

# Pravni život

časopis za pravnu teoriju i praksu

TEMATSKI BROJ

## PRAVO I NAČELO SAVESNOSTI I POŠTENJA



27

godina kopaoničke škole  
prirodnog prava

**UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE**

**BROJ 10 • BEOGRAD • 2014 • TOM II**

27  
godina



Sprovedeno od strane:



Program  
za pravne i  
pravosudne  
reformе

[www.pravnareforma.rs](http://www.pravnareforma.rs)



Publikacija je podržana u okviru Programa za pravne i pravosudne reforme u Srbiji Nemačke organizacije za međunarodnu saradnju (Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH)

Projekti i publikacije Kopaoničke škole prirodnog prava predstavljaju poseban interes za UNESCO jer one nesumnjivo doprinose unapređenju ljudskih prava i jačanju Međunarodnog prava. Njihov cilj u potpunosti odgovara tekućem procesu reformi ljudskih prava u okviru sistema OUN.

(Iz obrazloženja Odluke UNESCO o dodeli pokroviteljstva Kopaoničkoj školi prirodnog prava od 6. juna 2005.)

---

# PRAVNI ŽIVOT

---

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

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

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

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

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

---

Broj 10/2014 / Godina LXIII / Knjiga 572

1-716

---

**B e o g r a d**

*Glavni i odgovorni urednik*  
SLOBODAN PEROVIĆ

*Redakcija*  
MIODRAG ORLIĆ, SLOBODAN PEROVIĆ,  
RATOMIR SLIJEPČEVIĆ

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

*Izdavač*  
UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE  
Beograd, Krunska 74  
tel. 244-69-10  
fax 244-30-24, poštanski fah 179  
E-mail: upj@EUnet.rs  
www.Kopaonikschool.org

*Lektura i korektura*  
Ljubomir Beker

*Kompjuterska obrada i prelom teksta*  
Javorina Beker

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

Tiraž: 1.000 primeraka

---

*Štampa:* FUTURA, Petrovaradin

DRUGA KATEDRA

**PRAVO  
NA SLOBODU**

**Sloboda ličnosti – Upravno-pravna zaštita slobode**



OLGA CVEJIĆ-JANČIĆ

## ŠTA JE POTREBNO MENJATI U USTAVU SRBIJE U OBLASTI PORODIČNO-PRAVNIH ODNOSA

### I. U V O D

U perspektivi promene sadašnjeg Ustava Srbije iz 2006. godine,<sup>1</sup> nekoliko pitanja iz oblasti Porodičnog prava bi vredelo razmotriti u cilju poboljšanja pravne zaštite i pravnog položaja subjekata porodično-pravnih odnosa i obezbeđenja i zaštite ljudskih prava. To se, pre svega, odnosi na pitanje zabrane diskriminacije (pravo na nediskriminaciju),<sup>2</sup> koja mora izričito da uključi i zabranu diskriminacije prema polnoj orijentaciji i rodnom identitetu, zatim, na zabranu fizičkog kažnjavanja deteta, princip zaštite najboljeg interesa deteta. Pored toga, i ustavna odredba o pravu na planiranje porodice bi trebalo da bude izmenjena i bolje formulisana nego što je to slučaj sa sadašnjom ustavnom odredbom. Ni odredba o slobodnom odlučivanju o zaključenju i raskidanju braka ne bi mogla da ostane u budućem Ustavu u postojećoj formulaciji jer umanjuje značaj braka i povlači druge neželjene posledice. Najzad, nagoveštavana promena ustava je i prilika za svestrano razmatranje potrebe uvođenja crkvene forme braka, kao zakonom priznate, paralelne forme zaključenja braka u odnosu na građansku formu.

---

Dr Olga Cvejić-Jančić, profesor Fakulteta za evropske pravne i političke studije, Univerzitet Educons, Novi Sad.

<sup>1</sup> Objavljen u Službenom glasniku Republike Srbije, br. 98/2006.

<sup>2</sup> Iako ovaj termin "pravo na nediskriminaciju" ne nalazimo u Konvenciji UN o pravima deteta (1989), on je upotrebljen od strane Komiteta za prava deteta, u Generalnom komentaru, br. 4 (2003), koji je usvojen na 33. Sednici Komiteta, održanoj od 19. maja do 6. juna 2003. godine (I/6).

II.

*Zabrana diskriminacije prema polnoj orijentaciji i rodnom identitetu*

Član 21 stav 3 Ustava Republike Srbije reguliše pitanje zabrane diskriminacije na sledeći način:

“Zabranjena je svaka diskriminacija, neposredna ili posredna, po bilo kom osnovu, a naročito po osnovu rase, pola, nacionalne pripadnosti, društvenog porekla, rođenja, veroispovesti, političkog ili drugog uverenja, imovnog stanja, kulture, jezika, starosti i psihičkog ili fizičkog invaliditeta.”

Kao što se može zapaziti, Ustav ne pominje izričito i zabranu diskriminacije prema polnoj orijentaciji i rodnom identitetu, iako bi zabrana diskriminacije i po tom osnovu proizlazila iz opšte formulacije o zabrani diskriminacije po bilo kom osnovu, pa dakle i po tom. Ipak, da ne bi bilo nikavne nedoumice oko tog, inace u našem društvu vrlo kontroveznog osnova zabrane diskriminacije, koje je podelilo srpsko društvo na, moglo bi se reći dva (zestoko) suprotstavljena tabora, treba u budućem Ustavu izričito predvideti i taj osnov zabrane diskriminacije.

Inače, poznato je da ni Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950),<sup>3</sup> koja predstavlja instrument Saveta Evrope, za razliku od Povelje o osnovnim pravima Evropske Unije (2000),<sup>4</sup> koja predstavlja instrument Evropske Unije, ne sadrži izričito zabranu diskriminacije prema polnoj orijentaciji i rodnom identitetu, što je i razumljivo, jer je u vreme kada je Konvencija usvojena u mnogim zemljama članicama Saveta Evrope (kao i u ostalim državama nečlanicama) seksualni odnos između lica istog pola, (uglavnom između muškaraca) predstavljao krivično delo koje je povlačilo značajne krivično-pravne sankcije.<sup>5</sup> Međutim, Evropski sud za zaštitu ljudskih prava sa sedištem u Strazburu, koji je osnovan radi zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda garantovanih ovom Konvencijom, u svojim odlukama zauzima vrlo odlučan i nedvosmislen stav o zabrani diskriminacije i po tom osnovu, uglavnom pozivajući se na pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života koje je garantovano čl. 8 Konvencije.<sup>6</sup> Ovakva, vrlo čvrsta praksa Evropskog suda za zaštitu ljudskih prava po pitanju zabrane diskriminacije po osnovu seksualne orijentacije, kao i zaštite prava

<sup>3</sup> Pomenuta Konvencija je usvojena u Rimu od strane Saveta Evrope 4. novembra 1950. g.

<sup>4</sup> Objavljena u Službenom listu Evropskih zajednica br. C 364/13 od 18. decembra 2000. g.

<sup>5</sup> U našoj zemlji je homoseksualni odnos između lica muškog pola predstavljao krivično delo sve do 1994. G, kada je Zakonom o izmenama Krivičnog zakona to krivično delo ukunuto.

<sup>6</sup> Više o tome u O. Cvejić Jančić, *Praksa Evropskog suda za prava čoveka u oblasti porodičnog prava*, Zbornik radova sa naučne konferencije “Pravni sistem Republike Srbije – usaglašavanje sa pravom Evropske unije”, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš 2005. g. str. 543–570, kao i O. Cvejić Jančić, *Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života u praksi Evropskog suda*



lica koja su promenila pol, je imala velikog uticaja na Povelju o osnovnim pravima Evropske Unije, koja je doneta pola veka kasnije tj. 2000. g. u okviru Evropske Unije. Naime, čl. 21 st. 1 Povelje sadrži odredbu o zabrani diskriminacije, izricito predviđajući, između ostalog, i zabranu diskriminacije prema polnoj orijentaciji.

Posto je Srbija članica Saveta Evrope od 3. aprila 2003. godine (u to vreme je njen naziv bio Državna zajednica Srbija i Crna Gora) i kao takva i potpisnica Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, dužna je da poštuje odluke Evropskog suda za ljudska prava, koji, kao što je pomenuto, u svojim odlukama zabranjuje diskriminaciju i po osnovu polne orijentacije i rodnog identiteta, iako u Konvenciji to nije pomenuto kao posebn osnov zabrane diskriminacije. Međutim, ideja ljudskih prava koja je izražena još u Univerzalnoj deklaraciji Ujedinjenih nacija o ljudskim pravima iz 1948. god. je da su svi ljudska bica rođena slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima (član 1 Deklaracije), što isključuje diskriminaciju po bilo kom osnovu.

U našoj zemlji je još 2009. godine, prilikom donošenja Zakona o zabrani diskriminacije,<sup>7</sup> koji u čl. 21. predviđa pravo svakog da se izjasni ili ne izjasni o svojoj seksualnoj orijentaciji, kao i zabranu diskriminatorskog postupanje zbog izjašnjavanja o tome,<sup>8</sup> bilo oštrog suprotstavljanja usvajanju te odredbe ovog Zakona, usled čega je Zakon prvobitno bio povučen iz skupštinske procedure, da bi 26. marta 2009. ipak bio usvojen. Usvajanju tog Zakona se usprotivila Srpska pravoslavna crkva, kojoj su se pridružile i ostale tradicionalne verske zajednice u Srbiji. Rezultat povlačenja Zakona iz skupštinske procedure je bila, između ostalog, izmena prvobitnog teksta čl. 21 o zabrani diskriminacije prema polnoj orijentaciji, utoliko što je uklonjena zabrana diskriminacije prema rodnom identitetu a ostala je samo zabrana diskriminacije prema polnoj orijentaciji. Zabrana diskriminacije prema rodnom identitetu je ostala u čl. 2/1 i čl. 13/1 tač. 1 Zakona o zabrani diskriminacije.<sup>9</sup> Neupuštajući se sada u razloge koji su doveli do izo-

---

za prava čoveka, Arhiv za pravne i društvene nauke 1906-2006, br. 3-4/2006, str. 1929-1962, Beograd.

<sup>7</sup> Zakon o zabrani diskriminacije, Sluzbeni glasnik Republike Srbije br. 22/2009 od 30. marta 2009.

<sup>8</sup> Član 21 (Diskriminacija na osnovu seksualne orijentacije): "Seksualna orijentacija je privatna stvar i niko ne može biti pozvan da se javno izjasni o svojoj seksualnoj orijentaciji. Svako ima pravo da se izjasni o svojoj seksualnoj orijentaciji, a diskriminatorско postupanje zbog takvog izjašnjavanja je zabranjeno."

<sup>9</sup> U čl. 2/1 tač. 1 Zakona o zabrani diskriminacije koji se odnosi na definisanje pojmova korišćenih u Zakonu ističe se da "izrazi 'diskriminacija' i 'diskriminatorско postupanje' označavaju svako neopravdano pravljenje razlike ili nejednako postupanje, odnosno propuštanje (isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva), u odnosu na lica ili grupe kao i na članove njihovih porodica, ili njima bliska lica, na otvoren ili prikriven način, a koji se zasniva na .... rodnom identitetu, seksu-

stavljanja zabrane diskriminacije i prema rodnom identitetu, zelimo da naglasimo potrebu unošenja ovih osnova zabrane diskriminaciju u budućem ustavu, imajući u vidu ne samo jos uvek prisutnu osudu (seksualnih) odnosa između lica istog pola i polnog preuređena (operativna promena pola) i otpor prema priznavanju bilo kakvih prava ovim licima, već i zbog mogućnosti da se putem tumačenja Zakona nađu načini za njegovo izigravanje i zaobilaznje. Ustav zbog toga mora na vrlo jasan i nedvosmislen način da garantuje ravnopravnost i zabranu diskriminacije prema LGBT populaciji.<sup>10</sup>

### *Zabrana fizičkog kaznjavanja deteta*

Sadašnji Ustav sadrži odredbu o zaštiti dece od psihičkog, fizičkog, ekonomskog i svakog drugog iskorišćavanja ili zloupotrebljavanja (čl. 64/3), ali ne sadrži izričito i zabranu fizičkog kaznjavanja deteta. Ovo je vazno naglasiti zbog toga što je naše društvo vrlo tolerantno prema primeni mera fizičkog (telesnog) kaznjavanja dece, pa je potrebno i ustavom zabraniti takve postupke prema deci.

Zabrana fizičkog kaznjavanja deteta je inače uvedena u obrazovnim ustanovama na osnovu Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja (2009)<sup>11</sup> koji izričito predviđa da je “[U] ustanovi (je) zabranjeno: fizičko, psihičko i socijalno nasilje; zlostavljanje i zanemarivanje dece i učenika; *fizičko kažnjavanje* (naglasio autor) i vređanje ličnosti, odnosno seksualna zloupotreba dece i učenika ili zaposlenih.”<sup>12</sup> Pod fizičkim nasiljem se podrazumeva “*fizičko kažnjavanje dece i učenika* (naglasio autor) od strane zaposlenih i drugih odraslih osoba; svako ponašanje koje može da dovede do stvarnog ili potencijalnog telesnog povređivanja deteta, učenika ili zaposlenog; nasilno ponašanje zaposlenog prema deci, učenicima ili drugim zaposlenim, kao i učenika prema drugim učenicima ili zaposlenim.”<sup>13</sup> Obrazovnim ustanovama se smatraju predškolske ustanove, osnovne škole i srednje škole svih profila (gimnazija, stručna škola, umetnička škola, srednja škola za obrazovanje odraslih i za učenike sa smetnjama u razvoju (čl. 27 st. 1, tač. 1/3).

alnoj orijentaciji ...”, dok se u čl. 13/1 tač. 1, u kome se ukazuje na teške oblike diskriminacije ističe da su to, između ostalog “izazivanje i podsticanje neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti po osnovu ... rodnog identiteta, seksualnog opredeljenja ...”.

<sup>10</sup> Ovaj izraz je vrlo rasprostranjen za označavanje lica sa različitom polnom orijentacijom i rodnim identitetom (lezbijke, gejevi, biseksualci i transeksualci).

<sup>11</sup> Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja je objavljen u Sl. glasniku RS, br. 72//2009, 52/2011 i 55/2013.

<sup>12</sup> Čl. 45/1 Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja.

<sup>13</sup> Čl. 45/5 Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja.

Međutim, Zakon o socijalnoj zaštiti<sup>14</sup> kao ni Porodični zakon<sup>15</sup> ne sadrže odredbe o izričitoj zabrani fizičkog kaznjavanja dece, već samo širu formulaciju o zabrani nasilja nad korisnikom socijalne zaštite, zabrani fizičkog, emocionalnog i seksualnog zlostavljanja, iskorištavanja korisnika, zloupotrebi poverenja ili moći koju zaposleni u ustanovi socijalne zaštite uživa u odnosu na korisnika, zanemarivanja korisnika i druga postupanja koja narušavaju zdravlje i dostojanstvo korisnika i razvoja deteta (čl. 151/1 Zakona o socijalnoj zaštiti), odnosno o tome da "[R]oditelji ne smeju podvrgavati dete ponižavajućim postupcima i kaznama koje vređaju ljudsko dostojanstvo deteta i dužni su da dete štite od takvih postupaka drugih lica (čl. 69/2 Porodičnog zakona)." U oba Zakona se zabrana fizičkog kaznjavanja deteta ne pominje, pa se upotrebljeni termini "zabrana nasilja", "zabrana fizičkog, emocionalnog i seksualnog zlostavljanja i iskorištavanja", "podvrgavanje deteta ponižavajućim postupcima i kaznama koje vređaju ljudsko dostojanstvo deteta" mogu različito tumačiti i nije izvesno da bi se svi složili (pa čak ni oni koji treba da primene zakon) da i šamar po licu ili zadnjici deteta isto tako predstavlja nedopušteno nasilje. Zbog toga je vrlo značajno da budući ustav predvidi zabranu fizičkog kaznjavanja deteta, kako bi svaki prostor za razlike u interpretaciji bio eliminisan, a zatim bi i ostali (tzv. sektorski) zakoni morali biti usklađeni sa ustavom.

Ustavna zabrana fizičkog kaznjavanja deteta bi bila i vrlo značajna mera borbe protiv nasilja u društvu uopšte, što smatramo neophodnom merom za pacifikaciju celog društva. Koliko je sklonost nasilju u našem društvu raporstranjena i kolika je spremnost na nasilje izražena mozemo zaključiti i po merama preduzetim radi obezbeđenja Gej parade održane 28. septembra 2014. godine u Beogradu, kojim povodom je, po pisanju medija,<sup>16</sup> utrošeno oko miliona evra na obezbeđenje nesmetanog ostvarivanja ustavnom garantovane slobode okupljanja (član 54 Ustava).<sup>17</sup> Nesporno je da se radi o velikoj svoti novca i prosto je neobjašnjivo i nerzumno da u jednoj ekonomski potpuno uništenoj zemlji ne postoji svest šire javnosti o tome da ne treba stvarati klimu u kojoj će te mere i troškovi njima

---

<sup>14</sup> Zakon o socijalnoj zaštiti, Sl. glasnik R Srbije, br. 24/2011.

<sup>15</sup> Porodični zakon, Sl. glasnik R Srbije, br. 18/2005.

<sup>16</sup> Procene iznete u Večernjim novinama "Gej parade nas koštala million evra", online izdanje od 30. septembra 2014. g., dostupno na <http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:512415-Gej-parada-nas-kostala-milion-evra>

<sup>17</sup> Član 54. Ustava: "Mirno okupljanje građana je slobodno. Okupljanje u zatvorenom prostoru ne podleže odobrenju, ni prijavljivanju. Zborovi, demonstracije i druga okupljanja građana na otvorenom prostoru prijavljuju se državnom organu, u skladu sa zakonom. Sloboda okupljanja može se zakonom ograničiti samo ako je to neophodno radi zaštite javnog zdravlja, morala, prava drugih ili bezbednosti Republike Srbije."

izazvani biti potrebni. Zar nije logično očekivati od društvenih institucija, kakva je crkva, na primer, da pacifikuje svoje (nasilne) vernike i propagira toleranciju, u skladu sa Biblijskom zapovesti "Ljubi bližnjega svoga kao samoga sebe",<sup>18</sup> i zar crkva nije ta koja treba da pruži podršku, praštanje i ljubav svima.<sup>19</sup> Zbog toga smatramo da treba preduzeti i ustavnopravne mere borbe protiv nasilja, koja treba da obuhvati i porodicu, proklamovanjem zabrane fizičkog kažnjavanja dece.

Prednacrta Građanskog zakonika Srbija koji je posvećen porodičnim odnosima predviđa ovu zabranu.<sup>20</sup> To ne znači da deca mogu i treba da rade šta hoće, bez discipline i reda, bez primene ikakvih sankcija i vaspitnih i drugih mera. Naprotiv, vaspitane deteta je vrlo bitan deo odrastanja i razvoja deteta, ključni deo roditeljskih dužnosti, sastavni deo školskog i svakog drugog vaspitanja mladih. Međtim, postoji čitava paleta drugih vaspitnih mera i disciplinovanja deteta sem primene fizičkog kažnjavanja. Svako dete će mnogo bolje razumeti roditeljsku ljubav, pažnju, brigu, trud, negu i posvećenost detetu nego fizičko obračunavanje sa neposlušnim ili vaspitno zapuštenim detetom. Nasilje nigde i nikada nije dalo dobre rezultate.

<sup>18</sup> Treća knjiga Mojsijeva koja se zove Levitska, Gl.19:18, gde se kaže: "Ne budi osvetljiv, i ne nosi srdnje na sinove naroda svojega; *nego ljubi bližnjega svojega kao sebe samoga; ja sam Gospod*", zatim, Evanđelje po Mateju, Gl. 5:43–48, gde se kaže: "43. Čuli ste da je kazano: ljubi bližnjega svojega, i mrzi na neprijatelja svojega. 44. A ja vam kažem: ljubite neprijatelje svoje, blagosiljajte one koji vas kunu, činite dobro onima koji na vas mrze i molite se Bogu za one koji vas gone; 45. Da budete sinovi oca svojega koji je na nebesima; jer on zapovijeda svome suncu, te obasjava i zle i dobre, i daje dažd pravednima i nepravednima. 46. Jer ako ljubite one koji vas ljube, kakovu platu imate? Ne čine li to i carinici? 47. I ako Boga nazivate samo svojoj braći, šta odviše činite? Ne čine li tako i nezabošci? 48. Budite vi dakle savršeni, kao što je savršen otac vaš nebeski", i Gl. 22:35–40 Evanđelja po Mateju, gde se kaže: "35. I upita jedan od njih zakonik kušajući ga i govoreći: 36. Učitelju! Koja je zapovijest najveća u zakonu? 37. A Isus reče mu: ljubi Gospoda Boga svojega svijem srcem svojijem, i svom dušom svojom, i svom misli svojom. 38. Ovo je prva i najveća zapovijest. 39. A druga je kao i ova: *ljubi bližnjega svojega kao samoga sebe*. 40. O ovima dvjema zapovestima visi sav zakon i proroci", Biblija ili Sveto pismo Staroga i Novoga Zaveta, prevod Đ. Daničić i V. Karadžić, Izdanje Biblijskog društva, Beograd, 1974, str. 113 i Novi Zavet, (prevod V. Karadžić) str. 9 i 29.

<sup>19</sup> U junu prošle (2013.) godine održana je Parade ponosa u Lisabonu. Nedelja, sunčan dan, parada prolazi centrom Lisabona. Nema nijednog policajca u blizini, porodični ljudi sa decom, i ne samo oni, izašli u grad, u kome smo se i mi zatekli, snebivajući se kako sve prolazi bez incidentata, bez tenzija, bez nasilja. U katoličkoj Portugaliji. Da li smo mi veći hrišćani od svih ostalih, koji smatraju da Gej paradu ne treba da koriste za svoju ličnu promociju, proveru sopstvenog autoriteta i uticaja na mase, ili nismo dovoljno mudri da shvatimo vreme u kome živimo, da shvatimo šta treba da nam budu prioriteta, da shvatimo concept ljudskih prava i još mnogo toga.

<sup>20</sup> Član 7 stav 8 (alternativa): Zabranjeno je svako zlostavljanje deteta, a naročito fizičko kažnjavanje, Prednacrta Građanskog zakonika Srbije, Knjiga treća, izd. Generalni sekretarijat Vlade, Beograd, 2011, str. 13.

Konvencija UN o pravima deteta, koja predstavlja osnovni i najznačajniji međunarodni instrument zaštite prava deteta,<sup>21</sup> predviđa da države potpisnice treba da preduzmu sve odgovarajuće zakonodavne, administrativne, socijalne i obrazovne mere radi zaštite deteta od svih oblika fizičkog ili mentalnog nasilja, povrede ili zlostavljanja, zanemarivanja ili nemarnog odnosa, maltretiranja ili eksploatacije, uključujući seksualno zlostavljanje, dok se nalazi pod brigom roditelja (a), zakonskih staratelja (i) ili bilo kog drugog lica koje brine o detetu (čl. 19 st. 1). Pored toga, Konvencija predviđa da nijedno dete ne treba da bude podvrgnuto mučenju ili drugom okrutnom, nehumanom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju i da ni smrtna kazna, ni doživotni zatvor, bez mogućnosti oslobađanja, neće biti dosuđeni za dela koja izvrše osobe mlađe od osamnaest godina (čl. 37 st. 1, tač. a).

Dakle, Konvencija ne pominje eksplicitno zabranu fizičkog kažnjavanja deteta, ali se Komitet za prava deteta, koji predstavlja nadzorno telo implementacije ove Konvencije, jasno i nedvosmisleno zalaže za potpunu zabranu fizičkog kažnjavanja deteta, kako van porodice, tako i u porodici. To je izraženo, između ostalog, i u Opštem komentaru broj 8 ovog Komiteta koji je usvojen na zasedanju u Ženevi 2006. godine.<sup>22</sup> U pomenutom Opštem komentaru se ističe obaveza svih država ugovornica da postupaju brzo i zabrane i eliminišu sve oblike telesnog kažnjavanja i svih drugih okrutnih ili ponižavajućih oblika kažnjavanja dece i da skiciraju zakonodavne i druge mere (kao na pr. vaspitne mere i mere na podizanju svesti) koje Države moraju da preduzmu (GC I/2). Telesno kažnjavanje i drugi okrutni ili ponižavajući oblici kažnjavanja su oblici nasilja i države moraju da preduzmu sve odgovarajuće zakonodavne, administrativne, socijalne i obrazovne mere da ih eliminiše (GC IV/18). Komitet smatra da primena zabrane svih oblika telesnog kažnjavanja zahteva podizanje svesti, odgovarajuća uputstva i obuku za sve. Država mora da obezbedi da zakon deluje u najboljem interesu dece pogođene fizičkim kažnjavanjem, posebno kada su roditelji ili drugi bliski članovi porodice počinioci. Svrha reforme zakona o zabrani fizičkog kažnjavanja dece u poro-

---

<sup>21</sup> Konvencija UN o pravima deteta usvojena je Rezolucijom 44/25 Generalne skupštine UN od 20. novembra 1989. godine, stupila na snagu 2. septembra 1990. g., dostupno na <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>. Sajtu pristupljeno 8 januara 2014. Konvenciju je ratifikovala bivša SFR Jugoslavija 26. januara 1990. godine (Službeni list SFRJ, Međunarodni ugovori br. 15/1990, 4/1996. i 2/1997), a Srbija je kao pravni sledbenik bivše Jugoslavije pristupila Konvenciji 12. marta 2001. g.

<sup>22</sup> General comment No. 8 (2006) "Right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (Art. 19; 28, para 2; and 37, inter alia), Opšti komentar br. 8 (2006) "Pravo deteta na zaštitu od telesnog kažnjavanja i drugih okrutnih ili ponižavajućih oblika kažnjavanja (čl. 19; 28, stav 2; i 37, između ostalih)", usvojen na 42. zasedanju Komiteta za prava deteta, koje je održano od 15. maja do 2. juna 2006. g. u Ženevi.

dici je, na prvom mestu, prevencija: da se spreči nasilje nad decom kroz promenu stavova i prakse, ističući pravo dece na jednaku zaštitu i pružajući nedvosmi-slen osnov za zaštitu deteta i za promociju pozitivnih, nenasilnih i participativnih oblika odgajanja dece (GC V/2.38).

I Evropski sud za ljudska prava je u odluci A. protiv Ujedinjenog Kraljevstva<sup>23</sup> zauzeo stanovište da je fizičko kažnjavanje dece nedopušteno i da predstavlja povredu čl. 3 Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (zabrana torture)<sup>24</sup>. Činjenično stanje se sastoji u sledećem: maloletni podnosilac predstavke je naveo da je bio žrtva telesnog kažnjavanja od strane vanbračnog partnera svoje majke, koji je docnije sklopio brak sa njom, ali ga je i kao očuh često kažnjavao štapom. Brat podnosioca predstavke je jednog dana obavestio direktora škole da je njegov brat žrtva fizičkog kažnjavanja od strane očuha, nakon čega je očuh bio uhapšen, ali, uz kauciju, već sledećeg dana pušten. Dečak (u to vreme devetogodišnjak) je pregledan od strane pedijatra koji je našao tragove batinanja štapom različite starosti, od svežih tragova batina nanetih u prethodna 24 časa, do modrica nanetih tri, četiri i vise dana pre lekarskog pregleda. Lekar je dakle, konstatovao, da je dačak bio izložen prilično snažnim batinama u vise nego jednom prilikom. Očuh, optužen pred domaćim sudom, nije osporavao da je tukao pastorka, ali se u odbrani pozivao na to da je fizičko kažnjavanje bilo opravdano, jer se radilo o neposlušnom detetu, što je porota uvažila i odlučila da očuh nije kriv za nanošenje lakših telesnih povreda pastorku. Evropski sud je međutim, jednoglasno odlučio da zakonodavstvo Ujedinjenog kraljevstva nije obezbedilo adekvatnu zaštitu podnosiocu prijave protiv postupanja ili kažnjavanja suprotno članu 3 Konvencije, a Vlada UK je prihvatila da ovaj zakon ne uspeva da obezbedi adekvatnu zaštitu deci i da treba da se izmeni. U ovoj odluci Evropski sud je zaključio da je došlo do povrede čl. 3 Konvencije i naložio Ujedinjenom Kraljevstvu da plati 10.000 funti za naknadu nematerijane štete i 20.000 funti za izdatke i troškove.

Od zemalja u okruženju zabranu fizičkog kaznjavanja dece predviđa Austrija (od 1989. g.), Kipar (od 1994. g.), Hrvatska (od 1999. g.)<sup>25</sup>, Bugarska (od 2000. g.), Mađarska (od 2004. g.), Rumunija (od 2004. g.), Grčka (od 2006. g.), Albanija (od 2010. g.) Makedonija (od 2013. g.) i druge.

<sup>23</sup> Case of A. v. UK, broj podneska 100/1997/884/1096 od 23. septembra 1998. g.

<sup>24</sup> Član 3 Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda: "Niko ne sme biti podvrgnut mučenju ili nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju."

<sup>25</sup> Član 94 st. 2 Obiteljskog zakona Hrvatske: "Roditelji ne smiju tjelesno kažnjavati dijete, postupati ponižavajuće prema njemu niti primjenjivati psihičku prisilu te su ga dužni štiti od takvog postupanja drugih osoba", Narodne novine, br. 75/2014.

### *Princip uvažavanja najboljeg interesa deteta*

Konvencija o pravima deteta, koja predstavlja sveobuhvatni kodeks dečijih prava, proklamuje princip uvažavanja najboljeg interesa deteta, kao jedan od četiri osnovna principa na kojima je Konvencija bazirana i na kojima počivaju prava deteta.<sup>26</sup> Sve države koje su ratifikovale Konvenciju UN o pravima deteta (do kraja aprila 2014. godine to je učinilo 194 država,<sup>27</sup> među kojima se ne nalaze SAD, koje su je potpisale ali je do tada još nisu ratifikovale), dužne su da preduzmu sve odgovarajuće zakonodavne, administrativne i ostale mere za ostvarivanje prava priznatih u Konvenciji (čl. 4).

Ovaj princip, međutim, nije našao mesta u Ustavu iz 2006. g. kao generalni ustavni princip, iako se on pominje na jednom mestu u Ustavu, kada se govori o oduzimanju ili ograničenju roditeljskog prava<sup>28</sup>.

U Konvenciji (čl. 3 st. 1) se naglašava da najbolji interes deteta mora biti od primarne važnosti u svim aktivnostima koje se tiču deteta, bilo da su one preduzete od strane privatnih ili javnih institucija socijalnog staranja, sudova, administrativnih vlasti ili zakonodavnih tela. Polazeći od tog konvencijskog principa, Porodični zakon (2005) predviđa da je svako dužan da se rukovodi najboljim interesom deteta u svim aktivnostima koje se tiču deteta (Opšte odredbe PZ, čl. 6 st. 1). Prema tome, polazeći od Porodičnog zakona, najbolji interes deteta dobija centralno mesto i predstavlja okosnicu porodično-pravnog položaja deteta, iako bi to trebalo da bude opšti princip pravnog (a ne samo porodično-pravnog) položaja deteta i kao takav trebalo bi da bude zastupljen i u svim ostalim delovima pravnog sistema naše zemlje, a pre svega u Ustavu, u skladu sa ratifikovanim međunarodnim ugovorom odnosno konvencijom, koju je naša zemlja ratifikovala. Zato je, u najmanju ruku, začuđujuće sto jedno tako značajno, elementarno i nesporno načelo pravnog položaja deteta nije dobilo ustavnu verifikaciju. Smatramo da bi novi Ustav trebalo da ispravi ovaj propust i u delu koji je posvećen porodičnim odnosima izričito proklamuje princip uvažavanja najboljeg interesa deteta, jer je još u Deklaraciji o pravima deteta iz 1924. godine<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> Pored principa uvažavanja najboljeg interesa deteta (čl. 3 Konvencije), osnovni principi Konvencije su još i princip zabrane diskriminacije (pravo na nediskriminaciju, čl. 2 Konvencije), pravo deteta na život, opstanak i razvoj (čl. 6 Konvencije) i pravo na participaciju (čl. 12 i 13 Konvencije).

<sup>27</sup> Poslednja je ovu Konvenciju ratifikovala Palestina 2. aprila 2014, dostupno na: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en)

<sup>28</sup> Čl. 65 st. 2 Ustava: "Sva ili pojedina prava mogu jednom ili oboma roditeljima biti oduzeta ili ograničena samo odlukom suda, ako je to u najboljem interesu deteta, u skladu sa zakonom".

<sup>29</sup> Deklaracija o pravima deteta tzv. Ženevska deklaracija, usvojena 26. septembra 1924. godine pod okriljem Lige naroda, predstavlja prvi pokušaj da se položaj dece u svetu poboljša, na-

rečeno da čovečanstvo duguje detetu najbolje što ima. To je naravno inspirisano činjenicom da dete tek sa 18 godina života stiže punoletstvo i sposobnost da se samostalno stara o svojim pravima i interesima, i po pravilu, tek tada prestaje roditeljsko pravo. Do tada, u velikoj meri se nalazi u zavisnom položaju i možda čak i u neravnopravnom položaju u odnosu na položaj odraslih, i zbog toga njihov najbolji interes mora biti uvažavan, kako bi se obezbedili maksimalni uslovi za život, opstanak, razvoj, obrazovanje i formiranje zrele i samostalne ličnosti.

Zašto je potrebna ustavna proklamacija i garancija načela uvažavanja najboljeg interesa deteta? Pre svega zbog toga što je Ustav najviši pravni akt jedne zemlje, i što bi jedna takva ustavna odredba bezbedila najširu zastupljenost ovog principa u svim granama prava, jer zakoni moraju biti u skladu sa Ustavom. Pored toga, u zemlji koja je još uvek u velikoj meri opterećena patrijarhalnim shvatanjem porodice i privržena tradicionalnim porodičnim vrednostima, prema kojima se očekuje da deca budu podčinjena svojim roditeljima, najbolji interes deteta nije uvek u prvom planu ili se bar može vrlo različito tumačiti, na pr. kroz prizmu interesa roditelja, a tek potom i detetovih interesa. Novi položaj deteta, kao subjekta određenih prava, i zaštita njegovih interesa i dobrobiti u takvim društvima će najbolje biti shvaćeni i ostvareni ako dobiju rang ustavnog principa i ustavnu afirmaciju.

### *Pravo na planiranje porodice*

Ustav Srbije reguliše slobodu odlučivanja o rađanju proklamujući da “[S] vako ima pravo da slobodno odluči o rađanju dece. Republika Srbija podstiče roditelje da se odluče na rađanje dece i pomaže im u tome (član 63)”. Ova Ustavna garancija prava na slobodno odlučivanje o rađanju, shodno samom Ustavu, ne može se organičiti zakonom niti na drugi način, bilo kojim drugim aktom, u skladu sa ustavnom zabranom ograničavanja ustavom zagwarantovanih ljudskih i manjinskih prava. Naime Ustav kaže da ljudska i manjinska prava zajemčena Ustavom *moгу zakonom ograničena samo pod sledećim pretpostavkama:*

1. *da određeno ograničenje ljudskih i manjinskih prava dopušta Ustav;*
2. *da ograničenje bude ustanovljeno u svrhe radi kojih ga Ustav dopušta;*
3. *da ograničenje bude ustanovljeno u obimu neophodnom da se ustavna svrha ograničenja zadovolji u demokratskom društvu;*

kon suočavanja sa stravičnim posledicama i Prvog svetskog rata. Sestre Eglantyne i Dorothy Buxton osnivaju fond “Save the children” (Spasimo decu) i pripremaju nacrt Deklaracije o pravima deteta, koji u februaru 1924. godine podnose Ligi naroda, koja ga usvaja iste godine. Dostupno na sajtu: <http://www.humanium.org/en/childrens-rights-history/references-on-child-rights/geneva-declaration/>.



4. da se konkretnim ograničenjem ljudskog ili manjinskog prava *ne zadire u suštinu zajemčenog prava*.

Dostignuti nivo ljudskih i manjinskih prava ne može se smanjivati.

Ustav zatim predviđa "da su pri ograničavanju ljudskih i manjinskih prava, svi državni organi, a naročito sudovi, dužni su da vode računa o suštini prava koje se ograničava, važnosti svrhe ograničenja, prirodi i obimu ograničenja, odnosu ograničenja sa svrhom ograničenja i o tome da li postoji način da se svrha ograničenja postigne manjim ograničenjem prava (čl. 20)". U tom pogledu Ustav vrlo dobro reguliše materiju ljudskih prava, naglašavajući njihovu važnost kroz isključenje svake mogućnosti njihove zloupotrebe i arbitrarnog ograničenja istih u smislu postavljanja određenih zabrana i prepreka u njihovom ostvarivanju, mimo Ustavnih okvira. Dakle, konkretno, pojedinačno ljudsko ili manjinsko pravo bi se moglo ograničiti zakonom (ili drugim pravnim aktom) samo u skladu sa Ustavom odnosno ako sam Ustav to predviđa i dozvoljava.<sup>30</sup>

U slučaju prava na odlučivanje o rađanju dece, koje je, kao i pravo na nerađanje, deo prava na planiranje porodice, Ustav ne predviđa mogućnost ograničenja ovog prava ili odstupanja od slobode odlučivanja o rađanju (ni u pozitivnim aspektima aspektima njegovog ostvarivanja - pravo na rađanje, koje uključuje i pravo na začecje, ni u njegovim negativnim aspektima - pravo na kontracepciju i prekid trudnoće)<sup>31</sup>, ni zakonom niti drugim pravnim aktom. Međutim, smatramo da bi u budućem ustavu trebalo predvideti mogućnost zakonskog ograničenja ovog prava u slučaju planiranja porodice u negativnom pravcu, radi nerađanja dece, pa tako dozvoljeni prekid trudnoće omogućiti samo u slučaju postojanja zakonskih indikacija za to, kao što i čini Zakon o postupku prekida trudnoće u

---

<sup>30</sup> Na primer, u čl. 40 st. 1 i 3 Ustava je predviđeno da je stan nepovrediv i da "[B]ez odluke suda, ulazak u tuđi stan ili druge prostorije, izuzetno i pretresanje bez prisustva svedoka, dozvoljeni su ako je to neophodno radi neposrednog lišenja slobode učinioca krivičnog dela ili otklanjanja neposredne i ozbiljne opasnosti za ljude ili imovinu, *na način predviđen zakonom*." Slično je predviđeno i čl. 41 koji kaže: "Tajnost pisama i drugih sredstava komuniciranja je nepovrediva. Odstupanja su dozvoljena samo na određeno vreme i na osnovu odluke suda, ako su neophodna radi vođenja krivičnog postupka ili zaštite bezbednosti Republike Srbije, *na način predviđen zakonom*." Znači, u ovim slučajevima Ustav garantuje određena prava, koja se mogu ograničiti samo u skladu sa zakonom, a na osnovu ustavne vize o dopuštenim slučajevima odstupanjima od garantovanih prava. Kada se radi o odredbi kojom se grantuje slobodno odlučivanje o rađanju dece, takva viza nije predviđena i svako odstupanje od potpune slobode odlučivanja o rađanju ili nerađanju dece bi bio protivustavno.

<sup>31</sup> Više o sadržini prava na planiranja porodice u O. Cvejić-Jančić, *Porodično pravo*, Novi Sad, 2009, str. 221-241.

zdravstvenim ustanovama.<sup>32</sup> Pošto sadašnji Ustav ne sadrži mogućnost bilo kakvog ograničavanja prava na slobodno odlučivanje o rađanju dece, pomenuti Zakon o postupku prekida trudnoće je neustavan, jer ograničava pravo na prekid trudnoće samo na slučajeve postojanja zakonskih indikacija, za šta nema osnova u Ustavu. Doslovno tumačeći sadašnji Ustav, i pravo na prekid trudnoće bi moralo biti neograničeno pravo svake trudnice da slobodno odluči da li će zadržati trudnoću ili će je prekinuti, što je svakako vrlo široko definisano u Ustavu i zato on mora pretrpeti određene izmene u smislu sužavanja ovog prava samo na slučajeve postojanja zakonskih indikacija za prekid trudnoće. Naime, poznato je da je svaki prekid trudnoće manje ili više štetan po zdravlje žene, kao nasilni prekid jednog prirodnog procesa započetog u telu žene, i stoga ga treba ograničiti samo na opravdane slučajeve u kojima bi prinudno zadržavanje trudnoće moglo da izazove teže posledice po fizičko i/ili psihičko zdravlje žene nego sam prekid takve trudnoće.<sup>33</sup>

S druge strane, određujući subjekte kojima se pravo odlučivanja o rađanju garantuje, Ustav je upotrebio jednu vrlo nespretnu formulaciju rekavši da "svako" ima pravo da slobodno odlučuje o rađanju dece, iako je ustavotvorac po svoj prilici mislio samo na svakog roditelja a ne i na ostala lica koja bi mogla da se mešaju u njihove odnose. Čak je vrlo bitno da se u novom ustavu eksplicite naglasi da svaki pojedinac, muškarac i žena pojedinačno, imaju pravo da slobodno odlučuju o rađanju, i da se u pogledu ostvarivanja pojedinih ovlašćenja iz složenog prava na planiranje porodice, ne traži saglasnost oba partnera, buduća roditelja deteta, nego da svaki pojedinac samostalno odlučuje o tome. Tako na pr. za ostvarivanje prava na prekid trudnoće, Zakon o postupku prekida trudnoće u zdravstvenim ustanovama traži samo zhtev trudnice starije od 16 godina, dok se saglasnost njenog supruga ili vanbračog ili samo seksualnog partnera (gde nije uspostavljena vanbračna zajednica) ne traži.<sup>34</sup> Pravo na prekid trudnoće, ako postoje zakonski uslovi za to, kao jedan od metoda planiranja porodice u negativnom pravcu (radi sprečavanja neželjenog začeća ili neželjenog rađanja već začetog deteta, bez obzira da li je i samo začeće bilo željeno ili neželjeno) je pravo trudne žene, jer je plod deo njenog tela i ona ima pravo da samostalno odlučuje o rađanju.

<sup>32</sup> Zakon o postupku prekida trudnoće u zdravstvenim ustanovama, Sluzbeni glasnik RS br. 16/95, 101/2005.

<sup>33</sup> Sadašnji Zakon o postupku prekida trudnoće omogućava slobodan prekid trudnoće samo ako trudnoća nije prešla 10 nedelja starosti ploda, a ako je plod stariji od 10 nedelja, samo ako ovlašćeno telo (konzilijum lekara ili etički odbor, zavisno od starosti ploda) utvrdi postojanje zakonskih indikacija za dozvoljeni prekid trudnoće (medicinske, eugenične i krivino-pravne indikacije). Više u O. Cvejić-Jančić, op. cit., str. 233–239.

<sup>34</sup> Čl. 3 Zakona o postupku prekida trudnoće u zdravstvenim ustanovama.

I prema Zakonu o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja, iako subjekti tog prava po pravilu mogu biti samo supružnici ili vanbračni partneri, samostalni subjekt može biti i žena bez bračnog ili vanbračnog partnera, ako za to postoje naročito opravdani razlozi.<sup>35</sup> Pored toga, i muškarac, bilo bračni ili vanbračni partner majke, može biti samostalni subjekt ostvarivanja ovog prava time što može uskratiti tj. povući svoj pristanak na ovu vrstu intervencije sve do momenta dok semene ili jajne ćelije ili rani embioni nisu uneti u telo žene<sup>36</sup>.

Budući ustav bi, dakle, trebalo samo da jasno i nedvosmisleno definiše subjekte prava na slobodno odlučivanje o rađanju dece kao samostalne subjekte, kako bi se izbegle nedoumice i mogućnosti različitog tumačenja.

### *Pravo na zaključenje i raskidanje braka*

Čl. 62 st. 1 Ustava posvećen je ovom pitanju. U Ustavu je predviđeno da “[S] vako ima pravo da slobodno odluči o zaključenju i raskidanju braka”, što upućuje na vrlo nespretnu i nepreciznu formulaciju, jer pravo na raskidanje braka ili preciznije na razvod ne pripada svakom, već samo supružnicima odnosnom svakom od njih pojedinačno, zavisno da li se radi o sprazumnom razvodu ili razvodu po tužbi. To je prvo što bi trebalo menjati u ovoj ustavnoj odredbi, ako bi ona uopšte trebalo da ostane u Ustavu. Drugo problematično pitanje je ustavno pravo na slobodno odlučivanje o raskidanju braka. Ako ostavimo po strani činjenicu da pravo na razvod nije ustavnopravna materija i da nijedan ustav ne sadrži sličnu odredbu, ona je i u ovakvoj formulaciji sporna. Naime, supružnici ne mogu slobodno odlučivati o razvodu braka jer o tome može da odluči samo sud, kao jedini organ nadležni za razvod. Supružnici mogu samo odlučiti (zajedno ili svaki od njih pojedinačno) da pokrenu postupak za razvod braka, o kome treba da odlučuje sud, zavisno od toga da li su zakonom predviđeni uslovi za razvod ispunjeni. Način na koji je ovo pitanje regulisano Ustavom Srbije podseća na repudijaciju ili jednostrani otkaz braka, poznat u jevrejskom pravu, po kome muž ima pravo da ženi napiše knjigu raspusnu i tako jednostrano razvede brak, ako mu žene

---

<sup>35</sup> Čl. 26 st. 3 Zakona o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja, Sl. glasnik RS, br. 72/2009.

<sup>36</sup> Čl. 37 st.1 i 3 Zakona o BMPO glasi: “Za izvođenje BMPO potreban je pismeni pristanak svih lica koja se podvrgavaju postupku BMPO. ... Pristanak iz stava 1. ovog člana daje se posebno za svako izvođenje BMPO i može se opozvati u pismenoj formi sve dok se semene ćelije, neoplođene jajne ćelije ili rani embrioni ne unesu u telo žene. Član 38 st. 1 i 2: Povlačenje pismenog pristanka. “Supružnik, odnosno vanbračni partner može da povuče ranije datu izjavu o pristanku iz člana 37. ovog zakona. Povlačenjem izjave o pristanku postupak BMPO se obustavlja”.

više nije po volji i u kome (braku) više ne želi da ostane<sup>37</sup>. Slično je bilo predviđeno i običajnim pravom nekih starih naroda, kao što su npr. arapska plemena pre islama, od kojih je islam preuzeo ustanovu repudijacije.<sup>38</sup> "Otpust žene" odnosno repudijacija kao slobodan, jednostran raskid braka koji predstavlja pravo muža, a sasvim izuzetno, ako joj to pravo prizna muž, repudijaciju može koristiti i žena, postoji još uvek u nekim muslimanskim zemljama. Međutim, islam repudijaciju smatra kao "izuzetnu meru, nužno zlo i dozvoljava da se ona primeni samo iz opravdanih razloga. To se najbolje vidi iz ove Muhamedove izreke: Od svih dozvoljenih stvari Bogu je najmrži otakz braka"<sup>39</sup>.

Ustavna odredba o tome da svako ima pravo da slobodo odluči o raskidanju braka, zahvaljujući ovako nespretnoj formulaciji, upućuje na repudaciju, samo što je ona po našem Ustavu predviđena u korist oba supružnika. Takva formulacija zatim, umanjuje značaj braka, jer garantuje slobodno raskidanje braka, a to dalje, pored ostalih faktora, doprinosi i nestabilnosti braka i porodice. Pored toga, ova ustavna odredba predstavlja veliki problem i za sudove, koji izgleda da više nemaju mogućnosti da odbiju zahtev za razvod braka, jer bi time zadirali u ustavnom garantovano pravo svakog pojedinca da odluči o razvodu braka.

Čini nam se, ipak, da namera ustavotvorca nije bila da destabilizuje brak i porodične odnose, niti da suzi nadležnost sudova u domenu razvoda odnosno da im uskrati kompetenciju u pogledu odbijanje zahteva za razvod braka, kada za razvod nema uslova, već pre svega da izrazi ustavnu garanciju da je brak raskidiv, i da može prestati i razvodom braka, a ne samo prirodnim putem (smrću supružnika) ili sa tim izjednačenim načinom prestanka braka (proglašenjem nestalog supružnika za umrlog) ili pak poništajem braka. Usled toga u budućem ustavu treba ovu odredbu o slobodnom odlučivanju o razvodu braka izostaviti, ili je pak vrlo precizno formulisati tako da ne ostavlja prostora za dilemu oko njenog tumačenja.

### *Pravo na zaključenje braka u verskoj formi*

U klimi nagoveštaja potrebe za promenom Ustava vredelo bi razmotriti i prodiskutivati pitanje priznavanja verske forme sklapanja braka, paralelno sa građanskom formom, za vernike priznatih crkava i verskih zajednica. Prema sadašnjem Ustavu, verska forma braka ne predstavlja priznatu formu, jer se čl. 62 st.

<sup>37</sup> Peta knjiga Mojsijeva, Knjiga rapusna. Razni zakoni, osobito o siromasima, siročadi i strancima, Glava 24,1: "Kad ko uzme ženu i oženi se njome, pa se dogodi da mu ona ne bude po volji, što on nađe na njojzi štogod ružno, neka joj napiše knjigu rapsusnu i da joj u ruke, pa neka je otpusti iz svoje kuće", Biblija, Beograd, 1974 (prevod Đ. Daničić i V. St. Karadžić), str. 189.

<sup>38</sup> Mehmed Begović, Šerijatsko bračno pravo, Beograd, 1964, str. 107.

<sup>39</sup> M. Begović, op. cit., str. 106.

2 kaže da se brak zaključuje pred nadležnim državnim organom, ali je dozvoljeno sklapanje braka i u verskom obliku, i to kako pre, tako i posle sklapanja braka pred matičarem. Ovo je dosta značajno naglasiti jer još uvek ima verskih starešina koje odbijaju da dozvole sklapanje crkvene forme braka pre sklapanja građanskog braka, iako to više nije pravno relevantno, kao što je bilo do 1994. g. kada je izmenjen Krivični zakonik Srbije i ukinuto krivično delo sklapanja verskog braka pre građanskog, kao i krivična odgovornost verskog starešine koji bi to omogućio. Od 1994. g. više nije od značaja redosled po kojem je zaključen crkveni i građanski brak. Međutim, ukoliko bi brak bio sklopljen samo u verskoj formi, takav brak ne bi proizvodio pravna dejstva braka i mogao bi, sa pravnog aspekta, biti tretiran eventualno samo kao vanbračna zajednica, ako bi zakonski uslovi za priznavanje vanbračne zajednice bili ispunjeni.

I Prednacrt Građanskog zakonika Srbije je predvideo mogućnost sklapanja braka u verskoj formi, u alternativi uz čl. 24 ("Brak se zaključuje u svečanom građanskom ili verskom obliku"), uz napomenu da bi verski oblik braka mogao eventualno da se reguliše, pod uslovom da Ustav to omogući. Prednosti i nedostatke uvođenja ove mogućnosti treba svestrano sagledati pre promene Ustava. Prednost bi, naprimer, bila u tome što bi se vernicima priznalo pravo da, u skladu sa svojim verskim uverenjima, sklope brak prema pravilima vere koju ispovedaju, čime bi se upotpunilo i zaokružilo ustavno pravo na slobodu misli, savesti i veroispovesti (čl. 43 Ustava). Možda bi to moglo na neki način da doprinese i učvršćenju braka i porodice, ako bi crkve i verske zajednice na taj način mogle da ostvare jači moralni uticaj na svoje vernike u pogledu poštovanja braka i bračnih obaveza. Sa druge strane, treba napomenuti da bi priznavanje nadležnosti crkvama i verskim zajednicama da vrše obred sklapanja braka, paralelno sa nadležnošću matičara i bez obaveze sklapanja građanskog braka, moglo da dovede do neažurnosti državnih matičnih knjiga i do pravne nesigurnosti u pogledu evidentiranja pravnih stanja građana. Naime, pitanje je da li bi, i pored pretpostavljene obaveze crkava i verskih zajednica da podatak o sklopljenom braku po verskim obredima u najkaraćem roku dostave matičaru, ta obaveza bila dovoljno efikasno izvršavana. Sa druge strane, treba imati u vidu i činjenicu da bi neažurnost matičnih knjiga olakšala, da ne kažemo čak i omogućila zloupotrebe instituta braka izigravanjem uslova za njegovo zasnivanje i punovažnost, i time dovela do pravne nesigurnosti u ovoj inače vrlo osetljivoj oblasti. Zbog toga ovo pitanje treba pažljivo proučiti, u kontekstu svih konekvenci do kojih bi moglo doći pomenutim promenama, s tim što bi trebalo naglasiti da se samim tim što bi se (eventualno) proširila nadležnost za sklapanje braka na crkve i verske zajednice, ne bi menjao pravni režim bračnih i porodičnih odnosa, jer bi za sve ostala pitanja u oblasti braka i porodice važili državni a ne verski propisi.

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

WHAT SHOULD BE CHANGED IN THE CONSTITUTION  
OF SERBIA REGARDING FAMILY-LAW RELATIONS

Summary

In this paper author proposes several changes in the future Constitution of Serbia, regarding family-law relations, in order to improve legal protection and legal position of subjects of family-law relations and security and protection of human rights. This primarily relates to the prohibition of discrimination, which must expressly include the prohibition of discrimination based on sexual orientation and gender identity, then, to ban physical punishment of children and include principle of the best interests of the child, as a general principle in all matters, which relates to a child. In addition, the constitutional provisions on the right to family planning should be changed and formulated better than is the case with the current constitutional provision. Besides, the constitutional provision on the right of everyone to freely decide about conclusion of marriage and on divorce cannot remain in the new constitution, since such a constitutional provision restricts jurisdiction of the judge to refuse divorce, even if there is no legal grounds for divorce. Finally, the author proposes to consider and discuss the need and advantages of constitutionally recognized jurisdiction of churches and religious communities to carry out the formalities of marriage, without of need to conclude, before or after religious marriage has been concluded, also civil marriage before the registrar.

ZORAN PONJAVIĆ

## UTVRĐIVANJE POREKLA DETETA – IZMEĐU BIOLOŠKE ISTINE I STABILNOSTI

### U V O D

Pravna pravila kojima se reguliše utvrđivanje poreklo deteta u odnosu na roditelje najvažnija su za određivanje njegovog identiteta i statusa. Na osnovu njih svako zauzima mesto u svojoj porodici, kao otac ili majka, kao sin ili ćerka. Na osnovu njih uspostavljaju se i druge, šire veze, sa dedama i babama, sa pobočnim srođnicima, ujacima, stričevima, ali konačno, sa jednom nacijom i kulturom. Preko njih zajednica definiše svoj, opšti interes. Ovaj opšti interes se ogleda, najpre, kroz pravnu i administrativnu kontrolu građanskog stanja lica kao i činjenicu da se u nekim slučajevima nalazi pod kontrolom javnog tužioca

Najčešća osnova pravila za identifikaciju deteta unutar porodičnog kruga je biološka veza koja proističe iz rađanja. Prokreacija, međutim, nije jedina i nije dovoljna osnova roditeljskopravnog, odnosno srođničkog odnosa. Taj odnos je istovremeno biološki, sociološki i psihološki. Svaki od ovih elemenata učestvuje u izgradnji pojma “pravog” roditeljstva, koji uvek označava pripadanje. Srođnički odnos između roditelja i deteta se nalazi na raskršću svih ovih elemenata, kojima pravo daje različit značaj prilikom uspostavljanja pravne veze između deteta i lica koje se označava kao njegov roditelj. Zakonodavac mora nastojati da obezbedi njihovu ravnotežu, dajući im odgovarajuće mesto, čime se istovremeno određuje

---

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

je mesto i pravni položaj pojedinca. To mesto nije nepromenljivo. Ono se menja kroz vreme i prostor u skladu sa promenom ideja, običaja, političkih i ekonomskih okolnosti, moralnih vrednosti. S druge strane, pojedincu se, i preko pravnih pravila, mora obezbediti stabilno porodično okruženje koje će omogućiti njegovu socijalizaciju i reprodukciju. Njegovi odnosi prema drugim članovima porodice moraju biti koliko-toliko stabilni u dužem vremenskom periodu, neopterećeni neizvesnošću u pogledu porekla, koja kao Damoklov mač visi nad njihovim glavama. Da bi se ovo postiglo potrebno je ostvariti ravnotežu između biološke istine i stabilnosti srodničkog odnosa, što je danas u praksi teško ostvarivo iz najmanje dva razloga. Najpre zato što se biološka istina o poreklu deteta može relativno lako utvrditi uz pomoć analize DNK otiska, čime se vrši pritisak na srodstvo da postane njegov jedini osnov, a biološki roditelj jedini i “pravi”. Njeno nekontrolisano i neodmereno korišćenje može u svakom momentu da sruši jedan roditeljski odnos koji je dugi niz godina proživljavao kao pravi. Osim ovoga, teško je postići stabilnost srodničkog odnosa u društvu koje se stalno menja.<sup>1</sup>

U ovom radu se pokušava utvrditi koliko je navedena ravnoteža, uprkos teškoća, ostvarena u zakonodavnoj praksi. Jer, pravi roditelj nije biološki, ni sociološki, već onaj koji je utvrđen na osnovu pravnih pravila. I roditeljski odnos nastao rađanjem ima pravni značaj samo ako je društveno potvrđen. Ono što dete najčešće veže za roditelje nije činjenica da je proisteklo od njih već pravno pravilo. To je srodnički odnos koji postoji jedino kao tvorevina zakona. Pojam koji se nameće kroz zakon koji izgrađuje sopstvenu, simboličnu, istinu zabeleženu u aktima građanskog stanja. Uprkos svoje dokazne snage ovi akti ne garantuju uvek i istinitost.

