФИЦИЈАРНО ПРАВО И СРОДНА ПРАВА У ПОРТУГАЛУ, КВЕБЕКУ, НОРВЕШКОЈ, ФИНСКОЈ, НИЗОЗЕМСКОЈ, ВЕЛИКОЈ БРИТАНИЈИ И ИРСКОЈ

У *Португалу* је суперфицијарно право (*Do direito de superfície*) исцрпно регулирано у Грађанском законику (art. 1524–1542. *Código civil*) из 1888.

У *Канади* суперфицијарно власништво уређује Грађански законик Квебека од 1. српња 1998. (art. 1110–1118. *Code civil* Квебека за федералну државу Квебек.⁵³

⁵³ Према француском и енглеском пријеводу, Québec, Centre of Private and comparative Law – Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec.

У Норвешкој је уведена установа права грађења на туђем земљишту – *tomtefeste* посебним законом од 30. свибља 1975. који је на снази од 1. сијечња од 1987.

У Финској је, као и у шведском праву, уређено право кориштења туђег земљишта за изградњу и држање властитих зграда на туђем земљишту на неодређено вријеме (Закон о закупу од 29. travnja 1966. године, *tontinvuoknaikens*). Према § 2. Уредбе о хипотеци од 11. студеног 1868. године објект хипотеке, између осталог, може бити и грађевина на туђем земљишту. Према томе, у случају хипотекарног залагања, сматра се да је зграда правно одвојена од земљишта. То значи да у Финској од 1868. године постоји право имати властиту зграду на туђем земљишту.

Низоземско право познаје једну правну установу која се може успоредити с њемачким наслједним правом грађења, а зове се *regt van opstal* (art. 758–766 Burgerlijk Wetboek) или поред тога позната је установа наслједног закупа *erfrpachtsregt*. Нови Грађански законик Низоземске (од 1. сијечња 1992) уређује установу суперфицијарног права: стварног права које овлашћује његова носитеља да има или да стекне власништво зграде, направе или насада, који се налазе на туђој некретнини (земљишту) или испод њене површине (члан 100. став 1), а по престанку суперфицијарног права прелазе у власништво власника оптерећене некретнине (члан 105. став 1).

У правном савезу Велике Британије постоји установа *building lease* новелирана 1925. (Settle Land Act), одјели 41 (1) и 117 (и) која уређује право изградње и држања властите зграде на туђем земљишту.⁵⁴

У Ирској правна установа *laeseholds* уређује наслједно и отуђиво право⁵⁵ које овлашћује титулара да на туђем земљишту изгради и држи властиту зграду (Landlord and Tenant Acts 1967. и 1984.).⁵⁶

⁵⁴ Хисторијско-компаративна обавјештења у развоју института грађења на туђем земљишту у савезним common law-а: G. Pugliese, *Regulation of ownership and use of re-serve property*, Roma, s.d., стр. 48–67.

⁵⁵ Подаци о правним изворима у другим европским земљама преузети претежно из књиге Linde/Richter, *Erbbaurecht und Erbbauzins in Recht und Praxis*, Rudolf Haufe Verlag, Freiburg i. Br., 1993, стр. 44–46.

⁵⁶ О праву кориштења државног грађевинског земљишта прије транзиције у: СССР-у, Мађарској, Њемачкој Демократској Републици, Чехословачкој и Пољској; П. Симонети, *Право грађења*, стр. 99–108.

У бившим совјетским републикама и другим социјалистичким земљама источне Еуропе до транзиције законима је била уређена установа права кориштења државног грађевинског земљишта, како за стамбене зграде у приватном власништву тако и за оне у државном власништву на које су имала право управљања привредна подuzeћа и друге друштвеноправне особе.⁵⁷

4. ХРВАТСКО ПРАВО ГРАЂЕЊА

4.1. ОПЋЕНИТО О ПРАВУ ГРАЂЕЊА У ХРВАТСКОМ ПРАВУ

Право грађења је нова правна установа у хрватском правном систему. Иако је било уређено, међу првима у Европи, аустријским Законом о праву грађења од 26. travnja 1912., који се протезао и на дио територија данашње Републике Хрватске: Истру и Далмацију, а након 1. српња 1929. на подручје Апелационог суда у Сплиту⁵⁸ (раније Виши земаљски суд), познато је само малом броју правника, јер га је послије 15. свибња 1945. године сасвим потиснуло право кориштења на грађевинском земљишту у друштвеном власништву.⁵⁹

Право грађења је актуализирано прије него што је уведено у хрватски правни поредак Законом о власништву (члан 280–296),⁶⁰ након што је било омогућено преношење у власништво грађевинског земљишта из друштвеног власништва (члан 11. Закона о измјенама и допунама Закона о грађевинском земљишту⁶¹ (члан 26. ЗГЗ-а).

⁵⁷ П. Симонети, *Право грађења*, стр. 99–108.

⁵⁸ Од 1. српња 1929. важио је талијански Грађански законик (*Codice civile*) из 1865. године, на подручју Истре, Ријеке, Задра, Преса, Лошиња, Унија, Суска, Иловика, Ластова те Палагруже; шире: М. Корлевић, *Управа и судstvo u Истри od 1918. do 1945. године*, Вјесник државног архива у Ријеци, Свеска II. Ријека 1954; Butera, *La comproprietu di case per piani*, UTET, Torino, 1933, стр. 15.; П. Симонети, *Примјена правних правила о праву грађења, Информатор*, бр. 4398–4399, 1996; исти: *Правне основе грађења на Шуђој некретини*, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, бр. 17, вол. 1. стр. 22–27.

⁵⁹ Најприје је то право било уређено Уредбом о изградњи станова радника и службеника од 23. коловоза 1951. (*Службени лист ФНРЈ*, бр. 23/51), а затим Законом о промету земљишта и зграда (*Службени лист ФНРЈ*, бр. 26/54) који је ступио на снагу 1. српња 1954.

⁶⁰ Закон о измјенама и допунама Закона о грађевинском земљишту, *Народне новине*, бр. 53/90, ступио је на снагу 22. просинца 1990.

⁶¹ П. Симонети, *Rasprave iz Stvarnog prava*, издање Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, Ријека, 2001, стр. 219–236.

Право грађења је право имати властиту зграду на површини или испод површине нечијег земљишта (члан 280. став 1. ЗВ).⁶² Ова правна установа уређена је у хрватском правном систему послије претворбе друштвеног власништва. Право грађења бит ће све више привлачно за потенцијалне градитеље (инвеститоре) који немају довољно средстава за куповину грађевинског земљишта или преферирају пласирати свој капитал у производне и друге профитабилне дјелатности уместо у куповину земљишта, јер се оснивањем права грађења бесплатно прибавља грађевинска честица. За право грађења плаћа се мјесечна накнада у висини просјечне закупнице за такво земљиште, а право грађења се може одмах хипотекарно заложити ради прибављања кредита за грађење. Оснивањем права грађења ствара се стални извор прихода власника земљишта. Уколико је власник јединица локалне самоуправе, која је дужна градити и одржавати комуналну инфраструктуру, из прихода стечених присвајањем градске ренте осигуравају се стална средства за те сврхе. Право грађења на тисућама грађевинских честица којима располаже град или општина представља значајан извор средстава за улагање у комуналну инфраструктуру.

С друге стране, право грађења је привлачно за даватеља кредита јер се може хипотекарно заложити као свака друга некретнина. Зграда која се изгради на праву грађења *in statu nascendi* припадност је тога права, као да је оно земљиште (члан 280. став 3. ЗВ), јер је право грађења „у правном погледу изједначено с некретнином“ (члан 280. став 2), па се заложно право шире на зграду у изградњи почев од копања темеља и полагања „камена темељца“ (члан 285. став 2. ЗВ).

Право грађења и зграда представљају нераскидиво јединство: некретнину. Тко је носитељ права грађења, тај је власник зграде. Зграда се правно одваја од земљишта правом грађења, али се не може одвојити од права грађења ни по ком правном основу, па се преноси, наслеђује и оптерећује заједно с правом грађења (члан 285. став 3). Једина изнимка је правно одвајање дијела зграде од права грађења у случају прекорачења међе грађењем на земљиште оптерећено правом грађења. У том случају се по закону успоставља право служности које дио зграде преко међе одваја од права грађења (чл 157. и 196. ЗВ-а).

⁶² Закон о власништву и другим стварним правима, НН бр. 91/96, 73/00, 114/01.

Право грађења због наведених својстава пружа правну сигурност како његовом носитељу, тако и овлаштеницима права која га оптерећују, па, дакле, и хипотекарном вјеровнику. Правна позиција хипотекарног вјеровника, наиме, ни у једном тренутку није угрожена, под претпоставком да контролира „трошење” кредита намирењеног за изградњу зграде. Ово због тога што успоредо с изградњом зграде расте вриједност хипотеком оптерећеног права грађења, будући да је и зграда у изградњи његов саставни дио.

С друге стране право грађења се не може одвојити од земљишта које оптерећује, „па тко на било којем правном темељу стекне власништво оптерећеног земљишта, стекао је земљиште оптерећено правом грађења” (члан 283. ЗВ).

Хипотекарни вјеровник, осим тога, може увјетовати давање кредита осигурањем зграде, па и зграде у изградњи од одређених ризика (пожар, поплава, земљотрес итд.), па ће у случају пропasti зграде или зграде у изградњи на мјесто зграде заложно право, поред права грађења, теретити и накнаду за зграду коју дугује осигураватељ носитељу права грађења по основи уговора о осигурању.

Престане ли право грађења, по било којем правном основу, власник земљишта дужан је носитељу права грађења „дати онолику накнаду за зграду колико је његова некретнина у промету врједнија с том зградом него без ње” (члан 295. став 3), а на ту накнаду протеже се заложно право које је теретило право грађења (члан 296. став 2).

4.2. ФУНКЦИЈЕ ПРАВА ГРАЂЕЊА

Право грађења по својој намјени разликује се од осталих ограничених стварних права. Оно мора задовољити три битне сврхе: социјалну, господарску и правну, стога се мора проматрати и као средство (функција) за остварење ових сврха.

4.2.1. СОЦИЈАЛНА ФУНКЦИЈА ПРАВА ГРАЂЕЊА

У увјетима енормних цијена грађевинског земљишта, неразмјерно се повећавају трошкови изградње зграда, односно цијене станови и пословних просторија. Право на доличан вла-

стити стан, то основно право човјека и обитељи, у таквим околностима за многе постаје готово недостижно.⁶³

У развијеним земљама траже се различити модалитети за стимулирање јефтиније изградње зграда, посебно социјалних станови и обитељских стамбених зграда, а једно од таквих средстава је право грађења.⁶⁴ Томе циљу треба служити и наше право грађења сукладно социјалној компоненти права власништва и других стварних права коју истиче Устав РХ, прописујући да су носитељи власничкога права и његови корисници дужни доприносити опћем добру (члан 48. став 2) и да је социјална правда једна од највиших вреднота уставног поретка Републике Хрватске (члан 3).

Стјецатељ права грађења прибавља грађевинску честицу уз малу мјесечну накнаду (члан 281. став 2. ЗВ)⁶⁵ а будући да се то право може хипотекарно заложити (члан 285. став 2. у свези с чланом 280. став 2. ЗВ), његовим стјецањем уједно се стјече могућност прибављања хипотекарног кредита за изградњу зграде. На тај начин омогућава се не само јефтинија изградња него и кредитирање изградње, дакле, грађење туђим средствима. Тиме се увелико снизују цијене стамбеног и пословног простора, те отвара могућност продаје станови и пословних просторија с оброчном отплатом цијене, већ тијеком изградње или након изградње по повољнијим цијенама.

⁶³ Повеља Свете столице о правима обитељи од 22. листопада 1983. која је предложена свим особама, установама и представницима власти надлежним за поштивање обитељи у сувременом свијету, позива све државе и све надлежне установе и особе да промичу поштивање права и дјелотворно признавање, поред осталих, и права на стан. Право на стан је формулирано у члану 11. Повеље „Обитељ има право на доличан стан, погодан за живот обитељи и примјерен броју њезиних члanova, у околишу који осигурава најнеопходније услуге за живот обитељи и заједнице“ (*Стио година католичког социјалног наука, „Кршћанска садашњост“*, Загреб, 1991, стр. 568. и 569). Државе, чланице Уједињених народа су се, међутим, једва сугласиле да сватко има право на животни стандард довољан за њега и његову обитељ, укључујући примјерен храну, одjeћу и спајан, као и на стално побољшавање животних увјета. Државе уговорнице подузет ће сходне мјере да осигурају остварење тога права, признајући у ту сврху битну важност међународне супрадње утемељене на слободној приволи – Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (додатак Резолуцији ОСУН 2200 А (XXI) од 16. просинца 1966) Пакт је ступио на снагу 3. сiječnja 1976. (точка 28. Одлуке..., *Народне новине*, бр. 12/93, Међународни уговори).

⁶⁴ Ring, *op. cit.*, стр. 867–869; Oefele/Winkler, *op. cit.*; Ripfel/Schütze, *op. cit.*

⁶⁵ Носитељ права грађења дужан је власнику земљишта плаћати мјесечну накнаду за земљиште у износу просјечне закупнине за такво земљиште, ако није што друго одређено.

Високе цијене грађевинског земљишта, које енормно повећавају трошкове изградње, постају лимитирајући чимбеник особито изградње стамбених зграда и станова. Право грађења увек сизује трошкове изградње. Ово због тога што за прибављање грађевинске честице се не мора платити тржишна цијена земљишта, већ се, уместо куповне цијене, плаћа мјесечна накнада за право грађења у висини просјечне закупнице док то право траје.

Власници земљишта, посебно опћине и градови, редовито не располажу потребним новчаним средствима за стамбену и другу изградњу, али оснивајући право грађења потичу такву изградњу новчаним средствима других особа које граде ради задовољавања властитих потреба, било за тржиште (изградња зграда и дијелова зграда за тржиште).

Управо због тога се право грађења оснива првенствено ради изградње обитељских стамбених зграда или ради изградње социјалних станова који се продају или изнајмљују по повољнијим цијенама стамбено угроженима (тзв. социјални станови).

Право грађења, по правилу, оснивају власници великих површина грађевинског земљишта, а то су код нас углавном опћине и градови, а не господарски субјекти – власници мањих површина земљишта који послују ради добити, чији су пословни планови по правилу временски много краћи него што је уобичајено трајање права грађења.

4.2.2. ГОСПОДАРСКА ФУНКЦИЈА ПРАВА ГРАЂЕЊА

Будући да задржавају право власништва на земљишту, власници земљишта који оснивају право грађења убиру, додуше малу, али константну и релативно сигурну ренту у мјесечним износима просјечне закупнице за такво земљиште када није што друго одређено (члан 281. став 2). У случају конституирања права грађења на земљишту у власништву јединице локалне самоуправе, та накнада не би смјела бити нижа од тржишне цијене (арг. из члана 391. став 1. ЗВ-а).⁶⁶ По престанку права грађења власник земљишта постаје власником зграде, по начелу *superficies solo credit*, коју му је дужан предати у посјед посљедњи носитељ права грађења у исправном стању, јер се на њихове односе на

⁶⁶ П. Симонети, *Оснивање права грађења*, стр. 562–564.

одговарајући начин примјењују правила по којима се просуђују односи након престанка права плодоуживања, ако није што посебно одређено (члан 295. став 2. ЗВ). При томе је власник земљишта, додуше, дужан платити накнаду за зграду колико је његова некретнина врједнија с том зградом него без ње (члан 295. став 3. ЗВ). Али је с тиме стекао право располагања својом некретнином: земљиштем са зградом, право да је отуђи и оптерети зграду, оснивајући право грађења у корист треће особе или да се уступи у закуп, односно најам по тржишним цијенама, ако не одреди што друго (нпр. у погледу „социјалних станова“ које граде опћине и градови, као и друге особе које не послују по начелима профита тзв. непрофитабилне правне особе).

На тај начин се успоставља и одржава кружење градске ренте – инкорпорираног капитала у градско земљиште, што омогућава одржавање, модернизацију, обогаћивање и проширивање градске инфраструктуре, градњу социјалних станова и сл.

Будући да се право грађења може хипотекарно заложити, како прије изградње зграде, тако и са зградом која с њиме чини посебну некретнину, оно је привлачно и за пласирање кредита ради изградње зграда и за друге сврхе, јер хипотекарни вјеровник има сигуран залог и након престанка права грађења. По престанку права грађења, наиме, заложно право „терети накнаду коју је власник дужан особи чије је право грађења престало“ (члан 296. став 2. ЗВ-а), а то је накнада за зграду која износи онолико „колико је његова некретнина у промету врједнија с том зградом него без ње“ (члан 295. став 3. ЗВ-а). Уговором о кредиту – хипотеци на праву грађења може се уговорити обвеза хипотекарног дужника, носитеља права грађења да осигура зграду односно зграду у изградњи, од одређених ризика, пожара, поплава и др., па ће заложно право с права грађења и зграде као његовог саставног дијела у случају пропasti зграде због осигуреног ризика теретити накнаду коју осигураватељ дугује носитељу права грађења по уговору о осигурању.

4.2.3. ПРАВНА ФУНКЦИЈА ПРАВА ГРАЂЕЊА

Право грађења правно одваја зграду од земљишта (члан 280. став 1. ЗВ); поништавајући привлачну снагу права власништва на земљишту, оно преузима улогу земљишта јер је зграда његова припадност „као да је оно земљиште“ (члан 280. став 3). Оснивајући право грађења, дакле, не укида се начело superficie.

cies solo cedit, већ се само замјењује објект који привлачи зграду. На место природног земљишта долази право грађења, као друго земљиште, односно друга некретнина ако је зграда већ изграђена (члан 280. став 2).

Право грађења оснива се било ради правног одвајања постојеће трајне зграде од земљишта, било ради изградње такве зграде која би без права грађења била саставни дио земљишта, јер ће у оба случаја носитељ права грађења бити власник зграде, док то право постоји.

Будући да се право грађења може основати на површини или испод површине земљишта (члан 280. став 1), постоји могућност да једна особа има право грађења на површини земљишта, а друга испод површине и да је трећа особа власник земљишта. Прва особа ће бити власник зграде на површини земљишта, друга зграде испод површине земљишта, а трећа постаје власником тих зграда када престане право грађења – по начелу *superficies solo cedit*.

4.3. ПРИРОДА ПРАВА ГРАЂЕЊА

Право грађења има двоструку правну природу: оно је ограничено стварно право на нечијем земљишту, а истовремено са мостална некретнина у правном погледу. По томе се право грађења одваја од осталих стварних права и приближава праву власништва на некретнини на којој нема права грађења. Овласти носитеља права грађења гледе уживања земљишта око зграде битно се разликују од права на изградњу и одржавање зграде на нечијем земљишту; и једне и друге овласти су такођер битно различите од права власништва зграде које припада носитељу права грађења као битни саставни дио тога права.

4.3.1. ОГРАНИЧЕНО СТВАРНО ПРАВО НА НЕЧИЈЕМ ЗЕМЉИШТУ

Право грађења је ограничено стварно право на нечијем земљишту не само зато што га тако дефинира закон (члан 280. став 1. ЗВ); оно је то и по своме бићу.

Право грађења има сва битна својства стварног права: власт на ствари, непосредност, апсолутност и слијеђење;⁶⁷ његов

⁶⁷ О начелима стварноправног уређења, N. Gavella, I. Gliha, *Uvod u stvarno pravo*, изд. Правни факултет у Загребу, 1991, стр. 39–47.

објект је одређена некретнина, стјече се и губи на исти начин као и остала стварна права на некретнинама, али постоје и специфични разлози његова престанка.⁶⁸

Право грађења је непосредно јер је његов објект одређена ствар (некретнина, односно земљиште), а не чинида (престација) дужника, па управо због тога дјелује према свима (*contra omnes*); оснива се и преноси уписом у земљишну књигу (члан 288, 289. став 2. и 290. став 1. ЗВ), односно полагањем нарочите овјеровљене исправе код суда ако некретнина која је њиме оптерећена није уписана у земљишну књигу (члан 263. став 3. на који упућује члан 285. став 5, 289. став 2. и 290. ЗВ); а стјече се и по правилима о заштити повјерења у земљишне књиге (члан 122–124. на које упућују члан 285. став 5, 289. став 2 и 280. ЗВ). За преинаку садржаја права грађења вриједе иста правила као и за његово оснивање и пријенос (члан 282. ЗВ). Као што се оснива уписом у земљишну књигу, право грађења престаје тек брисањем из земљишне књиге на темељу једног од законом прописаних разлога (члан 292. став 2. ЗВ). Дакле, право грађења не престаје ни када се правомоћном судском одлуком утврди законски разлог престанка, већ је та одлука основа за његово брисање из земљишне књиге, а брисање производи учинак престанка.

4.3.2. ПРАВО ГРАЂЕЊА КАО ДРУГА НЕКРЕТНИНА

Право грађења је у правном погледу изједначено с некретнином, па је зграда његова припадност „као да је оно земљиште“ (члан 280. ст. 2. и 3. ЗВ). Дакле, право грађења и зграда на њему изграђена или њиме одвојена постојећа зграда од земљишта чине један правни монолит. Штовише, тај правни монолит чвршићи је од правног јединства земљишта и зграде, јер док се зграда може правно одвојити од земљишта стварним правом (члан 9. став 4. ЗВ), тј. правом грађења (члан 280. став 1. ЗВ), правно раздвајање права грађења и зграде која је његова припадност је немогуће, јер је „свака томе супротна одредба ништава“ (члан 281. став 1). Зграда коју право грађења одваја од

⁶⁸ О обиљежјима стварних права, С. Крнета, *Стварно право*, у Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада, том III, НИУ Службени лист СФРЈ, Београд, 1978, стр. 183–186; A. Belfiore, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Giuffrè, Milano, 1979 – *Il diritto reale come concetto scientifico; diritti reali e processo economico: formazione storica dei principi odi tipicità dei diritti reali*, стр. 155–609.

природног земљишта не може се, дакле, одвојити од њега самог: она је безувјетно његов саставни дио, као да је оно земљиште, све дотле док оно постоји.

Зато се власништво посебног дијела некретнине може успоставити и на одговарајућем сувласничком дијелу некретнине која се састоји „од права грађења са зградом“ управо једнако као и на некретнини „која се састоји од земљишта са зградом“ (члан 66. став 3. ЗВ).

Будући да је право грађења изједначено с некретнином у правном смислу, у случају грађења на земљишту оптерећеном правом грађења носитељу тога права, а не власнику земљишта, припадају права и обвезе власника земљишта неоптерећеног правом грађења из чл. 152–155. ЗВ које уређују правне посљедице грађења на туђем земљишту (чл. 152–154) и прекорачења међе грађењем (члан 155) како је одређено у члану 157. ЗВ-а.

Дакле, право грађења и зграда на њему изграђена, односно њиме одвојена од земљишта чине у правном смислу једну некретнину, један правни монолит, без обзира да ли је зграда која је његов саставни дио изграђена прије или након оснивања права грађења. Парадокс да је зграда (тјелесна ствар) саставни дио права грађења (нетјелесна ствар) уклања се законском фикцијом да је право грађења отјеловљено право „као да је оно земљиште“ (члан 280. став 3.).

4.4. РАЗЛИКЕ ИЗМЕЂУ ПРАВА ГРАЂЕЊА И ПРАВА ВЛАСНИШТВА НА „ПРИРОДНОЈ“ НЕКРЕТНИНИ

Постоје одређене разлике између права грађења као друге некретнине и права власништва на некретнини неоптерећеној правом грађења („природна некретнина“).

Прописујући за наследно право грађења аналогну примјену установе права власништва на некретнини, њемачка Уредба о наследном праву грађења искључује само три параграфа БГБ-а из установе права власништва на некретнини: § 925, који уређује пријенос права власништва на некретнини па и земљиште без зграде или обрнуто, а наследно право грађења се не може одвојити ни од земљишта ни од зграде коју одваја од земљишта; § 927, који нормира основу стјецања права власништва досјелошћу и § 928. који прописује могућност одрекнућа права власништва. Овлаштеник наследног права грађења, може се од-

рећи свога права само уз сугласност власника оптерећеног земљишта и евентуалног овлаштеника права које оптерећује право грађења. Закон о власништву Републике Хрватске нема такве одредбе, али из природе права грађења произлазе разлике у односу на установу права власништва на некретнини која се састоји од земљишта и зграде. Ове разлике излажемо у наставку.

4.4.1. ЗГРАДА СЕ НЕ МОЖЕ ПРАВНО ОДВОЛИТИ ОД ПРАВА ГРАЂЕЊА

Право грађења правно одваја зграду од земљишта, али не постоји право које ће одвојити зграду од права грађења. То значи да се правно јединство земљишта и зграде предмнијева, ако није друкчије одређено, а да је правно јединство зграде и права грађења нераскидиво. Право власништва зграде може се отуђити без права власништва земљишта или обрнуто, па се тиме оснива право грађења, али право власништва зграде која је изграђена на праву грађења или њиме накнадно одвојена од земљишта не може се одвојити од тога права док оно постоји. „С правом грађења уједно се преноси и право власништва зграде изграђене на праву грађења; супротна одредба је ништава“ (члан 290. став 2. ЗВ).

Уговор о пријеносу права власништва зграде без права грађења ваљан је без одредбе о раздавању зграде од права грађења, јер је ништавост те одредбе одређена управо зато да би уговор остао на снази без ње.⁶⁹ По нашем мишљењу ово је сврха законске одредбе која гласи: „Супротна одредба је ништава“, тј. одредба уговора о пријеносу права власништва зграде без права грађења (члан 105. став 2. ЗОО).⁷⁰

Не може се основати право грађења на праву грађења; може се, међутим, основати право грађења на некретнини коју сачињава право грађења и зграда. То је право надоградње.⁷¹ Ау-

⁶⁹ Закон о обvezним односима, *Народне новине*, бр. 53/91, 73/91, 111/93, 3/94, 7/96, 91/96, 112/99, и 88/01. Члан 324. новога Закона о обvezним односима, *НН*, бр. 35/05, који ступа на снагу 1. сијечња 2006.

⁷⁰ Шире о дјеломичној ништавости уговора: М. Ведриш – П. Кларић, *Грађанско право*, друго допуњено и измијењено издање, *Народне новине*, Загреб, 1996, стр. 119; С. Перовић, *Облигационо право*, „Привредна штампа”, Београд, 1980, стр. 451–452; исти: у *Коменијару Закона о облигационим односима*, изд. „Културни центар”, Горњи Милановац и Правни факултет у Крагујевцу, 1980, I књига. стр. 364–365.

⁷¹ О праву надоградње по досадашњем праву, шире: П. Симонети, *Правна основа грађења на струјој некретнини (право надоградње)*, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, бр. 17, вол. 1. стр. 27–37.

стријски Закон и њемачка Уредба у првобитном тексту не познају ни такву могућност јер у вријеме када су донесени ни у Аустрији ни у Њемачкој није још постојала правна установа права власништва на посебни дио некретнине (етажно власништво).

4.4.2. СТЈЕЦАЊЕ ПРАВА ГРАЂЕЊА ДОСЈЕЛОШЋУ

Њемачка Уредба искључује примјену установе опће досјелости за стјецање наслједног права грађења, али не искључује тзв. табуларну досјелост: стјецање права грађења погрешном укњижбом по протеку рока од 30 године из § 902. БГБ-а.

Закон о власништву не искључује могућност стјецања права грађења досјелошћу, као што га искључује њемачка Уредба, нити изричito прописује такву основу стјецања права грађења као што га прописује за стварну службност (члан 229. ЗВ), која је најближа праву грађења као ограниченој стварном праву на нечијој ствари (члан 187. ЗВ).

Талијанско право, такођер, не искључује стјецање суперицијарног права (талијанско право грађења) досјелошћу, нити предвиђа могућност његова стјецања по том основу, па се талијански правници препиру око могућности и претпоставки стјецања суперицијарног права досјелошћу, а то питање се рјешавало и у судској пракси.⁷²

На питање да ли је могуће стећи право грађења досјелошћу, по нашем праву, може се одговорити интерпретацијом закона. То значи да ће мериторан одговор дати судска пракса.

Држимо да се при разматрању питања могућности стјецања права грађења досјелошћу са становишта нашег права морамо разликовати двије хипотезе: када нема зграде на праву грађења и када је постојећа зграда припадност права грађења као да је оно земљиште (члан 280. став 3. ЗВ). У првом случају, наиме, посједовати право грађења значило би остваривати његов садржај, а то значи градити на туђем земљишту без правне основе, због чега настају правне посљедице уређене одредбама из чл. 152–154. ЗВ. Осим у случају да је градитељ градио на

⁷² Шире: П. Симонети, *Право грађења*, стр. 73–75; L. Salis, *La superficie*, „Unione tipografica Torinese”, Torino, 1958, стр. 79–84; G. Pugliese, *Della superficie in Commentario del Codice civile, libro terzo*, четврта издања, Zanichelli, Бologna – Soc. ed. del'Foro italiano, Roma, 1976, стр. 588–593; M. Zaccagnini, *L'enfiteusi – La superficie – Gli oneri reali – Gli usi civici*, Piacenza, 1970, стр. 200–206; A. Barca, C. Marvisi, *La superficie*, стр. 430–438, Giuffrè, Milano, 2004.

туђем земљишту на темељу уговора о стјецању права грађења, па није био посједник земљишта, него само права грађења у увјерењу да му то право припада (поштени градитељ), а власник земљишта лојалан уговору, није се противио грађењу. У том случају право грађења би се евентуално стекло грађењем на туђем земљишту, а не досјелошћу (одговарајућа примјена одредбе из члanca 153. ЗВ). С друге стране, посједник права грађења са зградом на темељу ништавог уговора о његову стјецању могао би евентуално протеком рока од двадесет, односно четрдесет година, стечи право грађења с правом власништва на зграду која је припадност тога права (одговарајућа примјена члан 159. ст. 3. и 4. ЗВ), односно десет или двадесет година ако се посјед права грађења заснива на правно ваљаној основи о стјецању права грађења (члан 159. став 2. и 4. ЗВ-а). У оба случаја право грађења трајало би док постоји зграда. У првом случају због тога што је стечено изградњом односне зграде, а у другоме зато што је стечено на некретнини која се састоји од права грађења са зградом.

4.4.3. ПРЕСТАНАК ПРАВА ГРАЂЕЊА ОДРЕКНУЋЕМ

Закон о власништву предвиђа могућност престанка права грађења одрекнућем (члан 292, став 1), а на тај престанак примјењују се правила о престанку права стварног терета (члан 293). Стварни терет престаје ваљаним једностраним одрекнућем његова корисника (члан 274. став 1. ЗВ). Држимо да се у случају одрекнућа права грађења оптерећеног заложним или другим стварним правом примјењује одредба из члана 274. став 4. ЗВ, према којој се власник повласне некретнине оптерећене правом плодоуживања и заложним правом не може одрећи стварног терета у корист те некретнине без пристанка овлаштеника тих права. Када би се допустило једнострano одрекнућe права грађења оптерећеног правима трећих особа, могла би се евентуално угрозити њихова права. У случају одрекнућа права грађења, наиме, по правилу овлаштеник тога права се одриче и права на накнаду, па се заложно право неминовно гаси: нема више објекта, а нема ни његова сурогата – накнаде, као у случају престанка права грађења по другом основу (члан 296. став 2. ЗВ). Служности као и стварни терети који су оптерећивали право грађења након одрекнућа права грађења остају као терет „природне некретнине“ (члан 296. став 3).

4.4.4. ОБУЈАМ ОБЈЕКТА ПРАВА ГРАЂЕЊА

Будући да њемачка Уредба не искључује § 905. БГБ-а, у њемачкој правној литератури расправља се и питање да ли се може примјењивати правило о обујму објекта права власништва на некретнини и на наслједно право грађења.⁷³

Право власништва на земљишту, према § 905. БГБ-а, протеже се испод и изнад његове површине докле допире интерес власника да искључи туђа дјеловања.⁷⁴

Као и по њемачком праву и по нашем праву: „Власник некретнине није овлаштен бранити туђе захвате подузете на толикој висини или дубини где он нема никаква оправданог интереса да их искључи.” (члан 31. алинеја 3. ЗВ).⁷⁵

Ако се пође од сврхе права грађења – право да се има власништво зграда на туђем земљишту (или испод његове површине) – одговор би требао бити: просторни волумен који заузима објект права грађења не може прекорачити границе које су одређене потребом да се изгради, одржава и употребљава зграда према намјени, која може бити ограничена актом о оснивању права грађења. Тај волумен је у начелу мањи од волумена објекта права власништва, јер власник може конституирати право грађења на површини земљишта, а сам користити подземље или обрнуто, као што може конституирати право грађења на површини земљишта у корист једне особе, а испод земљишта у корист друге (наравно у границама урбанистичке регулативе и до дубине докле се простире право власништва, али то није предмет овога разматрања).

4.5. ДВОСТРУКИ УПИС ПРАВА ГРАЂЕЊА У ЗЕМЉИШНУ КЊИГУ

Будући да је истовремено ограничено стварно право и некретнина у правном смислу, по њемачком праву се наслједно право грађења (Erbbaurecht) уписује у двије земљишне књиге. У опћу земљишну књигу уписује се наслједно право грађења као стварно право на земљишту које оптерећује, а у посебну књигу насл-

⁷³ Ring, *op. cit.*, стр. 927. и тамо цитирана литература.

⁷⁴ Ring, *op. cit.*, стр. 927; Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Verlag C. H. Beck, München, 1986, 45. Auflage, уз § 905.

⁷⁵ Тако и талијански Codice civile (art. 840/1 задња реченица). Видјети о томе монографију, Chiara Tenella Sillani, *I „limiti verticali“ della proprietà fondiaria*, Giuffrè, Милано, 1994.

љедног права грађења, као правно земљиште, односно као некретнина у правном смислу (§ 14. Уредбе о наследном праву грађења).

Као што се право грађења уписује у опћу земљишну књигу као оптерећење земљишта, тако се у посебну земљишну књигу, где је право грађења главна ствар, уписују права која њега оптерећују: хипотека, служности, стварни терети, као и права која га ограничују, као право првокупа, право назадкупње итд.

Према томе, право грађења има двоструки живот. С једне стране се очитује, путем опће земљишне књиге, као ограничено стварно право на нечијем земљишту, а с друге стране посебном земљишном књигом, као отјеловљено право, односно као друго земљиште или друга некретнина у правном погледу.

По хрватском праву право грађења се уписује као терет земљишта које је његов објект уз назнаку броја земљишнокњижног улошка у којем је уписано као посебно земљишнокњижно тијело (члан 34. ЗЗК). Оно се, наиме, уписује као посебно земљишнокњижно тијело у посједовници новог земљишнокњижног улошка, који се ради тога оснива, уз назнаку броја земљишнокњижног улошка у којем је уписано земљиште које оно оптерећује. У властовници новог земљишнокњижног улошка уписује се носитељ права грађења (члан 34. став 2. ЗЗК) који је истовремено власник некретнине која се састоји од права грађења са зградом. Зграда ће се након што буде изграђена, уписати као да је изграђена на праву грађења (члан 34. став 3. ЗЗК), „као да је оно земљиште” (члан 280. став 3. ЗВ).

Будући да је право грађења могуће оптеретити служностима, стварним теретима и заложним правом (члан 285. став 2. ЗВ), та се права уписују у теретовници новооснованог земљишнокњижног улошка у који је уписано право грађења (члан 25. став 1. ЗЗК).⁷⁶

4.6. ПРИРОДА ОВЛАСТИ И ДУЖНОСТИ НОСИТЕЉА ПРАВА ГРАЂЕЊА ГЛЕДЕ ЗЕМЉИШТА

Овласти и дужности носитеља права грађења гледе земљишта нису посебно одређене, већ ЗВ прописује: „Гледе зем-

⁷⁶ Стога је непотпун огледни примјерак з. к. улошка у који се уписује право грађења, зато што нема теретовницу (презентирао Б. Ружичка, *Земљишна књиџа и право грађења*, Информатор, 4566, Мале странице, Загреб, 10. 12. 1997).

љишта које је оптерећено правом грађења његов носитељ има овласти и дужности плодоуживатеља” и да је „свака томе супротна одредба ништава” (члан 281. став 1). Другим ријечима, гледе земљишта, праву грађења су иманентне „овласти и дужности” права плодоуживања.

Када Закон каже да носитељ права грађења има овласти и дужности плодоуживатеља гледе земљишта, под појмом земљиште треба подразумијевати и све интегралне дијелове земљишта, осим зграде која је од земљишта одвојена правом грађења, као и друге грађевине и направе које су од земљишта правно одвојене неким другим стварним правом (право служности), или концесијом било у корист носитеља права грађења или неке друге особе (члан 9. став 4. ЗВ).

Носитељ права грађења, dakле, није власник ни дрвећа (воћака, маслина и др.) које је засадио, ни биљака које је посијао, као ни плодова и свих других упорабљивих ствари које земља рађа на својој површини, без обзира што их је посијао, пресадио и узгајао; он стјече право власништва на траву, дрвеће и све друге плодове које земља рађа на својој површини када се од земљишта физички одвоје. Исто вриједи и за све остало што се одвојило од земљишта, не умањујући његову бит, осим кад закон друкчије одређује (члан 205. став 3. ЗВ).

Носитељ права грађења нема право на награду за нађено благо у земљишту, али има – за нађено благо у згради (члан 140. став 8. ЗВ).⁷⁷

Право грађења као некретнина у правном погледу се, међутим, битно разликује од права плодоуживања по правној природи, посебно гледе прометности. Право плодоуживања као „особна служност” (члан 199. став 2. ЗВ), наиме не може се преносити с овлаштенника на другу особу (члан 202. став 1. ЗВ); оно се у начелу не може ни наслиједити, осим ако је изричito основано за овлаштеникове наследнике (члан 202. став 2. ЗВ), али и тада се смрћу наследника који је наслиједио „особну служност” (дакле и право плодоуживања) „она безизнинмо гаси” (члан 202. став 3. ЗВ). Право грађења је наспрот томе, „отуђиво и насле-

⁷⁷ Погрешна је законска формулатија „у згради која је припадност земљишта на којем он има право грађења”, (члан 140. став 8), јер право грађења правно одваја зграду од земљишта тако што је зграда његова припадност „као да је оно земљиште” (члан 280. став 3. ЗВ). Зграда је припадност земљишта кад нема права грађења.

диво као и друге некретнине, ако није што друго одређено” (члан 285. став 1. ЗВ). Осим тога, право грађења је могуће оптеретити „службенима, стварним теретима и заложним правом” (члан 285. став 2. ЗВ), а права особних службности, не може, јер се то противи њиховом бићу строге особности. Зграда је припадност права грађења, било да је на њему изграђена или њиме одвојена од земљишта, и за то право изградње зграде произлази из самог права грађења а не из овласти које његов носитељ има „гледе земљишта”.

*
* *

Тиме нису иссрпљене све специфичности права грађења које произлазе из његове двоструке правне природе, а дјеломично и из могућности диспозитивног одређивања и преинаке његова садржаја.⁷⁸

Постоје специфичности права грађења и у погледу оснивања (чл. 286–289. ЗВ), заштите (члан 291. ЗВ), разлога и посљедица престанка (чл. 292–296. ЗВ), али ова питања прелазе оквир задане теме.

САЖЕТАК

Аутор заступа гледиште, које излаже у другом раду, да се државно грађевинско земљиште пренесе у власништво јединица локалне самоуправе, али да га оне не смију отуђивати, већ да на њему оснивају право грађења, угледајући се на локалну самоуправу многих европских земаља коју ове или сличне установе примјењују током 20. став за рјешавање социјалних и комуналних потреба. Помоћу права грађења прибавља се грађевинска честица, уз малу мјесечну накнаду и могућност стјецања хипотекарног кредита, што утјече на смањење цијене зграде односно

⁷⁸ Акцидентални састојци правног посла о оснивању или преинацији права грађења налазе још ширу примјену од природних састојака. Упућујемо на § 2. њемачке Уредбе о наследном праву грађења, која наводи читав низ већ типизираних акциденталних додатака конститутивном акту наследног права грађења. У начелу нема препреке да се код нас уговорају такви и слични додаци особито ради заштите економски слабијих и остваривања социјалне функције права грађења. О томе говоре управо акцидентални додаци које наводи § 2 њемачке Уредбе као могући садржај наследног права грађења.

стана, а омогућава продају с оброчном отплатом цијене и тијеском изградње, па се то право користи особито ради изградње социјалних станова и малих обитељских зграда. Велики власници грађевинског земљишта (градови и опћине), који по правилу не располажу потребним инвестиционим капиталом, оснивањем права грађења усмјеравају градску ренту у изградњу социјалних станова, комуналну инфраструктуру и сл., а по престанку права грађења стјечу власништво зграде уз одговарајућу накнаду. С друге стране, право грађења повећава конкурентску способност градитеља станова за тржиште јер умањује трошкове изградње размјерно вриједности грађевинске честице. Право грађења има двоструку правну природу: оно је истовремено ограничено стварно право на туђем земљишту и некретнина у правном погледу а зграда која је на њему изграђена или њима одвојена од земљишта његова је припадност. Зграда се не може одвојити од права грађења а ни право грађења од земљишта, носитељ права грађења на земљишту има овласти плодоуживатеља. Право грађења се стјече двоструким уписом у земљишну књигу.

Petar Simonetti*

THE RIGHT OF CONSTRUCTION IN CROATIA

Summary

The author believes that state-owned construction land should be transferred to the ownership of local councils, under the condition that the councils cannot sell it but thereby acquire the right of construction, as is the case in many European countries that have applied this or similar institutions during the XX century for resolving social and communal needs. Based on this right, the construction lot is acquired (for a small monthly fee) which enables them to obtain a credit with a mortgage. In this way, the prices of the buildings or apartments are reduced and enables the sale thereof by instalments even during construction. Therefore, this right is used particularly for the purpose of cheaply building apartments and small residential houses. As for big construction land owners (towns

* Dr. Petar Simonetti, Full Professor of University, Rijeka, Republic of Croatia.

and municipalities), which as a rule do not have the necessary investment capital, by establishing the right of construction, they channel the town rents into the construction of cheap apartments, communal infrastructure and suchlike, and when the right of construction expires, ownership of the building reverts to the council for an adequate fee. On the other hand, the right of construction increases the competitive ability of the apartment builder on the market, because this reduces the costs of construction proportionately to the value of the construction lot. The right of construction has a twofold legal nature: it is at the same time a limited real right to someone else's land and property in the legal respect, and the building constructed on it, separate from the land, is an accessory to this right. The building cannot be separated from the right of construction, nor can the right of construction be separated from the land. The holder of the right of construction on the land has the right of usufruct. The right of construction is acquired by dual entry in the land register.

Key words: *Right of construction. – The legal nature of the right of construction. – The right of ownership to land.*

Petar Simonetti*

LE DROIT DE SUPERFICIE EN CROATIE

Résumé

L'auteur considère qu'il faudrait transférer le droit de propriété, à l'heure actuelle appartenant à l'Etat (en République de Croatie) aux collectivités locales en leur ôtant le droit d'en disposer, cette propriété devant servir uniquement pour l'établissement du droit de superficie au profit des citoyens. Cette pratique est connue dans les pays européens qui utilisaient le droit de superficie ou institutions similaires tout le long du vingtième siècle pour la résolution des besoins sociaux ou communaux. C'est que d'un côté, à travers le droit de superficie on acquiert une parcelle pour la construction des immeubles, moyennant une compensation modique et la possibilité d'obtenir des crédits hypothécaires, ce qui influence la baisse des prix à la construction des immeubles et appartements et d'un autre côté, ce droit facilite la vente avec la réserve de propriété pendant la période de construction. C'est pourquoi ce droit est utilisé plus particulièrement quand il s'agit de la construction de logements sociaux et de petites maisons familiales. En établissant le droit de superficie, les grands propriétaires des terrains à bâtir (les villes et

* Dr. Petar Simonetti, Professeur de l'Université, Rijeka, République de Croatie.

les municipalités) qui d'habitude ne disposent pas de grosses sommes d'argent pour investir, canalisent par ce biais la rente urbaine vers la construction des logements sociaux, l'infrastructure communale etc. Après la cessation du droit de superficie ils acquièrent le droit de propriété sur l'immeuble avec une compensation adéquate. Par ailleurs, le droit de superficie augmente la capacité de compétitivité des constructeurs de logements destinés au marché en diminuant les frais de construction proportionnellement à la valeur des parcelles. Le droit de superficie a une double nature juridique : à savoir, il est d'une part un droit réel limité sur la terre d'autrui et d'autre part un droit immobilier qui sert de fondement sur lequel l'immeuble est bâti et qui représente son accessoire. L'immeuble ne peut pas être séparé du droit de superficie de même que le droit de superficie ne peut être séparé du terrain à bâtir. Le sujet du droit de superficie a sur le terrain à bâtir les droits d'usufruitier. Le droit de superficie s'acquiert par une double inscription dans les registres fonciers.

Mots-clés : *Droit de superficie. – La nature juridique du droit de superficie. – La propriété immobilière. Les collectivités locales*

ПРИЛОЗИ

Стеван Ђорђевић⁰

РЕГИСТРОВАЊЕ, ОБЈАВЉИВАЊЕ И ДЕПОНОВАЊЕ МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА

Са Пактом Друштва народа после Првог светског рата, регистровање и објављивање, упоредо са депоновањем уговора, после Другог светског рата, уређени су као формалне установе на општи начин у међународним уговорним односима држава и тиме увршћени у међународни правни поредак, допуњујући и довршавајући га.¹

1. РЕГИСТРОВАЊЕ И ОБЈАВЉИВАЊЕ УГОВОРА

Установа регистровања уговора уско је везана са намером да се институализује „јавна“, тј. „отворена“ дипломатија и приступи укидању тзв. тајне дипломатије са циљем да се умањи штета коју међународном правном поретку наносе и производе тајни уговори и споразуми између држава. Посебан подстицај за одговарајуће решење у погледу јавности међународних уговора дат је у Лењиновом Декрету о миру од 1917. у вези са проглашеним начелом објављивања свих тајних међународних уговора које је закључила царска Русија. То је још више разрађено и добило правну потврду у познатим Вилсоновим тачкама (14 тачака) од 1918. у којима је изражено залагање против тајних уговора и за њихово укидање. Ова два предлога дата су независ-

⁰ Др Стеван Ђорђевић, професор Универзитета у Београду.

¹ М. Бартош, *Међународно јавно право*, III књига, Београд 1958, стр. 276–299; Ch. Rousseau, *Droit international public*, tome I, Paris 1970, pp. 126–132; У доктрини се наводи пример обавезне регистрације по члану 39. Уtrechtског уговора – уговор Шпаније и Холандије од 1714 (С. Аврамов–М. Крећа, *Међународно јавно право*, Београд 2001, стр. 483).

но један од другога полазећи од различитих политичких концепција, али су оба била усмерена на укидање тајне дипломатије.²

а) Пакт Друштва народа од 1919. – Горе поменути ставови нашли су одраз у крајње нееластичној формулатији члана 18. Пакта Друштва народа о обавезној регистрацији међународних уговора, не водећи рачуна о спремности држава да то чине.

Члан 18. Пакта Друштва народа гласио је:

„Сваки међународни уговор или споразум који у будуће закључи једна чланица Друштва народа мора одмах бити регистрован код Секретаријата и он ће га објавити што је могуће пре. Ниједан од ових уговора или међународних споразума неће бити пуноважан пре него што буде регистрован“.

У то време сматрало се да ова одредба чини револуционарну и важну новину у погледу јавности уговора. Хтело се да се омогући контрола јавног мнења у односу на дипломатске преговоре и да се искључи пракса тајних уговора. Из стилизације члана 18. Пакта, јасно произилази, да се ова обавеза не односи за уговоре међународних организација.

Обавезно регистровање уговора постаје нераздвојни и саставни део уговорног система и важи према свима (*erga omnes*). Овакво искључиво формулисана одредба проузроковала је много тешкоће као и велике расправе и противречности у доктрини и пракси, с обзиром на санкције које је производила уколико се није поступало по њој. Тако формулисана одредба била је прихватљива и спроводљива за уговоре закључене у оквиру Друштва народа, а поштована само и у извесној мери за двостране уговоре закључене између поједињих држава.³ У вези с тим поставља се питање да ли су нерегистровани уговори важећи, а њих је било много више од оних који су били регистровани.

Познати италијански писац D. Anzillotti дао је шире (екстензивно) тумачење ове одредбе у том смислу да је нерегистрован,

² За Лењинов предлог (творца октобарске револуције) не може се рећи да има правни значај и основу, као што је то случај са предлогом Вудроа Вилсона, иначе професора уставног права, председника САД и творца нове међународне организације, Друштва народа, после Првог светског рата. Прва, од 14 поменутих Вилсонових тачака, била је ова о јавној и отвореној дипломатији мада и она има политичку основу и порекло.

³ Наводи се податак да је од 1919. до 1941. године регистровано 4.834 уговора, што је, ипак, много мање од стварно закључених уговора у овом периоду (Ch. Rousseau, *op. cit.*, p. 129).

уговор правно обавезан између страна уговорница, али се у случају спора стране не могу позивати на такав уговор пред органима Друштва народа. Овакво тумачење, имајући у виду неповољно дејство напред изнетог члана 18. Пакта Друштва народа, било је касније прихваћено у судској и дипломатској пракси, те је убрзо постало опште међународно обичајно правило. Стални суд међународне правде између два светска рата у својој пракси узимао је и нерегистроване уговоре као важеће.⁴ Дешавало се да и неки споразуми самог Друштва народа не буду регистровани.⁵ Али, било је покушаја да се региструју и поједине изјаве државника пред Друштвом народа.⁶

Ова установа није довела до укидања тајних уговора и тајне дипломатије јер је тога било као и раније, а то је случај и данас.

б) Повеља УН од 1945. – Редактори Повеље УН имали су у виду ово негативно искуство у Друштву народа са формулатијом о обавезном регистровању међународних уговора. И Повеља УН садржи одредбу о регистровању уговора, али је она дата на широј основи, и знатно реалистичније.

Није задржан недовољно јасан а истовремено споран текст из Пакта Друштва народа, већ је ова одредба преузета у оној мери која одговара стварности данашњег света и спремности држава да региструју међународне уговоре. Истовремено, није порекнут значај ове установе, с обзиром на правну сигурност и потребе упознавања свих уговорница (држава и међународних организација) са садржином постојећих уговора, који се данас закључују широм света.

⁴ Permanent Court of International Justice, Publications, Ser. B, № 11; Ser. A, No 2, p. 33. (Саветодавно мишљење о пољској поштанској служби у Данцигу од 1931. и пресуда у случају „Мавроматис“ од 1924; J. Andrassy, *Међународно правосуђе*, Загреб 1948, стр. 186, 205).

⁵ Нпр. два *modus vivendi*, склопљена између Швајцарске и Друштва народа (1921 и 1926). То исто важи и за међународне правне акте Друштва народа о изградњи и коришћењу радиоелектричне станице у Женеви за потребе Друштва народа. – Исти је случај и са размењеним писмима између Сталног суда међународне правде и владе Холандије, као и уговора о мањинама и правном положају Југозападне Африке (Cour internationale de justice, Recueil 1962, pp. 319, 332).

⁶ У литератури се наводи захтев цара Хаиље Селасија да се региструју његове изјаве у Друштву народа 1936. Захтев је одбијен из разлога што исте нису проистекле из једног уговора. Сличан је негативан случај у вези са одлуком о регистровању уговора *inter se* (уговори између Енглеске и Ирске) – Ch. Rousseau, *op. cit.*, p. 128.

Тако члан 102. Повеље УН гласи:

„Сваки уговор и сваки међународни споразум који закључи неки члан Уједињених нација после ступања на снагу ове Повеље биће, што је могуће пре, регистрован у Секретаријату и објављен од његове стране.“⁷

Као санкција за непоштовање ове одредбе, Повеља УН одређује да се ниједна страна у таквом уговору или међународном споразуму неће моћи позивати на нерегистроване уговоре и споразуме ни пред једним органом УН (став 2. члана 102. Повеље УН). Према томе, такав уговор или споразум важи између страна уговорница али нема заштиту од стране органа Уједињених нација. Практична је последица што се стране уговорнице могу обратити неком органу изван Уједињених нација (нпр. Сталном арбитражном суду или другим арбитражним судовима).⁸ Врло практичну примену ове установе имала је наша земља 1951. приликом улагања захтева у Генералној скупштини УН поводом заштите наших интереса у закљученим уговорима (у то време нису били регистровани у УН) са СССР и другим источноевропским земљама.⁹

⁷ N.Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, 6^e édition, Paris 1999, pp. 162, 163. Писци примећују разлику у односу на употребљену формулатију у Пакту Друштва народа. Прво, овде је реч о регистрацији „у Секретаријату“, а не „од њега“. Даље, сада је реч о регистрацији „што је могуће пре“, а раније „одмах“.

⁸ Све ово, имајући у виду да је надлежност судова у начелу факултативна. Проблем се може takoђе поставити уколико стране у спору после такве одлуке (од органа и институција ван Уједињених нација) затраже заштиту од Уједињених нација за извршење такве одлуке.

⁹ С обзиром да је у првој половини новембра 1951. влада ФНРЈ уложила жалбу због непријатељске активности влада СССР, Бугарске, Румуније, Мађарске, Албаније као и влада Пољске и Чехословачке у УН, а заштита у погледу поштовања уговорних обавеза могла се тражити само за регистроване уговоре у УН, уследила је ова експрес регистрација. О томе постоји и анегдота. Реч је о примедби коју је М. Бартош ставио Миловану Ђиласу, члану југословенске делегације на V заседању Генералне скупштине, УН, после које је уследило регистровање 75 међународних споразума у Секретаријату УН. Југословенска делегација упутила је писмо председнику Генералне скупштине УН од 9. новембра 1951. те су ови споразуми (њих 75) регистровани сви једног дана, тј. 27. новембра 1951. Иступање М. Ђиласа је било одложено, те је говорио у Генералној скупштини УН тек 14. децембра 1951. Иначе, у његовом првобитно припремљеном говору било је позивање на ове уговоре, који у том моменту нису били регистровани (*Nations Unies des Traités*, 1951, vol. 111, 112, 113, 114, 115, 116); – С. Ђорђевић, Југословенско-совјетски сукоб 1948. и међународно право, Институт за савремену историју (необјављени чланак), 1998 (поводом педесетогодишњице сукоба СССР–Југославија 1948); М. Бартош, оп. cit., стр. 286, фуснота 5; 297; Југословенска ревија за међународно право, 1/1954, стр. 151–154; 2/1954, стр. 156–160; 1/1995, стр. 158–160; 2/1995, стр. 316–320.

У досадашњој пракси Међународног суда правде ниједном није примењена санкција из члана 102. Повеље УН.¹⁰ У случају „Крфски канал“, парничне стране су се позвале на закључене уговоре који нису регистровани, али Суд није разматрао питање правних последица нерегистрованих уговора.¹¹ С друге стране, и у случају „Крфски канал“ као и у случају „Дипломатски азил“, Међународни суд правде засновао је своју надлежност на посебним споразумима парничних страна који све до окончања поступка нису били регистровани у Секретаријату УН.¹² Али, у међународној судској пракси постоје и случајеви да су се стране у спору обратиле другим инстанцима ван органа УН позивајући се на нерегистроване уговоре.¹³

Из напред наведене праксе УН, може се рећи да су регистровању уговора приступале и међународне организације, што није био случај са праксом у Друштву народа. У доктрини се, на основу података Секретаријата УН, наводи да је трећина регистрованих уговора међународних организација, закључено у оквиру УН, што се обезбеђује путем Секретаријата УН.¹⁴

Упоредо са регистровањем уговора УН, већ од 1945, и друге међународне организације су стварале посебне системе регистровања чија примена је ограничена на уговоре који се тичу њихових сопствених активности.¹⁵

Рок за регистрацију уговора није одређен, већ се узима да то буде „што је могуће пре“. Уколико спор избије између држава, а уговор није регистрован пре избијања спора, закаснело регистраовање нема дејство. Међутим, државе у спору се могу позивати на нерегистроване уговоре и споразуме код других ор-

¹⁰ М. Бартош, *op. cit.*, стр. 285, 287. По писцу, санкције за нерегистроване уговоре погађају и државе нечланице; З. Радивојевић, *Уговори међународних организација у савременом међународном јавном праву*, Ниш 1996, стр. 399, 400. Писац наглашава да у нашој теорији није разматрано питање примене ове санкције у односу на међународне организације, већ само према државама нечланицама.

¹¹ С.I.J. Recueil 1948, р. 15; У доктрини се наводи и пример територијалног спора између Либије и Чада (С.I.J., Recueil 1994, pp. 20, 422) где је Суд, образлађуји своју одлуку, констатовао да је недостак регистраовања без последице по важност самог уговора, тј. да тиме, он ништа мање не везује стране уговорнице.

¹² С.I.J., Recueil 1950, р. 266; З. Радивојевић, *op. cit.*, стр. 400.

¹³ У литератури се наводи случај спора пред Арбитражним судом о разграничењу поморске границе између Гвинеје-Бисао и Сенегала (N.Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, p. 164).

¹⁴ З. Радивојевић, *op. cit.*, стр. 395–396.

¹⁵ N.Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, p. 162.

гана и судских институција, који нису органи Уједињених нација. Регистровање уговора од једне стране уговорнице ослобађа те дужности остале уговорнице. Не постоји, дакле, обавеза да регистровање уговора изврши свака страна уговорница. На уговор се, дакле, може позвати и она уговорница која није извршила регистровање. Обично се стране уговорнице саме споразумевају која ће од њих извршити регистровање. Код вишестраних уговора то је обично депозитар уговора.

Многа питања у вези са регистровањем и објављивањем уговора регулисана су накнадно Правилником од 1946. године. Реч је о Правилнику који је конкретизовао члан 102. Повеље УН који се односи на регистрацију и објављивање уговора. Генерална скупштина УН донела је овај Правилник.¹⁶ Предвиђено је регистровање и „сваке доцније чињенице која доноси измене у погледу уговорнице тога уговора или споразума или мења његове одредбе, домаћај или примену“. Регистровање по службеној дужности *ex officio* од стране Уједињених нација врши се у два случаја: 1. кад су саме Уједињене нације уговорнице таквог уговора; и 2. кад их на то овласте уговорнице.

Правилник предвиђа и регистровање од стране специјализованих агенција у три случаја: 1. кад се статутом специјализоване агенције предвиђа такво регистровање; 2. кад је уговор регистрован код те специјализоване агенције; и 3. кад је специјализована агенција овлашћена на то текстом самог уговора који се региструју.¹⁷

Велики број уговора које су државе чланице ОУН закључиле са међународним организацијама регистрован је у складу са одредбама члана 102. Повеље УН (посебно наводимо споразуме о седишту међународних организација са државама – домаћинима).¹⁸

Уговор се може поднети Секретаријату УН на регистровање пошто ступи на снагу између двеју или више страна уговорница. Правилником је прецизирano да се региструје „сваки уго-

¹⁶ Резолуција 97 (I) од 14. новембра 1946. (измењена резолуцијом 364 (IV) од 1. децембра 1949. и 472 (V) од 19. децембра 1950.

¹⁷ С. Аврамов-М. Крећа, *op. cit.*, стр. 485. По писцима „Ствар се компликује уколико је депозитар сама Организација УН а да при том није страна уговорница. У одсуству изричите уговорне одредбе ОУН у том случају, УН не би могла прићеи регистрацији уговора *ex officio*.“

¹⁸ З. Радивојевић, *op. cit.*, стр. 400–404.

вор или међународни споразум, ма каквог облика или назива“¹⁹. Ово је корисно разјашњење, с обзиром да се у досадашњој пракси под различитим називима и облицима јављају уговори и не постоје одређени стандарди о томе. Правилником је регулисано и питање ко има право да региструје један међународни уговор код Секретаријата УН. То може „чинити било која уговорница“. Не постоји, dakле, забрана да то учини и нека нечланица УН, ако је у питању уговор са неком чланицом УН. Не би се могло, по стриктном тумачењу члану 102. Повеље УН са приодатим Правилником, по нашем мишљењу, ни практично остварити регистровање уговора између нечланица УН код Секретаријата УН.

Правилник је свакако остао у оквиру ограничења, која произлазе из поменутог члана 102. Повеље УН, а наиме: „1. уговорна страна мора бити једна од чланица уговорница УН; 2. уговор мора бити склопљен после ступања на снагу Повеље УН, тј. после 24. октобра 1945. године; и 3. уговор мора да је ступио на снагу пре самог чина регистраовања“.

На уговор који је регистровала једна уговорница, Уједињене нације или нека специјализована агенција, могу се позвати све остale уговорнице. Улога Секретаријата УН о поступку регистрације је строго техничке природе. Он се не упушта том приликом у оцену природе уговора, статуса уговорница, вальаности уговора и др. Уношење уговора или споразума у регистар не може да се схвати као накнадно оснажење (конвалидација) међународног уговора, ако то својство нема, као што се ни уговорници не може дати статус који иначе нема. Такође, орган УН није спречен да примењује уговор, који није регистрован, иако се стране уговорнице не могу на њега позивати.

Такође се уводе у документацију међународни уговори који нису обухваћени овим правилима о регистровању и објављивању, а закључени су пре ступања на снагу Повеље УН а нису својевремено унети у збирку уговора Друштва народа, посебно они који су закључени у периоду Другог светског рата (1939–1945).¹⁹ Члан 10. овог правилника предвиђа добровољно регис-

¹⁹ Напомињемо, да су захваљујући овим збиркама УН (Treaty Series; Recueil des Traités), у југословенској доктрини коришћени уговори избегличке краљевске владе Југославије за време Другог светског рата, који иначе нису били доступни на други начин (С. Ђорђевић, О континуитету држава с посебним освртом на међународноправни континуитет Краљевине Југославије и ФНРЈ, Београд 1967, стр. 148–151).

тровање од држава које нису чланице УН, које он означује изразима „класификовање и упис у регистар (списак, листу)“.

Најшире могућности пружа тзв. факултативна регистрација. Према члану 10. (а) Правилника, ОУН и специјализоване агенције су овлашћене да поднесу Секретаријату УН ради класирања и увођења у списак све своје уговоре који не подлежу обавезној регистрацији *ex officio*. То могу бити уговори између ОУН и држава нечланица, уговори између ОУН и специјализованих агенција; уговори између специјализованих агенција и других међувладиних организација. И државе нечланице имају право да своје уговоре поднесу Секретаријату УН ради класификовања или уписа у регистар (списак). Тако оне могу регистровати и уговоре склопљене са било којом универзалном или регионалном организацијом изван система УН. До сада, по најновима у доктрини, ни један уговор између међународних организација у коме бар са једне стране не учествује ОУН или нека друга међународна агенција није уведен у регистар нити је објављен у Збирци уговора УН.²⁰

Класирање и уписивање у списак уговора не подлежу обавезној регистрацији у односу на регистрацију у складу са чланом 102 Повеље УН. И поред техничке разлике, регистрација у ширем смислу обухвата и овај вид тзв. ужег облика вољне регистрације уговора.

Секретаријат УН, после регистраовања, објављује уговоре у посебној збирци уговора (до 1992. објављено је преко 35.000 уговора у 1.650 свезака и то на језицима на којима су закључени и у преводу на енглески и француски, уколико нису закључени на тим језицима. Нажалост, до сада је објављен само мањи број закључених уговора (рачуна се отприлике једна трећина, највише), било зато што државе не региструју све уговоре, посебно тајне и друге из неких других разлога или из финансијских разлога.

Уговора је сваким даном све више, укључујући и оне који немају неки већи значај, као што су тзв. извршни уговори донети на основу општих, раније закључених уговора. Из ових разлога у оквиру Уједињених нација, нарочито из финансијских разлога (ограничени буџет ОУН), поставља се питање да ли је

²⁰ 3. Радивојевић, *op. cit.*, стр. 400, 401.

опортуну објављивати све уговоре (извршне, анексе техничке природе, прилоге за уговоре и др.).

Генерална скупштина УН је, са неколико резолуција донетих седамдесетих година прошлог столећа, најавила потребу да се ограничи објављивање уговора у целини у поменутој Збирци уговора Уједињених нација и упутила на објављивање само наслова уговора са извесним напоменама које се односе на закључење уговора, стране уговорнице, ступање на снагу уговора и др. С обзиром да је разлика између регистрања и објављивања уговора у УН била пет година, уведен је посебан информациони систем почев од 1974. у циљу да се ова разлика смањи, и са жељом да се постигну извесне користи о благовременом обавештавању о регистрованим уговорима.²¹

в) Бечке конвенције о праву уговора од 1969. и 1986.²² – Бечке конвенције од 1969 (члан 80) и 1986 (члан 81) потврђују решења из члана 102. Повеље УН, уносећи извесне мале новине. Ова одредба, која је истоветна у обема конвенцијама, гласи:

„1. После ступања на снагу уговори се достављају Секретаријату Уједињених нација у циљу регистрања или завођења и уписивања у листу, већ према случају, као и ради објављивања.

2. Именовање депозитара представља за њега овлашћење да врши радње наведене у претходном ставу“.

Међутим, у тумачењу одговарајућих одредаба има извесних разлика. Док се обавеза по члану 102. Повеље УН везује, у начелу, за чланице УН, бечке конвенције од 1969. и 1986. постављају проблем на „универзалан начин“. Реч је о потреби регистришћења уговора у Секретаријату Уједињених нација.

²¹ N.Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, p. 163. Желело се постићи меморисање података који се односе на уговоре, аутоматско добијање докумената, најбоље коришћење по извесним критеријумима или кључевима (основама) истраживања. Генерална скупштина УН је 1977. одлучила да одложи објављивање извесних споразума (рез. 32/144). Мера се показала недовољном. Новом резолуцијом (33/141A) од 1978. препоручено је да се споразуми о помоћи и сарадњи ограниченог домашаја као и они који се односе на организацију конференција и конвенција у вези са њима не морају бити објављивани *in extenso*.

²² СФРЈ је потписала Бечку конвенцију о праву уговора 21. маја 1969. а ратификовала 6. маја 1970. (Службени лист СФРЈ, Додатак: Међународни уговори, 30/1972). Конвенција је ступила на снагу 1980; Бечка конвенција о праву уговора између држава и међународних организација или између међународних организација од 1986. потписана је од СФРЈ 25. марта 1986, али није ратификована (21. марта 2001. извршена је сукцесија потписа од стране Заједнице Србије о Црне Горе, Конвенција, због недовољног броја инструментата ратификованих држава (потребно 35), још није ступила на снагу).

трације и објављивања уговора свих страна уговорница, тј. обавеза је „универзална“.

Одредбе обеју конвенција су, у ствари, потврда прописаних решења по напред поменутом Правилнику који је донет после Другог светског рата од стране Генералне скупштине УН, у коме се уговори нечланица УН класификују и уводе у списак (листу). Постоји још једна разлика. Раније, према Пакту Друштва народа (члан 18) и Повељи УН (члан 102), уговори се региструју, по општим одредбама, независно од тога да ли су ступили на снагу (то не важи за Правилник од 1946). У бечким конвенцијама од 1969. и 1986, услов за регистрацију је да су уговори ступили на снагу.

Одредбе бечких конвенција свакако везују само чланице уговорнице. Али се може поставити питање да ли се одредбе члана 102. Повеље УН, примењују и на чланице бечких конвенција, а које нису чланице УН?²³

Регистрацијом уговора у Секретаријату УН желело се постићи уопштавање (генерализација) ове обавезе у циљу стварања централног система регистрације код УН. Отуда ова установа права међународних уговора има велики значај. Али, то не искључује могућност, како се каже у коментару Комисије за међународно право уз наведени члан нацрта Конвенције од 1966. да извесне међународне организације расположу системом регистрације за уговоре за које су заинтересоване.²⁴

Ако је пак реч о регистрацији уговора међународних организација, према коментару Комисије за међународно право од 1982, који је дат уз одредбу о регистрацији и објављивању уговора, обавеза међународних организација да региструју своје уговоре представља по свом правном карактеру условну обавезу чије извршење у потпуности зависи од правила која су на снази у Организацији једињених нација.²⁵ О овој обавези међународних организација било је расправа у Комисији за међународно пра-

²³ Annuaire de la CDI, 1966, vol. II, p. 298; Annuaire de la CDI, 1982, vol. II, Deuxième partie, p. 77; N.Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, pp. 163, 164. Писци налазе да је решење недоречено, тј. да се проблем може тешко поставити, с обзиром на постигнуту универзалност данашње ОУН.

²⁴ Annuaire de la Commission du droit international, 1966, vol. II, p. 298.

²⁵ Annuaire de la CDI, 1982, vol. II, Deuxième partie, p. 77.

во, приликом расправе о регистрацији уговора од стране држава.²⁶

На Бечкој конференцији 1968–1969, узимајући у обзир неколико амндмана, дошло је до проширења одредбе о регистровању и објављивању уговора односно до извесних измена редакцијског карактера у односу на нацрт Комисије за међународно право од 1966 (уместо збирног израза „закључени уговори“ јасније је прописано да се уговори достављају Секретаријату УН на регистрацију после њиховог ступања на снагу; уместо позывања на Правилник УН од 1946. наводи се и завођење и уписивање у регистар; даје се овлашћење депозитару да врши ове радње). На Бечкој конференцији 1986. преузете су ове одредбе у Конвенцију о праву уговора између држава и међународних организација или између међународних организација.²⁷

2. ДЕПОНОВАЊЕ УГОВОРА, САОПШТЕЊА И ИСПРАВКЕ

Установа депозитара уговора није нова. Уведена је почетком XIX века и од тада је пракса све више потврђује. Као што се у настанку вишестраних уговора налази разлог да би се избегло првобитно закључивање мноштва двостраних уговора између свих страна уговорница, тако је створена и ова установа, да би се избегло мноштво сланаја ратификационих инструмената свих уговорница свима уговорницама. Из разлога рационалности и економичности одређује се депозитар уговора, код кога се централизује поступак (обавештавање о низу поступака страна уговорница у трајању уговора и др.). Тиме се избегава да свака држава врши за себе поступак обавештавања. Може се замислiti хаос који би настао ако ове радње не би централизоване.

а) Депозитари уговора. – Сви начини изражавања пристанка на обавезивање, врше се у начелу, писмено, и то тако да буду

²⁶ Yearbook of the International Law Commission, 1953, Vol. II, p. 31; 1954, Vol. II, p. 123; Annuaire de la CDI, 1956, vol. II, p. 104. – На основу ових расправа а изучавајући праксу уговора међународних организација, З. Радивојевић, у вези са питањем утицаја регистрације на правну природу регистрованих уговора, закључује: „Регистрација није *presumptio juris et de jure* него само *prima faciae* међународног карактера споразума или, боље речено таквог става уговорница према правној природи склопљеног уговора,, (*op. cit.*, стр. 377).

²⁷ Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Première session, Vienne, 26 mars–2 mai 1968 (79. и 82. седница), pp. 511–513, 531; Deuxième session, Vienne, 9 avril–22 mai 1969, (24 седница), p. 141; Б. Бохте–Т. Митровић, Бечка конвенција о праву уговора између држава и међународних организација или између међународних организација, ЈРМП, 1/1986, стр. 22.

достављени уговорној страни или, ако је реч о вишестраном споразуму, осталим странама уговорницама. Код двостраних уговора најобичнији је начин размена исправа о ратификацији, прихваташњу или одобрењу и др.

Код вишестраних споразума одређује се једно место у којем се полажу основне исправе (влада те државе; министарство иностраних послова и др.). Депозитар може бити једна или више држава.²⁸

Ако је реч о уговорима закљученим у оквиру међународне организације или на некој дипломатској конференцији под окриљем међународне организације, депозитар је обично административни односно извршни орган те организације (у ОУН је то по правилу Генерални секретар УН). У осталим случајевима депозитар је обично влада – домаћин земље у којој се држи конференција односно на којој је међународни уговор закључен. Али то није увек случај.²⁹

Субјект радње депоновања назива се депозитар уговора. Одређује се по правилу самим уговором, или у претходним преговорима или на неки други начин, како се споразумеју стране учеснице. Функција депозитара има с једне стране, репрезентативни карактер, а с друге стране, депозитар има одређене административне, оперативне обавезе, с обзиром да примена вишестраних споразума подразумева бројне поступке и радње процесуалног карактера. Он је дужан да дела објективно и неприсрасно, што је понекад отежано, кад је депозитар истовремено и страна уговорница (то важи и за државе и за међународне организације).

На први поглед функције депозитара су техничке природе. Међутим, у извесним случајевима оне могу попримити и одређено политичко обележје и значај што је условљено његовим политичким опредељењем. Такав је случај када се депонују инструменти које су поднеле одређене територијалне целине, а које још низу признате за државе, па би се њихово укључивање у

²⁸ Пример Бријан-Келогов пакт (министри иностраних послова Француске и САД) од 1928. Преговори су вођени у Паризу, али су депозитари Француска и САД, по слободном избору самих потписника или оних држава које су приступиле касније.

²⁹ Пример конвенције о дипломатским и конзуларним односима од 1961. односно 1963. Домаћин је влада Аустрије, а депозитар Генерални секретар УН; сличан је случај и са другим кодификованим текстовима из међународног права, укључујући и обе конвенције о праву уговора донетим у Бечу 1969. и 1986. године.

процес закључивања међународних уговора могло протумачити као признање тих територијалних целина за државе. То би могло да произведе озбиљне политичке проблеме. Генерални секретар УН, као депозитар многих вишестраних конвенција је констатовао да таква изричита политичка питања излазе изван његове надлежности као депозитара уговора. Из ових разлога у уговорима се ова спорна питања прецизно уочавају да би се избегли нежељени спорови.³⁰

Бечке конвенције, у начелу, потврђују напред изложена запажања о раду депозитара. Дужности депозитара имају међународно обележје и депозитар је дужан да делује неприскрасно у вршењу својих дужности (став 2. члан 76. и 77. бечких конвенција од 1969. односно 1986).

И раније у пракси, а и у току рада Комисије за међународно право у вези са доношењем конвенција, поставило се питање да ли депозитар има надлежност, ван својих функција, да верификује регуларност извршених од страна уговорница. Заузето је средње, неутрално решење, а наиме: депозитар тражи формалну регуларност, али „у случају неслагања између државе и депозитара по питању испуњавања дужности овог последњег, депозитар ће скренути пажњу (курзив С.Ђ.) државама потписницима и државама уговорницама, или, ако је потребно, надлежном организацији међународне организације у питању“. Значи, уколико депозитар констатује извесне неправилности, он не доноси мериторну одлуку већ само скреће пажњу странама уговорницама укључујући и надлежни орган међународне организације (став 2. члан 77. Бечке конвенције од 1969). То исто важи и за уговоре међународних организација (став 2. члан 78. Бечке конвенције од 1986).

У овом решењу је мање наглашена улога депозитара, него што је био случај у пракси Друштва народа. У доктрини се наводе примери вршења функције који су прекорачили испитивање

³⁰ Такав је случај био с одређивањем више депозитара, тј. влада СССР, В. Британије и САД у Московскому споразуму о забрани вршења нуклеарних експеримената од 1963. године. Уговор је био отворен за наизменични потпис или приступање „свим државама“. Свакој од њих је остављено, да сагласно својим политичким одређивањима одреди депозитара, или да га бира зависно од тога да ли је, пре свега, призната од државе-депозитара. Овај систем је примењен и у многим другим случајевима. У доктрини се истиче да је та пракса напуштена са престанком хладног рата деведесетих година прошлог века (N.Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, p. 183, 184); С. Аврамов-М. Крећа, *op. cit.*, стр. 487.

формалне регуларности. У УН се пошло другим путем, тј. смањивањем улоге депозитара. Он је само посредник између страна уговорница. Наведено схватање се ослања на поменути став Генералног секретара УН у вези са његовим својством депозитара вишестраних конвенција. Депозитар не постаје орган заједнице држава и потписника једног вишестраног споразума, него он „има међународни карактер“ а функцију врши „непристрасно“.³¹

Бечка конвенција од 1969. садржи и нека подробна и прецизна правила у вези са функцијама депозитара. То су нарочито (уколико се уговором другојачије не предвиђа или уколико се стране уговорнице о томе нису другојачије споразумеле), обезбеђење чувања извornog текста уговора и свих пуномоћја која му буду предата; припремање оверених преписа извornog текста и свих осталих текстова уговора на другим језицима који могу бити тражени по уговору, и њихово достављање странама уговорницама тог уговора и државама које имају право да то постану; примање свих потписа уговора, примање и чување свих писмена, саопштења и достава који се односи на уговор; испитивање да ли су потпис, писмено, достава или саопштење који се односе на уговор у ваљаном и прописаном облику и, према потреби, скретање пажње на то држави у питању; обавештавање стране уговорнице тога уговора и држава које имају право да то постану о радњама, и саопштењима и достављањима који се односе на уговор; обавештавање држава које поседују својство да постану стране уговорнице о датуму када је био примљен или депонован доволjan број потписа или писмена о ратификацији, прихватању одобравању или приступању, потребан за ступање уговора на снагу; регистровање уговора код Секретаријата Уједињених нација; обављање дужности посебно означенih у другим одредбама ове Конвенције (став 1. члан 77). Из формулатије ових одредби, закључује се да у функцији депозитара може доћи и неке друге дужности које сама установа депоновања уговора намеће депозитару.

Истоветне одредбе предвиђене су и у Конвенцији од 1986, с тим што су овде укључене и међународне организације као стране уговорнице или као депозитари (став 1. члан 78).

³¹ N.Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, p. 184; С. Аврамов-М. Крећа, *op. cit.*, стр. 487.

б) Саопштења и исправке. – Одредбе бечких конвенција од 1969. и 1986. ближе прописују обавезе држава и међународних организација у вези са обавештењима и саопштењима о закљученим текстовима уговора, посебно обавезе депозитара у тим радњама. То се чини како је напред истакнуто, уколико се стране уговорнице другојачије не договоре. Обавештења се предају непосредно странама уговорницама, уколико нема депозитара, са тачним одређењем када је обавештење и саопштење примљено (чланови 78. и 79. обеју конвенција).

Такође су прописане и обавезе страна уговорница односно депозитара у вези са исправкама у текстовима или у овереним преписима уговора: вршење и парафирање исправке у тексту уговора; сачињавање записника у тексту уговора; обавештавање страна уговорница о учињеним радњама; одређивање рока за приговор на претходне исправке и његово дејство; регистровање исправке у Секретаријату УН; и др. (чланови 79. и 80. обеју конвенција). И овде је примарна сагласност страна уговорница за предвиђена решења ових радњи.

Исправљени текст замењује текст *ab initio* који је погрешан, уколико државе потписнице и државе уговорнице (односно међународне организације) другојачије о томе не одлуче (став 4. члан 79. Конвенције од 1969. и став 4. члан 80. Конвенције од 1986.).

Ова саопштења и исправке означавају низ административних радњи које је било нужно предвидети, с обзиром да нису искључене манљивости и грешке, посебно ако је аутентичан текст уговора сачињен на више језика. Прецизно одређивање радњи и рокова за одређена саопштења и исправке у многоме олакшавају рад депозитара и уносе ред и сигурност у њихово обављање. Њихова евентуална недовољна одређеност може да произведе одређене правне последице за друге стране уговорнице.³²

³² О депоновању уговора, саопштењима и исправкама ближе и са много појединости види: *Annuaire de la CDI* 1966, vol. II, pp. 292–298; *Annuaire de la CDI*, 1982, vol. II, Deuxième partie, pp. 73–77; *Conférence ... Première session*, Vienne, 26 mars–2 mai 1968 (77, 78, 82 и 83 седница), pp. 497–504; 507–511; 528–531; 531–532. *Deuxième session*, Vienne, 9 avril–22 mai 1969, (24 седница), pp. 139–141.

*
* *

У југословенској пракси, нису регистровани код Секретаријата УН сви закључени уговори. Као критеријум се није узимала врста уговора или облик чина давања пристанка на обавезивање, већ се полазило од значаја конкретног уговора за опште интересе земље. Покадбад и квалитет и ажураност правне службе Министарства иностраних послова били су пресудни за вршење ових радњи.

Акт о ратификацији са текстом међународног уговора и прилозима који чине саставни део уговора, објављивао се у службеном листу најкасније у року од тридесет дана од ратификације (члан 19. Закона о закључивању и извршавању међународних уговора).³³

Уговори су се, у време СФРЈ, објављивали на свим језицима народа Југославије (српскохрватски, хрватскосрпски, словеначки и македонски) а такође, по потреби, и на мађарском и албанском језику.

Било је великих закашњења у објављивању уговора. Поставило се питање целиснодности објављивања уговора на свим поменутим језицима, посебно ако је реч о уговорима закљученим у оквиру специјализованих агенција, са свим прилозима стручне природе.

По поменутим Закону о закључивању и извршавању међународних уговора од 1978. ратификовани међународни уговори су се евидентирали и чували у савезному органу управе надлежном за иностране послове. Изузетно, ратификовани међународни уговори којима се уређивала војно-економска и војнотехничка сарадња евидентирали су се и чували у савезному органу управе надлежном за народну одбрану (члан 20. Закона). Уколико нам је познато, они се нису објављивали, што је такође случај и са евентално уговорима, за које је унапред утврђено да се неће објављивати (тајни и др.).

Протоколи, записници и други писмени акти у циљу извршавања уговора (тзв. административни уговори из члана 2. Закона) достављали су се Савезном извршном већу тј. влади ра-

³³ Службени лист СФРЈ, 55/1978.

ди упознавања и евидентирали код савезног органа управе за иностране послове.

У југословенској уговорној пракси поставило се једно питање и ревизије аутентичног превода међународних конвенција, тј. реч је било о питању односа између оригиналног текста конвенције и ауторизованог превода.³⁴ У таквим случајевима предност се давала оном ставу којои је изричito одређен у закљученом уговору.

У југословенском закону од 1978. није било посебних прописа о депоновању уговора, већ се непосредно применивала општа правила међународног уговорног права. Са овом праксом наставило се и после доношења Устава СР Југославије од 1992. године.

³⁴ Билтен Државног секретаријата за иностране послове, бр. 3/1962.

ДИСКУСИЈА

Ранко Кеча¹

О ПРОМЕНАМА ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ²

I

Више година у научној и стручној јавности присутна је идеја о новелирању или потпуној реконструкцији грађанског судског поступка укључујући и парнични поступак. У одређеним фрагментима та је идеја добила одговарајући нормативни израз. У домену земљишнокњижног поступка имала је радикалне последице јер је резултирала потпуним напуштањем концепције обезбеђивања судске заштите у поступку евиденције фактичких и правних стања на непокретностима.³

Нова регулатива је уследила и у материји судског извршног поступка.⁴ Познато је да је доношењем више закона, оства-

¹ Најомена Уредништва: Катедра за грађанско право Правног факултета у Београду организовала је 5. марта 2004. године стручну расправу о Нацрту Закона о парничном поступку. Сматрајући да припремљени материјали могу бити занимљиви за читаоце Анала, објављујемо излагања др Ранка Кече, др Гордане Станковић и мр Монике Нинковић, која су била основ за расправу.

* Др Ранко Кеча, редовни професор Правног факултета у Новом Саду.

² Као повод за овај рад послужио је материјал Радне групе Друштва судија Србије, о припремама промена Закона о парничном поступку који је аутор добио почетком 2004. године.

³ Законом о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима, *Службени гласник РС*, бр. 83/92, 53/93, 67/93, 48/94, 12/96, 15/96, 34/01, 25/02, уписи права на непокретностима су са судских пренети на управне органе – Републички геодетски завод. Ово решење је било предмет систематске и веома често сасвим засноване научне и стручне критике. Низ проблема који се тицало евиденције непокретности и уписа права на непокретностима, уз снажно присуство проблема недовољног ажурирања евиденције и свих осталих материјалних добара па и људи, импутиран је пре свега недостацима система земљишних књига и земљишнокњижног поступка наслеђеног из правног система Краљевине. Сасвим је запостављена чињеница да су реално присутни проблеми у овој области знатно више последица конкретног контекста социјалистичког друштва и систематских ограничења која су маргинализовала значај приватне својине резултирајући поред осталог веома наглашеним раскораком између фактичких и правних стања.

⁴ Законом о извршном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 28/00, 73/00, 28/01, уређена материја судског извршног поступка укључујући и поступак обезбеђења. Ни овај законодавни подухват, заснован на ставу о потпуној неефикасности ранијег закона о

рена промена организационог процесног права. Те су се промене неминовно рефлектовале у домен функционалног процесног права па се у тој димензији испољавају као акти трансформисања до тада важећег поступка остваривања правне заштите.

извршном поступку из 1978. године (*Службени лист СФРЈ*, бр. 20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91, *Службени лист СРЈ*, бр. 27/92, 31/93, 24/94) као и општеприхваћеном приступу да његова решења фаворизују позицију дужника у поступку, није у свему пример сасвим успешног и перфектно редакцијски уобличеног акта. Закон о извршном поступку од 30. јуна 2000. године из више разлога преставља неуспешан законски текст. Пре свега због тога што је у знатној мери заснован на недоследној и једнострanoј критици претходног закона и уз широко ослањање на општа места. Крајем деведесетих година прошлог (двадесетог) века, Закон о извршном поступку из 1978. године постаје предмет све снажније критике научне и стручне јавности. У најопштијим оквирима дискредитује се на бази идеолошких квалификатива. Сматра се текстом који је у свему израстао из вредности већ превазиђеног система друштвених (самоуправних) односа. Указује се на потпуну неефикасност закона јер својим компликованим а често и непрецизним правилима поступања обесмишљава овај вид правне заштите. У наведеном смислу нису биле усамљене ни оцене по којим поступање извршног суда прати комплекснија процедура од one у којој је донета пресуда којом се утврђује постојање одређеног потраживања. Критикована су и решења којима се фаворизовала позиција дужника у извршном поступку. Тексту се замерало да је постао кочница рада правосудних органа и да тиме у значајној мери дерогира ефекте парничног поступка доприносећи општој правној недисциплини грађана. У критици се претеривало а нису изостале ни паушалне оцене. У ствари, закону се замерало и оно што се требало и морало остварити применом других прописа – пре свега оних којима се уређује поступак стечаја и ликвидације правних субјеката. Одсуство политичке воље да се примене процедура генералног, општег извршења према инсолвентном дужнику деградираје у одлучујућој мери сми-сао индивидуалног извршења јер оно претпоставља постојање и примену корективе садржаних у стечајним прописима. Појавила се пракса за коју нема примера у развијенијим правним системима да је дужник сам блокирао своје рачуне у циљу изигравања поверилаца уз истовремено отварање нових преко којих је несметано пословоао. Санкције није било. Закон је, даље, узиман као разлог неефикасности инструмената којим се обезбеђује извршење уговорних обавеза. Сасвим се губило из вида да је тај проблем последица неразвијености система обезбеђења уговорних обавеза у нашем праву у целини, а пре свега у законодавству о облигационим и стварноправним односима. У значајном делу томе је доприносило и катастрофално стање у домену фактичких и правних евиденција непокретности. Сасвим су запостављени организациони моменти који су додатно утицали на неефикасност извршног поступка. Ефикасност поступка је угрожавао и недовољан број судија којима је поверио вођење поступка уз њихов, у свим сегментима, пош, могло би се рећи, понижавајући друштвени статус. У потпуности је игнорисан крајње недовољан и нестабилан друштвени контекст у којем се остваривала примена закона. Озбиљнија и одговорнија критика Закона о извршном поступку из 1978. године сигурно би уочила значајне недостатке овог текста. У претежном делу ти недостатци би одговарали оним који су антиципирани или би се, с друге стране, повело више рачуна о стицају низа спољашњих утицаја који негативно партиципирају на остваривање правне заштите. Подухват би подразумевао и водио рачуна о томе да постоји озбиљан дефект постојећег правног система и општа нестабилност друштвених односа која се значајно рефлектује на проблематику извршења. У сваком случају Закон о извршном поступку из 1978. године престао је да буде поуздан инструмент остваривања оних циљева због којих је инкорпориран у правни систем. Требало га је заменити новим и квалитетнијим. До новог законског текста се морало доћи ангажовањем свих расположивих потенцијала и уз максимално уважавање идеје да је, у више праваца, реч о изузетно комплексном законодавном подухвату. То се, међутим, није догодило. Веома брзо и без одговарајућих припрема може се рећи кампањски уследило је доношење новог закона са претензијом да се ради-

Већ сада се може нагласити чињеница да је рецепција овог новог правосудног законодавства резултирала низом трауматичних последица и инцидената до сада непознатих у нашем али и упоредним правима.⁵ У целини посматрано оно што је већ

кально раскрсти са ранијим решењима. У томе се сасвим успело али на најлошији могући начин. Методолошки приступ редактора овог закона био је површан и најчешће екстреман. У жељи да се афирмише једно правно начело потиснута су и угрођена сва остала процесна начела укључујући и она вишег ранга. Жеља за бржим и ефикаснијим остваривањем извршења резултирала је, дакле, жртвовањем знатно важнијих начела и вредности. Закон је успео у ономе што је у добро организованим правима „немогућа мисија“. Сасвим је ефикасан у неефикасном правном систему. Неке одредбе овог закона, посебно оне о достављању, основано постављају питање да ли се о важећем извршном поступку може говорити као о правном поступку или се тим путем створила и изградила фактичка творевина. Тешко је наћи оправдање за идеју по којој се одређени проблеми везани за установу достављања у нашем праву могу превазићи њеном симулацијом путем оглашавања на огласној табли суда. Према члану 7. Закона о извршном поступку из 2000. године, по правилма о личном достављању доставља се само решење по предлогу за извршење и решење по приговору на решење о извршењу. Сва остала достављања обављају се преко огласне табле суда. Законом су сви правни лекови извршног поступка редуковани само на један – приговор (члан 8, чланови 49. до 54. Закона о извршном поступку из 2000. године). У Закону о извршном поступку из 2000. године изгубило се, дакле, уставно право на жалбу. Трећим лицима је одузета могућност истицања излучних захтева. Да одлагања извршења могло је доћи само по предлогу повериоца (чланови 59. до 62. Закона о извршном поступку из 2000. године). Посебан проблем створила је примена прелазних и завршних одредбада којима је регулисано питање ступања на снагу овог прописа. Прописано је његово тренутно важење. У питању је метод сасвим непознат у упоредној процесној регулативи али и у нашем ранијем законодавству. Ступањем Закона на снагу безброжи предмета се нашло „ни на небу ни на земљи“. Судови, странке, трећа лица су се сачутили са готово нерешивим проблемом – како поступати у поступку који је покренут правним средством које је престало да постоји. Изузимајући идеју о неопходности бржег и ефикаснијег остваривања извршења, у готово свему осталом Закон о извршном поступку из 2000. године може се сматрати неуспешним законодавним подухватом. Као доказ да је важећи пропис који уређује материју судског извршног поступка оптерећен многим, може се рећи, системским недостацима најбоље потврђује и чињеница да се веома брзо појавио предлог да се по хитној процедуре донесе нови Закон о извршном поступку.

⁵ Раније је регулисање судског система у Републици Србији била уређена једним прописом – Законом о судовима (*Службени гласник РС*, бр. 46/91, 60/91, 18/92) поменуту материју сада регулише више закона: Закон о уређењу судова (*Службени гласник РС*, бр. 63/01, 42/02, 27/03), Закон о судијама (*Службени гласник РС*, бр. 63/01, 42/02, 17/03, 27/03), Закон о Високом савету правосуђа (*Службени гласник РС*, бр. 63/01, 42/02, 39/03, 41/03) и Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава (*Службени гласник РС*, бр. 63/01, 42/02). У материјалу који је припремила Радна група Друштва судија, стр. 12, већ наглашени су основни проблеми који су пратили судбину наведених правосудних прописа пре свега путем интервенисања у огинерни текст ових закона које је уследило непосредно по њиховом доношењу. Основни смисао предузетог новелирања извршних редакција била је тежња за сунспендовањем или ограничењем оних решења која су доприносила даљој еманципацији судске власти. То је резултирало потребом за одговарајућим интервенцијама Уставног суда Србије. Посебно значајан проблем престављајућа је чињеница, да ни после две године од ступања на снагу ових прописа, није успостављена она организација суског система која је њима одређена. У више наврата одлаган је рок за примене нових прописа о организацији и надлежности судова да би се на крају 2003. судство нашло у правном вакууму незабележеном у аналима домаћег и

остварено у домену појединачних регулатива грађанског судског поступка не може носити атрибут сасвим успешних нормативних подухвата. Све то упућује на закључак да будућа новелирања треба знатно боље припремити и координирати.

Планирају се одговарајуће промене у оквирима неких других ванпарничких материја. Очекује се доношење нових стечајних прописа а такође и преношење неких ванпарничких ствари у ингеренцију јавних бележника, нотара. Све је снажније артикулисана идеја о неопходности посебне регулативе избраног, арбитражног судства.