Pravila kojima se utvrđuje poreklo deteta ne spadaju u domen privatnog prava. Ona, može se slobodno reći, čine jednu instituciju. Status jednog lica je utvrđen imperativnim pravilima države, a srodstvo je njegova srž. Nijedno društvo do sada nije prihvatilo formulisanje pravila o srodstvo jedino na osnovu individualnog izbora. Naprotiv, ona su prvenstveno i istovremeno društvena i lična, budući da se ne tiču samo jedne individue, već i celog društva.<sup>2</sup> Značaj volje je ograničen. On se tradicionalno ogleda kroz odbijanje roditeljstva ili njegovo prihvatanje (priznanjem). I bez obzira na tendenciju da se izvrši izvesna kontraktualizacija,<sup>3</sup> u domenu asistiranog prokreacije ili surogat materinstva, i da-

<sup>1</sup> Profesor Ozer postavlja pitanje da li je “uistinu važno za društvo da porodične situacije budu stabilne, kada se i samo društvo sve više menja”. I odmah odgovara da stabilnost ne predstavlja više glavni stub društva ali da njena vrednost, bez sumnje, ostaje. Videti: J. Hausser, Javni poredak u porodičnim odnosima, *Pravni život*, 9/2000, str. 479.

<sup>2</sup> U ovom smislu: *Biomédicine, Famille & Droits de l’Homme : une meme éthique pour tous?* Rev. trim. dr. h. (2000). Objavljeno na: <http://www.rtdh.eu/pdf/2000429.pdf>; Pristup:maj 2012.

<sup>3</sup> Videti: Z. Ponjavić, *Privatizacija porekla – ugovorno regulisanje porekla deteta prema roditeljima*, *Pravni sistem Srbije i standardi EU i Saveta Evrope*, knj. IV, (ur. S. Bejatović), 2009, str. 245–258.



lje postoji potreba za stabilnošću pravila kojima se utvrđuje poreklo, što se može nametnuti samo državnom prinudom. Ona ne proističe, kao nekada, iz potrebe za stabilnošću institucija, već iz činjenice zaštite prava pojedinca.<sup>4</sup>

Država očigledno ne može prepuštiti članovima porodice da sami određuju pravila na osnovu kojih se jedno dete uvodi u porodicu.<sup>5</sup> Pravila kojima se reguliše poreklo, kao uostalom i ostali delovi prava, nisu više regulisana samo normama unutrašnjeg porodičnog prava. Ona su sve više rezultat uticaja međunarodnih izvora, a pre svega Konvencije o pravima deteta i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

#### AFIRMACIJA GENETSKE ISTINE

Zahvaljujući naučnom progresu poslednjih godina omogućeno je da se genetsko poreklo deteta prema roditeljima utvrdi gotovo sa stopostotnom tačnošću. Ovo se postiže, pre svega, analizom DNK otiska koji je postao dostupan i relativno jeftin metod utvrđivanja genetskog porekla deteta. Utvrđeni biološki odnos postaje sinonim za pravi roditeljski odnos.<sup>6</sup> Pravo u velikoj meri popušta pod ovim pritiskom. Pravna pravila kojima se normira uspostavljanje roditeljskopavnog odnosa afirmišu princip biološke istine, odnosno, za njega sve važnije postaje da li je utvrđena biološka veza između roditelja i dece.<sup>7</sup>

Prednosti uspostavljenog roditeljskog odnosa na osnovu genetskog porekla ne mogu se osporiti. Takvo roditeljstvo je realno i izvesno. Budući da je ona fizička i objektivna, genetska realnost izgleda kao jedina prava i neosporna veza deteta i roditelja. Genetska analiza je postala privilegovano dokazno sredstvo, dobrodošla prečica za utvrđivanje porekla deteta. Ovako dobijen dokaz smatra se “kraljicom” svih dokaza i za sud i sigurni oslonac odluke za koju zna da neće biti osporena. Pored ovoga, biološka (genetska) realnost se sve više prihvata i kao “zalog spokojstva”. U ovom smislu ona se može javiti i kao faktor obezbeđenja porodičnog mira u situaciji kada se sumnja u poreklo pojavljuje kao potencionalni izvor porodičnog nespokojsva. Tako utvrđena realnost postala je čvrst temelj

---

<sup>4</sup> U ovom smislu: J. Hausser, n. delo, str. 479.

<sup>5</sup> Kao što je u rimskom pravu to je činio pater familias koji je svojom voljom prihvatao jedno dete za svoje. Roditeljski odnos se uspostavljao njegovom voljom.

<sup>6</sup> Tako je srodstvo postalo “pre svega biološki fenomen”, što je već u teoriji označeno kao njegov “biologizacija”. Ovako: H. Gaudemet-Tallon, De quelques paradoxes en matière de droit de la famille, Revue trimestrielle de droit civil, 1981, 719.

<sup>7</sup> S druge strane genetska ekspertiza je postala mesto u kome se sukobljavaju mnogi interesi, kako oni vezani za legitimnost DNK otiska, kao dokaznog sredstva, kao i za posledice njegove primene. Pravni sistem se u pogledu ovog dokaza našao rastrzan između suda i lekara (genetičara), između biološke istine i društvene i afektivne situacije u kojoj se dete nalazi. Više o ovom: F. Bellivier, L. Brunet, C. Labrusse-Riou, La filiation, la genétique et le juge: ou est passée la loi?, Revue trimestrielle de droit civil, 3/1999, 530.

za uspostavljanje roditeljskopravnog odnosa i šire, garancija stabilnosti porodice zbog svoje pouzdanosti.

S druge strane, svođenje srodstva na biološku vezu zanemaruje činjenicu da je ono, pre svega, društveni odnos. Ono obuhvata i druge elemente značajne za ljudsko postojanje, emocionalne, socijalne, psihološke, pa i ekonomske, o kojima se, takođe, mora voditi računa prilikom formulisanja pravila za utvrđivanje porekla deteta. Ovi elementi se najčešće kumuliraju jer je u većini slučajeva genetski roditelj istovremeno i sociološki i psihološki. Istovremeno, svaki od ovih elemenata može u izvesnim slučajevima biti dovoljan za formiranje jedne srodničke veze. Zbog svoje nezavisnosti, ali često i međuzavisnosti, nastaje određena tenzija između njih kada treba utvrditi koji je "pravi" ili još češće "tačan". Tenzija naročito raste onda kada se kao pravi prihvati samo onaj koji je i biološki i kada utvrđena realnost postaje razlog da se ukine jedan roditeljski odnos koji je dugi niz godina proživljen kao pravi (istinit). Da li u takvoj situaciji treba žrtvovati porodični mir u ime biološke istine čije otkrivanje ponekad može da pruži samo intelektualno sterilnu satisfakciju.<sup>8</sup> Ako se to dozvoli uvek i bez izuzetka sudbina roditeljskog odnosa zavisice isključivo od volje jednog lica i dostupne metode genetske analize, bez vođenja računa o interesima svih onih uključenih u postojeći ili potencijalni srodnički odnos.

Opčinjenost biološkom istinom stoga može potkopati i temelje porodice. Zato i nije čudo što je profesorka Dekeuwer-Defossez pisala "da u društvu u kome je tehnički progres dao biologiji snagu, ranije nepoznatu, pravna veza se mora boriti protiv poistovećivanja sa biološkom vezom".<sup>9</sup> Biologija omogućava da se sa sigurnošću otkrije ko je začeo dete i ona je s toga samo jedan instrument.<sup>10</sup> Genetska veza ne sme postati sinonim za roditeljskopravni odnos, već samo jedan od njegovih elemenata. Srodnički odnos između ljudi nije pre svega i samo biološki odnos budući da ljudi nisu životinje.<sup>11</sup> Srodstvo zasnovano na biološkoj vezi se s toga ne može smatrati jednim "pravim", već samo ono koje je zasnovano na genetskoj vezi koja se pretpostavlja ili koja se može verifikovati.

#### POTREBA USPOSTAVLJANJA RAVNOTEŽE

Genetski veza je, dakle, samo jedan od mogućih kriterijuma za uspostavljanje roditeljskog odnosa. Poznato je da ona uopšte ne postoji u slučaju usvojenja ili

<sup>8</sup> N. Coudoing, *Les distinctions dans le droit de la filiation*, [http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/31/87/97/PDF/These\\_Nadege\\_Coudoing.pdf](http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/31/87/97/PDF/These_Nadege_Coudoing.pdf), str. 260. Pristup: 12. mart 2014.

<sup>9</sup> F. Dekeuwer-Defossez, "Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps", str. 15; <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/994001755/index.shtml>; Pristup: 12.05.2014.

<sup>10</sup> Z. Ponjavić, *Privatizacija porodice i porodičnog prava*, Beograd, 2009, str. 138.

<sup>11</sup> F. Bellivier, L. Brunet, C. Labrusse-Riou, n. delo, 548.

heterologne inseminacije. Međutim, i u većini drugih slučajeva zakonski utvrđena istina nije ona koja je dobijena analizom krvi ili DNK otiska. Ona je najčešće rezultat pretpostavke očinstva, priznanja očinstva, upisa materinstva u matičnu knjigu rođenih. U ovim slučajevima roditeljski odnos je verovatno i biološki istinit. Samo ako je roditeljski odnos ustanovljen protivno volji nekog od učesnika roditeljskog odnosa tada je jedina istina ona ustanovljena biološkom ekspertizom.

Uočljiva je, u uporednom pravu, tendencija da se favorizuje biološka veza u svim situacijama kada se može dokazati, a voljna veza samo kada biološke veze nema ili nije moguća. Afirmacija biološke istine zamagljuje socijalnu dimenziju roditeljskopravnog odnosa i narušava preko potrebnu ravnotežu svih elemenata srodničkog odnosa. Rezultati genetske ekspertize mogu imati radikalne posledice po sudbinu jednog stabilnog roditeljskog odnosa uspostavljenog na drugi način, jer se stvara mogućnost njegovog raskida i posle niza godina postojanja. Nekontrolisani i vremenski neograničen pristup genetskim testovima postao je, naime, jedan od faktora poremećaja stabilnosti porodičnih odnosa.<sup>12</sup> S toga je svakako potrebno proceniti u kojoj meri treba pribegavati ovom moćnom dokaznom sredstvu koje može da destabilizuje, čak i uništi jednu porodicu. Drugačije rečeno, potrebno je proceniti u kojoj meri je ovo dokazno sredstvo u interesu deteta i ostalih aktera roditeljskog odnosa, i još šire, predstavlja napad na porodični mir.

Suočeni sa ekspanzijom naučnog progresa u ovoj oblasti postoji potreba da se obezbedi stabilnost porodičnih odnosa i položaja deteta. Ovo se može ostvariti samo uspostavljanjem ravnoteže između biološke istine i stabilnosti roditeljskopravnog odnosa, bez obzira na način njegovog uspostavljanja. Stabilnost porodičnih odnosa je potrebna kako bi, sa jedne strane roditelji mogli ostvariti svoju misiju, a sa druge strane deci bila omogućena emocionalna ravnoteža i pruženi neophodni uzori. U situaciji kada se biološka istina putem genetske ekspertize može relativno lako saznati jedini način da se to postigne je preduzimanje mera od strane zakonodavca čiji je cilj da se direktno ograniči pristup genetskoj analizi. U ovom smislu potrebno je predvideti pravila za uspostavljanje porekla deteta u svetlu najnovijih naučnih otkrića sa ciljem harmonične integracije biološke istine u normativni sistem što treba da omogući efikasna ali i odmerena upotreba tehnike.<sup>13</sup>

Pristup ovom dokaznom sredstvu treba ograničiti razlozima koji su u datoj situaciji jači u odnosu na biološku istinu. To treba da bude garantija očuvanja postojećeg roditeljskog odnosa ili uspostavljanja novog. Na ovaj način roditelj-

---

<sup>12</sup> S druge strane, i sve veća nestabilnost zajednica muškarca i žene, bračnih ili vanbračnih, sa svoje strane mogu dodatno destabilizovati uspostavljeni roditeljskopравни odnos. U momentu kada ona prestaje vrlo često majka se odlučuje da ospori očinstvo svog bivšeg partnera.

<sup>13</sup> Ovo je bio jedan od zaključaka čuvene francuske Komisije Dekeuwer-Defossez formirane sa ciljem da se izvrši revizija francuskog zakona. Objavljeno na: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/994001755/index.shtml>; Pristup: 03.02.2014.

ski odnos se posmatra u svojoj ukupnosti, pre svega kao društvena, a ne samo genetska veza. Ovo omogućava da se sagleda celokupna porodična situacija, interesi deteta i ostalih učesnika ovog odnosa, sa ciljem da se što je moguće više osigura ravnoteža genetske realnosti i porodičnog mira.

Zakon je, dakle, taj a ne nauka koji treba da odgovori na pitanje kada i koja dokazna sredstva se mogu koristiti, odnosno, u ime kojih vrednosti se njihova primena mora odbiti. Jer, sve što je moguće ne treba da bude i dozvoljeno. Na prvom mestu, njihova primena se mora ograničiti u ime opšte prihvaćenih pravnih principa, kao što je princip nepovredivosti integriteta ljudske ličnosti i princip zaštite najboljeg interesa deteta. Na drugom mestu preko procesnih pravila vezanih za lica koja imaju pravo na tužbu i rokova za njeno podnošenje.

Princip nepovredivosti telesnog integriteta proističe iz ustavnog pravila o nepovredivosti fizičkog i psihičkog integriteta. Ono je kompletirano pravilom prema kome niko ne može biti izložen nečovečnom ili ponižavajućem postupanju, niti podvrgnut medicinskim ili naučnim ogledima bez slobodno datog pristanka.<sup>14</sup> Uzimanje uzoraka za test DNK od jednog lica u cilju utvrđivanja biološkog porekla deteta, bez njegovog pristanka, je protivpravni napad na njegovo pravo nepovredivosti telesnog integriteta. Jedino pristanak lica uključenog u postupak čini ovaj test valjanim. U svakom slučaju isključena je mogućnost primene sile.<sup>15,16</sup>

Definisanje najboljeg interesa deteta je izvor niza pravnih dilema.<sup>17</sup> Tako, zakonodavac u interesu deteta afirmiše biološku istinu kao osnovno pravilo za uspostavljanje njegovog porekla i istovremeno, sa istom motivacijom, postavlja zakonska ograničenja na putu saznanja ove istine. Otkrivanje biološke istine omogućava da se promeni poreklo deteta. Pravo deteta na saznanje porekla štiti njegov interes, ali se on uvek kvalifikuje od strane odraslih. On se ponekad nalazi pre u stabilnosti nego u biološkoj istini, pre u porodičnom miru nego u eksploziji porodičnih sukoba.

Osim ovoga, ograničenje mogućnosti pristupa testu analize DNK vrši se i preko ograničavanja kruga lica koja imaju pravo na tužbu kao i propisivanjem rokova za tužbu za uspostavljanje ili osporavanje utvrđenog roditeljskog odnosa. Cilj je da se zaštiti porodica i porodični mir.

<sup>14</sup> Čl. 25. Ustava Republike Srbije.

<sup>15</sup> O ovom više: Z. Ponjavić, Pravnoetički problemi primene DNK otiska u postupku utvrđivanja porekla deteta, *Pravni život*, br. 9, 2004, str. 895–915.

<sup>16</sup> Sud u tom slučaju odluku donosi na osnovu drugih prikupljenih dokaza slobodno ceneci odbijanje lica da se podvrgne ovom testu. Videti: Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, GŽ. br. 2924/10 od 13.07.2010. godine, objavljena na: <http://www.kg.ap.sud.rs/sudska-praksa.html>

<sup>17</sup> Najbolji interes deteta Ž. Karbonije je nazvao "magičnim pojmom" ("L'intérêt de l'enfant, c'est la notion magique").

UPOREDNO PRAVO I PRAKSA SUDA ZA LJUDSKA PRAVA  
U STRAZBURU

Za sagledavanje odnosa biološke istine i stabilnosti ukratko će biti izložena rešenja iz porodičnih prava Nemačke i Francuske. Oba ova prava usvajaju princip biološke istine kod utvrđivanja porekla deteta, ali mu ne daju isti značaj.<sup>18</sup> Iako pripadaju istoj porodici romano-germanskih prava, sa zajedničkim nasleđem iz rimskog prava, ova dva pravna sistema se značajno razlikuju u odnosu na ovo pitanje.

Nemačko pravo usvaja princip apsolutne biološke istine, iako su poslednje zakonske izmene ovo donekle ublažile.<sup>19</sup> Istraživanje biološke istine u pogledu porekla deteta je zadatak suda, koji ima obavezu da je osigura svim sredstvima i po svaku cenu.<sup>20</sup> U francuskom pravu veća se pažnje poklanja psihosocijalnoj realnosti u kojoj dete živi, a manje se insistira na utvrđenju porekla deteta po krvi.

Francusko pravo i dalje zadržava u oblasti utvrđivanja materinstva pravo na anonimni porođaj.<sup>21</sup> Svaki zahtev da se otkrije biološko poreklo deteta prema majci biće odbijen u ime prava majke na poštovanje privatnog života, osim ako ona ne pristane na to. Ovakva mogućnost u Nemačkoj je unapred odbačena budući da postoji ustavna odredba kojom se detetu priznaje pravo da zna svoje genetsko poreklo.<sup>22</sup>

Prema nemačkom Građanskom zakoniku (paragraf 1600 b, alineja 1) pošto postane punoletno dete ima pravo na osporavanje očinstva dve godine nakon saznanja za činjenice koje dovode u sumnju njegovo očinstvo, a isti rok imaju muž majke i majka.<sup>23</sup> Tek je izmenama ovog Zakonika od 23. aprila 2004. godine prirodnom ocu priznato pravo da osporava očinstvo muža majke, ali samo pod uslo-

---

<sup>18</sup> Frank R., "La signification différente attachée à la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille", *Revue internationale de droit comparé*, 1993, 635.

<sup>19</sup> Lardeux G., "Droits civils français et allemand: entre convergence matérielle et opposition intellectuelle", *RRJ*. 2006-2, 5. Objavljeno na: <http://fr.scribd.com/doc/72002007/Droit-civil-francais-et-allemand>; Pristup: 15.04.2014.

<sup>20</sup> Ustavni sud Nemačke je 1989. godine (*FamRZ* 1989, 147) usvojio odluku po kojoj dete može prinuditi svoju majku da otkrije identitet biološkog oca, nalazeći da se osnov za ovako pravo deteta nalazi u Osnovnom zakonu (Ustavu), čl. 6, al. 5.

<sup>21</sup> Lardeux G., str. 5.

<sup>22</sup> Osnov za ovo se nalazi u ustavnim odredbama o dostojanstvu ljudskog bića (Osnovni zakon, čl. 1 st. 1) i o slobodnom razvoju ličnosti (st. 2. istog člana). Videti: F. Furkel, "Le droit à la connaissance de ses origines en République Fédérale d'Allemagne", *Revue internationale de droit comparé*, 1997, 931.

<sup>23</sup> Ova odredba je uvedena izmenama Zakonika iz 1997. godine. Ranija odredba prema kojoj je dete ovo pravo imalo dve godine po punoletstvu proglašena je od strane Saveznog ustavnog suda Nemačke (br. 124 od 31. januara 1989) neustavnom. Sud je smatrao da se time u prevelikoj meri ograničava pravo deteta na saznanje sopstvenog porekla koje je sastavni deo prava ličnosti, garantovano čl. 1. i 2. nemačkog Ustava Videti: Lardeux G, str. 6.

vom da između deteta i pretpostavljenog oca ne postoji bilo kakav društveno-porodični odnos.<sup>24</sup> Ovo je jedan od izuzetaka kada se ne može otkriti biološka istina u nemačkom pravu i primat daje društvenoj realnosti .

Vodeći brigu o stabilnosti srodničke veze u Francuskoj su Zakonom iz 2005.<sup>25</sup> godine, skraćeni rokovi za osporavanje očinstva sa trideset na deset godina. Pri tome rokovi za muža i majku teku od rođenja deteta, a za dete od punoletstva. Ako je poreklo uspostavljeno na osnovu possession d'état taj rok iznosi samo 5 godina. Ovo se smatra dovoljno dugim rokom za otklanjanje neizvesnosti koja muči dete, ali i roditelje. Takođe, na ovaj način je uspostavljena ravnoteža između genetske realnosti i stabilnosti roditeljskog odnosa,<sup>26</sup> pogotovo ako se uzme u obzir i činjenica da se ekspertiza DNK može sprovesti samo po nalogu suda u toku parničnog postupka, pod uslovom da su svi zainteresovani saglasni.<sup>27</sup>

Suprotno francuskom, biološka istina se prema nemačkom pravu može otkriti i mimo sudskog postupka, pod istim uslovom da su zainteresovani saglasni sa tim. Ova analiza se često praktikuje pre nego što muškarac prizna očinstvo, kao obezbeđenje od lažnih priznanja. U postupku, pak, zadatak je suda da otkrije biološku istinu koristeći pri tome inkvizitorske metode. Odnosno, to se može uraditi i primenom sile.<sup>28,29</sup> Posvećenost nemačkog prava naučnom progresu ogleda se i u mogućnosti da se ospori i istina utvrđena u sudskoj odluci. Prema paragrafu 641. Građanskog procesnog kodeksa sudska odluka može biti revidirana “ako tražilac podnese rezultate nove ekspertize koji sami ili zajedno sa drugim dokazima mogu dovesti do drugačijeg rešenja”.

<sup>24</sup> Paragraf 1600 I 2, II i III Novog zakona. Ovaj odnos jako podseća na institut possession d'état iz francuskog prava. Videti: Isto.

<sup>25</sup> Dekret od 4. jula 2005. godine.

<sup>26</sup> N. Coudoing, , n. delo, tačka 155, str. 90.

<sup>27</sup> Ovo je usvojeno izmenama francuskog Građanskog zakonika od 29. jula 1994. (čl. 16–11) i potvrđeno u praksi Kasacionog suda odlukom od 28. marta 2000. godine. Videti: P. Murat, Les enjeux d'un droit de la filiation, 2005; Dostupan na: <http://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2006-3-page-6.htm>.11; Pristup: mart 2014.

<sup>28</sup> Ako jedan ovakav zahtev po odluci suda bude ipak odbijen od strane lica na koje se on odnosi, prema čl. 372. al. 2, u vezi čl. 390. Procesnog kodeksa predviđa se sankcija, novčana kazna ili kazna zatvora, a ako to ne urodi ovo ispitivanje može biti sprovedeno i upotrebom sile. Videti: Z. Ponjavić, (Ne)mogućnost korišćenja sile u postupku veštačenja krvnih grupa pred parničnim sudom, Zbornik: Pravni sistem Srbije i standardi evropske unije i Saveta Evrope, knj. II, str. 187–228.

<sup>29</sup> Poslanik Neumayer (Verhandlungen des Bundestages, 1. Wahleperiode, str. 2876A) je povodom diskusije o ovom pitanju izjavio: “pravo ne može da se ne obazire na medicinska naučna otkrića. Pravo mora da se koristi njima, a prevashodni cilj u ovoj oblasti mora uvek biti da se otkrije istina. Ovo nije nemogući zahtev kada postoji obaveza jednog lica da se podvrgne krvnoj ekspertizi”. Videti: Z. Ponjavić, Pravnoetički problemi primene DNK otiska u postupku utvrđivanja porekla deteta, n. delo, str. 895–915.

Biološka istina nije dostupna prema francuskom pravu i u slučaju veštačke oplodnje. Pristup joj je onemogućen putem dva pravila Građanskog zakonika kojima se u suštini promoviše sociološko roditeljstvo: pravilo o anonimnosti donora (čl. 16-8), i pravilo da se između njega i deteta ne može uspostaviti srodnički odnos (čl. 311-19). Prema tome, jedini otac u ovom slučaju, prema francuskom pravu, je muž ili vanbračni partner majke koji je dao saglasnost na veštačku oplodnju.

Nemačko pravo sadrži sasvim suprotno rešenje,<sup>30</sup> odnosno da donor ne može ostati anonimn. To proizlazi iz odluke Ustavnog suda iz 1989. (31. januar) prema kojoj dete ima pravo da zna svoje genetsko poreklo. Izmene nemačkog zakona od 9. aprila 2002. godine (KindRVerbG), čl. 1600 IV, onemogućavaju osporavanje očinstva muškarcu i ženi koji su pristali na postupak heterologne oplodnje, a detetu ovo pravo priznaju samo u nabrojanim slučajevima.

Ovi primeri pokazuju da se nacionalnim zakonodavstvima priznaje legitimni interes za osiguranjem stabilnosti i sigurnosti porekla deteta. Suprotno tome, interesu deteta da zna svoje poreklo u praksi Suda za ljudska prava u Strazburu daje se sve više prednost. Sud formalno nastoji da uravnoteži suprotstavljene interese i da proceni da li nacionalni zakoni čuvaju njihovu ravnotežu, primenjujući test proporcionalnosti čiji ishod je sve manje povoljan za stabilnost porekla deteta, a sve više za genetsku realnost. Najpre je u presudu Mizzi c. Malte<sup>31</sup> Sud našao da genetska realnost ima prednost u odnosu na stabilnost roditeljskog odnosa, kada se ona od strane nacionalnog zakonodavstva striktno nameće. Naime, u pravu Malte priznato je pravo mužu majke da u roku od 6 meseci po usvajanju te zakonske odredbe osporava svoje očinstvo koje je zasnovano pre toga, kada zakon to nije dopuštao. Podnosilac zahteva to nije učinio u predviđenom roku pa je Sud smatrao da ta činjenica, zajedno uz kratak rok, predstavlja povredu prava na poštovanje privatnog i porodičnog života iz čl.8. Konvencije, budući da ta ograničenja nisu nužna u jednom demokratskom društvu. S toga je Sud zaključio da u pravu Malte nije postojala ravnoteža između opšteg interesa zaštite pravne sigurnosti i stabilnosti porodičnih odnosa i prava podnosioca zahteva da osporava pravnu pretpostavku očinstva u cilju utvrđivanja biološke istine.

Isto je i sa presudom u predmetu Shofman c. Russie<sup>32</sup> gde je Sud sankcionisao kratkoću i strogost roka za osporavanje bračnog očinstva u ruskom pravu. U ovom slučaju muž je saznao da nije otac deteta tek po isteku roka za tužbu, kada više nije mogao osporavati očinstvo. Po mišljenju Suda nemogućnost oca da osporava svoje očinstvo nakon isteka roka od jedne godine od dana saznanja da je upisan kao otac deteta u registar građanskih stanja nije bila srazmerna legi-

---

<sup>30</sup> Lardeux G, n. delo, str. 10.

<sup>31</sup> Presuda od 12. januara 2006, predstavka br. 26111/02.

<sup>32</sup> Presuda od 24. novembra 2005, predstavke 74826/01.

timnom cilju stabilnosti porodičnih odnosa. Nije bilo ravnoteže između opšteg interesa zaštite stabilnosti porodičnih odnosa i prava podnosioca predstavke da preispita pravnu pretpostavku očinstva u svetlu bioloških dokaza.

U slučaju *Paulik c. Slovačie*,<sup>33</sup> očinstvo je utvrđeno na osnovu sudske odluke primenom testa analize krvi koji je pokazao da je podnosilac zahteva mogući otac deteta. Posle trideset godina izvršena je genetska analiza na zahtev oca i uz saglasnost ćerke koja je pokazala da on nije otac. Nakon toga on je podneo zahtev sudu u Slovačkoj za osporavanje očinstva. Zahtev je odbijen uz obrazloženje da je očinstvo utvrđeno sudskom odlukom i da su svi rokovi za tužbu istekli. Sud u Strazburu je prihvatio postojanje legitimnog interesa za osiguranje stabilnosti i sigurnosti porodičnih odnosa. Međutim, Sud je našao da postoji povreda člana 8 Konvencije budući da otac ne može da ospori očinstvo utvrđeno sudskim putem i da u slovačkom pravu ne postoji prava ravnoteža između interesa podnosioca zahteva i društva. Po njemu, potrebno je voditi računa o posebnim okolnostima kao što su npr. dob podnosioca zahteva i ponašanje oca i ćerke. Sudije nisu videle problem u tome da se očinstvo utvrđeno sudskom odlukom, posle niza godina, dovede u pitanje.

Slično je i sa presudom *Pascaud c. France*.<sup>34</sup> Podnosilac predstavke, francuski državljanin, nije mogao da poništi svoje očinstvo zasnovano priznanjem i zasnjuje očinstvo prema drugom, biološkom ocu. Njegova tužba je odbačena zato što je istekao rok (dve godine po punoletstvu), a biološka ekspertiza realizovana bez izričite saglasnosti zainteresovanih lica.<sup>35</sup> Takva pravna situacija nije odgovarala biološkoj realnosti, budući da je njegovo poreklo prema potencijalnom (biološkom) ocu utvrđeno na osnovu ekspertize DNK- a sa 99,99% tačnosti. Prema mišljenju podnosioca predstavke ova činjenica kao i rokovi propisani zakonom bili su u nesrazmeri sa ciljem koji je želeo postići. Predstavnik države je takav stav francuskog suda opravdavao potrebom da se zaštiti pravna sigurnost i poštuju prava trećih, naročito u pogledu pristanka na medicinsku ekspertizu. Naime, Francuski sud je odbio da prihvati rezultate ekspertize iz čisto proceduralnih razloga, budući da potencijalni otac nije izričito pristao na nju. Usvajajući ovaj zahtev Sud u Strazburu smatra da interes prezumiranog oca ne bi trebalo po sebi, da predstavlja dovoljan argument za lišenje podnosioca predstavke prava garantovanih čl.8. i da se mora sa njim dovesti u ravnotežu. Pravo jednog lica da zna svoje biološko poreklo ne prestaje sa godinama i njemu je u ovom slučaju dat manji značaj. Tim pre što podnosilac predstavke nije više raspolagao ni jednom drugom mogućnošću da utvrdi svoje biološko poreklo, usled protoka rokova.

<sup>33</sup> Presuda od 10. oktobra 2006, predstavka 10699/05.

<sup>34</sup> Presuda od 16. juna 2011, predstavka 19535/08.

<sup>35</sup> Čl. 340, st. 2. Građanskog zakonika. Podnosilac predstavke se pozvao na presude Suda u Starzburu u slučajevima *Shofman c. Russie* et *Mizzi c. Malte*.



Iz prezentirane prakse Suda u Strazburu može se zaključiti da propisivanje roka za tužbu za osporavanje očinstva nije po sebi neprihvatljivo, jer se tako na legitiman način osigurava stabilnost porodice i interes deteta. Ali njima se može i kršiti pravo na poštovanje privatnog života roditelja koji želi da ospori postojeću vezu. Njegova legitimnost opada posebno onda kada zainteresovano lice sazna za netačnost genetskog porekla nakon isteka roka za tužbu. Zato profesorica Dekeuwer-Defossez kaže: "Računanje roka zastarelosti ne može da počne teći sve dok titular prava na tužbu nema potpuno saznanje o istini".<sup>36</sup> Odnosno, rok zastarelosti može početi da teče tek kada genetska realnost bude poznata. Ukoliko roditelj po saznanju genetske realnosti ipak ne podigne tužbu u predviđenom roku roditeljski odnos više ne može dovoditi u pitanje. U ovom slučaju genetski netačno poreklo je prihvaćeno kao takvo i može obezbediti stabilan roditeljski odnos.

Čini se da praksa Suda polako prihvata stav da se pravo na genetsku ekspertizu može podvesti pod pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života.<sup>37</sup> Postaje sve očiglednije da genetska realnost zauzima vrlo važno mesto kod zasnivanja roditeljskog odnosa u evropskom pravu. U praksi Suda u Strazburu ovo se manifestuje kroz evoluciju stavova koji sve značajnije mesto daju biološkoj realnosti na uštrb porodične stabilnosti, barem kada je ovo zadnje izraženo na apstraktan i opšti način što ne odgovara iskustvu svake konkretne porodice. Promovisanje genetske realnosti kroz kazuistički prilaz Suda u Strazburu nalazi u opadanju značaja porodične stabilnosti svoju glavnu prepreku.<sup>38</sup> S toga izgleda i da propisivanje rokova, koji treba da garantuju stabilnost porodice i roditeljskog odnosa, nije više neizbežno budući da moraju biti proporcionalni cilju koji se želi postići. Može se postaviti pitanje, sledeći logiku Suda u Strazburu, da li će pravo na uspostavljanje genetske realnosti postati pravo koje se rešava od slučaja do slučaja.

#### PRAVO REPUBLIKE SRBIJE

Porodični zakon RS prećutno ili izričito prihvata nekoliko principa na osnovu kojih se uspostavlja pravna veza između roditelja i dece. Na prvom mestu je princip jednakosti dece rođene u braku i van njega, a zatim i princip biološke istine o poreklu. O stabilnosti porodičnih odnosa, posebno roditeljskog, koji se

---

<sup>36</sup> F. Dekeuwer-Defossez, "Les empreintes génétiques devant la CEDH : avis de coup de vent sur l'ordonnance du 4 juillet 2005", RLDC mai 2007, p. 41, spéc. p. 44. Navedeno prema: L. Montillet – DE Saint-Pern, La notion de filiation en droit comparé droit français et droit anglais, Objavljeno na: <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/51553597-4ab8-4bc4-a3bf-e3d6a8fe2505>; Pristup: 13. 04.2014.

<sup>37</sup> Y. Favier, La preuve de la filiation: le droit et la vérité des filiations, str. 22. Objavljeno na: <http://www.cairn.info/revue-recherches-familiales-2010-1-page-17.htm>; Pristup: mart 2013.

<sup>38</sup> L. Montillet – De Saint-Pern, n. delo, tačka 169, str. 98.

nalazi u njihovom centru, pravo vodi računa samo sporadično. To su one situacije kada se ograničava primena principa biološke istine i prioritet daje zaštiti nekih drugih vrednosti, kao što su prava trećih lica, interesi deteta ili interes održanja jednog odnosa koji je dugo trajao i koji ne treba destabilizovati.

Kada je u pitanju princip jednakosti i ravnopravnosti u Zakonu se više ne govori o bračnoj ili vanbračnoj deci već o deci rođenoj u braku ili van njega. Međutim, ova terminološka promena nije mogla da izbriše sve razlike. Tako, nisu još uvek unificirana pravila u pogledu utvrđivanja porekla deteta priznanjem, a zadržana je i pretpostavka bračnog očinstva. Iako je ona sada samo dokazno sredstvo ostaje i dalje simbol činjenice da je brak institucija koja stvara porodicu. Ona je, takođe, instrument porodičnog mira i stabilnosti, pa prema tome i stabilnosti društva.

Generalno, može se reći da se u pozitivnom porodičnom pravu Republike Srbije teži utvrđivanju biološke istine i pri tome se opravdanje za ovo uglavnom traži u pravu deteta da zna ko su mu roditelji, pri čemu se misli na biološke roditelje.<sup>39</sup> Ovo se ogleda kroz krug lica koja imaju pravo na tužbu za utvrđivanje ili osporavanje uspostavljenog roditeljskog odnosa. Pored deteta, to su i majka, muškarac koji se po zakonu smatra ocem deteta i prirodni otac deteta. Pravo prirodnog oca je prošireno u odnosu na rešenje iz ranijeg ZBPO.<sup>40</sup> Pitanje utvrđivanje porekla deteta je u pravu Srbije postavljeno kao privatna stvar zainteresovanih subjekata pa stoga nije predviđena mogućnost da tužbu za utvrđivanje očinstva podnese javni tužilac ili organ starateljstva.<sup>41</sup>

Biološku istinu dete može utvrditi tokom celog života, bez ograničenja roka za tužbu. Porodični zakon ovakvim rešenjem prevazilazi i rešenje iz prava Nemačke koje se obično navodi kao primer koji biološkoj istini daje apsolutni značaj. Tačnost ovog zaključka, međutim, umanjuje činjenica da se u pravu Srbije genetski test analizom DNK ne može sprovesti bez saglasnosti zainteresovanih strana, kao u Nemačkoj. U ovom slučaju prednost se daje nekim drugim vrednostima, kao što je zaštita osnovnih prava drugih učesnika u ovom postupku. U slučaju da, npr. muškarac odbije da se podvrgne ovoj analizi njegovo odbijanje najčešće u praksi sud slobodno ceni i donosi odluku da je on otac, ali time biološka istina nije utvrđena. Pristup biološkoj istini je kod nas omogućen i izvan postup-

<sup>39</sup> Čl. 59. st. 1. Porodičnog zakona: "Dete, bez obzira na uzrast, ima pravo da zna ko su mu roditelji".

<sup>40</sup> Videti čl. 56. st. 2. Porodičnog zakona.

<sup>41</sup> Uloga javnog tužioca je daleko skromnija u oblasti utvrđivanja porekla nego što je to slučaj, npr. u francuskom pravu, gde može podneti i tužbu za osporavanje očinstva. Mogućnost podnošenja tužbe od strane organa starateljstva predviđao je ranije, bivši ZBPO, ali samo u ime deteta pod uslovom da je majka označila određenog muškarca za njegovog oca i ako se ona iz opravdanih razloga ne protivi tome (čl. 99. ZBPO).

ka kojim se utvrđuje ili osporava poreklo deteta. Njeno otkrivanje u situaciji kada su rokovi istekli nema pravnog značaja i može postati samo izvor frustracije.

Porodični zakon RS, ipak, uvažava potrebu stabilnosti zasnovanog roditeljskog odnosa. S toga je pristup biološkoj istini u nekim slučajevima isključen ili vremenski ograničen, najčešće u ime zaštite prava trećih, pa se kao posredan ili neposredni cilj javlja i zaštita stabilnosti porodičnih odnosa. Interes tih trećih lica može se identifikovati kroz zakonsku mogućnost ograničenja prava deteta da zna ko su mu roditelji (st. 2. čl. 59. PZ). Njihova prava tada imaju prednost u odnosu na biološku istinu, a u potpunosti se poštuju onda kada roditeljski odnos ne odgovara biološkoj istini, kao u slučaju začeca uz biomedicinsku pomoć. Saglasnost volja supružnika ili vanbračnih partnera na postupak heterologne inseminacije je osnov za uspostavljanje porekla deteta.<sup>42</sup> Tako se uspostavlja neoboriva pretpostavka očinstva muža, odnosno vanbračnog partnera.<sup>43</sup>

Jedna od odredbi kojom se na direktan način štiti stabilnost roditeljskog odnosa i ograničava inače vrlo široko pravo prirodnog oca da osporava očinstvo muškarca zasnovanog na pretpostavci odnosi se pravilo da ne može biti osporeno sve dok se ne zasnjuje novo. Naime, očinstvo se ne može od strane prirodnog oca osporavati ako se istovremeno ne traži uspostavljanje novog.<sup>44</sup>

S druge strane, činjenica da prirodni otac ima ovako široko pravo znak je slabljenja značaja stabilnosti porodice i roditeljskog odnosa, a pitanje je i koliko je u skladu sa ustavnim odredbom o zaštiti porodice. Ta stabilnost je na bolji način bila obezbeđena kroz ranije rešenje gde se tražilo i postojanje zajednice života između prirodnog oca koji podnosi tužbu i majke u periodu začeca ili rođenja deteta. Postojanje ovakve socijalne realnosti ukazuje da se osporavanjem neće ugroziti stabilnost braka prezumiranog oca budući da ona nije ni postojala.<sup>45</sup>

Stabilnost srodničkog odnosa štiti se direktno i kroz ograničenje roka za osporavanje ili utvrđivanje roditeljskog odnosa. Propisivanje dugačkih rokova ne može da osigura interes stabilnosti porodice, a s druge strane, vrlo kratki rokovi ne pružaju mogućnost da se na pravi način zaštiti pravo deteta na saznanje porekla. Zakonodavac mora da uspostavi balans između ova dva legitimna cilja. U skladu sa potpunim izjednačenjem dece rođene u braku i izvan njega Porodični

---

<sup>42</sup> Vid. čl. 57 i 58. Porodičnog zakona.

<sup>43</sup> Na ovaj način stvara se jedna nova vrsta srodstva i jedan nov pojam "ugovorene dece". Pojam je upotrebio francuski pravnik J. Hauser, *Un nouveau-ne: l'enfant conventionnel*, D. 1996, chron. 182. Navedeno prema: F. Dekeuwer-Defossez, "La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation", *Aproche critique de la contractualisation*, L.G.D.J., Paris, 2007, 175.

<sup>44</sup> Vid. čl. 56. st. 2. Porodičnog zakona. O ovom Francuski zakonik sadrži izričito generalno pravilo koje se odnosi na sve slučajeve osporavanja očinstva, a ne samo onaj pokrenut od strane prirodnog oca (čl. 320). Ovim se želi osigurati određena pravna sigurnost i isključiti mogućnost da dete ima u istom momentu dva oca.

<sup>45</sup> Ovakvo rešenje postoji danas u Nemačkom pravu. Vid. napomenu br. 24.

zakon Srbije je uniformisao rokove za utvrđivanje i osporavanje porekla deteta, bez obzira da li se radi o bračnom ili vanbračnom rođenju i učinio napor da navedenu ravnotežu ostvari. Propisani su subjektivni i objektivni rokovi za sve aktere utvrđivanja ili osporavanja roditeljskog odnosa, osim za dete. Subjektivni rok je godinu dana od dana saznanja za neke činjenice, a u objektivni rok je deset godina od dana rođenja deteta. Činjenica da se genetska ekspertiza može sprovesti i bez zahteva suda, često in extremis, obesmišljava njihovo postojanje kao zalog stabilnosti.<sup>46</sup> Upravo saznanje istine posle isteka rokova može još dodatno pojačati frustracije i dovesti do porodičnog haosa.<sup>47</sup> Uspostavljanje ravnoteže između biološke istine i stabilnosti roditeljskog odnosa zahteva da sva zakonska sredstva teže istom cilju. Nije dobro da se propisivanjem rokova za tužbu nastoji očuvati porodični mir, a pri tome se omogućava genetska analiza izvan sudske procedure, nezvano za rokove.

Rešenje prema kome je pravo deteta na tužbu vremenski neograničeno sasvim sigurno je kontra stabilnosti porodičnih odnosa i pravne sigurnosti u statusnim odnosima. Interesi deteta i ostalih lica u roditeljskom odnosu, koja imaju pravo na zaštitu svog privatnog i porodičnog života, bili bi podjednako zaštićeni da je punoletnom detetu priznato pravo na osporavanje očinstva muža majke u roku od dve godine od dana saznanja za okolnosti da muž majke nije njegov otac.<sup>48</sup>

Takođe, porodična stabilnost i mir se dovode u pitanje i kada se dopušta tužba za poništenje ništavog očinstva zasnovanog priznanjem. Posebno s obzirom na izuzetno širok krug lica kojima je dopušteno da traže poništenje. To su: lice koje je dalo izjavu, lice koje se saglasilo sa njom, svako treće pravno zainteresovano lice i javni tužilac. Uz to, u slučaju apsolutno ništavog priznanja podnošenje tužbe za poništenje nije omeđeno rokom, dok je u slučaju relativne ništavo-

<sup>46</sup> Genetska analiza po privatnoj inicijativi, izvan sudskog postupka, ima smisla jedino sa ciljem da lice na osnovu toga proceni svoje šanse na uspeh u parničnom postupku. Istovremeno, ovo saznanje je bitno i kao trenutak od koga teče rok zastarelosti za tužbu. Interesantno je da je pre izmena francuskog Građanskog zakonika, prema kojima je ova analiza postala moguća samo u okviru parničnog postupka, u praksi Kasacionog suda postojala je mogućnost da se naredi analiza krvi pre nego što otpočne parnica, nalazeći da je to legitimni interes jednog lica da proceni svoje šanse u eventualnom sudskom postupku. Videti: cass., civ. 1ère, 4 mai 1994, Bull. Civ., I, n° 159. Navedeno prema: N. Coudoing, str. 208. f.n. 48.

<sup>47</sup> Da bi se donekle ublažile posledice saznanja za određene činjenice koje dovode u sumnju nečije očinstvo posle isteka objektivnog roka makedonsko pravo predviđa mogućnost da Vrhovni sud odredi novi rok za podnošenje tužbe za osporavanje očinstva ukoliko budu otkriveni nesumnjivi dokazi da muž nije otac deteta koje je rodila njegova supruga. Ovaj zahtev se ne može podneti posle punoletstva deteta. Vid. čl. 65. Zakona o porodici Makedonije (Zakon za semejtvo).

<sup>48</sup> Već je navedeno postojanje ovakvog rešenja u Nemačkom građanskom zakoniku (par. 1600b. al. 3). I u većini drugih evropskih zemalja se predviđa da rok počinje teći po punoletstvu. Tako: Građanski zakonici Švajcarske (čl. 256c), Italije (čl. 244), Španije (čl. 137), kao i Porodični kodeks Mađarske (čl. 43).

sti predviđen samo subjektivni rok, ali ne i objektivni.<sup>49</sup> Ovim se, faktički, otvara mogućnost poništenja izjave usled zablude i posle proteka niza godina od momenta davanja izjave, što svakako nije u skladu sa načelom stabilnosti u statusnim odnosima.<sup>50</sup> Imajući u vidu da se poništenjem izjave ne utvrđuje biološka istina i ne ostvaruje pravo deteta da zna svoje poreklo ostaje nejasno kojim je vrednostima zakonodavac u ovom slučaju dao prednost.

## ZAKLJUČAK

Biološka istina se ne sme utvrđivati po svaku cenu. Prilikom formulisanja pravila za utvrđivanje porekla deteta zakonodavac mora uzeti u obzir i druge potrebe, a pre svega neophodnu stabilnost roditeljskog i srodničkog odnosa. One ponekad prevazilazi potrebu traženja biološke istine, naročito ako je to neophodno radi zaštite interesa deteta. U želji da sazna svoje genetsko poreklo prema licu koje ga je odbacilo na rođenju dete može biti ponovo odbačeno što može ostaviti teške posledice po njegov razvoj.

Neizvesnost i nesigurnost osnažena rešenjima Porodičnog zakona RS posledica je velikih mogućnosti da se ukine jedan roditeljski odnos koji se ne zasniva na biološkoj istini ili uspostavi novi, do čega može doći i nakon mnogo godina, u poslednjem momentu, često i u vezi sa pravom na nasleđivanje. Ovo se, pre svega, odnosi na vremenski neograničeno pravo deteta da utvrđuje svoje poreklo. U ovom pogledu rešenje iz nemačkog prava se čini prihvatljivijim.

Usvojena rešenja u porodičnom pravu Srbije, kojima se prednost daje biološkoj istini na uštrb stabilnosti srodničkog odnosa posledica su, pre svega, afirmacije individualnih subjektivnih prava koja su zauzela mesto kolektivnih porodičnih interesa. Svaki pravni sistem uzima u obzir prilikom formulisanja pravnih pravila osnovne vrednosti za koje građani smatraju da ih treba štiti. U praksi država reaguje ne samo u funkciji svoje kulture i istorije, već i u funkciji vladajuće politike koja se vodi, pod pritiskom javnosti, medija, tzv. nevladinih organizacija, pa i nauke.

---

<sup>49</sup> Čak i u nemačkom pravu (par. 1598. al. 2. BGB) u kome se naročito insistira na biološkoj istini rok za tužbu kod apsolutne ništavosti iznosi pet godina od dana upisa spornog očinstva u registre građanskih stanja. Ako se tužba za poništenje ne podigne u ovom roku ovako zasnovano očinstvo se ne može više poništavati. Ovo važi čak i u slučaju da se radi o priznanju očinstva deteta koje je već imalo zasnovano očinstvo.

<sup>50</sup> Obiteljski zakon Hrvatske predviđa mogućnost osporavanja očinstva utvrđenog priznanjem u slučaju zablude ili prinude (čl. 82), a ne poništenja. Za ovo predviđa i rokove, subjektivne i objektivne. Kod zablude je šest meseci od saznanja za tu činjenicu, a najkasnije do navršene sedme godine života deteta. Rokovi za osporavanje kod prinude su isti. Porodični zakon Republike Srbije predviđa mogućnost poništenja izjave o priznanju očinstva, odnosno izjave o saglasnosti sa priznanjem očinstva, ako je data pod prinudom ili u zabludi, sa rokom od šest meseci kada je prinuda prestala odnosno zabluda uočena (čl. 108, u vezi čl. 275. st. 2).

Nakon što je srpski zakonodavac 2005. godine bio fasciniran biološkom istinom, sada se moramo čuvati jedne druge fascinacije: voljom. U ovom pravcu idu pritisci da se uvede surogat materinstvo. Naravno, pravni sistem može da podnese sve, ali postoji i odgovornost u pravnom eksperimentisanju koja poziva na odmerenost.

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

DETERMINING THE CHILD'S GENETIC ORIGIN  
– BETWEEN BIOLOGICAL TRUTH AND STABILITY

Summary

In this paper the author discusses the question of the relationship between two legal values involved in determining the child's genetic origin: the biological truth and the stability of parental relationship. The fact is that today genetic tests make it possible to determine the child's biological origin with 100% certainty that has affirmed the kinship based on biological truth as the only valid matter, although it represents just one of many elements of social relationship. Uncontrolled application of these tests threatens the stability of kinship and family. Therefore, it is necessary to find the right balance between these two values, firstly, by legal means, in order to protect the child's interests, as well as the interests of others involved in parental relationship. National legislations have resolved this issue by introducing a legal timeframe or, even in some cases, not allowing a lawsuit for determining the child's biological origin. The author concludes that the Republic of Serbia Family Law has not reached the balance between these values since it gives a child the right to verify his genetic origin in indefinite period of time, as well as by some other legal solutions.

DUŠICA PALAČKOVIĆ,  
SANDA ČORAC

## ZAŠTITA PRAVA NA POŠTOVANJE PORODIČNOG ŽIVOTA

### U V O D

Pravo na poštovanje porodičnog života garantovano je Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, kroz kompleksni čl. 8,<sup>1</sup> koji ima veoma širok domen primene. Ova nesamostalnost, posebno vezivanje uz poštovanje privatnog života, na prvi pogled ukazuje na vezu koja postoji između prava garantovanih ovim članom, pa i kada je njihova povreda u pitanju. Kako bi analiziranje povrede svih, ovim članom pomenutih, prava i sa različitih aspekata bio preširok zahvat, naše je opredeljenje da ukažemo isključivo na procesnopravne aspekte povrede prava na poštovanje porodičnog života, vodeći računa o posebnostima njegove pravne

---

Dr Dušica Palačković, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

Sanda Čorac, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu. Rad je napisan u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu: "Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije", koji se finansira iz sredstava Fakulteta.

<sup>1</sup> Konvencija se primenjuje i u Republici Srbiji, na osnovu Zakona o ratifikaciji Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda ("Sl. list Srbije i Crne Gore - Međunarodni ugovori", br. 9/2003, 5/2005, u daljem tekstu "Konvencija"). Čl. 8 Konvencije glasi: "1. Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske. 2. Javne vlasti neće se mešati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih".

prirode i (ne)adekvatnosti sudske zaštite koju predviđa Porodični zakon RS.<sup>2</sup> Pri tome je neminovno analizirati i normativu Zakona o parničnom postupku RS,<sup>3</sup> s obzirom na polje njegove primene iz odredbe čl. 1. Polaznu tačku ove analize čine ključni pojmovi “porodica” i “porodični život”, koji su, ma koliko neodređeni bili, u najdirektnijoj vezi sa pojmovnim određenjem i kvalifikacijom prava na poštovanje porodičnog života. Sama pravna kvalifikacija uslovljava specifičnosti u rešavanju niza procesnopравnih dilema na terenu građanskopravne zaštite. Pri tome, ni jedan od tri pomenuta ključna pojma nije jedinstveno definisan ni na međunarodnom nivou, ali ni u okvirima našeg pravnog sistema, što je, svakako dodatno otežavajuća okolnost obrade bilo koje teme iz ovog domena.

*Sadržina pojmova “porodični život” i “pravo na poštovanje porodičnog života”*

Pokušaji definisanja ovih pojmova po pravilu su krajnje uopšteni, čak pravno-filozofski.<sup>4</sup> Konkretnije odlike ovim pojmovima, međutim, neminovno, pri-daje sudska praksa, rešavajući najrazličitije sporove koji su u vezi “porodičnih odnosa”. No, to se čini metodom “od slučaja do slučaja”, uvažavajući okolnosti svake pravne stvari ponaosob. Ovaj pristup prihvataju kako nacionalni, tako i Evropski sud za ljudska prava,<sup>5</sup> polazeći od tzv. autonomnog koncepta prava na poštovanje porodičnog života.<sup>6</sup> Ipak, u osnovi, pravo na poštovanje porodičnog života “pretpostavlja postojanje porodice”,<sup>7</sup> što odgovara i uskom, jezičkom tumačenju odrednice. Ili, podrazumeva lične odnose, stvarne i bliske lične veze.<sup>8</sup> To je, pre

<sup>2</sup> Porodični zakon RS (“Sl. glasnik RS”, 18/2005 i 72/2011 - dr. zakon), u daljem tekstu “PZ RS”.

<sup>3</sup> Zakon o parničnom postupku RS (“Sl. glasnik RS”, br. 72/2011, 49/2013 - odluka US, 74/2013 - odluka US i 55/2014), u daljem tekstu “ZPP”.

<sup>4</sup> Tako, u odnosu na pojam “porodični život” opšti je stav da realnost ukazuje na raznolikosti porodičnog života, odnosno brojnost faktora koji ga određuju i koji moraju biti uzeti u obzir pri pokušaju određenja ovog pojma, kao što su socijalni, kulturološki, religiozni, čak i geografski uslovi, i sami vremenski promenljivi, tako da je “poštovanje porodičnog života zapravo poštovanje različitosti”, Article 7. Respect for private and family life, Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, str. 86, dostupno na: [http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/networkcommentaryfinal\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/networkcommentaryfinal_en.pdf), 24. 07. 2014.

<sup>5</sup> U daljem tekstu “ESLjP”.

<sup>6</sup> Z. Ponjavić, Porodično pravo, Beograd, 2014, str. 42, 43, ukazuje na nedostatke ovakvog pristupa, odnosno onemogućavanje sistematske klasifikacije ličnih odnosa na one koji su konstitutivni za porodični život i one koji to nisu.

<sup>7</sup> Videti Marckx v. Belgium, No. 6833/74 od 13. juna 1979, st. 31; Abdulaziz, Cabales and Balkandali, No. 9214/80; 9473/81; 9474/81 od 28. maja 1985, st. 62; Johnston and Others v. Ireland, No. 9697/82 od 18. decembra 1986, st. 55; Şerife Yiğit v. Turkey, No. 3976/05 od 2. novembra 2010, st. 93.