II

Заједничко обележје већ остварених промена јесте то да је до њих, по правилу, долазило парцијално уз изостајање потребне координације новоусpostављених режима са ширим или и непосредно повезаним регулативама. У низу аспектата те промене нису допринеле стабилизацији правног система нити су принципијелно поправиле стање обухваћено новим нормативама.

Наведени приступ прати и материје које тек у перспективи треба да буду предмет новог законодавства укључујући и регулативу парничног поступка. Елементарно формулисан законодавни метод би подразумевао претходно давање, што је могуће прецизнијих, одговора на више питања и проблема. Тако се стварају услови да нова нормативна решења реално, а не фингирано, гарантују усавршавање важећег модела остваривања правне заштите. Потребно је јасније раздвојити (евентуалне) мањкавости постојеће процедуре од низа других утицаја, правних или ванправних дефеката, који се често, и сасвим неоправдано, импутирају недостатима парничног поступка. У наведеном светлу треба формулисати став о оправданости и садржају евентуал-

упоредних правних система. Раније важећа организација судова и надлежност је престајала да важи 31. XII 2003. године а нови судови – апелациони судови и Управни суд још нису били формирани. Распуштањем Народне скупштине престала је могућност да се изменама и допунама Закона о ureђењу судова примена новоусpostављених решења пролонгира за још неко време како је то било у више наврата. Проблем је, у правно-техничком али не и у суштинском виду, делимично ублажен доношењем привремене мере Уставног суда Србије. Овај колоквијални приказ проблема у домену организационог процесног права сасвим јасно показује да веома значајни проблеми у функционисању судске власти произлазе из неодговорног, може се рећи игнорантског понашања других властова – како законодавне тако и извршне.

них промена а затим, у случају потврдног одговора, поставити питање оптималне временске динамике и испуњења неких других предуслова од којих зависи успешно функционисање овог система правне заштите. Потребно је, даље, одговорити на питање да ли парнични поступак, али и сваки други поступак остваривања правне заштите субјективних грађанских права, треба остварити као парцијалан и другим материјама неусловљен подухват или се одлучити за нешто спорији и по нашем мишљењу перспективнији приступ да се потреба за променом, или бар преиспитивањем, постојећег модела правне заштите коју гарантује парнични поступак искористи као повод да се преиспита садржај и квалитет грађанског судског поступка у целини и у том светлу вредност постојећег концепта парничне процедуре. У случају позитивног одговора, без обзира да ли се одлучи за одвојено регулисање појединачних материја или за евентуалну јединствену регулативу грађанског судског поступка – а то је исто питање које заслужује примерену пажњу и одговор – приступити одговарајућим законодавним захватима уз пуну свест о значењу сваке промене и њеном непосредном дејству или рефлексији на неке друге форме остваривања правне заштите које у конкретном случају нису биле непосредан предмет новелирања.^{6,7}

⁶ Да бисмо илустровали наведени став указујемо на одређена питања која се већ сада појављују као могући проблем или дилема чије решење захтева одговарајући приступ. Приликом новелирања парничног поступка потребно је имати у виду да се, исто тако, планирају промене у домену ванпарничне процедуре ужег значења. Са становишта правног уређења парничног поступка није свеједно која ће се концепција ванпарничног поступка прихватити приликом будућег регулисања ванпарничне процедуре и обрнуто. Ако се прихвати концепција ванпарничног поступка као поступка који се ограничава на неспорне правне ствари то се неминовно мора одразити и на постојећу структуру парничног поступка и потребу за увођењем још неких нових посебних поступака. Доношење закона о јавном бележнику, нотару подразумева и редефинисање правне заштите у оквирима ванпарничне процедуре. Ако се у прописима који уређују положај јавног бележника евентуално усвоји решење о томе да нотаријално оверен уговор може бити принудно остварен такво решење мора бити координирано са одговарајућим изменама извршне процедуре и уношењем овог уговора у групацију извршних исправа на основу којих се одређује принудно извршење.

⁷ Немачка је, током 2001. године, приступила изменама свог Закона о грађанском судском поступку путем Закона о реформи грађанског поступка (*das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses*) из 2001. године. Реформа је припремана више година, а том приликом је извршено и систематско новелирање свих оних прописа на које су се рефлексковале промене остварене у домену грађанског судског поступка обезбедујући тако хармонично функционисање правног система у целини. Ближе: R. Hannich, Ch. Meyer – Seitz, M. Engers, „Das neue Zivilprozessrecht”, 2001.

III

Потребно је имати у виду да би евентуална промена парничне регулативе, већ сада или у блиској будућности, подразумевала постојање једног изузетно неповољног правног али и друштвеног контекста. Правни систем у којем би се приступило једном таквом уобличавању заправо не постоји јер је систематски деградиран и доведен у најлошије могуће стање. Стално супротстављање али и упоредно коегзистирање два сасвим супротстављена принципа у успостављању односа према уставном систему затеченом из претходног периода, руинира сваку идеју правности. Готово у подједнакој мери, али различитим поводима, спроводи се идеја о потпуном дисконтинуитету и непоштовању (још увек важећих) уставних и законских регулатива док се другим поводима инситира на њиховом уважавању и заштити. Одлучујуће је питање да ли се решења нове парничне али и сваке друге нормативе уопште могу успешно уобличити без постојања уставноправне подлоге и у ситуацији потпуне атрофије правног система. Одговор не може бити позитиван. Тешко је замислiti успешно профилисање парничне процедуре, макар приликом формулисања основних начела и одређивања основних структура и установа поступка, а да претходно све то није добило одговарајући уставноправни израз или бар назнаку. Дакле редослед потеза би морао бити крајње једноставан. Прво нови текст устава а затим и евентуално нови пропис којим би се у целини регулисао парнични (или грађански судски) поступак. Ако се очекује, или бар не искључује, доношење низа прописа из домена грађанског права у најширем значењу појма уз могућност доношења и посебне кондификације у виду грађанског законника, тада инструментална природа судског поступка претпоставља да се приликом његовог конципирања рачуна са решењима материјалног права и сачека до доношења тих прописа.

IV

Редактори сваког прописа из домена остваривања правне заштите, без обзира на то да ли се ради о регулативи која уређује судски систем или се ради о регулативи која уређује правила процедуре у одређеном домену остваривања правне заштите, морају бити свесни да је, у свакој варијанти, неопходно

остварити потребан склад организационе нормативе са законским решењима функционалног типа. У ранијем периоду то није било сасвим лако ни једноставно. Подељеност законодавних компетенција чинила је знатно комплекснијим процес хармонизовања организационих са решењима функционалног процесног права.⁸ Као што је познато, трансформацијом Савезне Републике Југославије у државну заједницу, Република Србија стиче пуне законодавне компетенције у целини правосудне регулативе. Ранију самосталност у домену организационог процесног права сада употребљава самосталност и у области функционалног процесног права. По раније важећим уставним решењима претежан део регулативе судских поступака био је на нивоу савезне

⁸ Као илустрација да несклад организационог са функционалним процесним правом може имати шире последице од оних које се имају у виду приликом парцијалног редакционског подухвата може да послужи актуелни проблем у домену правних лекова. Испољава се као недостатак још једне инстанце која би ревизији и захтеву за заштиту законитости републичког јавног тужиоца обезбедила квалитет и обележје типично за највеће правне лекове. Ревизија (као и захтев за заштиту законитости) већ по дефиницији јесу правни лекови деволутивног својства о којима би морао одлучивати суд вишег ранга од оног који је донео пресуду побијану правним леком. То својство се гарантује када првостепену надлежност у одређеном спору има општински суд, суд жалбе је окружни а ревизијски суд јесте Врховни суд Србије. Проблем настаје у оним споровима у којима у првом степену поступа окружни суд, суд жалбе јесте Врховни суд Србије који исто тако поступа по ревизији. У овом последњем случају недостатак једне инстанце се покушао решити посредством правила о другачијем (ширем) саставу Врховног суда када одлучује по ревизији у односу на онај састав у којем одлучује по жалби (члан 44. став 4. Закона о парничном поступку). Тиме се, међутим, нису отклонили недостаци једне, више, судске инстанце. Наведени проблем делимично ублажава чињеница да је претежан део првостепене надлежности још увек повериен општинским судовима. Увођење апелационог судства и одузимање инстанционе надлежности окружним судовима да одлучују по жалби, у светлу донетог или још не примењеног Закона о уређењу судова, обезбеђује вишу инстанцу у пуном значењу појма представљајући пример потребног координирања решења садржаног у организационом са решењима функционалног прописа. С друге стране, велико је питање да ли су редактори цитираних правосудних прописа из 2001. године уопште рачунали са могућношћу да ће парнични поступак пред општинским судовима у претежном делу бити вођен пред судијем појединцем а ови судови имати својство инокосних судова. Новелом Закона о парничном поступку из 2002. године (*Службени лист СРЈ*, бр. 3/02), члан 43 став 1 прописано је да судија појединачно суди спорове о имовинско-правним захтевима ако вредност предмета спора не прелази износ од 300.000 динара. Исти износ по члану 382 Закона о парничном поступку јесте услов за допуштеност ревизије у оним споровима у којима се допуштеност овог правног лека условљава вредношћу побијаног дела пресуде или вредношћу предмета спора. На основу члана 22. став 1. тачка 4 *a contrario*, може се закључити да општински суд суди само у оним имовинским споровима у којима вредност предмета спора не прелази износ који омогућава изјављивање ревизије, износ од 300.000 динара, који, као што смо указали, истовремено представља и основ да одређени спор, у смислу цитираних одредаба Закона о парничном поступку, припадне на решавање судији појединцу. Ако се у обзир узме да је по Закону о уређењу судова надлежност општинских судова у парничном поступку максимално редукована и сужена у односу на раније важећа решења постаје евидентно да ће поступак пред овим судовима водити као поступак пред инокосним судијом.

државе. Остваривање пуног нормативног капацитета на нивоу републике има прворазредни значај јер се тиме битно олакшава постизање оптималних и сасвим усклађених решења али само под условом да рачуна са неминовним постојањем наведених рефлексија и међусобних утицаја и предузму кораци да се избегну сукоби и противречности како се то иначе чини у референтним правним системима.⁹ Понуђени материјал у низу ситуација претпоставља одговарајући организациони контекст о коме такође треба заузети одговарајући став или га продискутовати или га бар довести до евиденције.

В

Друго, питање је, да ли су проблеми који се приписују недостатцима одређене (парничне) процедуре искључиво последица њене несавршености или мањкавости или се можда могу приписати и неким другим разлогима. Потребно је, је дакле, претходно извршити квалитетну и квалификовану вредносну оцену постојећих законских решења уз знатно прецизније одређивање свих (могућих) утицаја који се негативно одражавају на остваривање правне заштите. Неки од тих утицаја су неспорно изван парничне регулативе. По нашем мишљењу има их више и они се свакако морају имати у виду ако се жели остварити потребна стабилизација сасвим нарушеног правног система укључујући и сектор остваривања правне заштите субјективних грађанских права. С друге стране, успешна норматива, мора рачунати са постојањем тих утицаја и профилисати се на начин да их што више спречи или сасвим предупреди.

Остваривање правне заштите у домену грађанског судског поступка, посебно у оном делу где се остварује према правилима парничног поступка деценијски прати изразито неповољан друштвени контекст који је тешко отклоњив искључиво посредством правила парничне процедуре нити се може приписати само њеним мањкавостима. Годинама и систематски изостаје оно што се у нормалним правним системима подразумева.¹⁰ Спонтано

⁹ Упоредо са цитираним променама грађанског судског поступка оствареним у Немачкој током 2001. године, извршена је и целовита промена прописа којима се уређује судски систем.

¹⁰ Већ од периода еманциповања грађанског судског поступка, као одлучујуће обележје парничног поступка и основ његовог дистанцирања према другим формама остваривања правне заштите, наглашавана је чињеница да тај поступак обележава пос-

но испуњење предузетих обавеза временом све више слаби. Енормно се повећава потреба за судским остваривањем правне заштите. Судови се оптерећују низом у основи сувишних предмета. Најчешће, до парница не долази због тога што су странке у спору, чињеничном и правном, него искључиво зато што то тужени (дужник) хоће. Исплативије му је да се парничи него да добровољно испуни обавезу. Наведених ситуација је било и раније али оне снажно ескалирају у периоду хиперинфлације почетком деведесетих година прошлог века. У том периоду свако одлагање испуњења обавезе, па и оно остварено посредством најпримитивнијих процесних смицалица, богато награђује несавесну странку обесмишљавањем сваког дуга и његовим свођењем на износ багателне вредности. Општа неефикасност остваривања правне заштите у доба инфлаторног окружења резултирала је даље све присутнијим формама самовлашћа. Пракса утеривања постојећих (али и измишљених) дугова је честа. Судска заштита се у том делу игнорише што даље доприноси деградацији правног система у целини. Наступање постинфлаторног периода није довело до потпуног нестајања наведених појава. Судови се и даље оптерећују низом, у основи непотребних предмета,¹¹ а насупрот томе присутно је и њихово игнорирање путем различитих облика недозвољене самопомоћи. Временом је вођење парничног поступка повећавало ризике туженог (дужника). Осуду на испуњење обавезе захтеване тужбом најчешће прати и осуда на плаћање веома високих износа затезних камата које неретко премашују износ главног захтева. Међутим, мада би се могло очекивати, ово ново стање није принципијелно допринело спонтаном испуњењу обавеза предупређујући на тај начин потребу за парничењем. У доба хиперин-

тојање специфичног претпроцесног стања – спора странака о чињеничним или правним питањима. Оне се зато и обраћају суду, као трећем за исход спора незаинтересованом субјекту, да спор реши доношењем мериторне одлуке. Ова обележја су у нашем праву снажно угрожена. У неприхватљиво великом броју случајева парница постаје неминовна пре свега због држања туженог који не жeli или не може да испуни своју обавезу.

¹¹ Као илustrација наведеног стања може да послужи пракса многих осигуравајућих друштава који још и данас, и највероватније по инерицији из периода хиперинфлације, добровољно испуњење својих обавеза по основу уговора о осигурању условљавају њиховим износом. Ако проузрокована штета прелази одређену висину одбијају исплату без обзира на основаност обавезе. То редовно резултира покретањем (непотребне) парнице коју друштво по правилу губи уз сношење високих трошкова парничног поступка и плаћање затезних камата. Присутна је и посредна штета јер се тиме доприноси да већ оптерећени судови поступају у низу сасвим сувишних парница.

флације дужник је одбијао њихово извршење јер му је то користило, сада је то последица све присутније немогућности плаћања дуга због инсолвентности узроковане тешким материјалним положајем појединаца али и привреде у целини. Резервни механизми у виду стечајног законодавства још не функционишу а неповољан друштвени и економски контекст и даље негативно одражава степен правне дисциплине и одговорности. У наведеном смислу на судство се врши константан притисак да својим активностима, пре свега у домену репресије, допринесе амортизацији низа друштвених, привредних па и културних траума које оно само није ни изазвало. Присутан је континуиран политички притисак да се то стање максимално злоупотреби на штету овог вида власти.¹² Тешко је замислити ефикасан поступак остваривања правне заштите у максимално неефикасном и потпуно деградираном окружењу.

VI

У материјалу Радне групе Друштва судија Србије, у делу о регулативи посебних парничних поступака, формулише се идеја о издавању поступака пред избраним судовима и из Закона о парничном поступку и његовом перспективном нормирању у оквирима посебног прописа. Наведени приступ, посебно по појави модел-закона о међународној трговинској арбитражи UNCITRALA из 1985. године,¹³ постаје све усталењији метод регулисања арбитражног судства и поступка низу упоредних правних система мада постоје референтни и нама веома близки правни системи у којима се ова материја уређује прописима којима се регулише грађански судски поступак или парнични поступак.¹⁴

¹² Тешко је објаснити чињеницу да готово пуне две године држава није била у стању формирати апелационе судове и управни суд а никад се више, међутим, није говорило о судству и то најчешће веома негативно. У крајњим конзеквенцијама сви ти пропусти, који су у свему настали изван судства, претежним делом ако не у потпуности биће „фактурисани” судској власти резултирајући њеном даљем руинирању и компромитовању.

¹³ Генерална скупштина Уједињених нација је, 11. XII 1985, усвојила наведени текст усвајањем посебне резолуције и том приликом препоручила свим државама чланицама рецепцију одредаба модел-закона у њихова законодавства што је у низу држава и учињено.

¹⁴ Аустријски Закон о грађанском поступку регулише арбитражни поступак у оном делу у којем уређује посебне парничне поступке, пар. 577 до 599 немачки Закон о грађанском судском поступку регулише арбитражно решавање спорова у оквирима Х књиге Закона, пар. 1025 до 1066.

Мора се нагласити да су у нашем праву форме али и пракса остваривања правне заштите путем недржавних органа, укључујући остваривање правне заштите пред избраним судовима односно арбитражама, сасвим маргинализоване и неразвијене. То је израз изузетно неповољног правног,¹⁵ друштвеног па и културног контекста у којем је систематски присутна резерва према овим видовима остваривања правне заштите. Томе доприносе одређена решења садржана у важећем пропису али и изразито неповољни упливи ванправног окружења. У наведеном смислу, у знатно већој мери од оне која сада постоји, треба наглашавати чињеницу да је у низу правних система који нам у свему могу послужити као узор, пракса арбитражног решавања спорова изузетно раширена и развијена. Путем избраног судства односно арбитража, врши се систематско растерећење државног судства уз реципрочно афирмишење арбитражног решавања спорова. Арбитражно решавање спорова се, у пуном смислу, успоставља и остварује као паралелан и алтернативан систем правне заштите у односу на заштиту коју пружа државно судство. У свакој варијанти, и ако се задрже постојећа решења и ако се усвоји идеја о одвајању арбитражне регулативе од оне која регулише посебну парничну процедуру, потребно је, прво, принципијелно редефинисање домена у којима је остварив и допуштен овај вид правне заштите.¹⁶ Друго, потребно је низом других мера и активности укључујући систематску едукацију свих

¹⁵ Решења Закона о парничном поступку оптерећује постојање значајног недостата. У основи су подешена нормирању међународне арбитраже а само узгрядно уређују арбитражно решавање спорова наших субјеката без присуства међународног елемента. Ова регулатива је пре свега ограничена на нормирање повременог, *ad hoc* избраног судства које у нашем праву може бити само међународно јер домаћи субјекти у међусобним споровима могу уговорати само институционалну арбитражу.

¹⁶ Постојећа решења битно ограничавају могућност арбитражног решавања спорова, нетипичним сужавањем допуштености уговорања надлежности повремених, *ad hoc*, судова. Према одредби члана 469а Закона о парничном поступку, спорове без међународног елемента о правима којима слободно расположују странке могу износити пред сталне избране судове основане при привредним коморама и другим организацијама предвиђеним законом под условом да није утврђено да одређене врсте спорова искључиво решавају други судови. Закон о парничном поступку, према томе, ограничава домаће субјекте захтевом да могу уговорити само институционалне арбитражне судове који су, при постојећем стању ствари, и у субјективној и објективној компоненти, специјализовани тако да спречавају непосредан и слободан приступ домаћих физичких лица тим институцијама. Ограничена субјективног типа произлазе из чињенице да се могућност обраћања сталној арбитражи условљава чланством, макар једне од странака, институцији при којој је образована арбитража. У објективној компоненти приступ ограничава чињеница да се пред тим институцијама могу решавати само привредни, трговачки спорови.

правних субјеката и грађанства у целини створити пожељан друштвени контекст у којем уговарање арбитражног решавања спора неће бити ограничено само на случајеве у којима је присустан међународни елемент. Потребно је, прво, укинути сва ограничења уговарања повремене, *ad hoc* арбитраже. Праксу формирања арбитражних институција треба поставити у знатно ширем обиму и ослободити везивања за одређене, већ постојеће, институције при чemu се арбитража појављује као својеврсни припадак институције уз коју је образована. Самостално формирање сталних арбитражних судова и образовање ових судова при неким другим институцијама као што су правни факултети, универзитети, удружења правника најразноврснијих профилла али и при свим другим институцијама може бити снажан подстицај за афирмацију овог вида решавања спорова и између домаћих субјеката.

У погледу увођења медијације у наш правни систем потребно је имати у виду да постоји низ разлога, описаних приликом излагања проблема који угрожавају афирмацију арбитражног односно избраног судства у нашем праву, који ће се негативно рефлектовати и на овој вид правне заштите. Наведеном треба додати и чињеницу да су извесне форме медијације биле присутне у нашем правном систему али да је покушај те врсте резултирао потпуним неуспехом.¹⁷ С друге стране, мора се имати у виду, да су државе са изузетно развијеним и уважаваним правним системима све више прихватају идеју о неопходности развијања овог типа правне заштите. Наравно, у питању су државе у којима постоји сасвим другачији однос али и неопходне друштвене претпоставке које омогућују развој и усавршавање

¹⁷ Прво је, већ приликом доношења Закона о парничном поступку из 1976. године, било уведено правило, ограничено на спорове мале вредности, о обавези суда да, када утврди да је надлежан а тужба допуштена, тужбу достави мировном већу ради закључења поравнања између парничних странака. Касније је, новелом Закона о парничном поступку из 1982. године, наведено правило примењено на све спорове у којима странке имају пребивалиште или боравиште на подручју истог суда или су запослени у истој организацији удруженог рада или заједници у којој постоји мировно веће (члан 468). Утврђена је обавеза тужитеља да се у том случају мора обратити мировном већу ради закључења поравнања па тек по неуспешном окончању овог поступка тужба се могла поднети надлежном суду. Ако се тужитељ непосредно обратио надлежном државном суду, била је утврђена обавеза тог суда да ту тужбу упути мировном већу. Тек у случају да покушај поравнања пред мировним већем није успео у року од три месеца парнични поступак се настављао заказивањем рочишта за главну расправу. Већ од увођења цитираниог решења било је јасно да су у питању „мртве одредбе“ које се заправо нису ни примењивале. Због свега наведеног у наредним променама парничне процедуре уследило је потпуно брисање поменутих одредби.

најразноврснијих типова недржавног судства. Сигурно је да би увођење медијације у наш правни систем могло принципијелно допринети растерећењу државног судства и допринети устројству једног знатно ефикаснијег система али исто тако треба рачунати да ће евентуални неуспех овог пројекта резултирати поразним последицама – повећању правне несигурности и водити даљој деградацији и атрофији поступка остваривања правне заштите.

VII

Изненађује чињеница да се у материјалу Радне групе Друштва судија Србије о припремању промена Закона о парничном поступку наведени статистички подаци не користе као индикатори о постојању низа ванпроцесних разлога који угрожавају поступак остваривања правне заштите. Ти разлози, ако се не отклоне, чиниће сваку процедуру, па и ону идеалну ако је уопште остварива, тромом и неефикасном. Током 2002. године комплетно остваривање правне заштите и целокупна судска власт у нашој држави је почивала на 2274 професионалних судија.¹⁸ Евидентно је да питање броја професионалних судија у свим судовима не може, нити би смело остати забрањена тема. Нема озбиљног разговора о ефикасности одређене власти ако се наведено питање не сагледа и у светлу чињенице у којој мери та власт располаже потребним кадровским потенцијалом за своје успешно деловање. Податак о 614 нових предмета по судији општинских судова који, при постојећем стању и даље остварују претежан део првостепене надлежности јасно показује да то није случај.¹⁹ Ни позиција судија трговинских судова, са 963 пред-

¹⁸ Индикативно је када се саопштава број професионалних судија да се тај број пореди само са оним који је предвиђен систематизацијом судијских места уз указивање на чињеницу да је остало непопуњено 145 судијских места. Уопште се не поставља питање да ли је тако одређен број судија довољан да би се судска власт уопште могла успешно бавити пружањем правне заштите тако да она буде законита, правична и ефикасна. Као да је у питању својеврсна врста „више силе“ на коју се уопште не може утицати. Упоредо са тим се саопштава поражавајућа чињеница да годишњи прилив по судији општинског суда износи читавих 614 нових предмета.

¹⁹ Оптерећеност судија окружних судова са приливом од 228, судија Вишег трговинског суда са 418, а судија Врховног суда Србије са 340 нових предмета мора бити та-које предмет посебне анализе и оцене. Окружни, а посебно Врховни суд Србије су често у прилици да доносе одлуке које у велико превазилазе значај конкретног случаја у којем се пресуђује. Мора се имати у виду да процес суђења у вишим судским инстанцима већ по дефиницији подразумева постојање додатних квалитета. Поступак у тим (вишим) ин-

мета по једном судији, није больа. Као да нема субота, недеља, ванрасправних дана, годишњих одмора, државних и верских празника, као да судија не остварује једну од најкомплекснијих и најосетљивијих професија које подразумевају давање свакодневних одговора на изузетно сложена правна и чињенична питања што подразумева изузетно висок степен стручних и моралних квалитета судије, али и његово стално образовање и усавршавање. Већ по дефиницији подразумева се време које тако оптерећен судија не може имати. Само под том претпоставком може се рачунати на потребан квалитет правне заштите. При постојећем стању то није оствариво осим ако се не жели створити привид суђења и његова пука имитација. Судија оптерећен низом предмета – за које не може да се припреми нити концептише – не суди него нагађа. Потребно је, дакле, овим поводом или такође и иницирањем расправе искључиво посвећене питању кадровске оспособљености судства једном поставити питање који је то број судија који ствара реалне претпоставке да ефикасно, али исто тако законито и правично, остваривање правне заштите, неће остати само пука жеља и илузија.²⁰ Наравно то не искључује нити обесмишљава покушаје да се модернизацијом функционалног дела проблема обезбеди потребан амбијент за остваривање наведеног циља. Питања као што су колико то кошта и слично, у најмању руку су лицемерна и злонамерна.²¹

танцама мора бити снажан коректив свих могућих пропуста и мањкавости присутних у раду судова нижег ранга. Контролна функција инстанционих судова ујључујући неопходност да се путем Врховног суда Србије створе неопходни услови за јединствено функционисање правног система, захтева да се судијама тих судова остави знатно више времена за припрему сваког појединачног случаја али и за њихово стално образовање и усавршавање. Наведена чињеница сасвим релативизира податак о номинално мањој оптерећености судија окружних, Вишег трговинског суда и Врховног суда Србије.

²⁰ Стицајем околности – пре свега због неспособности или могуће опструкције извршне власти у конституисању судског система нормираних правосудним прописима из 2001. године – питање да ли би окружни судови, са 383 судија, уопште могли одговорити на изазове настале ширењем своје првостепене надлежности за сада има само хипотетички карактер. Гubitак инстанционе надлежности ових судова и њено преношење на апелационе судове, у свему томе, не би одлучујуће доприносио санирању проблема јер је, по обиму, у очигледној несразмери са новауспостављеном надлежношћу окружних судова. С друге стране, сужавање првостепене надлежности општинских судова претпоставља постављање питања да ли је број судија у овим судовима можда предимензиониран у светлу примене решења из 2001. године. Колико нам је познато, ни у моменту припреме новог правосудног законодавства ни по његовом доношењу, одговарајућа аналитика није изведена а такође нема индикација да ће то уследити у наредном периоду.

²¹ Као пример наведене хипокризије у којој изостаје сваки покушај да се број професионалних судија димензионира у оне оквире који ће реално обезбеђивати услове за квалитетно пружање правне заштите, можда најбоље изражава чињеница што је про-

Најскупље рачуне, а то смо у више наврата били у прилици да доживимо, испоручује неефикасан и руиниран правни систем. Присутан је својеврстан парадокс, судије су преоптерећене а судови непопуњени. Тешко је говорити о ефикасности поступка када, неретко, размак између поједињих рочишта главне расправе обухвата период од више месеци. Тада се парнични предмети, заправо, налазе у стању сталног мировања²² – које није противно само начелу ефикасности него је истовремено узрок деформисању и деградацији других начела па тиме и самог поступка.²³ Претпостављени квалитети правне заштите губе сваки смисао а постоји непремости в раскорак фактичких и правних стања.

VIII

Најзад, доста велики број укинутих пресуда због постојања битних повреда одредаба парничног поступка показује да постоје разлози који се не могу приписати само (евентуалним) дефектима парничне процедуре. Проблем представља и примена тих правила уз не баш занемарив постотак њиховог непоштовања и повреде. У наведеном смислу систематско лично усавршавање судија и развијени системи њихове едукације али и ригорозно праћење сваке појединачне каријере мора имати значај корективса који ће, и у персоналној компоненти, обезбедити додатну

теклих година у оквирима извршне власти конституисан паралелан и у основи непотребан систем. Све шире се устављаје пракса образовања агенција, дирекција, комитета или неких других парадржавних органа. Круг надлежности таквих установа често се поклапа са већ утврђеним пословима одговарајућих органа извршне власти и испољава својеврсно дуплирање истих функција. То није, међутим, сметња за њихово даље ширење и конституисање нових. При томе је веома тешко доћи до релевантних података колико се људи и којим средствима запошљава у тај парадржавни сектор. Не поставља се ни питање да ли је то уопште потребно а ако јесте колико кошта и на којем броју престаје. С друге стране, судска се власт низом ограничења па и оним персоналног типа систематскиводи у оквире који угрожавају идеју њене еманципације и пуног испољавања.

²² Када би на основу важећих решења парничне процедуре одржавање рочишта главне расправе било димензионирано у интервале од најдуже петнаестак дана, тада би временски развој поступка имао сасвим другачији ток и квалитет. У низу ситуација то би обезбедило, на бази исте нормативне подлоге, један знатно ефикаснији и економичнији поступак од оног који је сада са разлогом предмет снажне критике.

²³ У наведеној ситуацији губи се сасвим смисао начела непосредности, суди се на основу расправних записника јер временом нестају сви ефекти усменог расправљања, тешко је говорити о континуитету и јединству главне расправе, систем слободне оцене доказа губи један од својих основних квалитета. Све то резултира снажним потискивањем правних у корист фактичких стања која битно одступају од прописаних метода остваривања правне заштите.

гарантију остваривања законите, правичне и ефикасне правне заштите.

IX

Заговарање промена постојеће парничне процедуре извесним делом почива на разлозима који се сасвим оправдано могу приписати мањкавостима исте. Присутне су, међутим, и сасвим паушалне оцене и општа места. Наведени приступ је временом постајао све присутнији. Општи утисак о превазиђености постојеће парничне процедуре је постао одлучујућа чињеница али и доказ. У наведеном контексту није реално очекивати критичко вредновање и валоризовање постојећих решења а још мање успешно пројектовање нових. Ефикасност поступка је добила одлучујући значај као да је то есенција и једини смисао правне заштите. Сасвим је потиснуто да, управо по наведеном редоследу, правна заштита мора бити законита, правична и ефикасна. Наведени квалитети морају бити кумулативно обезбеђени и гарантовани јер све остало значи симулацију и фингирање суђења. Утисак о превазиђености важеће парничне процедуре се делимично изводио и из одређеног историјског контекста насталог распадом и нестанком СФРЈ. Новонастале државе су, без праве и критичке анализе процесног законодавства али и свих осталих прописа претходне Југославије, у тежњи прекидања сваког правног континуитета са том државом, приступиле доношењу својих прописа у свим доменима укључујући и оне којима је регулисана парнична процедура али и друге материје које спадају у регулативу грађанског судског поступка. Наведени приступи су се рефлекстовали и на наше стање доприносећи стварању утиска о потпуној превазиђености важеће парничне процедуре. Индикативно је, међутим, да у свим тим новоуспостављеним државама, принципијелно није побољшан квалитет правне заштите а постоје и бројни проблеми узроковани новоуспостављеним решењима и тамо присутним концепцијама. У одређеној мери став о мањкавостима овог система правне заштите изводио се и из тезе о превазиђености извornог текста – аустријског Закона о грађанском поступку из 1895. године – који у значајној мери представља подлогу нашег важећег законодавства. Такав став се не може прихватити без одговарајуће резерве. Цитирани законски текст уз систематско новелирање којим је модернизон и прилагођаван новонасталим друштвеним околностима и даље

представља пропис високих квалитета који у свему изражава најбоље вредности и достигнућа европског цивилизациског круга.²⁴

X

У сваком случају, занемарујући овом приликом већ уочене недостатке и превазиђена или бар проблематична решења још важеће редакције Закона о парничном поступку, залажемо се за знатно опрезније приступе приликом кодификације или принципијелнијег новелирања парничне процедуре. Као што је и наглашено у претходним одредницама овог рада, још нису створени потребни предуслови нити су отклоњена кризна места да би се могло рачунати са једном новом и знатно савршенијом формом остваривања правне заштите.

²⁴ У аустријској научној и стручној јавности наведени законски текст се управо тако и вреднује. Указује се на његов изузетан значај и вредности које су допринеле широкој рецепцији овог прописа у низ других правних система укључујући и наше право. Видети: Н. Fasching, „Lehrbuch des osterreichischen Zivilprocessrecht”, 1990, p. 22–29. W. Rechberger – D.A. Simotta, Grundriss des osterreichischen Zivilprozessrechts, 2000, стр. 2, 3.

Гордана Станковић*

ПРИПРЕМАЊЕ ПРОМЕНА ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

Станаје у правном систему. Југословенски правни систем који је егзистирао до фебруара 2003. карактерисао је не само неравномеран, некохерентан и стихијски развој, већ и хаотичност у његовом регулисању. Пречесте промене у погледу државног и политичког уређења нису омогућавале систематичан и квалитетан законодавни рад. Томе су, свакако, доприносиле, с једне стране, промене у самом концепту права које су у једном периоду историјског развоја биле мотивисане идеолошким разлозима, а с друге стране, непостојање општеприхваћеног концепта права у новијем, тзв. транзиционом периоду. Честе уставне промене у прошлости, сталне промене у расподели легислативне надлежности у оквиру федерације, које су биле последица започетог процеса дезинтеграције југословенског правног система, правни волунтаризам, експерименти у друштвеним односима, раскиди са правном традицијом, константне енигме и неизвесности о томе која ће и каква решења бити прихваћена, како ће она и да ли ће практично функционисати, међусобна неусаглашеност закона и друге околности, одразиле су се на стање законодавства уопште.

Поједине правне области уопште нису биле правно регулисане или је њихова нормативна регулација била непотпуна, неодговарајућа а често и архаична. Пречесте промене у законодавству, као последица уставних промена, перманентно усаглашавање и новелирање закона, али и инфлација подзаконских

* Др Гордана Станковић, професор Правног факултета у Нишу.

аката којима је извршна власт врло често преузимала функције законодавне власти, допринели су да у Југославији није постојао логички заокружен, кохерентан и усклађен правни систем. Многобројни прописи су били у међусобној колизији, садржали су неодговарајућа правно-техничка решења, били су непрецизни или су понекад били нестручно редиговани.

Изузетно дуги низ година сам грађанско-правни систем није био усклађен нити је био резултат хармоничног и еволутивног развоја свих његових грана. Од васкрса државе српске до данас, стицајем историјских и политичких околности, систем грађanskog права је перманентно био у неком стању изградње и рушења, адаптирања и преправљања, тако да и данас, кад треба да се приступи реформи парничне процедуре у Републици Србији, читав корпус грађanskog права је нехомогенизован, са остатцима разних правних решења из различитих епоха друштвеног развоја, иако он треба да представља једну од полазних тачака за будућу реформу парничне процедуре.

Законодавни рад у домуену ћардесног ћрава. Закони којима је у прошлости у Југославији регулисана цивилна парнична процедура редовно су настајали као резултат некакве журбе и ургентне потребе да се она нормира. Рад на припреми и доношењу свих досадашњих југословенских закона о парничној процедуре карактерише брзина у раду на законском пројекту и захтев да се реше различити текући, актуелни и горући правно-политички проблеми који, по правилу, нису увек били у сфери процедуре. Врло често они су били резултат разних друштвених околности или су били условљени различитим разлозима и проблемима из зоне организационог процесног права.

Многе измене ЗПП, које су у другој Југославији током времена вршене, редовно су обављане на брзину. Углавном су вршени мањи и парцијални законодавни захвати, осим измена из 1976. године када је систем правних лекова био ревидиран у целости.

Измене и допуне овог закона углавном су биле мотивисане прагматичним разлозима и имале су различит домет и значај. Осим оних измена које су имале за циљ усаглашавање закона са насталим уставним променама, и по правилу, биле терминолошког карактера, или којима су кориговани новчани износи у појединим одредбама услед инфлаторних кретања или промена у монетарној сferи, све промене су редовно биле последица

општег друштвеног и правно-политичког интереса да се убрза, поједностави и појефтини поступак пружања правне заштите.

Приликом тих законодавних захвата увек се настојало да се нипошто не доведу у питање законитост и правна сигурност као основни постулати који обезбеђују и квалитет правне заштите грађанских субјективних права и заштиту правног по-ретка и да се тим интервенцијама не угрози концепт парничне правне заштите грађанских субјективних права.

Поједине промене на терену парничне процедуре настајале су, међутим, независно од промена ЗПП-а. Настајале су као последица небрижљиве редакције закона из домена материјалног права или као резултат активности републичког законодавца у сferи оних грана правног система који је, у складу са тада актуелном поделом легислативне надлежности између савезне државе и њених чланица, био овлашћен да креира правила супстанцијалног и процесног права. Зато су у домену парничне процедуре настала различита, нова и оригинална правна решења којима су конкретизовани основни процесни принципи на специфичан начин или којима су, у доброј мери, модификовани поједини процесни институти, као што је то био случај са посебним правилима процедуре у погледу породичноправних односа.

И поред оваквог законодавног рада, савремени ЗПП представља добар законски текст. Настао је као резултат измена и допуна ЗПП из 1956. године, који је, као што је познато, настао по узору на процесни закон Краљевине Југославије који је, настао под утицајем аустријског закона о парничном поступку из 1891. године послужио је као модел приликом нормативног регулисања парничне процедуре и у многим другим правним системима. Законски текст, који је био узор приликом кодификација парничне процедуре у Краљевини Југославији, стекао је опште признање у правничком свету. Цивилна процедура Краљевине Југославије, настала под утицајем европских закона, по својим дometима, била је интегрални део европске правне културе и цивилизације.

Утицај некадашњег идеолошког система у коме је ЗПП настало у периоду друге Југославије није могао битно да утиче на његову физиономију јер су функционална процесна правила изван домаћаја идеологије због природе самог парничног процесног односа који овај закон нормира. ЗПП је и данас један од

модерних закона и поред недостатака, које сваки закон, као људска творевина, има.

Нова ситуација на нормативном плану у Републици Србији, настала доношењем Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора, створила је услове не само за дugo очекivanе процесне реформе, већ и за постепено и дефинитивно укидање хаотичне нормативне ситуације у домену цивилне процедуре уопште.

Извршене уставне промене на нивоу државне заједнице Србија и Црна Гора изазвале су, силом Уставне повеље, непосредне промене у домену парничне процедуре у погледу неких процесних установа. Оне се испољавају на два начина: нестајањем појединих или садржинским променама других процесних института. Пре свега, нестали су из процесног система неки процесни субјекти, неки посебни поступци правне заштите и неки правни лекови. Променама су, исто тако, као рефлекс уставноправних промена, у одређеној мери захваћени и поједини процесни институти, као што су ординација надлежности, сукоб о надлежности, заступање државне заједнице, пружање правне помоћи између држава-чланица.

Предстојеће законодавне активности на плану усклађивања процесних закона са новим уставним решењима, као и са буђим уставним решењима после доношења Устава Србије, пружају несумњиву прилику за изградњу и креирање јединственог и хармоничног система цивилне процедуре у оквиру правног система Републике Србије.

Радни материјал Друштва судија Србије. Радни материјал Друштва судија Србије, као стручовне невладине организације, који, према ауторима, треба да послужи као основа за ревизију ЗПП, садржи основне правце промена парничне процедуре и предлоге за промену појединих процесних установа из ракурса носилаца правосудне функције.

Радни материјал има одређене концепцијске и садржинске недостатке и зато је у доброј мери и неконзистентан и противуручан. Поред тога, он има и извесне методолошке недостатке.

Основно питање које се поставља пре но што се приступи реформи ЗПП је питање концепта саме процедуре – да ли ће основни задатак парничне процедуре бити да штити само грађанска субјективна права или и објективни правни поредак? Од одговора на то питање зависиће и међусобни однос појединих

начела и начин њихове конкретизације и како су профилисани поједини институти.

Радни материјал је рађен без јасног концепта о циљу поступка. Од периода кад је настао, концепт на коме се наш ЗПП заснива, у глобалним размерама се није мењао и због тога су процесне институције у европском процесном праву добиле и задржале релативно стабилну физиономију. У постојећи концепт интерполирају се поједина решења која се заснивају на схватањима која су била карактеристична за либералистичке концепције о задацима и улози судске власти или решења из страног права која не одговарају нашем моделу правне заштите. Радни материјал у одређеној мери напушта концепт о активној улози суда у поступку на коме је грађена наша парнична процедуре. Околност што се наше друштво по други пут у својој историји нашло у фази првобитне акумулације капитала и изградње капиталистичких односа никако не значи да треба да се вратимо на решења која се тичу улоге суда из доба либералног капитализма.

С друге стране, у нашем савременом парничном поступку принцип диспозиције није угрожен до те мере како се у материјалу констатује. Одступања од начела диспозиције у нашој процедуре резултат су законодавних захвата у домену материјалног права. Осим тога, иако се у савременом процесном праву цивилна процедура, с обзиром на широко подручје најразличитијих правних односа у којима долази до спорова, реформише да би се побољшали квалитет и ефикасност правне заштите тако што се јачају улога суда и његова процесна овлашћења у погледу прикупљања процесног материјала, радни материјал, предлаже ревизију правила процедуре у сасвим супротном правцу, одн. пледира за измену улоге суда, коју треба свести „само на формално управљање током поступка и на арбитрирање”, иако позиција судије и арбитра у поступку нису исте по суштини.

Садржински недостаци у радном материјалу су последица непостојања јасног концепта и некритичких интервенција у постојећи текст али и превида Радне групе о функцији појединих процесних феномена или превида да су поједина законска решења последица инструменталног карактера процедуре и да директно зависе од конкретних решења у домену материјалног права. Превидело се и да су границе диспозитивности релативне с обзиром на интензитет појединачног и општег интереса који је изражен у појединој категорији субјективних права као и да су

границе слободе располагања самим грађанским субјективним правом релативне и да њихов обим одређује конкретни правни поредак.

Због састава и метода рада Радне групе у припреми овог радног материјала, поједини његови делови садрже личне ставове појединих чланова (у тексту се користи једнина и неидентификовани писац тог дела текста се позива на своје ставове у неидентификованим радовима).

У радном материјалу стоји да радна група ради на основу упоредноправног приступа, међународних докумената, анализе домаће судске праксе, индивидуалних прилога својих чланова и анализе проф. Познића о недостатцима ЗПП. С једне стране, из радног материјала се не види јасно чија се све законска решења користе као узор и да ли су анализиране промене до којих је дошло током времена у оним процесним системима који су били узор нашем процесном закону и који припадају истом правном кругу као и наш закон. С друге стране, радни материјал је теоријски једнострano припремљен јер нису коришћени публиковани радови и других југословенских и српских аутора, који су критички анализирали поједина законска решења.

У радном материјалу, који представља неку врсту списка лепих жеља, сви проблеми нису евидентирани, нити су регистровани проблеми уједначено анализирани и простудирани. Предлози за поједине интервенције не уклапају се у постојећу сложену и филигранску мрежу процесног система или изазивају неочекиване и нежељене импликације у другим сегментима процедуре. Многа од предложених решења нису прихватљива јер не одговарају самом духу закона (нпр. прелиминарна конференција), нити се њима могу постићи жељени правно-политички циљеви. Фаворизовање појединих начела на рачун принципа законитости није прихватљиво са аспекта објективног циља поступка и може да или фаворизује злоупотребу самог поступка за пружање правне заштите или да представља само симулацију пружања правне заштите. Нека од предложених решења представљају имплементацију решења из страног права која не одговарају духу нашег процесног система и нашој правној традицији или се нуде неконзистентна решења из парничне процедуре бивших југословенских република која у пракси нису дала очекиване резултате.

Радни материјал у први план истиче ефикасност поступка под утицајем ситуације која је створена на нормативном плану усвајањем Повеље о људским и мањинским правима и грађанс-ким слободама (2003) и ратификовањем Конвенције о заштити људских права и основних слобода из 1950. године с обзиром на принцип о делотворности правне заштите и проглашењу права на суђење у разумном року, као једног од основних процесних људских права. С друге стране, неефикасност у пружању правне заштите се истиче и као последица у функционисању правосуђа у пракси која има претежне узроке у организацији правосуђа и кадровској политици. Претерано инсистирање на делотворнос-ти правне заштите у домену парничне процедуре није пожељно јер она мора да буде и законита, праведна, правична и ефикасна и сви ови квалитети треба да буду синхронизовано и симултано остварени да би се уопште реализовали циљеви правне заштите.

У тексту радног материјала потпуно се запоставља општа ситуација у друштву и утицај разних ванправних фактора који несумњиво утичу на неефикасност судова и дugo трајање пар-ничне процедуре. Констатује се и указује на низ проблема из до-мена организационог процесног права који се негативно одражавају на пружање правне заштите. Део радног материјала који приказује стање, проблеме и рад судова илуструје, на пос-редан начин, патологију друштвених односа која свој корен не-ма у процесним нормама. Ти проблеми на које се указује, као што су велики број спорова, нестручност и несавесност судија и несавесно парниччење, не могу се елиминисати само променама у области процедуре. Евентуална промена правила процедуре не може да елиминише све досадашње пропусте законодавне и извршне власти у односу на трећу власт, нити да утиче на посто-јеђу патологију у друштвеним односима. Поједини актуелни правно-политички проблеми могу се решити на плану организа-ционог процесног права и без промена у домену парничне про-цедуре. Једна од слабости Радног материјала је у томе што није јасно који је судски систем био подлога приликом креирања по-јединих процесних решења и што се уопште не рачуна на мо-гућност промена и реформи у самом организационом проце-сном праву.

Многе од предложених измена из овог радног материјала у тексту ЗПП нису најуспешније конципиране и могу да имају не-гативне импликације у погледу квалитета и ефикасности пру-жања правне заштите. Поједини законодавни захвати који се у

Радном материјалу предлажу у погледу промена одређених процесних техничких норми ипак имају одређену вредност. Предложене промене, као палијативне мере, могу да допринесу да се остваре неки од циљева који су били повод за понуђену процесну реформу, посебно они који се тичу ефикасности и економичности правне заштите.

Радни материјал уопште не указује на недостатке ЗПП који се тичу редакције самог текста а и сам садржи многобројне некоректне техничке термине.

Одржавање округлих столова на којима треба да се води стручна расправа о припремљеном радном материјалу, иако има одређени значај, не може да замени студиозни рад тима правника који се у различитим улогама професионално баве парничном процедуром и који заједничким радом могу да припреме суштинску процесну реформу.

Раг на припреми промена ЗПП у Србији. Припремање промена ЗПП, који се примењује већ више деценија и који још увек представља модеран закон, треба поверити посебном експертском тиму у чијем саставу би били теоретичари и практичари (судије и адвокати) који би својим професионалним знањем и искуством допринели да се припреми ваљана процесна реформа. Било би пожељно да чланови експертског тима буду судије у пензији да би се избегао евентуални ризик професионалне заинтересованости који би могао да буде повод за обраћање Европском суду за људска права због повреде права на правично суђење.

У оквиру рада на ревизији ЗПП, да би се избегли исхитрени и брзоплети законодавни захвати и последице досадашњих промена у домену цивилне процедуре уопште, потребно је да се претходно изврши свестрана квалификована и квалитетна анализа постојећих законских решења и да се јасно разграниче евентуални недостаци у самом законском тексту (празнине, редакцијски пропусти) или у самој процедуре, од низа других фактора, правне или ванправне природе, који се често погрешно квалификују као недостаци саме процедуре, а који свој узрок немају у нормативним решењима.

Исто тако, потребно је евидентирати све претпоставке за успешно функционисање овог система правне заштите, посебно one у сфери организационог процесног права, у погледу финансирања, у домену кадровске политике, организације судског ра-

да и практичног правничког образовања носилаца правосудне функције.

Претпоставке за ћроцесну реформу. Потпуна легислативна компетенција на нивоу републике у домену грађанског и процесног организационог и функционалног права, настала после усвајања Уставне повеље, омогућава да се ревизији комплетне цивилне процедуре приступи на студиозан и рационалан начин.

У оквиру припрема за промене ЗПП претходно се поставља низ суштинских питања. Пре свега, да ли је могућно приступити суштинској реформи парничне процедуре без јасног концепта права, без уставноправне подлоге, у условима свеопште и дугогодишње кризе правног система која још увек траје, без јединствене или делимичне кодификације грађанског права, без нове кодификације породичног права и читавог низа нових грана права (као што су нпр. еколошко право, право потрошача итд). Инструментални карактер парничног поступка претпоставља јасно нормативно уобличена решења у зони супстанцијалног права.

У овом часу, после насталих друштвених, друштвенополитичких и правних промена и нису познати сви правци промена у домену супстанцијалног права. На пример, да ли ће и кад ће дефинитивно бити кодификовано грађанско материјално право, да ли ће се предузимати само парцијални законски захвати, да ли је породично право део грађанског права или није, или како ће оно бити реформисано, посебно како ће бити регулисани односи родитеља и деце и какав ће процесни положај имати орган старатељства. Или, шта је са еколошким правом или правом потрошача. Или, да ли ће приликом реформе облигационог права бити елиминисана поједина ограничења начела диспозиције и процесне импликације тих решења које су настале као последица небрижљиве редакције законског текста итд. Није познат, исто тако, какав ће бити приступ законодавца у погледу ограничења неких субјективних грађанских права а управо од тога у одређеној мери зависи и однос појединих процесних начела и физиономија појединих процесних института.

Поред тога, рад на ревизији парничне процедуре захтева окончану реформу у домену организационог процесног права, да би се остварио потребан однос и склад између организационих и функционалних норми. Исто тако, неопходно је и јасно разграничење између парничне и ванпарничне процедуре.

Реформа ЗПП. Сваки законодавни рад, по својој природи, треба да буде у складу са временом у коме се посеже за променама једног закона, посебно оног који је остварио своју намену, издржавајући све пробе времена и који представља резултат европског цивилизацијског и културног развоја.

Кад је у питању реформа српске парничне процедуре поставља се, као основно, питање њеног обима: да ли треба приступити целовитој реформи парничне процедуре, иако нису тренутно испуњене све претпоставке, или се одлучити само за најнужније измене и допуне постојећег ЗПП у оквиру процеса усаглашавања овог закона са насталим и будућим уставним променама и, потом, започети са студиозним припремама за евентуалну темељну реформу.

Једно од суштинских питања је и проблем концепта саме процедуре, концепта промена и циља поступка јер од тога зависи и међусобни однос појединих начела и начин њихове конкретизације и како ће бити профилисани поједини институти.

Треба се заложити за потпуну кодификацију парничне процедуре, уколико није могућна комплетна кодификација цивилне процедуре, из простог разлога што је то и целисходно и конфорно: сва процесна правила су на једном месту. Осим тога, тиме се избегава ризик да се приликом доношења материјалноправних закона некритички задире у процесну материју и изазивају неочекиване импликације на процесном терену или креирају оригинална („егзотична“) решења као што је то био случај у близкој прошлости (нпр. у посебним поступцима из породичних односа).

Једно од питања које се тиче обима будуће радне верзије закона односи се и на разграничење парничног и ванпарничног поступка које у радном материјалу није уопште дотакнуто. Законодавна реформа парничне процедуре треба да стави на дневни ред питање које се тиче концепта, природе и обима ванпарничне процедуре и проблем евентуалног пребацања неких контенциозних ванпарничних поступака у домен парничног процесног права одн. пребацања неких номинално парничних, а по својој природи ванпарничних ствари, у ванпарнични поступак.

Од разграничења парничне и ванпарничне процедуре, свакако, зависи и евентуално креирање неких будућих посебних парничних поступака уколико они више не буду имали, као тзв.

спорни поступци, карактер ванпарничних поступака. Поред тога, било би потребно да се из будућег ЗПП изоставе одредбе које спадају у домен ванпарничне процедуре као што је нпр. поступак за склапање судског поравнања пре парнице, поступак за обавештавање трећег лица о парници, поступак за развод брака на основу споразума супружника.

Иако у погледу поступка за признање страних судских и арбитражних одлука у домаћој теорији и судској пракси нема дилеме о томе да је у питању ванпарнична правна ствар, без обзира да ли се поступак води као главни или као адхезиони, а с обзиром на ставове појединих домаћих аутора, треба заузети и став у погледу природе поступка за признање страних одлука (ванпарнична или парнична процедура).

Исто тако, потребно је дефинитивно сагледати и проблеме који се тичу јавног бележништва, као и питања која се тичу обима нотарске функције и самог нотарског акта као јавне исправе.

Предлози. Основно питање које се поставља приликом ревизије српске парничне процедуре јесте како приступити реформама.

Рад на ревизији ЗПП, после његовог усклађивања са новим уставним решењима, треба да се одвија у две фазе. У првој фази треба дефинисати циљеве и правце реформе, основне принципе будуће парничне процедуре и одредити њихов међусобни однос и отворити стручну расправу поводом ових питања. Рад на суштинској ревизији парничне процедуре претпоставља јасан концепт о читавом правном систему и систему грађанског права и јасно дефинисане правно-политичке циљеве које треба остварити и правце промена у домену процедуре које треба реализовати.

У другој фази, на основу усаглашених ставова у погледу општих и суштинских питања, може се приступити ревизији и, потом, припремљени текст преднацрта будућег закона пружити на увид и разматрање научној и стручној јавности.

Рад на реформи парничног процесног права треба да се одвија паралелно и симултано са радом на реформи у домену материјалног права, с обзиром на његов инструментални карактер, али је, такође, потребно да се, истовремено, припрема и реформа ванпарничног процесног права како би се извршило адекватно разграничење парничног и ванпарничног поступка.

У току рада на реформи парничне процедуре идеје у погледу евентуалних нових решења можда треба тражити у новелираним законима оних држава чији су процесни системи традиционално били узор нашој парничној процедуре и настојати да се избегне да се у процесни систем унесу оне процесне установе из страних процесних система које не одговарају моделу и духу наше процедуре.

Предстојећи рад на усклађивању ЗПП са новим уставноправним решењима треба искористити за неопходне измене Закона које не зависе од материјалног права.

Промене су могућне, пре свега, у домену организационог процесног права. Једна од тих промена јесте афирмирање принципа инокосног суђења пред првостепеним судом у свим или само у појединим правним стварима (нпр. кад су у питању парнице из радних односа или које се тичу односа родитеља и деце). То би био један од начина да се убрза поступак и смање трошкови државе кад је у питању судски буџет, али и један од начина да се смање и ризици и потенцијалне могућности да се покрећу поступци пред Европским судом за људска права због повреде принципа правичног суђења и права на независног судију који су могућни због садашњег начина регрутовања судија поротника. У мањим срединама где се познаје политичка припадност поротника, с обзиром на праксу Европског суда, то може да буде разлог за покретање поступка уколико су странка и поротник припадници исте политичке странке.

Уколико се прихвати концепт инокосног суђења, у целости или изузетно, требало би ревидирати многе постојеће законске одредбе – оне које се односе на надлежност, на управљање поступком и на одлучивање.

Разуме се, треба се заложити и за дораду оних техничких правила поступка која отежавају и успоравају рад суда, посебно оних која се односе на достављање уопште и достављање уиностраниству, и отворити могућност за коришћење електронске поште у поступку пред трговинским судовима кад је у питању пријем поднесака.

Треба се, свакако, заложити за нормирање оних института који нису до сада били потпуно или су били само делимично регулисани или приликом будуће целовите процесне реформе. На те пропусте је указано у многим публикованим радовима.

Поред измена и допуна тзв. техничких норми, у овом тренутку би биле пожељне још неке измене. Било би пожељно да се процесним законом уреди процесни положај органа старатељства у поступку, измене и допуне одредбе о привременим заступницима, разграниче одредбе о искључењу и изузећу судије, допуне одредбе о репресивним мерама због злоупотребе процесних овлашћења и измене одредбе о казнама због непоштовања суда.

Приликом предстојеће ревизије ЗПП у поступку његовог усклађивања, потребно је, свакако, отклонити и одређене језичке, терминолошке и редакцијске недостатке на које се указује у литератури још од 1957. године попут неразликовања супстанцијалног и процесног права у одредби члан 1. ЗПП, спора и парнице, пуномоћника и заступника за пријем писмена, искључења и изузећа, или некоректна употреба израза тројица судија или термина расправљање у појединим одредбама итд.

Моника Нинковић*

ПОСТУПАК ПРЕД ПРВОСТЕПЕНИМ СУДОМ

УЛОГА СУДИЈЕ ПОРОТНИКА

Грађани су готово увек и свуда учествовали у вођењу судских поступака и изрицању права.

Поставља се питање да ли треба, у којој мери и у којој форми подржати принцип учешћа грађања у суђењу.

Питање начина регрутовања и одабира поротника, није готово уопште уређено постојећим правосудним законима у Србији. У свету се углавном разликују два система пороте:

1) англосаксонски или класични систем пороте (*jury system, le jury*), и

2) европски континентални систем пороте – систем равноправног учествовања судија и судија поротника у суђењу (*Schöffengericht, Beisitzersystem, l'echevinage*).

По првом систему, суд који одлучује састоји се из два дела: од судија поротника (*jurors, the jury, les jures le jury*, који заседају одвојено, и од професионалних судија (*the court, la cour*). Судије противници чине већину. Њих има од дванаесторо до дадесет троје, а професионалних судија има од једног до троје. Улога поротника у суђењу се битно разликује од улоге професионалних судија. Судије поротници одлучују само о чињеницама које утврђују и оцењују (квалификују). Ако се ради о суђењу кривичних дела, они одлучују о питању кривице, тј. да ли је окривљени учинио кривично дело или је крив, односно да ли одговара

* Мр Моника Нинковић, асистент Правног факултета у Београду.

за учињено дело. Поротници, даље обично одлучују о томе да ли постоје отежавајуће или олакшавајуће околности. На свако питање одговарају посебно, обично са „да” или „не”. Приликом одлучивања порота је строго одвојена од суда у ужем смислу – поротници не смеју да напуштају просторије у којима заседају све док не донесу одлуку о свим чињеницама о којима су позвани да одлучују. Одлука коју донесе порота обавезна је за суд. Професионалним судијама остављено је само да на основу одлуке пороте о чињеницама примене право, односно да донесу одлуку о примени правног прописа. Систем регрутовања поротника је различит. Уобичајено је да се поротници бирају из места где заседа порота. Бирају их изборна тела разног састава из редова свих слојева грађана. За сваки конкретан случај суд их издваја са листе поротника, обично на основу жреба.

Оно што је за овај систем пороте карактеристично, то је да се одлуке које суд донесе не могу нападати редовним правним леком.

По другом систему, судије поротници (*die Schaffen, die Beisitzer, les echevins*) и професионалне судије заседају у истом већу које се обично састоји од три члана. Судије поротници равноправно учествују у суђењу заједно са сталним судијама. Они одлучују и о чињеницама и о праву и током суђења могу да постављају питања и траже објашњења од свих учесника у поступку. Судије поротници бирају се такође из редова разних слојева грађана по изборном систему који је у појединим земљама различит. Према различитим варијантама овог система, судије пороници учествују само у суђењу кривичних дела, или одлучују подједнако како у кривичном тако и у грађанској поступку. Учествовање судија поротника може бити ограничено само на суђења у првом степену или и у вишим инстанцима.

Закон о парничном поступку није у складу са циљевима модерног грађанског правосуђа, првенствено због тога, што је заснован на конструкцији поступка из прве половине XX века.

Наиме, први закон о грађанском судском поступку југословенске државе, донесен је 1929. године: Законик о грађанском судском поступку. Овај закон је готово у потпуности преузео решења аустријског *Zivilprozessordnungen* из 1895. године. Заједно са Уводним законом за ЗПП, донесен је и Закон о парничном поступку 1956. године. Овај закон био је делимично заснован на закону из 1929. године, а самим тим и на аустријском грађанском

поступку, али је истовремено имплементирао нека решења из Закона о кривичном поступку. После доношења Устава СФРЈ 1974. године, донесен је и нови Закон о парничном поступку 1978. године, који је већим делом компилација закона из 1956. године. Уз многобројне измене које нису биле концепцијског карактера, овај ЗПП је и данас на снази.

Овакав ЗПП не може да одговори ни међународним обавезама државе – европске земље се сусрећу са захтевима из бројних међународних докумената да се поступак мора окончати у разумном року.

Најзад, према Уставној повељи државне заједнице Србије и Црне Горе надлежност за доношење Закона о парничном поступку прешла је на државе чланице.

Државе чланице су, dakле, стекле потпуну законодавну надлежност у области судских поступака.

Управо се с тим у вези поставља питање да ли треба извршити кодификацију која би обухватила уређење свих парничних поступака у једном Закону о парничном поступку, или посебне парничне поступке треба регулисати у оквиру материјалноправних закона.

Са једне стране, сасвим је сигурно да кодификација омогућује лакше сналажење судија и адвоката у укупној области процесних питања, а са друге стране, у случајевима у којима се постављају питања из одређене области и материјални и процесни одговори могу се наћи у истом законском тексту.

Једно од могућих решења јесте и оно по коме би неки посебни парнични поступци били уређени у ЗПП, а неки у материјалним законима. Критеријум за разграничење би се састојао у разлогу за уређење посебног парничног поступка; ако је у питању специфична материјалноправна природа предмета расправљања, правила тог поступка била би садржана у материјалном закону.

Такође, потребно је донети посебан законски текст о арбитражама, и искључити одредбе о избраним судовима из ЗПП, будући да је овај закон намењен уређењу поступка пред државним судовима.

НАЧЕЛА ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА

Основна начела парничног поступка нису усклађена. Начела парничног поступка треба да буду заснована на хармоничном приступу, а ЗПП им не придаје једнак значај. Велику пажњу ЗПП посвећује истражном начелу, начелу официјелности и начелу материјалне истине.

Начело објективности које обезбеђује једнак однос суда према странкама, и начело контрадикторности, које обезбеђује једнако право на изјашњење и једнаку могућност расправљања, добро су разрађени у ЗПП, за разлику од начела диспозиције и расправног начела. Наиме, парнични поступак је замишљен тако да њим доминира начело диспозиције. У погледу улагања правних лекова против одлука које суд донесе, по правилу нема ограничења – њих је могуће нападати како редовним, тако и ванредним правним лековима.

Систем класичне пороте је дуже у употреби. Други систем се појавио релативно касно и најпре се развио у Немачкој.

МОГУЋА РЕШЕЊА ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

Учешће грађана у суђењу јесте несумњиви демократски принцип али, због извесних слабости које је порота показала, неки сматрају да је треба укинути и суђење препустити само професионалним судијама. Други пак предлажу да се порота задржи зато што представља велику тековину демократије и омиљену и популарну институцију код народних маса, уз сугестије да се порота реформише и да се уклоне недостаци које показује.

Уколико се стане на становиште да је порота у суђењу потребна, следеће питање које се намеће јесте да ли пороту треба једнако задржати и у кривичним и у грађанским споровима. Далеко је више оних који полазе од тога да порота има оправдање само у кривичним парницима док се у грађанским показује као сувишна. У прилог овом схватању наводи се пример Енглеске, у којој се порота у цивилним стварима ретко примењује, а у САД само када то странке изричito захтевају. Могло би се закључити је замисливо грађанско правосуђе без икаквог учешћа грађана у доношењу одлука. И за наш правосудни систем се, упркос томе што је проглашен принцип зборности суђења, може поставити питање његовог стварног значења. Принцип

зборности у области грађанског правосуђа је озбиљно доведен у питање, нарочито после измена ЗПП из 1990. године. Странка-ма је данас остављено на вољу хоће ли судити судија појединац или веће, јер се оне могу споразумети да спорове, који су по закону у надлежности већа, решава судија појединац. Због тога се мора признати да прокламовани принцип зборности представља правило само у области кривичног правосуђа, а у пракси је изузетак у грађанској правосудној области, укључујући ту и привредне спорове. Оваква фактичка ситуација захтевала би адекватно прилагођавање уставног принципа зборности суђења, које има значај једног уставног начела о правосуђу. О потпуној елиминацији судија поротника из грађанског правосуђа мора се заузети правно-политички став.

СТРАНКЕ И ЗАКОНСКИ ЗАСТУПНИЦИ

Страначка, парнична и постулациона способност странке уређена су на уобичајен начин. Могло би се рећи да извесну особеност представља случај страначке способности групе лица која немају правни субјективитет – члан 77. став 3. ЗПП: „Парнични суд може, изузетно са правним дејством у одређеној парници признати својство странке и оним облицима удружилаца који немају страначку способност у смислу одредаба ст. 1. и 2. овог члана, ако се утврди, да, с обзиром на предмет спора, у суштини испуњавају битне услове за стицање страначке способности, а нарочито ако располажу имовином на којој се може спровести извршење.“

Одступање од принципа да се страначка способност подудара са правном није оправдана, јер за то не постоји потреба, тачније постоји опасност неоправданог проширења. Ниkad је реч о поступку, правни персоналитет није нешто о чему би суд могао бити овлашћен да одлучује. Одредба овог става је после доношења ЗПП-а од 1956. године прописана новелом под утицјем *contra legem* праксе ВС Хрватске (одбор за електрификацију села, месна секција општинског ловачког удружења). Уколико је тужена група људи, повезана заједничким циљем а нема правни персоналитет, онда је потребно да између себе изаберу једно лице које ће овластити да их заступа.

Могућност о којој је реч, поготово је нецелисходна ако се има у виду искључење жалбе против решења којим се признаје страначка способност.

ПОСТУЛАЦИОНА СПОСОБНОСТ

Основно питање које се поставља јесте да ли странка која је пословно способна може сама пуноважно да предузима парничне радње, односно прима на знање парничне радње противника и суда.

ЗПП у члану 79. прописује да свако пословно способно лице има парничну способност. Парничном способношћу Закон назива способност странке да пуноважно предузима радње у поступку и да радње њеног противника и суда буду према њој пуноважно предузете.

Парнично способна странка има и постулациону способност, ако сопственим изражajним средствима, дакле без ичије помоћи или посредовања може предузимати радње у поступку. Према важећем ЗПП-у, такву способност има свака парнично способна странка.

Недостатак оваквог решења јесте чињеница да су странке неуке што отежава вођење поступка и утиче на њихову дужину.

ПРЕДЛОГ ЗА ИЗМЕНУ

У Француској, Италији и Аустрији постоји обавезно заступање од стране адвоката, али су решења различита за различите степане суђења, односно врсте спорова. У земљама у нашем окружењу (БиХ, Хрватска) задржана су постојећа решења да свако пословно способно лице има парничну способност. Основни разлог томе јесте недостатак финансијских средстава, којима би се обезбедило бесплатно заступање странака које су лошег имовног стања и на тај начин свима омогућило право на приступ суду у подједнаким условима.

а. Једно од могућих решења у нашем ЗПП би било обавезно заступање физичких лица од стране адвоката, осим у споровима мале вредности, односно у једноставним споровима, с тим да би судија појединач, односно председник већа по пријему тужбе решењем утврђивао који је спор једноставан.

Код оваквог решења, нарочито треба имати у виду да ће се изменама ЗПП-а знатно пооштрити страначка дисциплина и поступак у великој мери формализовати, што ће неуким странакама знатно отежати учешће у поступку. Предност овог решења јесте лакше и квалитетније суђење, што би допринело знатном убрзању поступка. Недостатак овог решења у основи се своди

на тешку финансијску ситуацију у земљи, односно недостатак одговарајућих буџетских средстава за обезбеђивање бесплатног заступања за странке лошег имовног стања.

б. Друга могућност је увођење обавезног заступања физичких лица од стране адвоката пред окружним и свим вишим судовима.

Предност оваквог решења у односу на претходно јесте мањи износ издвајања из буџета за обезбеђивање бесплатног заступања за странке лошег имовног стања.

в. Трећа могућност је задржавање досадашњег решења – да свако пословно способно лице може пуноважно да предузима парничне радње.

Имајући у виду да ће очекиваним изменама ЗПП-а бити пооштrena страначка дисциплина и поступак формализован, реално је очекивати да ће странке практично бити принуђене да ангажују адвокате као пуномоћнике.

ПУНОМОЋНИЦИ

Основно питање које се поставља јесте ко може да буде пуномоћник.

ЗПП прописује да пуномоћник може да буде свако физичко лице које је потпуно пословно способно, осим лица која се баве надриписарством (члан 90).

Недостатак оваквог решења важећег ЗПП-а је у томе што су пуномоћници неуки што отежава вођење поступка. Осим тога, у пракси је практично немогуће доказати да пуномоћник прима накнаду за свој рад, тако да овакво решење управо омогућава надриписарство.

Упоредно правна решења показују да пуномоћник углавном може бити само адвокат, уз изузетке у оним земљама у којима је странкама призната ограничена или неограничена парнична способност.

БиХ и Хрватска предвиђају изузетке за: а) правна лица (пуномоћник по запослењу) и б) блиске сроднике.

ПРЕДЛОГ ЗА ИЗМЕНУ

Уколико се предлогом за измену ЗПП-а предвиди да сва пословно способна лица имају ограничену или неограничену

парничну способност, онда је прихватљиво решење да странку као пуномоћник може да заступа само адвокат. Изузети би били предвиђени за:

- а) правна лица – пуномоћник може да буде лице које је у радном односу и
- б) блиске сроднике – пуномоћник може да буде крвни сродник у правој линији до било ког степена, у побочној линији до четвртог степена и брачни друг.

Прихватањем оваквог решења онемогућило би се надри-
писарство.

ПРИПРЕМАЊЕ ГЛАВНЕ РАСПРАВЕ

Потребно је да се повећа значај припремне фазе поступка, у смислу да се уведе превило да су странке дужне да најкасније на припремном рочишту изнесу све чињенице и предложе доказе за чињенице на којима заснивају своје захтеве, и да приложе исправе на које се позивају ако је то за њих могуће. Могућност изношења чињеница и предлагања доказа на главној расправи постоји само ако странка учини вероватним да су је оправдани разлози спречили да то учини раније, а у жалби само ако докаже да их без своје кривице није изнела у првостепеном поступку, а ради се о таквим чињеницама и доказима на основу којих би за њу могла бити донесена повољнија одлука. Такође би требало да писмени одговор на тужбу постане обавезан. Требало би размотрити могућност да суд донесе мериторну пресуду без одржавања расправе када из чињеница наведених у тужби произлази да је тужбени захтев основан, или када из чињеница наведених у тужби и чињеница наведених у одговору на тужбу, произлази, да између странака не постоји спор о чињеницама које представљају довољан основ за оцену о томе да ли је тужбени захтев основан или неоснован. Потребно је размотрити и питање обавезности одржавања припремног рочишта, уз изузетке за поједине врсте спорова, ситуације одлучивања без расправе и ситуације у којима суд оцени да због једноставности спора одржавање припремног рочишта није потребно, као и могућност да суд већ на припремном рочишту донесе одлуку о доказним предлогима странака, о спајању парница и о одвојеном расправљању.

ДОКАЗИВАЊЕ

ЗПП не даје одговор на питање потребног степена доказаности. Поставља се питање за које је чињенице потребно уверење, а за које вероватноћа.

Велики број аутора који су коментарисали ЗПП сматра да је вероватноћа довољна за процесноправно релевантне чињенице, дакле за оне од којих зависи постојање процесних претпоставки, а за чињенице од којих зависи мериторна одлука о основаности тужбеног захтева, потребно је да буду утврђене са степеном уверења.

Поставља се и питање да ли је суд тај, који, независно од држања странака, одлучује о томе да ли је стекао потребан интензитет сазнања о одређеној чињеници. Чини се да члан 8. ЗПП, даје позитиван одговор на ово питање.

Требало би регулисати и критеријуме за слободну оцену доказа, путем дефинисања стандарда, као што су здрав разум, став просечног човека, правила логике и правила психологије.

ПРАВНИ ЛЕКОВИ

ЖАЛБА

Потребно је размотрити могућност да у поступку по жалби суд одлучује само у границама жалбених разлога, а по службеној дужности испитује једино битну повреду која се тиче страначке способности и уредног заступања (садашњи члан 354. став 2. тачка 11), као и решење да другостепени суд мора да одржи расправу када трећи пут одлучује о жалби, ако је тужбени захтев остао непромењен.

Требало би размотрити и могућност да другостепени суд у поступку по жалби, ван главне расправе, сам или преко првостепеног суда спроведе извиђаје ради провере оправданости изношења нових чињеница и доказа у жалби.

РЕВИЗИЈА

Поред постојећих разлога за изјављивање ревизије, потребно је размотрити могућност изјављивања ревизије у случају одузимања пословне способности.

Такође, уз постојеће случајеве у којима Врховни суд може дозволити ревизију без обзира на вредност предмета спора, требало би размотрити и случај да Врховни суд може дозволити ревизију без обзира на вредност предмета спора и када другостепени суд преиначи првостепену пресуду.

Требало би да се размотри могуће решење по коме одлуку о изузетној дозвољености ревизије доноси веће од пет судија, као и решење да ће ревизијски суд пресудом усвојити ревизију и преиначити побијану пресуду, ако нађе да је материјално право погрешно примењено или да је пред другостепеним судом прекорачен тужбени захтев, те могућност да се одлука ревизијског суда доставља другостепеном суду и првостепеном суду који ће доставу извршити странкама.

ПОСЕБНИ ПОСТУПЦИ

ПОСТУПАК У ПРИВРЕДНИМ СПОРОВИМА

Уместо поступка у привредним споровима, ЗПП треба да пропише поступак пред трговинским судовима, па да се правила о поступку пред трговинским судовима примењују у споровима из надлежности трговинских судова.

ПОСТУПАК У ПАРНИЦАМА ЗБОГ СМЕТАЊА ПОСЕДА

Потребно је размотрити решење по коме тужилац нема правног интереса за тужбу због сметања поседа, ако има писмене доказе на основу којих може да подигне ревиндикациону тужбу, тужбу због узнемирања права својине.

ИЗУЗЕЋЕ

Приликом решавања питања изузећа, најважније је предвидети начине спречавања злоупотреба и њихово санкционисање.

У том смислу не треба дозволити захтев за изузеће свих судија неког суда или свих судија који би могли судити у неком предмету, као ни захтев за изузеће о коме је већ одлучено или захтев који по оцени суда прикрива неки други циљ. С тим у вези, у захтеву је потребно навести поступак поводом кога се изузеће тражи, име и презиме судије, односно судије поротника чије

се изузеће тражи, законски разлог за изузеће и околности на којима се такав захтев заснива, уз потпис тражиоца изузећа.

ДОСТАВЉАЊЕ

Према члану 133. ЗПП, писмена се достављају преко поште или преко одређеног лица запосленог у суду, надлежног органа општине, или непосредно у суду. Ова решења не обезбеђују уредну доставу.

У Европи се писмена достављају и путем факса. Земље у нашем окружењу су остале при постојећем решењу, с тим да достава може да се обавља и преко правног лица регистрованог за обављање тог посла, нпр. DHL поште. У САД се достава писмена обавља преко Интернета.

Потребно је размотрити могућност да странке припремне поднеске достављају непосредно једна другој, као и могућност да странке закључе споразум којим се саглашавају да им се достава у споровима на које се тај споразум односи обавља на одређеној адреси у СЦГ односно преко одређеног лица у СЦГ.

МЕДИЈАЦИЈА

Основно питање које се поставља јесте да ли би медијацију требало регулисати посебним законом, или у оквиру ЗПП?

Посебан закон о медијацији би омогућио детаљно регулисање појма и карактеристика медијације, улогу медијатора, правило о неутралности, принципе поверљивости, тајности и флексибилности поступка медијације, начин упућивања странака у поступак медијације, права и дужности странака у том поступку, сачињавање писмена о нагодби, трошкове поступка медијације – у општем делу, а у посебном би детаљно регулисао посебне врсте медијације за различите врсте спорова и бројна друга питања која за сада немају конкретан одговор.

Посебно је потребно регулисати питања ко може бити медијатор, како организовати обуку медијатора и питање евидентирања лица са лиценцом за обављање послова медијације.

Милош Луковић⁰

ГЕНЕЗА ТЕРМИНОЛОГИЈЕ ОПШТЕГА ИМОВИНСКОГ ЗАКОНИКА¹

ИЗВОРИ ЕКВИВАЛЕНАТА ЗА ТЕРМИНЕ У ОПШTEM ИМОВИНСКОМ ЗАКОНИКУ

У нашим претходним радовима² идентификовали смо основне изворе терминолошке лексике Општега имовинског законика за Књажевину Црну Гору (у даљем тексту: Општи имовински законик). Овде ћемо у светлу података из тих извора сагледати решавање конкретних терминолошких питања у изради Општега имовинског законика.

Код коментарисаних термина из Општега имовинског законика наводимо и њихове еквиваленте из:

а) Грађанског законика Србије (скраћено: ГЗС; извори: 1) *Грађански законик за Краљевину Србију*, [у:] *Зборник грађанских законика стваре Југославије*, Титоград, 1960, 153–267; 2) Ђорђе Петровић, *РНчникъ закона, уредба, и уредбены ђројиса изданы у Княжеству Србији одъ 1827. до половине 1854. год.*, Београд, [Правиљелсївенномъ Књигойечашњомъ], 1856);

б) *Правно-политичке терминологије за аустријске словенске језике* (скраћено ППТ; извор: *Juridisch-politische Terminologie für die slavischen Sprachen Oesterreichs. Von der Kommission für die*

⁰ Др Милош Луковић, научни сарадник, Балканолошки институт САНУ, Београд.

¹ Овај рад представља део наше опсежније студије о језику Општега имовинског законика (чије је ауторство заштићено), која досад није у целини објављена.

² Упоредити Луковић 2004.

slavischen juridisch-politische Terminologie. Deutsch-kroatische, serbische und slovenische Separat-Ausgabe, Wien, 1853);

в) савременог законодавства (користимо скраћеницу: савр.; извори: 1) Закон о облигационим односима (скраћено: ЗОО), 2) Закон о основним својинскојправним односима (скраћено: ЗОСПО), 3) Закон о парничном пос тупу (скраћено: ЗПП), 4) Закон о кривичном пос тупу (скраћено: ЗКП), 5) Закон о извршином пос тупу (скраћено: ЗИП), 6) Закон о средстvima у својини Републике (скраћено: ЗССС), 7) Закон о наслеђивању (скраћено: ЗНС), 8) Породични закон Републике Србије (скраћено: ПЗС), 9) Породични закон Републике Црне Горе (скраћено: ПЗЦГ), Закон о задужбинама, фондацијама и фондовима Републике Србије (ЗЗФФС), Закон о идрама на срећу Републике Србије (ЗИС).³

Да би се недвосмислено идентификовао правни институт о чијем називу расправљамо и тиме била отклоњена свака могућност мешања правних института, уз термине Општега имовинског законика дајемо и латинске, француске и немачке еквиваленте (користимо скраћенице: лат., франц., нем.). Преузели смо их из следећих извора: 1) Андра Ђорђевић, *Преглед правних термина коришћених у Ошићем имовинском законику* (Београд, 1888 [преузето у: Валтазар Богишић, *Изабрана дела и Ошићи имовински законик за Црну Гору*, Београд, 1986, 487–500]); 2) Закон о облигационим односима с редистиром појмова [тринаесто издање, Службени лист СРЈ], Београд, 2002; 3) Лексикон грађанској права [главни уредник Обрен Станковић], Београд, 1996; 4) Илија Бабић, *Лексикон облигационог права*, Београд, 2001; 5) Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право* [треће издање], Београд, 1996; 6) Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право* [девето издање], Београд, [прво издање 1996]; 7) Јаков Радишић, *Облигационо право. Ошићи део* [шесто издање], Београд, 2000.

Тако укрштени подаци пружају јаснију слику о пореклу и генези коментарисаних термина Општега имовинског законика.

³ Првих пет закона донети су у време постојања Југославије као федеративне (савезне) државе, а данас се примењују као прописи Републике Србије и Републике Црне Горе – држава чланица Државне заједнице Србија и Црна Гора, у складу с одредбама Уставне поселење Државне заједнице Србија и Црна Гора. Преостала три наведена закона припадала су и у моменту доношења надлежностима република. Подаци о објављивању и о изменама и допунама наведених закона могу се наћи у СГ Редистиру важећих пој иса и ошићих аката, који издаје Јавно поселење Службени гласник из Београда.

Колико год сви расположиви подаци били максимално искоришћени, они се ипак односе само на мањи број термина из укупног инвентара терминолошке лексике Законика. Додуше, на тај начин расветљени су најважнији термини, што пружа основу и даје путоказ за даља истраживања и лексикографску и правну обраду целог инвентара терминолошке лексике Општега имовинског законика.

Овде се нисмо упуштали у детаљно расправљање правног садржаја института који се означавају коментарисаним терминима. О томе смо говорили у мери која је неопходна да се сагледају порекло и генеза конкретног термина, а тиме и битне одреднице његовог значења. А о морфолошким (структуралним) својствима терминолошке лексике Општега имовинског законика говорићемо у накнадно у посебном раду посвећеном карактеристикама граматичке структуре Општега имовинског законика.

РЕШАВАЊЕ ТЕРМИНОЛОШКИХ ПИТАЊА ИЗРАДИ ОПШТЕГА ИМОВИНСКОГ ЗАКОНИКА

Све термине Општега имовинског законика чију генезу можемо пратити на основу расположивих извора груписали смо према сродности института које означавају. Тако се дошло до 30 група термина, а на челу сваке групе налази се носећи термин из њеног састава. У овом раду коментарисаћемо 14 група термина (и то по азбучном редоследу носећих термина из групе), док ће се преостале групе термина коментарисати у наредном броју овог часописа.

I. *благо* [чл. 79–81, 844 ОИЗ ЦГ], *ћубилац* или *изђубилац* [чл. 82, 84, 86, 87, 88, 89. ОИЗ ЦГ], *нашалац* [чл. 79, 81, 83, 87, 88, 90. ОИЗ ЦГ], *заузеће јустиш сивари* [члан 842. ОИЗ ЦГ]

За институт који се у савременом праву означава термином *скривено благо* (лат. *thesaurus*, франц. *le trésor*, нем. *der Schatz*) Грађански законик Србије (§ 250) користи термин *сокровишће* (уз дублет *закојано благо*). Богишић је сматрао да је кодификатор Грађанскога законика Србије Јован Хаџић без потребе увео овај „старословенско-руски облик“ (термин *сокровишће* регистрован је као *славенизам* и у Његошевом језику). С

тим у вези Богишић констатује да у живом народном језику реч *благо* има и још друга значења (означава нпр. стоку), али да је Вук узима управо у значењу *thesaurus*, те да је отуда у Хрватској примљена реч *благајница* у смислу *aerarium*.⁴ И поред оваквога Богишићевог резоновања, приликом првог читања нацрта Законика, Одбор се колебао око термина *благо*, па је чак констатовао да га треба заменити неким другим.⁵ Остао је ипак Богишићев термин, али треба приметити да термин благо/благо у овом значењу користи и *Правно-јоилијичка терминологија за аустријске словенске језике* (стр. 443), а среће се у неким статутима приморских градова и општина на народном језику.

У вези с *благом* и другим изгубљеним стварима Општи имовински законик утврђује термине: 1) *убилац* или *изубилац*, 2) *нашалац*. Грађански законик Србије ова лица одређује описано. У савременом праву и даље се примењују правна правила из времена пре Другога светског рата, а користи се термин *налазач*.⁶

Код института стицања својине на напуштеним стварима (лат. *occupatio*, франц. *l'occupation*) Одбор је приликом првог читања нацрта Законика одлучио да се прихвати термин *заузеће* [*засићење ствари*], а констатовао је да реч *запоседнуће* није разумљива.⁷ Термин *засићење ствари* у Законику је употребљен са значењем „напуштене ствари, ничије, без власника”, а такво значење лексема *засићи* има (поред осталих) и у Његошевом језику.

II. влашћина или својина [чл. 45, 46, 66, 91, 92, 790, 831. ОИЗ ЦГ], бескорна влашћина [члан 91. ОИЗ ЦГ], власник [чл. 93–97, 83. ОИЗ ЦГ], судионици у влашћини [члан 832. ОИЗ ЦГ], сувлашћина [чл. 103–109, 832. ОИЗ ЦГ], сувласник [члан 103. ОИЗ ЦГ], право власничког преузма [чл. 97–102, 833. ОИЗ ЦГ], шециво [члан 964. ОИЗ ЦГ], шечевина [члан 477. ОИЗ ЦГ], шечење [чл. 32, 65, 146, 779, 791, 839, 903. ОИЗ ЦГ]

О термину за означавање института *својине* (лат. *dominium vel proprietas*, франц. *la propriété*, нем. *das Eigentum*), једног од ос-

⁴ Богишић 1986, 124.

⁵ Бојовић 1992, 86.

⁶ Лексикон грађанској праве 1996, 365.

⁷ Бојовић 1992, 80.

новних института грађанског права, шире је расправљао Одбор већ приликом првог читања нацрта Законика. Одбор је тада констатовао да се „боље усваја” (тј. да је прихватљивија) реч *својина* него *влашићина*, јер се *својина* више чује него *влашићина*. Ипак, закључено је да се уз реч *својина* стави и реч *влашићина*, „па коју обичај боље прими”. Додат је и закључак да је реч *својина* незгодна утолико што се не може казати *својинар* и *сусвојинар*, док се од речи *влашићина* може нормално рећи *власник* и *сувласник*.⁸

С оба термина Богишић се сусретао током анкете у Црној Гори 1873. године.⁹ У Законику је ипак уопштена употреба речи *влашићина*, с тим што је на кључном месту Законику, у члану 831 (где се утврђује садржај појма који овај термин означава), речено да то право „многи и *својином* називљу”. Преовладало је очигледно настојање да се употреби реч усклађена с речју *власник*, која је употребљавана и у Црној Гори.¹⁰ При том треба имати у виду и напомену Одбора приликом првог читања нацрта Законика да реч *влашићи* не значи „свој” већ „онај исти”.¹¹ У Мажуранићевим *Приносима* код одреднице *влашићина* даје се значење „властитост, особитост (о ћуди човјека)” на основу три помена у извору из ЦИВ века, а о власништву се пак говори код одредниц
О *власшићосћи* и *власничтво*. Грађански законик Србије (§ 211, 212) има термине *својина* или *сопственосћ*, а *Правно-политичка терминологија за аустријске словенске језике* (стр. 146) термине *собственосћ*, *својина*, односно *власништво*, *својина*.

У складу с тим усвојен је и термин *сувлашићина*, а за *удионике* у *влашићини* термин *сувласници*. Влаштину која није спорна (која је неспорна) Законик назива *бесзорна влашићина*, а лице које на законит начин стиче имовину назива *стечник* (у смислу: „прибављач”, „стицајац”). Грађански законик Србије користио је термине *својина* или *сопственосћ*, али само *сопственик* и *сусопственик*. Савремено право користи термин *својина*, али се није одрекло термина *сопственик* (Закон о облигационим односима), који се користи паралелно с термином *сувласник* (Закон о основним својинскоправним односима).

⁸ *Бојовић* 1992, 83.

⁹ *Бојишић* 1984, 439.

¹⁰ *Бојишић* 1984, 431.

¹¹ *Бојовић* 1992, 80.

Међутим, термин *сусојсћивеник* нестао је из употребе, користи се само термин *сувласник*.

У Општем имовинском законику (члан 903) разлучено је значење термина течење и тековина на следећи начин: „*Течење* је дјело или посао којим се нешто стјече; а *тековина* је стечена ствар или право.” Термин *течење* јавља се и у Грбљском законику. Међутим, поред термина *тековина* Општи имовински законик има с истим значењем и термин *течило*, какав постоји и у Грађанском законику Србије (§ 121, 123) и *течевина*, какав постоји и у *Правно-јулијашкој терминологији за аустријске словенске језике* (стр. 196).

Општи имовински законик посебно је означио право власника на подизање класичне тужбе за заштиту својине и повраћај од несавесног држаоца, тзв. реивиндикационе тужбе (од лат. *rei vindicatio*).¹² Пошто власник, користећи то право посредством суда, настоји да преузме своју ствар, Законик је то право назвао *право власничког преузма*. Грађански закон Србије и савремено законодавство утврђују то право на мање-више описан начин. У свом писму К. Војновићу, Богишић каже да је *преузам* „чисто црногорска ријеч”, с тим што јој придев власнички даје донекле другачији смисао (*revindikationis*), а наглашава да је ту реч он први употребио као термин.¹³ Истовремено Богишић је нагласио да је термин *пријамник* (лат. *successor*, франц. *acciépens*, нем. *der Rechtsnachfolger*), преuzeо „из старог језика”. За овај институт Грађански законик Србије (§ 868) користи термин *пријемник права* (*спадарноћ* или *штражбеноћ*), а савремена правна теорија термин *правни следбеник*.¹⁴ У Његошевом језику регистрован је термин *пријемник* као *славенизам*, какав постоји иначе у руском језику (према графији онога времена: *приемникъ*),¹⁵ док би лик с морфемом *јам* био у складу с истоветном морфемом у речима *зајам*, *најам*, *сајам*, *бојам* и сл.

III. *дар* [чл. 480, 482–485, 487–489, 491, 492, 689, 868, 897–899. ОИЗ ЦГ], *даривалац* [члан 485. ОИЗ ЦГ], *обдареник* [члан 485. ОИЗ ЦГ], *рушиљиви дар* [члан 492. ОИЗ ЦГ]

¹² *Лексикон ћрађанскоћ права 1996*, 621.

¹³ *Марћиновић 1958*, 303.

¹⁴ *Лексикон ћрађанскоћ права 1996*, 533.

¹⁵ Видети *Даљ 1882*.

За термин *gap* (лат. *donatio*, франц. *la donation*, нем. *die Schenkung, Geschenk*) Богишић каже да је општенародна жива реч и да означава пре свега предмет дара. Током анкете у Црној Гори 1873. године Богишић се сусретао искључиво с терминима *gap* и *даривање*.¹⁶

Како је њега као кодификатора највише интересовао уговор о дару, Богишић је сматрао пожељним да и за сОм правни чин даривања постоји засебан термин, тако да би тачно одговарао интернационализму *donationi*. С тим у вези наводи пример руског законодавца који се одлучио за термин *дарение*. Тај облик није, међутим, за Богишића био прихватљив јер се држао начела да се морају узимати речи из живога народног језика. С друге стране сматрао је да облик *даривање* потиче од имперфективног глагола, те му се чинило („можда и погрешно” – ограђује се Богишић) да не приличи већ закљученом уговору. Богишић примећује да *Рјечник ЈАЗУ* потврђује писменим примерима постојање облика даровања, али пошто га није било код Вука нити га је икада он (Богишић) лично чуо, закључује да у ондашњем живом језику не постоји.¹⁷

Термин *йоклон* који је Јован Хаџић унео у Грађански законик Србије (§ 561) није задовољавао Богишића из два разлога: 1) није се до његовог времена користио „колико би требало” у живом језику, 2) није постао општенародни. Поред тога, слабост термина *йоклон* Богишић је видео и у реликтима првобитног значења, које се односило на гест (покрет) који је пратио чин даривања (наклон, поклон). Ни забележени термини *дарба* и *дареж* нису га могли задовољити јер такође нису коришћени у ондашњем живом језику.¹⁸ Зато је у завршници другог читања нацрта Законика Одбор одлучио да остане термин *дар* и при именовању уговора, а да се уговорне стране означе терминима *даривалац* и *обдареник*.¹⁹ Грађански законик Србије (§ 565) за уговорне стране користи термине *йоклонодавац* и *йоклонойријат*.

Правно-политичка терминологија за аустријске словенске језике (стр. 444) користи оба термина, и то и за српску и за хр-

¹⁶ Богишић 1984, 432.

¹⁷ Богишић 1986, 124.

¹⁸ Богишић 1986, 125.

¹⁹ Бојовић 1992, 188.

ватску страну: *gap*, *йоклон*; *poklon*, *dar*, а за уговорне стране (стр. 245) користи термине: 1) *даровањељ*, *йоклоништељ*; *йоклоништељ*, *даровањељ*, *даровник*; 2) *даројримац*, *йоклонојримац*; *йоклонојримац*, *даројримац*.

У савременом законодавству (Закон о облигационим односима, Закон о наслеђивању Републике Србије) такође се користе оба термина (*йоклон*, *gap*), али називи уговорних страна *йоклонодавац* и *йоклонојримац* немају дублете.

У завршници другог читања Законика одбор је констатовао да је израз *рушиљив* [*gap*, *уговор*] добар, за шта се у Грађанском законику Србије (§ 559) користио темин *раскидљив*, *йорушиљив* *йоклон*, а у савременом законодавству термин *рушиљиви* *йоклон*.