<sup>8</sup> Videti K. and T. v. Finland, No. 25702/94 od 12. jula 2001, st. 150; Znamenskaya v. Russia, No. 77785/01 od 2. juna 2005, st. 27; Akbulut v. The United Kingdom, No. 53586/08 od 10. aprila



svega, pravo pojedinaca da žive zajedno i da razvijaju međusobne (lične) odnose koje karakteriše sigurnost (stabilnost), osećanje pripadanja, uzajamna briga i posvećenost, emocionalna bliskost. Često, međutim, i više od toga. Tako, zapravo dolazimo do još jednog ključnog pojma - "kvalitet ličnih veza", tj. odnosa između određenih lica. Nesporna je brojnost i različitost "kvalifikativa" koji se moraju koristiti u utvrđivanju odnosa koji su "konstitutivni" za porodični život.<sup>9</sup> Uz to, reč je o ličnim odnosima, koji su, po sebi, specifični. Dodatna otežavajuća okolnost pri utvrđivanju povrede prava na poštovanje porodičnog života je činjenica da su u postupak zaštite involvirana najmanje tri lica - stranke i lica sa kojim one, obe, imaju uspostavljenu blisku (ili posebno blisku) vezu, tj. odnose.

Kvalitet veza ili odnosa o kojima je ovde reč, po pravilu je uzrokovan zajedničkim životom, ali čak ni to nije konstanta u praksi ESLJP.<sup>10</sup> Isti zaključak odnosi se i na činjenicu krvnog ili adoptivnog srodstva.<sup>11</sup> Ako ni ovakve, činjenice koje se egzaktno mogu utvrđivati, nisu uvek presudne, niz drugih relevantnih okolnosti u svakom konkretnom slučaju, koje ne nose ovakav predznak, uslovljavaju složenost sporova i pozicije suda kada odlučuje o povredi ovog prava. Tako je predmet procene i trajnost veze, zavisnost jednog lica u odnosu na drugo, ili, kada su deca u pitanju, uzrast, specifične potrebe i niz drugih faktora koji upućuju na odluku koja će biti u najboljem interesu deteta.

Sve faktore koji uslovljavaju postojanje "porodičnog života", a onda, u slučaju povrede obaveze njegovog poštovanja i građanskopravnu, sudsku zaštitu, nije moguće pobrojati.<sup>12</sup> Praktično, ovo pravo se oblikuje praksom ESLJP, odnosno

---

2012, st. 15; kao i presude VKS, Rev. br. 2401/10 od 28. aprila 2010. i Apelacionog suda u Beogradu, GŽ2 1078/12 od 31. oktobra 2012.

<sup>9</sup> Z. Ponjavić, nav. delo, str. 43.

<sup>10</sup> Videti *Kroon and others v. Netherlands*, No. 18535/91 od 27. oktobra 1994; *Lebbink v. Netherlands*, No. 45582/99 od 1. juna 2004.; *Kaplan v. Austria*, No. 45983/99 od 18. januara 2007.

<sup>11</sup> Videti *X, Y and Z v. The United Kingdom*, No. 21830/93 od 22. aprila 1997.; *Yousef v. The Netherlands*, No. 33711/96 od 5. februara 2003; *Haas v. The Netherlands*, No. 36983/97 od 13. januara 2004.

<sup>12</sup> Ipak, praksa ESLJP potvrđuje jedan broj odnosa koji uživa zaštitu prava na porodični život. Tako je obuhvaćen odnos između supružnika, tj. njihovo pravo na zajednički život, a praksa smatra relevantnim i samu nameru vođenja porodičnog života supružnika (*Abdulaziz, Cabaes and Balkandali v. The United Kingdom*). Vanbračni partneri imaju ovo pravo pod uslovom da je njihov odnos stabilan, trajniji, da su međusobno "predani"; odnosno da imaju zajedničku decu ili planiraju bračnu zajednicu, čak i kada ne žive zajedno (*Kroon and Others v. the Netherlands*). Pravo na porodični život postoji između roditelja i dece (pri čemu su roditelji ili u braku ili u zajednici koja ispunjava prethodno pomenute uslove) koji ipso jure imaju pravo na poštovanje porodičnog života (*Gül v. Switzerland*, No. 23218/94 od 19. februara 1996. st. 32; *M.P.E.V. and others v. Switzerland*, No. 3910/13 od 8. jula 2014, st. 31). U domenu primene ovog prava je i odnos roditelja i usvojene dece (*Ageyev v. Russia*, No. 7075/10 od 18. aprila 2013.). Pored toga, pitanja utvrđivanja očinstva, odno-

konkretizuje u odnosu na krug lica kojima se priznaje zaštita prema čl. 8 i kvalitet odnosa kao dopunski uslov koji može pratiti pravnu vezu (npr. srodstvo), odnosno koji je ponekad i jedini uslov za određene kategorije lica.

Moglo bi se reći da je jedina konstanta od koje se može poći da su predmet zaštite prava na poštovanje porodičnog života bliske, stvarne lične veze jednog lica sa drugim(a), za koje se nekada pretpostavlja da postoje, ali se u većini slučajeva moraju dokazivati. Zaštita prava na poštovanje porodičnog života, stoga, podrazumeva zaštitu mirnom, neometanom razvoju ovakvih odnosa u određenom krugu lica (zaštićeno dobro). Sudska, građanskopravna zaštita svodi se na sprečavanje neosnovane povrede (ili ugrožavanja) ovakvih veza od strane pojedinaca. Kada su, pak, državne vlasti u pitanju, za njihovu intervenciju odredba čl. 8. Konvencije<sup>13</sup> predviđa dopuštene izuzetke.

Pomenimo da Porodični zakon RS, preuzima, odredbom čl. 2/2, deo čl. 8. Konvencije koji se odnosi na garantovanje prava na poštovanje porodičnog života, koristeći identičnu formulaciju da "svako" ima ovo pravo. Inventarisanje odredaba ovog propisa upućuje, međutim, na nekoliko zaključaka. Pre svih, da PZ RS nije definisao porodicu<sup>14</sup> i da ne pominje porodični život. Zakonodavac je svakako bio svestan rizika koji striktno definisanje porodice, odnosno njeno ograni-

sno biološkog porekla deteta (Jevremović v. Serbia, No. 3150/05 od 17. jula 2007), pa čak i kada ne postoji pravna ili biološka veza deteta i odrasle osobe, ali se ona "ponaša kao roditelj" dovoljno je za postojanje prava na poštovanje porodičnog života (X, Y and Z v. the United Kingdom, No. 21830/93 od 22. aprila 1997). Ovim članom obuhvaćen je i odnos samohrane majke i deteta - automatski, rođenjem (Marckx v. Belgium); zatim, odnos odraslih lica i njihovih roditelja i braće i sestara, uz uslov "zavisnosti koja nadilazi uobičajene emocionalne veze" (Mustaquim v. Belgium, No. 12313/86 od 18. februara 1991); odnosi u "široj porodici" (Negrepointis-Giannisis v. Greece, No. 56759/08 od 3. maja 2011), pa i među odraslim članovima porodice (A.W. Khan v. The United Kingdom, No. 47486/06 od 12. januara 2010).

<sup>13</sup> Videti st. 2 čl. 8, fus nota br. 2. u ovom Radu.

<sup>14</sup> Porodični zakoni jednog broja država u okruženju daju ovu definiciju, tako videti npr. Porodični zakon Crne Gore (Službeni list RCG, br. 1/2007), koji odredbom čl. 2. propisuje da je "porodica životna zajednica roditelja, dece i drugih srodnika koji u smislu ovoga zakona imaju međusobna prava i obaveze, kao i druga osnovna zajednica života u kojoj se neguju i podižu deca". Zakon o porodici Makedonije (Zakon za semejstvoto, Služben vesnik, 44/2012) u čl. 2. "porodica je životna zajednica roditelja i dece i drugih srodnika, ako žive u zajedničkom domaćinstvu". Zakon o braku i porodičnim odnosima Slovenije (Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih, Uradni list RS, št. 69/2004), čl. 2. "porodica je životna zajednica roditelja i dece, koja u interesu dece uživa posebnu društvenu zaštitu". Porodični zakon Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske, br. 54/02, 41/08), čl. 2/1 "porodica je, u smislu ovog zakona, životna zajednica roditelja i dece i drugih srodnika". Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine Federacije BiH, br. 35/05), čl. 2/1 "porodica je u smislu ovog zakona životna zajednica roditelja i dece i drugih krvnih srodnika, srodnika po tazbini, usvojlaca i usvojenika i osoba iz vanbračne zajednice ako žive u zajedničkom domaćinstvu".

čavanje na krug lica koja se mogu smatrati njenim članovima, nosi.<sup>15</sup> No, ovakav pristup nalazimo u nizu drugih propisa, koji i pored razlike u nabranjima i činjenice da to čine za sasvim specifične namene i ciljeve, načelno, daju sliku o licima koja bi se mogla naći u ovom krugu.<sup>16</sup> I PZ RS, za slučaj zaštite od nasilja u porodici,<sup>17</sup> sadrži jedno od takvih nabranjanja.

Dalji zaključak iz pregleda odredbi PZ RS morao bi biti i da porodica kao entitet, celina, ne uživa posebnu sudsku zaštitu. Pri tome, "posebna zaštita" porodice, iz odredbe čl. 2/1 PZ RS, kao i ona iz čl. 66/1 Ustava RS,<sup>18</sup> koja se odnosi na porodicu, majku, samohranog roditelja i dete ukazuje na posebnu brigu i zaštitu koju država, odnosno njeni organi moraju obezbediti, mora podrazumevati i mogla bi se odnositi i na posebnosti sudske zaštite (i zaštite pred drugim nadležnim organima).

Ipak, ove odrednice imaju, u mnogo većoj meri, smisao specifične zaštite kroz zdravstveni, sistem obaveznog osiguranja, odnosno socijalno staranje i sl. U odnosu na sudsku zaštitu, odnosno druge (nacionalnim pravom, eventualno,

---

<sup>15</sup> Ipak, radna verzija Građanskog zakonika Republike Srbije je pokazatelj prepoznate potrebe uvođenja definicije (pojma) porodice, koja "bi trebalo da iskaže zajednicu određenih lica povezanih odgovornošću za život i uzajamnu dobrobit koji imaju pravo na posebnu zaštitu i društvenu podršku". Videti "Rad na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije", Komisija Vlade Republike Srbije za izradu Građanskog zakonika, Izveštaj sa otvorenim pitanjima, Knjiga I, Beograd, 2007, str. 91, dostupno na: <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik>, 15.08.2014.

<sup>16</sup> Nukleus koje čine lica koja se smatraju članovima porodice uključuje supružnike i vanbračne partnere, deca rođena u braku i van braka, usvojitelji i usvojenici, staratelji i šticićenici, hranitelji i hranjenici, roditelji i drugi krvni srodnici u pravoj liniji bez obzira na stepen srodstva, kao i krvni srodnici u pobočnoj liniji zaključno sa trećim stepenom srodstva. Videti Zakon o zdravstvenoj zaštiti ("Sl. glasnik RS", br. 107/2005, 72/2009 - dr. zakon, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012 i 45/2013 - dr. zakon), čl. 226; Zakon o radu ("Sl. glasnik RS", br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 i 75/2014), čl. 77; Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja), čl. 201; Zakon o nasleđivanju ("Sl. glasnik RS", br. 46/95 i 101/2003 - odluka USRS), čl. 8; Zakon o socijalnoj zaštiti ("Sl. glasnik RS", br. 24/2011), čl. 81., koji priznaje ovim licima svojstvo člana porodice, s tim da srodnici u pobočnoj liniji ograničava na drugi stepen srodstva. Zakon o zdravstvenom osiguranju ("Sl. glasnik RS", br. 107/2005, 109/2005 - ispr., 57/2011, 110/2012 - odluka US i 119/2012), čl. 24. i 25, pored ovih lica u članove porodice uključuje i tazbinske srodnici (očuh, maćeha, pastorčad), a Krivični zakonik ("Sl. glasnik RS", br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012 i 104/2013), čl. 112. i supružnike braće i sestara i njihovu decu, kao i roditelje bivših supružnika.

<sup>17</sup> Videti čl. 197/2 PZ RS, ali i osnovanu kritiku, čak nelogičnost, ove odrednice, u odnosu na jedan broj pobrojanih kategorija lica. V. Vlašković, Pravo na zaštitu od nasilja u porodici kao subjektivno građansko pravo, Anali, br. 1/2009, str. 255.

<sup>18</sup> Ustav RS, ("Sl. glasnik RS", br. 98/2006).

predviđene) vrste postupaka pred nadležnim organima, prepoznatljiva i primenljiva su, svakako, konkretnija ustavna prava – pravo na jednaku zaštitu prava i na pravno sredstvo,<sup>19</sup> ili pravo na pravično suđenje.<sup>20</sup> Sudska zaštita iz PZ RS, pak, koncipirana je kao fragmentarna i individualna zaštita – štite se članovi “porodice” i pojedine vrste njihovih ličnih odnosa kroz odredbe posebnih (parničnih ili vanparničnih) građanskih sudskih postupaka.

No, već i samo garantovanje prava na poštovanje porodičnog života, mora značiti i mogućnost da se sudski postupak zaštite pokrene s pozivom na njegovu povredu i pravo na tužbu u takvim okolnostima. Izričitih odredaba o ovome, kao i posebnih pravila koja bi se u takvom sudskom postupku primenjivala, međutim, nema. Stoga je već u pravnoj teoriji uočeno da je ovakvim zakonodavnim pristupom “izostalo jasnije i potpunije određivanje pravnog osnova i pravnog okvira na kome će se ostvarivati prava članova porodice”.<sup>21</sup> Uz to, porodica se ne sme ni shvatiti kao statična kategorija. Naprotiv!!!<sup>22</sup>

#### *Pravna priroda prava na poštovanje porodičnog života i zahtev za zaštitu*

Pravo na porodični život je lično neimovinsko subjektivno pravo. Ipak, lična prava su, po pravilu, apsolutna,<sup>23</sup> što je problematizovano kada je pravo na poštovanje porodičnog života u pitanju. Naime, bez obzira na neodređenost pojma

<sup>19</sup> Čl. 36. Ustava RS.

<sup>20</sup> Čl. 32. Ustava RS.

<sup>21</sup> Videti M. Nikolić, Legitimacija srodnika u sporu za uređenje ličnih odnosa sa detetom, u Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, br. 3/2007, str. 533.

<sup>22</sup> “Početkom XX veka velike porodice koje su okupljale bračne parove, njihove potomke, pretke i pobočne srodnike ustupile su mesto maloj porodici, koju čine bračni par i njihova deca. Počevši od šezdesetih godina XX veka ova mala porodica sve se više destabilizuje, a tome naročito doprinosi sve veći broj vanbračnih zajednica, kao i porast broja razvoda. Brak više nije jedini osnov porodice. U odnosu na raniji period, porodicu karakterišu dve osnovne stvari: smanjena je (redukovana) i svoju legitimnost i stabilnost više ne zasniva isključivo na braku”. Z. Ponjavić, nav. delo, str. 56. “Porodica je oduvek imala različite oblike i umesto da se govori o porodici u jedini neki smatraju da treba govoriti o ‘porodicama’. Danas paralelno postoje: nuklearna porodica, trogeneracijska porodica u kojoj žive babe, dede, roditelj i deca, ili više ljudi zajedno ili ostvaruje česte međusobne veze i srodnička porodica koja je veća zajednica sastavljena od srodnika koji pripadaju istom domaćinstvu. Istovremeno netradicionalni odnosi postaju sve češći kao vanbračna zajednica, homoseksualne veze, nepotpune porodice, reorganizovane porodice ili zajednice u kojima više nuklearnih porodica ili pojedinaca žive zajedno”. M. Janjić Komar, Porodica sa stanovišta prava, Pravni život, br. 7-8/1995, str. 70.

<sup>23</sup> Videti D. Nikolić, Uvod u sistem građanskog prava, Novi Sad, 2013, str. 234; V. Vodinelić, Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava, Sveska druga. Opšti deo građanskog prava, Odeljak 1. Subjektivna građanska prava i obaveze, skripta, Beograd, 2011, str. 48-57. R. Kovačević

porodice, odnosno porodičnog života, pa i u PZ RS, porodični život se ostvaruje u okvirima određenog kruga lica i u tom krugu je moguće govoriti i o zabrani akata kojima bi se vršila povreda ovog prava, a onda i o mogućnosti iniciranja sudskog postupka u slučaju povrede ove zabrane. Potvrdu ovakvom rezonovanju nalazimo, npr., u odredbi čl. 61/5, prema kojoj dete ima pravo da održava lične odnose i sa srodnicima (osim roditelja, čl. 61/1 PZ RS) i drugim licima sa kojima ga vezuje posebna bliskost (ako ovo pravo nije ograničeno sudskom odlukom). Upravo uslov "posebne bliskosti" upućuje na značajno ograničenje, te se, dakle, ne bi, kao kod drugih apsolutnih prava, moglo zaključivati da je reč o svim trećim licima. I specifičnost "porodičnih odnosa" ukazuje na ograničen krug učesnika, odnosno nemogućnost da u ove odnose budu involvirana sva treća lica. Stoga se ovo pravo može shvatiti jedino kao "apsolutno pravo sui generis", ono ne bi moglo delovati prema licima iz tzv. spoljnog sveta, ono je "apsolutno unutar jednog posebnog okruženja u kojem se ljudi rukovode emocijama i strastima, a ne pravom",<sup>24</sup> odnosno unutar kruga lica koje povezuje posebna bliskost.

Uslov posebne bliskosti nekada se, međutim, pretpostavlja, a tipičan slučaj su roditelji i njihova zajednička deca, odnosno podrazumeva postojanje pravom zaštićene veze ili odnosa – bračni ili roditeljski odnos. Srodstvo, međutim, samo po sebi ne znači, ne pretpostavlja ovaj uslov, pa se njegovo prisustvo mora dokazivati, kao i u kategoriji "drugih lica" iz čl. 61/5. U ovom krugu treba tražiti i one koji su titulari prava na zaštitu porodičnog života i one koji su subjekti obaveze uzdržavanja od njegove povrede ili ugrožavanja, dakle aktivno i pasivno stvarno legitimisana lica. To, svakako, upućuje i na zaključak o krugu lica koja su aktivno ili pasivno procesno legitimisana.

Moglo bi se reći, tumačenjem čl. 61/5 i da uslov "posebne bliskosti" eliminiše potrebu nabiranja onih prema kojima dete ima pravo na održavanje ličnih odnosa, kao imenovani elemenat sadržine prava na poštovanje porodičnog života. Kada su, pak, u pitanju srodnici i druga lica, čini se da nije sasvim korektno tumačiti ovu normu ekstenzivno i na osnovu nje priznati pravo na održavanje ličnih odnosa po tužbi koju bi podnela ova lica. Ispravnije je rezonovati da se pravo na zahtev za sudskom zaštitom crpi iz odredbe čl. 2/2 PZ RS, odnosno prava na poštovanje porodičnog života.<sup>25</sup>

Upravo ova logika upućuje na zaključak da bi zahtev za zaštitu bio moguć i u svim drugim situacijama kada PZ RS nema izričito regulisanu zaštitu odnosa

---

Kuštrimović, M. Lazić, Uvod u građansko pravo, Niš, 2008, str. 170; D. Stojanović, O. Antić, Uvod u građansko pravo, Beograd, 2004, str. 193-199.

<sup>24</sup> V. Vlašković, nav. delo, str. 255.

<sup>25</sup> Z. Ponjavić, nav. delo, str. 263.

koji spadaju u okvire prava na poštovanje porodičnog života (domen primene čl. 2/2). Ovakvo bi se moglo zaključiti i po analogiji sa postupkom u sporu za zaštitu prava deteta, koji će se primeniti u svim situacijama kada za prava deteta priznata PZ RS nije posebno, kroz mogućnost vođenja konkretno normiranih postupaka, predviđena mogućnost sudske zaštite.

Specifičnost porodičnog života, koji nema unapred i potpuno određenu sadržinu uslovljava posebnost, u tom smislu, i prava na poštovanje porodičnog života. Njegova sadržina nije unapred određena, to je "omnibus" pravo. Izuzet slučajeva gde se priznaju ipso iure (mada ni tu apsolutno, bez izuzetka), uvek je potrebno utvrđivati, dakle dokazivati, postojanje bliskih ličnih veza tužioca sa licem za koje on tvrdi da ih ima i da to čini da postoji "porodični život" između njih. To je, naravno, činjenično pitanje.<sup>26</sup> Drugim rečima, pravo na poštovanje porodičnog života nije unapred i jednom za svagda striktno određeno po sadržini (i titularima, kako je već rečeno) ili, nije do detalja određeno. Ono je samo određivo, mora se utvrđivati prema okolnostima svakog konkretnog slučaja, što potvrđuje već rečeno o pravu na održavanje ličnih odnosa srodnika i drugih lica, uz utvrđivanje uslova posebne bliskosti.

Napomenimo i to da lična prava prate dve vrste tzv. ličnopravnih zahteva – zahtev za propuštanje, uvek preventivan, sa ciljem da se spreči povreda ličnog dobra, i zahtev za uklanjanje, uvek reaktivan (restitutivan), uz uslov da je povreda već nastupila.<sup>27</sup> U odnosu na pravo na poštovanje porodičnog života može se, međutim, pojaviti dilema za prvi pomenuti zahtev, s obzirom na rešenja iz ZPP/2011, koja se tiču deklarativnih tužbi, o čemu će više reči biti u delu ovog rada o tužbama.

*Procesna pravila u postupku za zaštitu  
prava na poštovanje porodičnog života*

Pod pretpostavkom pokretanja postupka uz pozivanje na odredbu čl. 2/2 PZ RS otvara se problem primene procesnih normi. Naime, za ovakvu vrstu građanskog sudskog postupka nema posebnih pravila procedure (kako je u Uvodu već i konstatovano), u okvirima desetog dela PZ RS: "Postupci u vezi sa porodič-

---

<sup>26</sup> Videti *Lebbink v. Netherlands*, No. 45582/99 od 1. juna 2004, st. 36; *Şerife Yiğit v. Turkey*, No. 3976/05 od 2. novembra 2010., st. 93. Isti stav usvaja i nacionalna sudska praksa. Videti odluku Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 2401/10 od 28.04.2010; Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž 2. 349/13 od 12.06.2013; Apelacionog suda u Beogradu, Gž2. 1078/12 od 31.10.2012.

<sup>27</sup> O. Stanković, V. Vodinelić, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 2007, str. 127.

nim odnosima<sup>28</sup>. Odnosno, nije predviđen poseban parnični ili vanparnični postupak za ovakve slučajeve.<sup>28</sup>

U teoriji<sup>29</sup> i praksi,<sup>30</sup> u nedostatku pravila posebne građanske sudske procedure pledira se za opštu parničnu proceduru uz pozivanje na odredbu čl. 202. PZ RS, prema kojoj će se u sudskim postupcima koji su u vezi sa porodičnim odnosima primeniti odredbe zakona kojima se uređuje parnični postupak, ako ovim zakonom nije drugačije određeno. Iz lociranja ove odredbe u deo PZ RS kojim su propisana zajednička pravila za sve sudske postupke u vezi sa porodičnim odnosima sledio bi, zaista, ovakav pristup. No, već odredba čl. 201. PZ RS ograničava primenu ovog Dela zakona samo na uređenje posebnih parničnih postupaka, što bi moglo voditi zaključku da se zajednička pravila (čl. 204–208) primenjuju samo u takvim, postupcima koji su Delom 10. imenovani, a među njima nema posebnog postupka za zaštitu prava na poštovanje porodičnog života.<sup>31</sup> Normativni pristup je, dakle, sporan, odnosno nedosledan, pa se može postaviti pitanje da li ima osnova za primenu zajedničkih odredaba u svim postupcima, odnosno i opštoj parničnoj proceduri. Uz to, čak i ako načelo supsidijarnosti nije sporno, sa shodnom primenom postoji problem.<sup>32</sup> Sve ukazuje da bi primena pravila opšte parnične procedure sledila, prema trenutnom stanju regulative, iz činjenice da nema posebnog postupka u PZ RS, te da se opšti postupak jedino može primeniti.<sup>33</sup> Takođe je nesporno, da je zakonodavac hteo da se u svim postupcima u vezi sa porodičnim odnosima primene zajednička pravila iz čl. 204–208 PZ RS, kao specifična u odnosu na opštu parničnu proceduru i svakako adekvatnija, ali je normativni pristup problematičan. U suprotnom ne bi, npr., moglo da se primeni istražno načelo, načelo hitnosti kada se postupak odnosi na dete ili roditelje.

---

<sup>28</sup> Obiteljski zakon Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 75/14, 83/14), npr., odredbom čl. 121. previđa vanparnični postupak kao tip sudske zaštite za sve oblike ostvarivanja ličnih odnosa sa detetom. Drugi zakoni zemalja u okruženju koji regulišu ovu oblast nemaju takve odredbe (videti Porodični zakon Crne Gore, Zakon o porodici Makedonije, Porodični zakon Republike Srpske, Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine).

<sup>29</sup> M.Nikolić, nav. delo, str. 540.

<sup>30</sup> Rešenje Okružnog suda u Novom Sadu, Gž. 6352/2008 od 29.10.2008.

<sup>31</sup> Videti način normiranja koji je prihvaćen u Obiteljskom zakonu Hrvatske, odredbe čl. 345, 346.

<sup>32</sup> Videti, npr., B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, Građansko procesno pravo, Beograd 2010, str. 440.

<sup>33</sup> ZPP, odredbom čl. 1, određuje primenu ovog Zakona i u postupcima iz porodičnih odnosa i u slučaju postupaka koji se odnose na povredu prava ličnosti.

lja koji vrši roditeljsko pravo,<sup>34</sup> isključenje javnosti ili pravilo o dopuštenosti revizije u ovim postupcima.

Pomenimo, takođe, da je odredbama koje su deo normative jednog posebnog parničnog postupka – u sporu za zaštitu prava deteta (i u sporu za vršenje odnosno lišenje roditeljskog prava),<sup>35</sup> članom 268, predviđena primena odredbi čl. 265-267, koji se odnose na kolizijskog staratelja i privremenog zastupnika deteta i njihove dužnosti u svim drugim sudskim postupcima u vezi porodičnih odnosa “ako se ti postupci odnose i na prava deteta”. No, kada npr., postupak za održavanje ličnih odnosa nije pokrenulo dete, već srodnik ili drugo lice koje tvrdi da ima bliske odnose sa detetom, može se postaviti pitanje da li je ovo i “postupak koji se odnosi na pravo deteta” pa se navedene odredbe PZ RS moraju primeniti? Ipak, čini se da je odgovor i ovde, kao i u svim drugim situacijama kada je u spor involvirano dete, odnosno njegova prava, potvrđan, bez obzira na to ko su “prave” stranke u postupku. Ovde, na povredu svog prava ukazuje tužilac, ali bliski odnosi treba da postoje sa detetom i bitan je njegov najbolji interes. Dete treba, pod određenim uslovima da izrazi svoj stav o konkretnoj situaciji i potreban je nalaz i stručno mišljenje organa starateljstva, porodičnog savetovališta ili druge ustanove specijalizovane za posredovanje u porodičnim odnosima, a sve su to odredbe koje se primenjuju u postupku za zaštitu prava deteta kao posebnom parničnom postupku iz PZ RS.

Značajan problem je i primena načela dispozicije, preko zabrane donošenja presude zbog propuštanja, na osnovu priznanja ili odricanja, kao i zaključenja sudskog poravnanja, što sledi iz odredbe čl. 271. PZ RS, opet u okviru pomenutog posebnog parničnog postupka, dok u opštoj parnici ovog ograničenja pomenutog načela nema. Nema ga ni u zajedničkim odredbama za postupke u vezi porodičnih odnosa u PZ RS. Da li su ovi načini okončanja postupka dopušteni kada je postupak pokrenut po tužbi za zaštitu prava na poštovanje porodičnog života, koju nije podnelo dete?

I inventarisanjem odredaba opšte parnične procedure pronalazimo malobrojna specifična rešenja koja se primenjuju u parnicama koje se tiču ličnih prava. To je, pre svega, pravilo tzv. posebne mesne nadležnosti za ove sporove, pa je, dakle, primenljivo i u slučaju parničnih postupaka na osnovu povrede prava na poštovanje porodičnog života. Reč je o odredbi čl. 46 ZPP, koja sadrži pravilo alternativne (elektivne) nadležnosti, kojom je tužiocu dato pravo izbora pri podnošenju tužbe između suda opšte mesne nadležnosti, suda na čijem području je

<sup>34</sup> Mada ostaje pitanje zašto svi postupci u vezi porodičnih odnosa nisu hitni!?!

<sup>35</sup> Čl. 261–273 PZ RS.



štetna radnja izvršena ili sudu na čijem području on ima prebivalište, odnosno boravište.

Specifična pravila za postupke u vezi porodičnih odnosa sadrži i deo ZPP o sastavu suda. Tako iz formulacije čl. 35 proizilazi da u prvom stepenu ove sporove sudi veće, sastavljeno od jednog sudije predsednika veća i dvoje sudija porotnika.<sup>36</sup> U drugom stepenu sudi veće sastavljeno od troje sudija. U oba slučaja primenjuje se i pravilo iz odredbe istog člana, stav 5, odnosno da sudije moraju biti lica koja su stekla posebno znanje iz oblasti prava deteta.

Dakle, pred sudijama nije ni malo lak zadatak da, pre svega, utvrde koja procesna pravila su primenljiva u situacijama kada je podnesena tužba zbog povrede prava na poštovanje porodičnog života. Nadalje, specifična pravila koja su ovde navedena su malobrojna i stoga nedovoljna za rešavanje procesnih dilema koje ovakav vid zaštite otvara. Sva ostala pravila opšte parnične procedure su, sasvim sigurno, u nizu situacija neadekvatna. Stoga je verovatno rešenje predvideti kao posebnu parničnu proceduru i onu po tužbi za zaštitu prava na poštovanje porodičnog života, kao opštu u odnosu na posebne parnične postupke sadržane u PZ RS kojima se, takođe, odlučuje o sporovima u vezi jednog broja odnosa koji čine porodični život, uz moguću, pomenutu, analogiju sa postupkom u sporu za zaštitu prava deteta.

#### *Tužbe za zaštitu prava na poštovanje porodičnog života*

Garantovanje prava na poštovanje porodičnog života na međunarodnom i našem nacionalnom nivou, kao ličnog prava, uslovljava neophodnost garantovanja njegove građanskopravne zaštite. Pri tome, parnična procedura u okvirima građanskih sudskih postupaka svakako daje viši stepen izvesnosti u utvrđivanju činjenica relevantnih za utvrđenje da li je ovo pravo povređeno ili ugroženo. Dakle, u svim situacijama kada PZ RS ne predviđa partikularnu zaštitu onih bliskih ličnih veza (odnosa) koje čine "porodični život" i time potpadaju pod domen primene čl. 2/2 (odnosno čl. 8 Konvencije), zaštita prava na poštovanje porodičnog života morala bi biti dopuštena po posebnoj tužbi.

Kada je sama vrsta zaštite, odnosno vrsta tužbe u pitanju, moglo bi se, već na prvi pogled, zaključiti da su dopuštene dve vrste - tužba za utvrđenje (deklaratorna) i kondemnatorna.

---

<sup>36</sup> Videti Zakon o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku ("Sl. glasnik RS", br. 55/2014), čl. 2.

Pri tome, prva, odnosno deklaratorna,<sup>37</sup> uvedena je izričito u našu procesnoppravnu regulativu najnovijim ZPP iz 2011, modifikovanom odredbom u odnosu na ranije zakonske tekstove kojima je bila definisana deklaratorna tužba. Naime, odredbom čl. 194. ovog Zakona, generalno je omogućeno podnošenje deklaratorne tužbe u slučaju “povrede prava ličnosti”, među kojima se svakako prepoznaje i pravo na poštovanje porodičnog života. Treba, međutim, reći, da je ovakvim zakonskim rešenjem učinjen neophodan i opravdan otklon u odnosu na pravi smisao deklaratorne zaštite, odnosno cilj koji se njome želi postići.

Naime, ova vrsta tužbe načelno ima svrhu preveniranja povrede prava i u teoriji građanskih sudskih postupaka se smatra da je karakter pravne zaštite koja se njome može postići u suštini prejudicijelan.<sup>38</sup> Ili, pravnosnažnim utvrđenjem postojanja ili nepostojanja nekog prava ili pravnog odnosa među strankama, sudski se verifikuje, presudom kao pojedinačnom pravnom normom, određeno “preegzistentno stanje” među strankama, stanje pre povrede odnosnog prava ili pravnog odnosa.<sup>39</sup> Povreda bi, naime, davala povoda podnošenju kondemnatorne tužbe, ali, pri tome, pravnosnažno deklarisanje bitno olakšava ostvarenje kondemnatorne zaštite, kao represivne.<sup>40</sup> Smisao pomenutog člana, međutim, sasvim je drugačiji, s obzirom na integralnu formulaciju koja glasi: “Tužilac može da traži da sud *samo utvrdi* postojanje ili nepostojanje nekog prava ili pravnog odnosa, *povredu prava ličnosti* ili istinitost, odnosno neistinitost neke isprave”. Uopšteno bi, naime, važilo da ima osnova da se sud izjašnjava da li jedno subjektivno građansko pravo povređeno samo pod pretpostavkom da se prethodno utvrdi da li je tužilac njegov titular. No, u konkretnom slučaju, kada je reč o pravu na poštovanje porodičnog života, koje je načelno formulisano kao pravo “svakog lica” rešenje problema je, svakako, u tome da se sud ipak, *in concreto*, izjašnjavajući se o povredi prava, izjašnjava i o tome da li ga tužilac ima. Zahtev, odnosno tužba, u ovoj grupi prava, specifičan je stoga što nastaje tek u slučaju njegove povrede ili ugrožavanja, ima, kao značajnu karakteristiku i to da nema za svrhu normalno vršenje prava, već is-

<sup>37</sup> Mogućnost podnošenja deklaratorne tužbe, nalazimo u jednoj nedavnoj odluci koju je ESLJP doneo u predmetu Zorica Jovanović protiv Srbije (Zorica Jovanović v. Serbia, No. 21794/08 od 26. marta 2013. godine, objavljena u “Sl glasniku RS”, br. 33/2013 od 10. aprila 2013). U stavu 40. odluke ESLJP, kao relevantna domaća sudska praksa, navodi se presuda Vrhovnog suda Srbije (Rev. 229/04) od 21. aprila 2004. godine u kojoj je utvrđeno da „prava ličnosti” u okviru značenja Zakona o obligacionim odnosima obuhvataju, između ostalog, pravo na poštovanje porodičnog života, ali samo obrazloženje odluke ne koristi u razrešenju mogućih dilema deklaratornog tipa zaštite u odnosu na ovo pravo.

<sup>38</sup> M. Dika, Građansko parnično pravo, Tužba, VI knjiga, Zagreb, 2009, str. 251.

<sup>39</sup> Ibidem.

<sup>40</sup> Ibidem.

ključivo njegovu zaštitu.<sup>41</sup> “Normalno vršenje prava” znači, u odnosu na pravo na poštovanje porodičnog života, da se ne dira u odnose koji čine porodične veze, porodične odnose kao bliske lične veze jednog lica, budućeg tužioca, za slučaj povrede ove obaveze, sa drugim licem iz kruga onih sa kojima ostvaruje “porodični život”. Tuženi se, zapravo, ponaša na način koji pokazuje da ne smatra da tužilac ima pravo na poštovanje porodičnog života u konkretnoj situaciji, ili da ga ima, ali da mu ono ne daje ona ovlašćenja (na određena ponašanja) u skladu sa kojima se tužilac ponaša.<sup>42</sup> Stoga tuženi i ne udovoljava svojoj obavezi “nemešanja” u njegove porodične odnose. Da li bi se i ovde moglo govoriti samo o “ugrožavanju”, ili je svako nedopušteno mešanje “povreda” prava? Sistemu deklaratorne zaštite, generalno, odgovaralo bi prihvatanje stava da se pravo može i samo ugroziti, ali ličnom karakteru samog prava odgovarala bi više druga solucija.

Treba pomenuti i da sistem zaštite koji obezbeđuje deklaratorna tužba pretpostavlja neophodnost dokazivanja pravnog interesa od strane tužioca,<sup>43</sup> osim kada je podnošenje ovakve tužbe predviđeno posebnim propisima, što je formulacija ranijih verzija ZPP. Sadašnji, ZPP/2011, ne predviđa ovaj izuzetak, a i sama tužba o kojoj je ovde reč nije izričito predviđena relevantnim posebnim propisom, odnosno PZ RS, već se navodi u opštoj formulaciji ZPP, kojom se, zapravo, samo određuje šta deklaratornom tužbom može da se traži. Ovo bi moglo značiti da je stav zakonodavca da se pravni interes za deklaratornu zaštitu uvek mora, od strane tužioca, učiniti verovatnim. To bi odgovaralo i opštem stavu da se po ovoj tužbi samo deklariše povreda prava te da presuda ne može steći svojstvo izvršnosti,<sup>44</sup> što, npr., otklanja potrebu dokazivanja pravnog interesa u kondemnatornom tipu zaštite. Ali, kada su u pitanju lična prava, odnosno utvrđivanja njihove povrede, moglo bi voditi i suprotnom zaključku.

---

<sup>41</sup> O. Stanković, V. Vodinečić, nav. delo, str. 127.

<sup>42</sup> Uporedi o deklaratornoj tužbi B. Poznić, V. Rakić- Vodinečić, nav. delo, str. 242.

<sup>43</sup> Čl. 194/2 ZPP/2011, kao i B. Poznić, V. Rakić- Vodinečić, nav. delo, str. 242, 243.

<sup>44</sup> S obzirom da se deklaratorne presude ne mogu prinudno izvršiti, otvoreno je pitanje šta je smisao presude u slučaju kada je tužilac uspeo u sporu i dokazao da jeste povređeno njegovo/njeno pravo na poštovanje porodičnog života. Da li i takva presuda otvara mogućnost za naknadu štete? Zakonodavac je takvu mogućnost predvideo zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku, koje je garantovano čl. 6 Konvencije pod nazivom “pravo na pravično suđenje”, opredeljenjem da štiti samo jedan fragment, odnosno deo ovog prava. Odredbom čl. 8. Zakona o uređenju sudova (“Sl. glasnik RS”, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - dr. zakon, 78/2011 - dr. zakon, 101/2011 i 101/2013), predviđen je poseban vanparnični postupak u kome se može ostvariti zaštita prava na suđenje u razumnom roku i pravo na naknadu štete zbog povrede ovog prava. Više o tome u G. Stanković, Postupak za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, Pravni informator, br. 10/2013 i R. Bezbradica, Zahtev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku – novo pravno sredstvo u pravnom poretku Republike Srbije, Pravni informator, br. 5/2014.

Problem nastaje i stoga što je i tuženi neko ko je u istom krugu lica, što zahtev tužbe u ovakvim sporovima nesporno "zadire u sferu poštovanja prava na porodični život lica prema kome je zahtev usmeren", odnosno tuženog u ovakvim parnicama, ili, u sukobu su dva prava na poštovanje porodičnog života.<sup>45</sup> Razrešenje je, kada su u pitanju sporovi u koje je involvirano dete, preko utvrđivanja šta je najbolji interes deteta, na način i prema zakonskim rešenjima koje garantuje PZ RS. Ili, generalno, u nalaženju načina za vršenje prava na poštovanje porodičnog života uz najmanje moguće, u svakoj konkretnoj situaciji, ograničenje u vršenju za svako od lica involviranih u konkretan spor.

Ako je, nadalje, postojanje ili nepostojanje porodičnog života, odnosno povreda prava na njegovo poštovanje činjenično pitanje, pomenimo da ZPP/2011 posebnim stavom trećim pomenutog čl. 194., dopušta da se po deklaratornoj tužbi utvrđuju činjenice samo ako je to "predviđeno zakonom ili drugim propisom". U odnosu na povredu prava na poštovanje porodičnog života takvog zakonskog rešenja nema. Takođe, lociranje deklaratornog zahteva kojim se traži "utvrđivanje povrede prava ličnosti" u stav jedan ovog člana, dakle u odredbu o tome kada je generalno moguće podneti ovu tužbu, može voditi zaključku da zakonodavac, onda, ovo utvrđenje ne shvata kao utvrđivanje postojanja ili nepostojanja činjenice, već utvrđivanje postojanja ili nepostojanja prava ličnosti, što nije i rečeno, a ne bi, s obzirom na lični karakter prava ni bilo korektno reći. No, bez obzira na ovakvo stanje regulative rešenje je da sud uvek mora da utvrdi postojanje i (ili) kvalitete ličnih veza tužioca sa jednim licem, pa tek da utvrđuje njegovu povredu prava ponašanjem (nečinjenjem!?) tuženog.

Pomenimo, takođe, da bez obzira na ograničena dejstva koja ima pravno-snažna deklaratorna presuda s obzirom na nemogućnost prinudnog izvršenja, njen značaj je nesporan ukoliko se pođe kako od preventivne funkcije, odnosno potencijalnog, dobrovoljnog usklađivanja ponašanja tuženog sa obavezama koje poštovanje prava na porodični život tužioca podrazumeva, tako i od mogućnosti koje ona daje u odnosu na pravo na naknadu nematerijalne štete, primenom odredbe čl. 200. ZOO.

Kondemnatornom tužbom, kao drugom mogućom<sup>46</sup> za zaštitu prava na poštovanje porodičnog života, zahteva se izricanje pravne posledice otklanjanja

<sup>45</sup> M. Nikolić, nav. delo, str. 542.

<sup>46</sup> Videti Rešenje Okružnog suda u Novom Sadu, Gž. 6352/2008 od 29.10.2008, gde se navodi da "imajući u vidu sadržinu pravne zaštite koju tužilac, srodnik traži, a to je zaštita prava na poštovanje porodičnog života kroz održavanje ličnih odnosa sa detetom sa kojim ga veže posebna bliskost i poverenje, postupak u ovakvom sporu se pokreće kondemnatornom tužbom, odnosno tužbom za osudu na činidbu, a kojoj vrsti tužbe, u slučaju usvajanja zahteva, odgovara osuđujuća (kondemnatorna) presuda".

povrede i zabrane ponašanja, budućeg, kojim bi se pravo vređalo. Pravnosnažnošću kondemnatorne presude<sup>47</sup> kojom je tužbeni zahtev usvojen ona dobija svojstvo izvršnosti, a konkretna realizacija obaveze lica koje je učinilo povredu prava ličnosti, svakako je konačni cilj tužioca. Svakako treba pomenuti i rešenje iz odredba čl. 194/4 ZPP/2011, odnosno da se tužba za utvrđenje povrede prava ličnosti može podneti bez obzira da li je postavljen zahtev za naknadu štete ili drugi zahtev, u skladu sa posebnim zakonom čime je, zapravo, omogućena objektivna kumulacija tužbenih zahteva<sup>48</sup> koja se pokazuje i kao najpovoljnija za tužioca. Tumačenje odredbe čl. 194. vodilo bi još jednom zaključku. Naime, zahtev može da glasi da se utvrdi "povreda", a ne i da pravo nije povređeno, dakle reč je o zahtevu za pozitivno deklarisanje, što sprečava podnošenje negativne deklaratorne tužbe u ovakvim situacijama i odgovara zaštićenom dobru – ličnom pravu i opštim karakteristikama zahteva za njegovu zaštitu.

No, u praksi, bez obzira na pomenute teorijske dileme, smisao zaštite u situacijama povrede prava na poštovanje porodičnog života mora biti i da se povreda spreči za ubuduće i da se pravnosnažnom presudom učini kraj jednoj pravno nepodnošljivoj situaciji. Stoga je, možda najbolji normativni pristup koji prihvata jedan od posebnih zakona kojima je predviđena zaštita, takođe ličnog prava - prava na "nediskriminaciju",<sup>49</sup> U okvirima zahteva koje ovaj propis nabravlja taksativno odredbom čl. 43. trebalo bi tražiti i rešenja u odnosu na zaštitu prava na poštovanje porodičnog života. Generalno, morao bi biti izuzet zahtev za objavljivanje presuda donesene po nekom od drugih predviđenih zahteva.

## ZAKLJUČAK

U PZ RS pravo na porodični život garantovano je, kao i u Konvenciji, uopštenom odredbom u čl. 2/2. Na taj način zakonodavac pokazuje da je prepoznata potreba da se ova vrednost štiti. Neki od identifikovanih odnosa (bliskih ličnih veza), pomenutih u ovom Radu, koji ulaze u okvire ovog pojma, ne iscrpljuju listu mogućih. Problematična je, međutim, operacionalizacija odredbe čl. 2/2 PZ RS. Kako, naime, nije predviđen poseban postupak za zaštitu ovog prava u slučaju povrede, odnosno nema posebnog procesnog instrumentarija adekvatnog specifičnostima njegove zaštite, zaštita prava na poštovanje porodičnog života (izuzimajući pojedine, posebno regulisane fragmente) dovedena je u pitanje. Dileme iznete u Radu, koje se odnose na zaštitu ovog prava u građanskim sudskim po-

---

<sup>47</sup> Videti odredbu čl. 15. st. 2. Zakona o izvršenju i obezbeđenju ("Sl. glasnik RS", br. 31/2011, 99/2011 - dr. zakon, 109/2013 - odluka US i 55/2014)

<sup>48</sup> Videti M. Dika, nav. delo, str. 255.

<sup>49</sup> Zakon o zabrani diskriminacije ("Sl. glasnik RS", br. 22/2009).

stupcima, bile bi otklonjene normiranjem posebne procedure, po analogiji na postupak u sporu za zaštitu prava deteta. Time bi bio otklonjen nesklad između garantovanja ovog prava i njegove potpune zaštite.

DUŠICA PALAČKOVIĆ, LL.D.,

Profesor, Faculty of Law, University of Kragujevac

SANDA ĆORAC, LL.M.,

Ph.D. candidate, Faculty of Law, University of Kragujevac

## PROTECTION OF RIGHT TO RESPECT FOR FAMILY LIFE

### Summary

Family Act of the Republic of Serbia (2005), as well as European Convention on Human Rights, guaranteed right to family life in general provision (Article 2/2). In this way, the legislator shows that recognized the need to protect this value. Some of the identified relations (close personal ties), mentioned in this paper, which are within the scope of the term, does not exhaust the list of possible. Problematic is, however, the operationalization of the provisions of Article 2/2 . In fact, it did not provide for a specific procedure for the protection of rights in the event of injury, and there is no specific procedural instruments adequate for specifics of its protection, the protection of the right to respect for family life (with the exception of some, especially regulated fragments) has been called into question. Dilemmas presented in the paper, relating to the protection of the rights of the family life in civil proceedings, would be eliminated by standardizing the special procedures, in analogy to the procedure in the dispute for the protection of rights of the child. In this way, the discrepancy between guaranteeing this right and its full protection will be rectified.

MIRJANA RAŠEVIĆ

## KA ODGOVORNOJ POPULACIONOJ POLITICI

### U V O D

Populacioni izazovi su visoko rangirani na političkim agendama u 21. veku. Od demografa se očekuje da pomognu u pronalaženju odgovora na aktuelne dileme u okviru populacione politike sa kojima se vlade suočavaju. Pre svega, od istraživača nauke o stanovništvu se traži da razmotre niz pitanja vezanih za krizu rađanja u savremenom društvu. Naime, nedovoljno rađanje dece nije realnost samo u razvijenim zemljama i ne samo zapadne civilizacije. Više od 60 populacija se suočava sa rađanjem dece ispod potreba zamene generacija.

Čini se da među demografima postoji konsenzus vezan za osnovne principe političkog odgovora koji se tiče ublažavanja fenomena nedovoljnog rađanja. Među njima se pet principa posebno izdvaja. To su: uverenje da ekonomska determinanta reproduktivnog ponašanja nije odlučujuća, svest o neefikasnosti restriktivnih mera, insistiranje na razdvajanju mera populacione i socijalne politike, stav o podsticanju rađanja najviše četvoro dece u porodici, i uključivanje populacione edukacije u pronatalitetnu politiku.

#### *Ekonomska determinanta reproduktivnog ponašanja nije odlučujuća*

Sve evropske zemlje su se suočile sa fenomenom nedovoljnog rađanja. Najniži nivo rađanja među njima u 2013. godini beleže zemlje u tranziciji socio-ekonomskog sistema kao Mađarska, Poljska, Slovačka i zemlje Južne Evrope, Portu-

---

Dr Mirjana Rašević, naučni savetnik Instituta društvenih nauka, Beograd.

galija, Grčka i Italija (gotovo 40% ispod potrebnog za zamenu generacija). Najviše pak stope beleže Irska i Francuska zajedno sa zemljama Severne Evrope, Norveškom i Velikom Britanijom (5 do 15% ispod potreba zamene generacija). V Mirjana Rašević an Evrope, među razvijenim zemljama, nivo rađanja kreće se u rasponu između 40% (Japan) i 5% (SAD) ispod potrebnog za zamenu generacija.<sup>1</sup> Sa vrednošću stope ukupnog fertiliteta od 1,4 nivo rađanja u Srbiji je ispod evropskog proseka koji iznosi 1,6 deteta po ženi.

Fenomen nedovoljnog rađanja dece je zakonit proces koji nije uspelo da izbegne nijedno razvijeno društvo. No, nedovoljno rađanje dece nije realnost samo u razvijenim zemljama i ne samo zapadne civilizacije. Danas se, šta više, 61 zemlja suočava sa rađanjem dece ispod potreba proste zamene generacija.<sup>2</sup> Velika većina istraživača, ne samo pre pedeset godina već i pre trideset ili čak u 1980-im godinama, kako Freedman<sup>3</sup> podvlači, nije predvidela dostignute promene reproduktivnog ponašanja i nivoa fertiliteta. U osnovi savremenog reproduktivnog ponašanja dominiraju varijable koje se odnose na reproduktivne norme, učešće stanovništva u reprodukciji i tzv. strukturne prepreke, koje sprečavaju ostvarenje i reproduktivnih normi i učešće stanovništva u reprodukciji.

Niske reproduktivne norme su duboko uslovljene i kao takve pripadaju kategoriji dugoročnih fenomena. Upravo duboka uslovljenost i dugoročnost su osobine koje malo, ako uopšte, ostavljaju prostora za spontane promene aktuelnih tendencija nivoa rađanja u doglednoj budućnosti. Naime, neki od bitnih faktora niskih normi u sferi rađanja su imanentni našoj civilizaciji, bilo da predstavljaju njena pozitivna dostignuća ili njene slabosti.<sup>4</sup> Tako su, između ostalog, na jednoj strani emancipacija i individualizam, nuklearna porodica i izmenjen položaj žene i dece u njoj, insistiranje na kvalitetu sopstvenog života i kvalitetu života deteta, liberalan zakon o abortusu i dostupnost efikasne kontracepcije, a na drugoj materijalistička svest sa potrošačkim mentalitetom i lični život, razućeniji nego ikada ranije. Ovi i drugi uzroci podstiču aspiracije, bilo intelektualne i profesionalne ili one u privatnoj sferi, uključujući sticanje i hedonizam.

U novom sistemu vrednosti roditeljstvo je zadržalo visoko mesto, s tim što su se ovom cilju pridružili novi sadržaji koji su, takođe, visoko vrednovani. Promene koje su Lesthaeghe i Van den Kaa<sup>5</sup> sa razlogom nazvali "ideologijom in-

<sup>1</sup> Pison, G. (2013). "Tous les pays du monde 2011", *Population et Sociétés*, Numéro 503.

<sup>2</sup> Shamie, J. (2004). "Low Fertility: Can Governments Make a Difference", *Annual Meeting Population Association of America*, Boston, 4 April 2004.

<sup>3</sup> Freedman, R. (1992). "The Role of Family Planning Programmes as a Fertility Determinant", *Family Planning Programmes and Fertility*, Oxford: Clarendon Press.

<sup>4</sup> Rašević, M. (1995). *Razvitak stanovništva Srbije 1950-1991.*, Beograd: Centar za demografska istraživanja Instituta društvenih nauka.

<sup>5</sup> Lesthaeghe, R., Van den Kaa, D. (1994). *Twee demografische transitities?*, navedeno prema R. Cliquet "Below-Replacement Fertility: A Case of Individual Societal Antagonism, sociobiologically explained", *Prilozi demografskim i ekonomskim naukama*, Beograd: Srpska akademija nauka i umetnosti.



dividualne autonomije” uticale su da niske reproduktivne norme, koje je prouzrokovao moderan razvoj, postanu još niže i nedovoljne za prosto obnavljanje stanovništva. U savremenim uslovima, kada su deca izgubila važne socijalne i ekonomske funkcije, karakteristične za tradicionalna društva, žene i muškarci se racionalno opredeljuju za jedno ili dva deteta, zadovoljavajući prvenstveno emocionalne i psihološke roditeljske potrebe uz istovremeno izbegavanje rizika. To se čini u atmosferi u kojoj je sloboda pojedinca daleko iznad odgovornosti i solidarnosti. Reč je o sopstvenoj mikro sferi u kojoj nisu prisutne društvene populacione potrebe. O demografskim potrebama budućih generacija pojedinac ne razmišlja i/ili ih ne uvažava, niti ih društvo promovira.

Osobine faktora koji opredeljuju učešće stanovništva u reprodukciji su, takođe, produkt moderne kulture, savremenog načina života i socijalnih i ekonomskih uslova. Među njima sve važnije mesto imaju civilizacijski faktori koji „vrše pritisak na institucije braka i porodice, preko ideja o slobodi ličnosti, erozije kolektivne svesti, širenja potrošačkog mentaliteta i hedonizma, sve do alternativnih stilova života“.<sup>6</sup> Savremeni model suživota udvoje podrazumeva da je brak manje univerzalan, stupanje u brak kasnije, razvodi češći, ponovo zasnivanje bračne zajednice ređe i kraćeg trajanja, a alternativne forme zajedništva muškarca i žene sve brojnije.

Pored oportunih prepreka rađanju, osećaja nedovoljne sigurnosti i u porodici i u široj zajednici i troškova (cene) vezanih za usklađivanje roditeljstva i profesionalne aktivnosti kao i roditeljstva i zadovoljenja različitih interesovanja, i strukturne prepreke, nezaposlenost, nerešeno stambeno pitanje, problemi čuvanja dece, nezadovoljavajući ekonomski standard i druge pojave iz ovog kruga, su kako varijabla niskih reproduktivnih normi tako i bitna barijera za realizaciju stavova o idealnom broju dece i učešće stanovništva u reprodukciji. Mada strukturne prepreke ne može da izbegne nijedno razvijeno društvo, njihova važnost je bila velika u socijalističkim zemljama, uključujući i Srbiju. Značaj nabrojanih strukturnih prepreka je i danas posebno izražen u ovim zemljama koje su ušle u proces tranzicije socioekonomskog sistema, a njima su pridodati i novi elementi moguće individualne pasivizacije kao što su, na primer, osećaj nesigurnosti, socijalni maladaptacioni sindrom na izmenjene vrednosti i norme ili društvena anomija.

### *Mere pronatalitetne politike ne treba da budu restriktivne prirode*

Izložena deterministička osnova niskih reproduktivnih normi i raširenost psiholoških, ekonomskih i strukturnih prepreka za ostvarivanje stava o željenom broju dece ukazuju na njihovu složenost, duboku uslovljenost i istovremeno pred-

---

<sup>6</sup> Macura, M. (1994). “Demografske implikacije secesije i ekonomske blokade”, *Sankcije – legitimitet, legalitet i posledice*, Beograd: Srpska akademija nauka i umetnosti, Odeljenje društvenih nauka, knjiga 15.

stavlja objašnjenje za nedovoljnu demografsku efikasnost restriktivnih zakonskih rešenja vezanih za namerni prekid trudnoće i kontracepciju. To su pokazala iskustva više zemalja. Naime, u nastojanju da podignu stopu nataliteta Rumunija u periodu od 23 godine, Bugarska, Čehoslovačka i u više navrata Mađarska, odlučile su se na manje ili više restriktivnu politiku prema namernom prekidu trudnoće. Ne samo pronatalitetni već i drugi motivi, motivi religioznog karaktera, rukovodili su vladu Poljske da se u devedesetim godinama prošlog veka opredeli za ukidanje liberalnog zakona kojim se prekid trudnoće dopuštao na zahtev trudne žene. Kratkotrajni efekat povećanja nataliteta stanovništva je zabeležen u svim ovim sredinama. Niz primera to ilustruje. Tako jedini *baby boom* ikada registrovan u Mađarskoj se vezuje za prohibiciju abortusa u periodu 1953-1956. godina.<sup>7</sup>

Međutim, očekivani dugotrajni efekti u smislu povećanja nivoa rađanja nisu ostvareni jer, mada saznanja o dostupnosti kontrole rađanja učestvuju kao jedan od elemenata pri stvaranju reproduktivnih motiva, stavova i normi, kontrola rađanja ne predstavlja bitan faktor determinističke osnove fenomena nedovoljnog rađanja u savremenom društvu. Njena uloga je prvenstveno instrumentalne prirode. U tom smislu rumunski primer je svakako najupečatljiviji. Kada je 1965. godine registrovana opšta stopa nataliteta od 15,6 promila rumunska vlada je 1. oktobra 1966. godine, zabranivši uvoz kontraceptivnih sredstava, onemogućila pristup modernoj i efikasnoj kontracepciji, a dozvolila je namerni prekid trudnoće samo u slučaju da je žena starija od 45 godina ili da ima najmanje četvoro dece ili da joj trudnoća ugrožava život. Striktno su propisane dijagnoze koje se prihvataju kao medicinska indikacija za namerni prekid trudnoće. Uvedena je kazna kako za osobu koja obavlja ilegalni prekid trudnoće, tako i za ženu koja izabere ovu opciju. Istovremeno je bila predviđena istraga svakog spontanog abortusa.