IV. *добијац* или *већинак* [члан 175. ОИЗ ЦГ], *добијац на добијац* [члан 263. ОИЗ ЦГ], *дојрела добијац* [члан 612. ОИЗ ЦГ], *добијацак* [чл. 688, 726, 745, 891, 924. ОИЗ ЦГ]

Богишић каже да се речи *добијац* и *већинак* налазе у живом говору у Црној Гори, али указује и на извесне разлике у њиховом значењу. *Добијац* је општенародна реч, а слабија јој је страна управо широко значење: она означава сваку стечену добит, добитак, корист (лат. *lucrum*). На другој страни, за термин *већинак* Богишић каже да је „посве областна реч”, и то „управ у смислу процента” (камате).²⁰ Приликом првог читања нацрта Законика Одбор је констатовао да се *већинак* разуме као и *добијац*, али да је реч *добијац* „обичнија”.²¹ Књаз Никола је предлагао да се израз *већинак* замени изразом *добијац*.²² Треба ипак приметити да термин *већинак* није забележен током Богишићеве анкете у Црној Гори 1873. године.²³ У Законик су уврштена оба термина у значењу савременог термина камата (лат. *usurae*, франц. *l'intérêt*, нем. *die Zinsen*). Грађански законик Србије (§ 594) користи за означавање камате три дублета: *лихва*, *интарес* и *добијацак*, а *Правно-политичка терминологија за аустријске словенске језике* (стр. 662) термин *камаја*, *камаћа*. Термин *добијац* налази се

²⁰ *Бојишић* 1986, 125.

²¹ *Бојовић* 1992, 111.

²² *Бојовић* 1992, 177.

²³ Упоредити *Бојишић* 1984, 431.

и у старијим изворима: у *Monimenta serbica*, Микаљином и Дела Белином речнику и у Његошевом језику.

Према термину *добићи* изведени су у Законику и изрази: 1) *добићи на добићи* (савремени термин *каматна на камату*; у Грађанском законику Србије [§ 603] термин *интрес на интрес, лихва на лихву*) и *дозрела добићи* (савремени термин *достијења каматна*). Приликом првог читања нацрта Законика Одбор је такође констатовао да би се уместо *дозрела добићи* могло казати *стекла добићи*, али се од тога очигледно одустало.²⁴

У Општем имовинском законику пак термин *добићак* има друго значење, онакво какво у савременом законодавству има термин *добићи* или *добићак* са значењем: „корист”, „увећање вредности”. Термин *добићак* налази се и у старијим изворима: Пољичком статуту и другим статутима приморских градова и општина писаних на народном језику, као и у Његошевом језику.

V. држава [чл. 6, 9, 14, 718, 720, 722, 802, 953, 954, 969, 970. ОИЗ ЦГ], *црногорска држава* [члан 5. ОИЗ ЦГ], *Црна Гора* [чл. 6, 8, 9, 26, 64, 786, 789, 796, 843. ОИЗ ЦГ], *Црногорши* [чл. 6, 8, 9, 26, 64, 786, 789, 796, 843. ОИЗ ЦГ], *држављанско* [члан 800. ОИЗ ЦГ], *држављани* [чл. 9, 722, 800, 953, 969. ОИЗ ЦГ], *иностраници* [чл. 63–65, 788, 789. ОИЗ ЦГ], *домовина* [чл. 788, 789. ОИЗ ЦГ], *владала* [чл. 11, 65, 755, 758. ОИЗ ЦГ], *Државни Савјет* [чл. 724, 732. ОИЗ ЦГ], *државна архива* [указ о проглашењу првог издања ОИЗ ЦГ], *државни данак* [чл. 276, 327. ОИЗ ЦГ], *јавни данци и порези* [чл. 85, 301, 312. ОИЗ ЦГ], *Власац/власт* [чл. 26, 47, 65, 81, 83, 64, 89, 140, 158, 205, 236, 370, 371, 548, 654, 659, 751, 785, 789, 818, 841, 944, 958, 960. ОИЗ ЦГ], *државна власац* [чл. 16, 718, 758, 759, 760. ОИЗ ЦГ], *црногорска власац* [члан 796. ОИЗ ЦГ], *законодавна власац* [члан 783. ОИЗ ЦГ], *судска власац* [члан 473. ОИЗ ЦГ], *црквена власац* [чл. 716, 718, 758, 763. ОИЗ ЦГ], *свећеска власац* [члан 758. ОИЗ ЦГ], *настараштељска власац* [чл. 97, 638, 639, 644, 647, 648, 652, 676, 707, 757, 957, 963. ОИЗ ЦГ], *родитељска власац* [члан 646. ОИЗ ЦГ], *очинска власац* [члан 643. ОИЗ ЦГ], *добри људи* [члан 400. ОИЗ ЦГ]

Приликом читања нацрта Законика Одбор није расправљао о термину *држава* и о терминима изведеним од *држава*, али јесте о термину *домовина*. Термин *домовина* Законик користи

²⁴ *Бојовић* 1992, 106.

за означавање земље порекла иностраних држављана, а Одбор је констатовао да је боље користити овај израз него израз „и мјесто, и држава”.²⁵ У вези с овим терминолошким питањем треба прокоментарисати термине које Законик користи за сродне појмове.

Термине *држава* и *Црна Гора* Законик користи на више места (једном и *црногорска држава*): у одредбама из области међународног приватног права (kad говори о примени земаљских закона, тј. *црногорских и иноземних закона*) и у вези с тим утврђује права *Црногораца* (у значењу: „држављани Црне Горе”) и *иностриданца*, те у одредбама којима уређује положај државе као правног лица. Користе се и термини *држављанство* и *држављани*, а нема старијих термина *подансство* и *поданици*.

Осим корица и насловне стране одштампаног Законика, текст Законика и оба књажева прогласа не наводе термин *Књажевина* уз име државе (*Црна Гора*).²⁶ Титула *Књаз* такође се користи само у прогласима књаза Николе о ступању на снагу одредба Законика, али не и у тексту Законика, где се на четири места наводи термин *владалац* када се говори о овлашћењима и ограничењима монарха. Иначе, термин владалац јавља се и у Његошевом језику (поред облика *владашељ*).

Именује се посебно и *Државни Савјет*, који је тада био највиши управни орган у Црној Гори (скупштина још не постоји пошто је законодавна власт у рукама књаза, а највиши суд представља *Велики Суд*, који се такође именује у Законику). У указу о проглашењу првог издања Законика наведен је и термин *државна архива* док се за судску ахиву користи термин *стисохрана*.

Термин *државни данак* Законик користи за означавање главне пореске обавезе грађана (за то се у Црној Гори користио и колоквијални израз *дашија*),²⁷ док се термини *јавни даници* и *йорези* наводе увек у пару (и у множинском облику) за означавање других пореских обавеза. Термин данак користи се и у Польичком статуту.

Термин *државни орган / орган* у Законику не постоји, а у том значењу врло је фреквентан термин *Власај* (с великим

²⁵ *Бојовић* 1992, 73.

²⁶ Упоредити *Богишић* 1998, 43–48.

²⁷ Упоредити *Богишић* 1984, 432.

почетним словом). Уз њега се често додају атрибути *јавна, мјесцина, низка, виша*, а изузетно и *црногорска, законодавна, судска*. Такође се употребљавају синтагме *црквена власӣ* за означавање црквених органа и *свјетска власӣ* са значењем „световна власт” (насупрот црквеној власти).

У Законику је честа употреба термина *власӣ* (с малим почетним словом) за означавање овлашћења које физичко или правно лице има поводом ствари или других лица. Пре свега се то односи на својинска права (отуда Законик и користи термин *влашина*), говори се и о *надстарашељској власии* (оној која контролише старатеља), а помиње се и *родитељска власӣ* и *очинска власӣ*. Законик познаје и институт решавања спорова посредством института *добрих људи* (лат. *boni probi homines*), какав постоји и у Польском статуту и Грбальском законику.

VI. држина или посјед [чл. 18–25, 45, 811–830. ОИЗ ЦГ], *шемељића држина* или *правилна држина* [члан 820. ОИЗ ЦГ], *нейшемељића држина* или *нейправилна држина* [чл. 18, 820. ОИЗ ЦГ], *привремена држина* [члан 822. ОИЗ ЦГ], *држитељ* [чл. 45, 811, 812, 813, 814, 816, 818–820. ОИЗ ЦГ], *придржник* [чл. 811, 815. ОИЗ ЦГ], *незломислена држина* [чл. 22, 816. ОИЗ ЦГ], *зломислена држина* [чл. 18, 816, 817. ОИЗ ЦГ]; *незломислени држитељ* [чл. 18, 22, 816. ОИЗ ЦГ], *зломислени држитељ* [чл. 18, 23, 25, 816. ОИЗ ЦГ], *самовољна држина* [члан 818. ОИЗ ЦГ], *самовољни држитељ* [члан 819. ОИЗ ЦГ], *незаконитети држитељ* [члан 819. ОИЗ ЦГ], *смештање држине* или *одузимање држине* [чл. 19–21. ОИЗ ЦГ], *тарница о смештању држине* или *држинска тарница* [чл. 20, 821. ОИЗ ЦГ]

Општи имовински законик дефинисао је институт *државиће* (лат. *possessio vel possessio civilis*, франц. *la possession*, нем. *der Besitz*) и означио га терминима држина или посјед. У свом писму К. Војновићу Богишић каже да је термин *држина* „учинио као субстантив од глагола држати (*држина као влашина*)” додајући да је „у Србији државина”; такође констатује да је термин *посјед* „формација према латинском *possessio*”.²⁸

Законик је утврдио кад постоји *шемељића држина* или *правилна држина*, а кад постоји *нейшемељића држина* или *нейправилна држина*. Приликом првог читања нацрта Законика Одбор

²⁸ Мартиновић 1958, 202.

је констатовао да од термина *шемељића државина*, „не може ништа бити боље”, уз напомену да се не би могло рећи *шемељићи држалци* него да треба увек описно казати: *држалци шемељиће државине*.²⁹ Ипак, Законик користи термин *законићи држалци*, као и *самовољни држалци*, што упућује на начин њиховог стицања државине. У свом писму К. Војновићу Богишић каже да је имао „своје разлоге да се клони ријечи *законића* и *незаконића*” (што би „дugo требало објашњавати”) и да се не сећа је ли ко од правника пре њега употребљавао термине *нейравилна* и *нейшемељића државина*.³⁰

Расправа у Одбора приликом читања нацрта Законика показује да је било колебања између термина *државина* и *држина*, па је се на крају одустало од термина *државина* који је (уз дубље *приштежање*) већ коришћен у Грађанском законику Србије (§ 198–210). Ваља имати у виду и то да је *Правно-јолићичка терминологија за аустријске словенске језике* (стр. 82) имала за овај појам термине *приштежање* и *posjed*, а овај други (*posjed*) користио је и Општи имовински законик.

Грађански законик Србије утврђује да је *државина*, „тврда” кад је *закона*, а тада је и *правична државина* или *на праву основана државина*. Случај када *државина* то није, Грађански законик Србије не означава посебним термином већ га дефинише описно. У савременом законодавству (Закон о основним својинским правним односима) користе се термини *државина*, *законића државина* и *незаконића државина*. Атрибути *шемељића* (*правилна*), *нейшемељића* (*нейравилна*), *закона*, *правична* (*на праву основана*), *законића*, *незаконића* упућују на постојање или одсуство правног основа код *државине*. Зато Општи имовински законик у оквиру *нейшемељиће* или *нейравилне држине* разликује и *самовољну држину*, која се стиче насиљем, кришом или преваром. За термин *самовољни држитељ* Богишић каже у свом писму К. Војновићу да га је сам створио.³¹ Придев *самовољни* јавља се, међутим, и у Његошевом језику.

За лице које има државину Општи имовински законик користи термин *држитељ*, Грађански законик Србије *држалци* или *приштежалац*, док се у савременом законодавству користи тер-

²⁹ *Бојовић 1992*, 75–76.

³⁰ *Мартиновић 1958*, 202–203.

³¹ *Мартиновић 1958*, 203.

мин *држалац*. У свом писму К. Војновићу Богишић каже да је термин *држитељ* његова „формација”, те да му је „терминација -ељ милија јер је свечанија (сравнити старословенско *Боғ* вseдъръжийтель), затим *дужитељ* и т.д.”

Општи имовински законик увео је и термин *придржник* за лице које фактички држи ствар али за рачун *држитеља*. И за овај термин (лат. *detentor*) Богишић каже да је његова „формација”.³² Савремено законодавство у таквом случају говори о *непосредној* и *посредној државини*, па се изводе термини *непосредни* и *посредни држалац*, а за случај кад више лица имају државину ствари или права (*судржавина*) користи се термин *судржалац*.

Другачији термини користе се кад треба изразити лични однос држаоца према ствари коју он држи. Оног држаоца који заиста мисли (или је према приликама и основаним узроцима имао мислити) да ствар законито држи Општи имовински законик назива *незломислени држитељ*, а у супротном случају користи термине *зломислени држитељ* и *зломислена држина*. За те термине Богишић каже у свом писму К. Војновићу да их нико није пре њега употребљавао.³³ Грађански законик Србије користи термине *савесни држалац* (или *савесни приштедалац*) и *бесавесни држалац* (или *бесавесни приштедалац*), а савремено законодавство *савесни* и *несавесни држалац*. Приликом првог читања нацрта Општег имовинског законика Одбор је чак био закључио да термини *савјестан* и *несавјестан* „остају коначно премда *савјестана државина* није јасна, али се може поднијети у овом случају”.³⁴ Дакле, била је видљива тежња да се не одступи превише од устале терминологије Грађанског законика Србије, али су у завршници рада на припреми Општега имовинског законика однели превагу наведени модификовани термини.

Општи имовински законик користи, dakle, термине *незломислена држина* и *зломислена држина*, Грађански законик Србије *савесна државина* и *бесавесна државина* (*савесно* и *бесавесно приштедање*), а савремено законодавство *савесна* и *несавесна државина*.

³² Мартиновић 1958, 202.

³³ Мартиновић 1958, 202.

³⁴ Бојовић 1992, 75–76.

Око термина везаних за институт *смећања државине* вођена је расправа у неколико наврата у Одбору током првог читања нацрта Законика. Расправљало се о лексемама *ометач*, *ометаши*, *ометени* и о конкурентним облицима *смећач*, *смећаш*, *смећени*, па се од првих одустало,³⁵ да би касније било констатовано да је реч (тј. глаголски облик) *омета* „непријатна“ и да „у Црној Гори има друго значење“, па је и том приликом прихваћен облик *смећа*.³⁶ И на самом крају другог читања Законика Одбор је констатовао: „Ометати – боље рећи *смећаши* јер се може казати *смећани* или *онај који смећа*“.³⁷ Ипак, термини *смећани*, *смећач* и *онај који смећа* нису уврштени у Законик, док је остао термин *смећање држине*.

Законик је именовао и спор због сметања државине као *тарница о смећању држине* или *држинска тарница*. За покретање таквог спора у европском континенталном праву утврђена је посебна врста тужбе, чији су називи напред наведени. За термин *држинска тарница* Богишић каже да је његова „формација“.³⁸

VII. дуг [чл. 395, 475, 478, 529, 530, 537, 596, 597, 603, 604, 609–611, 615, 622, 623, 529, 530, 793, 900, 933. ОИЗ ЦГ], обвеза [члан 900. ОИЗ ЦГ], дуговинска права [члан 871. ОИЗ ЦГ], дуг на обир [чл. 362, 528. ОИЗ ЦГ], дужиштељ [чл. 527, 535, 536, 545, 546, 548, 556–566, 901, 902, 912, 937. ОИЗ ЦГ], дужник [чл. 540, 541, 543, 545, 547, 548, 556–566, 901, 937. ОИЗ ЦГ], дужење [чл. 210, 212–218, 603, 605–608, 618, 619, 632, 669, 900, 949. ОИЗ ЦГ], обезбједа (сигурност) дуга [чл. 174, 864. ОИЗ ЦГ], самокућност [чл. 555, 557, 573, 937, 938. ОИЗ ЦГ], самокућни дуг [чл. 415, 559. ОИЗ ЦГ], самокућни дужиштељ [члан 937. ОИЗ ЦГ], самокућни дужник [члан 937. ОИЗ ЦГ], негоспијиж [чл. 180, 321, 938. ОИЗ ЦГ], уситујање или уситуј дужиштељског права [чл. 603–618, 618, 903. ОИЗ ЦГ], слијевање или сједињење дуга [чл. 620, 860. ОИЗ ЦГ]

Терминима дуг (лат. *obligatio*, франц. *l'obligation*, *l'engagement*, *la dette*, нем. *die Schuld*), дужење и дужник Богишић је посветио знатну пажњу, о чему је писао и током израде Законика³⁹ и касније.⁴⁰ Држећи се свога темељног принципа у кодификатор-

³⁵ *Бојовић* 1992, 76.

³⁶ *Бојовић* 1992, 160.

³⁷ *Бојовић* 1992, 187.

³⁸ *Маршиновић* 1958, 202.

³⁹ Упоредити *Боžишић* 1998, 379, 398, 404, 405.

⁴⁰ Упоредити *Боžишић* 1986, 130–141.

ском послу да треба избегавати и најмање измене у речима узетим из народног језика, како би се народу омогућила што лакша разумљивост одабраних израза, он је у неким случајевима ипак био принуђен да чини изузетке и унеколико одступи од тих принципа.

Да би лакше представио проблеме с којима се суочавао, објашњење је везао прво за реч дужник, која је веома жива у народном језику (јавља се и у Польичком статуту). Али – констатује Богишић – та је реч у оно време имала два значења, тј. означавала је обе стране у дужничком односу: 1) онога који је дужан (лат. *debitor*), и 2) онога који дужи (лат. *creditor*). За илустрацију упућује на одредницу *дужник у Речнику ЈАЗУ*, где је наведено седам примера значења ове речи у смислу *creditor* (од којих један потиче чак из 1399. године). Та појава двојног значења среће се и у другим језицима, и то не само словенским. Тако се у тим језицима наметнула потреба да се утврди посебан термин са значењем *creditor* (у немачком *der Gläubiger*, у чешком *veritel*, у польском *wierzyciel*, у „хрватско-српском” *vjerovnik* и *þovverilač*), али је те кованице Богишић назвао „ропским преводом” латинског изворника.⁴¹ Стога је његов приступ био другачији.

Богишић прво констатује да у усменом говору употреба једне речи – *дужник* – за две стране у једном односу сама по себи није представљала посебан проблем јер се увек из контекста могло знати о којој је страни реч. Али, како се ширила и писмена комуникација међу људима, нарочито у правном промету, ваљало је ипак у Законик уврстити и посебан назив са значењем *creditor*, а то значи створити нов термин. Пошао је од глагола *дужити*, који Вук у свом речнику тумачи немачким изразом *behaupten dass einer etwas schulde* и латинским *dico mihi deberi*, а илуструје примером народне изреке „Дужи ме стотину гроша”. У том значењу глагол *дужити* коришћен је и у делима Стефана Митрова Љубише, а Богишић га је лично уочио током анкете у Црној Гори. Иако се може десити да неко некога *дужи* и без вљаног основа (што не иде у прилог везивању глагола *дужити* за појам *creditor*, који увек подразумева постојање правног основа), Богишића је овај глагол ипак задовољио као основа за извођење потребне именице. У избору наставка угледао се на при-

⁴¹ Богишић 1998, 404.

мер учи~~ш~~ељ, која има „свој супротним пасивни појам ученик“. Тако је наспрам термину *дужник* настао термин *дужши~~ш~~ељ*, који је Богишића задовољио тако да је сматрао излишним да тим поводом прибавља мишљење својих пријатеља зналација језика.⁴² Како с
Ом тврди, Богишић је касније сазнао да је израз *дужши~~ш~~ељ* већ употребио лексикограф Стулић у свом делу *Рјечосложје* ([Rjecosložje] Дубровник, 1806), што је представљало заправо потврду његове идеје. Али, Богишића је још више задовољавала чињеница да се реч *дужши~~ш~~ељ* усталила у пракси црногорских судова, одакле је већ продирала и у живи говор обичних људи.⁴³

Реч дуг у народном језику такође није лишена двоструког значења: означава и *debitum* и *potem* (овај други термин односи се на носиоца права на повраћај дужене ствари), што су регистровали и старији речници, иако је и у Богишићево време њено друго значење већ било знатно потиснуто, тако да га новији речници више нису наводили (између осталих ни Вуков речник ни *Рјечник ЈАЗУ*). Потпуна диференцијација значења старе речи дуг постигнута је увођењем у Законик термина дужење, као ознаке за право које овлашћује некога да се обрати суду не би ли повратио оно што представља дуг (лат. *potem*, франц. *le droit de créance*, нем. *die Forderung*). То право савремено законодавство (Закон о облигационим односима) означава као *право твориоца да ог дужника захтева исуђуње обавезе* док га Грађански законик Србије означава терминима *штражбина*, *штражбено право*.

Тиме Богишић није окончао анализу могућег значења у праву речи *дуг*. Он каже да се може схватити и употребљавати у сасвим апстрактном смислу за појам *obligatio*, који је не баш срећно означен новијим калком *обвеза*.⁴⁴ Треба приметити да је сама лексема *обвеза* старијег порекла (у Његошевом језику среће се пријев *обвезан*). Богишићу се чинило да је „грехота“ не искористити двоструко значење народне речи *дуг* и за ову потребу, па је тако у Законик уместо термина *обвеze* или *облигације* уврштена реч *дугови*, дакле у њеном широком апстрактном значењу. Тако се и дошло до термина *дуговинско право* (уместо *облигационо право*) за правну област која чини обавезни садр-

⁴² Богишић 1986, 135.

⁴³ Богишић 1986, 137.

⁴⁴ Богишић 1986, 140.

жај кодекса грађанског (имовинског) права, а код нас је уређена Законом о облигационим односима.

С правним појмом *дуг* везују се савремени појам *солидарни дуг*, односно *солидарна одговорност*, који Грађански законик Србије (§ 504, 545, 697, 804, 831, 834. ГЗС) означава изразом *одговорност један за све и сви за једног*. Зато савремено законодавство (Закон о облигационим односима) познаје институте *солидарне одговорности*, *солидарних дужника* (било који од дужникО може исплатити дуг повериоцу) и *солидарних поверилаца* (било који од поверилаца може примити исплату дуга). За те појмове Законик уводи нове термине: *самокућност* (франц. *la solidarité*, нем. *die Correalität*), *самокућни дуг* (лат. *obligatio in solidum*, франц. *la dette solidaire*, нем. *die Solidarobligation*), *самокућни дужници* и *самокућни дужништељи*. За те термине Богишић каже у свом писму К. Војновићу да су његова творевина: „Прва половина ријечи узета је из *composita самоћрећи, самодруг* и т.д., а друга из *инокућан универсалис*.⁴⁵ Приликом првог разматрања нацрта Законика Одбор је констатовао да *ориачлук* и *ориаци* значи исто што и термин *самокућно*,⁴⁶ али га Богишић није посебно коментарисао.

Термином *дуг на обир* (књаз Никола је предлагао да се израз *обир* замени изразом *избир*)⁴⁷ Општи имовински законик означава институт које савремено законодавство назива *право избора* или *алитернативне обавезе* (лат. *obligatio alternativa*, франц. *l'obligation alternative*, нем. *die Wahlobligation*). Термином *обезбједа* (*сигурност*) *дуга*⁴⁸ Законик означава институте које савремено законодавство познаје под називом *средсїва обезбеђења дуга* (капара, хипотека и сл.). За институт *цесија* или *уступања ђоштраживања уговором* (лат. *cessio*, франц. *la cession*, нем. *die Abtretung eines Rechtes*) Општи имовински законик користи термин *уступање* или *уступај дужнишкој праву*, мада је приликом књажевог и Богишићевог читања нацрта Законика закључено да израз уступ може бити брисан.⁴⁹ У Польчком статуту налази се, пак, термин иступ у истом значењу, што је могло

⁴⁵ Мариновић 1958, 203.

⁴⁶ Бојовић 1992, 102.

⁴⁷ Бојовић 1992, 177.

⁴⁸ Бојовић 1992, 158, 187.

⁴⁹ Бојовић 1992, 179.

деловати инспиративно на Богишића. За термин *слијевање* или *сједињење дуга* (лат. *confusio* [*consolidatio*], франц. *la confusion* [*la consolidation*], нем. *die Vereinigung des Rechtes und der Verbindlichkeit in einer Person*) Богишић у свом писму К. Војновићу каже да је такође његова творевина,⁵⁰ а о томе је расправљао и Одбор приликом првог читања нацрта Законика.⁵¹ Грађански законик Србије (§ 910) овај институт назива *стојење дуга*, а савремено законодавство *сједињење обавеза (конфузија)*.

Богишић каже како се не сећа да је термин *оћилата* (као и термин *дойлата*) сретао у правничким списима пре доношења Законика. Није га нашао ни у Вуковом речнику, али га је лично чуо у Црној Гори⁵² (мада није био забележен током анкете 1873. године).⁵³ Како је значење лексеме *оћилата* („оно што се даде на рачун каква дуга, као дјелимични намир“) за њега било веома јасно, он ју је терминологизовао и уврстио у Законик.

Богишић објашњава и значење лексеме *дойлата*, уз напомену да је и *Рјечник ЈАЗУ* регистровао глагол *дойлати*. С обзиром на значење лексеме *дойлата* („Доплата је оно, што при намиравању рачунО између двојице имаоникО она страна, чији је дуг према другој крупнији, даде овој, да би им се тиме рачуни изравнали.“), по Богишићевом мишљењу она би се могла употребљавати у финансијама и за синоним термина *салдо*.⁵⁴ Он је, пак, у Законик уврстио глагол *дойлати*, с тим што се тај глагол јавља само у једном случају (члан 615).

За термин *недостајж* (именица женског рода) Богишић каже да је нигде није срео у правој литератури са значењем које јој придаје Вук: „1) оно што није достигло, нпр. у платну, 2) поснији клас од жита у љетини“. Прво значење речи које наводи Вук, а оно је доста широко, Богишићу је изгледало сасвим прикладним да означи и оно што недостаје (или *не достиже*) при каквом плаћању. Стога је уврштена у Законик са значењем недоплаћене своте, а по Богишићевом мишљењу била је подесна и као синоним за термин дефицит у области финансија, што је већ

⁵⁰ Мариновић 1958, 203.

⁵¹ Бојовић 1992, 93.

⁵² Богишић 1986, 126.

⁵³ Богишић 1984, 437.

⁵⁴ Богишић 1986, 126.

сфера јавног права.⁵⁵ У завршници другог читања нацрта Законика Одбор је констатовао да се *недостатак* може разумети.⁵⁶

VIII. *законодавац* [члан 771. ОИЗ ЦГ], *законодавац* [члан 783. ОИЗ ЦГ], закон (чл. 11, 771, 773–778. ОИЗ ЦГ), *дјејствво* закона [чл. 63, 263, 775. ОИЗ ЦГ], *преинака* Законика / закона [члан 1. ОИЗ ЦГ], *извиђење за непознавање* закона [члан 722. ОИЗ ЦГ], *узајамна примјена земаљских и иноземних закона* [чл. 786–800. ОИЗ ЦГ], *узајамница с држављанима иностраних држава* [члан 8. ОИЗ ЦГ], *штумачење* закона [члан 4. ОИЗ ЦГ], *подобје* [чл. 3, 781. ОИЗ ЦГ], *двојба* [члан 1027. ОИЗ ЦГ] *правила благонаравља и поштовања* [члан 785. ОИЗ ЦГ], *правила обичне љукошиће* [члан 785. ОИЗ ЦГ], *непоштовање* (члан 428. ОИЗ ЦГ), *зла намјера или зло лукавство* (чл. 270, 234, 236, 428. ОИЗ ЦГ)

Приликом првог читања нацрта Законика Одбор је заузео ставове око неколико сродних термина:⁵⁷ *законодавац* је боље од *установитељ* (у Законику се јавља још и термин *законодавац* [лексема *творац* регистрована је као *славенизам* у Његошевом језику]); „ријеч *дјеловање* није позната ни књижевницима нити народу, дочек је стара ријеч *дјејствво*, *дјејствовање* познатија у књизи и народу“ [лексема *дјејствије* регистрована је као *славенизам* у Његошевом језику]; остаје *преинака* за модификације закона [у Његошевом језику среће се глагол *преиначити*]; *извиђење* [за *непознавање закона*] прихваћено је уместо *истичавање*, „ријечи која је позната у овом смислу у другим крајевима, али у Црној Гори не“) [у Његошевом језику постоји глагол *извијавати* се, за који је констатовано да је преузет из рускословенског, а потом „адаптиран“]; *штумачење* [закона], *штумачити*; *подобје* (са значењем „аналогија“) „остаје док се не би што друго нашло“ [у Његошевом језику регистрована је лексема *подобан*, која је квалификована као *славенизам*, а јавља се и у неким статутима приморских градова и општина на народном језику]. Ови су термини задржани у Законику, а јављају се и изрази *узајамна примјена земаљских и иноземних закона* и *узајамница с држављанима иностраних држава* за означавање примене не принципа реципроцитета у међудржавним односима [у Његошевом језику срећу се глаголи *узајмити* и *узајмљивати*].

⁵⁵ *Бојовић* 1986, 125.

⁵⁶ *Бојовић* 1992, 188.

⁵⁷ *Бојовић* 1992, 71–74.

У Општем имовинском законику користи се термин *благонаравље* (лат. *bones mores*, франц. *les bonnes moeurs*, нем. *die gute Sitten*), који у Грађанском законику Србије (§ 13) има облик *благонаравије*. У савременом законодавству (Закон о облигационим односима) за исти појам користи се термин *морал*.

Законик говори и о *правилима благонаравља и поштења*, која дефинише на следећи начин: „Правилима благонаравља и поштења називљу се, у овоме Законику она правила обичне љуцкоте и правичности, на покоравање којима Власт у опште не може свагда управо да принуди, али за то народна савјест свагда осуђује оне који та правила преступају.”

Приликом првог читања нацрта Законика прихваћено је објашњење да „љуцкота [савр. људскост – М. Л.] готово заступа ријеч *морал* – што поштење не може заступити ту ријеч јер може имати двојаки смисао, нпр. човјек може бити јунак али не и поштен”.⁵⁸ Законик има и термин *нейпоштење*.

Законик користи дублетне термине *зла намјера* и *зло лукавство* (лат. *dolus malus*, франц. *le dol*, нем. *die Arglist* или *die böse Absicht*). У вези с њима Богишић је дао напомену да у Црној Гори речи *лукавство*, *лукав*, *лукаво* немају „сасвијем онако значење као у другим српским и хрватским покрајинама” и закључује: „У Црној је Гори значење тијех ријечи много слабије, које се већином приближује: умјешности и допуштеној хитрости.”⁵⁹ Стога је уз лексему *лукавство* додао и приdev *зло* да би се добио правни термин који има значење другачије од уобичајеног и допуштеног лукавства. У том значењу Грађански законик Србије (§ 819) употребљава термин *злонамера*, *Правно-политичка терминологија за аустријске словенске језике* (стр. 33, 100) термине *лукавство* (*лукавство*), *зла намисао* (*зла намисао*), *зла намјера*, а савремено законодавство (Закон о облигационим односима) термине *намера* и *умишљај*.

IX. зало \bar{g} или заложно *право* [члан 862. ОИЗ ЦГ], зало \bar{g} a [чл. 82, 172–180, 863–866, 869. ОИЗ ЦГ], *презало \bar{g} a* (члан 179. ОИЗ ЦГ), *нейокрећни зало \bar{g}* [члан 625. ОИЗ ЦГ], *нейокрећни зало \bar{g}* [члан 625. ОИЗ ЦГ], *заси \bar{g} ава* [чл. 193–221, 865. ОИЗ ЦГ], *заси \bar{g} авна књи \bar{g} a* [члан 865. ОИЗ ЦГ], *заклада* или *трајна задужбина* [чл.

⁵⁸ *Бојовић* 1992, 73.

⁵⁹ *Боžишић* 1998, 396.

755–760, 763–766. ОИЗ ЦГ], *залог* [чл. 183, 184, 186, 188, 189, 190, 191, 625, 864, 869, 870. ОИЗ ЦГ]

Приликом првог читања нацрта Законика било је више дилема око термина из области заложног права. Тако је констатовано у односу на понуђена решења: „Пошто с овде назначавају име свије врсти залога, држи се да ће боље бити да се то што се прије назвало залог назове *непокрећива залога*, а оно што называемо *залог* – да се назове *непокрећива залога...*”⁶⁰ И на самом крају другог читања нацрта Законика постојала је дилема око тога који израз узети: *непокрећни залог* или *заклад*.⁶¹ У свом писму К. Војновићу⁶² Богишић каже да се и облик залог и облик *залога* користе у народном језику и имају једнако значење истичући, ипак, да се у Црној Гори *залога* зову „мале пушке сребрне, јер се оне и дају обично у залог”.

А о томе како је сузио једно од тих значења Богишић говори у свом чланку *Технички термини у законодавству*, где каже: „Има пак случајева, да кодификатор сматра за мање зло увеличити или смањити појам неким ријечима, неголи уводити нову ријеч. Ми налазимо наличнијех примјера у свијем европским законицима. Тако нпр., значење ријечи *залог* (*ле Гаге, das Pfand*) сужено је тијем, што се у законима употребљава искључно у смислу залога покретног имања. [...] У српском језику то је конкретно питање барем упроштено тијем, што имају два облика за тај појам, и то: залог мушких, и залога женских рода, те кад се не би нашло што боље, могло би се узети: први у једном смислу, други у другом.” Лексему залог бележе и старији речници: Микаљин, Вitezовићев, Дела Белић, Белостенчев, Јамбрешићев, Волтићев, Стулићев, а од новијих речника Вуков, Шулеков, Броз-Ивековићев и Мажуранићеви *Приноси*; налази се и у Његашевом језику.

У Општем имовинском законику значење терминима *залог* и *залога* одређена су нешто другачије. Термин *залог* има дублет заложно право, који му ближе одређује значење (лат. *pignus foto sensu*, франц. *le nautissement*, нем. *das Pfandrecht*). Овај институт Грађански законик Србије означава дублетним терминима: *право залоге* или *заложено право*. Готово на исти начин (*право залоге* или *заложено право*) то чини савремено законодав-

⁶⁰ *Бојовић* 1992, 95.

⁶¹ *Бојовић* 1992, 187.

⁶² *Мартиповић* 1958, 201.

ство (Закон о основним својинскоправним односима), а слично и *Правно-йолијтичка шерминологија за аустријске словенске језике* (стр. 386): *йраво залоѓа, йраво на залоѓу*.

Облику женског рода овог термина, тј. термину залога у Законику је намењено значење које се у Грађанском законику Србије (§ 305) изражава термином *йокрејна залоѓа* (ручна залоѓа) (лат. *pignus stricto sensu*, франц. *le gage*, нем. *das Handpfand* или *das Faustpfand*). *Правно-йолијтичка шерминологија за аустријске словенске језике* (стр. 206, 269) назива овај институт *йокрејни залоѓ, ручни залоѓ; йокрејни залоѓ; ручна (йокрејна) залоѓа*, а савремено законодавство само залога.

За термин *йрезалоѓа*, употребљен у Општем имовинском законику, и термин пазалога, употребљен (§ 313) у Грађанском законику Србије (лат. *subpignus*, нем. *das Afterpfand*), Богишић каже у свом писму К. Војновићу: „Презалоѓа је народна ријеч, и то чиста; *йодзалоѓ* се не говори (*Unterpfand*); а *йазалоѓа* је чиста погрешка, јер *їа* значи *contra* или нешто што је фалсификовано, потварање и т.д.” У *Правно-йолијтичкој шерминологији за аустријске словенске језике* (стр. 14) за овај институт користи се термин *йодзалоѓ, йодзалоѓ*, а у савременом законодавству термин *йодзалоѓа*.

За институт који Грађански законик Србије (§ 305, 326) назива *непокрејна залоѓа*, или *баштинска залоѓа*, или *миљачка залоѓа*, или *хийотека* (лат. *hypotheca*, франц. *l'hypothéque*, нем. *die Hypothek* или *das Grundpfand*) Општи имовински законик има термин *засијава*. Овај институт *Правно-йолијтичка шерминологија за аустријске словенске језике* (стр. 283, 262) назива: *непокрејна залоѓа, хийотека, земљишни залоѓ; непокрејни залоѓ, земљишна залоѓа*, а савремено законодавство *хийотека*.

У завршници читања нацрта Законика Одбор је констатовао да се у односу на „непокретнину” може „узети или *непокрејни залоѓ* или *заклаг*, али треба се чувати да говорећи о *засијави* не буду названа: *залоѓ, заложено* и т.д.” Тако се појавио и термин *засијава* (који постоји и у Пољичком статуту), али он није даље коментарисан, с тим што је очигледно да је заменио термин *заклаг* (који иначе постоји у Пољичком статуту). Тако се и током првог читања нацрта Законика говорило о *заклагним књигама*,⁶³ али је Законику употребљен термин *засијавна*

⁶³ *Бојовић 1992, 98.*

књића. За ову врсту јавних књига прописи Краљевине Србије (Уредба о интабулацији) користили су термин *интабулационе књића*, а савремено законодавство термин *јавна књића* (у ширем смислу) или *земљашна књића*.

У писму К. Војновићу Богишић је прокоментарисао термине *заклада* и *заклаг*. Каже да се оба облика употребљавају у два значења: 1) „оружје и друге драгоцене ствари”, 2) као синоним за залог [термин *заклаг* користи се и у Польском статуту]. Богишић даље образлаже: „У српском законодавству ова је ријеч најприје примљена као *fundatio*, и како она одговара старословенском, ја ју примих такође. *Задужбина* је чисто народна ријеч.” Термин *заклада* (дакле, с обликом женског рода, какав се јавља и у Вitezовићевом речнику) употребљен у Законику као дублетни термин за институт *штрајне задужбине*. Овај институт *Правно-йолијичка шерминологија за аустријске словенеске језике* (стр. 214) назива *фонд*, *заклада*, а савремено законодавство (Закон о задужбинама, фондацијама и фондовима Републике Србије) *задужбина*.

Термин *подлог* добио је у Законику сасвим уско значење: установе *антихрезе* (лат. *antichresis*). Иако ту установу Грађански законик Србије не спомиње, она је, како истиче Богишићев савременик Андра Ђорђевић, позната нашем народу: „давање земље дужникove повериоцу у реум није ништа друго до антихрезис”.⁶⁴ Прихватајући правила обичајног права, установу *антихрезе* признаје и савремено законодавство.⁶⁵ У вези с термином *подлог* Богишић у свом писму К. Војновићу каже: „Глагол подложити има у народном језику, али субстантива нема; ја га учиних из реченога глагола како учиних *дужијеља* из *дужији*.”⁶⁶ Лексему *подлог* бележе и Микаљин и Стулићев речник.

Х. ималац [члан 801. ОИЗ ЦГ], имаоник [чл. 10–13, 801, 954–959. ОИЗ ЦГ], лични имаоник [члан 954. ОИЗ ЦГ], нелични имаоник [чл. 169, 954. ОИЗ ЦГ], смрт [члан 675. ОИЗ ЦГ], изјава јунољетсава [члан 638. ОИЗ ЦГ], изјава о смрти (одсућна човјека) [члан 678. ОИЗ ЦГ], власник [чл. 10, 17, 24, 29, 34, 40, 47, 53, 64, 108, 110, 113, 117, 135, 138, 144, 149, 156, 162, 170, 171, 174, 177, 179,

⁶⁴ Ђорђевић 1986 [1888], 495.

⁶⁵ Лексикон грађанској праве 1996, 26.

⁶⁶ Мартићиновић 1958, 291.

197, 211, 217, 236, 255, 267, 295, 298, 315, 334, 336, 343, 361, 374, 380, 385, 387, 398, 403, 410, 421, 428, 453, 478, 516, 527, 528, 536, 549, 557, 558, 562, 564, 595, 598, 604, 613, 616, 631, 635, 643, 653, 654, 658, 659, 665, 695, 745, 873, 902, 917, 943, 966. ОИЗ ЦГ], *зайрјета расйола-
гања имовином* [чл. 637, 658. ОИЗ ЦГ], *судска забрана* (*затиш*)
[чл. 106, 612. ОИЗ ЦГ]

За означавање института *правног субјекта* (тј. носиоца права и обавеза према важећем законодавству)⁶⁷ током првог читања нацрта Законика конкурисала су два термина *ималац* и *имаоник*.⁶⁸ Касније су разлучена њихова значења. За термин *ималац* резервисано је најшире значење, што се види из формулатије одредбе у Законику: „*Ималац* се, у народном језику, зове свак ко има нешто у имовини својој”. Лексему *ималац* бележи и Стулићев речник.

Термин *имаоник* задржан је за означавање правног субјекта, који Законик дефинише на следећи начин: „*Имаоник* је пак, у овоме Законику, не само онај који доиста нешто има него уопште сваки човјек, па и свака установа (као држава, црква и т.д.) којима се признаје право и подобност имати своју сопствену имовину.” Грађански законик Србије (§ 17, 36–59) институт правног субјекта назива једноставно *лице*. За термин *имаоник* Богишић у свом писму К. Војиновићу каже: „Моја творевина”.⁶⁹

Дакле, *имаоник* може бити: 1) *физичко лице*, за које Општи имовински законик користи термин *лични имаоник*, 2) *правно лице*, за које Законик користи термин *нелични имаоник*. Одбор је још приликом првог читања нацрта Законика закључио да су за „*персона јуридика* [*persona juridica*] нађене двије ријечи, од којих ће се изабрати једна, а то су: *безлични имаоник* или *постављени имаоник*”, а да „човјек као лице постаје у оба случаја *лични имаоник*”.⁷⁰

Физичко лице (без обзира на то да ли је *имаоник* или не) Законик назива *челаде*. За чин престанка живота (тј. за момент престанка постојања *челаде*, односно *имаоника*) Богишић је био предвидео термин *умрће*, који на крају другог читања нацрта Законика ипак није прихваћен, па се остало при

⁶⁷ *Лексикон срађанско-права 1996*, 534.

⁶⁸ *Бојовић 1992*, 74.

⁶⁹ *Маршиновић 1958*, 203.

⁷⁰ *Бојовић 1992*, 74.

устаљеној лексеми *смрић*.⁷¹ За термине *изјава* и *унапређење* (лат. *venia aetatis*, франц. *l'emancipation*, нем. *die Volljährigkeit*) и *изјава о смрићу* (*одсућина човјека*) (франц. *la déclaration d'absence*, нем. *die Todeserklärung*) Богишић каже у свом писму К. Војновићу да су то нове „форме”, које је он сачинио, иако су употребљене речи народне.⁷² Грађански законик Србије (§ 51, 152) за ове институте користи термине *оглашавање малолетног за унапређење* и *оглашавање неспособног за умрлог*, а савремено законодавство термине *стишцање пословне способности* и *оглашавање неспособног за умрлог*.

Институт правног субјекта (*имаоник*) укључује постојање одређених овлашћења, што је Законик формулисао овако: „Сваки је човјек имаоник, тј. у границама закона свак је потпуно властан имати своју сопствену имовину: тећи је, уживати и тиме по воли располагати” (члан 10). Особину имаоника да поседује одређена овлашћења Законик означава лексемом (придевом) *властитан* („овлашћен”), која је честа у Законику јер се ради о бројним овлашћењима имаоника. Лексема *властитан* (као и лексема *шировласни*) регистрована је као славенизам у Његошевом језику.

Међутим, Законик има институт који назива *запретна распорада имовином* (лат. *interdictio*, франц. *l'interdiction*, нем. *das Verbot*), који се у савременом законодавству (Закон о облигационим односима) назива *лишење* или *ограничење пословне способности*. Поводом термина запрјета Богишић каже у свом писму К. Војновићу да је „забрана у народном језику ограда каква гОја куда не смије улазити стока”, али је он уз тај термин узео и термин *запретна распорада* (која му се више „милила”) држећи се правила да „никоме не нарињује својих изума”, па је оставио да правни живот реши „кому ће се од ова два термина привољети”. У Његошевом језику јављају се глаголи *запрећивати* и *запријећити*, али не и именица *запретна распорада*.

Лексему *забрана* Законик користи у оквиру двочланог термина *судска забрана*, који има дублет запт. Богишић је у свом чланку⁷³ прокоментарисао значење речи *запт* у Србији и

⁷¹ Божовић 1992, 188.

⁷² Марашиновић 1958, 202.

⁷³ Богишић 1998, 380.

Црној Гори. Каже да је Вук у свом речнику навео („вальда за Србију“) реч *затиш* за појам *дисциплена*, док је лично слушао да се у Црној Гори и „оближим крајевима“ за тај појам користи реч *стичеђа* (у Његошевом језику јављају се обе речи: и *забрана* и *затиш*). Међутим, коментарише даље Богишић, реч *стичеђа* у Србији (по Вуковом речнику) има значење *verachärfte Polizei, Cordon gegen die Pest* и сл., док реч *затиш* у Црној Гори означава институт *sequestratio*. Управо у том другом значењу Богишић је употребио реч запт као дублет за термин *судска забрана*. За овај институт у савременом законодавству (Закон о извршном поступку) користи се термин *принудно извршење судске одлуке*.

XI. *јемсиво* [чл. 457–472, 895, ОИЗ ЦГ], *јемац* [чл. 457, 460–472, 617, 894. ОИЗ ЦГ], *јамац* [члан 617. ОИЗ ЦГ]

Код института *јемсива* констатовано је приликом првог читања Законика да је облик *јемсиво* обичнији него *јамсиво*, па је задржан први назив. Истовремено је констатовано „да се не говори ујемчiti или подјемчiti“. Зато је уопште и термин *јемац* (лат. *fidejussor*, франц. *la caution*, нем. *der Bürg*), како је и у Грађанском законику Србије (§ 829). Ипак, у једном члану Општега имовинског законика среће се и облик *јамац*, што је очигледно омашка при уједначавању текста Законика. *Правнотоиличица шерминологија за аустиријске словенеске језике* (стр. 104) јемца назива *йорук, йорук*. У Његошевом језику јављају се *јемсиво* и *јемац*, у Грбљском законику термин *јемац*, а у Польчком статуту термин *јамац*.