Kao rezultat novih zakonskih rešenja, stopa nataliteta je naglo porasla na 27,4 promila u 1967. godini, usled značajnog povećanja rađanja dece drugog i trećeg reda. Međutim, ona je ubrzo počela da opada i u 1983. godini iznosila je 14,3 promila. Posle novih napora u borbi protiv ilegalnih abortusa stopa nataliteta se blago povećavala na 15,5 u 1984. i 15,8 u 1985. godini. U decembru 1985, uvođe se još restriktivnija zakonska rešenja vezana za abortus. Naime, namerni prekid trudnoće se dozvoljava samo ženi koja ima petoro žive dece mlađe od 18 godina. Tokom promocije ovog zakona Čaušesku je proklamovao da je „celokupno društvo vlasništvo fetusa“. Uprkos tako ekstremnih nastojanja da se ograniči sloboda pristupa kontroli rađanja, stopa nataliteta je blago porasla na 16,0 promila 1989. godine.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Kamaras, F. (1989). "Attitudes on Fertility Control Related Values and Policy on Basis of the Hungarian Studies", *Demographic Trends and Population Policy*, Dubrovnik, 5-11 June 1989.

<sup>8</sup> Baban, A., David, H. (1994). *Voices of Romanian Women: Perceptions of Sexuality, Reproductive Behavior, and Partner Relations During the Ceausescu Era*, Bethesda: Transnational Family Research Institute.

Istovremeno je došlo do porasta materinskog morbiditeta i mortaliteta. Koeficijent registrovanog materinskog mortaliteta, koji je posledica trudnoće, izražen na 100.000 živorođenih, porastao je sa 86 koliko je iznosio u 1965. godini kada je abortus bio dozvoljen na zahtev trudne žene, na 150 u 1984, odnosno 170 u 1989. godini, u vreme restriktivne regulative vezane za kontrolu rađanja.<sup>9</sup> Procenjuje se da je preko 80% registrovane materinske smrtnosti posledica ilegalnih prekida trudnoće,<sup>10</sup> odnosno obavljanja abortusa u nesterilnim uslovima od strane nestručnih lica. Ili, drugim rečima, u periodu od 23 godine sprovođenja populacione politike, putem restriktivnog zakona o kontracepciji i namernom prekidu trudnoće, prosečno 341 žena godišnje je umrla od pribegavanja ilegalnom abortusu.

Takođe, procenjuje se da je oko jedan milion Rumunki postalo infertilno kao posledica namernog prekida trudnoće obavljenog u neoptimalnim uslovima.<sup>11</sup> Isto tako, porasla je i smrtnost odojčadi. Najviša vrednost stope mortaliteta odojčadi je registrovana 1987. godine kada se beleži čak nivo od 28,9 promila.

Odsustvo mogućnosti da se na legalan način prekine trudnoća u jednoj sredini, pored velike zdravstvene cene ima i jasne psihološke posledice kako za ženu tako i za dete rođeno iz neželjene trudnoće. Rezultati istraživanja u Švedskoj, Škotskoj i Čehoslovačkoj su pokazali da neželjeno materinstvo dovodi do različitih neurotičnih reakcija prema detetu, neurotičnih seksualnih reakcija i smanjenja radnog kapaciteta.<sup>12</sup> Istraživanja, pak, koja su se bavila psihičkim i socijalnim posledicama za dete rođeno iz trudnoće koju je majka želela da prekine, ali joj nije odobreno su potvrdila početnu hipotezu da se neželjena deca potencijalno podižu u manje optimalnim psihološkim i socijalnim uslovima od željene.

Naime, nalazi longitudinalne studije sprovedene u Pragu otkrili su da rođeno neželjeno dete može patiti do zrelosti. Ovaj zaključak je usvojen na osnovu istraživanja koja su pratila razvoj 110 devojčica i 110 dečaka čijim majkama je dva puta odbijen abortus. U devetoj godini života ova deca su bila bolesnija i češće hospitalizovana od dece u kontrolnoj grupi. Imala su slabiji uspeh u školi i pokazivala su preteranu osetljivost i agresivnost, kao i manji stepen integracije u socijalnoj sredini. Manji broj ove dece od 14 do 16 godina je pohađao srednju školu u odnosu na kontrolnu grupu, a više ih je imalo potrebu da se zbog poremećaja ponašanja konsultuje sa psihijatrom. U adolescenciji emocionalni razlaz izme-

---

<sup>9</sup> Safe Motherhood (1990). "Romania: on the road to success", *Safe Motherhood*, July-October.

<sup>10</sup> Baban, A., David, H. (1994). *Voices of Romanian Women: Perceptions of Sexuality, Reproductive Behavior, and Partner Relations During the Ceausescu Era*, Bethesda: Transnational Family Research Institute.

<sup>11</sup> United Nations Population Fund (1990). *Report on mission to Romania 5-15 March 1990*, unpublished document.

<sup>12</sup> Spinelli, A., Figa-Talamanca, I. (1990). "Psychosocial effects of early and late abortion", WHO, UNFPA, IPPF Conference *From abortion to contraception*, Tbilisi, 10-13 October 1990.

đu dece rođene iz neželjene trudnoće i njihovih majki je kulminirao. U odnosu na kontrolnu grupu, neželjena deca u većoj meri su izražavala i konzervativne stavove po mnogim pitanjima. Bila su i manje informisana o seksualnosti i pitanjima vezanim za nju.<sup>13, 14</sup>

Upravo su visok morbiditet i mortalitet koji se duguju ilegalnom abortusu i različite posledice neželjene trudnoće predstavljali najsnažniji argument za liberalizaciju prekida trudnoće. Takođe, uvažavanje činjenice da je abortus realna potreba uslovljena većim brojem faktora različite vrste. Među njima posebno mesto imaju istorijski koreni, moralni principi naše civilizacije, koncept ljudskih prava, intenzivno ograničavanje rađanja, karakteristike abortusa kao i objektivna ograničenja kontracepcije i njihovo subjektivno doživljavanje.

Zagovornici zabrane abortusa u cilju rehabilitacije rađanja u našoj sredini ne poznaju činjenice o nedovoljnoj demografskoj efikasnosti restriktivnog zakonskog rešenja vezanog za namerni prekid trudnoće, niti kompleksnost pitanja koje pokreću. No, oni to čine jer je veliki broj abortusa višedecenijski problem koji ugrožava reproduktivno zdravlje i potencijal stanovništva Srbije. Stopa ukupnih abortusa u Srbiji je vrlo visoka, procenjuje se da iznosi 2,80 u 2010. godini<sup>15</sup>, dva puta je viša od stope ukupnog fertiliteta i među najvišima je u Evropi i svetu.<sup>16</sup>

#### *Stimulisati rađanje najviše četvoro dece u porodici*

Planiranje porodice nije samo ljudsko pravo već i snažna preventivna mera pošto život i zdravlje žene i deteta u velikoj meri zavise od prihvaćenog reproduktivnog modela i uslova u kojima se on ostvaruje. I to zdravlje široko shvaćeno kao stanje fizičke i mentalne sposobnosti i socijalne sigurnosti. Otuda je Svetska zdravstvena organizacija utvrdila četiri osnovna principa na kojima treba da se zasniva planiranje porodice. Jedan od njih je vezan za broj dece u porodici i glasi

<sup>13</sup> David, H., Dytrych, Z., Matejcek, Z., Schuller, V. (1988). *Born Unwanted: Developmental Effects of Denied Abortion*, New York, Prague: Springer Publishing Company, Avicenum Medical Press.

<sup>14</sup> David, H., Matejcek, Z. (2004). "Born Unwanted: The 35 Year Prague Study", IUSSP, WHO, UNFPA Seminar on *Reproductive Health Issues in Eastern Europe and the Former Soviet Union*, Bucharest, 17-20 October 2004.

<sup>15</sup> Procena je bazirana na Vestofovom modelu koji je izgrađen na osnovu utvrdivanja korelacione veze između stope ukupnih abortusa, stope ukupnog fertiliteta i strukture upotrebe kontracepcije u 67 posmatranih populacija. U model je uneta vrednost SUF-a za 2010. i podaci anketnog istraživanja Ministarstva zdravlja o upotrebi moderne i tradicionalne kontracepcije u Srbiji u 2010. među ženama u plodnom dobu koje su u bračnoj ili nekoj drugoj partnerskoj vezi.

<sup>16</sup> Sedgh, G., Henshaw, S., Sing, S., Bankole, A., Drescher, J. (2007). "Legal Abortion Worldwide: Incidence and Recent Trends", *International Family Planning Perspectives*, Volume 37, Number 3.

da porodica treba da ima najviše četvero dece. On je baziran na saznanju da trudnoća petog reda ozbiljno ugrožava zdravlje i majke i deteta.

Naime, kako svaka trudnoća nosi sa sobom niz rizika po zdravlje i život kao što su hipertenzija, ektopična trudnoća, hemoragija, infekcija, veliki broj trudnoća izlaže ženu većim rizicima povezanim sa začećem i rađanjem dece. Rizici po zdravlje i život žene kumuliraju sa porastom broja trudnoća. Šansa za reproduktivnu povredu, takođe. Na primer, ruptura uterusa i hemoragija su daleko češći kod žena sa pet i više trudnoća u reproduktivnoj istoriji. I dete rođeno iz trudnoće višeg reda je ugroženo iz najmanje nekoliko razloga. Usled kumulativnog efekta prethodnih trudnoća i dojenja na nutritivni i energetski bilans zdravlje majke je ugroženo, češće su u takvim trudnoćama i porođajne povrede, pa je sledstveno povećan rizik za slabiji intrauterini rast i smanjenu težinu deteta na rođenju, što nosi povećan rizik za morbiditet i mortalitet i povrede deteta koje, takođe, mogu ugroziti njegovo zdravlje i život. Drugi bitan razlog za ugroženo zdravlje je kompeticija između dece u velikim porodicama za brigu i pažnju roditelja kao i za uglavnom ograničene materijalne mogućnosti uopšte, pogotovo kada je reč o ishrani, adekvatnoj obući i odeći i zdravstvenoj zaštiti.

Rezultati istraživanja su pokazali da je pothranjenost, koja je signifikantno češća kod dece višeg reda, u većoj meri posledica socijalnog faktora, kompeticije između članova porodice za hranu, nego medicinskog, niske težine na rođenju.<sup>17</sup> Takođe, je povećan rizik za infektivni morbiditet usled bliskog kontakta među mnogobrojnom decom. Razmatranje mortaliteta odojčadi i male dece po redu rođenja u svim istraživanjima koja su se bavila ovim predmetom otkriva model sa elementima J-krive. Mortalitet počinje da raste sa četvrtim, a naglo sa petim i višim redom rođenja dece. Tako u Ruandi, 20% odojčadi rođenih kao peto dete u porodici ne doživi prvu godinu starosti.<sup>18</sup> Isti model je dobijen i pri izučavanju mortaliteta odojčadi u 17. i 18. veku među francuskom populacijom Kanađana.<sup>19</sup> Insistiranje na visokim reproduktivnim normama, to jest rađanje dece petog i višeg reda rođenja često pretpostavlja i da žena rađa u vremenskim intervalima manjim od dve godine, ili da rađa i posle 35. godine starosti što su faktori koji, takođe, jasno ugrožavaju zdravlje i život i majke i deteta.

Tako, iz više razloga je ugroženo zdravlje i život dece rođenih u kratkom vremenskom intervalu u odnosu na prethodnu trudnoću. Najvažniji među njima je ugroženo zdravlje majke, usled rađanja dece u intervalima manjim od dve

---

<sup>17</sup> Kunstadter, P. (1978). "Child Mortality and Maternal Parity: Some Policy Implications", *International Family Planning Perspectives*, Volume 4, Number 3.

<sup>18</sup> Population Reports (1977). "Health: The Family Planning Factor", *Family Planning programs, Population Reports*, Series J, Number 14.

<sup>19</sup> Nault, F., Desjardins, B. & Legare, J. (1990). "Effects of Reproductive on Infant Mortality of French-Canadians During the Seventeenth and Eighteenth Centuries", *Population studies (Montreal)*, Volume 44, pp 273-285.

godine. Nutritivna, energetska i uopšte fiziološka neravnoteža organizma majke dovodi do prevremenog porođaja i niske težine novorođenčeta, bitnih faktora povećanog rizika za niz oboljenja, uključujući i najteži rizik. Takođe, kompeticija među decom sličnih godina, pogotovu ako su mala, za majčine i porodične resurse je velika. To se, pre svega, odnosi na brigu, negu, novac, hranu. U slučaju da majka ostane trudna ubrzo nakon porođaja ugroženo je dojenje što povećava rizik deteta da dobije infektivnu bolest i da nastane malnutricija. Dalje, kratak interval između rađanja izlaže decu povećanom riziku transmisije infektivnih bolesti usled bliskog kontakta u porodici sa više dece sličnih godina starosti i karakteristike infektivnih dečijih bolesti da se javljaju u relativno uskom starosnom intervalu. Drastičan je rezultat jedne studije u Indiji koji pokazuje da 50% dece rođene dve godine posle prethodnog rađanja umire u prvoj godini starosti.<sup>20</sup> Istovremeno, fiziološki kapacitet reproduktivnog sistema žena starijih od 35 godina je smanjen u odnosu na zahteve koje postavlja trudnoća pa se deca starijih majki, takođe, rađaju sa povećanim rizikom za morbiditet i mortalitet. Trauma na rođenju i genetska abnormalnost se značajno češće javljaju kod dece čije su majke stare 35 i više godina. Rizik za genetsku abnormalnost iznosi 1,5% za starost žene između 35-39 godina i 3,6% za žene stare 40 i više godina.<sup>21</sup> Prevalencija Daunovog sindroma, najrasprostranjenije kongenitalne anomalije koju karakteriše mentalna hendikepiranost i socijalna zavisnost, eksponencijalno raste sa starošću majke. Tako su rezultati jednog velikog istraživanja u Francuskoj pokazali da rizik da dete ima Daunov sindrom iznosi 1:1081 u 25. godini starosti žene prema 1:727, odnosno 1:307, 1:90 ili 1:22 u 30, 35, 40. i 45. godini starosti majke.<sup>22</sup> Postoji više hipoteza o uzrocima kongenitalnih defekata deteta. Biolozi smatraju da objašnjenje leži u činjenici da je ovum star koliko i žena. Druga razmišljanja polaze od činjenice da je seksualni odnos među starijim partnerima ređi pa se povećava vremenski period između ovulacije i oplodjenja.<sup>23</sup> Grafički posmatran odnos između starosti majke i mortaliteta odojčadi i male dece ima oblik U-krive. Najsigurniji period za rađanje dece je između 20. i 35. godine starosti majke.

No, pored zdravstvenih razloga postoje i oni ekonomske prirode koji ukazuju da, mada su visoki zahtevi koje treba ostvariti da bi se postiglo prosto obnav-

<sup>20</sup> Population Reports (1977). "Health: The Family Planning Factor", Family Planning programs, *Population Reports*, Series J, Number 14.

<sup>21</sup> Parker, A. S., Herbertson, M. A. & Cole, J. (1980) *Fertility in the Middle Age*, London: Galton Foundation.

<sup>22</sup> Ayme, S. (1997). "Social Inequalities Associated with Prenatal Screening for Down's Syndrome: Results of French Surveys", *Demographic Evaluation of Health Programmes*, Paris: CICRED, UNFPA.

<sup>23</sup> Parker, A. S., Herbertson, M. A. & Cole, J. (1980) *Fertility in the Middle Age*, London: Galton Foundation.

ljanje stanovništva,<sup>24</sup> merama populacione politike države i lokalne samouprave ne treba stimulisati rađanje dece petog i višeg reda rođenja. Najvažniji je svakako da rađanje većeg broja dece karakteriše, ili može različitim finansijskim davanjima da podstakne na rađanje petog, šestog ili sedmog deteta parove na niskoj socijalnoj lestvici i da bude uzrok multiplikovanja siromaštva. Pre svega, zbog po pravilu niskih investicija u obrazovanje deteta u ovakvim porodicama.

*Razdvajanje socijalne i populacione komponente  
u modelu finansijske podrške porodici*

Pitanje političkog odgovora na problem nedovoljnog rađanja je izuzetno složeno usled nedostatka saznanja u pogledu dostizanja nivoa rađanja potrebnog za obnavljanje generacija, jer rehabilitacije rađanja nije bilo ni u jednoj razvijenoj zemlji. Iskustva evropskih zemalja ukazuju da, bez obzira na značajne razlike u ekonomskim, društveno-političkim i vrednosnim sistemima, kao i institucionalnoj osnovi populacione politike, postoji značajan stepen uniformnosti u pogledu ciljeva, pravaca mera, kao i definitivnog izraza primenjenih mera.<sup>25</sup>

Danas je u najvećoj meri prisutan indirektan pristup kojim se, preko politike podrške porodici, odnosno niza relevantnih socijalnih politika (socijalna sigurnost, stanovanje, zapošljavanje), eksplicitno ili implicitno teži stvaranju uslova koji bi mogli stimulatивно uticati na rađanje. On je rezultat otpora direktnom uplitanju politike u sferu reproduktivnog ponašanja individue. Istorijsko iskustvo, poštovanje ljudska prava, političke prepreke, neverovanje u efekte populacione politike ili verovanje u čoveka kao racionalno biće su neke od pretpostavki koje se nameću za objašnjenje protivljenja otvorenoj politici rehabilitacije rađanja.

Indirektan pristup se, pak, suštinski ne razlikuje od otvoreno eksplicitnog pronatalitenog pristupa koji je karakterisao veliki broj istočno-evropskih zemalja i zemalja Centralne Evrope tokom socijalističkog društvenog uređenja. Politika prema fertilitetu i u ovim zemljama je sprovedena posredstvom politike prema porodici i drugih oblasti socijalne politike, mada su pronatalitenni ciljevi bili integrisani u razvojne planove.

Politika podrške porodici ima dva cilja koji zapravo koegzistiraju. Smanjivanje troškova roditeljstva i ublažavanje nejednakosti u životnom standardu između porodica sa i bez dece, prevashodno je socijalni cilj, no njegovi efekti mogu biti stimulatívni po rađanje čak i u slučaju da se oni ne očekuju. Ovako definisan cilj mogao bi se označiti kao demografski neutralan. Uobičajeno se kao ciljna grupa definiše porodica, no u skorašnje vreme sa porastom kampanje o pravu deteta, cilj se usmerava na dobrobit dece. Pluralizam formi porodične organizacije, kao i uveća-

---

<sup>24</sup> Đurđev, B. (2004) "Koliko dece treba Srbiji", Stanovništvo, broj 1-4.

<sup>25</sup> Rašević, M., Petrović, M. (1996). Iskustva populacione politike u svetu, Beograd: Centar za demografska istraživanja Instituta društvenih nauka.

nje broja porodica sa jednim roditeljem, proširuje opseg značenja socijalnog cilja jednakih šansi za sve. Pronatalitetni cilj, stimulisanje većeg broja dece u porodici kako bi se dostigao željeni nivo rađanja, ređe je zastupljen na opštem nivou. Politika podrške porodici ima, najmanje, privremeni pronatalitetni efekat. To je utvrđeno za zemlje Centralne i Istočne Evrope u vreme kada su sprovodile mere s eksplicitno pronatalitetnim ciljem kao i danas za nordijske zemlje, posebno Švedsku i neke zemlje Zapadne Evrope. Mnogi autori ocenjuju da se postiže i dugotrajan efekat. On se kreće između neopadanja završenog fertiliteta, u Čehoslovačkoj, do povećanja prosečnog broja dece u porodici za 10% u Mađarskoj i Francuskoj. I Ekartova studija iz 1990-ih godina, bazirana na iskustvima jedanaest zemalja, pokazala je da visoke materijalne beneficije mogu povećati stopu ukupnog fertiliteta u visini od 0,2 deteta po ženi.<sup>26</sup>

Dakle, najveći broj procena ukazuje da je maksimalni efekat primenjenih mera vezanih za podršku porodici porast završenog fertiliteta do 10%, što je u uslovima izuzetno niskog nivoa rađanja nedovoljno. Razloge izostajanja većih efekata treba tražiti, pored prirode uzroka nedovoljnog rađanja, u neadekvatnoj operacionalizaciji mera koje se primenjuju, neizdvajanju dovoljno finansijskih sredstava za ove namene, ali i u podređenosti mera populacione politike drugim oblastima socijalne politike, sa kojima se prepliću ili u čijim okvirima se sprovode.

Srbija je primer zemlje u kojoj je pokušano, u konceptualnom smislu, u strateškom opredeljenju države da deluje na nizak nivo rađanja da se, u što je moguće većoj meri, razdvoje socijalna i populaciona komponenta kao i da se poveća značaj populacione komponente u modelu finansijske podrške porodici. Naime, *Zakonom o finansijskoj podršci porodici sa decom* iz aprila 2002. godine promenjen je model novčane pomoći ovoj ciljnoj grupi.<sup>27</sup> Dečiji dodatak je postao glavni instrumenat socijalne politike, jer pravo na njega dobijaju samo porodice sa dohotkom ispod finansijskog cenzusa, visina dečijeg dodatka se vezuje za ostvarivanje egzistencijalnih potreba deteta i ne diferencira se prema redu rođenja, a ostvaruje ga prvo četvoro dece u porodici imajući u vidu dobrobit majke i deteta, kao i porodice i društva.

Roditeljski dodatak je, pak, mera koja je postala i u sadržinskom i u materijalnom smislu glavni instrument populacione politike države. Pronatalitetni cilj mere nametao je sledeće zahteve: širok obuhvat jer je potrebno podsticati što veći deo populacije na rađanje zbog veoma niskog nivoa fertiliteta; diferenciranost po redu rođenja deteta usled iskustava mnogih evropskih zemalja da materijalne beneficije koje rastu sa povećanjem broja dece u porodici imaju neuporedivo veći pronatalitetni efekat od onih koje su konstantne; kao i da visina roditeljskog do-

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Rašević, M., Mijatović, B. (2002) "Zakon o finansijskoj podršci porodici sa decom", Stanovništvo, broj 1-4.



datka mora biti značajna da bi bila uzeta u razmatranje pri individualnoj evaluaciji prednosti i nedostataka rađanja deteta.

### *Uključivanje populacione edukacije u pronatalitetnu politiku*

Najsloženiji problem koji populaciona politika prema fertilitetu stanovništva treba da razreši nalazi se u sferi svesti – političkoj, društvenoj i individualnoj. Populaciona edukacija nameće kao novi pravac populacione politike imajući u vidu da pojedinac nema dovoljno specifičnih znanja. U manjoj ili većoj meri ne vidi se odnos između individualnog ponašanja i makro procesa, ne poznaju se posledice nezadovoljavajućih populacionih tendencija, sporost demografskih promena i njihovo odloženo dejstvo, zatim, ne razumeju se potrebe društva u ovoj sferi kao ni potrebe budućih generacija, ne razmišlja se o očuvanju nacionalnog identiteta, kulture i trajanja.

Otuda su istraživanja javnog mnjenja pokazala često prisustvo kontradiktornih stavova. Na primer, istovremeno negativno vrednovanje procesa starenja stanovništva, uz neutralan stav ili čak pozitivan stav o fenomenu nedovoljnog rađanja.<sup>28</sup> Ili, ispoljavanje osetljivosti na problem izuzetno niskog nivoa fertiliteta stanovništva uz odsustvo svesti o ličnoj ulozi u njegovom ublažavanju. Tako, velika većina anketiranih žena je neposredno pre indukovanog abortusa ocenjivala demografsku situaciju u Srbiji teškom. Ispitanice su čak izjavljivale „sve sami starci ostadoše u Srbiji“, „nestaćemo kao Hazari“, ili „ugušiće nas Albanci“, a imale su tri, pet odnosno šest namernih prekida trudnoće u reproduktivnoj istoriji, respektivno.<sup>29</sup>

Zašto se znanju pridaje tako veliki značaj? Pre svega zbog toga što je znanje nesumnjivo značajan činilac pri uspostavljanju određenog sistema vrednosti, formiranju stavova, stvaranju motivacije, kao i važan faktor u procesu odlučivanja u mnogim oblastima života. Otuda sticanje znanja, kao osnovnog elementa svesti, može uticati na filozofiju življenja, a samim tim i na stavove, poglede, uverenja, volju. I to znanje shvaćeno u širem smislu, sa uključenom socijalnom i psihološkom dimenzijom.<sup>30</sup> Socijalna dimenzija odražava uverenje individue da je ono o čemu stiče znanje provereno od drugih i da mu se može verovati. Psihološka dimenzija, pak, podrazumeva emocionalnu prihvatljivost pojave ili nekog njenog

---

<sup>28</sup> Rašević, M., Petrović, M. (1996). Iskustva populacione politike u svetu, Beograd: Centar za demografska istraživanja Instituta društvenih nauka.

<sup>29</sup> Rašević, M. (1993). *Ka razumevanju abortusa u Srbiji*, Beograd: Centar za demografska istraživanja Instituta društvenih nauka.

<sup>30</sup> Cliquet, R., Schoenmaeckers, R. (1976). *From Incidental to Planned Parenthood*, Lieden: Population and Family Planning Centre. Washington: The World Bank.

elementa koji se saznaje. Sastavni deo usvajanja znanja mora biti i proces ovladavanja veštinama koje treba da omoguće primenu stečenog znanja.

Populaciona edukacija pretpostavlja promociju novog sistema vrednosti i stila života putem širenja razumevanja o karakteristikama i značaju populacionog faktora i odgovornog ponašanja u sferi porodičnog života, braka, odgajanja dece, odnosa muškarca i žene u savremenoj kulturi, intergeneracijske solidarnosti i transfera, reproduktivnog zdravlja, aktivnog starenja, kao i onoga vezanog za budućnost zajednice kojoj se pripada. Ova mera je prepoznata kao važan element populacione politike i u Programu akcije, usvojenom na Međunarodnoj konferenciji o stanovništvu i razvoju u Kairu 1994. U Programu je iznet niz pragmatičnih saveta. Najvažniji je da u širenju znanja i motivacije relevantne za populacionu tematiku treba da budu uključene sve socijalne institucije, ali pre svega vaspitno-obrazovne ustanove, predškolske i školske.<sup>31</sup>

Savremena pedagogija se zalaže da se znanje stiče putem razvoja kritičkog mišljenja, aktivnim slušanjem, uz osveščivanje kognitivnih procesa.<sup>32</sup> To se najbolje podstiče kada se od mlade osobe traži da iznosi ideje, razlikuje bitno od nebitnog kao i tačno od netačnog, sagleda posledice određenog ponašanja, uoči tuđe poglede ili osećanja, vrednuje, povezuje, dokazuje, rešava problem, zaključuje.<sup>33</sup> Kritičko mišljenje i aktivno učenje su posebno bitni kada se obrađuju teme iz kruga populacione edukacije.

No, pored mladih ljudi, važna ciljna grupa za populacionu edukaciju su i donosioci odluka. Demografska naučna zajednica treba da uloži napor da istraživački nalazi do kojih dolazi utiču na određivanje politika vodeći računa o tome kroz čitavu realizaciju svakog projekta – definisanje političkog profila u projektnom zadatku, formiranje tima za komunikaciju i širenje informacija, promovisanje projekta i prezentaciju istraživačkih rezultata putem flajera, brošura, saopštenja (*policy brief*) i izveštaja o projektu, uz korišćenje raznih kanala komunikacije kao što su interaktivni sajt, diskusioni paneli, radionice, konferencije. Potrebno je da se tokom rada na projektu uspostavi saradnja sa raznim akterima: osobama koje su uključene u proces donošenja političkih odluka, odnosno autoritetima na nacionalnom, regionalnom ili lokalnom nivou, donosiocima odluka u korporaci-

<sup>31</sup> United Nations. (1994). Program of Actions of the United Nations International Conference on Population and Development, International Conference on Population and Development, Cairo, 5-13 September 1994.

<sup>32</sup> Plut, D. (2001). *Kultura kritičkog mišljenja – bazični priručnik*, Beograd: Institut za psihologiju i MOST.

<sup>33</sup> Vlahović, E. (2005). "Mesto i mogućnosti osnovne škole u obrazovanju za odgovorno polno ponašanje" u M. Banićević (urednik) *Reproduktivno zdravlje mladih – priručnik za prosvetne radnike i saradnike osnovnih škola*, Beograd: ACIDI/VOCA i Institut za zdravstvenu zaštitu majke i deteta Srbije.

jama, predstavnicima privrednih subjekata, organizacijama civilnog društva i medijima.

MIRJANA RAŠEVIĆ, LL.D.,  
Research fellow Institute of Social Sciences,  
Belgrade

## TOWARDS A RESPONSIBLE POPULATION POLICY

### Summary

Population challenges are highly ranked in the political agendas in the 21<sup>st</sup> century. Demographers are expected to assist in finding solutions to the present dilemmas within the population policy the governments are facing. Primarily, the researchers of the science on population are requested to analyze a series of questions regarding the reproduction crisis in contemporary society. Namely, below replacement fertility are not only a reality in developed countries and not only in western civilization. More than 60 populations are faced with childbirths under the required generation replacement.

There seems to be a consensus among demographers with regard to the basic principles of a political response concerning mitigation of the insufficient birth phenomena. There are five which stand out among them: the conviction that the economic determinant of reproductive behavior is not the decisive one; the awareness on the inefficiency of restrictive measures; the demand on distinguishing population and social policy measures; the standpoint on encouraging birth of four children the most in a family and including population education in pronatalist policies.



OLGA S. JOVIĆ

## EVROPSKI KONCEPT PRAVA DETETA

### U V O D

Na samom početku, a radi izbegavanja rizika od eventualnog nesporazuma o naslovu predmetnog istraživanja, potrebno je napomenuti da “evropski koncept” prava deteta nema samostalnu egzistenciju izvan granica univerzalnog tj. svetskog koncepta prava deteta. Činjenica da se sistem normiranja i unapređivanja prava deteta na regionalnom nivou neprestano razvija, te da regionalne organizacije prilikom zaključivanja sporazuma o ljudskim pravima i pravima deteta stvaraju svoje sisteme nadzora nad primenom obaveza država članica, jesu dovoljan razlog da referat ponese ovaj naslov. Kako je najznačajniji regionalni normativni okvir ljudskih prava formiran kroz instrumente Saveta Evrope,<sup>1</sup> u redovima

---

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

<sup>1</sup> Savet Evrope je najšira evropska politička organizacija u oblasti ljudskih prava osnovana 1949. godine sa idejom ujedinjenja Evrope i potrebom da se zaštite i unaprede vrednosti kao što su demokratija, ljudska prava i vladavina prava. Najvažniji mehanizam zaštite ljudskih prava uspostavljen je usvajanjem Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda 4. novembra 1950. godine u Rimu (Evropske konvencije o ljudskim pravima) i formiranje Evropskog suda za ljudska prava (1998) kao stalnog sistema pravne zaštite. Republika Srbija je ovu Konvenciju ratifikovala 26. decembra 2003. godine Zakonom o ratifikaciji Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (“Službeni list SCG – Međunarodni ugovori”, br. 9/03), i u odnosu na Srbiju je počela pravno da deluje 3. januara 2004. godine. Konvencija o ljudskim pravima garantuje: pravo na život; pravo na pravično suđenje u građanskim i krivičnim postupcima; pravo na slobodu i bezbednost ličnosti; pravo na slobodu izražavanja; pravo na slobodu misli, savesti i veroispovesti; pravo na slo-

koji slede pažnja će biti usmerena na stratešku aktivnost SE u oblasti unapređenja i zaštite prava deteta. Misli se, u prvom redu, na Strategiju za prava deteta Saveća Evrope 2012–2015, koja je važan referentni dokument u usmeravanju aktivnosti u materiji ljudskih prava deteta. Ciljevi i standardi Strategije o pravima deteta 2012–2015. valja sagledati i sa stanovišta nacionalnog prava budući da je Srbija postala četrdesetpeti (od 47) članica SE 3. aprila 2003. godine.

U našoj zemlji ratifikovani međunarodni ugovori se neposredno primenjuju i, po svojoj pravnoj snazi, zakoni o potvrđivanju međunarodnih ugovora nalaze se odmah posle Ustava Republike Srbije iz 2006. godine (“Službeni glasnik RS”, br. 98/06). Sa stanovišta prakse, neposredna primena međunarodnih ugovora trpi određena objektivna i subjektivna ograničenja, pa je neophodno da se u ostvarivanju prava deteta, obezbedi puna primena potvrđenih međunarodnih ugovora usaglašavanjem postojećih zakonskih tekstova sa ratifikovanim ugovorima i donošenjem novih zakona.

#### OD SVETSKOG KA REGIONALNOM OKVIRU

Prava deteta propisana su odredbama mnogobrojnih međunarodnih dokumenata, univerzalnog i regionalnog karaktera, na opšti ili poseban način, što pokazuje da se pristup pravima deteta, na svetskom, evropskom, a i nacionalnom nivou intenzivno unapređuje. Kao što je poznato, istorijski značaj u priznavanju prava deteta, u globalnom smislu, pripada Konvenciji UN o pravima deteta iz 1989. godine,<sup>2</sup> kada je postignuta saglasnost o tome koja su univerzalna prava de-

vodu udruživanja; pravo na slobodu okupljanja; pravo na efikasan pravni lek; pravo na mirno uživanje imovine; i pravo na slobodne izbore. Posebno zabranjuje: mučenje i nečovečno ili ponižavajuće postupanje i kažnjavanje; ropstvo ili ropki položaj i prinudan rad; diskriminaciju u uživanju prava i sloboda zagarantovanih Konvencijom; proterivanje sopstvenih državljana od strane države ili sprečavanje njihovog ulaska u zemlju; kolektivno proterivanje stranaca.

<sup>2</sup> Na 44. zasedanju Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 20. novembra 1989. godine, Rezolucijom A (44) 736 usvojena je *Konvencija o pravima deteta* koju je Republika Srbija ratifikovala Zakonom o ratifikaciji Konvencije UN o pravima deteta, “Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori”, br. 15/90 i “Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori”, br. 2/97. Republika Srbija je naknadno ratifikovala Fakultativni protokol o učešću dece u oružanim sukobima uz Konvenciju o pravima deteta i Fakultativni protokol o prodaji dece, dečijoj prostituciji i dečijoj pornografiji uz Konvenciju o pravima deteta, “Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori”, br. 22/2002. Pomenuti Protokoli usvojeni su Rezolucijom Generalne skupštine UN 25. maja 2000. godine i stupili su na snagu 18. januara 2002. godine. Dana 14. aprila 2014. godine stupio je na snagu treći *Fakultativni protokol o postupku po pri- tužbi uz Konvenciju o pravima deteta*. Protokol je usvojila Generalna skupština UN-a 19. decembra 2011. godine i predviđa da sva deca imaju na raspolaganju mehanizam pomoću kojeg mogu tražiti pravdu na međunarodnom nivou u situacijama kada smatraju da državni mehanizmi nisu adekvatno odgovorili na njihove žalbe. Preduslov je da je zemlja protiv koje je žalba podnesena potpisala i

teta. Drugim rečima, prava deteta kao posebna kategorija ljudskih prava sadržana u međunarodnom pozitivnom pravu imaju obavezujući karakter,<sup>3</sup> što, zapravo, podrazumeva da svakom detetu moraju biti priznata prava u sferi njegovih ljudskih, individualnih, kolektivnih, građanskih, političkih, ekonomskih, socijalnih i kulturnih interesa, shodno uzrastu i razvojnim mogućnostima deteta. Dakle, Konvencija o pravima deteta je prvi međunarodni dokument u oblasti ljudskih prava koji građanska, politička, socijalna, ekonomska i kulturna prava reguliše na sveobuhvatan način. Na taj način stvorena je osnova za ostvarivanje prava svakog pojedinca bez obzira na uzrast, odakle proizilazi da konvencijska pravila imaju najvišu pravnu snagu za društveni i pravni položaj deteta i na međunarodnom i na nacionalnom planu. Snaga Konvencije o pravima deteta nalazi se u ideji sankcionisanja svih osnovnih i posebnih prava deteta i u obavezivanju država članica na poštovanje prava deteta i preduzimanje mera za zaštitu prava deteta.

Ratifikacijom Konvencije države članice obavezuju se na poštovanje i obezbeđivanje prava utvrđena Konvencijom svakom detetu koje se nalazi pod njihovom jurisdikcijom bez ikakve diskriminacije.<sup>4</sup> Kako bi ispunile obaveze koje proističu iz Konvencije UN o pravima deteta i obaveza koje proističu iz drugih dokumenata UN kao što su Milenijumski ciljevi razvoja UN<sup>5</sup> i Svet po meri deteta,<sup>6</sup> države članice putem Nacionalnih planova aktivnosti definišu kratko- i srednjoročnu i dugoročnu politiku prema deci određivanjem prioritarnih mera, aktivnosti i programa koje treba preduzeti u cilju stvaranja što povoljniji-

---

ratifikovala Protokol. Treći Fakultativni protokol o postupku po pritužbi uz Konvenciju o pravima deteta je međunarodni sporazum koji omogućava podnošenje predstavke protiv države članice Komitetu UN-a o pravima deteta, u slučaju tvrdnje o povredi bilo kojih prava iz Konvencije o zaštiti prava deteta (kao i fakultativnih protokola o oružanim konfliktima, trgovini decom, dečijoj prostituciji i dečijoj pornografiji, ukoliko je država njihov potpisnik). Videti *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure*, internet prezentacija na: <https://treaties.un.org>

<sup>3</sup> Videti Perović S, *Pravo na slobodu i prirodno pravo*, Pravni život br. 7–8, Beograd 2004, str. 9. Ljudska prava nisu pozitivnopravnog nego moralnog porekla, ona izviru iz normativnog poretka koji je iznad države zbog čega ih država mora poštovati nezavisno od toga da li je izričito pristala, a zakonodavac ih ne može ukinuti po sopstvenom nahođenju. Za razliku od pozitivnog prava koji nastaje aktom određene društvene snage koja donosi svoje zakone koji su rezultat društvene konvencije, ljudska (prirodna) prava proizilaze iz same prirode stvari, postoje kao objektivni realitet, sa svojom psihološkom i moralnom prinudljivošću.

<sup>4</sup> Videti odredbu čl. 2. Konvencije o pravima deteta.

<sup>5</sup> Videti tekst *United Nations Millennium Declaration* (8 September 2000), A/RES/55/2, internet prezentacija na: [http://www.un.org/documents/instruments/docs\\_en.asp](http://www.un.org/documents/instruments/docs_en.asp)

<sup>6</sup> Videti tačku 4. dokumenta Svet po meri dece (*A world fit for children* (10 May 2002) A7RES/S-27/2 internet prezentacija na: [http://www.un.org/documents/instruments/docs\\_en.asp](http://www.un.org/documents/instruments/docs_en.asp)

jih uslova za život dece, njihovo odrastanje i uključivanje u društvo.<sup>7</sup> Na taj način, države članice usklađuju nacionalne programe sa pomenutim međunarodnim dokumentima.

Nadzorni organ za sprovođenje Konvencije o pravima deteta je Komitet UN o pravima deteta koji je uspostavio sistem kontrole napretka koje su države članice postigle u sprovođenju obaveza preuzetih Konvencijom, kao i o primeni Fakultativnih protokola uz Konvenciju. Države članice imaju obavezu da Komitetu, preko Generalnog sekretara UN, podnose izveštaje o merama koje su usvojile za ostvarivanje prava predviđenih Konvencijom UN o pravima deteta, i to, prvi, u roku od dve godine od stupanja Konvencije na snagu u državi članici, a potom, periodično, svakih pet godina.<sup>8</sup> Upravo ovde dolazi do ukrštanja puteva u oblasti ljudskih prava deteta između UN kao globalne organizacije i SE kao regionalne organizacije. Jednom reči, Savet Evrope u sprovođenju svojih aktivnosti posebno uzima u razmatranje opšte komentare Komiteta UN za prava deteta i zaključne primedbe u svim svojim aktivnostima. Osim toga, u praćenju efikasne primene evropskih standarda, Savet Evrope će nadograditi izveštaje država članica Komiteta za prava deteta u cilju pomoći državam članicama da obezbede efikasno i dosledno praćenje preporuka Komiteta.

Pored Konvencije o pravima deteta kao međunarodnog ugovora univerzalnog karaktera, krajem prošlog veka uočljiv je trend usvajanja instrumenata za zaštitu ljudskih prava od strane pojedinih organa univerzalnih i/ili regionalnih organizacija: Konvencija Ujedinjenih nacija o statusu izbeglica iz 1951; Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966; Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966; Konvenciju UN o pravima osoba sa invaliditetom (2006); Evropska konvencija o ljudskim pravima (1950); Evropska konvencija o ostvarivanju dečjih prava (1996); Revidirana Evropska socijalna povelja (1996, 2009); Konvencija Saveta Evrope o kontaktima u vezi s decom (2003); Konvencija Saveta Evrope o zaštiti dece od seksualne eksploatacije i seksualnog zlostavljanja (2007); Evropska konvencija o usvajanju dece (revidirana 2008). Lista izvora produžena je sa instrumentima koji ne podležu ratifikaciji, poput rezolucija, deklaracija, povelja, preporuka i strategija koje imaju veliki politič-

<sup>7</sup> Vlada Republike Srbije usvojila je 12. februara 2004. godine Nacionalni plan akcije za decu kojim je određena politika zemlje prema deci za period do 2015. godine. Internet prezentacija na: <http://www.srbija.gov.rs>

<sup>8</sup> Videti odredbe čl. 43. i 44. Konvencije UN o pravima deteta. Komitet za prava deteta je organ od osamnaest nezavisnih eksperata visoke moralne vrednosti i priznate stručnosti, koji deluju u ličnom svojstvu, a biraju ih države članice poštujući ravnomernu geografsku zastupljenost i glavne pravne sisteme.



ki i moralni značaj i uticaj, u tom smislu da ih države članice međunarodnih organizacija uvažavaju iako nisu formalnopravno obavezne da to čine.

Na evropskom prostoru, osim Saveta Evrope bivstvuje i Evropska unija kao moćna politička organizacija uređenih država, koja se ne bavi prvenstveno zaštitom ljudskih prava, ali insistira na poštovanju ljudskih prava u svetskoj politici. Na ovom mestu važno je podvući da Savet Evrope i Evropska unija nisu dva paralelna sistema zaštite ljudskih prava. Stvaranje zajedničkih standarda povodom zaštite ljudskih prava kroz primenu Evropske konvencije o ljudskim pravima (demokratija, ljudska prava, vladavina prava), pokazatelj je težnje ka usaglašenom razvoju sudske prakse u oblasti ljudskih prava. Evropska unija u saradnji sa Save-  
tom Evrope odgovora novim izazovima i pretnjama sa kojima se građani u Evropi, kao i ove dve organizacije susreću u dobu čiji smo savremenici. Evropska unija i Savet Evrope su aprila meseca 2014. godine potpisali "Izjavu o namerama" postavljajući novi okvir za saradnju u oblasti proširenja EU u periodu od 2014. do 2020. godine. Sporazum omogućava obema organizacijama da zajednički rade na promociji ljudskih prava, demokratije i vladavine prava, i strateški se usmere na rezultate, a na osnovu obavezujućih međunarodnih konvencija Saveta Evrope, nadzornih tela i programa pomoći.<sup>9</sup>

#### *Put ka implementaciji standarda o pravima deteta u Evropi*

Savet Evrope pokrenuo je 2006. godine program "Izgradnja Evrope za decu i sa decom"<sup>10</sup> u cilju postizanja efikasnije implementacije postojećih standarda i prava dece u Evropi. Program je obuhvatao dva strateška ciklusa: prvi, za pe-

---

<sup>9</sup> Videti opširnije Novi sporazum o saradnji između Evropske komisije i Saveta Evrope o ljudskim pravima, demokratiji i vladavini prava, Kancelarija Saveta Evrope u Beogradu, internet prezentacija na: <http://www.coe.org.rs>

<sup>10</sup> Videti *Council of Europe Programme "Building a Europe for and with children"*, koji je pokrenut aprila meseca 2006. godine u Monaku, internet prezentacija na: <http://www.coe.int/children>. Program "Izgradnja Evrope za i sa decom" doprineo je razvoju novih metoda rada i jačanju kapaciteta Saveta Evrope da ispuni svoj mandat, a naročito uspostavljanjem platforme različitih zainteresovanih strana o pravima deteta, kao i obukom osoblja Saveta Evrope o pravima deteta i dečjoj participaciji; uvođenju prava deteta, među glavnim akterima Saveta Evrope i partnerima u Evropi, u gotovo svim politikama i razvijanju holističkog pristupa zasnovanog na pravima deteta; identifikovanju potreba i pomoći za pripremu, usvajanje i promovisanje novih standarda i smernica (uključujući nacionalne strategije za prevenciju nasilja nad decom, pravosuđa po meri deteta, zdravstvenog sistema i sistema socijalne zaštite); donošenju velikih zakonodavnih i političkih promena u oblasti prava deteta u državama članicama, a naročito kroz svoje dve kampanje (kampanja za eliminisanje telesnog kažnjavanja dece i kampanja za zaustavljanje seksualnog nasilja nad decom); povećanju pristupa dece informacijama i učešća u izradi materijala po meri deteta, razvijanju načina revizijske politika o participaciji dece i konsultacija sa decom; razvoju saradnje sa ključnim međunarodnim partnerima, počev od razmene informacija o zajedničkim programima i njihovoj implementaciji.

riod od 2006–2009. god, i drugi, za period od 2009–2011. godine tzv. Stokholmska strategija, sa ciljem uključivanja deteta kao subjekta prava u sve nivoe delovanja i odlučivanja država članica Saveta Evrope i same organizacije.

Programski ciklus Stokholmske strategije podrazumevao je implementaciju postojećih međunarodnih standarda o pravima deteta u svim državama članicama Saveta Evrope koja proizilaze iz Konvencije UN o pravima deteta: pravo na život, opstanak i razvoj; nediskriminacija; najbolji interes deteta; i uvažavanje mišljenja deteta. Ovom univerzalnom izvoru o ljudskim pravima deteta pridružuju se i evropski instrumenti: Konvencija o ljudskim pravima i Evropska socijalna povelja,<sup>11</sup> te drugi, napred pomenuti, sektorski instrumenti usvojeni u okvirima SE.

Stokholmska strategija detetu, najpre, pored građanskih prava priznaje prava u vezi sa donošenjem odluka, što podrazumeva pravo sve dece da budu obaveštene o svojim pravima, da im se ukaže na odgovarajuće mogućnosti u pristupu pravosuđu, i da budu konsultovana i saslušana u postupcima u kojima se odlučuje o njihovim pravima i interesima (uzimanje u obzir stavova dece, shodno uzrastu deteta i njegovoj/njenoj sposobnosti za rasuđivanje). Zatim, u ostvarivanju prava deteta države članice moraju da se rukovode principom najboljeg interesa deteta. Procena najboljeg interesa podrazumeva da mišljenju deteta treba pružiti odgovarajuću pažnju, te poštovanje prava deteta na dostojanstvo, slobodu i jednako postupanje. Isto tako, nadležni državni organi prilikom procene najboljeg interesa deteta treba da uzmu u obzir i psihološko i fizičko blagostanje i pravne, socijalne i ekonomske interese deteta u svakom konkretnom slučaju. Sledeće, strategija predviđa da prema deci treba postupati s poštovanjem njihovog psihičkog i fizičkog integriteta sve dok traje postupak u kojem se odlučuje o pitanjima koja se tiču deteta. Deca ne smeju biti podvrgnuta mučenju ili nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju. Kao četvrto načelo, načelo nediskriminacije, pretpostavlja zabranu diskriminacije na osnovu rase, boje kože, pola, jezika, veroispovesti, političkog i drugog uverenja, nacionalnog, etničkog ili socijalnog porekla, imovinskog stanja, onesposobljenosti, rođenja ili drugog statusa deteta, njegovih roditelja ili zakonskog zastupnika. Najzad, načelo vladavine prava primenjuju se na svako dete, bez izuzetka, isto kao i na odrasle.<sup>12</sup>

Videti Prikaz Strategije Saveta Evrope za prava deteta 2012–2015, internet prezentacija na: [www.cpd.org.rs](http://www.cpd.org.rs), str. 1.

<sup>11</sup> Naša zemlja potvrdila je Revidiranu evropsku socijalnu povelju 2009. godine Zakonom o ratifikaciji Revidirane evropske socijalne povelje ("Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori" br. 42/2009).

<sup>12</sup> Videti **Smernice Komiteta ministara Saveta Evrope o pravosuđu po meri deteta i komentara sa objašnjenjima uz Smernice. Dokument je usvojio Komitet ministara 17. novembra 2010. godine** polazeći od toga da je na osnovu Evropske konvencije o ljudskim pravima i u skladu sa prak-

Iako su mnoge države članice SE od tada unapređivale sistem zaštite prava deteta, uočene su pojave koje onemogućavaju ostvarivanje prava deteta u punoj meri. Naime, milioni dece širom Evrope i dalje su žrtve svih oblika nasilja, uključujući telesno kažnjavanje dece koje je još uvek društveno i pravno prihvatljivo u mnogim zemljama, zbog čega je potrebno obezbediti efikasnije mere zaštite dece. Nadalje, ekonomski, socijalni i tehnološki razvoj doveli su do novih izazova za koje deca, njihove porodice i profesionalci koji rade sa njima nisu dovoljno obučeni. Takođe, pravo deteta da izrazi svoje mišljenje i da se njegovo mišljenje uzme u obzir u svim situacijama koje se tiču deteta, nije u dovoljnoj meri poštovano, odnosno mišljenju deteta se, kako u javnom tako i u privatnom životu, ne pridaje dužna pažnja.<sup>13</sup>

Zbog navedenih prepreka u ostvarivanju prava deteta u Evropi, Savet Evrope je prepoznao svoju ulogu i značaj u jačoj implementaciji Konvencije o pravima deteta UN, i početkom 2012. godine usvojio Strategiju za prava deteta 2012–2015.<sup>14</sup>

#### *Ciljevi Strategije Saveta Evrope za prava deteta 2012–2015.*

Osnovni metodi za efikasnu primenu postojećih standarda o pravima deteta u nacionalnim okvirima država članica SE odnose se na: pružanje podrške državama članicama u poštovanju četiri principa Konvencije UN o pravima deteta – pravo na život, opstanak i razvoj, najbolji interes deteta, nediskriminacija, participacija – (holistički pristup); informisanje, podizanje svesti i izgradnju kapaciteta; integrisanje (uvršavanje) i praćenje.

---

som Evropskog suda za ljudska prava, pravo svakog lica da ima pristup pravdi i pravičnom suđenju (uključujući pre svega pravo da bude informisan, pravo da se njegov glas čuje, pravo na obaveznu odbranu i pravo da ima zastupnika) neophodno u demokratskom društvu i podjednako se primenjuje na decu, u skladu sa uzrastom deteta i sposobnosti za razumevanje. Ove smernice bave se pitanjem mesta i uloge, kao i stavova, prava i potreba deteta u sudskim i administrativnim postupcima, a u tesnoj vezi su s programom “Izgradnje Evrope za decu i s decom”, koji je pravosuđe po meri deteta postavio kao jedan od osnovnih stubova Strategije Saveta Evrope za poštovanje prava dece u periodu 2009–2011. Opširnije o tome na: <http://www.mup.gov.rs>

<sup>13</sup> Videti Prikaz Strategije Saveta Evrope za prava deteta 2012–2015, internet prezentacija na: [www.cpd.org.rs](http://www.cpd.org.rs), str. 2.

<sup>14</sup> Dana 15. februara 2012. godine Savet Evrope je u Strazburu usvojio novu Strategiju o pravima deteta za period od 2012–2015. godine kao odgovor za potrebe vlada, profesionalaca koji rade sa decom, civilnog društva i dece, koji zahtevaju veće garantije za implementaciju postojećih standarda. Radi postizanja tog cilja, SE će pružiti podršku državama članicama kako bi se na što bolji način premostile razlike između prava dece i realnog stanja prava deteta u Evropi. Videti *Council of Europe Strategy for the Rights of the Child 2012–2015*, internet prezentacija na: [http://www.coe.int/t/dg3/children/StrategyAdopted\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dg3/children/StrategyAdopted_en.asp)

Strategijom za prava deteta 2012–2015. definisana su četiri strateška cilja: promovisanje deci prilagođenih usluga i sistema u oblasti pravosuđa, zdravstvene i socijalne zaštite; eliminisanje svih oblika nasilja nad decom uključujući seksualno nasilje, trgovinu ljudima, telesno kažnjavanje i nasilje u školama; garantovanje prava ranjive dece (kao što su deca sa invaliditetom, u pritvoru, deca u ustanovama alternativne nege, deca migranti i romska deca); i promovisanje dečje participacije.<sup>15</sup>

Prvi strateški cilj, odnosno promovisanje usluga i sistema po meri deteta odnosi se na to da deca imaju pravo na jednak pristup i adekvatan tretman u zdravstvenom sistemu, sistemu socijalne zaštite, pravosuđu, porodici, obrazovnom sistemu, sistemima koji pružaju usluge, sportu, kulturi. U vezi sa ovim programom, pravosuđe po meri deteta podrazumeva da će SE pružiti podršku državama članicama u razmatranju nacionalnog zakonodavstva, politika i prakse, s ciljem poboljšanja pristupa deci i njihovog tretmana u građanskim, krivičnim i upravnim postupcima, bez obzira na njihovu sposobnost da razumeju situaciju u kojoj se nalaze, kao i njihov status. Što se tiče zdravstvenog sistema po meri deteta, ističe se da je važno obezbediti jednak pristup kvalitetnoj zdravstvenoj zaštiti, bez diskriminacije i obezbediti odgovarajuće usluge za decu sa smetnjama u razvoju.