XII. *кујовина*, или *кујња*, или *йродажа* (чл. 222–224, 228, 251–257, 872. ОИЗ ЦГ], *кујовина на обид или окушај* [чл. 251], *јавна йродажа* [чл. 55, 89, 191, 180, 214. ОИЗ ЦГ], *цијена* [чл. 223, 224, 227. ОИЗ ЦГ], *цијена која долази од лична омиља* [члан 926. ОИЗ ЦГ], *кайара или задавак* [чл. 550, 551, 934. ОИЗ ЦГ], *одусијаница* [чл. 552, 935. ОИЗ ЦГ], *уречена глоба, или угговорена глоба* [чл. 553–555, 936. ОИЗ ЦГ], *угговорена штешоба или угговорена дужност* [чл. 553, 554, 898. 936. ОИЗ ЦГ], *йоштражни одузам* [члан 874. ОИЗ ЦГ]

Око института *кујовине и йродаже* (лат. *emtio et venditio*, франц. *la vente*, нем. *der Kauf u. Verkauf*) било је више терминолошких дилема током читања нацрта Законика. Сва три члана

Одбора из Црне Горе била су за то да се остане при устаљеном термину *куйовина* (па тако и при термину *право прече куйовине*), а Богишић је сматрао да је „доиста љепша ријеч *куйња* јер казује акт куповања”⁷⁴ У свом писму К. Војновићу Богишић каже да у Дубровнику старији људи још говоре *куйња*⁷⁵ (то је забележио у Вук у свом речнику, с тим што лексему *куйња* бележе и Стулићев и Даничићев речник, а јавља се и у делима Сима Матавуља, Лазара Комарчића, Григорија Божовића, Ива Козарчанина, Исака Самоковлије, Ранка Маринковића и Светозара Ђоровића). На крају су усвојена оба термина као дублети.

Грађански законик Србије (§ 641. ГЗС) користи термине *продаја* и *куйовина*, *куйовање* и *продалаја*, а *Правно-јолићичка терминологија за аустријске словенске језике* (стр. 299, 565) термине *куйнја* и *продаја*. Дакле, видљива је сличност термина Општега имовинског законика с терминима из оба ова старија извора. У савременом законодавству (Закон о облигационим односима) говори се о *уговору о продаји*, али се у правној теорији користи и термин *куйо-продаја*.⁷⁶ За институт *јавне продаје* чланови Одбора одбацили су термине *кличба* и *личба* јер су им били неразумљиви (осим Богишићу). У Польичком статуту јавља се само термин *продаја*.

Законик користи и термин *куйовина на обид* или *окушај* (лат. *emtio ad gustum*, франц. *la vente ad gustum*, нем. *der Kauf auf Besicht oder Probe*). За употребљене лексеме (*куйовина*, *обид*, *окушај*) Богишић у свом писму К. Војновићу каже да су народне, али их је он први употребио као целовит термин.⁷⁷ Лексема *обид* регистрована је, међутим, као славенизам у Његошевом језику, уз напомену да је „направљена од црквенословенске речи *обига*”:⁷⁸ Грађански законик Србије (§ 645) ову врсту куповине назива *куйовина сївари које кушишти ваља*, а *Правно-јолићичка*

⁷⁴ *Бојовић* 1992, 188.

⁷⁵ *Марашиновић* 1958, 202.

⁷⁶ *Лексикон грађанско-права* 1996, 308.

⁷⁷ *Марашиновић* 1958, 202. У свом писму К. Војновићу Богишић даје и ово објашњење: „*Обид* (долази од *обвиг*, па по језикословном закону да двије дентале не могу опстати једна уз другу в је испало – сп. *Обод*, село код Цавтата, које долази од *Обвод*) јест ријеч народна, а иако *абсолетна*; ја ју слушах као дијете још кад се туцају с црњим јајима на Ускрс; један играч кад се боји да је јаје другога играча тврђе, каже: ‘Дај да обидим’, тј. окуша ударајући полако њиме о зубе је ли и на колико тврдо; уосталом говори се у пјесмама и о мегданцијама да су се *обидили*. ‘Да се окушамо’, говоре такође мегданције у пјесмама.”

⁷⁸ *Сїјовић* 1992, 180.

Шерминологија за аустријске словенске језике (стр. 398) назива кујња на оглед; кујнја на оглед. Савремено законодавство користи термин куйовина на ћробу.

Термин *цијена* (нем. *der Wert*) исти је као и у Грађанском законику Србије (§ 642) и у Правно-јолијичкој шерминологији за аустријске словенске језике (стр. 639). Ону врсту цене коју савремено законодавство (Закон о облигационим односима) назива *цена из особије наклоносити* (лат. *pretium affectionis*, нем. *der Affectionswert*) Општи имовински законик назива *цијена која долази од лична омиља*, мада је током читања нацрта Законика био разматран и израз *цијена омиља ради*.⁷⁹ У свом писму К. Војновићу Богишић каже да је од глагола *милити* се створио „номен“ *омиље* према *ковиље* и сл., те да за тај институт (*pretium affectionis*) „нијесмо никаква термина имали“.⁸⁰

И око одређивања термина за тзв. средства обезбеђења купопродајног уговора било је дилема приликом читања нацрта Законика. Термин *кайара* (лат. *arrha confirmatoria*, франц. *les arrhes*, нем. *das Angeld*) добио је дублет *задавак* иако је у једном моменту за то конкурисао и термин *уставница*.⁸¹ Термин *задавак* среће се, међутим, у старијим речницима: Вitezовићевом, Дела Белином, Белостенчевом, Волтићевом и Стулићевом. У Грбальском законику јавља се само *кайара*. Грађански законик Србије (§ 550) користио је искључиво термин *кайара*, као и Правно-јолијичка шерминологија за аустријске словенске језике (стр. 29), а у употреби је и у савременом законодавству (Закон о облигационим односима).

Друго средство обезбеђења Општи имовински законик назива *одуставница* (лат. *arrha poenitentialis*, нем. *das Reugeld*), као и савремено законодавство, а Грађански законик Србије (§ 551) и Правно-јолијичка шерминологија за аустријске словенске језике (стр. 431) имају и дублете *шишманлук* (Правно-јолијичка шерминологија за аустријске словенске језике још и термин *одуставнина*).

Треће средство обезбеђења купопродајног уговора Законик назива *уречена ћлоба* или *уговорена ћлоба* (лат. *stipulatio poena*, франц. *la clause pénale*, нем. *die Conventionalstrafe*), а савре-

⁷⁹ Бојовић 1992, 187.

⁸⁰ Маршиновић 1958, 202.

⁸¹ Бојовић 1992, 178.

мено законодавство *уговорна казна*. Грађански законик Србије за овај институт нема посебан термин, а *Правно-йолићичка шерминологија за аустријске словенске језике* има термине (стр. 120) *накнадбина*, *накнадбина*. Током читања нацрта Законика терминима *уговорена глоба* и *уговорена штедба* придавано је синонимско значење,⁸² или је касније термин *уговорена штедба* везан (као дублет) за институт *уговорена дужносћ* (лат. *modus*, франц. *la mode*, нем. *die Auflage*), који се у савременом законодавству назива *уговорна обавеза*. У Польичком статуту користи се термин *глоба*.

С купопродајом је у вези и институт који савремено законодавство (Закон о облигационим односима) назива *одговорност за јавне недостатке или заштиту од евикције* (лат. *evictio*, франц. *l'éviction*, нем. *die Entwährung, Gewähr*). Тај институт Општи имовински законик назива *йоручанство* *одузам*, *Правно-йолићичка шерминологија за аустријске словенске језике* (стр. 250) назива га *йоручанство*, *йоручанство*, а Грађански законик Србије (§ 655) дефинише га на описан начин.

ХIII. *Кућа, или кућна заједница, или домаћа заједница* [чл. 686, 687, 691, 696, 692, 698, 964, 965, 700–702, 705–708, 965. ОИЗ ЦГ], *кућње чељаде* [члан 689. ОИЗ ЦГ], *домаћин, или кућни стварјеница, или стварешина Куће* (чл. 395, 441, 672, 691, 693, 698. ОИЗ ЦГ), *особина или особак* [чл. 483, 688–690, 967. ОИЗ ЦГ], *домаћај* [члан 670. ОИЗ ЦГ], *сироћа* [члан 347. ОИЗ ЦГ]

У свом раду *О облику названом инокоштина у сеоској јородици Срба и Хрвата*,⁸³ који је писао при kraју рада на припреми Општега имовинског законика, Богишић је детаљно разправљао и о називима (терминима) за два типа сеоске породице код Срба и Хрвата – *задружној и инокосној*, и извео је прецизне закључке. Он констатује да се у речнику законодавца и правника већ одомаћио термин *задруга* за први тип породице (у таквој заједници живе браћа са својим женама и децом, а често и други сродници), а осврнуо се и на одредбе Грађанског законика Србије (§ 57), које овај тип породице назива *задружна кућа* или *задруга*. Богишић истиче да се термин *задруга* већ може наћи у Вуковом речнику, али с тим у вези ставља примедбе Вуковом

⁸² *Бојовић 1992*, 187.

⁸³ Видети: *Богишић 1998*, 471–500.

лексикографском поступку, уза све поштовање које исказује „правом обновитељу сувремене српске књижевности”. За пријед *задружен* (*задружна*, *задружно*) Богишић каже да се среће у свим крајевима у којима живе Срби и Хрвати, и то „у општем смислу, који је Вук утврдио у свом речнику”. Израз *инокосна* (*инокосан*, *инокосно*) по Богишићевом мишљењу представља реч са супротним значењем од речи *задружна* и она је такође честа у народном језику.

Богишић међутим тврди да у народном језику не постоји именица *задруга* за означавање задружне породице, те тако замера и Вуку што је унео овај израз у свој речник „искључиво посвећен живоме народном језику”. Исту примедбу ставља и у односу на израз *инокоштина*, за коју сматра да је настала из пепара „књижевника”. На крају Богишић закључује: „Општа ријеч, којом се означава у народном језику проста или сложена породица, јесте *кућа*, ријеч коју налазимо с истим значењем од ЦИВ века у Законику Душановом (чл. 65, 68, 70). Кад народ хоће да означи с довољним бројем радника (јер од количине радних руку зависи благостање породице), он ријечи *кућа*, као што смо казали, додаје пријед *задружна*, а у противном случају пријед *инокосна*.“ Своје противљење чак Вуковом ауторитету Богишић поткрепљује „аутентичним сведочанствима“ лица која живе у јужним крајевима, као што су Стефан Митров Љубиша и Вук Врчевић, али и људи из других предела где живе Срби и Хрвати. Штавише, Богишић тврди да се изрази *задруга* и *инокоштина* не налазе ни у једном штампаном акту у Кнежевини Србији пре доношења Грађанског законика Србије, као ни у Даниловом законику у Црној Гори. У вези с тим вальа приметити да Грађански законик Србије (§ 507) такође користи дублете: *задруга*, *кућа* и *кућа задружна*, „за разлику од инокосне“.

На тај начин Богишић је објаснио своје опредељење да у Општи имовински законик уврсти термин *Кућа*, уз дублете *кућна заједница* и *домаћа заједница*. Приликом првог читања напрата Законика Одбор је, расправљајући опширно о суштини овог института, констатовао да је „ријеч *кућа* обичнија, али је ниже феле и било би боље да се узме дом, али пошто је необичнија та ријеч, нека се каже у наслову *дом* или *кућа*“.⁸⁴ Законик је ипак дао предност у народу усталјеном термину *кућа*, а

⁸⁴ *Бојовић* 1992, 134.

дублет *домаћа заједница* јавља се два пута у насловима поглавља. У том значењу лексема *кућа* јавља се и Његошевом језику.

Иначе, Законик третира *Кућу* као правни субјекат, и то као *правно лице (неличног имаоника)* квалификујући је као *носилицу укућног рада и имовине* (члан 964). Чланове *Куће* Законик назива још и *кућани* и *кућња чељаց*, ређе *домаћа чељаց* и *домаћи чланови*, а призећеног члана *куће* назива *домазет* (у Његошевом језику лексема *чељаде* сасвим је обична, а јавља се и у Польичком статуту). Поред тога, Законик има термин *домаћин* с дублетима *кућни стварешина* и *стварешина Куће*. Термин *домаћин* јавља се и у Грбашком законику. Грађански законик Србије (§ 111, 510, 514, 515, 517, 519, 521, 526 ГЗС) користи термине *задругари* и *стварешина задруге*, или *стварешина куће*, или *кућни стварешина*.

Дублетним терминима *особина* и *особак* Законик назива личну имовину чланова *куће* (најчешће женских), која је одвојена од задружне имовине. Ти су термини били уобичајени у Црној Гори, па се Одбор није двоумио око њих приликом читања нацрта Законика (лексему *особина* у том значењу бележи и Вуков речник). Грађански законик Србије (§ 409, 768) ову врсту имовине назива *одвојена добра задругарева или женина*. За женско лице које је лошег имовинског стања, коме братство или село пружа помоћ, Општи имовински законик користи термин *сиротића*, какав постоји и у Грбашком законику, Польичком статуту и у статутима још неких приморских општина и градова на народном језику.

XIV. *најам* [чл. 271–312, 329–340, 348–366, 877–880. ОИЗ ЦГ], *давалац у најам* [чл. 271–296, 877. ОИЗ ЦГ], *узималац у најам* [чл. 271–296, 877. ОИЗ ЦГ], *најмовина* [члан 276. ОИЗ ЦГ], *најница* [члан 339. ОИЗ ЦГ], *најам ствари (кирија)* [чл. 271–296, 877, 878. ОИЗ ЦГ], *закућ или најам земље (кирија)* или *најам ствари које плодове носе* [чл. 297–312, 878. ОИЗ ЦГ], *давалац у закућ* [чл. 297–312, 878. ОИЗ ЦГ], *закућник* [чл. 297–312, 878. ОИЗ ЦГ], *кириција* [члан 627. ОИЗ ЦГ], *закућнина* [члан 302. ОИЗ ЦГ], *пре-најам* или *подзакућ* [чл. 285, 878. ОИЗ ЦГ], *подзакућник* [члан 878. ОИЗ ЦГ], *најам службе* или *најам радње* [чл. 329–340, 879. ОИЗ ЦГ], *најмилац радње*, или *наручилац*, или *наручитељ радње* [чл. 349, 350, 355, 361, 362, 358, 360–362, 545, 548, 879, 965. ОИЗ ЦГ], *најам радње одсјеком* или *најам радње на уијен* [чл. 348, 880. ОИЗ ЦГ], *предузетник* или *подузетник* [чл. 349–356, 359, 363, 364, 366, 584, 880. ОИЗ ЦГ], *пријенос* [чл. 367–375. ОИЗ ЦГ], *нам-*

јењеник или наречени примици, [чл. 370, 372, 373. ОИЗ ЦГ], прено-
сач [чл. 368–375. ОИЗ ЦГ], преносачина [члан 372. ОИЗ ЦГ], да-
вање (или узимање) живоишће (или стоке) посреду кесим или у
нейодиг [чл. 322–327. ОИЗ ЦГ]

За означавање института *најма* (лат. *locatio-conductio*, франц. *le contrat de louage*) Општи имовински законик користи општеприхваћени домаћи израз *најам*. Постоје извесне разлике у дефинисању и именовању подврста овог уговора у Општем имовинском законику, Грађанском законику Србије и у савременом праву, па у вези с тим долази до мешања термина. Слика постаје још сложенија кад се укључе и термини из *Правно-политичке терминологије за аустријске словенске језике*. Стога треба разлучити употребу ових сродних термина и отклонити могућу терминолошку збрку.

a) Врсте уговора

С обзиром на предмет најма Општи имовински законик разликује: 1) *најам сивари* (кирија) (лат. *locatio-conductio rerum*), 2) *закуј или најам земље* (кирија) или *најам сивари* које ће гласове носе (лат. *locatio conductio rei*, франц. *le bail à ferme*, нем. *das Pachtvertrag*), 3) *најам службе* или *најам радње* (лат. *locatio-conductio operarum*, франц. *le louage d'ouvrage*, нем. *der Lohnvertrag*), 4) *најам радње одсјеком* или *најам радње на уијен* (лат. *locatio-conductio operis*, франц. *le louage des entrepreneurs d'ouvrage*, нем. *die Werkverdingung*). Код *најма сивари* у Законику се наглашава да реч *најам* значи исто што и *кирија*.

Према томе, у Општем имовинском законику *уговор о најму* представља генералну врсту уговора, а *уговор о закују* представља подврсту која се односи само на *најам земље* (тј. на најам једне врсте ствари). Приликом првог читања нацрта Законика Одбор је констатовао да „ријеч закуп није одвећ позната у Црној Гори”, али је на крају другог читања нацрта Законика закључио да је термин *закуј земаља* добар.⁸⁵

Термини Грађанског законика Србије не подударају се у потпуности с терминима Општега имовинског законика код уговора о најму. Грађански законик Србије (§ 706–722) предвиђа као генералну врсту уговора *уговор о закују*, који се односи на

⁸⁵ Бојовић 1992, 115, 187.

сīвари уоīшиīe (лат. *locatio-conductio rerum*). Стога утврђује да ће се „сви остали уговори закупни” који се разликују „или предметом или опредељењем уживања” или на други начин расправљати по одредбама о закупу. Назив *уговор о најму* односи се пак само на *најам службе (радње)*. Дакле, Општи имовински законик и Грађански законик Србије имају обрнут хијерархијски редослед термина *најам* и *закуп*.

Правно-политичка терминологија за аустријске словенске језике (стр. 330, 378) користи пак ове термине: у одредници *das Pachtvertrag* термин *закупна йогодба, закупна йогодба*, а у одредници *Lohnvertrag* термине *йогодба о најмайном послуживању, йогодба о йлати за радњу*.

У савременом законодавству (Закон о облигационим односима) подела је као у Грађанском законику Србије, с тим што је *уговор о најму* као подврста закупа напуштен и замењен општим обликом закупа.⁸⁶

б) Уговорне стране

(6.1) Уговорне стране код уговора о најму Општи имовински законик генерално означава терминима *давалац у најам* и *узималац у најам*, на исти начин као и код других уговора где једна страна нешто даје, а друга узима (нпр. *давалац у наручи* и *узималац у наручи*). Иначе, лексема *давалац* јавља се и у Његошевом језику. Приликом првог читања нацрта Законика *узималац у најам* означен је као *кириција* (негде и као *ћириција*),⁸⁷ али та туђица ипак није уврштена у Законик у том значењу већ са значењем „превозник терета запрежним возилом” (члан 627). У завршници другог читања нацрта Законика Одбор је закључио да од термина *узималац* и *давалац* код најма и других уговора „нема ништа боље”.⁸⁸

Грађански законик Србије (§ 709–718) код генералне врсте овог уговора (а он га назива *уговор о закупу* или *закупни уговор*) уговорне стране назива *наручитељ* и *йосленик*, а савремено законодавство *најмодавац* и *најмойримац*.⁸⁹

⁸⁶ *Лексикон облигационог права 2001*, 198.

⁸⁷ *Бојовић 1992*, 116.

⁸⁸ *Бојовић 1992*, 187.

⁸⁹ *Лексикон облигационог права 2001*, 198.

(б.2) Код уговора о *најму сīвари (кирија)* Општи имовински законик уговорне стране означава општим терминима *давалац у најам и узималац у најам*.

Грађански законик Србије код *уговора о закуīу* (а он се, као што је речено, односи на *сīвари уойшиīе*), једну страну назива *закуīац* или *кирајција*, а другу страну (ону која даје ствар под закуп) не означава посебно већ користи општи термин *гос-тодар сīвари*.

(б.3) А кад се ради о *закуīу* или *најму (кирији)* земље и *других сīвари које йодове носе*, Општи имовински законик означава уговорне стране као: 1) *давалац у закуī* (лат. *locator*, франц. *le bailleur*, нем. *der Verpächter* или *Vermieter*), 2) *закуīник* (лат. *conductor*, франц. *le preneur*; нем. *der Pächter* или *Mieter*). Као ова врста уговора има и подврсту коју Законик назива *йренажам* или *йодзакуī* (лат. *sublocatio*, франц. *la sous-location*, нем. *die Aftermiete, Afterpacht*), уговорна страна која узима у закуп названа је *йодзакуīник* (франц. *le sous-locataire*, нем. *der Aftermieter*).

Грађански законик Србије (§ 684) код те врсте уговора за уговорне стране користи термине (§ 683–688): 1) *онај који гаје сīвар* или *добро йод кирију* или *закуī*, 2) *закуīац* или *кирајција*, 3) *йазакуīац* (од *йазакуī*). *Правно-йолијичке терминологије за аустиријске словенске језике* (стр. 379, 576, 573) користи пак термине: 1) *закуīодавац*, *закуīодавац, најмодавац*, 2) *закуīник*, *закуīник*. У савременом законодавству термини су *закуīодавац*, *заку- љац*, *йодзакуī* и *йодзакуīац*.

(б.4) Накнаду код уговора о *најму* (лат. *merces*, франц. *le prix, le louer, les gages*, нем. *der Lohn*) Општи имовински законик назива *најмовина*, Грађански законик Србије (§ 706, 721) има термине *најрада* и *йлайћа*, *Правно-йолијичка терминологија за аустиријске словенске језике* има термине *йлайћа, йлайћа за радњу* (стр. 329), а у савременом законодавству користе се термини *накнада* и *најамнина*. Код уговора о закупу Општи имовински законик и савремено право користе термин *закуīнина*.

Код уговора о *најму службе* или *најму радње* Општи имовински законик утврдио је посебне термине за уговорне стране: 1) *најмилац* или *наручилац (наруччиштељ) радње* (лат. *locator operis*, франц. *le maître*, нем. *der Besteller*), 2) *најамник* или *радник* (лат. *conductor operis*, франц. *l'ouvrier* или *l'entrepreneur*, нем. *der Bestellter*). Ипак, Законик повремено *наруччиоца (наруччиштеља)*

радње назива *господар послла*, а о ваљаности ових дублета расправљао је и Одбор приликом првог читања нацрта Законика.⁹⁰ Најмовину код ове врсте уговора о најму Законик назива *надница*, као и Грбальски законик.

Грађански законик Србије (§ 719, 810) код (у суштини) исте врсте уговора (који назива пак *уговор најамни*) утврђује за уговорне стране (као што смо видели) термине *наручитељ* и *посленик*. Правно-јолијичка терминологија за аустријске словенске језике (стр. 86) користи термине: 1) *најмићељ*, *наручник*, *урадник*; *најмићељ*, *наручник*, *урадник*; 2) *најмљеник*, *најмљенник*.

Посебну врсту уговора о *најму службе* или *најму радње* у Општем имовинском законику чини уговор о *преносу*. За најамника Законик има посебан термин *преносач*. А лице пак ко-ме су превезене ствари намењене (франц. *le destinataire*, нем. *der Übernehmer*) Законик назива *намјењеник* или *наречени прималац*.⁹¹ На крају су дата оба термина, с тим што је облик *прималац* замењен обликом *примац*, какав има и Грађански законик Србије (§ 290). Правно-јолијичка терминологија за аустријске словенске језике (стр. 517) користи термине *прималац*, *узималац*; *прималац*, *узималац*. Награду *преносачу* Законик назива *преносачина*.

У савременом законодавству разликује се неколико врста уговора које су у суштини блиске *уговору о најму службе* или *радње* из Општега имовинског законика за Црну Гору, али генерално њему одговара *уговор о делу*. Код *уговора о делу* уговорне стране називају се: 1) *наручилац*, 2) *посленик* (*предузимач*, *извођач радова*). Он има неколико подврста, као што је *уговор о ерађењу* (уговорне су стране такође *наручилац* и *посленик*), *уговор о превозу* (уговорне стране: *путник* и *превозилац*), *уговор о превозу ствари* (уговорне стране: *пошиљалац* и *превозилац*, а као треће лице и *прималац*). Код свих ових уговора говори се о *накнади* за обављени посао или о *цени*.

⁹⁰ *Бојовић* 1992, 120.

⁹¹ *Бојовић* 1992, 187.

в) Значење израза *најам радње одсјеком*
или *најам радње на уијен*

Израз *најам радње одсјеком* или *најам радње на уијен* био је предмет терминолошких расправа током читања нацрта Законика. Уместо израза *одсјеком* или *на уијен* у пракси је у Црној Гори (као и у другим крајевима) често била коришћена туђица *ђућуре*. Међутим, по оцени Одбора приликом првог читања нацрта Законика, требало је тај израз заменити домаћим.⁹² У тој функцији употребљен је касније и термин *ушћем*, али је Одбор констатовао да је довољно рећи *радња одсјеком*.⁹³ Тако је у односу на термин *ђућуре* предност дата алтернативним домаћим изразима *радња одсјеком* или *радња на уијен*. Грађански законик Србије користи пак термин *ђућуре* или *ћомилом*. У савременој правној пракси и даље се живо употребљава туђица *ђућуре*, *ђућурије*,⁹⁴ али тај термин важећи Закон о облигационим односима изричito не користи.

Код ове врсте уговора уговорну страну која је унајмљена Општи имовински законик означава терминима *предузетник* или *подузетник* (франц. *l'entrepreneur*, нем. *der Unternehmer*), Грађански законик Србије (§ 713) терминима *предузимач* или *посленик*, а *Правно-јолијичка терминологија за аустријске словенске језике* (стр. 536) терминима *предузетник* и *poduzetnik*.

г) Значење израза *давање* (или *узимање*) *живојтиње*
(или *стоке*) *по кесим* или *у нејоћиб*

У свом писму К. Војновићу Богишић је објаснио порекло термина *нејоћиб*. Она каже да је ту реч „сковао да би истисла турску *по кесим*”, али је задржао и ову туђицу јер је шире позната⁹⁵ (регистрована је и у Његошевом језику). Користи је и Грађански Законик Србије (§ 694) у изразу *давање овациа по кесим* (§ 694).

⁹² *Бојовић* 1992, 108.

⁹³ *Бојовић* 1992, 120.

⁹⁴ *Лексикон облигационог права* 2001, 75.

⁹⁵ *Мартиновић* 1958, 201.

Цитирана литература
са скраћеним ознакама библиографских јединица

Боѓишић 1984.

Валтазар Богишић, *Правни обичаји у Црној Гори, Херцеговини и Албанији (Анкета из 1873. године)*, [приредио Томица Никчевић, серија ЦАНУ Историјски извори, књ. 2], Титоград, 1984.

Боѓишић 1986.

Валтазар Богишић, *Изабрана дела и Ошићи имовински законик за Црну Гору* [приредила Јелена Даниловић, серија Класици југословенског права у издању НИУ Службени лист СФРЈ], Београд, 1986.

Боѓишић 1998.

Валтазар Богишић, *Ошићи имовински законик за Књажевину Црну Гору и изабрана дјела* [приредила Јелена Даниловић], Подгорица–Београд, 1998.

Бојовић 1992.

Јован Р. Бојовић, *Усвајање текста Ошићег имовинског законика за Књажевину Црну Гору*, Подгорица, 1992.

Даљ 1882.

Толковый словарь живого великорусского языка Владимира Даля, Санкт-Петербург, 1882.

Ђорђевић 1986 [1888]

Андра Ђорђевић, *Презлед правних термина коришћених у Ошићем имовинском законику*, [у:] Валтазар Богишић, *Изабрана дела и Ошићи имовински законик*, Београд, 1986, 487–500.

Лексикон ћићанског права 1996.

Лексикон ћићанског права: ошићи део ћићанског права, саварно право, облигационо право, наследно право, породично право, ауторско право, право индустријске својине, лично право, ћићанско-процесно право, [главни уредник Обрен Станковић, издавач Номос], Београд, 1996.

Лексикон облигационо права 2001.

Илија Бабић, *Лексикон облигационо права*, Београд, 2001.

Луковић 2004.

Милош Луковић, *Језичко обликовање Ошићег имовинског законика*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 3–4, Београд, 2004, 241–288.

Мартиновић 1958.

Нико С. Мартиновић, *Валтазар Богишић. И. Историја кодификације црногорског имовинског права*, Цетиње, 1958.

Стијовић 1992.

Светозар Стијовић, *Славенизми у Његошевим ћесничким делима*, Нови Сад, 1992.

МЕДАЉОНИ

Момир Милојевић¹

НАШ ДРАГАШ ДЕНКОВИЋ

1. ПРВИ СУСРЕТИ

Има људи који целог живота чине све да буду запажени а има и оних који се труде да остану непримећени. У стварности се догађа да први буду заборављени чим сиђу с јавне сцене, а други остају да живе у сећањима по ономе што су учинили или су значили. Другима је припадао и припада Драгаш Денковић.

Имао сам срећу да Драгаша Денковића сртнем или, тачније, запазим још као студент прве године права и да га виђам такорећи до смрти. Међу многим дежурним асистентима на писменом испиту из Теорије државе и права (пошто је професор Радомир Лукић издиктирао две теме, дао неколико објашњења и отишао) један се издаваја својом проседом сребрнастом косом и још више жељом да свакоме помогне. Ишао је полако од клупе до клупе, „узбрдо” и „низбрдо” у препуној „петици” заустављајући се код сваког реда и нагињући се да види „како иде”. Убрзо сам сазнао да је то Драгаш Денковић, асистент за Административно право (које је предавао професор Никола Стјепановић), један од тројице проседих асистената на Факултету.²

Када сам за време летњег распуста, у предаху припремања заосталих испита за септембарски рок, прелиставао бројеве *Архива за правне и друштвене науке* наилазио сам на текстове потписане са „Д. Ђ. Денковић”. Међу приказаним књигама у

¹ Др Момир Милојевић, редовни професор Универзитета.

² Друга двојица су били Иво Пухан, асистент за Римско право, и Милош Радовановић, асистент за Кривично право.

Архиву је била и књига Гаетана Пируа *Корпоратизам* коју је 1938. објавила Библиотека „Политика и друштво“ као своју шеснаесту књигу у преводу Драгаша Ђ. Денковића. Колико је избор те књиге за превођење (да ли Денковићев?) био оправдан показује напомена уз списак објављених књига у заградама: „распродато“.

У време када сам ја студирао међу испитивачима је било више асистената него наставника. Међу њима је био и Драгаш Денковић. Њега су студенти могли да виде и како из кабинета професора Михаила Константиновића износи индексе студената који су полагали Грађанско право II (Облигационо право).³ Иако у Деканату нисам имао никакву „везу” за прављење распореда или одлагање испита додгило се да сам полагао код обојице. Оба су ми испита остала у најпријатнијем сећању, не толико због добијених оцена (какве сам добијао и од других испитивача) колико због отменог држања испитивача тако да је полагање испита било заиста велико задовољство. Сигурно да нема студента који се не поноси што је полагао код њих. Једино нисам присуствовао одбрани докторске дисертације Драгаша Денковића јер сам тада био у војсци.

Наслов дисертације: „Вршење државне службе и одговорност за штету проузроковану грађанима” није случајно одабран. Он спаја не само два кључна питања две велике правне гране па и њих саме⁴ већ истовремено потврђује Денковићеву приврженост темама које се тичу грађана, хуманост као његову најважнију људску особину коју ће и касније испољавати било да говори и пише о судској заштити појединца од управне власти у Југославији, било о омбудсману и људским правима и слободама као посебној научној дисциплини.⁵ Али чему говорити о писаним радовима Драгаша Денковића?

³ То су повремено чинили Драгаш Денковић и Владан Станковић.

⁴ Зато је сигурно био занимљив разговор професора Константиновића и асистента Денковића „преко стола” у различитим улогама.

⁵ Д. Денковић, *Ла ћроташтшон јуридицијонелле ду ѡартишулуер ионтире ле ѹуовоир еџеутиф ен Јоуѓославие, „Ла протеќтион јуридицијонелле цонтре л’еџеутит”, т. И. Кўлн – Берлин – Бонн – Майнцхен 1969, стр. 551–575; – Јудска ѻрава и слободе и њихова заштита као посебна научна дисциплина, *Архив за ѻравне и друштвене науке*, бр. 3/79, стр. 471–476; – Омбуудсман као заштитник законитости и ѻрава срађана, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/82, стр. 229–240.*

2. СВЕСТРАНО ОБАВЕШТЕНА ЛИЧНОСТ

У животу Драгаша Денковића као да се понавља историја усмене и писане речи: писана реч је дошла знатно касније и зато је много више усмених него писаних трагова... Драгаш Денковић је више говорио него што је писао (а написао је много више него што се обично мисли) а и у говору је био одмерен јер му је било важније да више каже него што говори... Од њега се имало шта чути. Зато су сви волели да буду с њим у друштву. Од њега сам чуо оно што ни од кога другог нисам. Увек би се повео разговор о некој личности или теми. Драгаш (како су га и млађи ословљавали, неучтиво по схватању времена у коме смо васпитеvana) је био прави саговорник да пружи обавештења. Чинио је то увек с пуним убеђењем а о трагичним догађајима с искреном туgom.

Драгаш Денковић је имао обичај да, на Факултету, обила-зи све оне с којима се посебно дружио. Често је навраћао код професора Милоша Радојковића и Смиље Аврамов а нарочито код нешто млађег друга и колеге Милана Марковића. Захваљујући томе могао сам да чујем и оно што никада нисам могао да претпоставим.

Једном приликом се повела реч о несрћном Илији Пржићу. Прича Драгаш да долази са састанка редакције неког лексикона (или енциклопедије). Дошли су до слова „П”. Једва је прихваћено да буде увршћен Живојин Перић или Пржић није „прошао” зато што је стрељан после „ослобођења” Београда. Изгубио је главу због своје несмотрености. Професор међународног права као да је заборавио да је рат, понашао се и причао као да је стање нормално и да нема никакве опасности. Једном приликом је, у скоро празном трамвају „јединици”, на путу од Славије ка Калемегдану некоме гласно говорио да „вечерас путује у Берлин на позив министра правде Франка” (осуђеног у Нирнбергу – прим. М. М.) који му је „послао карту за спаваћа кола”. „Посматрам га” – прича даље Денковић – „а он уопште не гледа да ли га ко слуша...” Можда би попут многих других Пржић страдао и да се није јавно хвалио. Ја сам био фасциниран начином на који је бивши затвореник са Бањице говорио о „сараднику окупатора” без и трунке мржње или презира. Напротив.

Другу потресну причу сам чуо од Драгаша годину дана пред његову смрт. После свечаности коју је, почетком јуна 1998,

приредио на Факултету тадањи декан поводом 95. годишњице живота професора др Божидара С. Марковића, кренуо сам кући с професорима Драгашом Денковићем и Славољубом Поповићем. Денковић је ишао у средини, ја с његове леве стране. Чврсто ме држећи за мишицу (тако је имао обичај с близким особама) причао је о судбини Миме Марковића, сина професора др Божидара В. Марковића. На то сам га ја навео. За мене је то било занимљиво јер ми је стриц (Предраг) причао да му је приликом првог сусрета (1945) Шубашић пренео молбу професора Марковића да се распита шта је с његовим сином, дипломираним правником, који је остао у Београду. Мој стриц је о томе питао Владу Рибникара који му је узвратио противпитањем: „Кога да питам?” – „Ђиласа”, одговорио му је мој стриц на шта је Рибникар узвратио да се Ђиласу тако нешто не сме поменути.

Чувши то Драгаш рече: „Ево како је било...” и потече прича како је Мима, осетивши се несигурним у Београду, отишао у четнички Главни штаб. Драгаш, Воја (Грол) и још неки су једну целу ноћ већали како да га извуку и решили да Воју пошаљу на Равну гору да га доведе. Воја је отишао и вратио се без Миме који ниспошто није хтео (смео) да се врати у Београд. Остао је међу четницима и поделио њихову судбину. Тако сам неочекивано, захваљујући професору Денковићу, дошао до одговора који је мој стриц више деценија чекао. Не знам да ли је та вест стигла до Миминог оца, професора Марковића, који није још дugo живео (умро је 1950) али ја, нажалост највише због догађаја око Југославије, нисам стигао да се саопштим стрицу.

Од Драгаша се још много могло чути. Он је многе познао, многима је помогао а некима, изгледа, одредио и политичку судбину. Такав је, на пример, био случај с Драгашевим колегом са студија и асистентом Драгославом Јанковићем. О томе је сам Јанковић говорио. Када је Рибникар тражио од Денковића да напише чланак о уставу он му је препоручио Јанковића који је, пре Другог светског рата, почeo рад на докторској дисертацији под руководством Слободана Јовановића, а после рата га наставио с Јованом Ђорђевићем. Јанковић је написао чланак и политички узнапредовао.

Ако је некоме била потребна помоћ лекара специјалисте довољно је било да се обрати Драгашу. За тили час би био уговорен преглед код најпознатијих универзитетских професора. Драгаш је такве услуге чинио не само с лакоћом већ и с задо-

вольством, уверен да чини добро. Чинио је добро јер другачије није знао.

Није чудо што су многи волели да буду с Драгашем и поред Драгаша. Његов гостољубиви дом је, не само на славу Ђурђиц, често био пун гостију као код Јаше Продановића неколико дана касније како описује Слободан Селенић у роману *Очеви и оци*. Нисам одлазио код Денковића али, срећући га код других заједничких пријатеља, верујем да његови гости нису били ни лицемерни ни баhatti као неки Јашини нити је Драгаш био Јаша. Није могао да буде јер није био ни оштар на језику, ни политичар нити члан било које политичке странке иако су многи желели да га виде у својој средини, на својој страни, у својој странци. Драгаш је имао свој став према свима и према свему или га није износио па је тиме, свесно или несвесно, стварао уверење да је „њихов”, у сваком случају политички безопасан. Мало ко је схватао да се не може поткупити човек који уме да слуша и да ћuti. То су донела тешка искушења наше политичке стварности која су имала своје корене у нашој политичкој прошлости, нарочито у нашим јужним крајевима који су дуже од осталих били под туђинском влашћу. Људи из тих крајева дуго трпе и носе бол у себи а када им прекипи проговоре. То је Драгаш показао још у својим младим годинама.

3. ПОЛИТИЧКИ СТАВОВИ

Када је био млађи Драгаш је умео не само да лепо пева у хору „Обилића” (заједно с Николом Стјепановићем) већ и да и те како проговори. Скоро је невероватно да је човек као Драгаш каквог смо га познавали могао да оштро нападне многе поступке власти у Македонији које је приписао „готово свим политичким режимима”, тј. држави за коју каже да се претворила у „биракратску установу у којој појам одговорности готово није ни постојао”.⁶ Али учинио је то на себи својствен начин, с много опреза али и оданости демократији и потребама „малог човека”. Није ли то утицало на опредељивање за тему докторске дисертације?

⁶ Д. Денковић, *Неколико напомена о Јужној Србији*, „Народни кадар Нагрев за годину 1940”, Београд, 1940, стр. 143.

О омиљеним темама: демократији и одговорности имао је храбрости да говори и у чувеној расправи о уставним амандманима на Правном факултету у Београду (марта 1971) у којој се, иако за многе неочекивано залажући се „за стварање модерне социјалистичке државе” и „пуни развитак самоуправних односа”,⁷ залагао за јасну концепцију државног уређења. Критиковао је недоследности предложених амандмана и (намерно) неодговарајући језик, што се говори о федерацији а подмеће се конфедерација, што се уводи Председништво, тј. председнички систем без избора председника и без одговорности у нескладу са скупштинским системом, што се уводи нови начин одлучивања у Савезному извршном већу, што аутономне покрајине фактички постају републике.⁸ Можда је сувишно да се каже да је у то време Драгаш Денковић био члан Уређивачког одбора *Анала Правног факултета у Београду* чији је број 3/71 судски забрањен и поново објављен после скоро ддвадесет година. Денковић је у тој расправи учествовао као стручњак и надасве наставник Факултета коме је био привржен пуних седам деценија. Таква оданост једној установи морала је да подразумева пуно учешће у свим њеним делатностима, укључујући рад на часописима и учешће на стручним скуповима.

4. ОДАНОСТ ФАКУЛТЕТУ

Драгаш Денковић је рано дошао у додир с *Архивом за правне и друштвене науке* и на разне начине је допринео његовом квалитету и редовном излажењу о чему није хтео ништа да каже ни у посебном броју *Архива* 1–3/96, посвећеном деведесетогодишњици часописа. Многе је хвалио а за себе је шкрто написао да је „вршио коректтуру часописа и општио са штампаријом, односно настојао да часопис увек буде објављен на време” (стр. 745–746). Ако се зна да је *Архив* излазио сваког 25. у месецу онда је несумњиво за то био заслужан и Драгаш Денковић. Захваљујући тој тачности претплатници су могли да 25. марта 1941. добију трећи, последњи број *Архива* из његовог златног периода, шта би било да је закаснило само 10–15 дана? Над тим треба да се замисле данашњи издавачи. Разумљиво да

⁷ *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3/71, стр. 351, 353.

⁸ Видети стр. 351–353.

је такав Драгаш Денковић могао да прихвати и послератни *Arхив*, ма какав он био, као што су и предратни читаоци наставили да купују „Политику” или љубитељи фудбала навијају и даље за сплитског „Хајдука”. Драгаш Денковић је знао и смео да каже да је све привремено.⁹ Мудрима довољно. Имао је храбости и снаге да у *Архиву* сарађује до краја дајући свој лични допринос његовом мењању.

Као човек Факултета Драгаш Денковић је био више пута продекан Правног факултета и сарадник првог броја *Анала Правног факултета у Београду* (1953) и члан његовог Уређивачког одбора.¹⁰ Остао је до септембра 1980. године. *Анале* и Факултет није напустио ни када му је, по нашим анахроним прописима, престала активна служба. Остао је везан за *Анале*, Факултет и своје пријатеље дајући од себе највише што је могао. У 82. години живота, на симпозијуму о научном наслеђу Правног факултета (9. априла 1992), он подноси уводни реферат о улози професора Правног факултета у борби за слободу научне мисли и председава једној седници а две и по године касније он је покретач, главни организатор (председник Организационог одбора) и главни референт на научном скупу посвећеном правној и политичкој мисли Михаила Илића (10. новембра 1994) за који је припремио и Библиографију Илићевих радова.¹¹ У 87. години живота Драгаш Денковић подноси у Српској академији наука и уметности реферат: „Слободан Јовановић о подели власти” и председава седници скупа (заједно с млађим колегом Данилом Бастом) на којој сам и ја имао част да говорим.

Неуморни Драгаш Денковић успева, упркос нежном здрављу, да приреди за штампу предавања Михаила Илића из *Административног права* (објављена у издању „Службеног листа СРЈ” 1999) и да радост подели с најближим пријатељима и сарад-

⁹ *Истло*, стр. 351.

¹⁰ Међу члановима Уређивачког одбора његово име је само у годишњем садржају за 1953. или га нема на корицама бројева за 1953. годину. Можда зато што је годишњи садржај за 1953. штампан истовремено с бројем 1/54. или се састав Уређивачког одбора разликује.

¹¹ Драгаш Денковић је био до сада један од ретких који је озбиљно схватио моје мишљење да би приликом позивања на научне скупове или на сарадњу у посебним зборницима било корисно с позивом послати и кратку биографију и библиографију радова личности којој се скуп или зборник посвећује да би учесници имали неку општу оријентацију а не писали о свему и свачему. Драгаш Денковић је не само израдио библиографију са 224 јединице већ и сакупио текстове о Михаилу Илићу.

ницима. До последњег дана је уредно долазио на седнице Одбора за изворе српског права САНУ.

Нека овај дуги живот и радна активност буду највећа казна нашим ранијим законодавцима који су силом прописа желели да одстране из јавног живота све оне који им нису били симпатични. Данашњи законодавци, који упорно задржавају на снази прописе који су још пре шест деценија (1938) напуштени па потом враћени (почетком седамдесетих година), треба да се над тим озбиљно замисле и бар застиде.

5. ДЕНКОВИЋ И ПРИЈАТЕЉИ

Као што је био одан Факултету тако је Денковић био одан и својим бројним пријатељима, пре свега школским друговима и колегама са студија. Деценијама је брижљиво гајио пријатељство са најближим друговима из гимназије и са студија, посебно с онима који су се као и он касније одали науци, били они на Факултету или не. Никада нећу заборавити израз задовољства на његовом лицу (као председавајућег на скупу о научној баштини Правног факултета) када сам при kraју излагања истакао вредност оцене коју је Војислав Грол изрекао о Миловану Миловановићу поткрепљујући то ставом о самом Воји Гролу који је очигледно био и Драгашев.

Шта да се каже о ставу Драгаша Денковића према наставницима на Факултету? Нема речи које би најбоље означиле тај однос искреног поштовања професора и асистената разних генерација. Ни у деведесетим годинама живота Денковић није престајао да поштује своје професоре и да чини све да их попуарише. Довољно је прочитати две-три странице *Архива 1–3/96* са именима која је Драгаш Денковић сматрао вредним помена. Лично сам имао прилике да се уверим када су у питању моји професори Константиновић, Радојковић, Беговић... Не знам колико има данас наставника или асистената који би уложили толики труд у припремање за штампу необјављених дела својих професора као што је учинио Денковић. Добро знам колико му је било стало до одржавања научног скупа о Михаилу Илићу и до објављивања преведа његове докторске дисертације и предавања из Административног права. Имао је срећу да то доживи. Не знам да ли ће још неко ићи у Љубљану или свој боравак тамо користити за трагање о непознатим подацима као што је Дра-

гаш Денковић учинио када је био у питању Ђорђе Тасић.¹² За Драгаша Денковића је то било природно и једноставно.

Однос Драгаша Денковића према старијим професорима се можда може поредити само с односом Миленка Веснића према Глигорију Гершићу. Денковић је млађе колеге сматрао равнима себи. Колико пута сам га срео у ходнику факултета како долази на састанак код далеко млађих колега чак неки минут пре заказаног времена. Ето једног објашњења зашто је предратни *Arhiv* излазио на време, ето примера за углед нашим млађим наставницима и асистентима. Ако Веснићев пример припада давном, прошлом веку Денковићев припада времену које је наше и које ће трајати бар док ми трајемо и док у тами у којој (надајмо се привремено) живимо видимо једну светлу тачку, једну звезду наде коју представља и оличава вечито наш незаборавни Драгаш Денковић.

¹² Видети белешку у *Arhivu za правне и друштвене науке*, бр. 4/93, стр. 745, бел. 1. Да нема Денковићеве белешке не би се знало да се објављује текст Тасићеве аутобиографије који је Денковић пронашао у Љубљани.

КОМЕНТАР СУДСКИХ ОДЛУКА

Горан Георгијевић⁰

НОВЧАНА НАКНАДА МОРАЛНЕ ШТЕТЕ ПРОУЗРОКОВАНЕ ГУБИТКОМ НЕРОЂЕНОГ ДЕТЕТА

1. У пресуди Рев. 2606/99 од 6. октобра 1999. године Врховни суд Србије је изложио следеће становиште:

„У случају смрти неке особе суд може досудити члановима његове уже породице (родитељима, брачном другу) правичну новчану накнаду за њихове душевне болове (члан 201. став 1. Закона о облигационим односима).