Prilikom donošenja odluka u vezi sa zdravljem deteta, mora se uzeti u obzir najbolji interes deteta i njegovo mišljenje.<sup>16</sup> Socijalna zaštita po meri deteta podrazumeva pružanje usluga shodno uzrastu deteta, stepenu zrelosti i sposobnosti za razumevanje, i procenu individualnih okolnosti u kojima se svako dete nalazi.<sup>17</sup> U porodičnopravnoj sferi ističe se potreba za promovisanjem potpisivanja, ratifikovanja i implementacije standarda SE, te poštovanje principa najboljeg interesa deteta.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Videti Strategiju SE o pravima deteta 2012–2015, internet prezentacija na: <http://www.coe.int>

<sup>16</sup> Videti Vodič za zdravstvenu zaštitu po meri deteta, *Guidelines on child-friendly health care*, 21 September 2011, internet prezentacija na: <https://wcd.coe.int>

<sup>17</sup> Socijalna zaštita po meri deteta svoj osnov ima u Preporuci SE o pravima deteta i socijalnoj zaštiti po meri dece i porodica, *Recommendation CM/Rec(2011)12 of the Committee of Ministers to member states on children's rights and social services friendly to children and families*, 16 November 2011, internet prezentacija na: <https://wcd.coe.int>

<sup>18</sup> Obrazovanje kao deo prvog strateškog cilja odnosi se na širenje obrazovanja o građanskim i ljudskim pravima, uključujući i usavršavanje stručnjaka, sa posebnim osvrtom na prava deteta, kulturu demokratije, jednakost, okruženje savremenim medijima, interkulturalni dijalog, i vaspitanje u čijem središtu su dete i učenik, s ciljem da se obezbedi nenasilno okruženje. Sport, kultura, druge rekreativne aktivnosti kao jedan od ciljeva akcenat stavlja na zaštitu morala i ljudskog dostojanstva, integriteta i sigurnosti onih koji učestvuju u ovim aktivnostima, a naročito zaštitu dece od

Eliminisanje svih oblika nasilja nad decom kao drugi strateški cilj rezultat je potrebe da deca budu zaštićena od svih oblika nasilja, pa u tom smislu SE će podržati usvajanje i implementaciju objedinjenih nacionalnih strategija za zaštitu dece od nasilja, što zahteva sprovođenje zakonodavnih, političkih i institucionalnih reformi fokusiranih na prevenciju. Savet Evrope podržava stav o netoleranciji za sve oblike nasilja, podizanjem svesti i preduzimanjem akcija u cilju rešavanja specifične vrste nasilja i akcija usmerenih na okruženje u kojima dolazi do nasilja.<sup>19</sup>

Garantovanje prava ranjive dece, odnosno dece u posebnim situacijama (deca sa invaliditetom, u pritvoru, deca u ustanovama alternativne nege, deca migranti i romska deca) kao treći strateški cilj odnosi se na aktivnosti Saveta Evrope u pravcu zaštite prava dece pripadnika nacionalnih manjina, siromašne dece, dece odrasle u socijalnoj izolaciji, dece žrtve rasne diskriminacije, etničke pripadnosti, boje kože, pola, jezika, veroispovesti, političkih ili drugih uverenja, nacionalnog ili socijalnog porekla, imovinskog stanja, onesposobljenosti, rođenja ili drugog statusa, kao što su seksualna orijentacija ili rodni identitet.<sup>20</sup>

Participacija deteta, poslednji, četvrti strateški princip u svojoj obuhvatnosti prožima celokupnu Strategiju i sadrži nekoliko elemenata: pravo deteta da izrazi mišljenje i da mišljenje deteta bude uzeto u obzir, obrazovanje o pravima deteta i informisanje, zaštitu i osnaživanje dece u medijskom okruženju. Sva deca imaju pravo da iznesu svoje mišljenje i da ono bude uzeto u obzir u svim stvarima koje ih se neposredno tiču, kako u porodici ili u sistemu alternativne brige, predškolskim ustanovama, školama, lokalnoj zajednici, sistemu zdravstvene i socijalne za-

---

eksploatacije u cilju sticanja političke, trgovinske i finansijske dobiti. Videti Prikaz Strategije Saveta Evrope za prava deteta 2012–2015, internet prezentacija na: [www.cpd.org.rs](http://www.cpd.org.rs), str. 4–5.

<sup>19</sup> Kao posebni aspekti ovog strateškog cilja prepoznati su: **seksualno nasilje, trgovina decom, telesno kažnjavanje, rodno zasnovano nasilje i nasilje u porodici, nasilje u školama i predškolskim ustanovama.** Članovi Lanzarot Komiteta, koji prate primenu implementacije Konvencije Saveta Evrope o zaštiti dece protiv seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja (Lanzarot konvencija), predstavili su rezultate i nove planove u vezi sa sprovođenjem Konvencije, promocijom kampanje Saveta Evrope “1 od 5” za zaustavljanje seksualnog nasilja nad decom, raspoloživi podaci ukazuju da oko 1 od 5 dece u Evropi su žrtve nekog oblika seksualnog nasilja. Konvencija je stupila na snagu 1. jula 2010. godine, a Srbija je jedna od devetnaest zemalja koja je ratifikovanjem postala država članica i preuzela obaveze u njenoj primeni i sveobuhvatnoj zaštiti dece od svih oblika seksualnog nasilja. Videti Lukšić-Orlandić T, Lanzarot konvencija i obaveze države Srbije, internet prezentacija na: <http://www.ombudsman.pravadeteta.com>

<sup>20</sup> Garantovanje prava dece u posebnim situacijama obuhvata i decu u ustanovama alternativne nege, decu sa smetnjama u razvoju, decu u pritvoru, decu migrante i decu “u pokretu” i romsku decu. Videti Preporuku o pravima dece u rezidencijalnim ustanovama, *Recommendation Rec (2005) 5 of the Committee of Ministers to member states on the rights of children living in residential institutions*, 16 March 2005, internet prezentacija na: <https://wcd.coe.int>

štita, pred sudskim i administrativnim organima, sportu, kulturi, omladinskom radu i ostalim rekreativnim aktivnostima usmerenim na mlade uzrasta do 18. godine starosti.<sup>21</sup>

Radi postizanja ovih ciljeva formirana je Mreža nacionalnih koordinatora za prava deteta Saveta Evrope sa sledećim zadacima: da doprinesu strateškom planiranju, sprovođenju i evaluaciji aktivnosti vezanih za decu; promovišu integrisanje prava deteta u svim oblastima politike Saveta Evrope; doprinesu realizaciji projekta pod nazivom "Iskorenjivanje svih oblika nasilja nad decom", izradom pravilnika o nacionalnim integrisanim strategijama za zaštitu dece od nasilja; da se zaštite i unaprede prava deteta kroz druge institucije SE.<sup>22</sup>

*Sprovođenje Strategije za prava deteta SE 2012–2015.  
u nacionalnim okvirima*

Međunarodna pozicija Republike Srbije koja je, u martu 2012. godine, postala kandidat za članstvo u Evropskoj uniji, konsekventno temeljnim društveno-političkim reformama i reformi srpskog pravnog sistema, podrazumeva da se obaveze države u oblasti ljudskih prava ne iscrpljuju samo propisivanjem regulativnih okvira, već se prostiru i na efektivnu primenu tih odredbi i njihovo puno sprovođenje. Sa tog aspekta, a radi unapređenja prava deteta potrebna je permanentna provera usklađivanja nacionalnog zakonodavstva s međunarodnim standardima, saradnja sa nacionalnim i međunarodnim institucijama, izmena i dopuna važećih propisa i preduzimanje mera zaštite i promovisanja prava deteta kao ljudskih prava i razmatranje ostalih pitanja koja su od značaja za prava deteta.

Strategija SE za prava deteta 2012–2015. je kontekst u čijim okvirima države članice definišu konkretnije ciljeve i mere radi unapređenja i zaštite ljudskih prava deteta. Aktivnost naše zemlje u njenom sprovođenju ostvarena je kroz Strategiju prevencije i zaštite od diskriminacije 2013–2018. i Akcioni plan za sprovođenje strategije za unapređenje položaja Roma 2013–2014. sa posebnim osvrtnom na decu.<sup>23</sup> Strategija prevencije zaštite od diskriminacije 2013–2018. bavi se unapre-

---

<sup>21</sup> Princip participacije deteta svoj osnov ima u Preporuci o učešću dece i mladih do osamnaest godina, *Recommendation CM/Rec (2012) 2 of the Committee of Ministers to member States on the participation of children and young people under the age of 18*, 28 March 2012, internet prezentacija na: <https://wcd.coe.int>

<sup>22</sup> Videti članak pod naslovom Sprovođenje Strategije za prava deteta 2012–2015 Saveća Evrope na internet stranici Kancelarije za ljudska i manjinska prava Vlade Republike Srbije: <http://www.ljudskaprava.gov.rs/index.php/you/vesti-1/461-sprovođenje-strategije-za-prava-deteta-2012-2015-saveta-evrope>

<sup>23</sup> Mreži nacionalnih koordinatora za prava deteta Saveta Evrope 21. i 22. oktobra 2013. godine u Strazburu srpski nacionalni koordinator predstavila je ova dva dokumenta. Akcioni plan za

đenjem položaja devet osetljivih društvenih grupa najviše izloženih diskriminaciji i diskriminatorskom postupanju: žene, deca, LGBT osobe, osobe sa invaliditetom, starije osobe, nacionalne manjine, izbeglice, interno raseljena lica i druge ugrožene migrantske grupe, osobe čije zdravstveno stanje može biti osnov diskriminacije i pripadnici malih verskih zajednica i verskih grupa.<sup>24</sup> Strategija i Akcioni plan za njeno sprovođenje predstavljaju i obavezu Republike Srbije, da utvrdi na koji način će se proces jačanja pravnog okvira u ovoj oblasti dalje razvijati, ali i koje mere, u narednom srednjoročnom (petogodišnjem) periodu treba preduzeti u cilju njihove efektivne primene, odnosno sprovođenja.<sup>25</sup>

### ZAKLJUČAK

Strategija Saveta Evrope za prava deteta 2012–2015. (kolokvijalno nazvana “Monaška strategija”), doneta je na period od četiri godine i deli se na dva ciklusa, za period 2012–2013. i za period 2014–2015. godina. Akcionim planom definisani su projekti i aktivnosti, koje treba sprovesti u cilju postizanja strateških ciljeva. Implementacija strategije je predmet interne i eksterne evaluacije. Krajem 2013. godine, Koordinator za decu Komiteta ministara sproveo je srednjoročnu reviziju kako bi procenio efikasnost, uticaj, održivost i relevantnost aktivnosti u kontekstu ostvarivanja strateških ciljeva. Početkom tekuće godine, a dve godine nakon sprovođenja Strategije, održana je Konferencija SE pod nazivom “Odrastanje uz prava dece”,<sup>26</sup> sa sledećim ciljevima: ocena napretka koji je postignut i uočavanje posti-

sprovođenje Strategije za unapređivanje položaja Roma u Republici Srbiji donet je na osnovu Strategije za unapređivanje položaja Roma u Republici Srbiji (“Službeni glasnik RS”, br. 27/09). Strategiju prevencije i zaštite od diskriminacije za period od 2013. do 2018. godine, Vlada Republike Srbije usvojila je na sednici održanoj 27. juna 2013. godine (“Službeni glasnik RS”, br. 60/13). Nakon usvajanja Strategije sledi priprema Akcionog plana za njenu primenu, koji će sadržati konkretne mere, aktivnosti, nosioce tih aktivnosti, vremenske rokove za njihovu primenu. U Akcionom planu koji će usvojiti Vlada detaljno su razrađene sve strateške mere za prevenciju i zaštitu od diskriminacije. Akcioni plan kao operativni dokument za postupanje u vezi sa svakom strateškom merom jasno predviđa koje aktivnosti je potrebno sprovesti da bi se određena mera realizovala, ko te aktivnosti treba da sprovede i u kom roku, kao i to koje resurse treba staviti na raspolaganje da bi se konkretne aktivnosti sprovele. U Akcionom planu je konkretizovana odgovornost za realizaciju određenih mera onog državnog organa u čijoj je nadležnosti konkretna oblast (obrazovanje; rad i zapošljavanje; porodični odnosi i nasleđivanje; zdravstvena, socijalna zaštita i stanovanje itd.).

<sup>24</sup> O tome opširnije videti web stranicu Kancelarije za ljudska i manjinska prava Vlade Republike Srbije, <http://www.ljudskaprava.gov.rs>

<sup>25</sup> Videti opširnije na: <http://www.slglasnik.info/sr>

<sup>26</sup> Videti “Growing with Children’s Rights”, Dubrovnik Conference 27–28 March 2014, A Conference on the implementation of the Council of Europe Strategy for the Rights of the Child (2012–2015), internet prezentacija na: <http://www.coe.int>

gnutih rezultata primene Strategije u državama članicama SE, utvrdile prepreke u sprovođenju standarda prava dece i odredili načini njihovog prevazilaženja; predlaganje prioritete aktivnosti za preostale dve godine drugi je cilj ove Konferencije; dok je treći cilj posvećen utvrđivanju pitanja na kojima bi trebalo utemeljiti aktivnosti SE nakon 2015. godine.

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

## EUROPEAN CONCEPT ON THE RIGHTS ON THE CHILD

### Summary

The ideas of the rights on the child stipulates the provisions of numerous international documents, universal and regional character, in a general or specific way, which shows that the access of the rights on the child, the global, regional, and national level, intensively promote. As is known, the historical importance of the recognition of the rights on the child, in a global sense, belongs to the UN Convention on the Rights on the Child of 1989, when agreement was reached on what are the universal rights of the child. In addition to the Convention on the Rights on the Child as an international treaty of a universal character, at the end of the last century, there is an evident trend of adoption of instruments for the protection of human rights by certain global and/or regional organizations.

In addition to the Council of Europe and the European Union existent being as powerful political organization arranged a state which does not deal primarily with human rights but insists on respect for human rights in world politics. At this point it is important to underline that the Council of Europe and the European Union are not two parallel systems of human rights protection. Creating common standards regarding the protection of human rights through the implementation of the European Convention on Human Rights (democracy, human rights, rule of law), indicates a tendency towards harmonized development of case law in the area of human rights. The European Union in cooperation with the Council of Europe's response to new challenges and threats that citizens in Europe. The Council of Europe has recognized its role and importance in identifying the implementation of the Convention on the Rights on the Child, and in 2012 adopted a Council of Europe Strategy for the Rights of the Child 2012–2015 as a response to the need for a more effective implementation of an existing standards in the area of child rights. Strategy for the Rights on the Child 2012–2015 defines four strategic objectives: promoting children customized services and systems in the areas of justice, health and social care; elimination of all forms of violence against children, including sexual violence, trafficking, corporal punishment and violence in schools; guaranteeing the rights of vulnerable children (such as children with disabilities, in detention, children in alternative care, children, migrants and Roma children); and promoting child participation.



MELANIJA JANČIĆ

## IZAZOVI LJUDSKIH PRAVA U ODNOSU NA ŽIVOTNE ZAJEDNICE LICA ISTOG POLA

### U V O D

Teorijski, lica istog pola imaju tri mogućnosti odnosno opcije kada je u pitanju stupanje u određeni vid zajednice života, a faktička i pravna situacija zavisi od zakonodavstva svake pojedinačne države. Naime, oni imaju mogućnost da stupe u: a) faktičku odnosno neformalnu neregistrovanu zajednicu (civilno partnerstvo), koja je lišena svih formalnosti zasnivanja ovakve zajednice; b) zatim im na raspolaganju stoji zasnivanje registrovanog partnerstva, koje se sklapa pred državnim nadležnim organom; v) i na kraju, imaju mogućnost da zaključe brak, sa svim pravima i obavezama koje su priznate bračnim supružnicima, sa izuzetkom prava na usvajanje dece, koje neke država i dalje ne priznaju istoplonim bračnim partnerima.

#### *Civilno partnerstvo*

Da bi se jedna zajednica smatrala neformalnom i da bi joj bila priznata određena prava, u nekim zemljama moraju ipak biti ispunjeni određeni uslovi, iako u većini zemalja nije potrebna posebna procedura da bi se pravno priznali kohabitacioni partneri, pa samim tim ni uslovi ni postupak za izlazak iz ovakve zajednice<sup>1</sup>. Neke zemlje predviđaju registraciju i za neformalne zajednice, ali

---

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

<sup>1</sup> Waaldijk, Kees: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners: Comparative analysis, objavljeno u More or less together: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for

ih to ne čini registrovanim partnerstvom samim tim što postoji ovakva obaveza, jer se kao relevantno uzima način na koji je ona nastala, te se ne smatra registrovanim partnerstvom ako zajednica ne nastaje samim činom registracije<sup>2</sup> (na primer Island, sve do 2010. godine kada je registrovano partnerstvo zamenjeno brakom). U većini zemalja se za istopolne partnere u neformalnoj zajednici predviđa neznatno manje pravnih posledica nego za heteroseksualne partnere u zajednici, a najviše razlika se javlja u oblasti roditeljskog prava<sup>3</sup>.

### *Registrovano partnerstvo*

Druga mogućnost za istopolne partnere jeste da zasnuju registrovano partnerstvo. Registrovano partnerstvo predstavlja pravnu instituciju koja je manje ili više izjednačena sa brakom, pa se prema tome može okarakterisati kao oblik partnerstva između dva lica, koja nastaje aktom registracije tog partnerstva i iz koje slede brojna prava i obaveze<sup>4</sup>. Pravna pravila koje se odnose na registrovano partnerstvo se najviše odnose na uslove koje moraju da ispune dve osobe koje žele da svoje partnerstvo registruju, zatim na samu proceduru zasnivanja i prestanka registrovanog partnerstva i na pravne posledice koje iz njega proizlaze<sup>5</sup>. U mnogim zemljama je registrovano partnerstvo predviđeno samo za lica istog pola, dok Francuska, Belgija i Holandija ne ograničavaju ovo pravo samo na lica istog pola, već se ono odnosi i na lica različitog pola koja ne žele da sklope brak<sup>6</sup>.

### *Brak*

Treća opcija za lica istog pola jeste sklapanje braka pred nadležnim državnim organom ili u verskoj formi, dok su predviđena prava i obaveze uglavnom izjednačena sa pravima i obavezama heteroseksualnih bračnih partnera.

### *Pravni položaj lica istog pola u Republici Srbiji*

Kada se radi o pravu na stupanje u određeni vid zajednice života u našoj državi, pravni položaj homoseksualnih osoba je znatno drugačiji i lošiji u odnosu na pravni položaj heteroseksualnih osoba. U velikom broju evropskih zemalja, a pogovoto u zemljama članicama Evropske unije, predviđen je neki vid (ili

---

different-sex and same-sex partners - A comparative study of nine European countries, Pariz, decembar 2004. godine, strana 40.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Ibid.

više oblika istovremeno, na primer u Holandiji) zajednice života za istopolne partnere. Oblik zajednice života koji se pravno priznaje istopolnim partnerima može biti u vidu faktičkog vanbračnog partnerstva, registrovanog partnerstva i bračne zajednice. U našoj državi ne postoji regulativa koja bi ustanovila i obezbedila pravno priznavanje nijednog od pomenutih oblika zajednice života lica istog pola. Međutim, Komisija za izradu Građanskog zakonika Vlade Republike Srbije je u Prednacrtu Građanskog zakonika, u delu koji je posvećen porodičnim odnosima, predvidela da će se zajednica života lica istog pola urediti posebnim zakonom<sup>7</sup>. To predstavlja jedan oprezan nagoveštaj da bi u budućnosti moglo da dođe do regulisanja prava lica istog pola koja prizilaze iz zajedničkog života, a da li će i kada biti stvoreni odgovarajući uslovi, pre svega politička volja a možda i zahtevi (pritisak) iz Brisela povodom pregovora oko pristupanja Evropskoj Uniji, da bi takva regulativa zaista mogla da bude pripremljena i usvojena, za sada ostaje otvoreno pitanje.

Trenutna pravna regulativa u Srbiji ne sadrži nikakve odredbe kojima bi se seksualnim manjinama priznala neka od ovih prava, niti postoji poseban zakon koji reguliše ovu oblast. Naime, Porodični zakon ne sadrži odredbe kojima bi se obezbedio ravnopravan položaj licima istog pola kada su u pitanju bračni odnosi. Naprotiv, Porodični zakon iz 2005. godine definiše brak kao zakonom uređenu zajednicu života žene i muškarca, a vanbračnu zajednicu kao trajniju zajednicu života žene i muškarca, između kojih nema bračnih smetnji<sup>8</sup>. Međutim, Evropski sud za ljudska prava je svojom odlukom u slučaju Kozak protiv Poljske (*Kozak v. Poland*)<sup>9</sup> od 2. marta 2010. godine (ali i ostalim odlukama po tom pitanju) zauzeo stav da ustavna definicija braka kao zajednica muškarca i žene ne može da opravdava diskriminaciju istopolnih partnera.

Iako je Porodični zakon donet pre Ustava iz 2006. godine, ni Ustavom iz 2006. nije ništa menjano u tom pogledu, jer je izričito predviđeno da se brak uključuje na osnovu slobodno datog pristanka muškarca i žene pred državnim organom<sup>10</sup>, a time se zatvara svaka mogućnost proširenja prava na sklapanje braka i na lica istog pola, uzimajući u obzir da je pravo na sklapanje braka samo između lica različitog pola postalo ustavna kategorija. Što se tiče priznavanja prava koja bi proizilazila iz faktičke ili registrovane zajednice života lica istog pola (vanbračne zajednice), diskutabilno je da li Ustav predviđa ograničenja za takvu regulativu, pošto je u članu 62. stavu 5. regulisano da se vanbračna zajednica izjednačava sa

---

<sup>7</sup> *Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije – treća knjiga, Porodični odnosi*, Beograd, jun 2011. godine, član 4, strana 12.

<sup>8</sup> Član 3. stav 1. i član 4. stav 1. Porodičnog zakona Republike Srbije ("Službeni glasnik RS", broj 18/2005 i 72/2011 - dr. zakon).

<sup>9</sup> *Kozak v. Poland*, broj predstave 13102/02.

<sup>10</sup> Član 62. stav 2. Ustava Republike Srbije.

brakom, u skladu sa zakonom, ali Ustavom nije data definicija vanbračne zajednice kao zajednice života muškarca i žene, već je to učinjeno Porodičnim zakonom (član 4. stav 1. PZ). Drugim rečima, to bi moglo da se tumači tako da bi se zakonom mogla urediti i vanbračna zajednica lica istog pola i na taj način priznati im određena prava iz oblasti bračnih odnosa. Međutim, treba imati u vidu i činjenicu da se ustavna odredba da se vanbračna zajednica izjednačava sa brakom može tumačiti i tako da se i za priznavanje prava iz vanbračne zajednice traži uslov da se radi o licima različitog, a ne istog pola, pošto se vanbračna zajednica izjednačava sa brakom a za brak se upravo to traži, da su supružnici lica različitog pola.

U ranijem Ustavu Republike Srbije iz 1990. godine, za razliku od važećeg Ustava iz 2006. godine, nisu bile predviđene nikakve ustavno-pravne prepreke za sklapanje braka između lica istog pola, pošto u tom pogledu taj Ustav sadrži samo odredbu da se brak i odnosi u braku uređuju zakonom<sup>11</sup>. To znači da je zakonom, bar što se tadašnjeg Ustava tiče, pravo na sklapanje braka moglo biti prošireno i na lica istog pola.

Isto je slučaj i sa Poveljom o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama iz 2003. godine<sup>12</sup>, koja je važila sve do donošenja važećeg Ustava Republike Srbije iz 2006. godine, a koja je predviđala da se jemči pravo na sklapanje braka na osnovu slobodno datog pristanka *budućih supružnika (naglasio autor)*, kao i da se sklapanje, trajanje i raskid braka zasnivaju na ravnopravnosti supružnika<sup>13</sup>. Preme tome, Povelja ne sadrži polne odrednice supružnika, oni bi mogli biti i lica istog kao i lica različitog pola, te je u tom smislu naprednija od sadašnjeg Ustava Srbije, jer ne predviđa ograničenja u tumačenju izraza "supružnici". Osim toga, Poveljom je bilo predviđeno i pravo svakog lica na poštovanje privatnog i porodičnog života, doma i tajnosti prepiske<sup>14</sup>, što je takođe mogao da bude osnov za priznavanje određenih prava licima istog pola, između ostalog, i u oblasti bračnog i porodičnog života. Sadašnji Ustav Srbije, međutim, ne sadrži odredbu o pravu na poštovanje privatnog i porodičnog života, tako da je i to ograničavajući faktor za priznavanje prava istopolnim partnerima iz oblasti bračnih i porodičnih odnosa.

<sup>11</sup> Član 29. stav 2. Ustava Republike Srbije iz 1990. godine, koji glasi: "Brak i odnosi u braku i porodici uređuju se zakonom". Ustav je usvojen 28. septembra 1990. godine, a objavljen u "Službeni glasnik RS", broj 1/90).

<sup>12</sup> Povelja o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama državne zajednice Srbije i Crna Gora ("Službeni list SCG", broj 6/2003) usvojena je na sednici Veća građana i Veća republika Savezne skupštine od 28. februara 2003. godine.

<sup>13</sup> Član 25. stav 1. Povenje o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama državne zajednice Srbije i Crna Gora.

<sup>14</sup> Član 24. stav 1. Povenje o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama državne zajednice Srbije i Crna Gora.

U Srbiji je 2013. godine u okviru nevladinih organizacija, a u saradnji sa Centrom za unapređivanje pravnih studija, Labrisa<sup>15</sup> i AIRE Centra<sup>16</sup> izrađen Model zakona o registrovanim istopolnim zajednicama. Model zakona definiše registrovanu istopolnu zajednicu odnosno registrovano partnerstvo kao zajednicu života dva punoletna lica istog pola (dve žene ili dva muškarca), koja su registrovala svoj partnerski odnos pred nadležnim organom javne vlasti (član 2)<sup>17</sup>. Ova vrsta partnerstva se zasniva na određenim načelima, kao što su načelo ravnopravnosti, poštovanje dostojanstva i međusobnog pomaganja i uvažavanja registrovanih partnera, dok se takođe i rodni identitet partnera poštuje i štiti (član 3. stav 1. i 2). Model zakona zabranjuje svaku diskriminaciju, bilo neposrednu bilo posrednu, na osnovu registrovanog partnerstva i seksualne orijentacije partnera (član 3. stav 3). Propisuje se i zaštita od nasilja u porodici, tako da svaki od partnera u okviru registrovanog partnerstva ima pravo na zaštitu od nasilja u porodici, dok registrovani partneri i bivši registrovani partneri imaju status člana porodice i uživaju istu zaštitu od nasilja u porodici kao što je uživaju i supružnici odnosno bivši supružnici (član 4. stav 1. i 2).

Modelom zakona o registrovanim istopolnim zajednicama su predviđeni i određeni uslovi potrebni za registraciju istopolnih zajednica, koja se registruje davanjem izjava volja dva lica istog pola pred matičarem (član 5), a u cilju ostvarivanja zajednice života (član 6). Istopolna zajednica ne može da se registruje ako postoje neke od smetnji, slično bračnim smetnjama za sklapanje punovažnog braka (član 7. stav 1), kao što su nesposobnost za rasuđivanje jednog od lica, maloletstvo, zatim ako se jedno od lica već nalazi u registrovanoj istopolnoj zajednici ili braku, zatim krvno srodstvo u pravoj liniji ili u pobočnoj liniji do četvrtog stepena srodstva odnosno u prvom stepenu prave linije tazbinskog srodstva, zatim ako između lica postoji odnos usvojenja, starateljstva ili hraniteljstva. Potrebna je još i slobodna volja budućih registrovanih istopolnih partnera odnosno odsustvo mana volje (prinuda, pretnja, zabluda). Još jedan od uslova je da jedan od budućih partnera ima državljanstvo Republike Srbije (član 7. stav 2).

Modelom zakona o registrovanim istopolnim zajednicama ustanovljavaju se i međusobna prava i obaveze istopolnih partnera, kao što su pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, pravo na održavanje ličnih odnosa sa maloletnom decom drugog registrovanog partnera sa kojima ih vezuje posebna bliskost, ali imaju i obavezu da se međusobno pomažu i pružaju svu potrebnu negu

---

<sup>15</sup> Labris je organizacija za lezbejska ljudska prava, osnovana u Beogradu 1995. god.

<sup>16</sup> Aire centar (The AIRE Centre - Advice on Individual Rights in Europe) je organizacija koja se bavi davanjem besplatnih pravnih saveta u oblasti Evropskog prava o ljudskim pravima kao i o pravu Evropske Unije, sa sedištem u Londonu.

<sup>17</sup> Gajin, Saša (urednik): *Model zakona o registrovanim istopolnim zajednicama*, Centar za unapređivanje pravnih studija, Beograd, 2013, str. 38.

i pomoć u slučaju bolesti i da se uzajamno izdržavaju. Za registrovane partnere važi režim zajedničke imovine, a imaju i mogućnost da sklope ugovor o posebnom imovinskom režimu. Registrovanim istopolnim partnerima se priznaje i pravo nasleđivanja pod istim uslovima kao i supružnicima, zatim pravo na poreske olakšice, sva zakonom određena prava iz penzijskog, zdravstvenog i socijalnog osiguranja kao i supružnicima, prava u slučaju bolesti, prava u toku krivičnog postupka i izvršenja krivičnih sankcija. Model zakona o registrovanim istopolnim partnerstvima do danas nije stavljen na dnevni red u Skupštini radi usvajanja zakona koji bi pravno priznao istopolne zajednice i samim tim uredio pravni položaj lica istog pola štiteći njihova ljudska prava.

Osim Republike Srbije, pravo na sklapanje zajednice života u bilo kom obliku nije priznato licima istog pola ni u Bosni i Hercegovini ni u Crnoj Gori. U Crnoj Gori je na snazi ustavna zabrana istopolnih brakova, u skladu sa odredbom da brak može biti zaključen samo uz slobodan pristanak žene i muškarca<sup>18</sup>. Ustav Republike Srpske ne sadrži definiciju braka, već će se brak i odnosi u braku i porodici urediti zakonom<sup>19</sup>, a isto tako i Ustav Federacije Bosne i Hercegovine ne sadrži odredbe o braku i definiciji braka.

### *Pravni status lica istog pola u Republici Hrvatske*

Ustav Republike Hrvatske<sup>20</sup> nije sve do januara 2014. godine definisao ni bračnu ni vanbračnu zajednicu, već je bilo prepušteno da se one definišu i urede posebnim zakonom, što znači da Ustav nije zabranjivao istopolne bračne ili vanbračne zajednice. Međutim, nakon državnog referenduma održanog 1. decembra 2013. godine, na kojem je odlučeno da se Ustav dopuni odredbom koja definiše brak kao životnu zajednicu žene i muškarca<sup>21</sup>, zabrana sklapanja braka između lica istog pola je postala ustavna kategorija. Imajući u vidu odredbe do nedavno važećeg Obiteljskog zakona Hrvatske, različitost polova je predstavljala

---

<sup>18</sup> Član 71. stav 1. Ustava Crne Gore, "Službeni list Crne Gore, broj 1/2007" od 25.10.2007. g.

<sup>19</sup> Član 36. stav 2. Ustava Republike Srpske. Ustav Republike Srpske sa amandmanima objavljen je u Službenom glasniku Republike Srpske br. 21/92, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 31/03, 98/03 i 115/05).

<sup>20</sup> Ustav Republike Hrvatske ("Narodne novine" broj 56/90, 135/97, 8/98 – pročišćeni tekst, 113/2000, 124/2000 – pročišćeni tekst, 28/2001, 41/2001 – pročišćeni tekst, 55/2001 – ispravak, 76/2010, 05/2014 – odluka Ustavnog suda broj SuP-O-1/2014 od 14. siječnja 2014).

<sup>21</sup> Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj SuP-O-1/2014 od 14. januara 2014. godine, dostupna na internet stranici Ustavnog suda Republike Hrvatske - <http://www.usud.hr/uploads/Odluka%20u%20povodu%20okon%20C4%8Danja%20postupka%20nadzora%20nad%20ustavno%20C5%A1%20C4%87u%20i%20zakonito%20C5%A1%20C4%87u%20provo%20C4%91enja%20dr%20C5%BEavnog%20referenduma%20odr%20C5%BEanog%201.12.2013.pdf>, stranici pristupljeno 01. jula 2014. godine.

la pretpostavku za sklapanje braka, dok se brak definiše, kao i u Ustavu, kao zakonom uređena zajednica života žene i muškarca. Isto je predviđeno i novim Obiteljskim zakonom, čije su odredbe koje regulišu ovo pitanje stupile na snagu 1. septembra 2014. godine<sup>22</sup>. Sadržina odredbi se ni u čemu ne razlikuju od odredaba prethodnog Obiteljskog zakona<sup>23</sup>.

Dakle, bračna zajednica je rezervisana samo za lica različitog pola. Međutim, u Hrvatskoj se licima istog pola ipak obezbeđuju određena prava, te im je tako dozvoljeno da stupaju u istopolne zajednice u vidu neregistrovane kohabitacije, ali bez mogućnosti registracije. Istopolne zajednice su prvobitno bile regulisane Zakonom o istopolnim zajednicama, koji ih je definisao kao životnu zajednicu dve osobe istog pola koje nisu u braku, vanbračnoj zajednici ili drugoj istopolnoj zajednici, a koja traje najmanje tri godine i koja se temelji na načelima ravnopravnosti partnera, međusobnog poštovanja i pomaganja i emotivnoj vezanosti partnera<sup>24</sup>. Ovim Zakonom je istopolnim partnerima bilo priznato i pravo na izdržavanje kao i na sticanje zajedničke imovine. Istovremeno se zabranjivala svaka diskriminacija, bilo posredna ili neposredna na osnovu istopolne zajednice kao i na osnovu činjenice homoseksualne orijentacije, dok se podsticanje neke druge osobe na diskriminaciju takođe smatra diskriminacijom<sup>25</sup>. Direktnom diskriminacijom se smatra svako postupanje kojim se osoba koja je član istopolne zajednice stavlja ili je bila stavljena u nepovoljniji položaj od druge osobe u sličnoj situaciji na temelju činjenice da je član istopolne zajednice, a indirektna diskriminacija postoji kada određena naizgled neutralna odredba, kriterijum ili praksa osobu koja je član istopolne zajednice na temelju te činjenice stavlja ili bi stavila u nepovoljniji položaj u odnosu na druge osobe<sup>26</sup>.

Međutim, u Hrvatskoj je sačinjen Predlog novog zakona (Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola) kojim se regulišu prava i obaveze lica istog pola koja su zasnovala životnu zajednicu. Predlog Zakona o životnom partnerstvu osoba istog pola je 2. jula 2014. godine dobio jednoglasnu podršku Odbora za zakonodavstvo u Saboru Hrvatske. Zakon je 15. jula 2014. godine usvojen u skupštinskoj proceduri<sup>27</sup>, te je na ovaj način politička struktura u Hrvatskoj po-

---

<sup>22</sup> Član 12. i član 23. stav 1. tačka 1. Obiteljskog zakona Republike Hrvatske ("Narodne novine", broj 75/2014).

<sup>23</sup> Obiteljski zakon Republike Hrvatske ("Narodne novine", broj 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11 i 25/13).

<sup>24</sup> Član 2. Zakona o istopolnim zajednicama Republike Hrvatske ("Narodne novine", br. 116/2003).

<sup>25</sup> Član 21. stav 1. i 2. Zakona o istopolnim zajednicama Republike Hrvatske.

<sup>26</sup> Član 21. stav 3. i 4. Zakona o istopolnim zajednicama Republike Hrvatske.

<sup>27</sup> Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola Republike Hrvatske ("Narodne novine", broj. 92/2014).

kazala spremnost da i pripadnike seksualnih manjina prihvati kao građane istog ranga i da im omogući znatno bolje uslove života i koliko toliko da njihov pravni položaj izjednači sa pravnim položajem lica različitog pola. Prema odredbama Zakona o životnom partnerstvu, ono se definiše kao *zajednica porodičnog života* (naglasio autor) dve osobe istog pola koje su skopile partnerski odnos pred nadležnim telom, u skladu sa Zakonom<sup>28</sup>. S obzirom da ovim zakonom nije predviđeno da lica istog pola mogu da usvajaju decu niti je izvesno da bi eventualno i hteli da ih imaju, a da se partneri u smislu porodičnog prava i prakse Evropskog suda za ljudska prava ne smatraju porodicom, ovakva definicija da je životno partnerstvo zajednica porodičnog života je neuobičajena i stvara zabunu. Da li je namera predlagača zakona bila da izvrši promenu definicije porodice, koju zapravo čine roditelji i deca (bračna, vanbračna, usvojena) ili nešto drugo, ostaje nam da vidimo nakon početka primene ovog zakona. Pored formalnog (registrovanog) životnog partnerstva, Zakon definiše i pojam neformalnog životnog partnerstva i to kao životnu zajednicu dve osobe istog pola, koje nisu sklopile životno partnerstvo, ako životna zajednica traje najmanje tri godine i ako udovoljava pretpostavkama koje su propisane za valjanost životnog partnerstva<sup>29</sup>. Zabranjuje se svaki oblik diskriminacije, posredne i neposredne, na osnovu sklopljenog životnog partnerstva, seksualne orijentacije i rodnog identiteta<sup>30</sup>.

Ono što razlikuje ovaj Zakon od prethodnog jeste da se životno partnerstvo, za razliku od neformalne i neregistrovane kohabitacije, mora sklopiti pred matičarem (član 7. stav 1. tačka 3). Ako izvršimo analizu forme sklapanja životnog partnerstva lica istog pola i formu sklapanja braka lica različitog pola shodno važećim zakonima u Republici Hrvatskoj, možemo da primetimo da je građanska forma predviđena u oba slučaja, dok je crkvena forma koja je izjednačena sa građanskom rezervisana samo za lica različitog pola<sup>31</sup>.

Za sklapanje životnog partnerstva su predviđeni i određeni uslovi, kao što je istovetnost polova, pristanak za zasnivanje partnerstava i da je životno partnerstvo sklopljeno pred matičarem (član 7. stav 1. tačka 1–3 Zakona). Ukoliko ti uslovi nisu ispunjeni smatraće se da partnerstvo nije ni sklopljeno, a pravo na tužbu za utvrđivanje postojanja ili nepostojanja životnog partnerstva ima svako pravno zainteresovano lice i Centar za socijalni rad (član 7. stav 2. i 3). Pored uslova za postojanje životnog partnerstva, predviđeni su i određeni uslovi za njegovu punovažnost. To su zapravo smetnje za sklapanje životnog partnerstva, koje odgovaraju bračnim smetnjama kada se radi o uslovima za sklapanje punovažnog

<sup>28</sup> Član 2. Zakona o životnom partnerstvu osoba istog spola Republike Hrvatske.

<sup>29</sup> Član 3. stav 1. Zakona o životnom partnerstvu osoba istog spola Republike Hrvatske.

<sup>30</sup> Član 6. stav 2. Zakona o životnom partnerstvu osoba istog spola Republike Hrvatske.

<sup>31</sup> Član 6. Obiteljskog zakona Republike Hrvatske, koji predviđa da se brak sklapa saglasnom izjavom žene i muškarca u građanskom ili verskom obliku.



braka. Činjenice koje ometaju sklapanje punovažnog životnog partnerstva su maletstvo odnosno da lice nije mlađe od osamnaest godina, da nije lišeno poslovne sposobnosti, odnosno ako jeste, da se njegov staratelj saglasi sa sklapanjem životnog partnerstva, ili ako on odbije da da saglasnost, uz dozvolu vanparničnog suda, zatim da budući istopolni partneri nisu u krvnom srodstvu u pravoj liniji ili u pobočnom srodstvu do četvrtog stepena, da nijedno od njih nije u braku ili životnom partnerstvu (član 8–11. Zakona). Ukoliko neki od ovih uslova nije ispunjen, životno partnerstvo neće biti punovažno i može se tražiti njegov poništaj (član 12. Zakona).

Zakonom se istopolnim partnerima priznaju međusobna lična dejstva, koja se priznaju i bračnim drugovima, kao na primer pravo na poštovanje privatnosti i porodičnog života, obaveza uzajamnog pomaganja i pružanja nege, pravo na promenu prezimena, isti procesno-pravni položaj koji se priznaje bračnim drugovima i drugo, pravo na izdržavanje, pravo na zajedničku imovinu, pravo na sklapanje ugovora o imovini, pravo na ostvarivanje roditeljskog staranja u odnosu na dete životnog partnera, pravo na nasleđivanje, pravo na određene poreske olakšice i oslobođenje, pravo na porodičnu penziju, pravo na obavezno zdravstveno osiguranje preko životnog partnera, pravo na plaćeno odsustvo radi sklapanja životnog partnerstva i drugo (članovi 37–70. Zakona). U pogledu međusobnog nasleđivanja, Zakon o životnom partnerstvu predviđa da se na životne partnere primenjuju odredbe zakona kojima je uređeno pravo nasleđivanja, pri čemu je životni partner u pravu nasleđivanja izjednačen sa bračnim drugom, a deca nad kojom ima partnersko staranje su izjednačena sa njegovom decom (član 55. Zakona). Ove odredbe predstavljaju prilično napredno i moderno rešenje, kojim se Hrvatska svrstava u zemlje koje poštuju ljudska prava pripadnika LGBT populacije i gotovo u potpunosti realizuju odredbe o zabrani diskriminacije.

## ZAKLJUČAK

U ovom radu autorka se bavi pitanjem pravnog statusa lica istog pola sa posebnim osvrtom na pravo na sklapanje civilnog partnerstva odnosno vanbračne zajednice u Republici Srbiji, kao i uporedno-pravni prikaz pravnog statusa lica istog pola u zemljama u okruženju. Međutim, autorka je posebnu pažnju posvetila pravnom okviru Republike Hrvatske kada se radi o pravu na sklapanje civilnog partnerstva odnosno novom Zakonu o životnom partnerstvu lica istog pola Republike Hrvatske. Ovaj zakon predstavlja jedno moderno rešenje i kao takav može da posluži kao uzor zemljama u okruženju da regulišu ovo pitanje i obezbede licima istog pola poštovanje njihovih ljudskih prava i zaštitu od diskriminacije. Ozakonjenje nekog oblika zajednice života lica istog pola Srbiji je za sada u suprotnosti sa ustavnom odredbom kojom se definiše pravo na zaključenje braka, a trenutna društvena klima je takva da ne deluje ohrabrujuće da će u narednim go-

dinama licima istog pola biti omogućeno stupanje u bilo kakav vid zajednice života odnosno priznavanje porodičnih prava iz te zajednice.

MELANIJA JANČIĆ

Teaching Assistant, Faculty of European Legal  
and Political Studies, Novi Sad

## CHALLENGES OF HUMAN RIGHTS REGARDING SAME SEX RELATIONSHIPS

### Summary

In this paper the author deals with the legal status of same sex persons with the special emphasis on the right to civil partnership in the Republic of Serbia, as well as on the comparative overview of legislation in Serbia's neighbouring countries. Special emphasis is placed on the newly adopted legislation in the Republic of Croatia, namely the Civil Partnership Act of 2014, which lays down very modern provisions. The paper argues that other countries in the region could follow the example of Croatia and regulate this matter in order to provide persons of the same sex with the respect for their human rights and protection from discrimination. This course of action is presently at variance with the constitutional provision on the right to conclude marriage, which only recognises wedlock between a man and a woman and current social climate in Serbia does not seem favourable to the legalisation of the civil partnership of same sex persons.

DRAGAN D. PANTIĆ

## RAZVOD BRAKA U SRBIJI *DE LEGE FERENDA*

### U V O D

U našoj zemlju u toku je rad na kodifikaciji građanskog prava, gde se u oblasti porodičnog prava, kao jedan od najvažnijih segmenata postavlja pitanje propisivanja uslova za razvod braka. U radu smo pokušali da kroz istorijski prikaz ranije važećeg brakorazvodnog zakonodavstva, pozitivnopravne regulative i uprednopravnih rešenja, ukažemo na dve mogućnosti razvoda braka, koje u budućnosti mogu imati najviše značaja. Radi se o sporazumnom razvodu braka i razvodu po tužbi zbog trajnog prestanka bračne zajednice. Sporazumni razvod braka je pozitivnopravno normiran u našem zakonodavstvu, ali su se kroz njegovu praktičnu primenu uočile brojne slabosti na koje smo pokušali da ukažemo i predložimo rešenja koja će na bolji način regulisati ovu oblast. U radu smo posebno istakli i obradili ulogu odvojenog života supružnika prilikom razvoda braka. Ovo naročito imajući u vidu značaj koji se u uporednom brakorazvodnom pravu pridaje činjenici odvojenog života, a što naše pozitivno zakonodavstvo nije posebno normiralo. U toku je pokušaj harmonizacije brakorazvodnog prava u Evropi, gde se osnovni akcenat stavlja na sporazumnom razvodu i odvojenom životu supružnika. Naše pozitivno pravo poznaje sporazumni razvod braka i razvod po tužbi jednog od supružnika, koji se temelji na dva uopštena brakorazvodna uzroka, i to: ozbiljnoj i trajnoj poremećenosti bračnih odnosa i objektivnoj nemogućnosti ostvarivanja zajednice života supružnika. Pritom se nikakav poseban značaj ne pridaje činjenici odvojenog života supružnika. Analizirajući postojeća rešenja

---

Dr Dragan D. Pantić, advokat u Velikom Gradištu.

i dajući predloge za uređivanje ove pravne oblasti u okviru sveobuhvatne kodifikacije našeg građanskog prava, uočavamo da se naše brakorazvodno pravo približava evropskim tendencijama. Ovo naročito predlogom da svaki supružnik ima pravo na sporazumni razvod braka i razvod braka usled trajnog prestanka bračne zajednice.

#### RANIJE VAŽEĆE BRAKORAZVODNO ZAKONODAVSTVO U SRBIJI

Pre Drugog svetskog rata u Jugoslaviji nije bilo kodifikovano građansko zakonodavstvo već je postojalo šest pravnih područja. Na teritoriji Srbije i Makedonije bio je važeći Srpski građanski zakonik iz 1844. godine. Brakorazvodni uzroci su bili normirani u § 94 Građanskog zakonika, gde je predviđeno da se brak može razvesti samo iz zakonom propisanih uzroka. Radi se o sledećim brakorazvodnim uzrocima: 1. dokazana preljuba, 2. rađenje o glavi supružniku (bilo kakvim opasnim sredstvom ili npr. zaraznom bolešću), kojom radnjom bi bio ugrožen život supružnika, 3. izvršeno krivično delo na štetu supružnika zbog kojeg je izrečena zatvorska kazna duža od osam godina, 4. istupanje jedan od supružnika iz hrišćanske vere, 5. zlonamerno napuštanje supruga.

Osim navedenih brakorazvodnih uzroka koji su bili propisani u § 94 Srpskog Građanskog zakonika, postojao je još jedan mešoviti slučaj koji je bio predviđen čl. 218. Zakona o crkvenim vlastima. Ukoliko bi sud u brakorazvodnoj parnici zaključio da nema dovoljno osnova da se brak razvede, mogao je dosuditi odvojeni život supružnika. Radi se o još jednom od opštih uzroka koji se mogao kvalifikovati kao nemogućnost zajedničkog života bračnih drugova.

Posle završetka II svetskog rata došlo je do raskida sa ranijim zakonodavstvom, pri čemu su stavljeni van snage raniji pravni propisi.<sup>1</sup> Došlo je do korenitih promena i u oblasti porodičnih odnosa, te je umesto patrijarhalne porodice i dominantne uloge muža, proklamovana ravnopravnost supružnika. Ustavom FNRJ od 1946. godine predviđena je ravnopravnost muža i žene u svim oblastima života (član 24. Ustava). Tako je izvršena reforma i u oblasti bračnog prava donošenjem Osnovnog zakona o braku iz 1946. године.<sup>2</sup> Prema ovom zakonu propisano je osam brakorazvodnih uzroka: 1) teška poremećenost bračnih odnosa (nepodnošljivost zajedničkog života) – čl. 53; 2) rađenje o glavi (čl. 55.); 3) preljuba (čl. 54); 4) zlostavljanje, teške uvrede i nečastan život (čl. 56); 5) neizlečiva umna bolest i nesposobnost za rasuđivanje; 6) zlonamerno ili neopravdano napuštanje bračnog druga (čl. 58); 7) nestalost bračnog druga (čl. 59); 8) osuda na kaznu bračnog druga (čl. 60).

<sup>1</sup> Zakon o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. g. i za vreme neprijateljske okupacije (Službeni list FNRJ, br. 86 od 25.10.1946. g.).

<sup>2</sup> Službeni list FNRJ, br. 29/46, stupio na snagu 9. maja 1946. g.

Prednost ovog zakona je bila u tome što je bio jedinstven za celu Jugoslaviju, dok je uočeno više njegovih nedostataka. Kao slabost ovog zakona može se uočiti pokušaj da se izmire dve različite doktrine: o razvodu kao sankciji i o razvodu kao pravnom leku. Zakon je prihvatio mešoviti sistem brakorazvodnih uzroka, pokušavajući da paralelno izgradi različite sisteme razvoda: sistem relativnim i apsolutnih brakorazvodnih uzroka, sistem opštih i posebnih uzroka, sistem skrivljenih i neskrivljenih uzroka i razvod na zahtev jednog ili na zahtev oba supružnika.<sup>3</sup>

Nakon donošenja Ustava SFRJ iz 1974. godine, svaka Republika i Pokrajina uredila posebno oblast porodičnog i bračnog prava, te je stvoreno osam pravnih sistema o razvodu braka, što je stvorilo brojne slabosti. Reforma porodičnog zakonodavstva u Srbiji se odvijala u dve etape, tako što je najpre donet zakon o braku iz 1974. godine (stupio na snagu 1.1.1975. godine),<sup>4</sup> a zatim je 1980. godine usvojen zakon o braku i porodičnim odnosima Srbije (stupio na snagu 1.1.1981. godine).<sup>5</sup> Ovim zakonom su izostavljeni svi brakorazvodni uzroci koji su zasnovani na teoriji krivice, tako da je ostao samo jedan opšti relativni brakorazvodni uzrok zasnovan na teoriji o razvodu kao pravnom leku - ozbiljan i trajan poremećaj bračnih odnosa, kada je očigledno da je neostvariva svrha braka. To je rezultiralo da se u takvom sistemu razvoda kao pravnog leka javljaju samo dva brakorazvodna uzroka: teška poremećenost bračnih odnosa i razvod braka na osnovu sporazuma bračnih drugova (čl. 83-85).

Kako se u radu posebno ukazuje na predloge za uređenje naše buduće brakorazvodne regulative koji se odnose na odvojeni život supružnika i sporazumni razvod braka, to ćemo prikazati istorijat njihovog razvoja.

Odvojeni život kao brakorazvodni uzrok je imao zanimljiv razvojni put. Kao peti brakorazvodni uzrok u Srpskom građanskom zakoniku u § 94 predviđeno je neizvesno ili zlokovarno odusustvo. U osnovi ovaj slučaj obuhvata namerno ili nenamerno napuštanje supruge, gde dolazi do prekida bračne zajednice. U tom slučaju ostavljeni supružnik ima pravo zahtevati razvod braka po isteku perioda od četiri godine. Kraći period od tri godine je propisan, ako postoji osnovana pretpostavka da je jedan supružnik drugog namerno napustio. Osim pravila sadržanih u SGZ odvojeni život se mogao primeniti i prema čl. 218 Zakona o crkvenim vlastima. U njemu je bilo propisano da se u parnicama za razvod braka može dosuditi odvojeni život u trajanju od pet godina, pa ukoliko se u međuvremenu supružnici ne izmire, duhovni sud će na zahtev stranaka razvesti brak. Iako je naizgled sporno da li takav zahtev može tražiti samo jedan od bračnih drugova ili zahtev mora biti obostran, prevladalo je mišljenje da je dovoljno da samo je-

---

<sup>3</sup> Mladenović, M. Porodično pravo, Beograd 1984, str. 224.

<sup>4</sup> Službeni glasnik RS, br. 52/74.

<sup>5</sup> Službeni glasnik RS, br. 23/80.

dan od supružnika zatraži razvod.<sup>6</sup> Takav stav je našao uporište i u sudskoj praksi.<sup>7</sup> Ovaj uzrok za razvod braka zasnovan na odvojenom životu bračnih drugova, u izvesnoj meri je u suprotnosti je sa § 102 SGZ gde odvojeni život ima karakter prevencije, i sud ga može dosuditi kao pokušaj pomirenja u cilju očuvanja bračne zajednice. U tadašnjem srpskom pravu se odvojeni život smatrao i jednom vrstom privremene mere, gde bi cilj bio da se ispita da li je moguć dalji zajednički život između supružnika. U § 102 SGZ se navodi da se razlučenje od zajedničkog života smatra kao poslednji pokušaj mirenja, te ako bi supružnici ponovo zasnovali zajednicu života, brak bi imao punu važnost.<sup>8</sup> To je jedna od procesnopravnih mera u brakorazvodnom sporu, koja je tada bila poznata i u uporednom pravu.<sup>9</sup> Ovakvim odredbama iz čl. 218. Zakona o crkvenim vlastima menja se pravni karakter odvojenog života i od sredstva za očuvanje braka postaje zakonski razlog za razvod braka. Tako je odvojeni život izgubio onaj pravni karakter koji imao prema odredbama Građanskog zakonika, i pretvorio se u jedan od zakonskih uzroka za razvod braka.<sup>10</sup>

Posle Drugog svetskog rata važno je pravilo da nije mogao tražiti razvod braka onaj bračni drug koji je isključivo kriv za poremećaj bračnih odnosa i nepodnošljiv zajednički život.<sup>11</sup> Tako su u praksi nastajale situacije kada je dolazilo do emocionalnog razilaženja između supružnika, gde bi jedan od supružnika napustio drugog, pri čemu ovaj drugi nije tome doprineo svojim ponašanjem. Prema tadašnjim pozitivnim propisima supružnik koji je napustio drugog supružnika nije mogao tražiti niti izdejstvovati razvod braka, čak i u situaciji kada se dugi niz godina nalazio sa drugim partnerom u vanbračnoj zajednici, gde su često i izrodili decu. Ostavljeni bračni drug iz različitih razloga nije inicirao postupak razvoda braka. Razlozi su za to brojni počev od toga da nije imao prilike da zasnuje novu bračnu zajednicu, jer nije pronašao drugog partnera, preko imovinskih razloga, zato što želi ostvariti neko od zakonskih prava koja proističu iz zaključenog braka (pravo na porodičnu penziju, pravo nasleđivanja...), do čisto subjektivnih razloga koji proističu iz želje za osvetom prema bračnom drugu koji ga je osta-

<sup>6</sup> Marković, L., *Ibid*, str. 92.; Janković, D., Problemi građanskog prava, Beograd 1926, str. 121. suprotno: Mitrović, Č., Iz crkvenog prava, Beograd 1909, str. 217-222; isti: "Može li se razvesti brak po isteku petogodišnjeg odvojenog života i na zahtev samo jedne bračne strane?", Arhiv za pravne i društvene nauke, knjiga VII, sveska 1, Beograd 1909, str. 74.

<sup>7</sup> Odluka Kasacionog suda U Beogradu br. 6216 od 30.10.1904. g. u: Niketić, G., Odluke Opšte sednice Kasacionog suda, knjiga I, str. 190.

<sup>8</sup> Građanski zakonik, str. 52.

<sup>9</sup> Čl. 146 Švajcarskog građanskog zakonika je propisivao da odvojeni život može biti dosuđen na zahtev tuženog uvek kada su ispunjeni uslovi za razvod braka, ako se proceni da ima mogućnosti za pomirenje, s tim što sud ne može dosuditi razvod ako je tražen odvojeni život.

<sup>10</sup> Janković, D., *Ibid*, str. 116.

<sup>11</sup> Čl. 53 st. 2 Osnovnog zakona o braku.

vio. Tako su postojali brojni „mrtvi brakovi“, koji su egzistirali samo „na papiru“. Ovakvo stanje je dovodilo do mnogih problema jer su paralelno sa takvim „mrtvim brakovima“ postojale brojne vanbračne zajednice, sa vanbračnom decom. Raspravljajući sporna pitanja u vezi ovih problema sudovi su zauzimali različite stavove. Najpre su sudovi odbijali tužbene zahteve kojima je isključivo kriv bračni drug tražio razvod braka.<sup>12</sup> Međutim, imajući u vidu da na taj način nisu mogle da se legalizuju brojne vanbračne zajednice, sudovi su najpre počeli dozvoljavati razvod braka nakon dužeg perioda odvojenog života.<sup>13</sup> Period trajanja odvojenog života koji su sudovi prihvatili bio je različit. Najpre su prihvatani tužbeni zahtevi za razvod braka u situaciji kada je odvojeni život trajao 10-15 godina ili duže, da bi kasnije došlo do ublažavanja takvog stava, pa je nakon 1960. godine jedinstveno prihvaćena uobičajena sudska praksa prvostepenih sudova koji su dozvoljavali razvod braka i na zahtev isključivo krivog supružnika ukoliko je prekid zajednice života između njih bio duži od tri godine.<sup>14</sup> Na taj način je kroz shvatanje sudske prakse, mimo zakona, uveden u doktrini bračnog prava odvojeni život kao specifičan slučaj uzroka za razvod braka.