Питање да ли тужиља има у овом случају право на накнаду штете за душевне болове које је претрпела зато што је у незгоди задобила нагњечење материце, крварење плода у деветом месецу трудноће и као последицу смрт плода, представља примену материјалног права.

По оцени Врховног суда тужиљи припада право на накнаду штете по наведеном основу, без обзира на то што у време штетног догађаја дете није било живо рођено.

Из садржине списка и утврђења суда следи да је до повреде фетуса, плода људског бића и затим његове смрти дошло док се налазило у телу мајке приликом саобраћајног удеса. Медицинска наука сматра да фетус у деветом месецу трудноће мајке, која има нормалан ток, има виталне функције које га чине способним за живот изван мајчиног тела, због чега се има сматрати људским бићем и пре рођења. То што фетус није лице, као што ће по рођењу дете постати, не значи да је обична ствар.

Душевни бол тужиље због смрти још нерођеног детета у овом случају је неизмеран и основно начело правичности тражи да се новчана сатисфакција тужиљи за овај бол надокнади. Пре ма томе тужиљи припада накнада штете за душевне болове које

⁰ Горан Георгијевић, асистент Правног факултета у Београду.

је претрпела смрћу заметка људског бића у њеном телу, које још није рођено.“¹

2. Сасвим супротно је поступио Врховни суд Босне и Херцеговине у својој пресуди ГЖ 1914/74 од 5. децембра 1974. године. Наиме, првостепеном пресудом био је обавезан тужени да тужиоцима (родитељима) накнади штету за претрпљене душевне болове због губитка нерођеног детета. Тужени се на ту пресуду жалио. Врховни суд је уважио жалбени приговор и преиначио је првостепену пресуду одбијајући тужбени захтев тужилаца. Ево који су били разлози на којима је Врховни суд засновао своју одлуку:

„Оправдано тужени истиче да тужиоцима не припада право на новчану сатисфакцију за претрпљене душевне болове за нерођено дете – сина, јер досадашња судска пракса не познаје овај вид накнаде штете (ноторно је да се са дјететом успоставља присан психички однос тек када се живо роди, па само због губитка тога дјетета долази до интензивних душевних болова који дају право на накнаду за овај вид неимовинске штете).“²

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

3. Новчана накнада неимовинске, моралне штете је једно од питања грађанског права коме правни писци не дају уједначен одговор. Истичу се у исто време разлози за и против. Док једни страхују од нечасне трговине човековим личним добрима други сматрају да новчана накнада моралне штете представља израз морализације права.³ Пред аргументима за и против ове врсте накнаде моралне штете сваки правни систем одговара на начин који му се чини најприкладнијим. Тако је поступио и наш законодавац уређујући ову материју члановима 200, 201. и 202. Закона о облигационим односима.⁴ У обе судске одлуке које ће

¹ Николић Ђ., *Практикум за облигационо право*, БИГ штампа, Београд, 2001, стр. 219.

² Збирка судских одлука, 1976, књига I, свеска 3, стр. 121.

³ Радишић Ј, *Облигационо право*, општи део, Номос, Београд, 6.издање, 2000, стр. 280; детаљније о разлозима за и против новчане накнаде нематеријалне штете у Станковић О, Новчана накнада неимовинске штете, Сервис Савеза удружења правника Југославије, Београд, 1963, стр. 28-41.

⁴ За разлику од нашег права у Француској је уређење питања новчане накнаде моралне штете препуштено судској пракси. У појединим раздобљима услови које она по-

бити предмет анализе поставило се исто питање : да ли тужила има право на новчану накнаду за душевне болове које је претрпела због губитка нерођеног детета?

4. У првом наведеном случају, који је разматрао Врховни суд Србије, тужила је учествовала у извесној незгоди (реч је о саобраћајном удесу) у којој је задобила нагњчење материце. Она се у том тренутку налазила у деветом месецу трудноће. Нагњчење материце довело је до крварења плода. Због тог крварења дошло је до губитка плода. Тужила је због губитка нерођеног детета трпела душевни бол велике јачине. У другом случају, који је расправљао Врховни суд Босне и Херцеговине, тужиоци су очекивали рођење мушких детета. Дете је изгубљено услед штетникова радње и то док још није било рођено.

5. У оба случаја тужиоци су тражили новчану накнаду за претрпљене душевне болове за нерођеним дететом. Док се Врховни суд Србије сагласио са досуђивањем такве накнаде оштећеној Врховни суд Босне и Херцеговине није допустио новчану накнаду за душевне болове које су трпели тужиоци услед губитка нерођеног детета.

6. Супротстављеност ставова је била заснована на супротстављању аргументата два врховна суда. Врховни суд Србије је истакао да тужила применом члана 201. Закона о облигационим односима има право на тражену новчану накнаду упркос томе што дете у време када је дошло до штетног догађаја није било живо рођено. Фетус у деветом месецу трудноће мајке која има нормалан ток, има виталне функције које га чине способним за живот изван мајчиног тела. Због тога се има сматрати људским бићем и пре рођења. То што фетус није лице, као што ће по рођењу дете постати, не значи да је обична ствар. Будући да је душевни бол тужиље у конкретном случају неизмеран основно начело правичности тражи да се да новчана сатисфакција тужиљи за претрпљени душевни бол. Насупрот, Врховни суд Босне и Херцеговине се задовољио тврђењем да се између родитеља и детета успоставља присан психички однос тек када се оно живо роди. Само због губитка живорођеног детета долази

ставља с циљем добијања поменуте новчане накнаде су строжи док су у другим блајзи. О томе Terré F, Simler Ph., Lequette Y., Droit civil, Les obligations, Dalloz, 8e éd., 2002, p. 691–692.

до интензивних душевних болова који дају право на накнаду за овај вид неимовинске штете. Осим тога, позиција дотадашње судске праксе није била наклоњена давању новчане накнаде за душевне болове у случају губитка нерођеног детета.

7. У конкретним случајевима, уз помоћ наведених чланова Закона најпре је требало истражити под којим условима се може добити новчана накнада неимовинске штете и да ли су *in concreto* ти услови били испуњени. Потом је ваљало дати одговор на питање која су то лица којима припада право на новчану накнаду за душевне болове који могу бити проузроковани усмрћењем близског сродника. Уколико у тај круг улазе родитељи (у погледу душевних болова причињених смрћу детета), а по решењу Закона о облигационим односима несумњиво улазе, поставља се питање да ли плод, односно нерођено дете, може да буде изједначен са рођеним дететом у погледу права родитеља на новчану накнаду за претрпљене душевне болове због смрти детета. Другим речима, да ли нерођено дете треба да буде посматрано као живо биће или као ствар и да ли је члан 201. Закона о облигационим односима примењив на нерођено дете или не? Као последња дилема може се навести старост фетуса као евентуални критеријум који би разграничио плод-ствар од плода-детета.

8. Дакле, да би једна особа стекла право на накнаду моралне штете коју трпи због смрти близског лица неопходно је да буду испуњени услови постављени чланом 200. Закона о облигационим односима. Ништа не изазива озбиљнију сумњу у погледу испуњености поменутих услова у анализираним случајевима. (I) Ипак, ту није крај „хода по мукама“ родитеља који су изгубили своје нерођено чедо, будући да се основано може поставити питање протезања члана 201. Закона о облигационим односима на дете које није доживело тренутак рођења. Изгледа да снажнији аргументи подупира схватање да је дете живо биће а не ствар, и то у сваком тренутку трудноће мајке, те да стога на њега треба применити члан 201. став 1. Закона о облигационим односима. (II)

I. Испуњеност услова из члана 200. Закона о облигационим односима у анализираним одлукама

II. Досуђивање новчане накнаде родитељима за претрпљене душевне болове засновано на схватању о фетусу као детету

I. ИСПУЊЕНОСТ УСЛОВА ИЗ ЧЛАНА 200. ЗАКОНА О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА У АНАЛИЗИРАНИМ ОДЛУКАМА

9. Док је чланом 200. Закона о облигационим односима јасно дефинисано под којим условима једно лице може да добије новчану накнаду моралне штете па између осталог и новчану накнаду за претрпљене душевне болове услед смрти близког лица, чланом 201. Закона о облигационим односима је на недвосмислен начин омеђен круг лица којима у овом последњем случају припада право на правичну новчану накнаду.

Испуњеност услова из члана 200. Закона не би озбиљније могла да буде доведена у питање у анализираним одлукама. Закон о облигационим односима допушта накнаду моралне штете у тачно одређеним случајевима који се односе на прецизно утврђене врсте претрпљене штете и уз задовољење тачно одређених критеријума.

У конкретном случају претрпљена је штета чију накнаду у новцу Закон о облигационим односима допушта. (А) Осим тога, рекло би се да су критеријуми који допуштају досуђивање новчане накнаде у посматраном случају, иначе прописани Законом о облигационим односима, задовољени. (Б)

А) Постојање штете због претрпљених душевних болова услед смрти близког лица као један од услова права на новчану накнаду

10. Закон о облигационим односима није губио из вида приликом уређења питања новчане накнаде нематеријалне штете то да она треба да буде изузетног карактера. Стoga, Закон о облигационим односима није допустио да постоји право на новчану накнаду у свим случајевима када је претрпљена одређена штета која се не може изразити имовински.

Посебна ограничења у погледу врсте штете која може да буде поправљена правичним новчаним износом не постоје када је реч о штети која потиче од нанетих физичких болова или страха. Свака штета која потиче од претрпљених физичких болова или страха може да добије новчану сатисфакцију уколико су испуњени критеријуми предвиђени Законом о облигационим односима.

11. Насупрот томе, Закон о облигационим односима је применио један ограничавајући приступ када је реч о штетама

које потичу од претрпљених душевних болова. Такве штете могу да буду бесконачно бројне а њихова накнада у неокрњеној укупности не би била пожељна са становишта друштвене корисности. Тако на пример, душевни болови које трпи једно лице због тога што му се најбољи пријатељ извесно време не јавља и не интересује се за њега или душевни болови које је једно лице претрпело гледајући потресан филм или емисију на телевизији остају ван поља где право задире. Исто тако, душевни болови пријатеља преминулог или дружбенице са којом је покојник провео „неколико лепих тренутака“ не улазе у поље примене Закона о облигационим односима. Само у случајевима када је то законодавац сматрао незаобилазним дато је право на новчану накнаду због претрпљених душевних болова. Поменута незаобилазност се заснива на друштвеној корисности давања новчане накнаде штете због претрпљених душевних болова. У нашем правном систему неприкосновени „власник“ процене друштвене корисности поменуте накнаде био је законодавац. Тако, право на новчану накнаду штете због претрпљених душевних болова постоји онда када су ти болови последица наружености, умањења животне активности, повреде части, угледа, слободе или права личности уопште, те смрти близког лица. У свим осталим случајевима српски законодавац је искључио новчану накнаду као непожељну.⁵

12. У конкретним случајевима могло би се рећи да је прва премиса права на новчану накнаду родитеља, било да се та реч

⁵ Упркос релативно јасном омеђењу моралних штета чију накнаду у новцу за конодавац допушта од оних које остају изван сфере интервенције законодавца постоје случајеви у којима није лако дати одговор на питање да ли би требало дати новчану накнаду за претрпљене душевне болове. Тако, професор Станковић наводи питање накнаде у новцу моралне штете коју трпи преварени муж. Док француски и енглески судови, каже он, дају накнаду у новцу на тај начин претрпљене моралне штете наши судови то не чине због тога што се такви захтеви једноставно ни не постављају. Занимљиво је лично мишљење аутора о судбини захтева превареног мужа да му се да новчана накнада за претрпљене душевне болове. Он сматра да би таква накнада у условима некада постојећег социјалистичког морала изазвала подсмех средине те да је није под којим условима не би требало дати. О томе, Станковић, наведено дело, стр. 98. Рекло би се да ништа не оправдава тако строг став доктрине и евентуалне судске праксе о напред наведеном питању. У брак свако лице улази са оправданим очекивањем верности свог брачног друга. Више од свега, сваки брачни друг може очекивати физичку верност оног другог. Супротно понашање би представљало непосредну повреду чланова 16. и 200. Закона о облигационим односима. Да ли је реч о социјалистичком, капиталистичком или неком другом моралу који је на снази у датом друштву и у датом тренутку од малог је заначаја. Мужу чији су част и углед повређени прељубничким понашањем супруге требало би дати правичну новчану накнаду за претрпљене душевне болове. Исто би требало да важи и у случају да прељубу почини супружник мушки пол.

употребљава у једнини или множини, испуњена. Због губитка плода у току трудноће мајке родитељ или родитељи трпе одређене душевне болове. Због тога би се могло рећи да у конкретним случајевима родитељи трпе душевне болове због смрти блиског лица. Ипак, неопходно је већ на овом месту условити снагу овог утврђења питањем на које ће одговор бити дат у нешто каснијим разматрањима: да ли се може говорити о смрти детета у случају када оно није било ни рођено, то јест док није било напустило тело мајке?

Чак и када буду прузроковане штете о којима члан 200. Закона о облигационим односима води рачуна то није доволно да би могао да буде постављен захтев за добијање правичне новчане накнаде. Потребно је да буду задовољени одређени критеријуми који додатно сужавају право на новчану накнаду нематеријалне штете.

Б) Исчувањеност in concreto законских критеријума за досуђивање новчане накнаде

13. Закон о облигационим односима поставља један услов посебног карактера и неколико који се могу схватити као општи. Наиме, право на новчану накнаду нематеријалне штете је условљено пре свега *јачином и трајањем трећиљених болова и ствара*. Нема сумње да болови и страх слабијег интензитета и краћег трајања не дају право на новчану накнаду.⁶ Исто тако, са лакоћом се намеће закључак да болови и страх јачег интензитета и дужег трајања дају право на новчану накнаду. Судска пракса узима у обзир болове и страх средњег интензитета и трајања.⁷ Чини се да слабија јачина болова и страха не би могла да оправдају новчану накнаду без обзира на дужину њиховог трајања. Сасвим супротно, чини се да би болови и страх изузетног интензитета могли да оправдају новчану накнаду чак и када би били краћег трајања,⁸ али то не би могло да важи за средњу јачину болова и страха.

⁶ Николић, наведено дело, стр. 221–222. (Пресуда Окружног суда у Београду Гж. 5171/99 од 30. септембра 1999.)

⁷ Николић, наведено дело, стр. 175. (Врховни суд Србије, Рев. 3874/99 од 17. фебруара 2000.)

⁸ Сасвим супротно мишљење о том питању може се пронаћи у судској пракси. Николић, наведено дело, стр. 225. (Пресуда Окружног суда у Пожаревцу, Гж. 119/99 од 29. јануара 1999.) Као допунски критеријум, сасвим супротно намери законодавца, суд је захтевао, како би досудио новчану накнаду, да интензивни страх доводи до трајног на-

Ваља напоменути да је одређивање јачине и трајања болова и страха задатак који би судија морао да препусти без поговора стручњацима из области медицине и психологије.

14. У првој разматраној одлуци Суд употребљава помало неправнички израз како би истакао да тужиља трпи душевне болове велике јачине због губитка фетуса. Наиме суд говори о *неизмерном душевном болу* који трпи тужиља те сматра да правичност налаже да јој се да право на новчану накнаду. Суд се није бавио питањем трајања тих болова. Чини се да за тим није ни било потребе и то из најмање два разлога. Прво, као што је речено, изгледа да у наведеном случају и кратко трајање душевних болова велике јачине оправдава давање новчане накнаде. Друго, чак и кад не би било тако, тешко је замислити родитеља чији се душевни болови велике јачине преко ноћи претварају у болове ниског интензитета.

15. У другој анализираној одлуци Врховни суд Босне и Херцеговине је дао два аргумента која већ на овом месту заслужују критике. Најпре, своју одлуку је поменути суд засновао на непостојању раније судске праксе која допушта право на новчану накнаду у разматраној врсти случајева. Чини се да је на тај начин Врховни суд Босне и Херцеговине показао одсуство спремности да озбиљно размотри да буде тај ко ће да створи један нови образац за примену права у погледу права на новчану накнаду за претрпљене душевне болове у случају губитка фетуса. Рекло би се да кроз призму тог оклевања треба да буде посматран и други аргумент који је суд дао. Наиме, суд је сматрао да се само са рођеним дететом може успоставити присан психички однос. Само због смрти већ рођеног детета могу да буду претрпљени душевни болови веће јачине што оправдава до-субјивање новчане накнаде. Рекло би се да сам живот оповргава овакав начин резоновања. Могуће је да постоје родитељи који према свом животу не гаје никаква или гаје слаба осећања. У случају његове смрти могло би да се деси да не трпе душевне болове велике јачине и дужег трајања. Још је вероватније да се родитељи емотивно вежу за своје нерођено дете и да због његовог губитка док се још налази у утроби трпе душевне болове високог интензитета и дужег трајања.

рушавања психичке равнотеже оштећеног. Супротно: Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 6937/98 од 4. фебруара 2000, Николић, *наведено дело*, стр. 225.

Дакле, чињеница да ли је плод напустио тело мајке или не, не би могла да утиче пресудно на јачину осећања која родитељи гаје према још увек нерођеном детету и самим тим на јачину болова које би могли да трпе због губитка плода.

16. Осим овог напред посматраног критеријума Закон о облигационим односима поставља и друге. Сва ова остала мерила изражавају захтев да досуђивање новчане накнаде нематеријалне штете не буде у супротности са јавним поретком. Због тога члан 200. став 2. Закона о облигационим односима налаже суду да води рачуна о значају повређеног добра, циљу накнаде као и о томе да се давањем накнаде не погодује недопуштеним тежњама. Реч је дакле о општим критеријумима који представљају један заштитни механизам који је стављен на располагање судији како би заштитио друштво у чије име иступа.

У анализираним случајевима није било неопходно да судија поsegне за поменутим заштитним механизмом. Јавни поредак није био доведен у опасност, те судија није посебно разрађивао критеријуме прописане чланом 200. Закона о облигационим односима.

17. Док члан 200. Закона о облигационим односима не изазива веће недоумице у вези са својом применом на конкретне случајеве то исто се не би могло рећи када је реч о примени члана 201. става 1. Закона о облигационим односима. Наиме, извесне недоумице постоје када треба схватити природу фестуса.

II. ДОСУЂИВАЊЕ НОВЧАНЕ НАКНАДЕ РОДИТЕЉИМА ЗА ПРЕТРПЉЕНЕ ДУШЕВНЕ БОЛОВЕ ЗАСНОВАНО НА СХВАТАЊУ О ФЕТУСУ КАО ДЕТЕТУ

18. Члан 201. Закона о облигационим односима оставља места за извесне недоумице начелног карактера.⁹ Поједини из-

⁹ Најпре, чини се необичним разликовање браће и сестара и ванбрачних другова у погледу права на новчану накнаду за претрпљене душевне болове услед смрти близског лица с обзиром на трајање заједнице живота са покојником. Наиме, сасвим је разумљива жеља законодавца да ограничи право на новчану накнаду само на такозване близске сроднике. Међутим, изгледа необично да се право на новчану накнаду услојава постојањем трајније заједнице живота између покојника и близског сродника. Да ли чињеница трајније заједнице живота може заиста да утиче на интензитет осећања брата према сестри, једног ванбрачног друга према оном другом? Да ли је оправдано заснивати на тој чињеници дискриминацију браће и сестара и ванбрачних другова у погледу права на новчану накнаду, упркос томе што би могло да се деси да душевни болови брата због

рази употребљени у члану 201. Закона о облигационим односима такође могу да изазову недоумице. Наиме, у случају смрти близског лица Закон даје право на новчану накнаду, без испуњења додатних услова, родитељима, брачном другу и деци.

Питање се може поставити, и оно је у конкретним случајевима и било постављено, да ли је родитељ у смислу члана 201. става 1. Закона о облигационим односима само родитељ живорођеног детета или се узима у обзир и родитељ детета које се налазило у телу мајке а никада није било живо рођено? Другим речима, да ли се дететом у смислу члана 201. Закона о облигационим односима сматра само већ рођено дете или и оно дете које тек треба да се роди?

Погрешно би било веровање да је у конкретним случајевима реч о примени изреке *nasciturus pro iam nato*, будући да се није радило о заштити субјективних грађанских права фетуса (наследноправне природе на пример).¹⁰ Најпре, у конкретним случајевима не постоји потреба да се фингира рођење фетуса будући да су интереси о којима је реч у анализираним одлукама интереси родитеља који нису дочекали рођење живог потомка. Питање које се истину поставља *in concreto* је да ли је фетус за време док се налази у утроби мајке живо биће, коме припада право на живот као основно људско и уставно право, или треба да буде третиран као ствар? Од одговора на то питање ће између осталог зависити примена члана 201. става 1. Закона о облигационим односима на дете које је изгубљено пре рођења. Коначно, да ли и какав заначај би могла имати старост фетуса у погледу његове природе и самим тим у погледу примене напред поменутог члана Закона?

Чини се да би одговор на постављена питања требало да буде јединствен. Фетус би у току трудноће мајке требало да буде третиран као живо биће од тренутка зачећа. Као последица, члан 201. став 1. Закона о облигационим односима би био примењив и на њега под условом да су испуњене остале премисе прописане Законом о облигационим односима.

губитка сестре буду јачи у случају када они не живе заједно него када живе заједно или да душевни болovi једног ванбрачног друга због губитка оног другог буду јачи у случају релативно кратког трајања ванбрачне заједнице него када она траје дуже време. Чини се да би одговор на напред постављена питања тешко могао да буде потврдан.

¹⁰ Стојановић Д., Антић О., *Увод у грађанско право*, Београд, прво издање, 2001, стр. 119–120.

Док је статус фетуса као детета неспоран након десете недеље трудноће (А), извесне недоумице могу да се појаве о природи фетуса пре него што плод наврши десет недеља старости. (Б)

A) Неспорна природа фетуса као детета након навршене десете недеље трудноће

19. Будући да се у разматраној одлуци Врховни суд Босне и Херцеговине задовољио утврђењем да душевни болови родитеља због губитка нерођеног детета не могу бити веће јачине, суд се није бавио питањем да ли је плод који се налази у мајчином телу ствар или живо биће. Због тога нам одлука Врховног суда Босне и Херцеговине не може превише помоћи у расветљавању природе нерођеног детета. Супротно томе, одлука Врховног суда Србије је од помоћи, али ни она не може да да потпуне одговоре на напред постављена питања.

Наиме, у конкретном случају изгубљен је плод који је био стар девет месеци. Дакле, било је остало врло мало времена до порођаја. Суд је досудио правичну новчану накнаду тужиљи, несуђеној мајци, уз образложение да је плод у деветом месецу трудноће чије су виталне функције стабилне и који може да преживи и ван тела мајке живо биће. То што фетус није лице, као што ће то дете по рођењу постати, каже суд, не значи да је обична ствар. Дакле, ради се о живом бићу, детету, које једноставно у тренутку своје смрти још увек није било напустило тело мајке. Логично, члан 201. став 1. Закона о облигационим односима је нашао своју пуну примену у конкретном случају.

20. Анализа мора да се настави. Да ли само фетус стар девет месци у тренутку када његово постојање престаје заслужује квалификацију живог бића? Другим речима, да ли је само на такав фетус примењив члан 201. Закона о облигационим односима?

Чини се неспорним да би сваки фетус чије су виталне функције стабилне и који може да опстане самостално изван тела мајке требало да буде сматран живим бићем и дететом у смислу члана 201. става 1. Закона о облигационим односима. На питање од ког тренутка фетус може да опстане самостално ван тела мајке одговор треба да дају медицинска наука и пракса.

21. Да ли фетус који не може да опстане самостално ван тела мајке треба да буде сматран живим бићем или обичном

стварју? Да ли то што фетус не може да има живот ван тела мајке треба да значи да у њему нема живота уопште? Чини се да би на претходно питање, бар када је реч о фетусу старом више од десет недеља, одговор требало да буде недвосмислено одричан.

Два разлога могу да буду наведена у прилог схватању да је фетус старији од десет недеља али неспособан да опстане ван тела мајке ипак живо биће.

22. Најпре, медицинска наука указује да се након поменутих десет недеља трудноће јасно формирају први органи једног новог људског живота. Они почињу да функционишу најпре несамостално, што не значи да једног дана, уколико се све одвија по редовном току ствари, неће достићи потпуну самосталност. Дакле, чињеница да фетус још увек није способан да буде самостално жив не значи да он није способан да буде жив уопште.

23. Осим тога, извесни аргументи чисто правне природе би могли да буду наведени у прилог схватању да се ради о животу бићу у анализираном случају. Наиме, Закон којим је уређено питање прекида трудноће¹¹ само изузетно допушта да трудноћа буде прекинута након што плод буде старији од десет недеља. Ради се о случајевима у којима одређени здравствени или морални разлози, за које је законодавац сматрао да су од изузетног значаја, оправдавају да се нанесе повреда праву на живот фетуса.

Најпре, уколико сам фетус угрожава живот или здравље мајке, законодавац јој допушта да одлучи чему ће дати предност-свом животу и здрављу, или животу и здрављу фетуса.¹²

Осим тога, мајка може да прекине трудноћу и када се може очекивати рођење фетуса са значајним деформитетима, што би могло да буде схваћено као пример антиципиране еутанизије. Законодавац је допустио окончање патњи родитеља и детета и пре него што су оне заиста и почеле.¹³

На крају, још један ударац праву на живот фетуса старијег од десет недеља је право мајке да прекине трудноћу у случају да је до зачећа дошло извршењем извесних кривичних дела (на

¹¹ Закон о поступку прекида трудноће у здравственим установама, *Службени гласник Републике Србије*, број 16/95 и 101/2005

¹² Члан 6. став 2. тачка 1. Закона о поступку прекида трудноће у здравственим установама.

¹³ Члан 6. став 2. тачка 2. Закона о поступку прекида трудноће у здравственим установама.

пример, уколико је реч о детету које је настало приликом извршења кривичног дела силовања).¹⁴ Законодавац је узео у обзир субјективне околности које постоје на страни мајке водећи рачуна о непожељности рађања деце према којима би родитељ, који би требало да се о њима стара, имао равнодушан или непријатељски став.

24. Ипак, када је реч о плоду старијем од десет месеци изузети имају, баш као што им то име каже, изузетан карактер. Стога, право на живот фетуса као правило, исто као и чињеница да фетус старији од десет недеља има прве виталне функције, недвосмислено иду у прилог схватању да је фетус живо биће које улази у поље примене члана 201. става 1. Закона о облигационим односима.

Нешто тежим се чини за одбрану став да је фетус до навршене десете недеље старости живо биће на које треба применити напред наведено правило Закона о облигационим односима.

Б) Старна природна фетуса као дете до навршене десете недеље трудноће

Са медицинске тачке гледишта фетус не само да није способан да преживи самостално ван тела мајке већ му ни основне виталне функције нису формиране.

Са правне тачке посматрања нерођено дете до навршене десете недеље старости се суочава са непријатном истином да постоји изузетно широко овлашћење мајке да му одузме шансу да се икада роди. Наведено стварно стање ствари и поменути однос законодавца би могли да наведу на мишљење да је плод млађи од десет навршених недеља пре ствар него ли живо биће. Стога, у случају губитка таквог плода несуђена мајка не би могла да добије правичну новчану накнаду за претрпљене душевне болове.

26. Ипак, чини се да би оваквом начину размишљања могли да буду супротстављени извесни аргументи у прилог тези да је фетус без обзира на старост живо биће, дете. То би значило

¹⁴ Члан 6. став 2. тачка 3. Закона о поступку прекида трудноће у здравственим установама.

да на њега може да се примени члан 201. став 1. Закона о облигационим односима.

Најпре, иако плод пре десете навршene недељe не може да опстане самостално ван тела мајке, а осим тога његове основне виталне функције нису још увек успостављене, не би требало сматрати да се не ради о живом бићу. Видели смо да плод који у једном тренутку трудноћe нема животну способност ван тела мајке такву способност стиче по редовном току ствари самим протеком одређеног времена. *Mutatis mutandis*, исти начин размишљања би могао да буде примењен када је реч о формирању првих органа новог људског бића и њиховом функционисању, што се дешава у току трећег месеца трудноћe. Наиме, чињеница да основне виталне функције нису још увек образоване не значи сама по себи да је такав плод лишен особина живог бића. Оно што је од пресудног значаја је то да од самог зачетка, од саме оплодње јајне ћелије настаје основна претпоставка да се, по редовном току ствари и протеком времена, развију виталне функције, да плод постане способан за опстанак ван мајчиног тела и да се дете роди.

Дакле, живот постоји, односно дете постоји од самог почетка трудноћe. То је датост која се не мења. Оно што се мења је најпре дефинисаност тог новог живота а затим његова способност да се самостално суочи са спољним светом у коме ће живети.

27. Да ли, без обзира на животну чињеницу да један нови живот постоји од тренутка зачећа, извесна решења нашег законодавца могу да се протумаче као став да је плод до навршene десете недељe трудnoћe за право пре ствар него живо бићe.

Снага таквог начина размишљања не би смела да буде потцењена, пре свега с обзиром на веома широко постављено право мајке да се подвргне законом уређеном прекиду трудноћe док плод не наврши десет недеља. Ипак, постоји могућност да се плод до навршene десете недељe страрости, упркос поменутом широко постављеном праву мајке на абортус, схвати као живо бићe.

28. Наиме, постоје одређени случајеви, уређени законом, када се одступа од неприкосновености права на живот. Наравно, право на живот означава да људско бићe постоји као живо бићe. Разлоги због којих су постављени поменути изузеци су чисто правно-политичке природе. Дакле, са становишта друштвене

корисности некада се мора допустити одступање од неприкосно-вености права на људски живот.

Познати су примери кривичног права где је противправност искључена у случају крајње нужде или нужне одбране.¹⁵ Ради заштите свог сопственог живота, као крајње средство је дата могућност да може да буде лишен живота неко други. Исто тако, лишен живота је могао да буде појединац у случају извршења смртне казне.¹⁶ Реч је о питању које је увек изазивало и које ће сигурно наставити да изазива ту основну дилему: да ли држава, односно друштво сме, на име одмазде, да лиши живота појединца за кога је оцењено да је непоправљив?¹⁷ У једном раздобљу развоја нашег права изрицање смртне казне је било допуштено у случају извршења најтежих кривичних дела.¹⁸ Усмрћење непријатеља током борбених операција је још један случај где лишење живота не подлеже казни.¹⁹ Наиме, одбрана права једне државе на постојање је сувише велики улог да би се позивао на одговорност онај ко је стављајући свој живот на коцку у тој одбрани учествовао.

29. У истој равни са напред наведеним примерима се налази право жене да се подвргне медицинском прекиду трудноће. Право на подвргавање медицинском прекиду трудноће је једно од питања које по снази контролерзе спада у исти ред са питањем допуштености смртне казне.

Наш законодавац допушта у великој мери прекид трудноће до навршене десете недеље плода. Такав став не треба да чуди с обзиром на релативно низак степен животног стандарда у Србији. Изгледа да је законодавац желео да поштеди патњи, које могу да буду очекиване, родитеље који би да дају али немају и дете које тражи али не добија. Осим тога, законодавац је проценио да је у нашој земљи друштвено целисходније поштено признање жене да не жели да преузме моралну одговорност око

¹⁵ Стојановић З., *Кривично право*, општи део, БИГ штампа, Београд, 8. издање, 2003, стр. 162–168; Срзентић Н., Стajiћ А., Лазаревић Љ., *Кривично право Социјалистичке Федеративне Републике Југославије*, Савремена администрација, Београд, 12. издање, 1984, стр. 168–176.

¹⁶ Срзентић, Стajiћ, Лазаревић, *наведено дело*, стр. 153; Стојановић, *наведено дело*, стр. 168.

¹⁷ За и против смртне казне правни писци из области кривичног права истичу своје разлоге. О томе у Срзентић, Стajiћ, Лазаревић, *наведено дело*, стр. 334–338.

¹⁸ Стојановић, *наведено дело*, стр. 293–294.

¹⁹ Срзентић, Стajiћ, Лазаревић, *наведено дело*, стр. 153.

подизања детета, него присиљавање на рађање детета коме би цео живот могао да протекне нежељеним током услед незаинтересованости и непријатељског става мајке. Избор законодавца био је dakле да се спрече патње детета, економске и емотивне, па и по цену крупне повреде права на живот. Другим речима, законодавац није желео да дозволи несрћан живот извесног броја нежељене деце, а све под изговором очувања неприкосновености права на живот.

30. Дакле, и фетус који нема навршених десет недеља старости је пре живо биће него ствар, упркос томе што је његовој мајци широко допуштено да га лиши могућности да се роди. Одступање од неприкосновености права на живот је у његовом случају учињено из правно-политичких разлога, које бисмо могли да опишемо као економске и моралне. Схватање да је реч о фетусу-живом бићу, детету а не о фетусу-ствари омогућава да и у случају губитка плода до десет недеља старости буде примењен члан 201. став 1. Закона о облигационим односима уколико су испуњени услови из члана 200. истог Закона.

СУДСКЕ ОДЛУКЕ

ГРАЂАНСКО ПРАВО

СТВАРНО ПРАВО

ПРАВО СВОЛИНЕ

1

Ког двоструко је отиле неискретност уговор о доживотном издржавању представља јачи основ стишцања од доиније закљученог уговора о поклону на основу којег је извршена укњижба стлога што је поклоно примио био несавесан у последу постојања радије закључено је уговора.

Из образложења:

Пресудом Првог Општинског суда у Београду П. 3560/99-98 од 16. 1. 2003. године усвојен је тужбени захтев тужиље Вере Видановић из Београда, па је утврђено да је тужиља по основу уговора о доживотном издржавању закљученог пред Другим општинским судом у Београду под бројем ЗР. 245/95 дана 15. 3. 1995. године власник стана у Београду, у Улици кнез Даниловој број 63, у сутерену зграде површине 34m², што је тужена Љиљана Илић из Београда дужна да призна и трпи укњижбу тужиље Вере Видановић из Београда, као власника наведеног стана у земљишној књизи. Истом пресудом обавезана је тужена да тужиљи преда у посед предметни стан празан од лица и ствари. Противтужбени захтев тужене Љиљане Илић, којим је тражила да суд утврди да је без правне важности наведени уговор о доживотном издржавању, који је закључен између сада покојне Видосаве Ивановић, бивше из Београда, као примаоца издржавања, и тужиље Вере Видановић из Београда, као даваоца издржавања, одбијен је као неоснован. Одбијен је и захтев тужене којим је тражила да суд раскине горе наведени уговор о доживотном издржавању, а због неизвршавања уговорних обавеза од стране тужиље Вере Видановић, као неоснован. Обавезана је тужена да тужиљи накнади трошкове парничног поступка у износу од 61.250 динара.

Побијаном другостепеном пресудом Окружног суда у Београду број Гж. 3734/03 од 10. 6. 2003. године одбијена је као неоснована жалба тужене – противтужиље Лиљане Илић из Београда, па је потврђена највећа пресуда Првог општинског суда у Београду.

Благовременом и дозвољеном ревизијом тужена побија другог степену пресуду због битне повреде одредаба парничног поступка и због погрешне примене материјалног права.

Републички јавни тужилац се није изјаснио о изјављеној ревизији, а тужиља је поднела одговор на ревизију.

Испитујући побијану другостепену пресуду у смислу члана 386. Закона о парничном поступку ревизијски суд је нашао да ревизија није основана.

У проведеном поступку нису почињене битне повреде одредаба парничног поступка из члана 354. став 2. тачка 11. Закона о парничном поступку, на које ревизијски суд пази по службеној дужности, нити битне повреде одредаба парничног поступка на које се указује у ревизији, јер је другостепени суд ваљано оценио жалбене наводе који су од одлучног значаја у овом спору.

Према утврђеном чињеничном стању тужила Вера Видановић из Београда, као давалац издржавања, закучила је са сада покојном Видосавом Ивановић, бившом из Београда, уговор о доживотном издржавању који је оверен од стране Другог Општинског суда у Београду под бројем ЗР. 245/95 дана 15. 3. 1995. године. Тужиља се обавезала да ће доживотно издржавати Видосаву Ивановић, а прималац издржавања се обавезала да јој оставља у наслеђе свој стан у Београду, у улици Кнез Даниловој број 63, у сутерену зграде, површине 34m², чија је предаја даваоцу издржавања одложена до смрти примаоца издржавања. Тужиља је све своје обавезе из овог уговора у целости извршавала. Прималац издржавања, сада покојна Видосава Ивановић, поднела је тужбу пред Првим општинским судом у Београду под бројем П. 3815/95 а против даваоца издржавања, овде тужиље, ради раскида уговора о доживотном издржавању из разлога што је сада покојна Видосава желела да прода стан, а не са разлога што тужиља није извршавала своје уговорне обавезе. Тужбу је повукла дана 29. 9. 1998. године. Сада покојна Видосава Ивановић, као поклонодавац, закључила је дана 23. 7. 1997. године уговор о поклону са Момчилом Илићем из Панчева, као поклонопримцем (чији је правни следбеник овде тужена Љиљана Илић), који је оверен пред Првим општинским судом у Београду број Ов. 3186/97, а чији је предмет даровања исти стан којим је сада покојна Видосава Ивановић располагала спорним уговором о доживотном издржавању. На основу наведеног уговора о поклону, сада покојни Момчило Илић је уписан у земљишно књизи као власник на предметном стану. Сада покојна Видосава Ивановић поднела је тужбу за поништај уговора о поклону код Повог општинског суда у Београду, у предмету под бројем П. 6341/97, а у току поступка по наведеној тужби тужиља, сада покојна Видосава Ивановић, је преминула 20. 10. 1998. године. Трошкове њене сахране и помена сносила је тужиља Вера Видановић. Тужена и њен супруг, сада покојни

Момчило Илић, у моменту закључења уговора о поклону знали су да је покојна Видосава закључила уговор о доживотном издржавању са тужиљом Вером Видановић са истим предметом располагања.

Тужиља Вера Видановић у овој правној ствари тражи да се утврди да је она, по основу уговора о доживотном издржавању власник стана у Београду, у Улици кнез Даниловој број 63, у сутерену зграде, површине 34m², што је тужена дужна да призна и трпи укњижбу права власништва у корист тужиље, као и да се обавеже тужена, да тужиљи преда у посед наведени стан слободан од лица и ствари.

Другостепени суд је, на основу утврђених чињеница, правилно применио материјално право када је потврдио првостепену пресуду. Ово из разлога што је тужиља закључила пуноважан уговор о доживотном издржавашу, који је двострано обавезан и двострано теретан уговор, по коме су стране уговорнице преузеле извршење одређених чинијби. Дужност испуњења преузетих обавеза даваоца издржавања је била претходна, прва, док је уговорена накнада за његово испуњење преузетих обавеза требала да уследи накнадно, касније, након смрти примаоца издржавања. Тужиља је одмах по сачињењу уговора о доживотном издржавању започела са издржавањем примаоца издржавања и то је чинила све до смрти покојне Видосаве Ивановић. Иако је овај уговор с одложним роком, с обзиром да се предаја имовине одлаже до смрти примаоца издржавања, сада покојна Видосава Видановић је у току трајања предметног уговора закључила са супругом тужене Љиљане Илић, сада покојним Момчилом Илићем, уговор о поклону који за предмет има стан на који се поклонодавац предметним уговором о доживотном издржавању обавезала да остави тужиљи у наслеђе као противнакнаду за доживотно издржавање. Тужиља своје право према имовини примаоца издржавања која је предвиђена као противнакнада за доживотно издржавање, није претворила у апсолутно право уписом тог права у јавној књизи. Међутим, и тужена, и њен сада покојни супруг Момчило, су у време сачињења уговора о поклону знали за постојање спорног уговора о доживотном издржавању, тако да за њихову савесност приликом сачињења и укњижбе права власништва у земљишној књизи по основу уговора о поклону, нема утицаја околност што уговор о доживотном издржавању није добио стварно правно деловање.

Уговор о поклону, иако закључен у законској форми и уписан у земљишној књизи, представља слабији правни посао за стицање права својине на истој непокретности – стану у Улици кнез Даниловој број 63 у Београду. Ово стога што је поклонопримац приликом закључења уговора о поклону и пријема спорне непокретности у посед, био несавестан. Осим тога, доброчини правни посао је имао слабији правни основ за стицање права власништва у односу на уговор о доживотном издржавању који је двострано теретан. Стога право власништва на спорном стану стиче уговарач из двострано теретног уговора, а то је

тужиља, тим пре што се ради о уговору који је закључен две године раније у односу на уговор о поклону. Тужиља је у моменту смрти покојне Видосаве постала власник стана у Београду, у Улици кнез Даниловој број 63, на којим је покојна Видосава била власник и чија је предаја тужиљи била одложена до смрти примаоца издржавања.

Код таквог стања ствари, правилно је примењено материјално право из члана 117. Закона о наслеђивању (*Службени гласник CPC*, број 52/74, 1/80 и 25/82), који се у овом случају примењује сагласно одредби члана 237. став 2. Закона о наслеђивању (*Службени гласник РС*, број 46/95), члана 7. и члана 37. Закона о основама својинскоправних односа када је тужбени захтев тужиље као основан усвојен, а против-тужбени захтев тужене као неоснован одбијен. За такву одлуку низестепени судови су дали ваљане разлоге које прихвата и ревизијски суд, тако да се у ревизији тужене неосновано указује на погрешну примену материјалног права. Наводи које тужена истиче у ревизији истицани су и у току поступка пред низим судовима и исте наводе су нижи судови правилно ценили.

Према одредбама члана 385. став 3. Закона о парничном поступку, ревизија се не може изјавити због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, тако да нису могли бити предмет оцене ревизијског суда остали наводи ревизије који се своде на оцену изведеног доказа и на оспоравање правилности утврђеног чињеничног стања. Уосталом, у првостепеној пресуди је утврђено да је тужиља све своје обавезе из уговора о доживотном издржавању извршавала и у целости их извршила, осим у периоду само око месец-два док су тужена и њен супруг становали у стану са сада покојном Видосавом, у ком периоду је тужиља била фактички спречена да своје уговорне обавезе извршава.

На основу наведеног, применом члана 393. Закона о парничном поступку, ревизија је као неоснована одбијена.

Тужиљи нису досуђени трошкови одговора на ревизију, с обзиром да одговор није допринео при одлучивању о ревизији, тако да су ови трошкови били непотребни у парници (члан 166. став 1. у вези с чланом 155. ЗПП-а).

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3547/03 од 4. марта 2004. године)

Лице које држи труђу непокрећносћ знајући да она припада другоме није савеснан држалаш у смислу у коме се то захтева ког одржаја пре стога ни прошепком 20 година не може стићи право својине на овој непокрећносћи.

Из образложења:

Пресудом Првог општинског суда у Београду П. 1945/01 од 15. 10. 2001. године, у изреци под I, усвојен је тужбени захтев, па је тужена

обавезана да се са свим лицима и стварима исели из двособног стана који се налази у Београду у Ул. шајкашкој бр. 27, V спрат, стан број 31 и иста преда тужиоцу као власнику у исправном стању. У изреци под II, обавезана је тужена да тужиоцу плати трошкове спора у износу од 52.200,00 динара. Изреком под III, одбијен је противтужбени захтев којим је тражено да се утврди да је тужена путем одржаја постала искључиви власник спорног стана, те да јој пресуда служи повласно за упис права својине у земљишне књиге код Другог општинског суда у Београду. У изреци под IV, одбијен је противтужбени захтев да се утврди да је тужена стекла право становљања путем одржаја на спорном стану, а у изреци под V, одбијен је предлог за прекид поступка до правноснажног окончања парнице у предмету који се води пред Првим општинским судом у Београду П. 1161/01. У изреци под VI, одбијен је предлог Милице Дивић-Ковачевић да учествује као умешач на страни тужене као неоснован.

Одлучујући о жалби тужене и умешача Окружни суд у Београду пресудом Гж. 9208/02 од 5. 12. 2002. године, исправљена решењем од 13. 12. 2002. године, одбио је жалбе као неосноване и потврдио наведену другостепену пресуду.

Против правноснажне другостепене одлуке тужена је благовремено изјавила ревизију због битне повреде одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног права.

Испитујући побијану пресуду Окружног суда у Београду у смислу члана 386. ЗПП, Врховни суд је нашао да ревизија није основана.

У поступку није учињена повреда из члана 354. став 2. тачка 11. ЗПП, на коју Врховни суд пази по службеној дужности, а нема ни битне повреде из члана 354. став 2. ЗПП, због којих се ревизија може изјавити у смислу члана 385. став 1. тачка 1. и 2. ЗПП. Правноснажном другостепеном одлуком одбијен је предлог Милице Дивић-Ковачевић да учествује у овој парници као умешач на страни тужене, па како она није изјавила ревизију, то тужена не може у ревизији са успехом истицати евентуалне неправилности прилоком доношења решења о исправци од 13. 6. 2003. године.

Неосновани су наводи ревизије о погрешној примени материјалног права.

Према утврђеном чињеничном стању, тужилац је са Стамбеном задругом „Победа” закључио уговор о имовинским правима и обавезама о куповини спорног стана и исти је оверен пред Другим општинским судом у Београду 30. 1. 1990. године под Ов. 1213/90. Тужилац је спорни стан купио на отплату са роком од 20 година. Решењем Другог општинског суда у Београду Дн. 4522/90 од 10. 4. 1990. године, а на основу напред наведеног уговора, овлашћења овереног код истог суда Ов. 8126/87 и решења Стамбене задруге „Победа” бр. 2154/2, од 6. 7. 1989. године, дозвољена је укњижба права власништва на спорном ста-

ну у корист тужиоца у земљишнокњижном улошку бр. 6356 КО Београд 2, која је до тада била уписана као друштвена својина, а корисник Стамбена задруга „Победа” из Београда. Тужилац је стан издавао у закуп до 1975. године, када се тужена као његова кћерка уселила у исти и пошто је одбила да се на захтев тужиоца исели, то је тужилац поднео тужбу 10. 9. 1996. године.

Полазећи од утврђеног чињеничног стања, нижестепени судови су правилно применили материјално право када су тужбени захтев усвојили, а противтужбени захтев одбили као неоснован. Одредбом члана 33. Закона о основама својинско правних односа је прописано, да се на основу правног посла право својине на непокретности стиче уписом у јавну књигу или на други одговарајући начин. Тужилац је постао власник спорног стана уписом у земљишне књиге дана 10. 4. 1990. године. Како је тужилац власник спорног стана то у смислу члана 3. наведеног закона, има право да ствар држи, користи да њоме располаже у границама одређеним законом.