Ovakav stav sudova naišao je na različit odjek u pravnoj teoriji. Jedni su stali na stranu sudske prakse smatrajući da treba ovakve odluke sudova ozakoniti izmenom postojećih propisa.<sup>15</sup> S druge strane, postojao je i otpor ovakvom shvatanju. To je obrazlagano time da je generalni uzrok za razvod braka, kako je formulisano u čl. 56 OZB, toliko širok da obuhvata skoro sve slučajeve u kojima je došlo do odvojenog života, te nije potrebno uvoditi odvojeni život kao posebni brakorazvodni uzrok. Osim toga, bilo bi nepravedno dozvoliti isključivo krivom bračnom drugu da traži razvod braka.<sup>16</sup> Takođe, isticano je i da odvojeni život bračnih drugova može proizvoditi samo pravna dejstva koja su precizno propisana zakonom, pa stoga činjenici odvojenog života ne treba mimo zakona pridavati posebna dejstva.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> Odluka Vrhovnog suda AP Vojvodine, Gž. br. 49/54, Glasnik AK Vojvodine br. 2/55, Vrhovni sud BiH, Gž. br. 604/55, Zbirka sudskih odluka 1956 knjiga 1 odluka br. 82, Vrhovni sud BiH, Gž.br. 372/57 u Prokop Ana, Komentar Osnovnog zakona o braku, knjiga II, odluka br. 293, Vrhovni sud BiH Gž.br. 566/56, u Prokop Ana, *Ibid*, odluka br. 349

<sup>13</sup> Odluka Vrhovnog suda Srbije, 755/52 u Zbirka odluka Vrhovnih sudova donetih u krivičnom i građanskom postupku, Beograd 1954, odluka br. 191, str. 167, odluka Vrhovnog suda Srbije Gž.br. 1059/54, *Ibid*, Beograd 1957, odluka br. 280, str. 270, odluka Vrhovnog suda Srbije Gž. br. 3553/54, *Ibid*, Beograd 1953-1955, odluka br. 281, str. 270.

<sup>14</sup> Stevanov, M., *Prestanak brakova*, Novi Sad 1976, str. 171

<sup>15</sup> Zador, A., „Potreba noveliranja čl. 56 OZB“, Glasnik AK Vojvodine br. 8-9/63.

<sup>16</sup> Konstantinović, M., „Razvod braka zbog dugotrajnog odvojenog života i pravo razvedenog bračnog druga na izdržavanje“, *Anali pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 4/56, str. 483

<sup>17</sup> . Stanković, V., „Pravne posledice odvojenog života bračnih drugova“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3-4/1960, str. 326.

Razvod braka na osnovu sporazuma stranaka imao je drugačiji evolutivni put od razvoda na osnovu tužbe jednog od supružnika. Pre Drugog svetskog rata sporazumni razvod braka nije postojao u srpskom pravu, jer Srpski građanski zakonik iz 1844. godine nije predvideo takvu mogućnost. U pravnim krugovima se osetila potreba koja je ukazivala da treba dozvoliti razvod braka ukoliko su supružnici saglasni u tome da je njihov brak postao neodrživ.<sup>18</sup> Posle Drugog svetskog rata u oblasti porodičnog odnosa donet je Osnovni zakon o braku iz 1946. godine, koji nije normirao sporazumni razvod braka.<sup>19</sup> Doduše, sporazum supružnika je mogao imati izvestan značaj kod procene poremećaja bračnih odnosa, jer se u članu 53 OZB u stavu 2. predviđalo da će se naročito smatrati da je zajednički život supružnika postao nepodnošljiv ako oba bračna druga traže sporazumno razvod braka i pritom navedu opravdane razloge. U sudskoj praksi je na osnovu toga sporazumni razvod braka našao svoju punu primenu, te su sudovi razvodili brakove po sporazumnom predlogu čak i kada nisu izvođeni dokazi u cilju utvrđivanja opravdanih razloga. Kako sporazumni razvod braka nije bio zakonski normiran to je Vrhovni sud FNRJ doneo Uputstvo u kome je navedeno da se brak ne može razvesti samo na osnovu sporazuma, već je naloženo sudovima da se u slučajevima sporazumnog traženja razvoda braka prethodno mora u dokaznom postupku utvrđivati poremećaj bračnih odnosa koji čini nepodnošljiv zajednički život.<sup>20</sup> Sporazumni razvod braka je konačno zakonski normiran u srpskom pravu prema Zakonu o braku SR Srbije iz 1974. godine.<sup>21</sup> Za pokretanje postupka sporazumnog razvoda braka bilo je dovoljno da supružnici podnesu zajednički predlog, bez navođenja i utvrđivanja konkretnih razloga koji ukazuju na propast braka.<sup>22</sup> Ubrzo nakon toga usvojen je Zakon o braku i porodičnim odnosima Srbije iz 1980. godine, gde je u članu 84. stav 1. bio odzvoljen slobodan razvod braka bez dodatnih uslova ukoliko supružnici nisu imali dece, dok je kod parova sa zajedničkom maloletnom decom bio neophodan prethodni pismeni sporazum o vršenju roditeljskog prava, koji je sud kontrolisao u cilju zaštite prava i interesa dece.<sup>23</sup> Čak je sud bio ovlašćen i da odbije podneti predlog za sporazumni razvod braka, ako proceni da to nije u najboljem interesu zajedničke maloletne dece.<sup>24</sup>

<sup>18</sup> Marković, L., *Porodično pravo*, Beograd 1920, str. 93.

<sup>19</sup> Službeni list FNRJ, br. 31/1946.

<sup>20</sup> Uputstvo Vrhovnog suda FNRJ, Su.br. 458/1947.

<sup>21</sup> Čl. 59 st. 4 glasi: "Ako oba bračna druga smatraju da je zajednički život postao nepodnošljiv mogu tražiti da se brak razvede na osnovu njihovog sporazuma." (Službeni glasnik SR Srbije, br. 52/1974)

<sup>22</sup> Čl. 74 st. 2.

<sup>23</sup> Čl. 84 st. 3. ZBPO

<sup>24</sup> Čl. 84 st. 4. ZBPO



## RAZVOD BRAKA U POZITIVNOM ZAKONODAVSTVU SRBIJE

Najnovija reforma porodičnog zakonodavstva u Srbiji rezultirala je usvajanjem Porodičnog zakona Srbije iz 2005. godine (stupio na snagu 1.7.2005. godine).<sup>25</sup> Ovaj zakon, koji je i sada važeći u našoj zemlji, regulisao je oblast razvoda braka na taj način što je usvojio čisti sistem razvoda kao pravnog leka, te je razvod braka dozvolio u dva osnovna oblika: sporazumni razvod i razvod po tužbi.

Sporazumni razvod braka ne predstavlja brakorazvodni uzrok već poseban način prestanka braka voljom supružnika. Bitna prednost sporazumnog razvoda je u tome što sud ne ispituje uzroke zbog kojih supružnici žele da raskinu bračnu zajednicu, već je njegova uloga ograničena samo na kontrolu ispunjenosti zakonom predviđenih uslova. Time se omogućava da se nesporazumi nastali tokom braka prevaziđu, i supružnici ostanu u što boljim odnosima, bez stvaranja dodatnih tenzija dokazivanjem ko je odgovoran za poremećaj bračnih odnosa<sup>26</sup> Stranke nisu u obavezi da navode uzroke zbog kojih žele da njihov brak prestane, čime se štiti njihova intima pred javnošću,<sup>27</sup> ali to ne znači da se brak razvodi bez postojanja stvarnog razloga. U ovom slučaju takve razloge ne ispituje sud, već je dovoljno da supružnici sami uvide da je njihov zajednički život postao besciljan i nemoguć.<sup>28</sup> I sam tekst zakona ukazuje da se sporazumni razvod braka zasniva na saglasnosti supružnika da se brak razvede (član 40.). Pritom, supružnici su dužni da zaključe i podnesu sudu pismeni sporazum o razvodu, koji obavezno sadrži sporazum u pogledu vršenja roditeljskog prava i sporazum o deobi zajedničke imovine. Na taj način se htelo da budu sporazumno rešena dva najvažnija problema koji se mogu pojaviti u praksi kao posledica razvoda braka. Vršenje roditeljskog prava je ključni segment koji supružnici treba da dogovore u interesu dece, dok je sporazum o deobi zajedničke imovine novina u našem pravu. Težnja zakonodavca je, svakako, bila da se sporazumom reši jedan važan problem i time izbegne vođenje parnica radi deobe zajedničke imovine, koje su često, dugotrajne i skupe, te tako posredno utiču i na kvalitet života same dece, kojima nakon razvoda treba omogući najbolje moguće životne uslove radi pravilnog i potpunog razvoja. Cilj sporazumnog razvoda braka je da se sporazumno reše sve, a ne samo neke posledice razvoda, kako se ne bi naknadno vodili posebni postupci. U našem pozitivnom zakonodavstvu nije sporazumni razvod uslovljen sporazumom o međusobnom izdržavanju nakon razvoda, mada supružnici mogu i

---

<sup>25</sup> Službeni glasnik RS, br. 18/2005

<sup>26</sup> Cvejić-Jančić, O., *Porodično pravo*, Novi Sad 2009, str. 182.

<sup>27</sup> U brakorazvodnim parnicama je javnost isključena, ali pod javnošću uslovno treba podrazumevati i sudsko osoblje koje postupa u predmetu i punomoćnike stranaka, naročito u manjim mestima gde se većina ljudi poznaje.

<sup>28</sup> Ponjavić, Z., *Porodično pravo*, Beograd 2014, str. 176.

o tome da se sporazumeju.<sup>29</sup> Razvod po tužbi se temelji na dva brakorazvodna uzroka, i to: ozbiljnoj i trajnoj poremećenosti bračnih odnosa i objektivnoj nemoćnosti ostvarivanja zajednice života supružnika (član 41). To su opšti, relativni i neskrivljeni brakorazvodni uzroci. Postojanje samo nekih konkretnih činjenica ne znači da su se stekli odlučujući uslovi za razvod braka, već je sud dužan da u postupku utvrdi poremećenost bračnih odnosa ispitivanjem činjenica koje ukazuju da je nastupio nesklad u bračnoj zajednici u tolikoj meri da se ne može objektivno ostvariti potpuna i skladna zajednica života, te samim tim ni svrha braka. Supružnički odnosi moraju da imaju stepen ozbiljne poremećenosti koja se manifestuje prekidom kvalitetne komunikacije između supružnika, i koji poremećaj traje veoma dugo, što ukazuje da nema izgleda da bračna kriza bude prevaziđena.

#### UPOREDNOPRAVNI PRIKAZ BRAKORAZVODNOG PRAVA

Razvod braka je danas prihvaćen u celoj Evropi,<sup>30</sup> a broj razvedenih brakova pokazuje visok nivo, što daje opravdanje da se u tim zemljama pristupi ozbiljnijem radu na regulisanju ovog pravnog pitanja. Cilj starih i novih država Evropske Unije je da izvrše harmonizaciju celokupnog građanskog prava, kroz donošenje jedinstvenog Građanskog zakonika koji bi obuhvatio sve oblasti građanskog prava, a takođe se vrši harmonizacija po pojedinim oblastima građanskog prava. Takva je i oblast porodičnog zakonodavstva, koja ima veliki praktični značaj za svaki pravni sistem.

Danas su u Evropi uzroci za razvod braka u nacionalnim zakonodavstvima regulisani na različite načine, ali je uočljivo da postoje dva osnovna sistema, i to monistički pravni sistemi, koji se oslanjaju na samo jedan osnov za razvod braka, koji se uglavnom odnosi na trajno poremećaj u bračnim odnosima, dok pluralistički pravni sistemi poznaju različite uzroke za razvod braka. Države čiji pravni sistemi osnov za razvod braka zasnivaju na trajno poremećenim odnosima u braku jesu: Češka, Engleska, Vels, Mađarska, Irska, Italija, Holandija, Poljska, Rusija, Škotska i Španija, dok su pravni sistemi koji poznaju različite brakorazvodne uzroke danas važeći u Austriji, Belgiji, Danskoj, Francuskoj, Luksenburgu, Norveškoj, Portugaliji i Švajcarskoj.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Cvejić-Jančić, O., *Ibid*, str. 184.

<sup>30</sup> U Italiji je razvod braka prihvaćen 1970. god. nakon dvanaest prethodnih neuspešnih pokušaja. Nakon toga je razvod braka ozakonjen u Španiji, a u Irskoj je razvod braka dozvoljen tek 1997. god. Poslednja evropska država u kojoj je dozvoljen razvod braka je Malta, gde je nakon izjašnjavanja građana na referendumu 28.5.2011. god. tesnom većinom od 53% prihvaćen razvod braka, što je parlament ozakonio 1.10.2011. god., a prvi razvod braka je pred sudom obavljen 21.10.2011.

<sup>31</sup> Bartiny, D., *Divorce and Maintenance Between Former Spouses – Initial Results of the Commission on European Family Law*, in K.Boele-Woelki (ed), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, EFL-Series Vol. 4, Antwerpen, Oxford, New York: Intersentia, 2003, str. 531-543.

Sporazumni razvod braka i odvojeni život bračnih drugova imaju veliku ulogu kod razvoda braka u uporednom pravu. Skoro sva značajnija evropska porodična zakonodavstva propisuju razvod braka na ovakav način.<sup>32</sup>

U Velikoj Britaniji je razvod braka regulisan Zakonom o bračnim pitanjima (*Matrimonial Causes Act*) iz 1973. godine, gde su navedeni brakorazvodni uzroci. Iako je kasnije usvojen Zakon o porodičnom pravu (*Family Law Act*) iz 1996. godine, na razvod braka se primenjuje zakon iz 1973. godine. U engleskom pravu je poznat samo jedan uzrok za razvod braka koji se naziva *irretrievable breakdown of marriage* (nepovratni bračni slom), ali važnu ulogu u dokazivanju nepopravljivog bračnog stanja ima odvojeni život supružnika. Kao razlog koji se temelji na krivici jednog supružnika navodi se napuštanje od strane tuženog u neprekidnom trajanju od dve godine. Međutim, odvojeni život supružnika ima značaj samostalnog razloga koji ukazuje na nepopravljive bračne odnose, jer se bez obzira na krivicu brakorazvodnim uzrokom smatra odvojeni život u dužem neprekidnom trajanju. Taj period je određen na dve godine ukoliko postoji saglasnost supružnika o razvodu ili pet godina odvojenog života ako takva saglasnost ne postoji. U oba slučaja je neophodno i da se regulišu imovinski odnosi između supružnika, kao i pitanja poveravanja i izdržavanja dece.<sup>33</sup>

U francuskom pravu je reforma razvoda braka izvršena 2004. godine usvajanjem Zakona o razvodu braka od 26.05.2004. g. (*Official Journal of the French Republic*) koji je stupio na snagu 1.1.2005. g. i postao deo *Code Civil*. Najznačajnija novina ovog zakona se sastoji u tome što je velika važnost data odvojenom životu bračnih drugova. Tako se na osnovu čl. 238 CC brak može razvesti zbog trajne promene bračne veze usled odvojenog života supružnika u neprekidnom trajanju od najmanje dve godine. Sporazumni razvod braka je predviđen kao brz i efikasan način prestanka neuspehlih brakova, i sud brak može razvesti nakon samo jedne rasprave ukoliko su supružnici saglasni u svom zahtevu i dogovorili se o posledicama razvoda. Preduslov za realizaciju sporazumnog razvoda braka je njegovo trajanje od najmanje šest meseci.<sup>34</sup>

U Nemačkoj je reforma bračnog prava sprovedena 1976. godine, kada su pravila o razvodu braka vraćena u Građanski zakonik (§ 1565-1568). Ovom reformom su ukinuti svi uzroci za razvod braka koji su zasnovani na krivici jednog od supružnika, i zamenjeni su jednim neskrivljenim brakorazvodnim uzrokom – neuspehom braka (*Scheitern*). Takav neuspeh braka je zasnovan pre svega na odvojenom životu supružnika. Postoji neoboriva pretpostavka o neuspehu braka

---

<sup>32</sup> O uporednopravnom prikazu brakorazvodnih uzroka videti više: Cvejić-Jančić, O., *Razvod braka u našem i stranom pravu*, Novi Sad 1987; Kovaček-Stanić, G., *Uporedno porodično pravo*, Novi Sad 2002.

<sup>33</sup> Cretney, S.M., Masson, J.M., *Principles of Family Law*, London 1997, str. 313.

<sup>34</sup> Tekst Francuskog građanskog zakonika – *Code Civil* je dostupan na internet adresi: <http://legifrance.gouv.fr>.

ako su supružnici živeli odvojeno jednu godinu a oba supružnika traže razvod ili bi nastavak braka predstavljao teškoću za jednog supružnika iz subjektivnih razloga koji potiču od ličnosti drugog supružnika. Saglasnost drugog supružnika se ne traži kod odvojenog života od najmanje tri godine. Odvojeni život podrazumeva da supružnici nemaju zajedničko domaćinstvo. Ovo čak i u slučaju da žive pod istim krovom. Osim pomenutog brakorazvodnog uzroka, u nemačkom pravu je moguć razvod braka i na osnovu sporazuma supružnika, uz prethodno postignuti sporazum o posledicama razvoda (podeli imovine, izdržavanju supružnika, pravu stanovanja).<sup>35</sup>

I u drugim evropskim državama je sporazum supružnika i odvojeni život imaju najznačajniju ulogu kod prestanka brakova. U Švajcarskoj je 1998. godine reformisano bračno pravo. Osnov za razvod braka je sporazum supružnika a razvod se može tražiti ako je odvojeni život supružnika trajao četiri godine. U Grčkoj je prema reformi braka iz 1983. godine uveden razvod braka po sporazumu i u slučaju trajnog neuspeha bračne zajednice. Period od četiri godine odvojenog života dovoljan je za dokazivanje nepopravljivog sloma braka. Italijansko pravo za razvod braka zbog nepopravljivosti duhovne i materijalne zajednice supružnika, zahteva period odvojenog života od najmanje tri godine. Isti period od tri godine odvojenog života je, nakon reforme iz 2001. godine, predviđen i u Portugaliji. Period od dve godine odvojenog života je predviđen u švedskom i finskom pravu.<sup>36</sup>

U državama bivše Jugoslavije se, takođe, veći značaj pri razvodu braka pri-daje sporazumu supružnika i činjenici njihovog odvojenog života. Tako, prema tek usvojenom Obiteljskom zakonu Hrvatske iz 2014. god. postoje tri brakorazvodna uzroka: teška i trajna poremećenost bračnih odnosa, prestanak bračne zajednice u trajanju od godinu dana i sporazumni razvod braka.<sup>37</sup> Slično je i u Makedoniji, gde prema Zakonu o porodici iz 1992. god. postoje tri brakorazvodna uzroka: razvod zbog nepodnošljivosti zajedničkog života, faktički prekid bračne zajednice u trajanju od jedne godine i sporazumni razvod braka.<sup>38</sup>

#### HARMONIZACIJA BRAKORAZVODNOG PRAVA U EVROPI

U cilju harmonizacije pravne oblasti porodičnog prava u septembru 2001. godine osnovana je Komisija za evropsko porodično pravo (*Commission on Euro-*

<sup>35</sup> V. Kitanović, T., "Institut razvoda braka u pravu Nemačke", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 62/2012.

<sup>36</sup> O brakorazvodnim uzrocima skandinavskih zemalja, videti više: Vlašković, V., "Osnovne odlike nordijskog modela razvoda", u: *Zbornik radova Pravni sistem Srbije i standardi Evropske unije i Saveta Evrope*, knjiga 1, Kragujevac 2006.

<sup>37</sup> Čl. 51. Obiteljskog zakona Hrvatske (NN 75/14). Iste uzroke za razvod braka su propisivali i raniji Obiteljski zakoni Hrvatske iz 1998. g. (čl. 43) i iz 2003. g. (NN 116/03).

<sup>38</sup> Čl. 39-41. Zakon za semejstvoto (Služben glasnik na RM, br. 80/1992).

pean Law – CEFL), koju sačinjavaju stručnjaci iz država članica EU, i drugih država (Švajcarska, Norveška, Rusija...). Komisija je nakon sprovedenog uporednog istraživanja utvrdila 2004. godine Načela evropskog porodičnog prava u oblasti razvoda, kojima se na jedinstven način uređuje ova pravna oblast. Postoji ukupno deset Načela o razvodu, koja su sadržana u tri poglavlja: u prvom poglavlju su sadržana opšta načela koja postavljaju pravni okvir za razvod braka (načela 1.1-1.3), u drugom poglavlju se nalaze načela koja se odnose na sporazumni razvod braka (načela 1.4-1.7), a treće poglavlje obrađuje načela koja uređuju razvod braka bez saglasnosti jednog od supružnika (1.8-1.10).<sup>39</sup>

Načelima su predviđene samo dve vrste razvoda braka, i to sporazumni razvod braka i razvod braka na osnovu zahteva jednog supružnika, kada ne postoji obostrana saglasnost.

Kod sporazumnog razvoda braka zakonodavac poštuje volju supružnika, i određuje da razvod treba uvek dozvoliti kada je to obostrana želja bračnih drugova. Sprovodi se u obliku zajedničkog zahteva oba supružnika ili na osnovu zahteva jednog supružnika uz prihvatanje takvog zahteva od strane drugog supružnika. Ne traži se određeni period faktički odvojenog života pre nego što supružnici podnesu zahtev za razvod braka, a takav zahtev nije neophodan jer u savremenim društvima je čest slučaj odvojenog života u okviru istog stambenog prostora. Stanovište je da ne treba sprečavati supružnike u nastojanjima da okončaju bračnu zajednicu koja ne funkcioniše, i da organizuju svoj porodični život na drugi način. Ovo, naravno, ukoliko ne šteti interesima dece ili drugog supružnika.<sup>40</sup> Pre svega u interesu dece se u nekim situacijama zahteva određeni period za razmišljanje, kako se ne bi donela brzopleta odluka. Trajanje perioda razmišljanja zavisi od toga da li su se supružnici sporazumeli o svim posledicama razvoda braka i od starosti njihove dece. Posledice o kojima supružnici treba da se sporazumeju jesu: vršenje roditeljskog prava, prebivalište i izdržavanje dece, deoba imovine i supružničko izdržavanje. Sporazum treba da bude sačinjen u pisanoj formi. Ukoliko u momentu pokretanja brakorazvodnog postupka nema spornih pitanja u vezi posledica razvoda braka i imaju decu do šesnaest godina starosti, potreban je tromesečni period za razmišljanje, a ukoliko se nisu sporazumeli oko svih posledica razvoda period za razmišljanje je šest meseci. Ukoliko je, pak, starost dece preko šesnaest godina a postoje sporna pitanja između supružnika rok za razmišljanje je tri meseca, a ukoliko nemaju spornih pitanja i imaju decu starosti preko šesnaest godine, nije potreban period za razmišljanje. Period za razmišljanje

---

<sup>39</sup> V. Boele-Woelki, K., Ferrand, F., Gonzales Beilfuss, C., Jantera-Jareborg, M., Lowe, N., Martiny, D., Pintens, W., *Principles of European Family Law Regarding Divorce nad Maintenance Between Former Spouses*, EFL-Series No 7, Antwerpen, Oxford: Intersantia, 2004.

<sup>40</sup> Schwenzer, I., *Methodological Aspect of harmonisation of Family Law*, in: Boele-Woelki, K., (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, EFL-Series No 4, Antwerpen, Oxford, New York: Intersantia, 2003, str. 157.

nije potreban ukoliko su pre pokretanja brakorazvodnog postupka supružnici živeli odvojeno šest meseci. Nadležni organ u brakorazvodnom postupku vrši procenu da li je sporazum supružnika validan i u najboljem interesu dece, pri čemu može biti i dete saslušano, a takođe se vodi računa i o posledicama koje se tiču samih supružnika. Načelni je stav da nadležni organ prihvata svaki objektivian sporazum, kojim se ne ugrožavaju interesi dece ili jednog od supružnika.<sup>41</sup>

Razvod bez saglasnosti jednog od supružnika dozvoljen je na osnovu zahteva jednog supružnika, ukoliko su supružnici živeli faktički odvojeno u periodu od godinu dana. Odvojeni život je ključni razlog za razvod braka, i takva situacija ima u vidu samo faktičko stanje razdvojenosti bračnih drugova, makar u smislu da jedan od supružnika veruje da se brak raspao. Na taj način nije potrebno utvrđivati krivicu ili trajni poremećaj odnosa. Period trajanja odvojenog života iznosi jednu godinu, što se smatra dovoljno dugim periodom na osnovu čega se može zaključiti da brak nema budućnosti. Izuzetno u cilju zaštite od bilo kakve nepravde, dozvoljen je razvod braka i na osnovu izuzetnih patnji podnosioca zahteva. To podrazumeva različite oblike nasilja u porodici i zlostavljanja. U tom slučaju se čini izuzetak, i ne traži se da su supružnici živeli odvojeno godinu dana, već je odlučujuće za razvod braka postojanje posledice patnji po supružnika. I kod razvoda braka po zahtevu jednog supružnika nadležni organ je dužan da odluči o vršenju roditeljskog prava, prebivalištu i izdržavanju dece i o ekonomskim posledicama po supružnike.<sup>42</sup>

Treba naglasiti da principi Komisije za evropsko porodično pravo (CEFL) nemaju obavezujući karakter, već imaju svojstvo preporuke, te je ostavljeno deklarativno pravo državama da mogu u većoj ili manjoj meri takve principe prihvatiti i inkorporirati u nacionalna porodična zakonodavstva.

#### KA BUDUĆEM BRAKORAZVODNOM PRAVU U SRBIJI

– Sugestije i predlozi –

Srbija kao zemlja u tranziciji teži približavanju i usklađivanju sa pravnim sistemima koji počivaju na temeljima demokratije, privatne svojine i tržišne pravde. Kao država koja teži pristupanju Evropskoj Uniji, neophodno je da svoje zakonodavstvo uskladi sa propisima koji važe u zemljama članicama, kao i sa jedinstvenim propisima iz oblasti građanskog prava koje primenjuju države članice.

Usklađivanja našeg porodičnog zakonodavstva sa pravom EU mora se sprovesti sa puno opreza, jer iz stručnih krugova stiže opravdano upozorenje da je

---

<sup>41</sup> Materijali Komisije za Evropsko porodično pravo su dostupni na web stranici: <http://www.law.uu.nl/priv.cefl>.

<sup>42</sup> V. M. Roth, "Future Divorce Law - Two types of Divorce", in: Katharina Boele-Woelki (ed.) *Common Core and Better Law in European Family Law*, European Family Law Series, Vol. 10, Intersentia, Antwerpen, Oxford, New York 2005.

pravo EU u nekim oblastima neprecizan i nepotreban uzor, a u nekim slučajevima je naša regulativa kvalitetnija od evropskih rešenja.<sup>43</sup> Stoga se mora sprovesti korisna harmonizacija koja podrazumeva da preuzimanja treba obaviti samo tamo gde bi to poboljšalo našu regulativu.

Reforma porodičnog zakonodavstva u Srbiji se odvija kroz kodifikatorski rad na jedinstvenom uređenju građanskog prava donošenjem Građanskog zakonika Srbije, koji bi pored opšteg dela, sadržao pravne oblasti obligacionog, stvarnog, porodičnog i naslednog prava. U Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije, koji je objavilo Ministarstvo pravde Republike Srbije, porodično pravo je uređeno trećom knjigom – porodični odnosi.<sup>44</sup>

Razvod braka u Prednacrtu Građanskog zakonika regulisan je tako što postoje dve vrste razvoda braka: sporazumni razvod braka (čl. 42) i razvod braka na zahtev jednog supružnika ako su bračni odnosi ozbiljno i trajno poremećeni. (čl. 41). Alternativa ovom članu se sastoji od dva nova stava, i to da svaki supružnik ima pravo na razvod braka ako postoji nesaglasnost supružnika o bitnim pitanjima zajedničkog života i da će se brak razvesti ako je zajednica supružnika trajno prestala.

Sporazumni razvod braka daje pravo supružnicima da zaključe pismeni sporazum o razvodu, koji obavezno treba da sadrži saglasnost o vršenju roditeljskog prava, o smeštaju i izdržavanju deteta i ličnim kontaktima roditelja sa detetom, o izdržavanju supružnika posle razvoda braka i o deobi zajedničke imovine.<sup>45</sup> Alternativa tome je postavljena tako što bi se dodao novi stav gde je predviđena obaveza supružnika da uz sporazum o razvodu dostave sudu i odgovarajuću ispravu iz javne evidencije o nepokretnostima o posedovanju zajedničke nepokretne imovine. Na ovaj način je zakonodavac sveobuhvatnije regulisao oblast sporazumnog razvoda braka, jer nakon zaključenog sporazuma između supružnika, ne bi trebalo da ostane više spornih pitanja. Sada važeća zakonska regulativa ostavlja dosta neregulisanih pitanja nakon sporazumnog razvoda braka, što se u budućnosti želi izbeći.

Sporazumni razvod braka treba egzistirati u našem budućem brakorazvodnom pravu, jer rezultira efikasnijem rešavanju problema propalih brakova. Takva tendencija je prisutna i u najvećem broju evropskih zemalja. Za razliku od sadašnjih pozitivnopravnih normi koje za punovažnost sporazumnog razvoda predviđaju samo postizanje sporazuma o vršenju roditeljskog prava i deobi zajedničke imovine, u predlogu buduće zakonske regulative se pravilno ukazuje na neophodnost rešavanja pitanja izdržavanja supružnika posle razvoda braka. Ovo je naroči-

---

<sup>43</sup> Panov, S., "Harmonizacija Porodičnog prava Srbije sa pravom EU: politički razlozi, društvene i pravne posledice", *Sociološki pregled*, vol. XLVII, br. 1/2013, str. 65.

<sup>44</sup> Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, treća knjiga. – porodični odnosi, Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, Beograd 2011.

<sup>45</sup> Prednacrt Građanskog zakonika, str. 21.

to značajno ako se radi o roditelju kome je povereno vršenje roditeljskog prava, te zakonodavac osnovano taj problem uočava i predlaže njegovo normiranje u budućoj zakonskoj regulativi.

Drugo otvoreno pitanje kod sporazumnog razvoda braka odnosi se na konstituisanje prava stanovanja u korist deteta i roditelja koji vrši roditeljsko pravo. Smatramo osnovanim da zakonodavac odluči i o ovoj posledici razvoda braka, koja u praksi može imati veliki značaj. Naročito ako se radi o teškoćama roditelja da adekvatno obezbedi mesto stanovanja za sebe i dete koje mu je povereno. Doduše, neobezbeđeni roditelj koji vrši roditeljsko pravo može i nakon sporazumnog razvoda braka zahtevati od suda da mu se omogući pravo stanovanja, što dodatno otežava i komplikuje ovu složenu situaciju. Stoga je mnogo praktičnije sporazum o pravu stanovanja propisati kao uslov sporazumnog razvoda braka.

Zato smatramo da bi bilo celishodno normirati u buduću zakonsku regulativu obavezu supružnika da prilikom sporazumnog razvoda braka postignu sporazum o izdržavanju neobezbeđenog supružnika i sporazum o pravu stanovanja (*habitatio*). Značaju ovih pitanja u uporednopravnom zakonodavstvu je posvećena dužna pažnja, i u mnogim državama to je jedan od neophodnih preduslova za realizaciju sporazuma o razvodu braka.<sup>46</sup> Prema našoj sadašnjoj zakonskoj regulativi sporazumni razvod braka nije uslovljen odlučivanjem o ovim pitanjima, što može dovesti do kasnijih sporova. Naročito je značajno obezbediti smeštaj u korist deteta i roditelja koji vrši roditeljsko pravo, ukoliko nemaju obezbeđeno stambeno pitanje. Takvo pravo koje ima u osnovi svrhu zaštite interesa deteta trajalo bi do njegovog punoletstva. Kako je ovakvo pravo stanovanja po svojoj prirodi stvarno pravo u vezi lične službenosti, njime se ne bi diralo u pravo svojine drugog roditelja koji je vlasnik nepokretnosti.

U važećem zakonodavstvu je pozitivno to što je punovažnost sporazumnog razvoda braka uslovljena prethodnim sporazumom o zajedničkoj imovini, ali smatramo da to pitanje nije na najbolji način regulisano. Naime, strankama je ostavljena potpuna sloboda u kreiranju i zaključivanju sporazuma o deobi imovine i pritom nije predviđena nikakva njegova kontrola. Sud nije ovlašćen da sporazum stranaka preispituje ili da ga menja, ukoliko on ispunjava formalne uslove. Takva sloboda u regulisanju ovog pitanja može stvoriti teškoće u praksi. Naime, u cilju bržeg razvoda braka supružnici mogu namerno prećutati da poseduju zajednički stečenu imovinu. Sud ne može sprečiti supružnike da nakon sporazumnog razvoda kasnije pokrenu pitanje zajedničke imovine koje su prećutali. Međutim, tada bi se radilo o izigravanju zakona jer time sporazumni razvod braka gubi osnovnu svrhu postojanja. Stoga smatramo ispravnim predlog iz Prednacrta da su supružnici dužni da uz ovaj sporazum dostave i dokaze iz nadležne javne službe koja vodi evidenciju o nepokretnostima, o posedovanju zajedničke nepo-

<sup>46</sup> Postizanje sporazuma o izdržavanju i pravu stanovanja je uslov za sporazumni razvod braka u Nemačkoj, Švajcarskoj, Danskoj, Holandiji, Portugaliji, Mađarskoj, Bugarskoj, itd.



kretnosti. Pritom smatramo da bi se i nepokretna imovina koja je upisana na jednog supružnika imala smatrati zajedničkom, ukoliko se ne dokaže isključivo pravo jednog od supružnika na određenoj imovini. Ukoliko bi supružnici posedovali nepokretnu imovinu koja nije evidentirana u javnoj službi koja vodi evidenciju o nepokretnostima, i istu ne navedu u sporazumu o zajedničkoj imovini prilikom razvoda braka, zakonodavac bi takve situacije trebalo da snabde adekvatnim sankcijama, uključujući i gubitak pravne snage takvog sporazuma, sa posledicama koje iz toga dalje proizilaze.

Sporazum o deobi zajedničke imovine treba podvrgnuti izvesnim pravilima, jer se radi o imovinskom pravu supružnika i veoma važnoj posledici razvoda. Naime, pošto se kod takvog sporazuma radi o preplitanju imovinskih i porodičnih odnosa, smatramo da bi takav sporazum morao da bude sačinjen u posebnoj formi. Radi pravne sigurnosti i sprečavanja izigravanja svrhe sporazumnog razvoda braka, potrebno bi bilo da sporazum o deobi zajednički stečene imovine bude overen od strane suda ili javnog beležnika i da u formalnom smislu odgovara sudskom poravnanju. Na taj način bi takav sporazum bio podvrgnut neophodnoj kontroli.

Prilikom pobijanja presude o sporazumnom razvodu braka iz razloga predviđenih čl. 269 st. 1 Prednacrta (čl. 227. st. 1 PZ) samo u vezi sporazuma o deobi zajednički stečene imovine, smatramo da se ne bi radilo o koneksnom pitanju, već bi se osporavala samo njegova imovinskopravna posledica u pogledu sporazuma o zajednički stečenoj imovini. U tom slučaju bi presuda u pogledu razvoda braka ostala punovažna, a pobijao bi se samo sporazum o deobi zajednički stečene imovine. Takođe, bi se i nakon pravnosnažnosti presude ista mogla u tom delu pobijati prema pravilima pobijanja sudskog poravnanja.

Ukoliko bi jedan od supružnika pobijao sporazumni razvod braka iz razloga što je sporazum o razvodu zaključen pod prinudom ili u zabludi, smatramo da bi kod utvrđivanja postojanja prinude ili zablude trebalo primeniti opšta pravila koja se tiču mana volje, a koja su propisana čl. 60. i 61. Zakona o obligacionim odnosima (ZOO).<sup>47</sup> Uostalom, na takvu primenu upućuju opšta obligacionopravna načela.<sup>48</sup> Pri tom, prinuda bi trebala biti manifestovana u vidu pretnje izazvane nedopuštenom radnjom ugovarača ili nekog trećeg lica, koja bi prouzrokovala kod oštećenog strah većeg intenziteta za život, telo ili drugo značajno dobro (svoje ili trećeg lica), usled čega bi zaključio takav sporazum (čl. 60. ZOO). Što se tiče mane volje izražene u vidu zablude, trebalo bi da se radi o bitnoj zabludi

---

<sup>47</sup> U Prednartu i Porodičnom zakonu se u čl. 38. i 39. govori o prinudi i zabludi, ali isključivo prilikom zaključenja braka, tako da smatramo da se takva pravila ne bi mogla analogno primeniti i na pobijanja sporazuma o razvodu.

<sup>48</sup> Čl. 25 st. 3. ZOO je propisano da se odredbe tog zakona koje se odnose na ugovore primenjuju i na druge pravne poslove, te se shodno tome mogu primeniti i na sporazum o razvodu braka.

di u pogledu predmeta, lica ili okolnosti pod kojima se zaključuje sporazum (čl. 61. ZOO), ili da je reč o prevarnoj situaciji kada jedna strana izazove zabludu kod druge strane ili je održava u zabludi u nameri da je navede na zaključenje sporazuma (čl. 65. ZOO).

Smatramo da bi zakonodavac trebalo na precizniji način da uredi pitanje pobijanja sporazumnog razvoda braka. U čl. 265 Prednacrtu (koji je istovetan sa čl. 223 PZ) predviđeno je da predlog za sporazumni razvod braka mogu povući jedan ili oba supružnika dok postupak nije pravnosnažno završen, a ako je do povlačenja došlo nakon donošenja prvostepene presude sud će rešenjem utvrditi da je presuda bez pravnog dejstva i da se postupak obustavlja. Na ovaj način je jasno naglašeno da svaki supružnik može jednostrano povući predlog za sporazumni razvod braka, pa se samim tim čini suvišnim pobijati presudu dokazujući postojanje mana volje predviđenih čl. 269 st. 1 Prednacrtu čl. (čl. 227. st. 1 PZ).

Postavljanjem prava na razvod braka na nivo ustavnog prava u našem važećem Ustavu,<sup>49</sup> dovedena je u pitanje sudska i društvena kontrola podnetog sporazuma, jer sada nije moguće ograničavanje prava na razvod. Kao jedan vid kontrole može se propisati određeni period razmišljanja, koji bi bio obavezan za supružnike koji imaju decu mlađu od 16 godina. Taj vremenski period bi bio različit u zavisnosti od starosnog uzrasta dece. U tom smislu bi kao uzor mogli da posluže prethodno navedeni Principi Komisije za evropsko porodično pravo, gde je takva problematika detaljno obrađena. Negativna strana usvajanja ovakvog predloga bi se sastojala u tome što bi na taj način došlo do usporavanja postupka sporazumnog razvoda, što se protivi njegovoj osnovnoj svrsi. Kao srednje rešenje mogao bi da posluži predlog po kome bi sud bio ovlašćen da odredi zastoj u brakorazvodnom postupku ukoliko proceni da je sporazum o posledicama razvoda štetan po interese dece ili jednog od supružnika. U tom slučaju bi se supružnicima ostavio primereni rok da sami preurede sporazum, a ukoliko to ne učine sud bi odbio razvod braka po osnovu sporazuma.<sup>50</sup>

U predlogu buduće brakorazvodne regulative je navedeno da svaki supružnik ima pravo da zahteva razvod braka ukoliko su odnosi između bračnih drugova ozbiljno i trajno poremećeni (čl. 41). Ovakav uopšteni brakorazvodni uzrok je sadržan i u važećem Porodičnom zakonu iz 2005. godine (čl. 41), što bi imalo za

<sup>49</sup> Čl. 62 st. 1 Ustava iz 2006. godine (Službeni glasnik RS, br. 98/2006) glasi: "svako ima pravo da slobodno odluči i zaključenju i raskidanju braka."

<sup>50</sup> Slično rešenje je propisano u Zakonu o razvodu Francuske (Loi No. 2004-439 od 26.5.2004) koji je postao integralni deo Francuskog građanskog zakonika – *Code civil*, gde se prema art. 230–232, ukoliko sud proceni da sporazum nije u najboljem interesu jednog supružnika ili detata, ostavlja supružnicima rok od 6 meseci da preurede sporazum, pod prenjom odbijanja sporazumnog razvoda (tekst *Code Civil* dostupan na internet adresi: <http://legifrance.gouv.fr>); Obiteljski zakon Hrvatske iz 2014. g. predviđa za supružnike koji imaju maloletni decu prethodno sprovođenje postupka savetovanja koji je obavezan kako kod sporazumnog razvoda, tako i kod razvoda po tužbi jednog od supružnika (čl. 54.).

posledicu nastavak zakonodavnog kontinuiteta. Međutim, imajući u vidu tendencije u evropskom porodičnom zakonodavstvu, izražene kroz ranije izložena Načela, naš zakonodavac je dodao ovakvom zakonskom tekstu alternativu kojom se napred navedeni stav menja, a dodaju se dva nova koja glase: 1) svaki supružnik ima pravo na razvod braka, ako postoji nesaglasnost supružnika o bitnim pitanjima zajedničkog života, 2) brak će se razvesti ako je zajednica života trajno prestala.<sup>51</sup> Dodajući alternativu u ovakvom obliku, koja podrazumeva da odvojeni život supružnika predstavlja odlučujući razlog za razvod braka, učinjen je značajan inovativan korak u odnosu na postojeća zakonodavna rešenja. Na taj način je data osnova da se naše porodično zakonodavstvo uskladi sa tendencijama evropskog porodičnog prava.

U zakonskom predlogu se ne određuje bliže šta se podrazumeva pod trajnim prestankom zajednice života. Smatramo da bi to podrazumevalo konačan i trajan prestanak zajednice života između supružnika, i to kako u ekonomskom, tako i u emocionalnom smislu. Pri tom, se ne bi nužno postavljao uslov da supružnici ne žive pod istim krovom. Ovo iz razloga što se u stvarnosti pojavljuju različite životne okolnosti, često praćene teškoćama ekonomske prirode, koje objektivno onemogućavaju jednog od supružnika da nakon prestanka bračne zajednice na adekvatan način reši svoje stambeno pitanje.

Drugo pitanje koje bi zakonodavac trebao rešiti, odnosilo bi se na dužinu trajanja odvojenog života. Imajući u vidu uporednopravna rešenja, i specifičnost naše nacionalne sredine, smatramo da je prihvatljiv period od godinu dana neprekidnog odvojenog života, da bi se smatralo da je zajednica života trajno prestala. Pritom bi brak bio razveden po tužbi jednog od supružnika, i u postupku se ne bi utvrđivala krivica za nastali razvod.

Postoje višestruke prednosti koje bi se ostvarile ukoliko bi bilo prihvaćeno rešenje po kome se faktički odvojeni život bračnih drugova smatra dovoljnim razlogom za razvod braka. Time bi postalo nepotrebno utvrđivanje postojanja trajno poremećenih odnosa u braku, što je do sada stvaralo brojne probleme sudovima u brakorazvodnim parnicama. Na taj način sud ne bi izvodio dokaze u cilju utvrđivanja postojanja posledica koje su predviđene zakonom, i izbegle bi se dodatne neprijatnosti i tenzije u odnosima između stranaka. Ovo je posebno značajno iz razloga što potreba dokazivanja poremećenih odnosa često predstavlja za slabiju stranu dodatnu i nepotrebnu prepreku na putu razvoda braka. Za dokazivanje propasti braka dovoljna bi bila prezumpcija odvojenog života. Ona bi bila apsolutnog karaktera, i isključivala bi suprotno dokazivanje. Usvajanjem predloga da je dovoljan osnov za razvod braka faktički odvojeni život supružnika, sprečile bi se mnoge sadašnje teškoće u brakorazvodnim sporovima.

---

<sup>51</sup> Prednacrt Građanskog zakonika, str. 22.

DRAGAN D. PANTIĆ, LL.D.,  
Attorney at Law, Veliko Gradište

## DIVORCE IN SERBIA *DE LEGE FERENDA*

### Summary

The paper is devoted to the regulation of divorce in Serbian law *de lege ferenda*. In the initial part of the paper we presented an overview of the previously valid divorce legislation in our law, with special emphasis on the termination of marriage due to separate life and the evolution of the model amicable divorce. We then discuss comparative solutions in the same area and show the frame of theoretical and practical work on the harmonization of divorce law in Europe. Keeping in mind the forthcoming codification of civil law matters through the adoption of the Civil Code, in this paper we present the positive legislation in this area, and then we tried to point out some of the perceived shortcomings of the current normative solutions and propose adequate regulation of the legal areas of divorce in the future.

*DOBROSAV MILOVANOVIĆ,  
DRAGAN VASILJEVIĆ*

## **UNAPREĐENJE MODELA INSPEKCIJSKOG NADZORA U REPUBLICI SRBIJI**

### **POJAM I KARAKTERISTIKE INSPEKCIJSKOG NADZORA**

Inspeksijski nadzor predstavlja nadzor nad zakonitošću neautoritativnih aktivnosti građana i pravnih lica, korišćenjem specifičnih metoda i ovlašćenja, u cilju utvrđivanja povrede ili opasnosti nastupanja povrede zakona ili drugog propisa i, u skladu sa tim, preduzimanja mera ili predlaganja da ih preduzmu drugi državni organi.

Prema tome, kod inspeksijskog nadzora reč je o korektivno-kontrolnom ogranku uprave, koji je za razliku od operativno-stvaralačkog, okrenut pretežno ka određenom prošlom događaju.<sup>1</sup> Ipak, uvođenjem savremenih analitičkih metoda i naglašavanjem prevencije, model inspeksijskog nadzora sve više se pomera ka predviđanju budućnosti, sa ciljem smanjenja verovatnoće nastanka nezakonitosti i potencijalne štete.

Za razliku od upravne kontrole uprave, kod inspeksijskog nadzora ne vrši se kontrola autoritativnih aktivnosti i predmet kontrole je isključivo kontrola zakonitosti, a ne i kontrola celishodnosti. S druge strane, specifičnost inspeksijskog nadzora predstavlja metod neposrednog uvida u poslovanje i postupanje fizičkih

---

Dobrosav Milovanović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

Dragan Vasiljević, profesor Kriminalističko-policijske akademije, Beograd. Ovaj rad je sačinjen kao deo projekta na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu "Srbija kao pravna država".

<sup>1</sup> Z. Tomić, Opšte upravno pravo, Beograd, 2009, str. 52.

i pravnih lica, čiji je cilj maksimalno povećanje verovatnoće otkrivanja nezakonitosti i (mogućih) štetnih posledica. U vezi sa tim postoji širok krug veoma raznovrsnih ovlašćenja prilagođenih predmetu inspekcije (određenoj delatnosti, stvarima, lokalitetima) kao što su uvid u dokumentaciju, uzimanje izjava i uzoraka, različita merenja i sl.

Ukoliko se pri vršenju inspekcijskog nadzora utvrdi nezakonitost ili opasnost njenog nastupanja, odnosno štetnih posledica po javni interes, inspektor može u granicama ovlašćenja naložiti upravnim aktom izvršenje mera i radnji uz određivanje za to potrebnog roka, izdati prekršajni nalog, podneti prijavu nadležnom organu za učinjeno krivično delo ili privredni prestup i podneti zahtev za pokretanje prekršajnog postupka. Od posebnog značaja je mogućnost inspektora da izda privremena naređenja odnosno zabrane (npr. obavljanja određene delatnosti), kao i da donese mere obezbeđenja u slučaju opasnosti za život i zdravlje ljudi ili za druge javne interese.<sup>2</sup> Prema tome autoritativnost, na sadašnjem nivou razvoja društva i potrebe zaštite javnog interesa, i dalje ostaje neophodno obeležje inspekcijskog nadzora. Iz istih razloga, pored najavljenih, neophodno je obavljati inspekcije i bez obaveštavanja subjekta koji je predmet nadzora. Ipak, u okviru inspekcijskog nadzora svoje mesto nalaze i drugi metodi informativnog, edukativnog i savetodavnog karaktera, čiji je cilj obezbeđenje potpunijeg poštovanja propisa i smanjivanja troškova države i subjekata koji su predmet nadzora. Ovi metodi prirodno proističu iz stručnosti, kao osobine inspekcijskog nadzora, koja je jedan od ključnih uslova njegovog kvalitetnog vršenja.

### ZNAČAJ INSPEKCIJSKOG NADZORA

Reč je o poslu državne uprave koji se vrši radi zaštite javnih interesa u praktično svim oblastima uprave i koji obuhvata najširi krug fizičkih lica i subjekata privatnog prava. Pored kvantitativne dimenzije, značaj inspekcijskog nadzora je u tome što pri njegovom vršenju građani i pravna lica najneposrednije "osećaju" način rada i ovlašćenja države. Nezakonito ili nepravilno obavljanje inspekcijskog nadzora može ugroziti slobode i prava ovih subjekata, narušiti ravnopravnu tržišnu konkurenciju i izazvati niz negativnih posledica po zaštitu vitalnih vrednosti društva koje čine sadržaj javnog interesa.

Inspektori su izuzetno značajan izvor informacija za praćenje stanja u konkretnoj oblasti, što je informaciona osnova za utvrđivanje problema, razumevanje njihovih uzroka i predlaganje (skupa) relevantnih mera. Isto tako, pri izradi novih propisa, naročito sa aspekta analize njihovih efekata, inspektori mogu da daju odgovore na pitanja realnosti određenih rešenja ili pretpostavki za njihovu uspešnu

---

<sup>2</sup> Uporediti, D. Milovanović, *Reforma sistema inspekcijskog nadzora*, Pravni život br. 9, Beograd, 2009.

realizaciju. Imajući u vidu da je jedan od ključnih problema nacionalnog pravnog sistema nesprovodivost propisa, ostaje nejasno iz kojih razloga ovaj resurs u dosadašnjoj praksi nije u dovoljnoj meri, odnosno, nije uopšte korišćen, za izradu novih normativnih rešenja ili izmene i dopune važećih propisa.

#### POZITIVNO PRAVO

Važeći Zakon o državnoj upravi<sup>3</sup> (ZDU) predviđa da “inspeksijskim nadzorom organi državne uprave ispituju sprovođenje zakona i drugih propisa neposrednim uvidom u poslovanje i postupanje fizičkih i pravnih lica i, zavisno od rezultata nadzora, izriču mere na koje su ovlašćeni”, svrstavajući ga u kategoriju poslova državne uprave. Prema pozitivnom pravu, inspeksijski nadzor, pored organa državne uprave mogu, kao povereni posao, isključivo vršiti još i organi teritorijalne autonomije i lokalne samouprave.

Takođe, u prelaznim i završnim odredbama, ZDU predviđa da danom stupanja na snagu prestaje da važi ZDU iz 1992. godine, izuzev odredaba čl. 22-37 i čl. 92, koje uređuju inspeksijski nadzor. U vezi sa tim, ZDU predviđa da se inspeksijski nadzor uređuje posebnim zakonom. Specifičnosti oblasti u kojima se vrši inspeksijski nadzor, nesumnjivo zahtevaju da se određena pitanja urede na drugačiji način u odnosu na opšti režim inspeksijskog nadzora. Analize su pokazale da pojedinačne oblasti inspeksijskog nadzora trenutno uređuje oko 1.000 posebnih zakona i podzakonskih propisa. Pored potrebe da se inspeksijski nadzor, analogno upravnom postupku, uredi inoviranim opštim režimom, preterivanja u pogledu insistiranja na specifičnostima oblasti i kada one realno ne postoje, predstavljaju jedan od razloga za usvajanje Zakona o inspeksijskom nadzoru.

#### UOČENI PROBLEMI U VRŠENJU INSPEKCIJSKOG NADZORA

Sprovedene su brojne analize kvaliteta inspeksijskog nadzora, naročito na nivou inspekcija i privrednih subjekata. Nezavisno od primera dobre prakse, konstatovano je da inspeksijski nadzor naročito karakterišu sledeći problemi: nedelotvornost, neefikasnost i neekonomičnost inspeksijskog nadzora; pravna nesigurnost i nejednako postupanje inspekcija u istim ili sličnim situacijama; nedovoljna transparentnost i dostupnost propisa, procedura i metodologija postupanja inspekcija; učestalost i dužina inspeksijskog nadzora ne odgovaraju riziku i potrebama privrednog poslovanja; korektivne i prinudne mere nisu usaglašene sa težinom povrede propisa i ekonomskom snagom privrednih subjekata; neodgovarajuća koordinacija, pozitivni i negativni sukobi nadležnosti inspekcija; nedovoljna kompetentnost, znanja i veštine pojedinih inspektora; vrednovanje rada inspektora i

---

<sup>3</sup> “Službeni glasnik Republike Srbije”, broj 77/05, 101/2007.

inspekcije (često) se pogrešno meri brojem zahteva za pokretanjem prekršajnog postupka i drugih kaznenih prijavi, iznosom naplaćenih kazni, kao i prema određenim formalnim kriterijumima (broj izlazaka na teren, broj donetih rešenja i sl.), a ne prema cilju ove kategorije poslova državne uprave - delotvornom upravljanju javnim rizicima; zloupotrebe u (ne)vršenju inspeksijskih ovlašćenja, i visoki troškovi za nadzirane subjekte i za inspekcije.

#### NAČIN REŠAVANJA PROBLEMA

Prilikom izrade Nacrta zakona razmatrane su različite varijante za prevazilaženje navedenih problema. Najpre, postavilo se pitanje da li je to moguće učiniti bez preduzimanja regulatorne aktivnosti, kombinovanjem različitih mera ekonomske prirode (npr. finansiranjem modernizacije inspeksijskih resursa) ili društvene prirode (npr. informativne, obrazovne i medijske kampanje za podizanje nivoa svesti i profesionalnosti inspektora i nivoa obaveštenosti nadziranih subjekata i trećih lica). Takođe, u pogledu potrebe preduzimanja normativnih zahvata, razmatrano je da li bi bilo dovoljno izvršiti izmene i dopune posebnih (sektorskih) zakona, bez usvajanja sistemskog zakona o inspeksijskom nadzoru. Konstatovano je da vrste uočenih problema i njihovi uzroci ne bi mogli da budu prevaziđeni isključivim korišćenjem nekog od navedenih pristupa. Naime, na osnovu brojnih analiza zaključeno je da suštinsko unapređenje oblasti inspeksijskog nadzora nije moguće postići bez sveobuhvatnih i dubinskih reformi koje podrazumevaju: usvajanje sistemskog zakona i usklađivanje posebnih zakona i drugih propisa sa savremenim načelima i metodima obavljanja inspeksijskog nadzora, bolju koordinaciju u okviru i između inspekcija, uspostavljanje jedinstvenog informacionog sistema, stručno usavršavanje inspektora, promena metoda rada kroz povećanje transparentnosti rada, procenu rizika, veći značaj prevencije, podizanje svesti i znanja nadziranih subjekata i značaja samokontrole.

#### PROCEDURA IZRADE NACRTA ZAKONA O INSPEKCIJSKOM NADZORU

U skladu sa preporukama GIZ-ove "Studije o unapređenju zakonodavnog procesa" i načelima i rešenjima Rezolucije Narodne skupštine o zakonodavnoj politici, procedura izrade Nacrta zakona suštinski je sledila korake koji se smatraju uslovom izrade kvalitetnih propisa.

Najpre je u periodu od oko dve godine izvršena analiza postojećeg stanja. U vezi sa tim, poseban značaj imaju: regionalni okrugli stolovi sa privrednicima, tematski sastanci sa privrednicima i pravnim savetnicima, radni sastanci sa predstavnicima inspekcija koji sprovode nadzor nad privrednim subjektima, saradnja, dijalog i niz sastanaka i prezentacija sa zainteresovanim stranama, Anali-



za određenih inspekcija u Republici Srbiji i druge analize, Preporuke za regulatornu i institucionalnu reformu i modeli rešenja i odredaba, kao i Studija o "sivoj ekonomiji".<sup>4</sup> Postignuta je saglasnost i puna podrška rukovodilaca inspekcija, privrednika, stručnjaka i praktičara o potrebi donošenja sistemskog Zakona o inspeksijskom nadzoru.

Nakon toga, izrađene su Polazne osnove za izradu ovog zakona. U okviru Polaznih osnova, pored ostaloga analizirani su pojam, značaj i osobine inspeksijskog nadzora, pozitivno-pravno određenje, odgovornost inspektora, način organizovanja inspeksijskih poslova, stanje u oblasti, razlozi za izradu Zakona, ukazano je na neophodnost sveobuhvatnosti reforme inspeksijskog nadzora, koja podrazumeva pravni aspekt, promenu metoda rada, organizacioni aspekt, kao i pretpostavke za sprovođenje reforme inspeksijskog nadzora. Ove pretpostavke podrazumevaju političku volju i podršku na najvišem nivou, unapređenje modela odnosa sa subjektom nadzora, oslanjanje na analizu zasnovanu na riziku, obučene službenike sa relevantnim znanjima, veštinama i odgovarajućom opremom za utvrđivanje činjenica i praćenje stanja, kao i obezbeđenje odgovornosti inspektora. Formirana je uža radna grupa radi povećanja operativnosti rada, ali i šira radna grupa, u cilju korišćenja znanja i iskustava inspektora. Potonje rešenje je ocenjeno kao jedna od ključnih pretpostavki kvalitetnih instituta i normi.

Organizovana je suštinska javna rasprava kroz veći broj okruglih stolova koji su uključili sve zainteresovane strane, kako bi se dobile nove ideje, argumenti i kontraargumenti za predviđena rešenja. Pošlo se od postavke da bi zakon trebalo da predstavlja "susvojinu" svih relevantnih učesnika, što će omogućiti njegovu lakšu primenu i ostvarivanje postavljenih ciljeva. Analiza efekata propisa organizovana je od samog početka i tokom trajanja postupka izrade zakona, kako bi se obezbedila mogućnost izbora između više opcija. Na ovaj način izbegnut je pristup prema kome ona služi samo kao opravdanje unapred definisanih rešenja.

Prelazne i završne odredbe nastoje da obezbede predviđanje realnih rokova za preduzimanje svih potrebnih aktivnosti, čijim preduzimanjem bi trebalo da se obezbedi uspešno i delotvorno ostvarivanje ciljeva i normi kojima je uređen inspeksijski nadzor.

Za razliku od uobičajene prakse, obrazloženje zakona ne sastoji se u prepričavanju utvrđenih normi i instituta. Naime, nastojalo se da se daju razlozi za (ne) prihvatanje određenog modela i rešenja, kako bi se oni bolje razumeli, što bi trebalo da obezbedi pravilno tumačenje i jednostavniju primenu u praksi. Predviđeno je da se tokom utvrđivanja konačnih rešenja Predloga zakona izrade i podzakonski akti ili bar osnovne skice ovih akata, kako bi Vlada i poslanici imali

---

<sup>4</sup> Najveći broj ovih aktivnosti sproveden je u okviru USAID projekta za bolje uslove poslovanja, kao i USAID projekta za jačanje konkurentnosti Srbije.

potpuni uvid u buduća rešenja, ali i radi obezbeđenja nesmetane primene ovog Zakona.

#### CILJEVI ZAKONA O INSPEKCIJSKOM NADZORU

Polazeći od uočenih problema, njihovih uzroka i realnih mogućnosti, definisani su sledeći ciljevi ovog Zakona: veći nivo usklađenosti poslovanja i postupanja nadziranih subjekata sa zakonom i drugim propisom; delotvornije upravljanje javnim rizicima i bolja zaštita zakonom i drugim propisom zaštićenih dobara, prava i interesa; veća pravna predvidivost, sigurnost i izvesnost; uklanjanje ili bitno smanjenje arbitrarnosti, neujednačenosti, samovolje, koruptivnosti i drugih zloupotreba u pokretanju i sprovođenju inspekcijskog nadzora, njegove neopravdane nejednake učestalosti i trajanja kod privrednih subjekata; unapređenje poslovnog okruženja i investicione klime; unapređenje slobodne tržišne utakmice i zaštite konkurencije; podrška održivom poslovanju i razvoju privrednih subjekata u skladu sa propisima i širenje kruga privrednih subjekata čije je poslovanje usklađeno sa propisima preko preventivne funkcije inspekcijskog nadzora; bolja alokacija resursa inspekcija, i smanjenje administrativnog tereta privrede i uspostavljanje održivosti tog stanja.

#### NOVINE U POJMU INSPEKCIJSKOG NADZORA

Definicija pojma inspekcijskog nadzora polazi od one koja je predviđena Zakonom o državnoj upravi, ali se naglašava primat preventivnog delovanja kao metoda rada inspekcija. S druge strane, priznajući činjenicu da je zbog novih društvenih okolnosti došlo do predviđanja poslova inspekcijskog nadzora u delokrugu niza državnih i nedržavnih organizacija i tela, uz korišćenje različitih naziva (npr. kontrola), pod inspekcijskim nadzorom, u smislu ovog zakona, smatraju se i drugi oblici nadzora i kontrole čijim vršenjem se ispituje primena zakona i drugih propisa neposrednim uvidom u poslovanje i postupanje nadziranog subjekta koje vrše drugi subjekti sa javnim ovlašćenjima.

Stoga, za razliku od postojećeg modela inspekcijskog nadzora, novi koncept polazi od rešenja Strategije reforme javne uprave, prema kome se pod inspekcijskim nadzorom podrazumevaju svi oblici nadzora i kontrole koji u suštini imaju obeležja ove vrste posla državne uprave nezavisno od toga koji subjekti ga vrše kao nosioci javnih ovlašćenja i nezavisno od toga da li ga obavljaju u sopstvenom ili izvornom delokrugu. To je i u skladu sa međunarodnim standardima i dobrim međunarodnim regulatornim rešenjima i praksom, koja ističe stav da je potrebno da se propisi kojima se uređuju inspekcije, odnosno inspekcijski nadzor obavezno primenjuju na sve oblike nadzora koji faktički predstavljaju inspekciju, odnosno inspekcijski nadzor, nezavisno od toga što nose drugačiji naziv: provera, pregled,

ispitivanje, istraga, nadgledanje i dr. Na ovaj način se želi obezbediti standardizacija kvaliteta i načina vršenja ove kategorije poslova, uz uvažavanje svih specifičnosti koje proističu iz oblasti inspekcijskog nadzora i/ili karakteristika vršilaca ovih poslova. Tome će doprineti i jedinstveni informacioni sistem za vršenje inspekcijskog nadzora, koji bi sa odgovarajućim ovlašćenijima i odgovornostima i u skladu sa odgovarajućim pravilima mogli da koriste svi navedeni subjekti. Cilj je i da se poboljša vertikalna i horizontalna koordinacija unutar sistema inspekcijskog nadzora. Istovremeno, to bi doprinelo delotvornijem i ekonomičnijem organizovanju stručnog usavršavanja. Svi ovi elementi bi, u krajnjoj liniji, doprineli povećanju kvaliteta inspekcijskog nadzora, smanjenju troškova i na strani subjekata nad kojima se vrši nadzor i na strani vršilaca inspekcijskog nadzora.

#### OSNOVNI INSTITUTI I REŠENJA

Zakovitost poslovanja i postupanja nadziranih subjekata (usklađenost sa zakonom i drugim propisom) kao cilj inspekcijskog nadzora

Prvenstveni cilj inspekcijskog nadzora je obezbeđivanje zakonitosti a ne kažnjavanje. Upravo se na taj način najpotpunije štite vitalne vrednosti društva koje čine javni interes, a istovremeno se obezbeđuje i usmeravanje subjekata nadzora ka izgradnji sopstvenih mehanizama kontrole. Pri tome, ovo se čini, prvenstveno, preduzimanjem preventivnih mera, koje su i najdelotvornije, a kada je to neophodno, i korektivnih i prinudnih, pa i kaznenih prijava i kaznenih mera (prekršajni nalog). Potonje mere su još uvek neopohodne na sadašnjem nivou razvoja društva i narušenog sistema vrednosti, ali je pretpostavka da će se doslednim funkcionisanjem pravne države, realne poreske politike, uspostavljanjem relevantnih baza podataka i drugih mera, njihov značaj relativno smanjivati.

#### *Procena rizika*

Jedna od ključnih novina opšteg modela inspekcijskog nadzora je metod procene rizika. Ovaj metod je već uveden u pojedinim oblastima, npr. veterinarske inspekcije, gde je pokazao zapažene rezultate. Kod ovog metoda polazi se od realnog stanja u okviru koga inspekcije nisu u mogućnosti da u svakom trenutku obave kontrolu nad svim subjektima koji su predmet njihovog nadzora, niti da utvrde svaku nezakovitost. Iz tih razloga neophodno je rangirati nadzirane subjekte prema stepenu njihove rizičnosti kroz utvrđivanje prioriteta, što bi trebalo da obezbedi blagovremeno i efikasno reagovanje. Procena rizika vrši se u svim fazama inspekcijskog nadzora – tokom pripreme plana, pre i u toku sprovođenja inspekcijskog nadzora. Takođe, procena se vrši za nadzirane subjekte i za teritorijalna i slična područja, saglasno delokrugu inspekcije.

Korišćenjem metoda procene rizika sprečava se ili bitno umanjuje arbitrnost, neujednačenost postupanja u istovetnim situacijama, samovolja, koruptivnost i druge moguće zloupotrebe u pogledu pokretanja i sprovođenja inspekcijaskog nadzora. Takođe, u okviru inspekcijaskih službi i organa obezbeđuje se bolje i efikasnije korišćenje resursa (srazmerno riziku). Inače, rizik predstavlja kombinaciju težine štetne posledice i verovatnoće njenog nastanka. U pogledu štetne posledice, težina zavisi od prirode i obima štete. S druge strane, verovatnoća njenog nastanka zavisi od istorije poslovanja i postupanja, kao i standarda, upravljanja i unutrašnjeg nadzora, stanja u oblasti i kapaciteta.

Očigledno je da će za uspešnu procenu rizika biti neophodno da se formiraju snažna analitička odeljenja. To će zahtevati kreativne službenike i odgovarajuće oblike stručnog usavršavanja. Pored toga, uslov kvaliteta je i uspostavljanje i korišćenje softverskih rešenja inspekcijaskog informacionog sistema.

*Podrška održivom poslovanju i razvoju privrednih subjekata  
u skladu sa propisima*

Imajući u vidu stanje u kome se nalazi privreda, broj nezaposlenih, budžetski deficit, demografsku situaciju i druge ekonomske i društvene probleme, ovo predstavlja jedan od veoma važnih ciljeva novog Zakona. Predviđeno je njegovo ostvarivanje kombinovanjem više mera i aktivnosti:

A) podsticanjem zakonitosti i preventivnog delovanja inspekcija (upozoravanje subjekta na obaveze iz propisa, pružanje stručne i savetodavne podrške, ukazivanje na moguće štetne posledice, predlaganje preduzimanja radnji radi otklanjanja uzroka takvih posledica i sl.), što treba da ima prednost nad represivnom funkcijom;

B) određivanjem mera u srazmeri sa procenjenim rizikom, nastalim nezakonitostima i ekonomskom snagom nadziranog subjekta (gradacija mera) i

C) nepostojanje odgovornosti za povredu propisa od strane subjekta nadzora koji je postupao u skladu sa stručnim mišljenjima, preporukama i objašnjenjima inspektora.

*Koordinacija inspekcijaskog nadzora  
i međusobna saradnja inspekcija*

Povećanje sveobuhvatnosti i delotvornosti inspekcijaskog nadzora i izbegavanje preklapanja i nepotrebnog ponavljanja inspekcijaskog nadzora obezbeđuje se: a) kroz međusobnu saradnju u utvrđivanju programa rada i saradnju u postupku vršenja samostalnog inspekcijaskog nadzora,<sup>5</sup> b) zajednički inspekcijaski

---

<sup>5</sup> Ova saradnja ostvaruje se naročito: ako je određena oblast ili pitanje predmet inspekcijaskog nadzora više inspekcija; radi sprečavanja ili otklanjanja neposredne opasnosti po život i

nadzor, kada više inspekcija istovremeno sprovodi inspeksijski nadzor prema istom subjektu<sup>6</sup> i c) preko koordinacionog tela.

Analiza je pokazala da je optimalno da javno telo ovlašćeno za koordinaciju bude formirano u postojećem sistemu organizacije inspekcija, bez njihovog objedinjavanja u jednu instituciju. S druge strane, nesumnjivo je poželjno da se preispita objedinjavanja međusobno povezanih inspekcija u okviru istog ministarstva i izvrši izvesna stabilizaciju broja ministarstava i njihovih nadležnosti, nezavisno od rezultata izbora i koalicionih sporazuma. U kasnijoj fazi razvoja, dodavanjem novih funkcija i ovlašćenja, možda bi se moglo razmotriti da li bi koordinaciono telo možda moglo da preraste u jedinstveni inspektorat, ako se utvrdi da je to opravdano i celishodno. Međutim, značaj izbora pravno-institucionalnog modela koordinacije gubi na značaju uspostavljanjem jedinstvenog informacionog sistema, koji standardizuje, ustrojava, povezuje i suštinski objedinjava rad različitih inspekcija i praktično briše razlike između pravno-institucionalnih modela koordinacije inspeksijskog nadzora. S druge strane, organizovanje odgovarajućih oblika stručnog usavršavanja, naročito korišćenjem međuresorne saradnje, trebalo bi da poveća razumevanje potrebe koordinacije i smanji želju za "centrifugalnim" vršenjem inspeksijskog nadzora.

Predviđeno je da Vlada obrazuje Koordinacionu komisiju, kao koordinaciono telo prema zakonu kojim se uređuje državna uprava. Pored ostaloga, predviđeno je da Koordinaciona komisija obavlja sledeće poslove:

1) prati dostignuti nivo koordinacije inspekcija, inicira mere i utvrdi smernice u cilju unapređenja koordinacije inspekcija, a naročito: (1) za usklađivanje planova njihovog rada; (2) za razmenu informacija u vršenju inspeksijskog nadzora; (3) za razvoj informacionog sistema u cilju efikasne razmene podataka i elektronskih dokumenata;

2) da razmatra mišljenja, direktive, metodološke materijale i priručnike za rad inspekcije, i zauzima stavove u cilju ujednačavanja jednakog postupanja inspekcije u istim ili sličnim situacijama prema svim subjektima inspeksijskog nadzora;

3) učestvuje u analizi potreba za stručnim usavršavanjem inspektora i utvrđivanju programa stručnog usavršavanja inspektora i podnosi inicijative nadležnim organima za programe obuka i drugih oblika stručnog usavršavanja inspektora;

---

zdravlje ljudi; radi zaštite imovine veće vrednosti; kada se oceni da se nadzor na taj način može izvršiti brže i sa što manje troškova i gubitka vremena za subjekat inspeksijskog nadzora i inspektore.

<sup>6</sup> Zajednički inspeksijski nadzor vrši se: radi sprečavanja ili otklanjanja neposredne opasnosti po život i zdravlje ljudi ili imovinu veće vrednosti; kad je rizik kod nadziranog subjekta visok ili kritičan; radi preduzimanja hitnih mera koje ne trpe odlaganje; zbog složenosti inspeksijskog nadzora ili značaja otklanjanja nezakonitosti; kada se time dobija na brzini nadzora, uštedi troškova i smanjenju gubitka vremena nadziranog subjekta i inspektora; radi provere predstavljenog subjekta koja je u nadležnosti dve ili više inspekcija i u drugim slučajevima kada je to određeno.

4) da daje stručno mišljenje o predlozima kontrolnih lista, kao i njihovih izmena i dopuna;

5) objavljuje na svojoj internet stranici propise, akte i dokumente koji se odnose na inspekcijski nadzor.

U okviru Koordinacione komisije mogu da se obrazuju radne grupe i stručni timovi za određenu oblast, odnosno određena pitanja inspekcijskog nadzora. U radu radne grupe, odnosno stručnog tima mogu učestvovati predstavnici imalaca javnih ovlašćenja, udruženja, komora i drugih asocijacija, naučnih i obrazovnih ustanova, kao i drugih organizacija čiji je rad povezan sa sistemom i poslovima inspekcijskog nadzora.

Koordinaciona komisija je ovlašćena da od organa državne uprave, organa autonomne pokrajine i organa jedinica lokalne samouprave traži podatke, obaveštenja, isprave i izveštaje koji su joj potrebni za obavljanje njenih zadataka.

*Jasna i snažna ovlašćenja inspekcija u suzbijanju obavljanja delatnosti neregistrovanih subjekata (tzv. siva ekonomija)*

Delatnost neregistrovanih subjekata, naročito u obimu koji postoji u Srbiji, izaziva niz ozbiljnih problema. Najpre, ovi subjekti predstavljaju neloyalnu konkurenciju subjektima koji posluju u skladu sa zakonom, jer nisu opterećeni nizom obaveza i troškova. U vezi sa tim, zbog postojanja neregistrovanih subjekata, poreske i druge obaveze registrovanih subjekata su neopravdano veće. S druge strane, budžetski deficit je znatno veći zbog postojanja neregistrovanih subjekata, a time su, pored ostaloga, i mogućnosti za nagrađivanje inspektora i uslovi za poboljšanje uslova njihovog rada i opreme znatno manji. Imajući u vidu navedeno, kao i niz problema u vezi sa vršenjem inspekcijskog nadzora – nejasna i nedovoljna ovlašćenja, negativan skukob nadležnosti inspekcija, jedan od ključnih ciljeva Zakona o inspekcijskom nadzoru je upravo suzbijanje sive ekonomije.

U vezi sa tim, predviđaju se široka i jasna ovlašćenja inspekcija u suzbijanju obavljanja delatnosti od strane neregistrovanih subjekata, kao i efikasne mere i prevođenje u legalne tokove subjekata koji obavljaju nelegitimno (neregistrovano) poslovanje. Inspekcijski nadzor u cilju suzbijanja sive ekonomije vrši se u skladu sa planom inspekcijskog nadzora, ali i kada nije predviđen planom, "na licu mesta", bez izdavanja naloga za inspekcijski nadzor i bez obaveštenja o predstojećem nadzoru. Kada inspekcija zatekne neregistrovanog subjekta kako se bavi delatnošću iz nadležnosti druge inspekcije, bez odlaganja i oglašavanja nenadležnom, preduzima i izriče inspekcijske mere, i o tome obaveštava poresku i drugu nadležnu inspekciju. U vezi sa potonjim rešenjem, još uvek su podeljena mišljenja da li bi inspekcija u čijem delokrugu nisu ovi poslovi trebalo da ima navedena ovlašćenja ili bi ona samo trebalo da o tome obavesti poresku i drugu nadležnu inspekciju.

*Transparentnost rada i akata inspekcije  
i ujednačavanje inspekcijske prakse*

Transparentnošću rada i opštih akata i ujednačavanjem postupanja inspekcije prema nadziranim subjektima postiže se veća pravna predvidivost, sigurnost i izvesnost za građane, privredne subjekte i druga pravna lica. To podrazumeva pripremu i objavu na internet stranici važećih propisa, planova, kontrolnih lista, koje sadrže spisak prioriternih provera i radnji na koje je inspekcija ovlašćena. Takođe, ovo obuhvata donošenje akata o primeni propisa (mišljenja, objašnjenja, tumačenja i sl). U pogledu transparentnosti rada, veoma je važno pitanje odnosa prema Zakonu o slobodnom pristupu informacija od javnog značaja. Naime, podaci do kojih inspektor dođe pri vršenju inspekcijskog nadzora nesumnjivo predstavlja odgovarajuću tajnu u skladu sa Zakonom o tajnosti podataka i ne može se tražiti njihovo objavljivanje subjektima koji bi to zahtevali po Zakonu o slobodnom pristupu informacija od javnog značaja. Time se štiti poslovna ili druga tajna subjekta nadzora. S druge strane, ako bi se pri vršenju inspekcijskog nadzora utvrdila nezakonitost, mišljenja smo da bi to trebalo javno objaviti, nezavisno od toga da li je to neko lice i tražilo. Na taj način bi se obezbedila ravnopravnost subjekata na tržištu. S druge strane, veoma je važno da nezakonitost bude nesumnjivo utvrđena, kako bi se sprečilo da se objavljivanjem nepouzdanih informacija naruši reputacija određenog subjekta, čime bi mu se neopravdano nanela šteta, a što bi kasnije moglo da rezultira zahtevom za naknadu štete od države.

Veoma je važno obezbediti jednako postupanje inspektora u istovetnim situacijama. To je u interesu subjekata nadzora, kako bi bili u ravnopravnoj poziciji i imali izvesnost u svom postupanju i poslovanju, ali i u interesu same države i inspektora koji žele da obavljaju svoj posao u skladu sa zakonom i pravilima struke. Stoga je neophodno obezbediti obaveznost mišljenja nadležnog organa, pri čemu je od izuzetnog značaja obezbeđenje vertikalne i horizontalne koordinacije unutar upravnog sistema, ali i ujednačene prakse Upravnog suda. Takođe, nadzirani subjekat koji je postupao u skladu sa stručnim mišljenjima i objašnjenjima inspektora, ne odgovara za povredu propisa, osim u zakonom predviđenim izuzecima, npr. kada dođe do promene propisa.

*Elektronsko povezivanje i razmena informacija i dokumenata  
između inspekcija preko jedinstvenog inspekcijskog informacionog sistema  
("e-inspekcije")*

Uspostavljanjem i korišćenjem jedinstvenog informacionog sistema, u cilju stvaranja sveobuhvatne baze podataka i pristupa inspekcija informacijama i dokumentima, efikasne razmene podataka i elektronskih dokumenata u planiranju i sprovođenju inspekcijskog nadzora, sprovođenja koordinacije inspekcija i

omogućavanja funkcionisanja sistema procene rizika u planiranju i sprovođenju inspekcijuskog nadzora i preventivnog delovanja, postiže se smanjenje administrativnog opterećenja nadziranih subjekata i inspekcija i bolja alokacija resursa inspekcija. Pristupom zajedničkom informacionom sistemu jedna inspekcija bi mogla da ima uvid u pogledu vremena kada je druga inspekcija vršila nadzor nad određenim subjektom, šta je kontrolisala, koji su nalazi utvrđeni i mere izrečene, tako da bi inspektori mogli da se bolje pripreme za inspekcijски nadzor pre njegovog sprovođenja i da procene rizik, kao i da od nadziranog subjekta ne traže javne isprave i druge dokumente koje mogu da dobiju službenim putem.

### *Standardizacija pojma i postupka inspekcijuskog nadzora*

Veća pravna predvidivost, sigurnost i izvesnost za nadzirane subjekte i inspekcije postiže se definisanjem pojma, vrsta i oblika inspekcijuskog nadzora i standardizovanim uređenjem prvostepenog i drugostepenog postupka inspekcijuskog nadzora i postupka izvršenja inspekcijuskog rešenja, u skladu sa zakonom kojim se uređuje opšti upravni postupak, kao i pravilima o primeni ovog zakona i odnosu prema drugim zakonima.

U postupku vršenja inspekcijuskog nadzora inspektor, postupa saglasno načelima delovanja državne uprave i državnih službenika, kao i saglasno načelima i pravilima postupka kojima je uređen opšti upravni postupak. Ovaj zakon neposredno se primenjuje u postupku inspekcijuskog nadzora koji vrše organi državne uprave, odnosno organi autnomne pokrajine i jedinica lokalne samouprave (AP i JLS) kao povereni posao državne uprave. U postupku vršenja inspekcijuskog nadzora neposredno se primenjuje poseban zakon, ako su u određenim oblastima, pojedina pitanja inspekcijuskog nadzora tim zakonom uređena drukčije. Ovaj zakon shodno se primenjuje u postupku inspekcijuskog nadzora koji u poslovima iz svoje izvorne nadležnosti vrše organi AP i JLS, kao i kada drugi subjekti sa javnim ovlašćenjima vrše različite oblike kontrole i nadzora koji su utvrđeni posebnim zakonom. Postojeće, tri zakonodavna nivoa u inspekcijuskom nadzoru: prvi, posebni – sektorski zakon; drugi, “srednji” – Zakon o inspekcijuskom nadzoru i treći, opšti – Zakon o opštem upravnom postupku.

Prema tome u pogledu odnosa ovog zakona i posebnih zakona, priznata je neophodnost odstupanja zbog specifičnosti svake od oblasti u kojoj se vrši inspekcijски nadzor, ali je takođe intencija da se pronađu zajednički elemente, koji će se urediti Zakonom o inspekcijuskom nadzoru. Na taj način će se obezbediti standardizacija neophodna i za informacioni sistem, urediti koordinacija i povećati delotvornost i efikasnost inspekcijuskog nadzora.

S druge strane, ideja je da se posebni zakoni usklade sa duhom i intencijom ovog zakona, koji između ostaloga odražava novi pristup, metode i načine rada u ovoj oblasti, koji je već prisutan u pojedinim posebnim zakonima, gde je došlo do



odgovarajućih unapređenja i usklađivanja sa tekovinama i standardima Evropske unije. To bi u narednom periodu trebalo da podrazumeva preispitivanje posebnih zakona u smislu njihovog unapređenja, kao i zadržavanja ili unapređenja odredaba koje su nesumnjivo neophodne da bi odrazile specifičnosti određene oblasti društvenog života u kojoj se nadzor i vrši.

#### PREOSTALE DILEME

Tokom izrade teksta Nacrta zakona i sprovođenja javne rasprave pojavile su se pojedine dileme koje zahtevaju opredeljivanje ili preciziranje u završnoj fazi izrade Predloga zakona. Izdvajamo najznačajnije dileme. Najpre, to je pitanje detaljnog regulisanja postupka inspekcijskog nadzora, imajući u vidu da u vezi sa tim postoje brojne specifičnosti u posebnim oblastima. Tako će se npr. najverovatnije odustati od detaljnog propisivanja načina uzorkovanja ili izvršenja rešenja, već će se dati određeni okviri koji bi trebalo da smanje prostor za vršenje diskrecionih ovlašćenja. Isti model bi trebalo primeniti kod izuzetaka od obaveze izdavanja naloga za vršenje inspekcijskog nadzora, obaveštavanje o njegovom vršenju, kao i vremenu u kome se on može sprovesti (po pravilu u radno vreme subjekta nadzora). Naime, inspektori su ukazali da poštovanje ovih pravila često onemogućava realno utvrđivanje činjeničnog stanja kod subjekata koji ne poštuju zakon. Sa aspekta suzbijanja tzv. sive ekonomije postavilo se pitanje na koji način zaštititi ustavom garantovano pravo na nepovredivost stambenih prostorija, a da se time spreče razne zloupotrebe (npr. u oblasti turizma). Takođe, izneta su mišljenja o potrebi preciziranja preventivnih aktivnosti i mogućnosti da se ne preduzmu kaznene mere ako se otklone uočeni nedostaci, kako bi se povećala pravna izvesnost svih učesnika u postupku inspekcijskog nadzora, a time i onemogućio prostor za moguće zloupotrebe. Poseban problem predstavlja i efikasnost inspekcijskog nadzora kod poverenih poslova, imajući u vidu ovlašćenja organa kojima su ti poslovi povereni na lokalnom, odnosno pokrajinskom nivou.

#### ZAKLJUČAK

Skoro deceniju nakon usvajanja Zakona o državnoj upravi koji je predviđao usvajanje posebnog zakona o inspekcijskom nadzoru, nalazimo se u završnoj fazi njegove izrade. Imajući u vidu izuzetan značaj ove vrste poslova državne uprave za funkcionisanje privrede i građana, kao i za ostvarivanje vitalnih vrednosti društva, preduzeti su svi koraci kako bi se povećala verovatnoća usvajanja kvalitetnih rešenja. Pored toga, korišćen je sistemski pristup jer je evidentno da donošenje ovog zakona predstavlja samo jedan od elemenata koji su neophodni za suštinsku promenu načina rada i ostvarivanje postavljenih ciljeva. U vezi sa tim, sagledane su ostale mere i aktivnosti koje je potrebno paralelno sprovesti. One

obuhataju kontinuirano stručno usavršavanje inspektora u pogledu opštih i posebnih znanja, veština i kompetencija, uspostavljanje standardizovanog jedinstvenog informacionog sistema koji će povećati kvalitet, efikasnost i ekonomičnost inspeksijskog nadzora, usvajanje podzakonskih opštih akata neophodnih za primenu Zakona o inspeksijskom nadzoru, usklađivanje posebnih zakona sa duhom i savremenim principima budućeg Zakona, široka edukacija svih subjekata nad kojim se vrši inspeksijski nadzor, transparentnost rada i obezbeđenje ujednačene upravne i upravno-sudske prakse u ovoj oblasti.

DOBROSAV MILOVANOVIĆ, LL.D.,

Professor, Faculty of Law University of Belgrade

DRAGAN VASILJEVIĆ, LL.D.,

Professor, Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

#### THE IMPROVEMENT OF THE MODEL OF INSPECTIONS IN SERBIA

##### Summary

Almost a decade after the adoption of the Law on State Administration, which prescribed the adoption of a special law on inspections, we are in the final stages of its development. Bearing in mind the importance of this kind of state administration tasks for the functioning of the economy and citizens, as well as for the realization of the vital values of the society, all reasonable steps were taken to maximize the likelihood of the adoption of high-quality solutions. In addition, a systematic approach was used. Namely, it is evident that the adoption of this law is only one of the elements that are necessary for a fundamental change in the way of functioning of inspections and achievement of established objectives. In this regard, other measures and activities that need to be carried out were analyzed. These include continuous training of inspectors in terms of general and specific knowledge, skills and competencies, establishing a standardized single information system that will increase the quality, efficiency and cost-effectiveness of inspection, the adoption of by-laws necessary for the implementation of the Law on inspections, alignment of special laws to the spirit and modern principles of the Law on inspections, extensive education of all entities that are objects of inspections, transparency and ensuring uniform administrative interpretation and case law in this area.

*JELENA IVANOVIĆ*

## **UPRAVNI SUD – FUNKCIONISANJE I PRAVCI RAZVOJA**

### **U V O D**

Dana 1.01.2015. godine navršava se pet godina od početka rada Upravnog suda koji je, prvi put nakon Drugog svetskog rata, osnovan kao poseban sud Zakonom o uređenju sudova<sup>1</sup> i počeo sa radom 1.01.2010. godine.

U Republici Srbiji koja, uz navedeni prekid, ima tradiciju upravnog sudovanja dužu od jednog veka, sigurno je da se ne postavlja pitanje da li je Upravni sud opravdao svoje osnivanje ili ne, jer osnivanje ovakvog suda samo može da znači zakonito utemeljenje pravne države.

Petogodišnji period rada nije dug ako se posmatra u kontekstu ukupnog trajanja upravnog sudovanja u Srbiji, ali je dovoljan da se analizom rada Upravnog suda i uslova u kojima je funkcionisao od osnivanja do danas, uoče kako pozitivni efekti, tako i otklone nedostaci u radu. Ovo je potrebno da bi se na adekvatan način omogućilo što bolje funkcionisanje suda i samim tim kvalitetnija i efikasnija zaštita prava građana u upravnom sporu, ali i lakše definisali pravci daljeg razvitka upravnog sudstva u državi Srbiji.

### **KRATAK ISTORIJSKI OSVRT**

Osnivanje Upravnog suda 2010. godine značilo je povratak tradiciji postojanja upravnog sudstva, koja je nastala u Kneževini Srbiji i razvijala se kako u

---

Jelena Ivanović, predsednik Upravnog suda.

<sup>1</sup> “Službeni glasnik RS”, br. 116/08, 104/09, 101/09.

Kraljevini Srbiji tako i u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca i Kraljevini Jugoslaviji sve do Drugog svetskog rata.

Sudska kontrola upravnih akata uspostavljena je još Ustavom iz 1869. godine, kada su Državnom savetu data ovlašćenja da rešava žalbe na rešenja ministara. Time je Državni savet dobio ovlašćenja Upravnog suda.

Vidovdanskim ustavom iz 1921. godine ustanovljeni su Državni savet i upravni sudovi, pri čemu je Državni savet bio Vrhovni Upravni sud. Postojalo je još šest prvostepenih upravnih sudova (u Celju, Zagrebu, Sarajevu, Beogradu, Skoplju i Dubrovniku). Kasnije je osnovan i Upravni sud u Novom Sadu. Ustav Kraljevine Jugoslavije iz 1931. godine je propisivao Državni savet kao Vrhovni Upravni sud i niže upravne sudove<sup>2</sup>.

Nakon Drugog svetskog rata u Jugoslaviji je upravni spor uveden tek 1952. godine. Sudsku zaštitu u upravnom sporu pružala su posebna veća Vrhovnih sudova republika, kao i Vrhovnog suda FNRJ i ovaj koncept (da se zaštita u upravnom sporu pruža pri specijalizovanim većima odnosno odeljenjima redovnih sudova) zadržana je sve do 2010. godine. Od 1952. godine u primeni je bio Zakon o upravnim sporovima<sup>3</sup> koji je bio noveliran u toku 1964. i 1976. godine, a u toku 1996. godine donet je Zakon o upravnim sporovima (u daljem tekstu: prethodni ZUS)<sup>4</sup> koji se primenjivao kako u Saveznoj Republici Jugoslaviji, zatim u Državnoj zajednici Srbija i Crna Gora, a nakon razdvajanja i u Republici Srbiji do 30.12.2009. godine .

Do 1. januara 2010. godine u upravnom sporu u Srbiji su postupala specijalizovana veća redovnih sudova: okružnih (u materiji penzijskog i invalidskog osiguranja, delu inspekcijuskog nadzora, delu građevinske materije, lokalnih i pokrajinskih izbora i dr.) i Upravno odeljenje Vrhovnog suda Srbije u čijoj je nadležnosti bio preostali, pretežni deo upravne materije, uključujući i republičke izborne sporove. Vrhovni sud Srbije je postupao i po vanrednim pravnim sredstvima protiv presuda okružnih sudova. Tako je postojao svojevrsni nonsens da je najviši sud u državi Srbiji bio istovremeno i najveći prvostepeni sud u ovoj materiji.

#### UPRAVNI SUD – OSNIVANJE I POČETAK RADA

Stupanjem na snagu Zakona o uređenju sudova 01.01.2010. godine započelo se sa realizacijom ideje o posebnom upravnom sudstvu na kojoj se u Srbiji radilo intenzivno još od 2001. godine, jer je Zakonom o uređenju sudova<sup>5</sup> bilo

<sup>2</sup> Dr Zoran Tomić, "Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom".

<sup>3</sup> "Službeni list FNRJ", br. 23/52.

<sup>4</sup> "Službeni list SRJ", br. 46/96.

<sup>5</sup> "Službeni glasnik RS", br. 63/01...46/06.

propisano osnivanje posebnog Upravnog suda, ali je primena ovih odredbi bila odlagana. Upravni sud je osnovan kao poseban, jednostepeni sud nadležan za postupanje u upravnom sporu sa Sedištem u Beogradu u Nemanjinoj 9. Ima tri Odeljenja (u Kragujevcu – u zgradi Apelacionog javnog tužilaštva, Nišu – u zgradi Apelacionog javnog tužilaštva i Apelacionog suda i Novom Sadu – u zgradi Uprave za imovinu AP Vojvodine i Uprave za zajedničke poslove Pokrajinskih organa). Prilikom osnivanja je izabrano 36 sudija. Iz reda sudija postavljen je vršilac funkcije predsednika. Sud je imao 129 zaposlenih. Preuzeo je nadležnost okružnih sudova u upravnom sporu sa teritorije cele Republike Srbije i Upravnog odeljenja Vrhovnog suda Srbije (ukupno 18.091 predmeta). U toku 2010. godine primio je još 16.048 predmeta, što ukupno iznosi 34.139 predmeta pa je svaki sudija u toku 2010. godine u rad dobio po 975 predmeta. Ovaj broj predmeta po sudiji je odmah ukazao na neadekvatan broj sudija koji je 2009. godine određen kao dovoljan za sudovanje u upravnom sporu.

U pripremi osnivanja Upravnog suda pojavile su se dileme oko broja sudija neophodnog za postupanje prema nadležnosti koju je trebalo da preuzme. Pri izradi projekcije potrebnog broja sudija pre osnivanja Upravnog suda, stav Upravnog odeljenja Vrhovnog suda Srbije, je bio da je za celokupnu nadležnost koju Upravni sud treba da preuzme potrebno najmanje 60 do 70 sudija. Tada je orijentaciona norma bila utvrđena na 22 završena predmeta po sudiji, a usmena javna rasprava propisana u upravnom sporu kao izuzetak. Kriterijumi za određivanje su bili: broj predmeta koje je Upravni sud trebalo da preuzme, priliv, složenost predmeta, raznovrsnost i broj posebnih upravnih materija u kojima se pruža zaštita u upravnom sporu, činjenica da se uvodi obavezna javna rasprava, ali i broj stanovnika na teritoriji Sedišta i svakog pojedinog Odeljenja.

Međutim, bez obzira na to, Odlukom o broju sudija u sudovima<sup>6</sup> za Upravni sud je sistematizovano samo 35 sudija i predsednik i propisano da odeljenja imaju po 4 sudije. Veoma brzo se u praksi pokazalo da ovaj broj nije dovoljan, pa je Odlukom o izmeni Odluke o broju sudija u sudovima<sup>7</sup> ukupan broj sudija sa 35 povećan na 37. Ni ovo povećanje nije bitno uticalo na efikasnost i kvalitet rada suda, jer pored nedovoljnog broja sistematizovanih sudija, četvero sudija za svako odeljenje, ne samo što nije bilo dovoljno, već je bilo i nesrazmerno pojedinačnom prilivu predmeta svakog odeljenja. Pokazalo se da je priliv predmeta u odeljenjima ipak u mnogo direktnijoj vezi sa brojem stanovnika na teritoriji svakog odeljenja i da je ovaj kriterijum znatno važniji od toga kako je faktički vrednovan pri određivanju broja sudija 2009. godine, tako da je Odeljenje u Novom Sadu koje je obuhvatalo teritoriju cele Pokrajine i gde je ukupan priliv znatno veći nego

---

<sup>6</sup> "Službeni glasnik RS", br. 43/2009.

<sup>7</sup> "Službeni glasnik RS", br. 35/10.

u ostala dva odeljenja, moralo u vreme osnivanja da ima i veći broj sudija nego ostala Odeljenja. U prve četiri godine najveći priliv je imalo Odeljenje u Novom Sadu, zatim u Kragujevcu i na kraju u Nišu.

Već je rečeno da je Upravni sud u prvoj godini rada imao ukupno 34.139 predmeta. Rast priliva sa neznatnim izuzetkom u 2011. godini se nastavio ne samo u odnosu na početak rada Upravnog suda već i dalje, pa je sud u 2011. godini primio 15787 predmeta, u 2012. godini 19603, u 2013. godini 21756 i u 2014. godini zaključno sa junom 9444 predmeta. Na povećanje broja predmeta uticalo je i to što je od 2010. godine po ZUS-u proširen pojam akta čija se zakonitost ispituje u upravnom sporu, a stalno se povećava i broj posebnih upravnih oblasti u kojima je propisana sudska zaštita u upravnom sporu. Poseban razlog koji utiče na efikasnost rada suda je to da je ZUS-om propisana kao pravilo obavezna usmena javna rasprava koja suđenje i odlučivanje čini značajno složenijim i produžava vreme presuđenja. Takođe, postoji obaveza hitnog rešavanja predmeta koji su Sudskim poslovníkom označeni kao "naročito hitni" i "hitni" u kojima postoje grupe predmeta izuzetne složenosti, sa kratkim rokovima za rešavanje (računaju se na mesece, dane ili čak sate) kao što su: zaštita konkurencije, javne nabavke, izborni sporovi, do 01.09.2014. godine - status zatvorenika, i dr. koji znatno usporavaju praćenje priliva i iziskuju uvećane napore sudija i produženo vreme rešavanja.

Složenost i važnost predmeta je najizraženija kod izbornih sporova koji su veoma delikatni zbog same materije i posebno hitnosti u postupanju. U vreme parlamentarnih izbora (onih redovnih 2012. i vanrednih u martu 2014. godine) sudije iz Odeljenja su povučene na oko mesec dana u Sedište gde im je, zbog činjenice da su rokovi za postupanje po žalbi kao inicijalnom aktu veoma kratki (48 sati od prijema), bio obezbeđen smeštaj i uslovi za rad. Ovo je neophodno i zbog toga što se prijem svih podnesaka vrši u Sedištu gde je organizovan i rad Odeljenja sudske prakse. U vreme održavanja izbora prioritarno je rešavanje izbornih sporova tako da se zastaje sa rešavanjem ostalih predmeta. Činjenica je da su u Srbiji pored redovnih i vanrednih parlamentarnih izbora često u toku i lokalni izbori tako da je većina lokalnih izbora obavljena u 2012. godini, zatim u 2013. godini za oko 9 opština dok su u martu 2014. godine održani izbori u nekoliko opština u Srbiji, pri čemu su u toku prevremeni izbori u Majdanpeku. Ova materija je za postupanje veoma složena, osetljiva, izuzetno hitna, jer u kratkom roku od 48 sati sudija mora da pripremi predmet, da ga presudi i izradi odluku.

Najnoviji primer delikatnosti i hitnosti postupanja Upravnog suda je po Zakonu o nacionalnim savetima nacionalnih manjina<sup>8</sup> u delu koji se odnosi na izbo-

<sup>8</sup> "Službeni glasnik RS", br. 72/09, 20/14 - Odluka Ustavnog suda U 55/2014.

re članova saveta nacionalnih manjina. Kao oblik sudske zaštite propisana je tužba u upravnom sporu koja se u nekim slučajevima podnosi u opštem roku od 30 dana od prijema osporenog rešenja, ali postoje situacije u kojima je rok za podnošenje tužbe skraćen na 24 časa i čak na 3 časa, a rok za postupanje suda na 48 časa odnosno 12 sati od prijema tužbe (do sada najkraći propisani rokovi za podnošenje incijalnog akta u upravnom sporu i za postupanje suda).

Takođe, ZUS kao nov institut propisuje odlaganje izvršenja upravnog akta koji se, kada se zahtev podnosi u toku spora, ne evidentira kao poseban predmet. Ovaj institut obavezuje sudiju da odluči o zahtevu u roku od 5 dana. U suprotnom dolazi do povrede prava na suđenje u razumnom roku. Pored toga, obaveza suda da omogući strankama suđenje u razumnom roku, posebno kada se ima u vidu da se po stavu Ustavnog suda i Suda u Strazburu u razumni rok računava vreme provedeno i kod upravnog organa i kod Suda u upravnom sporu i da može da dovede do manjkavosti u kvalitetu izrade presuda pa i presuđenja. Način da se to spreči je izbor potrebnog broja sudija čime se omogućava poštovanje razumnog roka i zakonitost presuđenja.

Poseban problem u radu Upravnog suda je bilo to što je od 2010-2013. godine došlo do odliva velikog broja sudija iz suda: odlaskom u penziju, zbog smrti, kao i odlaskom na druge funkcije i poslove, tako da je sredinom 2013. godine u sudu nedostajalo 9 sudija, a do maja 2013. godine nije izabran nijedan sudija. Kako je nekoliko godina u sudu radilo 9 sudija manje od sistematizovanog, a Odluka o broju sudija u sudovima nije menjana u delu koji se odnosi na broj sudija po odeljenjima, to je došlo ne samo do ogromnog zaostatka nerešenih predmeta, već i do drastičnog razlikovanja broja predmeta u radu po sudiji (u Sedištu u proseku od oko 300–900, u Novom Sadu oko 2000 do 2500, u Kragujevcu oko 800 do 1500, a u Nišu od 450 do 1300). Kako broj nerešenih zaostalih predmeta po sudiji u Upravnom sudu ne bi smeo da pređe 150 predmeta, rad pojedinih odeljenja je bio skoro blokiran.

Pored svih navedenih poteškoća, Upravni sud se susreo i sa smeštajnim problemima u nekim Odeljenjima. Sudije Odeljenja u Kragujevcu su u prvih nekoliko meseci imale potpuno neadekvatne uslove za rad, što je delimično otklonjeno prelaskom u zgradu Apelacionog javnog tužilaštva u kojoj je uz pomoć USAID-a u toku 2011. godine bila opremljena sudnica.

Upravni sud je u prvoj godini rada počeo sa izdavanjem Biltena sudske prakse u kome se objavljuju svi zauzeti pravni stavovi kao i referati o uočenim spornim pravnim pitanjima.

Uz sve teškoće na koje je Upravni sud naišao u svom osnivanju i u prvim godinama rada, (od 2010. godine zaključno sa 2013. godinom) sa 91.285 ukupno primljenih predmet, u ovom periodu, mora se napomenuti da je na nivou celog

suda rešen ogroman broj predmeta ukupno 66.299. Sudije ovog suda su učinile ogroman napor u rešavanju predmeta pa je broj primljenih predmeta po sudiji bio 71,54, a broj rešenih predmeta po sudiji 51,96 predmeta, što je mnogo iznad orijentacione norme koja je važila za Upravno odeljenje Vrhovnog suda Srbije od 22 predmeta mesečno. Sudije su učestvovala na mnogim stručnim skupovima, od 2011. godine na savetovanjima, što je podrazumevalo kako pisanje stručnih radova tako i usmena izlaganja. Rad u takvim uslovima uz veliki broj završenih predmeta, uz obavezne rasprave, zahtevao je od sudija veći broj sudećih dana i skoro svakodnevno ostajanje na poslu bez plaćene naknade.

#### UPRAVNI SUD – OD MAJA 2013. GODINE

Prekretnicu u radu Upravnog suda i priliku da se novim programom unapredi rad, predstavljalo je to što je u maju 2013. godine raspisan konkurs za izbor 9 sudija ovog suda koji je izvršen u toku leta i jeseni 2013. godine. Krajem oktobra 2013. godine izvršen je izbor prvog Predsednika ovog suda čime je prekinuto v.d. stanje koje je trajalo skoro 4 godine.

U junu 2013. godine od strane Narodne skupštine usvojena je Nacionalna strategija reforme pravosuđa za period 2013-2018<sup>9</sup> (u daljem tekstu Strategija) kojom su definisani ciljevi, načela i prioriteta čija je afirmacija značila početak otklanjanja ranijih poteškoća koje su bile objektivne prirode. Kao jedan od prioriteta Strategije označeno je rešavanje starih predmeta na osnovu detaljno razrađenog programa. Kako su u Upravnom sudu postojali ogromni zaostaci predmeta i nejednak broj predmeta u Sedištu i odeljenjima kao i po sudijama, što nije bilo posledica subjektivnih okolnosti u radu sudija, to je izmenom Programa rešavanja starih predmeta za 2013. godinu, Programom rešavanja starih predmeta za 2014. godinu, izmenom Godišnjeg rasporeda za 2013. godinu i Godišnjim rasporedom za 2014. godinu izvršena horizontalna relokacija sudija (iz Sedišta u odeljenja) i ujednačavanje broja predmeta po sudiji na nivou celog suda. U Odeljenje u Novom Sadu upućeno je 6 sudija (dva veća) iz Sedišta, a u Odeljenje u Kragujevac jedno veće od 3 sudija. Pre toga je zatraženo od Visokog saveta sudstva povećanje sistematizacije i Odlukom o broju sudija u sudovima<sup>10</sup> povećan je broj sudija za troje, tako da sada po sistematizaciji Upravni sud ima 40 sudija i predsednika. Da bi se sprovedla horizontalna relokacija sudija, istom Odlukom promenjen je broj sudija u Odeljenjima. Nakon sprovedenih mera, u Odeljenju u Novom Sadu funkciju je obavljalo u 2014. godini 10 sudija, u Odeljenju u Kragujevcu 5 sudi-

<sup>9</sup> "Službeni glasnik RS", br. 57/13.

<sup>10</sup> "Službeni glasnik RS", br. 106/13... 12/14.



ja, a u Odeljenju u Nišu 4 sudija, dok su ostale sudije raspoređene u Sedištu. U januaru 2014. godine raspisan je konkurs za 4 sudije ovog suda čiji je izbor u toku, a očekuje se i raspisivanje oglasa za još jedno upražnjeno sudijsko mesto. Izvršena je preraspodela predmeta tako da je svaki sudija imao 700 predmeta u radu, a sudijama Odeljenja u Nišu dat je u rad deo predmeta Odeljenja u Kragujevcu sa inicijalnim aktom iz 2011/12 godine i omogućeno održavanje rasprava u Kragujevcu. Treba napomenuti da ove mere nisu među sudijama po svojoj prirodi popularne, jer obavezuju sudije iz Sedišta da odlaze na suđenja u Odeljenja, ali su bile vrlo korisne i postigle značajne rezultate u rešavanju starih predmeta.

Realizacijom Programa rešavanja starih predmeta za 2014. godinu preduzete su mere i tehnike koje su imale za cilj rešavanje starih predmeta i sprečavanje njihovog nastanka i to: stari predmeti dobili su prioritetni značaj i rešavani su po hronološkom redu zavođenja; identifikovane su grupe predmeta sa inicijalnim aktom iz 2011. i 2012. godine, i zadužena sudska veća za presuđenje i izradu odluka u najstarijim predmetima svake grupe radi efikasnijeg rešavanja ostalih predmeta u grupi; formiran je Tim za smanjenje broja starih predmeta koji je pratio sprovođenje ovog programa i preduzimao mere za njegovo blagovremeno izvršavanje i raspravljalo se o problemima u rešavanju starih predmeta prema utvrđenoj dinamici rešavanja starih predmeta.

Predsednik suda sa predsednicima veća održava redovne kolegijume svakog drugog ponedeljka u mesecu radi analize rezultata sprovođenja Programa, a takva analiza se vrši i na sednicama svih sudija. Na ovaj način stvoreni su uslovi da se reši veliki broj starih predmeta što je u prvoj polovini 2014. godine i učinjeno (ukupno 3173 starih predmeta), uz održavanje vanrednih parlamentarnih i dela lokalnih izbora.

Na dan 31.12.2013. godine broj starih (starijih od dve godine) predmeta u Upravnom sudu je bio 1.829. Od januara do juna 2014. godine rešeno je ukupno 10.960 predmeta, od čega 3.173 starih predmeta, što predstavlja 28,95 % od ukupnog broja od rešenih predmeta, tako da je 30.06.2014. godine starih predmeta prema datumu inicijalnog akta u Upravnom sudu bilo 1.251 (za oko 600 manje u odnosu na 1.01.2014. godine), a ukupan broj oko 9000 predmeta sa inicijalnim aktom iz 2012. godine sa početka 2014. godine sveden je na oko 3000 na kraju juna. Kako je u celoj 2013. godini rešeno 2546, evidentno je da su izbor 9 sudija i sprovedene mere postigle veoma dobre rezultate.

Pored navedenog, izvršena je reorganizacija Pripremnog i Odeljenja sudske prakse u cilju efikasnog funkcionisanja suda, bržeg i kvalitetnijeg rešavanja postojećeg zaostatka predmeta i ujednačavanja sudske prakse. Poseban akcenat je dat na ujednačavanje sudske prakse u cilju dogradnje načela predvidivosti sudskih odluka i stavova.

Po Pravilniku o kriterijumima, merilima, postupku i organima za vrednovanje rada sudija i predsednika sudova<sup>11</sup> koji će se primenjivati od 15.01.2015. godine, orijentaciona norma sudija Upravnog suda je 25 predmeta mesečno i ona je realna. Međutim, s obzirom na postojeći priliv, raznovrsnost, težinu i posebno delikatnost i hitnost pojedinih upravnih materija, sistematizovani broj sudija (40 i predsednik) nije dovoljan da blagovremeno i u razumnom roku reši zaostatak predmeta i prati priliv koji je na šestomesečnom nivou u 2014. godini na nivou celog suda bio 9444 predmeta, a postoje i zaostaci iz prethodnih godina koji su upravo nastali zbog nedovoljnog izbora odgovarajućeg broja sudija i velikog priliva, pa je prosečan broj predmeta u radu po sudiji na nivou celog suda na dan 30.06.2014. godine 670 predmeta. Ovo je značajno smanjenje u odnosu na prosek od 700 predmeta po sudiji početkom januara 2014. godine i posebno prosek od preko 800 predmeta po sudiji iz oktobra 2013. godine. Povećanje broja izvršilaca smanjilo bi potrebu za ogromnim radom sudija van radnog vremena i omogućilo bi da se u okviru radnog vremena potpuno posvete predmetima, praćenju propisa (opšte poznata je širina materijalnog prava u upravnoj materiji) i sudske prakse (Evropskog suda za ljudska prava, VKS-a, Ustavnog suda i dr.). Imali bi više vremena za blagovremenu i potpunu pripremu za suđenje, učešće u radu sednice svih sudija pri zauzimanju pravnih stavova, pisanje stručnih radova i učešće na stručnim skupovima. Zbog toga broj sudija treba projektovati tako da svaki sudija u radu ima do 100-150 predmeta.

Povećanjem brojem sudija na nivou celog suda i posebno u Odeljenjima, prestala bi potreba za relokacijom sudija godišnjim rasporedom iz Sedišta u odeljenja, čime bi se smanjili troškovi i posebno omogućilo sudijama da sa što manje napora obavljaju funkciju. Deo programa rada predsednika suda predstavlja i uspostavljanje saradnje sa pravnim fakultetima, srednjim školama i drugim obrazovnim institucijama. U toku 2014. godine organizovan je Dan otvorenih vrata za učenike Srednje ekonomske škole u Šapcu, kada je učenicima omogućeno da prisustvuju suđenjima i upoznaju se sa radom Upravnog suda.

Posebnu pažnju Upravni sud posvećuje edukaciji sudija i sudijskih pomoćnika. Početkom 2014. godine napravljen je Program edukacije i definisane najaktuelnije teme. Uz pomoć USAID-a, Saveta Evrope i OEBS-a pretežni deo tema je obrađen. Ono što treba posebno istaći je veoma značajna pomoć USAID-a pružena Upravnom sudu u opremanju odeljenja. Već je rečeno da je USAID opremio sudnicu u Odeljenju u Kragujevcu u toku 2011. godine, a pisarnicu sudijske i kabinete sudijskih pomoćnika u maju 2014. godine. U prvoj polovini ove godine Odeljenje u Novom Sadu je takođe u celosti opremljeno (sudnica, kabinet za

<sup>11</sup> "Službeni glasnik RS", br. 81/14.

konferencije, šest sudijskih i dva kabineta za sudijske pomoćnike, uz uspostavljanje novih sigurnosnih vrata i nove telefonske centrale). Ono što je veoma značajno jeste da je USAID finansirao novu internet prezentaciju Upravnog suda, koja je počela sa radom u novembru 2013. godine preko koje građani mogu da se potpuno upoznaju sa organizacijom i radom ovog suda. Veoma je bitno za ujednačavanje sudske prakse da se na ovoj internet prezentaciji nalazi baza sudske prakse sa izabranim anonimiziranim odlukama Upravnog suda čija je dostupnost javnosti od velike pomoći u zaštiti prava građana. Ova baza će se konstantno dopunjavati aktuelnom sudskom praksom.

Radi očuvanja dostojanstva sudija i ugleda Upravnog suda, kao institucije, organizovan je dolazak sudija iz Odeljenja na kolegijume, sednice odeljenja i sednice svih sudija u Beograd, tako što je u dogovoru sa Upravom za zajedničke poslove obezbeđen prevoz putničkim vozilom umesto ranijeg javnog prevoza. Značajan deo programa rada je organizovanje prvog savetovanja Upravnog suda sa upravnim organima koje je planirano za prvi kvartal 2015. godine. Pomoć u sprovođenju ankete upravnih organa radi dobijanja odgovora značajnih za način organizacije novog savetovanja takođe je pružena od strane USAID.

Unapređenjem rada Odeljenja sudske prakse, izdavanjem Biltena sudske prakse, organizovanjem savetovanja sa upravnim organima i postavljanjem nove internet prezentacije Upravnog suda značajno će se doprineti transparentnosti rada i posebno ujednačavanju prakse ovog suda. Sve sprovedene mere veoma će doprineti kvalitetu i efikasnosti rada Upravnog suda pa će to i ubuduće biti imperativ.

#### PRAVCI RAZVOJA UPRAVNOG SUDSTVA U REPUBLICI SRBIJI

Kada se razmatraju pravci daljeg razvoja upravnog sudstva ne može se zanemariti činjenica da je Republika Srbija država u kojoj postoji ne samo višedecenijska tradicija upravnog sudstva, već je do Drugog svetskog rata postojala i tradicija dvostepenog upravnog sudovanja.

Strategijom je kao jedan od ciljeva reforme postavljeno i uvođenje dvostepenog upravnog sudstva. Vraćanje na ovu koncepciju je tekovina, jer samo dvostepeno upravno sudstvo može da obezbedi potpunu i efikasnu zaštitu građana u upravnom sporu. Faktički, dobro i kvalitetno organizovano upravno sudstvo (dvostepenost je sigurno put ka tome) znači da je država uspela da svoje građane zaštiti od sebe same, a to znači realizaciju u stvarnom životu svih Ustavom proklamovanih načela i garantovanih prava.