Одредбом члана 28. став 4. Закона о основама својинско правних односа, прописано је да савестан држалач непокретне ствари на које и други има право својине, стиче право својине, ако ствар држи протеком 20 година. У конкретном случају, тужена није користила спорни стан дуже од 20 година, рачунајући од дана када је тужилац постао власник, а осим тога, није била ни савесна, јер је знала да је тужилац власник спорног стана. Неосновано истицање у ревизији да се рок за одржај има рачунати време од 1975. године, када се тужена уселила у спорни стан, јер у периоду од тада, па до 1990. године, тужилац у том периоду није стекао право својине, стан је био у друштвеној својини, на којем се у смислу члана 29. наведеног закона, није могла стицати својина путем одржаја. Одредба члана 29. је брисана Законом о изменама и допунама Закона о основама својинско правних односа (*Службени лист СРЈ* бр. 29/96), који је ступио на снагу 4. 7. 1996. године, али с обзиром да закон нема ретроактивно дејство, то се рокови за одржај у друштвеној својини примењују тек од дана ступања на снагу тог закона, па убудуће. Осим тога, чак и под условом да се рок за одржај има рачунати време од 1975. године, тужена не би могла стећи својину путем одржаја, јер недостаје битан елеменат – савесност, с обзиром да је с сигурношћу утврђено да она није била савесни држалач.

Такође су нижестепени судови применили материјално право, када су одбили противтужбени захтев за утврђење да је тужена стекла право становаша путем одржаја. Наиме, тужена није могла стећи право становаша путем одржаја у смислу правног правила предвиђеног у параграфу 929. Српског грађanskог законика, јер од момента када је тужилац постао власник спорног стана (10. 4. 1990. године), па до подношења тужбе 10. 9. 1996. године, није протекао рок који је потребан за истицање права становаша.

Врховни суд је ценио и остале наводе у ревизији, али је суд нашао да исти нису од значаја за доношење одлуке о овој правној ствари.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 4055/03 од 4. фебруара 2004. године)

3

Вредносӣ објекӯа који се даје у својину на име накнаде за експропријисану нейокреносӣ одређује се према таржишиној иени шаквог објекӯа у таренуӮку сийицања труда својине.

Из образложења:

Решењем Другог општинског суда у Београду ИП. 85/00 од 31. 10. 2001. године одређена је накнада за експропријисану непокретност и то део стамбене зграде бр. 4 у Ул. висока на кат. парц. бр. 180 КО Београд б земљишно књижних власника предлагача Звездане и Драгутина Ђорђевића са по 1/8 дела са шупом и припацима и обавезан крајњи корисник Дирекција за градско грађевинско земљиште и изградњу ЈП Београд да предлагачима на име накнаде исплати сваком по 243.954,29 динара и то укупно за стамбени простор, шупу и припатке, са законском затезном каматом почев од дана доношења решења 31. 10. 2001. године до исплате у року од 15 дана и да предлагач има накнадити трошкове ванпарничног поступка.

Окружни суд у Београду решењем Гж. 6642/02 од 30. 10. 2002. године одбио је као неосновану жалбу крајњег корисника и првостепено решење потврдио.

Против правоснажног другостепеног решења благовремено је изјавио ревизију корисник експропријације побијајући га због погрешне примене материјалног права.

Предлагачи су дали одговор на ревизију са предлогом да се ревизија корисника експропријације одбије као неоснована.

Испитујући правилност побијаног решења у оквиру овлашћења из члана 400. у вези с чланом 386. ЗПП и члана 30. ЗВП, у границама разлога наведених у ревизији, а пазећи по службеној дужности на битну повреду одредба парничног поступка из члана 354. став 2. тачка 11. ЗПП и на правилну примену материјалног права, Врховни суд је нашао да је ревизија корисника експропријације основана.

Према утврђеном чињеничном стању, правоснажним решењем Општине Чукарица бр. 465-13/91-33 од 20. 12. 1991. године експропријисана је заграда бр. 4. у Ул. Висока у Београду ради изградње насеља Чукаричка падина на којој су предлагачи били сувласници са по 1/8. Предлагачи су од корисника експропријације Дирекције за грађевинско земљиште и изградњу Београда добили на коришћење станове као носиоци станарског права, односно закупци на неодређено време и то

предлагач Звездана Ђорђевић једнособан стан површине 41m² у Ул. Стругарска бр. 1 а предлагач Драгутин Ђорђевић стан површине 28m² у Ул. обалских радника бр. 43 у Београду. Предлагачи су ове станове откупили по одредбама Закона о становљању у време закључења уговора о откупу станови. Пред органом управе није постигнут споразум око одређивања накнаде за експроприсану непокретност.

У поступку је утврђено да тржишна вредност целе експроприсane непокретности као уселиве износи 3.574.018,54 динара. Вредност сувласничког удела предлагача од по 1/8 износи по 446.752,26 динара. Тржишна вредност непокретности као неуселиве је 1.951.634,32 динара, на вредност сувласничког удела предлагача од по 1/8 је по 243.954,29 динара. Такође је утврђено да тржишна вредност стана додељеног Звездани Ђорђевић на име накнаде за експроприсану непокретност износи 1.810.204,12 динара, а ревалоризована откупна цена овог стана износи 4.223,00 динара. Тржишна вредност стана додељеног Драгутину Ђорђевићу износи 1.255.947,00 динара а валоризована откупна цена стана износи 9.956,00 динара.

Побијаним решењем обавезан је корисник експропријације да предлагачима исплати накнаду за експроприсану непокретност у висини тржишне вредности експроприсаног објекта као неуселивог јер је крајњи корисник – корисник експропријације предлагачима доделио станове на коришћење и то свакоме од њих по 243.954,29 динара сагласно одредби члана 41. Закона о експропријацији.

Основано се у ревизији корисника експропријације истиче да материјално право није правилно примењено.

Одредбом члана 72. став 2. Закона о експропријацији (*Службени гласник РС*, бр. 53/95) прописано је да ће се поступак одређивања накнаде за експроприсану непокретност у коме до дана ступања на снагу закона није закључен споразум о накнади, односно није донета правоснажна судска одлука окончати по одредбама овог закона. Одредбом члана 41. истог закона је прописано да се вредност објекта који се даје у својину или сусвојину на име накнаде и вредност експроприсаног објекта у случају заснивања права својине или сусвојине одређује према тржишној цени тих објеката у моменту заснивања права својине, односно сусвојине. Висина накнаде у новцу за експроприсане непокретности се одређује по тржишној цени према околностима у моменту закључења споразума о висини накнаде а ако он није постигнут према околностима у моменту доношења првостепене одлуке о накнади.

У конкретном случају споразум о накнади за експроприсану непокретност није постигнут пред органом управе, а предлагачима су од стране корисника експропријације додељени на коришћење друштвени станови, које су они по одредбама Закона о становљању откупили. Накнада за експроприсану непокретност предлагачима као ранијим сопственицима којим су додељени на коришћење одговарајући станови

одређује се тако што се утврђена тржишна вредност експроприсане непокретности умањује за вредност стана датог на коришћење. У конкретном случају, вредност станова датих на коришћење предлагачима утврђена је на основу тржишне вредности тих станова умањене за откупну цену ових станова валоризовану до момента утврђивања тржишне вредности. Како је тако утврђена вредност станова који су дати на коришћење предлагачима већа од утврђене тржишне вредности експроприсане непокретности то предлог предлагача за одређивање и исплату накнаде, по оцени Врховног суда није основан.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1349/03 од 4. марта 2004. године)

Сваки од земљишнокњижних сувласника већ преко 20 година искључиво користи и распоражава јачно одређеним физичким делом зграде, због чега се сматра да се њихово право сусвојине на идејним деловима зграде трансформисало у право својине на физички одређеном делу зграде.

Из образложења:

Пресудом Првог општинског суда у Београду П. 4429/99 од 28. 6. 2000. године, одбијен је као неоснован тужбени захтев којим је тражено да се утврди да тужилац има право прече куповине 2/100 делова породичне стамбене зграде у Београду у Ул. Лоле Рибара бр. 27, изграђене на кат. парц. 2517 КО Београд, досадашње власништво првотужене, те да се поништи уговор о купопродаји закључен између првотужене, као продавца и друго и трећетуженог као купаца овереним од стране Четвртог општинског суда у Београду под бројем Ов. 7071/94 дана 31. 8. 1994. године, те да се првотужена обавеже да са тужиоцем закључи под истим условима уговор о купопродаји, то ако не учини пресуда ће заменити уговор у целости и служити као основ за укињбу.

Одлучујући о жалби тужиоца Окружни суд у Београду пресудом Гж. 9040/00 од 27. 11. 2000. године, одбио је жалбу као неосновану и потврдио наведену пресуду.

Против правноснажне другостепене одлуке тужилац је благовремено изјавио ревизију због битних повреда одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног права.

Тужени су дали одговор на ревизију.

Испитујући побијану пресуду Окружног суда у Београду у смислу члана 386. ЗПП, Врховног суд је нашао да ревизија није основана.

Према утврђеном чињеничном стању од стране нижејестепених судова тужилац је сувласник на спорној кући према изводу из зем-

љишних књига са 93/2000 а првотужена Љубинка Ђурчин са 2/100 идеалних делова.

Дана 18. 7. 1960. године, закључен је уговор о купопродаји између Емилије и Олге Ђукић и тужиоца, као продаваца, с једне стране и Ђелић Стојана, сликара из Београда, као купца, с друге, а предмет купопродаје је 5/100 идеалних делова породичне зграде а која се састоји од једне просторије – сликарског атељеа величина 44 m². Исти продавци су 1970. године закључили уговор о купопродаји са Добросавом Моравчевићем и продали му 2/100 идеалних делова породичне зграде, што представља једну просторију – собу у полусутерену са засебним улазом (спорна просторија). У оба уговора је наведено да је предмет истих посебан део породичне зграде у приватној својини те да у случају продаје ма ког идеалног или физичког дела зграде купац по тим уговорима нема никаква права удела с обзиром да је његов идеални део изражен као физички део а састоји се искључиво од наведених просторија. Првотужена Љубинка Ђурчин је уговором од 13. 9. 1973. године од Добросава Моравчевића купила 2/100 идеалних делова зграде а који се састоји од собе са ВЦ-ом у полусутерену са посебним улазом из дворишта. Побијаним уговором о купопродаји од 31. 8. 1994. године првотужена је друго и трећетуженом продала непокретност коју је купила од Добросава Моравчевића.

Полазећи од утврђеног чињеничног стања нижестепени судови су правилно применили материјално право када су тужбени захтев одбили као неоснован.

Одредбом члан 24. став 1. Закона о промету непокретности је прописано да носилац права својине који намерава да прода породичну стамбену зграду или стан, дужан је да их претходно писменим путем понуди на прдају сувласнику, носиоцу станарског права и општини на чијој се територији та зграда или стан налази. Тужилац и првотужена су према стању у земљишним књигама сувласници породичне стамбене зграде у којој се налази просторија која је предмет уговора о купопродаји који се побија због повреде права прече куповине. Овај суд налази да у конкретном случају није повређено тужиочево право прече куповине. Спорна непокреност је од 1970. године у више наврата била у правном промету. У свим случајевима физички у премету је био део зграде, а идеални делови су наведени ради уписа у земљишне књиге. Осим тога, тужилац је 1960. године располагао на исти начин са сликарским атељеом који је продао Стојану Ђелићу. Према томе, фактичко, стање од преко 30 година и располагање упућује на закључак да више и не постоји право сусвојине, већ право својине на тачно одређеном физичком делу зграде који представља посебну целину. Спорним уговором о купопродаји од 31. 8. 1994. године, првотужена није располагала као сувласник породичне стамбене зграде већ као искључиви власник одређених просторија па је самим тим неосновано позивање тужиоца на стање у земљишним књигама. Када земљишно-

књижни сувласници у дужем периоду (20 и више година) искључиво користе одређене физичке делове зграде, који представљају посебну грађевинску целину, и с истим више пута располажу, што је конкретан случај, онда се има сматрати да се право сусвојине на идеалним деловима зграде трансформисало у право својине на физички одређеном делу зграде и да сувласнички однос фактички више не постоји, а онда ни право прече куповине.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3158/01 од 24. октобра 2001. године)

СТАМБЕНО ПРАВО

5

Начело аутономије воле се у међусобним односима учесника у правном промету огледа и у могућностима да се, у границама привредних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, приступиши туђем дуђу или да се признаштубени захтев.

Сопственик стана на коме друго лице има станарско право стечено од раније, не може оспоравати пуноважност уговора о куповини стана који је закључио носилац станарског права с трећим лицем, али има право и интерес да ли је носилац станарског права када је купио стан, средствима добијеним од радне организације у ту сврху, био дужан да се исели из сопствениковог приватног стана у коме је до тада станововао.

Из образложења:

Пресудом Трећег општинског суда у Београду П. 928/02 од 13. 11. 2002. године, изреком у ставу првом одбијен је као неоснован захтев тужиоца да се утврди да је без правне важности уговор бр. Ц-10 од 11. 7. 1975. године, закључен између Пословног удружења ИНПРОС Београд, као продавца и Иванке Нешић и Евице Стефановић из Београда као купаца, као и захтев тужиоца за накнаду трошкова поступка. Изреком у ставу другом одбачена је као недозвољена тужба тужиоца да се утврди да је без правне важности располагање тужене Нешић Иванке путем судске пресуде П. бр. 1495/87 од 23. 6. 1987. године Четвртог општинског суда у Београду. Изреком у ставу трећем обавезан је тужилац да на име трошкова поступка туженој Нешић Иванки исплати износ од 15.250,00 динара а туженој Евици Стефановић износ од 7.500,00 динара. Изреком у ставу четвртом одбијен је захтев за накнаду трошкова поступка Нешић Иванке преко досуђеног износа а до тражених 39.200,00 динара и захтев Стефановић Евице преко до суђеног износа а до тражених 33.600,00 динара, као неоснован.

Пресудом Окружног суда у Београду Гж. 6113/03 од 23. 6. 2003. године потврђена је наведена првостепена пресуда у ставу првом, другом и трећем изреке и жалба тужиоца одбијена као неоснована.

Против другостепене пресуде Окружног суда у Београду тужилац је благовремено изјавио ревизију због погрешне примене материјалног права.

Испитујући побијану пресуду у смислу члана 386. Закона о парничном поступку, Врховни суд је нашао:

У поступку нема битне повреде из члана 354. став 2. тачка 11. Закона о парничном поступку на коју се у поступку по ревизији пази по службеној дужности.

Првостепени суд је утврдио да је тужилац власник стана бр. 2 на првом спрату зграде у Ул. Саве Ковачевића бр. 41 у Београду. У тај стан се уселила тужена Иванка Нешић 1971. године након удаје за носиоца станарског права и у њему станује и после смрти супруга све до данас. Првотужена Иванка је од основне школе у којој је била запослена добила кредит за решавање стамбеног питања, те је 1973. године с трећетуженим ИНПРОС-ом као продавцима, закључила уговор о купопродаји стана у изградњи, у блоку 70 у Ул. Гандијевој бр. 209 у Новом Београду. По коначном обрачунају цена стана је 239.333,00 динара од чега је првотужена исплатила 158.730,00 динара а остатак од 80.603,00 динара исплатила је друготужена Евица Стефановић, тако што је као купац ступила у материјално-правни однос купопродаје с првотуженим Иванком, такође купцем и трећетуженим ИНПРОС-ом – продавцима, закључивши уговор бр. Ц-10 од 11. 7. 1975. године. Стан је изграђен и предат купцима 1975. године. Када је купопродајна цена исплаћена у целости друготужена Евица је поднела тужбу Четвртом општинском суду са захтевом да се утврди да је искључиви власник стана у Гандијевој улици бр. 209. Иванка, тужена у том поступку, признала је тужбени захтев те је суд донео пресуду на основу признања П. бр. 1495/87 и утврдио да је Евица Стефановић једини власник на стану у Гандијевој улици бр. 209. Војин Костић је поднео тужбу Трећем општинском суду у Београду ради исељења тужене Иванке из стана у Ул. Саве Ковачевића бр. 41. чији је он власник. Тај поступак је прекинут решењем П. бр. 1333/91-93 од 13. 1. 1995. године јер је суд изразио становиште да од исхода спора (П. бр. 7844/92-94, сада се води под бројем П. бр. 928/02), чији је предмет поништај уговора бр. Ц-10 од 11. 7. 1975. године у коме су донете одлуке које су предмет испитивања у овом поступку по ревизији, зависи одлука о основаности тужбеног захтева Војина Костића за исељење Иванке Нешић из стана чији је он власник.

Нижестепени судови су побијаним пресудама одбили тужбени захтев тужиоца да се утврди да је без правне важности уговор бр. Ц-10 од 11. 7. 1975. године, закључен између првотужене Иванке и друготужене Евице као купаца и трећетуженог ИНПРОС-а као продавца

стана у Ул. Гандијевој бр. 209 у Новом Београду, а одбацили тужбу као недозвољену да се утврди да је без правне важности располагање првотужене у пресуди на основу признања П. бр. 1495/87 од 23. 6. 1987. године, тј. признање да је Евица искључиви власник стана у Гандијевој улици.

Врховни суд је испитао побијане пресуде и установио да су судови правилно применили материјално право када су донели такве пресуде, те да се ревизијом неосновано побијају, али да исход овог спора није одлучан за исход спора по тужби Војина Костића за исељење Иванке Нешић из стана чији је он власник а који се поступак води под бројем П. 7844/92-94 сада П. 928/02.

У уговору који се у конкретном случају побија – Ц-10 од 11. 7. 1975. године, уговорне стане су Иванка Нешић – првотужена и Евица Стефановић – друготужена у својству купаца и ИНПРОС – трећетужени у својству продавца стана у Ул. Гандијевој бр. 209 у Новом Београду. Према одредби члана 451. ЗОО уговором између повериоца и трећег, којим се овај обавезује повериоцу да ће испунити његово потраживање од дужника, трећи ступа у обавезу поред дужника. Предметним уговором бр. Ц-10 од 11. 7. 1975. друготужена је ступила у обавезу поред првотужене да трећетуженом исплати остатак купопродајне цене стана по извршеном коначном обрачуну. То је и била сврха закључивања тог уговора и он је испуњен у целости с обзиром да је цена исплаћена трећетуженом тако што је првотужена исплатила износ од 158.730,00 динара а друготужена 80.603,00 динара. Трећетужени је купцима предао стан и тиме је уговор о купопродаји у целости извршен. У смислу члана 10. ЗОО учесници у промету слободно уређују своје односе што су тужени на описан начин и учинили, па тужилац нема право да на то утиче, као што нема право ни да утиче на односе првотужене и друготужене уређене у пресуди на основу признања П. 1495/87. Али, тужилац има право и интерес да се утврђује да ли је првотужена, када је купила стан средствима добијеним од школе у којој је била запослена, за решавање свог стамбеног проблема, била дужна у смислу члана 14. Закона о стамбеним односима (*Службени гласник СРС* бр. 29/73) да се исели из тужиочевог стана у Ул. Саве Ковачевића бр. 41. Међутим, чињенице одлучне за решење тог питања не могу се утврђивати у овом поступку нити су од значаја за решавање овог спора али могу бити од значаја за правилно решавање спора по тужби тужиоца Војина Костића за исељење тужене Иванке у предмету П. 1333/91-93 у коме је поступак прекинут до окончања овог спора.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3809/03 од 27. новембра 2003. године)

Признавањем југа тужиоцу да стан оштукан по условима различитим од услова који важе за све станове на територији Републике Србије било би нарушено усавршавно начело једнакости трајања прегаконом.

Из образложења:

Пресудом Окружног суда у Београду Гж. 4662/01 од 27. 11. 2001. године. одбијена је жалба тужене и потврђена пресуда Четвртог општинског суда у Београду П. 3806/00 од 6. 3. 2001. године којом је обавезана тужена да тужиоцима плати 118.381.11 динара са затезном каматом од 30. 9. 1999. године до исплате и накнади им трошкове поступка у износу од 60.985.00 динара.

Против ове другостепене пресуде тужена је благовремено изјавила ревизију због битних повреда одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног права.

Врховни суд је испитао побијану пресуду у смислу члана 386. ЗПП и нашао да је ревизија основана.

Према утврђеном чињеничном стању правни претходник тужилаца био је носилац станарског права на стану број 82 у Улици др Агустина Нета у Београду, који је откупио од Града Београда 28. 9. 1992. године. Стан је добио по основу вршења војне службе у ЈНА 1981. године. Да је давалац тог стана на коришћење била ЈНА откупио би га према правилнику о откупу станови из стамбеног фонда ЈНА по повољнијој цени. Захтев за рефундацију разлике у цени коју је у откупу платио Граду Београду и коју би платио туженој да је она била давалац на коришћење спорног стана, засновао је на одредбама Закона о стамбеном обезбеђивању у ЈНА, који је важио у време откупа спорног стана. Износ накнаде који тужиоци сада захтевају по овом основу утврђен је вештачењем према околностима у време откупа и валоризован до дана вештачења с обзиром да је тај износ обезвређен инфлацијом. Тужбу за рефундацију овог износа правни претходник тужилаца поднео је за живота 2. 11. 1992. године.

Полазећи од овако утврђеног чињеничног стања, нижестепени судови су закључили да је тужена у обавези да рефундира правним претходницима тужиоца валоризовани износ дела откупне цене коју је њихов правни претходник платио зато што је давалац на коришћење спорног стана био Град Београд а не тужена, на основу члана 26. Закона о стамбеном обезбеђивању у ЈНА (*Службени лист СФРЈ*, број 84/90).

Ревизијом тужене се основано указује да су нижестепени судови одлучујући о захтеву тужилаца погрешно применили материјално право.

Према члану 26. наведеног закона о стамбеном обезбеђењу у ЈНА који је важио од 6. 1. 1991. до 31. 7. 1993. године као дана ступања на снагу Закона о имовини СРЈ (*Службени лист СРЈ*, 41/93), било је прописано да се лицу из члана 21. став 2. овог Закона (активно војно лице, грађанско лице на служби у ЈНА, пензионисано војно лице, грађанско лице пензионисано из ЈНА, лице које има право на месечну новчану накнаду због престанка активне војне службе по потреби службе и чланови њиховог породичног домаћинства), које је носилац стварског права на стану који није у стамбеном фонду ЈНА ако откупљује тај стан из средстава ЈНА, надокнађује део откупне цене коју по одредбама овог закона не би плаћало да је стан из стамбеног фонда ЈНА.

Наведени закон примењивао се на сва лица из члана 21. став 2. Закона о стамбеном обезбеђивању у ЈНА и све станове на територији тадашње државе СФРЈ.

Према Правилнику о откупу становица из стамбеног фонда ЈНА (службени *Војни лист* 9/91), откупна цена стана у смислу члана 5. став 1. овог правилника утврђује се појединачно за сваки стан у складу с одредбама члана 21. наведеног закона на основу упутства о методологији за утврђивање откупне цене становица из стамбеног фонда ЈНА и умањује за ревалоризовани износ стамбеног доприноса када стан откупљује лице из члана 21. став 2. наведеног закона, а ревалоризовани износ стамбеног доприноса утврђује се посебним прописом Савезног секретара за народну одбрану.

Откуп становица, тада у друштвеној својини, као институт отуђења становица из друштвене својине у корист носилаца стварског права који у њима станују није био обавезан.

Тужена није донела наведене подзаконске акте ради извршења одредбе члана 26. Закона о стамбеном обезбеђивању у ЈНА пре распада бивше СФРЈ и проглашења Устава Савезне Републике Југославије 27. 4. 1992. године, а чланом 56. Закона о становићању (*Службени гласник РС*, 59/92 од 25. 7. 1992. године), који је важио у време закључења уговора о откупу спорног стана правног претходника тужилаца било је прописано да се овај закон примењује на све станове који се налазе на територији Републике Србије. Чланом 16. овог закона прописано је да се он односи и на све носиоце стварског права на становима у друштвеној и државној својини чији је откуп обавезан.

Како је Закон о становићању одредио лица која имају право на откуп становица у државној и друштвеној својини, што се односи и на станове у имовини тада Савезне Републике Југославије, начин откупа и начин формирања откупне цене стана, захтев тужилаца за накнаду дела плаћене откупне цене по уговору који је закључио њихов правни претходник са даваоцем спорног стана на коришћење – Градом Београдом, од тужене зато што је правни претходник тужилаца био лице

из члана 21. став 2. Закона о стамбеном обезбеђивању у ЈНА, није основан.

Правни претходник тужилаца је стан на коме је носилац станарског права откупио по императивним прописима Републике Србије који важе за све станове на територији Републике Србије. Зато би признавање права на рефундацију дела откупне цене стана по основу радног, односно стамбеног доприноса према одредбама члана 26. наведеног Закона о стамбеном обезбеђивању ЈНА за чију примену док је важио нису били донети ни прописани подзаконски акти ради његовог извршавања нарушило уставно начело једнакости грађана пред законом. Осим тога, признавањем оваквог права наведеним лицима само на терет Савезне Републике Југославије, које је раније важећим прописом било утврђено за сва лица и све станове на територији бивше Државе СФРЈ било би противно и члану 10. Уставног закона за спровођење Устава СРЈ, који је одредио обим преласка права и обавеза са бивше СФРЈ на републике чланице које конституишу Савезну Републику Југославију.

Како у поступку није учињена битна повреда из члана 354. став 2. тачка 11. ЗПП, на коју ревизијски суд пази по службеној дужности, Врховни суд је на основу члана 395. став 1. ЗПП преиначио нижестепене одлуке и захтев тужилаца за исплату утуженог износа одбио и одлучио као у изреци.

Одлука о трошковима поступка донета је на основу члана 166. став 2. у вези с чл. 154. и 164. ЗПП, обзиром да тужена у ревизији а ни у претходном поступку није одређено определила захтев за накнаду трошкова потупка у коме је учествовала.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2506/03 од 27. август 2003. године)

ПРИКАЗИ

Михајло Дика (ред.),
Ново наслеђено правно уређење
(*Народне новине*, Загреб, 2003, IX + 273)

1. УВОД

У Хрватској је готово педесет година најважнији извор материјалног и процесног наследног права био Савезни закон о наслеђивању из 1955. године.¹ Када је закон ступио на снагу 11. јула 1955, важио је на целокупној територији тадашње ФНРЈ. Након доношења Уставних амандмана из 1971. године и Устава СФРЈ из 1974. године, регулисање материјалног наследног права и оставинског поступка прелази у нормативну надлежност република. Све републике су у времену од 1973. до 1976. године, донеле своје законе о наслеђивању. Изузетак у том смислу је била Хрватска, где је 10. децембра 1971. донет Закон о преузимању савезних закона којима се уређују односи о којима по Уставним амандманима од XX до XLI на Устав СФРЈ одлучују републике.² У члану 1, тачка 72. овог закона било је предвиђено да Закон о наслеђивању из 1955. године остаје на снази и примењује се као републички закон.

Реформа наследног права у Хрватској је извршена 2003. године, доношењем новог Закона о наслеђивању. Закон је донет 11. марта, а примењује се од 3. октобра 2003.³ Нови Закон о

¹ Службени лист ФНРЈ, бр. 20/55.

² Народне новине СР Хрватске, бр. 52/71.

³ Видети члан 260. Закона о наслеђивању, *Народне новине Републике Хрватске*, бр. 48/03.

наслеђивању донео је значајне новине у хрватско наследно право. Најважнија, али не и једина, састоји се у томе што су велики значај у уређивању и расправљању наследноправних односа добили јавни бележници (нотари). Да би се правницима практичарима, студентима и другим лицима која су заинтересована за наследноправну проблематику олакшало разумевање и примена новог Закона о наслеђивању, група аутора је припремила књигу под називом *Ново наслеђноПравно уређење*. Посао редактора књиге је обавио један од аутора, др Михајло Дика, редовни професор Правног факултета у Загребу. Поред њега, као аутори појављују се и: Олга Јелчић, Татјана Јосиповић, Јадранко Џрнић, Бранко Хрватин, Јожица Матко Ружђак и Зденка Кохарић.

2. САДРЖИНА

Књига је редигована као зборник од осам радова. Међутим, ти радови су написани и систематизовани тако да је створен један повезан и целовит приручник који је успео да на обухватан начин изложи најзначајније новине које је донела реформа наследног права.

Први рад, чији је аутор О. Јелчић, носи назив „Ново наслеђноПравно уређење – опхи преглед” (стр. 1–29). Затим следи рад Т. Јосиповић, под насловом „Наслеђивање на темељу закона” (стр. 33–55). Иза тога, долази рад Ј. Џрнића „Наслеђивање на темељу опоруке” (стр. 59–90). О. Јелчић ће у оквиру ове књиге представити још један рад под насловом „Уговор о доживотном и уговор о досмртном издржавању” (стр. 93–119), а иза тог рада следи прилог Б. Хрватина „НаслеђноПравни уговори” (стр. 123–144). Рад који би могао да привуче посебну пажњу правника у Србији и Црној Гори, проистекао је из пера Ј. Матко Ружђак, а носи наслов „Јавни биљежник као повјереник суда у оставинском поступку” (стр. 147–168). На проблематику коју је обрађивао Ј. Матко Ружђак наставља се рад М. Дике под називом „Оставински потупак” (стр. 173–237). Књига се завршава излагањем З. Кохарић о порезу на наслеђивање и друга стјечења из наслеђноПравних односа (стр. 241–273).

3. ОДАБРАНА МЕСТА

3.1. НАСЛЕДНОПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ УСВОЈЕЊА

У раду Т. Јосиповић, у коме су анализиране новине из материје законског наслеђивања, једно од питања коме је посвећена посебна пажња тиче се наследноправних последица усвојења (posvojenje). Излагање о наследноправним последицама усвојења аутор почиње анализом решења новог Закона о наслеђивању, који посебно уређује наследноправна дејства сродничког и родитељског усвојења. *Сродничким усвојењем* се између усвојиоца (posvojitelj) и његових сродника, с једне, и усвојеника (посвојче, посвојеник) и његових потомака, с друге стране, ствара нераскидив сроднички однос. Истовремено, заснивањем сродничког усвојења престају међусобна права и обавезе између усвојеника и његових крвних сродника. Овакав облик усвојења производи двоструке наследноправне последице: 1) усвојилац и његови сродници, с једне, те усвојеник и његови потомци, с друге стране, стичу право међусобног законског наслеђивања; 2) заснивањем сродничког усвојења престаје право међусобног законског наслеђивања између усвојеника и његових крвних сродника. Али, ако се у својству усвојиоца појављују маћеха или очух, не престаје право међусобног законског наслеђивања између усвојеника и његовог родитеља који је у браку с усвојиоцем, као и крвних сродника тог родитеља.

Родитељско усвојење производи уже грађанскоправне последице. Оваквим усвојењем се стварају између усвојиоца, с једне, и усвојеника и његових потомака, с друге стране, права и обавезе која по закону постоје између родитеља и деце. Наследноправна дејства родитељског усвојења огледају се у томе што усвојилац и усвојеник стичу право међусобног законског наслеђивања крвних сродника у правој линији. Усвојеник и његови потомци имају према усвојиоцу иста наследна права као и његови биолошки потомци. Усвојилац и његови преци имају према усвојенику и његовим потомцима иста законска наследна права као да су његови биолошки преци. Усвојеник и његови потомци не могу наслеђивати усвојиочеве побочне сроднике и његовог супружника. Родитељско усвојење такође има за последицу пре-

станак међусобних права наслеђивања између усвојеника и његових крвних сродника.

У наставку свог рада Т. Јосиповић анализира проблем временског сукоба закона, до којег је дошло услед промене породичнонправних прописа. Наиме, у моменту када је донет нови Закон о наслеђивању (11. март 2003), на снази је био Обитељски закон из 1998. године,⁴ који је познавао две категорије усвојења: сродничко и родитељско. Међутим, 22. јула 2003. ступа на снагу нови Обитељски закон,⁵ који познаје само један облик усвојења. Према новом Обитељском закону усвојењем настаје између усвојиоца и његових сродника, с једне, и усвојеника и његових потомака, с друге стране, нераскидив однос сродства и сва права и дужности која одатле произилазе. Нови Обитељски закон садржи и одредбе (члан 148) којима уређује наследнноправне последице усвојења. У члану 148, став 1. стоји да усвојеник и његови потомци стичу право законског наслеђивања усвојиоца, његових крвних сродника, као и његових адоптивних сродника. Члан 148, став 2. предвиђа да усвојилац, његови крвни сродници и његови адоптивни сродници стичу право законског наслеђивања усвојеника и његових потомака. Заснивањем потпуног усвојења престаје право међусобног законског наслеђивања између усвојеника и његових родитеља и њихових крвних сродника.

С обзиром на промене до којих је дошло ступањем на снагу новог Обитељског закона, поставља се питање по којим прописима ће се уредити наследнноправне последице усвојења. Аутор разликује три ситуације. Прва ситуација постоји онда када је усвојење засновано према одредбама новог Обитељског закона. У том случају на наследнноправне последице усвојења неће се примењивати одредбе Закона о наслеђивању, већ члан 148. новог Обитељског закона, који представља *lex posterior* и *lex specialis*. Друга ситуација постоји онда када је усвојење засновано према одредбама старог Обитељског закона, а оставилач је умро пре почетка примене новог Закона о наслеђивању. У том случају наследнноправне последице усвојења се уређују према одредбама Закона о наслеђивању из 1955. године. Трећа ситуација постоји онда када је усвојење засновано према одредбама

⁴ *Народне новине Републике Хрватске*, бр. 162/98.

⁵ *Народне новине Републике Хрватске*, бр. 116/03.

старог обитељског закона, а оставилац је умро после 3. октобра 2003, када је почeo да сe примењујe нови Закон o наслеђивањu. У тој ситуацији наследноправне последице адоптивног сродства ћe бити расправљене према одредбама новог Закона o наслеђивањu.

3.2. ВАНБРАЧНИ ДРУГ КАО ЗАКОНСКИ НАСЛЕДНИК

Након реформе наследног права у Хрватској је проширен круг законских наследника. Новим Законом о наслеђивањu, ванбрачни друг је у погледу интестатског наслеђивањa изједначен са супружником (члан 8, став 1). То значи да ћe сe свa правила законског наслеђивањa, како редовног такo и нужног, којa важe за супружника, примењивати и на ванбрачног друга. Закон о наслеђивањu дефинише ванбрачну заједницу као заједницу између неудате жене и неожењеног мушкарца, којa је трајала дужe времена, а престала је смрћу оставиоца, при чему су били испуњени сви услови који сe тражe за закључењe бракa. Ова новина сe објашњава тиме што „у данашњe вријемe брак нијe такo стабилан, а изванбрачне заједнице нису више ријектост, тако да нема битне разлике у односима између брачних и изванбрачних другова.”

3.3. ПОВЕРАВАЊЕ ОСТАВИНСКОГ ПОСТУПКА ЈАВНОМ БЕЛЕЖНИКУ

У Хрватској је још 1994. године донет Закон о јавном биљежништву.⁶ Јавнобележничка служба је почела да ради 1995. године. Поменутi закон је предвидео могућност да ћe сe овлашћење нотара за спровођењe оставинског поступка уредити законом који регулише оставински поступак. Нови Закон o наслеђивањu је у члану 176. предвидео могућност да суд спровођење оставинског поступка повери јавном бележнику и да му достави смртовници. Овакво решењe сe објашњава тежњом да

⁶ *Народне новине Републике Хрватске*, бр. 78/93, 29/94, 162/98.

се судови растеретечиме се повећава њихова ажурност у другим, пре свих парничним, предметима.

Јавни бележник као повереник суда у оставинском поступку предузима све процесне радње и доноси одлуке као и оставински суд. Међутим, спровођење оставинског поступка од стране јавног бележника има и својих специфичности. Пре свега, суд је овлашћен да донесе решење којим одузима јавном бележнику спровођење оставинске расправе. Такву одлуку суд ће донети онда када за то постоје „важни разлози”. Као пример за важне разлоге, наводе се: немогућност нотара да због болести обави поверили посао, очигледно занемаривање својих дужности, површност нотара, рад на штету странака, излагање странака сувишним трошковима. Против овог решења жалба није допуштена. По доношењу решења суд може сам да спроведе оставински поступак или да спровођење оставинске расправе повери другом нотару. Друга специфичност тиче се надзора над радом нотара. Тада надзор врше: суд, министарство надлежно за послове правосуђа и Хрватска јавнобиљежничка комора.

3.4. УПУЋИВАЊЕ НА ПАРНИЦУ

Нови Закон о наслеђивању је задржао решење по коме до упућивања на парницу долази онда када су међу странкама спорне чињенице од којих зависи неко наследно право. Ако међу странкама не постоји спор о чињеницама, него спор о примени права, суд (односно јавни бележник) их неће упутити на парницу, већ ће сам, сходно принципу *iura novit curia*, одлучити о томе како ће применити материјално право на неспорну чињеничну подлогу. Али је уведена и једна новина, са циљем да допринесе ефикасности оставинског поступка. Према Савезном закону о наслеђивању, када су међу странкама биле спорне чињенице, оставински суд је прекидао оставински поступак и странке упућивао на парницу. Нови Закон о наслеђивању Хрватске познаје неколико случајева када суд упућује учеснике на парницу, али не прекида поступак: 1) ако чињенице које су међу странкама спорне закон претпоставља, 2) ако су те чињенице опште познате и 3) ако се могу утврдити на основу јавних исправа.

Осим ове, у погледу упућивања на парницу нови Закон о наслеђивају је предвидео још једну новину. Она се тиче случаја када међу учесницима у оставинском поступку постоји спор о саставу заоставштине. Према Савезном закону о наслеђивању, суд је био дужан да учеснике у оставинском поступку упути на парницу кад год би између њих дошло до спора о саставу заоставштине, при чему је било ирелевантно да ли је у питању спор о чињеницама или спор о примени права. Према новом Закону о наслеђивању оставински суд не упућује на парницу када је међу учесницима у оставинском поступку споран састав заоставштине због спора о примени права.

3.5. ДЕОБА ПОЉОПРИВРЕДНОГ ЗЕМЉИШТА

Према Савезном закону о наслеђивању (члан 150), суд је могао, на захтев наследника који је живео или привређивао у заједници са оставиоцем, када то изискује оправдана потреба, одлучити да се не врши физичка деоба заоставштине, већ деоба исплатом удела. Тај наследник стиче својину на појединим стварима или групама ствари, које би припале у део осталих наследника, а заузварат им исплаћује новчану противвредност тих ствари у року који суд одреди. Нови Закон о наслеђивању уводи једну новину која се тиче деобе пољопривредног земљишта и ствари које служе обављању пољопривредне делатности. У том случају, санаследник који обавља пољопривредну делатност, не мора да доказује постојање оправдане потребе да се уместо физичке, врши деоба исплатом удела.

4. ЗАКЉУЧАК

Иако је ова књига написана као зборник, њеним ауторима је пошло за руком да на целовит начин укажу на све новине које је донео нови Закон о наслеђивању Хрватске. Сматрамо да су успели са задатком, који су себи поставили у предговору – створили су приручник који ће помоћи читачу разумевање и примену нових наследноправних прописа.

Ова књига може бити од велике користи и правницима у Србији. То се не односи само на практичаре, који ће бити у прилици да примењују хрватске наследноправне прописе онда када домаћи судови буду расправљали заоставштине хрватских држављана, већ и на правнике који се баве грађанскоправном науком. Хрватски Закон о наслеђивању и Закон о наслеђивању Србије припадају истој наследноправној породици, јер су произтекли из Савезног закона о наслеђивању. На основу информација које пружа ова књига, домаћи правници ће имати прилику да пореде како су се поједина решења из Савезног закона о наслеђивању мењала у Србији и Хрватској. Сем тога, ова књига пружа корисне информације о улози јавног бележника у наследном праву, што ће за домаће правнике бити од велике користи, нарочито ако се има у виду да се и у Србији ради на доношењу Закона о јавним бележницима и увођењу нотаријалне службе.

Дејан Б. Ђурђевић

ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА

ИЗБОРИ НАСТАВНИКА И САРАДНИКА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ ОД 1. ЈАНУАРА ДО 30. ЈУНА 2004.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 15. марта 2004, изабрало је

МИЛОША ЗДРАВКОВИЋА, дипломирног правника, у звање и на радно место *асистента-приправника* за научну област Филозофија права.

Стручно веће за правне науке, политичке науке и науке о цивилној одбрани на седници од 13. маја 2004. дало је сагласност на одлуку Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 15. марта 2004, за избор:

др **МИЛАНА ШКУЛИЋА**, доцента, у звање и на радно место *ванредног професора* за научне области Кривично процесно право и Криминалистика.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 19. априла 2004, изабрало је:

мр **БРАНКА РАДУЛОВИЋА**, асистента-приправника, у звање и на радно место *асистента* за научну област Политичка економија

НИКОЛУ БОДИРОГУ, дипломираног правника, у звање и на радно место *асистента-приправника* за научну област Грађанско процесно право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 21. јуна 2004, изабрало је:

МИЛОША МИЛОШЕВИЋА, дипломираног правника, у звање и на радно место *асистента-приправника* за научну област Јавне финансије и финансијско право.

ОДБРАЊЕНЕ ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ ОД 1. ЈАНУАРА ДО 30. ЈУНА 2004.

1. Mr Никчевић Јелена, „Заложна права на броду у југословенском и упоредном праву”, одбранила 27. фебруара 2004;

2. mr Ненадовић Слободан, „Страна улагања у процесу приватизације”, одбранио 3. марта 2004;
3. mr Илић Гордана, „Институционални аспекти реформе Европске уније с посебним освртом на положај Европског парламента” одбровила 21. априла 2004;
4. mr Љубојев Надежда, „Заштита детета од злостављања и занемаривања”, одбровила 17. јуна 2004;

**ОДБРАЊЕНЕ МАГИСТАРСКЕ ТЕЗЕ
ОД 1. ЈАНУАРА ДО 30. ЈУНА 2004.**

1. Јелић Ивана, „Савремена међународнoprавна заштита мањина, с посебним освртом на Југоисточну Европу”, одбровила 19. јануара 2004;
2. Савковић Владимир, „Деривативне акционарске тужбе”, одбранио 10. марта 2004;
3. Босанац Радмила, „Држава и правни режим девизног и спольнотрговинског пословања”, одбровила 11. марта 2004;
4. Рисимовић Радосав, „Кривично дело угрожавање јавног саобраћаја у нашем кривичном законодавству”, одбранио 22. марта 2004;
5. Ивовић Неда, „Сагласност за медицинску интервенцију”, одбровила 25. марта 2004;
6. Милинковић Игор, „Локална самоуправа и владавина права”, одбранио 29. априла 2004;
7. Живковић Милош, „Обим сагласности неопходан за закључење уговора”, одбранио 7. маја 2004;
8. Нешковић Радомир, „Конститутивност народа у уставном систему Босне и Херцеговине у периоду од 1990. до 2000. године”, одбранио 10. маја 2004;
9. Демировић Драган, „Конструктивна дивиденда. Порескоправни третман”, одбранио 17. јуна 2004;
10. Давинић Марко, „Концепција управног права Сједињених Америчких Држава”, одбранио 25. јуна 2004;

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Miodrag Orlić, The Silence of the Offeree as a Sign of Assent in the Law of Contracts	5
Dragan Mitrović, The Principle of Legality	55
Oliver Antić, Nominate and Innominate Contracts in the Present-Day Law of Obligations	79
Eric Agostini, Strict Liability: French Private Law is Still in Effect in Mauritius	116
Petar Simonetti, The Right of Construction in Croatia	131

CONTRIBUTIONS

Stevan Djordjević, Registration, Publication and Deposition of International Conventions	171
---	-----

DISCUSSION

Ranko Keča, On Changing the Code of Civil Procedure	188
Gordana Stanković, Preparations for Changing the Code of Civil Procedure.	205
Monika Ninković, Procedure Before a Court of the First Instance.	218

TABLE OF CONTENTS

LEGAL CULTURE

Miloš Luković, Genesis of Terms of the General Code of Property of Montenegro	229
--	-----

MEDALLIONS

Momir Milojević, To the Memory of Dragaš Denković	266
---	-----

COMMENTS

Goran Georgijević, Damages for Moral Harm in the Case of an Unborn Child	275
---	-----

CASES

Private Law	291
-----------------------	-----

BOOK REVIEWS

Mihajlo Dika, New Legislation on Inheritance (Dejan Đurđević)	307
---	-----

FACULTY CHRONICLE

(Miljko Valjarević)

Election of Professors and Assistants of the Faculty of Law, January–June 2004	315
---	-----

Doctors' Degrees Conferred, January–June 2004	315
---	-----

Masters' Degrees Conferred, January–June 2004	316
---	-----

TABLE DES MATIÈRES

ARTICLES

Miodrag Orlić, Le silence du destinataire d'une offre comme signe de consentement	5
Dragan Mitrović, Le principe de légalité	55
Oliver Antić, Les contrats nommés et les contrats innomés dans le droit contemporain des obligations	79
Eric Agostini, La responsabilité du fait des choses.....	116
Petar Simonetti, Le droit de superficie en Croatie	131

VARIÉTÉS

Stevan Djordjević, L'enregistrement, la publication et le dépôt des conventions internationales	171
---	-----

DISCUSSION

Ranko Keča, Les modifications du Code de procédure civile	188
Gordana Stanković, Les préparatifs pour les modifications du Code de procédure civile	205
Monika Ninković, La procédure devant le tribunal de première instance.....	218

TABLE DES MATIÈRES

CULTURE JURIDIQUE

Miloš Luković, Genèse de la terminologie du Code général des biens de Monténégro	229
--	-----

MEDAILLONS

Momir Milojević, Nôtre Dragaš Denković	266
--	-----

COMMENTAIRE D'ARRÊT

Goran Georgijević, Les dommages et intérêts pour le dommage moral la perte d'un foetus.....	275
---	-----

JURISPRUDENCE

Droit civil	291
-------------------	-----

COMPTES RENDUS DES LIVRES

Mihajlo Dika, Nouvelle législation sur les successions (Dejan Đurđević)	307
---	-----

CHRONIQUE DE LA FACULTÉ DE DROIT

(Miljko Valjarević)	
Élections des professeurs et assistants du 1 ^{er} janvier au 30 juin 2004.....	315
Thèses de doctorat soutenues du 1 ^{er} janvier au 30 juin 2004.....	315
Thèses de troisième cycle soutenues du 1 ^{er} janvier au 30 juin 2004.....	316