Prvi korak na tom putu je bio formiranje odeljenja u Upravnom sudu po teritorijalnom principu i ostvareno je načelo da se “sud približi strankama”, odno-

sno da se olakša pristup sudu. Sigurno je lakše pristupiti iz Raške ili Užica u Kra-  
gujevac nego u Beograd ili iz Subotice u Novi Sad. Međutim, osnivanje Odeljenja  
je bila samo prva faza u ostvarenju ideje o dvostepenom sudstvu, jer se na taj na-  
čin vrši priprema za formiranje prvostepenih upravnih sudova u gradskim centri-  
ma u kojima se sada nalaze Odeljenja.

Proširenje sistematizacije sudijskih mesta za sedišta, a posebno za Odeljenja  
je prirodan put da se izvrši reforma upravnog sudstva, jer ukoliko se u fazi jedno-  
stepenog suda sa Odeljenjima ta Odeljenja popune dovoljnim potrebnim brojem  
sudija to će biti sudijska osnova za stvaranje novog dvostepenog sudstva. Za ovim  
sledi proširenje sistematizacije zaposlenih uz obezbeđenje drugih resursa u mate-  
rijalno-finansijskom smislu.

Nacionalna strategija propisuje dvostepeno upravno sudstvo kao cilj, a Ak-  
cionim planom određena je dinamika njegove realizacije. Radi se o sistemskejoj re-  
organizaciji pa je logično da se postavlja pitanje: koji sistem dvostepenog uprav-  
nog sudstva treba prihvatiti imajući u vidu razvijene pravne sisteme i posebno  
iskustva zemalja u okruženju. U svim razvijenim pravnim sistemima upravno  
sudstvo ima izuzetan značaj i u toku je uvođenje dvostepenih upravnih sudova i  
u mnogim zemljama koje su do sada imale jednostepeno upravno sudstvo. Odgo-  
vor na to pitanje može da se iskristališe nakon sprovođenja detaljne analize funk-  
cionisanja postojećeg sistema što će biti posebno obrađena tema u nekom od sle-  
dećih radova.

Ono što dvostepeno sudstvo daje kao mogućnost, ali sa dovoljnim brojem  
sudija, jeste specijalizacija po upravnim materijama. Takođe, dvostepenost će  
omogućiti i negovanje posebnog upravno-sudskog kadra, s obzirom da Uprav-  
ni sud kao republički, jednostepeni sud, nema mogućnost prijema pripravnika.  
To otežava formiranje kvalitetnog stručnog upravno-sudskog kadra, a kada budu  
osnovani prvostepeni upravni sudovi sa sistematizovanim brojem pripravnika  
moći će da se formira kadar od najranijih pripravničkih dana.

#### ZAKLJUČAK

Osnivanje Upravnog suda predstavlja značajnu tekovinu u istoriji pravnog  
sistema Republike Srbije. Time je ostvaren kvalitet koji vodi pravnoj državi i na  
taj način je stvorena obaveza za unapređenje upravnog sudstva.

Država je prepoznala značaj upravnog sudstva. Dokaz toga je činjenica da je  
kao cilj Nacionalne strategije do 2018. propisano uvođenje dvostepenog uprav-  
nog sudstva. Zbog toga je potrebno izvršiti izmenu Zakona o uređenju sudova i Zako-  
na o upravnim sporovima, na koji način bi u ovaj ključni procesni zakon bila uve-  
dena žalba kao redovno pravno sredstvo. Imperativ je takođe, da se izabere dovo-

ljan broj sudija sa posebnim znanjem i iskustvom i izvrši njihova specijalizacija. Na ovaj način će da se omogući potpunije ostvarenje prava na suđenje u razumnom roku i izbegne mogućnost nastanka štete koju država u suprotnom može da bude obavezana da plaća zbog povrede ovog prava.

Dvostepeno upravno sudstvo definisano kao cilj Strategije treba da bude realizovano na način da građanima bude omogućeno ostvarivanje svih aspekata prava na pravično suđenje čime će se afirmisati i ustavno načelo vladavine prava.

Predsednik Upravnog suda će i ubuduće, kroz realizaciju programa rada insistirati na zakonitosti, redu, radu, rešavanju zaostalih predmeta i to po redosledu prijema, ujednačavanju sudske prakse, edukaciji, transparentnosti i posebno kvalitetu presuđenja, a logičan imperativ biće i poboljšanje materijalnog položaja sudija i zaposlenih.



ZEHRA ODYAKMAZ,  
BAYRAM KESKİN,  
OĞUZHAN GÜZEL

## HUMAN RIGHTS POLICY OF THE EUROPEAN UNION AND A DISREGARDED ISSUE: GOOD FAITH

### I. INTRODUCTION

Human rights are rights inherent to all human beings, inviolable, indispensable and unalienable. Human right is a multi-dimensional concept and almost every matter may have an aspect related with human rights. The number of human rights is unknown; a new human right appears termly. Human rights include protection of these rights against state bodies as well as improvement of human personality.

---

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

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

Oğuzhan Güzel, Mevlâna (Rumî) University Faculty of Law Research Assistant in Department of Administrative Law. Abbreviations: ama. above mentioned article; amw. above mentioned work; CFREU. Charter of Fundamental Rights of the European Union; EC. European Community; ECJ. Court of Justice of the European Union; ECHR. European Convention on Human Rights; ECSC. European Coal and Steel Community; ECtHR. European Court of Human Rights; EU. European Community; EEC. European Economic Community; EU. European Union; EURATOM. European Atomic Energy Community; ff. and the following pages; No. Number; O.G. Official Gazette; p. page; TCC. Turkish Civil Code; T.R. Turkish Republic; V. Volume..

The *subject* of our study comprises the periods before and after the preparation of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, provisions that disregard the concept of good faith, which is the most natural humane emotion but not mentioned in any article, some common provisions are included both in the European Convention on Human Rights and in the Charter and some provisions regulated only by the Charter such as “right to good administration”.

The *purpose* of this study is; to examine how some principles included in the Convention, the Charter and in the European Code of Good Administrative Behaviour can be applied more effectively also by the help of “good faith” concept and hence give examples on how good faith concept is reflected in EctHR decisions –without criticizing or interpreting the decisions.

Thus it shall be pointed out that at the present where it is possible to achieve international “integration” in many fields, integration is also possible in “law”, especially in “human rights”. A right which a country accepts as human right is not considered as human right in some other countries and do not punish the behaviour that violates this right. Therefore, *our final objective* is to contribute – even indirectly – to identification of these situations.

## II. HUMAN RIGHTS IN THE EUROPEAN UNION’S TREATIES<sup>1</sup>

In 1951 in Paris the treaty establishing the European Coal and Steel Community (ECSC) was signed<sup>2</sup>. The treaty does not include any provisions related to human rights.

In 1957 the treaty establishing the European Economic Community (EEC) comprised of protocols was signed in Rome<sup>3</sup>. Although the concept of “human rights” were not directly included in the treaty; in article 118 promoting close cooperation between member states in social security, prevention of occupational

---

<sup>1</sup> The amendments in EU Treaties at various times were made through following documents: European Single Act (1987), EU Treaty (1993), Treaty of Amsterdam (1999), Treaty of Nice (2003), Treaty of Lisbon (2009). Among the treaties of EU, the one that established the European Economic Community has gone through changes both by the amendments made in its content at various times and also by its name/title. Primarily the name of the treaty that established the European Economic Community by the EU Treaty which came into force on 1 November 1993 is named as the Treaty Establishing the European Community. The Treaty of Lisbon that entered into force on 1 December 2009 changed the name of the Treaty Establishing the European Community as the Treaty on Functioning of EU. The EU Treaty and the Treaty Establishing European Atomic Energy Community has been subsisting under the same titles. <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=46106> (Date of Access: 24. 08. 2014).

<sup>2</sup> The European Coal and Steel Community was signed in Paris on 18. 4. 1951 for 50 years, entered into force on 23. 7. 1952 and expired on 23. 7. 2002.

<sup>3</sup> EEC was signed in Rome on 25. 3. 1957, entered into force on 1. 1. 1958 and its name was changed as European Community by the Treaty of Maastricht.



accidents and diseases; in article 119 each member State shall ensure and maintain the application of the principle that men and women should receive equal pay for equal work and in article 130(r) contributing to the protection of “environment” and human health, are regulated.

The Treaty of European Atomic Energy Community (EURATOM) was signed also in Rome on the same date. Articles 12-23 of EURATOM Treaty Chapter II headed as “Dissemination of information” granted the member states and persons the right to benefit from the information which is the property of the Community<sup>4</sup>. By the regulations/amendments made on The Maastricht Treaty (Treaty on European Union-TEU) signed in Maastricht on 7 February 1992 and entered into force on 1 November 1993, Treaty on EU was established. In Article 2; it is stated that The European Union is founded on the values of respect for human rights, the state under rule of law, equality, democracy, freedom and respect for human dignity including the rights of the minorities, and these values are also common to the Member States in a society, in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between men and women prevail<sup>5</sup>. On the breach of article 2, the warnings and should the need arise the sanctions shall be placed as stated in Article 7. In paragraph 2 of article 6 of the Treaty, it is proposed that The European Union should access the European Convention on Human Rights.

The Treaty of Amsterdam, signed in 1997, can be considered a milestone. It brought additions and amendments to the Treaty on EU and to the Treaty Establishing European Community and laid new emphasis on issues such as; democracy, individual rights and freedoms, employing workers, establishing a space of freedom security and justice.<sup>6</sup> With the Treaty of Lisbon signed in 2007, Euro-

---

<sup>4</sup> EURATOM was signed in Rome on 25. 3. 1957 permanently and entered into force on 1. 1. 1958.

<sup>5</sup> EU was established by the Treaty that was signed on 7 February 1992 and entered into force on 1 November 1993. (REÇBER does not approve the usage of EU term starting from that date because the term of European Communities has been used for EC, EURATOM and ECSC). See. REÇBER, Kâmuran: *Avrupa Birliği Hukuku ve Temel Metinleri*, 2. Edition, Bursa 2013, p. 1. EC; has been used for EURATOM and ECSC. The name of the European Economic Community, which was established by the Treaty of Rome signed on 25. 3. 1957 and entered into force on 1. 1. 1958, was changed as European Community by the Treaty of Maastricht. And consequently the term of EEC has been replaced by EC. RINCÓN-EIZAGA, Lorena: “Human Rights in the European Union Conflict Between the Luxembourg and Strasbourg Courts Regarding Interpretation of Article 8 of The European Convention on Human Rights”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Issue 11, 2008, p. 131-132; SANİOĞLU, Hilâl: “Avrupa Birliği Hukukunda İnsan Hakları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, No. 74, Y. 2008, p. 82.

<sup>6</sup> Treaty of Amsterdam was signed on 2 October 1997 and entered into force on 1 May 1999. For information on Treaty of Amsterdam see. Çavuşoğlu, Naz: “Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Katılım Meselesi (European Union and European Convention on Hu-

pean Union with the legal framework was established. In the preamble of the Treaty of Lisbon development of universal values such as freedom, democracy, equality, rule of law and inviolable and inalienable rights of the human person, and Europe's religious, cultural and humanist inheritance was mentioned.<sup>7</sup>

Relating to accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, the Member States accepted a Protocol no.8 on 13 December 2007 through Treaty of Lisbon. Provided for in article 6§3 of the Treaty on European Union, fundamental rights, as guaranteed by the European Convention on Human Rights, shall constitute "general principles" of the Union's law.<sup>8</sup>

### III. THE EUROPEAN UNION'S COMPLEMENTARY SOURCES THAT CAN BE RELATED WITH HUMAN RIGHTS

The sources of EU law are gathered in four groups; primary norms, derived norms (secondary law), conventional transactions, complementary sources<sup>9</sup>. There are also four types of complementary sources:

"General principles of law" are some principles which are adopted by all civilised countries, unwritten but generate responsibility when not obeyed by the administration. General principles of law have a specific significance in EU law. Fundamental rights catalogue for the protection of human rights and fundamental freedoms does not exist in Treaty of the European Union. Therefore fundamental rights and freedoms are considered within the general principles of law. Regarding this, ECJ refers to the related regulations of ECHR. ECJ does not lay down a criterion as to adoption of general principles of law in absolutely all of the member states, but considers it sufficient to be used in most of them.<sup>10</sup> "International law" is also a source of inspiration for ECJ. ECJ benefits from various sources

---

man Rights: Matter of Participation); Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 2005, No. 22, p. 2-3; RINCÓN-EIZAGA, Lorena: ama., p. 132-133.

<sup>7</sup> For more information on fundamental rights and Treaty of Lisbon, see. Pernice, Ingolf: "The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights", published in Stefan Griller-Jacques Ziller (editors), *The Lisbon Treaty, EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Springer Wien, Newyork 2008, p. 235-249; REÇBER, Kâmuran: amw., p. 2; ŠALTINYTĖ, Loreta: "European Union Accession to The European Convention on Human Rights: Stronger Protection of Fundamental Rights in Europe?", *Jurisprudence*, 2(120), 2010, p. 177-196.

<sup>8</sup> REÇBER, Kâmuran: amw., p. 131.

<sup>9</sup> For detailed information, see. Reçber, Kâmuran: amw., p. 94-134.

<sup>10</sup> Reçber, Kâmuran: amw., p. 129-132; ŠALTINYTĖ, Loreta: ama., p. 179-180; BERGHE, Frederic van den: "The EU and Issues of Human Rights Protection: Same Solutions to More Acute Problems?", *European Law Journal*, V. 16, No. 2, March 2010, p. 113-116; WOPERA, Zsuzsa: "The General Principles of Law At The Practice of The European Court of Justice", *Juridical Current*, Volume 12, Issue 1, 2009, [http://www.upm.ro/facultati\\_departamente/ea/RePEc/curentul\\_juridic/rcj09/rcjurid091\\_4F.pdf](http://www.upm.ro/facultati_departamente/ea/RePEc/curentul_juridic/rcj09/rcjurid091_4F.pdf) (Date of Access:24. 08. 2014).

of international law such as the written, common and general principles of law.<sup>11</sup> “National law” of the Member States may sometimes be a source for EU law. “Jurisprudence” instituted by ECJ is an important and unique (*sui generis*) source of EU law. Starting with its decision on Stauder case in 1969, ECJ had the attitude that fundamental rights are within the general principles of Community public law order and it has progressively strengthened this attitude by its later jurisprudence.<sup>12</sup>

The next step has been; establishing a connection between international treaties on human rights and the protection of fundamental rights by EC. In its Nold II decision dated 1974, even stating that international treaties shall be considered in protection of human rights, ECJ did not clearly refer to ECHR, it indirectly built a bridge between the protection of human rights and ECHR. ECJ’s first and direct reference has been with Rutuli decision<sup>13</sup>. ECJ has later kept this attitude, in most of its decisions on fundamental rights it referred to common constitutional traditions of member states and to the provisions of ECHR and took ECtHR’s comments into consideration.<sup>14</sup> It should not be disregarded that all member states being a party of the Convention is of great importance for the assessment of public law in relation with the ECHR. In transactions of EU institutions like *regulation, directive and decision*, we come across with regulations similar to human rights such as; free movement of workers, foreign nationals’ freedom of travel and settlement, free movement of goods, service and people, prohibition of discrimination based on citizenship, prohibition of gender discrimination based on salary.

“Democracy declaration” dated April 8 April 1978, is an important document in relation to the protection of fundamental rights. In this declaration, it is emphasized that protection of fundamental rights, parliamentary democracy and respect for human rights are primary requirements of accession to EC.<sup>15</sup>

In the European Social Charter dated 1961, amended in 1996, emphasis was made “to cooperate for improvement of democracy”. When we assess all the tre-

---

<sup>11</sup> REÇBER, Kâmuran: amw., p. 127-129.

<sup>12</sup> For Stauder decision, see. Arsava, A. Füsün: “Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Temel Haklar (Court of Justice of the European Communities and Fundamental Rights)”, AÜSBFD, V. 52,S. 1-4, January- December, p. 118-119; DÖNER, Ayhan: İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Ankara January 2003, p. 119-120; RINCÓN-EIZAGA, Lorena: ama., p. 127.

<sup>13</sup> For Nold II decision dated 14 May 1974 and Rutuli decision, see. Arsava, A. Füsün: “Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ..... ”, ama., p. 118-119; ŠALTINYTĖ, Loreta: ama., p. 180; RINCÓN-EIZAGA, Lorena: ama., p. 127-128.

<sup>14</sup> Döner, Ayhan: amw., p. 120-121; GÖÇER, Mahmut: “Avrupa Birliği ve Temel Hakların Korunması (The European Union and Protection of Fundamental Rights)”, Anayasa Yargısı Dergisi, V. 17, Y. 2000, p. 391-392; BERGHE, Frederic van den: ama., p. 113-122.

<sup>15</sup> ARSAVA, A. Füsün: “Avrupa Toplulukları Adalet Divanı .... ”, ama., p. 118; Döner, Ayhan: amw., p. 121-122.

aties and written documents of EU, we see that these treaties lack provisions for protection of human rights. Absence of a catalogue on fundamental rights caused problem in protection of fundamental rights of member state citizens against community acts. The gap was tried to be filled by commitment to general principles of law and commitment to human rights granted in member states' constitutions. The most concrete steps hereof have been considered in ECJ decisions and in treaties and declarations signed. Concepts such as respect for human rights, democracy and rule of law define fundamental values of EU.<sup>16</sup>

#### IV.THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The Convention was prepared by the Council of Europe which was established in 1949 following the II. World War<sup>17</sup>. Turkey became a party to the Convention in 1954.<sup>18</sup>

The Convention does not secure all the rights<sup>19</sup>. New rights are included to the Convention rather by various Protocols<sup>20</sup>. Protocol No.14, amends Article 59 of the Convention headed as "signature and ratification". According to the amended paragraph 2: "*EU may accede to this Convention*". In the EU Constitution that was not accepted, the same statement took place.<sup>21</sup> In accordance with Turkish law system, after exhaustion of domestic remedies, individuals may individually apply to the EctHR, which was established in accordance with ECHR, and may file a case against the state. In 1982 Turkish Constitution and in their par-

---

<sup>16</sup> BERGHE, Frederic van den: ama., p. 122 ff.

<sup>17</sup> The Statute of the Council of Europe was signed in London on 5 May 1949 by the foreign ministers of ten European states and entered into force on 3 August 1949.

<sup>18</sup> The European Convention on Human Rights was signed in Rome on 4 November 1950 and entered into force on 3 September 1953. Turkey approved the Convention by Law dated 10 March 1954 and became a party to the Convention by submitting the certificate of ratification to the Secretariat General for the Council of Europe on 18 May 1954.

<sup>19</sup> The rights included in the Convention are; right to life, prohibition of torture, prohibition of slavery and forced labour, right to liberty and security, right to fair trial, no punishment without law, right to respect for private and family life, freedom of thought, conscience and religion, freedom of expression, freedom of assembly and association, right to marry, right to an effective remedy, prohibition of discrimination, derogation in time of emergency, restrictions on political activity of aliens, prohibition of abuse of rights, limitation on use of restrictions on rights.

<sup>20</sup> Protocol 1: Protection of property, right to education, Protocol 4: Freedom of movement, Protocol 6: Abolition of the death penalty, Protocol 7: rights related to jurisdiction, Protocol 12: Articles prohibiting all kinds of discrimination.

<sup>21</sup> For detailed information, see. Çavuşoğlu, Naz: ama., p. 10. For discussions on EC being a party to the Convention, see. Göçer, Mahmut: ama., p. 387-391; ŠALTINYTĖ, Loreta: ama., p. 180-182.

particulars, the Convention Universal Declaration of Human Rights, Certificate of French Nationality are emphasised. In Article 2, the statement of “...respectful to human rights” takes place. ECHR, which Turkey is the party of, is also the basis of the Turkish Constitution. In this respect, during constitutional control process in other words when examining the unconstitutionality, The Turkish Constitutional Court benefits from the Convention as a subsidiary norm –even not directly – and considers its value and affect.<sup>22</sup> We may group the relationship between the 1982 Turkish Constitution and the Convention under three headings:<sup>23</sup> i) The Convention is the basis and justification/reason of the 1982 Turkish Constitution. ii) 1982 Turkish Constitution has provisions that make references to international law and treaties. iii) Article 90 of the 1982 Turkish Constitution headed as “Ratification of international treaties” prioritises international agreements in the case of a conflict with national/domestic law.<sup>24</sup> However this conflict should concern fundamental rights and freedoms. As known, the human rights which are under protection are called fundamental rights. In a decision of the Constitutional Court, the treaties which Turkey is a party of and which the Convention is also involved are defined as “*international treaty that has the nature of law in terms of Turkish domestic law*”.<sup>25</sup>

The Constitutional Court’s decisions including the Convention’s provisions have been gradually increasing.<sup>26</sup> Judgement of infringement against Turkey has been mostly given on articles of “right of security and freedom” and “duration of judicial process”. Being ranked the second regarding the number of applications to the EctHR, Turkey has fallen to the fifth grade in 2013. EctHR attributes

---

<sup>22</sup> Odyakmaz, Zehra: “Hukukun Uluslararası Bütünleşmesi ve İç Hukuka Yansımaları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V. 16, S. 2, Y. 2008, p. 26; Odyakmaz, Zehra: “International Integration of Law and Its Reflection to National Law (Hukukun Uluslararası Bütünleşmesi ve İç Hukuka Yansımaları)”, Pravni zivot casopis za pravnu teoriju i praksu, Tematski Broj, Pravo I Medunarodne Integracije, 21 godine kopaonice škole prirodnoğ prava, Udruženje pravnika srbije, Broj 14, Beograd 2008, Tom VI, p. 231-258.

<sup>23</sup> For detailed information, see. Gerek, Şahnaz- Ali Rıza Aydın: “Türk Anayasa Yargısında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin Yeri (Place of the European Convention on Human Rights in Turkish Constitutional Law)”, Amme İdaresi Dergisi, V. 37, No. 3, September 2004, p. 83-110.

<sup>24</sup> For detailed information on Article 90 of the 1982 Turkish Constitution, see. Gerek, Şahnaz- Ali Rıza Aydın: “Anayasa’nın 90. Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim (Future of The Laws and Constitutional Control In Relation To Amendment In Article 90 of the Constitution)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, No. 55, Y. 2004, p. 226-238.

<sup>25</sup> For the decision of the Turkish Constitutional Court dated 29. 11. 1990 and DKT. 1990/31, D. 1990/31, see. O. G. dated 02. 07. 1992 No. 21272.

<sup>26</sup> The reasons of this increase as identified by the researchers and other detailed information, see. GEREK, Şahnaz- Ali Rıza AYDIN: “Türk Anayasa Yargısında ..”, ama., p. 87. For the methods used by the Turkish Constitutional Court in its justified decisions related with the ECHR and ECtHR decisions, see. GEREK, Şahnaz- Ali Rıza AYDIN: “Türk Anayasa Yargısında ..”, ama., p. 88-89.

the decrease in number of applications from Turkey to the grant of right for individual application to the Turkish Constitutional Court. Moreover, with the Law No.5233 on the “Compensation of Damages That Occurred Due to Terror and the Fight Against Terrorism” lays down the principles and procedures for the earliest compensation of pecuniary damages suffered by persons due to terrorist actions or activities undertaken during the fight against terror, by a friendly settlement without applying to judiciary and establishment of “Damage Assessment Commissions” accordingly. Thus, compensation by a friendly settlement for the pecuniary damages of the third persons caused by both the administration and by the terrorists may result in a decrease in the applications to the ECtHR.<sup>27</sup> Both the Turkish Council of State and the Turkish High Military Administrative Court include provisions of the Convention in their decisions.<sup>28</sup>

## V. THE EUROPEAN CHARTER ON FUNDAMENTAL RIGHTS

For the fundamental values such as respect for human rights and human dignity, equality and freedom to be applicable in a country, that state should be a state under rule of law. We can briefly define a state under rule of law as the state which is aware that it also has to obey the rules laid down by itself. But we have to remark that it is more essential to consider its elements rather than its definition. We cannot talk about the existence of a state under rule of law even one single element is missing. So, the Charter is a human right certificate which regulates the fundamental rights and freedoms that are required in a state under rule of law.

### *a. Preparation Process of the Charter*

As mentioned before; even though fundamental rights and freedoms are significant in EU law, a codified fundamental rights catalogue does not exist in treaties. This is not because it was forgotten. One of the reasons is; it is not among the priorities of the Community which aims an economical and technical structu-

---

<sup>27</sup> For detailed information on establishment of “Damage Assessment Commissions in accordance with Law No. 5233 on the “Compensation of Damages That Occurred Due to Terror and the Fight Against Terrorism” and principle of social risk and principle of equal apportionment of public burdens which are resorted for the redemption of compensations, see. Odyakmaz, Zehra-Oğuzhan Güzel: “Mahkeme Kararları Işığında Terör Olaylarında İdarenin Sorumluluğuna Genel Bir Bakış (A General View to the Administration’s Responsibility in Terror Incidents In The Light of Court Decisions)”, Mevlâna Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V. 1, Y. 2013, No. 1, p. 1-61; Odyakmaz, Zehra: “Administration’s Responsibility in Terror Incidents”, Pravni zivot casopis za pravnu teoriju i praksu, Tematski Broj, Pravo I Odgovornost, 24 godina kopaonice skole prirodno prava, udruzenje pravnika srbije, Broj 10, Beograd 2011, Tom II, p. 137-170.

<sup>28</sup> For judgement examples of Turkish administrative jurisdiction (The Council of State-Administrative Court) in which references are made to the provisions of the Convention and its Protocols and to the decisions of the ECtHR, see. BİLGİN, Hüseyin: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İdari Yargısına Yansımaları, 1. Edition, Ankara May 2014, p. 815-978.

ring and the other reason is the consideration of leaving the protection of fundamental rights to the national authorities with respect to the perspective of that time and in accordance with the member states' point of view.<sup>29</sup>

Both in the preamble of the Single European Act signed in 1986, and in the Treaty of Maastricht and the Treaty of Amsterdam, it is stated that “...*protection of fundamental rights, respect for human rights are the fundamental principles of the Union...*”<sup>30</sup>. However no information is available on the followings in the preliminary studies of the treaties: a) Was the absence of fundamental rights in the treaties at the beginning, a shortsightedness? b) Was it believed that EU shall not lay its hands on this sensitive/critical area? c) Was it the idea that limitation of national sovereignty power shall become a current issue effective?<sup>31</sup> It is stated that, ECJ did not restrict itself with the written rules of EU in the interpretation and functioning of the treaties and considered the fundamental rights within the essential principles of the EU law and these played a role in this preparation process.<sup>32</sup>

Three different opinions have come up for improving the protection of fundamental rights in EU: The first one is; ECJ has been already functioning for protection by its court practices and task of protecting fundamental rights can be executed even without a written fundamental rights catalogue. The second one is; accession of EU to the ECHR. The third one is: formation of a fundamental rights catalogue.<sup>33</sup> We can shortly list the reasons for EU to need a Charter on Fundamental Rights as follows: The principle of state under rule of law requires presentation of a codified catalogue of fundamental rights to the society, which is available and understandable for everyone and which indicates fundamental rights as a whole. It is not clear whether ECJ bases on primary or secondary sources in its fundamental right jurisprudence for concrete cases. A catalogue of fundamental rights shall strengthen legitimacy of the Community. Besides its reconciliatory function, the catalogue is an order of objective value and plays a role in the establishment of a consensus among citizens. Although being the basis for ECJ, national constitutions and national catalogues of fundamental right are not available for EU. The Convention –even though included in ECJ decisions – is

---

<sup>29</sup> METİN, Yüksel: “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (The European Charter of Fundamental Rights)”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 57-4, p. 37; Döner, Ayhan: amw., p. 118-119; Lane, Robert: “The EU Charter of Fundamental Rights and The Subsisting Commitments of EU Member States Under The European Convention on Human Rights: More Variable Geometry”, Croatian Yearbook of European Law & Policy, V. 3, 2007, p. 355-362.

<sup>30</sup> The European Single Act was signed on 28. 2. 1986 and entered into force on 1. 7. 1987. METİN, Yüksel: ama., p. 37.

<sup>31</sup> ARSAVA, A. Fusun: “AB'nin Anayasallaşma Sürecinde Temel Haklar Şartı (Charter of Fundamental Rights In Constitutionalisation Process of the EU)”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, V. 3, No. 2 (Spring: 2004), p. 2.

<sup>32</sup> METİN, Yüksel: ama., p. 37-38.

<sup>33</sup> For discussions on this matter, see. METİN, Yüksel: ama., p. 38-39.

not implicitly valid for the Union. It also does not include all the rights required for an effective protection of fundamental rights in integration process and does not contain economical and social rights and rights related with Union citizenship<sup>34</sup>. The Convention which is a sui generis body that prepared the Charter has been given the task not to create something new or renovate but to reveal the existing ones<sup>35</sup>. The sources which have been used during codification are; ECHR, common constitutional traditions, the European Social Charter, Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, primary and secondary sources of Community law, various international treaties, jurisprudences of ECJ and ECt-HR<sup>36</sup>. So another feature of the Charter is that it has codified the already existing fundamental rights guarantees and ECJ has to make use of the Charter as a source, in accordance with Article 6§2 of the EU Treaty.<sup>37</sup>

### *b. General objective and importance of the Charter*

The *objective* of the Charter is to maintain respect for human rights and fundamental right guarantee against EU's acts, to assure and effectively protect the fundamental rights, because the Convention provides only the minimum standard of fundamental rights. The *importance* of the Charter is; that it codifies the current fundamental rights and guarantees and that its content shall be used as a source by the ECJ in terms of article 6§2 of the Treaty on European Union. By means of this Charter, Europe has acquired a certificate on fundamental right once again 50 years later than the signing of the Convention. The Charter has not taken the place of the European Convention on Human Rights but has become a complementary text for the Convention<sup>38</sup>. The Charter has enabled a more clear formulation of the fundamental rights. The approval of the Charter strengthens legitimacy of the EU, makes the fundamental rights visible to EU citizens and increases the protection level of these rights<sup>39</sup>.

The Convention does not include all the rights compulsory for an effective protection of fundamental rights in integration process. Protection of personal

<sup>34</sup> METİN, Yüksel: ama., p. 40-41.

<sup>35</sup> For the establishment of the Convention, its manner of work, duty, inner organisation during the Charter's preparation process, see. METİN, Yüksel: ama., p. 42-46; Arsava, A. Füsün: "Avrupa Temel Haklar Şartı (The European Charter of Fundamental Rights)", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, V. 5, No. 1 (Autumn:2005), p. 4 ff.; Arsava, A. Füsün: "AB'nin Anayasallaşma..." ama., p. 3-6.

<sup>36</sup> METİN, Yüksel: ama., p. 46.

<sup>37</sup> Arsava, A. Füsün: "Avrupa Temel Haklar Şartı", ama., p. 12.

<sup>38</sup> Arsava, A. Füsün: "Avrupa Temel Haklar Şartı (The European Charter of Fundamental Rights)", ama., p. 1, p. 12-13; METİN, Yüksel: ama., p. 46. For relationship between the Charter and the ECJ, see. Ingolf: ama., p. 249-252.

<sup>39</sup> METİN, Yüksel: ama., p. 36-37, p. 46-47; WOPERA, Zsuzsa: ama.



information, basic principles on bioethics and right to good administration are among the rights newly included in the Charter<sup>40</sup>. Compatibility has been tried to be established between the Charter and the Convention.

In conformity with the rights secured by the Convention, it is accepted that the rights included in the Charter has the same importance and affect. The connection between the Charter and the Convention is established by “Explanatory Report of the Charter”. In the report, basis and scope of each of the rights set out therein are indicated<sup>41</sup>. The Charter makes a connection with the Convention by making references in three separate sections. In the preamble; it confirms the rights as they result from the Treaty. In Article 52§3 it is stated that the meaning and scope of the rights shall be the same as those laid down by the said Convention.

In accordance with Article 53, related with protection level; nothing in this Charter shall be interpreted as restricting or adversely affecting human rights and fundamental freedoms as recognised by the Convention.<sup>42</sup> The draft set up by the Convention in charge of preparing the Charter was discussed by the members of the European Council in Biarritz summit on 13-14 October 2000 and it was signed and proclaimed by the European Parliament, the Council and the Commission on 7-8 December 2000 in Nice. The Charter consists of Preamble, 7 chapters and 54 articles and it includes “citizen rights” unlike the Convention. The first six chapters are on concrete regulations regarding fundamental rights and freedoms; the seventh chapter is on general provisions.<sup>43</sup> The contemporary developments have taken their places in articles 3, 8, 24, 26, 33, 41 and 42.

#### VI. REVIEW OF SOME PROVISIONS OF THE EUROPEAN CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS WITH REGARD TO APPLICABILITY OF “GOOD FAITH” CONCEPT AND EXAMPLES FROM THE DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The rule of good faith is basically founded on moral criteria. Besides being a principle which affects the behaviours and actions of the people within the so-

---

<sup>40</sup> METİN, Yüksel: ama., p. 40,46; Çavuşoğlu, Naz: ama., p. 4; RINCÓN-eizaga, Lorena: ama., p. 147-149; Berghe, Frederic van den: ama., p. 147-156.

<sup>41</sup> Çavuşoğlu, Naz: ama., p. 4-5. For the relationship between EU and the Convention, see. Çolak, Nusret İlker: *Avrupa Birliği Uyum Sürecinde İdarî Reformlar*, England and Turkey, First Edition, Ankara May 2005, p. 203-205, Seçkin.

<sup>42</sup> Döner, Ayhan: amw., p. 127-129.

<sup>43</sup> These provisions are; human dignity (art. 1-5), freedoms (art. 6-19), equality (art. 20-26), solidarity (art. 26-38), EU citizens' rights (art. 39-46), justice (art. 47-50) and general provisions (art. 51-54). For detailed information, see. Arsava, A. Füsün: “Avrupa Temel Haklar Şartı”, ama., p. 1-13; Döner, Ayhan: amw., p. 125-127; Rincón-eizaga, Lorena: ama., p. 144-147; Berghe, Frederic van den: ama., p. 146-147; Lane, Robert: ama., p. 367-370.

ciety, it is a requirement for some cases such as the origination of a right, acquisition of a right or origination of a legal situation. People need sense of reliance in their daily relations and legal transactions. Therefore laws enable in favour of the person who acts in good faith. In legal terms, the concept of good faith can be defined as “not being aware of a situation which may give rise to a legal consequence or not being in a state to be aware of it”. Good faith generally stands out in the acquisition of a right. If a person is “uninformed” or “misinformed” with regard to reasons that prevent acquisition of the right, that person is assumed to have good faith. In relation to Article 3 of the Turkish Civil Code; “*Bona fides is presumed whenever the existence of a legal position is dependent on the observance of good faith. However, no person can plead bona fides in any case where he has failed to exercise the degree of care required by circumstances.*”

Good faith is a fundamental principle which is applicable to all fields. Its elements are ignorance and being tolerable. There is public interest in protection of good faith.<sup>44</sup>

### 1. Article 6 of the Charter “Right to Liberty and Security”

We believe, Article 6 of the Charter<sup>45</sup> which states as “*Everyone has the right to liberty and security of person*”, is one of the few provisions in which “good faith” may take place. Besides the Charter is the universally designed and developed most recent human rights certificate.

The Turkish citizen E.E. applied to the European Court of Human Rights against Turkey. The reason of the application is Article 34 of the European Convention on Human Rights. While the applicant was serving his military service he got leave and went to İ.... to see his family. He did not go back to his barracks afterwards. On 22 February 2003 he was caught by the police during a police search and detained at Ş..... Military Regional Command on suspicion of being a deserter. The next day he was handed over to the İ..... Military Command, where he was kept in a “security room” between 23 February- 6 March 2003. The European Court of Human Rights identified that these periods were later set off from the applicant’s imprisonment. Moreover, the Government did not submit any explanation or detail as to which safety measures or other precautions the applicant was subject to during his custody. The Government also did not present any evidence proving that the applicant stayed almost within the ordinary military service life during that time except mentioning that the applicant continued his military service. The Court considers that the applicant was deprived of his liberty during the time he was detained in custody in İ..... between 22 February and 6

<sup>44</sup> ZEVKLİLER, Aydın-Şeref ERTAŞ-Ayşe Havutçu-Damla Gürpınar: Yeni Medenî Kanuna Göre Medenî Hukuk (Temel Bilgiler), 8. Edition, Ankara October 2013, p. 47 ff.

<sup>45</sup> Article 6 of the Charter: “*Right to liberty and security- Everyone has the right to liberty and security of person*”.

March 2003. The Court also has serious doubts in relation to the authorities' actions being based on any of the "legislative provisions". Anyhow the Court does not feel it necessary to have an answer to this question because in any case the basic matter that should be examined is whether there was an arbitrary detention. In this regard, the Court records that the applicant was deprived of his liberty for a total of 17 days, between 22 February and 6 March 2003. The Court does not see a reason to doubt that the authorities acted with good faith when keeping the applicant in custody in conformity with the limitations permitted by the related paragraph of the Article 5§1 of the Convention. However, in order to prevent the impression that the authorities acted "arbitrarily", in accordance with the Article 5§1(b) of the Convention the detention should be executed in good faith, should be closely connected with the Government's reason of detention, detention place and detention conditions should be appropriate and the detention period should not exceed the time reasonably required for the followed purpose.<sup>46</sup> As seen in the example, even in the implementation of the act of detention from right of freedom and security in conformity with the legislation, good faith can be in question.

## *2. Article 9 of the Charter "Right to Marry and Right to Found a Family"*

Although Article 9 of the Charter<sup>47</sup> states that the right to marry and the right to found a family shall be guaranteed in accordance with the national laws governing the exercise of these rights, the issues such as the cancellation of a marriage held in "good faith" should have been considered and a regulation to protect the party with good faith should have to be made. For instance; a person cannot be married to more than one person in legal terms. However, if the second marriage has been realized somehow, this marriage is null and void. (Turkish Civil Code Art. 145, 146). Yet, the second marriage cannot be rendered invalid by Court provided that the first marriage has already been terminated due to death or divorce before the judgement for nullification and the spouse of the second marriage is in good faith. (TCC. Art. 147).

In Turkey, the state pays pensions to widows or orphan women whose fathers had once been a public officer. Many women in financial need, get an uncontested divorce, apply to the state for the pension from their fathers and keep on living with their spouses as if they are not divorced. If the state identifies such a situation, acting with principle of good faith, the pension is no longer paid.

---

<sup>46</sup> Application dated August 2003 and No. 30326/03 <http://www.davuterkan.av.tr/aihm-erkus-v-turkiye-karari/> (Date of Access:06/07/2014).

<sup>47</sup> Article 9 of the Charter: "*Right to marry and right to found a family - The right to marry and the right to found a family shall be guaranteed in accordance with the national laws governing the exercise of these rights*".

3. Article 11 of the Charter “Freedom of Expression and Information”

According to Article 11 of the Charter: “1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. 2. The freedom and pluralism of the media shall be respected.”

Turkish citizens F.S., N.T.B., S.K. (the applicants), made an application<sup>48</sup> against the Republic of Turkey lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, on 9 July 2003. The applicants had a remedy on a matter. They claimed that the situation constituted an unjustified interference in the exercise of their right to impart information or ideas. They relied on Article 10 of the Convention.

The Court points out the role of press in a democratic society. Even though the press should stay within the limits of protecting others’ reputations and rights, it also should inform about every matter of general interest in conformity with its duties and responsibilities. On the other hand, although freedom of press involves a certain dose of exaggeration and even provocation, people of press are liable to act in good faith in presenting true and dependable news as part of respect for journalism.

Ankara .... Administrative Tribunal decided for the cancellation of a journalist’s permission to track the Prime Ministry. The Court remarks that the decision of cancellation shall have a deterrent influence on the journalists’ will to make news. It was emphasized that both two of his news/reports which resulted in cancellation of the journalist’s accreditation certificate did not have anything against occupational principles. In the decision it was stated that the press may only be limited by the criterion of “necessity” and interpretations of the Court were listed. It was pointed out that to hold the press liable for proving the value judgement and beliefs is an impossible demand. The decision said as follows<sup>49</sup>: “Even though the burden of proof shall be asked for news based on facts, the journalist’s defence/justification of good faith should be acknowledged as sufficient. If the journalist and the publication pursue a legitimate purpose, if the subject is to the interest of the public and if a reasonable effort is made to verify the events, it should be considered that there exists a good faith. The journalist should not be punished if he has satisfactory reason to believe that information is true.” The decision mentioned that, the burden to the press for publishing the completely proved facts means unpublishing almost nothing and this would prevent the discussion of topics that is to the interest of the public.

---

<sup>48</sup> <http://www.kararara.com/aihm/turkce2/aihm11320.htm> (Date of access:26/08/2014).

<sup>49</sup> [http://www.hurriyet.com.tr/gundem/11497543\\_p.asp](http://www.hurriyet.com.tr/gundem/11497543_p.asp); <http://www.milliyet.com.tr/iyiniyete-bakilmali/guncel/gundemdetay/16.11.2009/1162388/default.htm>.

We may group the freedoms to be protected within Freedom of Expression, as regulated in Article 10 of the Convention, as: 1. freedom to hold opinions 2. Freedom to receive information and ideas 3. Freedom to impart information and ideas. When these freedoms are in question we have to consider press and media's freedom of expression as well. The Court has granted them (regarding the faults of the media) the right to "defence of good faith". The Court stated as follows in Dalban case: "*There is no proof that the description of events given in the articles was totally untrue and was designed to fuel a defamation campaign against G.S*". If the purpose of a journalist or a publication is acceptable, the subject is to the interest of the public and necessary effort had been made to verify the event, the press shall not be held responsible. Thus the consideration that the acts should be based on sufficient and reasonable/valid ground is acknowledged. The Court confirmed the principle that Article 10 protects journalists' rights to divulge information of general interest provided that they are "acting in good faith and on an accurate factual basis and provide reliable and precise information in accordance with the ethics of journalism". Accordingly, it should be sufficient to hold the journalist liable only for making a reasonable search and presume the accuracy of the information in good faith.<sup>50</sup>

As seen, in practise of article 11 of the Charter good faith concept might be needed.

#### 4. Article 17 of the Charter "Right to Property"

Though "good faith" is a standing out principle in acquisition of real rights, this principle have not been mentioned in Article 17<sup>51</sup>. Having possession of movables attributed to acquisition in good faith depends on the form of disposal.

Movables disposed by the owner or by the consent of the owner can be delivered by a legal action. The people who acquire the ownership of the movables are in good faith because they do not know if the transferor from whom the movable has been delivered had possessed the movable or their ignorance is not due to their own fault. Turkish Civil Code protects the good faith of these people, makes it possible to acquire the property right from the one who lacks the ownership.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> MACOIVE, Monica: İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, p. 15,42, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/io-aihs.pdf> (Date of Access: 25. 08. 2014).

<sup>51</sup> Article 17 of the Charter: "Right to property - 1. Everyone has the right to own, use, dispose of and bequeath his or her lawfully acquired possessions. No one may be deprived of his or her possessions, except in the public interest and in the cases and under the conditions provided for by law, subject to fair compensation being paid in good time for their loss. The use of property may be regulated by law in so far as is necessary for the general interest. 2. Intellectual property shall be protected".

<sup>52</sup> Akintürk, Turgut-Derya Ateş Karaman: Medenî Hukuk, İstanbul 2009, p. 86-87.

The acquisition of a movable lost to its possessor or stolen or otherwise taken from its possessor against his will, though in good faith is not protected. Nevertheless there is an exception to this rule. If the movable deprived against the owner's will is "cash or negotiable instrument", bearer cannot be recovered from the bona fide holder (Turkish, Civil Code Art.990). As a rule, acquisition of ownership on movables is possible by entry into land register. However, here the acquisition of right in good faith" is again in question. Land registry is an official document. Turkish Civil Code, protects the people in good faith who trust in the registries and believe their accuracy.<sup>53</sup> When ECtHR decisions on Forest Law, Coast Law and Development Plan Law are studied, it is noticed that the Court continues with its traditional examination method in coast, forest and similar topics, though concrete matters hold subjective terms on its own merit.

The Court believes that the property owners in good faith, whose right to property have been deprived by law, should be given the right to ask for remedy. A fair balance should be enabled between the requirements of the public interest and protection of individual's fundamental rights. Reliance is essential in state order.<sup>54</sup> The Court recognizes the validity of the title deeds within forest boundaries, acquired in good faith. In accordance with the Court decisions; even if the ownership of a private property is forbidden in terms of constitution and laws, if the owner has the title deed and the acquisition was through good faith, it is considered valid. If such a title deed is cancelled by law with no payment of fair compensation, in conformity with Article 1, Protocol 1 of the Convention the possessor's right to property is violated. The ground of violation is not impoundment but rather non-compensation.<sup>55</sup> The basic point of the Court's interpretation of "ownership", is the one within the content of Article 1 of Protocol No.1 to the Convention. No matter how ownership is defined in domestic law, provided that the owner has good faith, the properties having economical value should not be deprived of the owner, the owner should be able to make use of these possessions without disturbing others or without having the purpose of causing disturbance.

##### 5. Article 41 of the Charter "Right to Good Administration"

"Right to good administration" is not included in the Convention, but regulated in Article 41 of the Charter.<sup>56</sup> Resolution 77(31) of the Council of Euro-

<sup>53</sup> Akintürk, Turgut-Derya Ateş Karaman: amw., p. 88-89.

<sup>54</sup> <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=224889,%20E>. T. 06/07/2014.

<sup>55</sup> <http://turkiyeorman.blogspot.com.tr/searchlabel/-%20AIHM%20KARARLARI,E>. T. 06/07/2014.

<sup>56</sup> Article 41 of the Charter: "Right to good administration - 1. Every person has the right to have his or her affairs handled impartially, fairly and within a reasonable time by the institutions and bodies of the Union. 2. This right includes: . the right of every person to be heard, before any

pe Committee of Ministers dated 28 September 1977 is named as “The Protection of The Individual in Relation to The Acts of Administrative Authorities”. The following five principles apply to the protection of persons: i. Right to be heard; ii. Access to information; iii. Assistance and representation; iv. Statement of reasons; v. Indication of remedies. It is advised to the Member States to benefit from these principles in their domestic laws. These principles are in force and practised in many countries collectively as administrative procedural act or as separate laws.

Amongst the principles in Resolution, Article 41 of the Charter regulates the right of every person to be heard, to have access to his or her file and the obligation of the administration to give reasons for its decisions. But the “right to access to documents” in Article 42 of the Charter is related with right of access to documents of the European Parliament, the Council and the Commission. Following the *acceptance of right to good administration as a fundamental right*, which is the most significant difference of the Charter from the Convention, and following its coverage in the Charter, EU Ombudsman prepared the draft on the details of this right which is named also as citizenship right and the European Parliament worked on the draft and it was endorsed as a Law on 6 September 2001. The European Code of Good Administrative Behaviour, comprised of 27 articles, tells citizens what the right to good administration, contained in Article 41 of the EU Charter of Fundamental Rights, means in practice, and what concretely, they can expect from the European administration and provides the encouragement of highest administrative standards. Since the enforcement of Treaty of Lisbon in December 2009, the Charter has the same legal value as the treaties. So, everyone has the legal right to good administration by the EU institutions.

In 2012, European Ombudsman adopted a set of “*Public service principles*” that complement the European Code of Good Administrative Behaviour. The public service principles which shall guide the EU civil servants are; Commitment to the European Union and its citizens, integrity, objectivity, respect for others and transparency. Even though a general administrative procedural law<sup>57</sup> has not

---

individual measure which would affect him or her adversely is taken; the right of every person to have access to his or her file, while respecting the legitimate interests of confidentiality and of professional and business secrecy; the obligation of the administration to give reasons for its decisions. 3. Every person has the right to have the Community make good any damage caused by its institutions or by its servants in the performance of their duties, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States. 4. Every person may write to the institutions of the Union in one of the languages of the Treaties and must have an answer in the same language.”

<sup>57</sup> For detailed information on “Administrative procedural act”, see. Odyakmaz, Zehra: “Hazırlanmakta Olan İdarî Usûl Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar (Becoming Transparent In Democratisation Process In Terms of Administrative Procedural Law Under Preparation and The Rights Granted to The Individual )”, Prof. Dr. Naci Kinacıoğlu’na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V. I, No. 2, December 1997, p.

been in force yet in our country, many of these principles have been solely regulated in the Turkish Constitution and in laws. The concept of good faith takes place neither in the Charter, nor in the Code of Good Administrative Behaviour which explains how to practice the Charter, and in the Public Services Principles that are adopted in 2012 as complementary to the Code.

Article 10 of the Code headed as “Legitimate expectations, consistency and advice” is as follows: “1. The official shall be consistent in his or her own administrative behaviour as well as with the administrative action of the institution. The official shall follow the institution’s normal administrative practices, unless there are legitimate grounds for departing from those practices in an individual case. Where such grounds exist, they shall be recorded in writing. 2. The official shall respect the legitimate and reasonable expectations that members of the public have in light of how the institution has acted in the past. 3. The official shall, where necessary, advise the public on how a matter which comes within his or her remit is to be pursued and how to proceed in dealing with the matter...” In order to be able to explain why the concept of good faith should take place in this article, we shall put emphasis on the concept of “established status” which is similar to the concepts of consistency, legitimate expectation and such.

However, to be able to describe the established status we need to examine this concept’s differences from other similar concepts such as vested right, legitimate expectations, the definitions made by the doctrine and the high courts in their decisions.<sup>58</sup> As a result of this review, it is observed that there is a terminological problem by various reasons, especially in terms of vested rights getting confused with other concepts. It is even convicted that similar concepts that seem to be not under protection is possible to be protected in terms of state under rule of law. It is noticed that particularly the Council of State tries to protect some events in some of its decisions, by interpreting them as vested right.

---

1-21; ODYAKMAZ, Zehra: “İdari Usûlden Beklediklerimiz (Our Expectations From Administrative Procedure)”, p. 2-5, T. C. Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler (T. R. Prime Ministry Administrative Procedural Law Preparations International Symposium Declarations) , 17-18 January 1998 Ankara, Ankara 1998, T. C. Başbakanlık Basımevi; Odyakmaz, Zehra: “Demokratik Yönetim İçin İdarî Usul Yasası (Administrative Procedural Law For Democratic Governance)”, p. 203-208, Hukuk Merceği, Konferans ve Paneller 2002, Law Scope Conferences and Panel Discussions 2002, 3, Ankara Barosu Yayınları, ABA Publications; Odyakmaz, Zehra: “Şeffaf Yönetime Doğru (Through a Transparent Governance)”, Strateji (Yimder Bülteni), Y. 1, No. 2, p. 3; Odyakmaz, Zehra: “Kamu Yönetimi Reformundan İdarî Beklentiler (Administrative Expectations From Public Administration Reform)”, p. 13-25, Kamu Yönetimi Reformu ( Panel) , Ankara 21. 06. 2003, Ankara 2003, Türkiye Kamu-Sen Arge Yayınları, Publication No: 7.

<sup>58</sup> For detailed information, see. OĞURLU, Yücel: İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara May 2003, p. 23 ff.



### A. Vested Right

The principle of protection of vested rights is the general principles of law. In accordance with a decision of the Turkish Constitutional Court, vested right is defined as "... The right, born by the status of the individual, accrued, specified for himself and transformed into personal demand."<sup>59</sup> In one of its decisions, Turkish Supreme Court defines vested right as "...*The right realized in accordance with the laws*".<sup>60</sup> In many of its decisions, the Turkish Council of State defines vested right in several aspects. In one of its decisions the definition is as follows: "...The right which is unconditionally vested when the older law was in force, under protection by the law in force and which has become an averment".<sup>61</sup>

"In addition to legal consistency and security which are the reason of vested rights, protection of good faith should be essential. Otherwise, unacceptable results such as trying to get favourable outcomes by fraud, misstatement and cheating or sometimes by ignorance and negligence and protection of these outcomes by the law order may be born. Thus, bad faith shall be rewarded and the ones with good faith who rely on law shall be pacified."<sup>62</sup>

For this reason the existence of good faith – even it is hard to prove otherwise – should be accepted as a requirement for the adoption of vested right. "Vested rights; are born as a result of lawful acts. Whereas, even sometimes unlawful, it may be necessary for a certain period of time to pass, good faith and legal situations that are born in favour of people due to concern for administrative consistency to be protected. These are called as established statuses. In such cases, a significant difference appears between the vested rights and established statuses in terms of legality and illegality".<sup>63</sup>

### B. Legitimate Expectation

Legitimate expectation is confused with vested right. Legitimate expectation is not an acknowledged concept in Turkish law. Vested right; expresses protection of certain legal situations that developed in the past so as to comprising both the past and the future.

---

<sup>59</sup> For the decision of the Turkish Constitutional Court dated 3. 4. 2001 and DKT. 1999/50, D. 2001/67, see. [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr) (Date of Access: 24. 08. 2014).

<sup>60</sup> For the decision of the Turkish Supreme Court 9<sup>th</sup> Chamber dated 26. 11. 1982 and DKT. 1982/8329, D. 1982/9353, see. Oğurlu, Yücel: amw., p. 27.

<sup>61</sup> For the decision of the Turkish Council of State 1<sup>st</sup> Chamber dated 13. 07. 1992 and DKT. 1992/224, D. 1992/238, see. [http://www.kararevi.com/karars/782318\\_danistay-1-daire-e-1992-224-k-1992-238#.U\\_qE8MV\\_tMg](http://www.kararevi.com/karars/782318_danistay-1-daire-e-1992-224-k-1992-238#.U_qE8MV_tMg) (Date of Access: 25. 08. 2014).

<sup>62</sup> Oğurlu, Yücel: amw.,p. 200.

<sup>63</sup> Oğurlu, Yücel: amw.,p. 33.

*Legitimate expectation* is valid in terms of people's future expectations. Even though the vested rights are in the nature of a right born as a consequence of an individual act and completed in this context, the legitimate expectations have not been a subject of an administrative act yet and they protect a possible right. The concept of legitimate expectation came up for ensuring the administration to be more consistent when using their discretionary power. On the other hand it is a concept introduced due to continuously changing regulations for protection of people's interests in other words their potential rights.<sup>64</sup>

The Turkish Constitutional Court and the Turkish Council of State affirm in their various decisions that the matters of dispute are not vested rights and the legitimate expectations are not rights.<sup>65</sup> Therefore protection of legitimate expectations does not take place through judicial decisions. By placing descent provisions in regulatory acts and law amendments, it is tried not to damage principles such as trust on law and predictability. When many judicial decisions of the Turkish Council of State are assessed, it cannot be said that non-acceptance of the legitimate expectations in the Turkish law system is not an absolute rule. Because, in some of its decisions, the Turkish Council of State accepts the existence of legitimate expectations under the caption of vested right.<sup>66</sup>

### *C. Established Status*

The concept of established status is used for the unlawful situations that are accepted to be protected as a result of principles of lawful security and administrative consistency. In conformity with Turkish Supreme Court's Deci-

---

<sup>64</sup> Oğurlu, Yücel: p. 220 ff.

<sup>65</sup> For the decision of the Turkish Council of State 8<sup>th</sup> Chamber dated 30. 04. 2003 and DKT. 2002/693, D. 2003/1944, see. Turkish Council of State Data Bank; For the decision of the Turkish Council of State 12<sup>th</sup> Chamber dated 13. 03. 1996 and DKT. 1996/5, D. 1996/797, see. Turkish Council of State Data Bank; For the decision of the Turkish Council of State 8<sup>th</sup> Chamber dated 17/06/1997 and DKT. 1997/4157, D. 1997/2153, see. Kazancı Court Practices Data Bank; For the decision of the Turkish Council of State 8<sup>th</sup> Chamber dated 17. 06. 1997 and DKT. 1996/3847, D. 1997/2153, see. Kazancı Court Practices Data Bank; For the decision of the Turkish Council of State 5<sup>th</sup> Chamber dated 19. 03. 1996 and DKT. 1993/7236, D. 1996/1164, see. Kazancı Court Practices Data Bank.

<sup>66</sup> For the decision of the Turkish Council of State 8<sup>th</sup> Chamber dated 09. 03. 2005 and DKT. 2004/4870, D. 2005/1096, see. Turkish Council of State Data Bank; For the decision of the Turkish Council of State 8<sup>th</sup> Chamber dated 15. 09. 1998 and DKT. 1998/2461, D. 1998/2571, see. [http://www.kararevi.com/karars/788608\\_danistay-8-daire-e-1998-2461-k-1998-2571#.U\\_qGaMV\\_tMg](http://www.kararevi.com/karars/788608_danistay-8-daire-e-1998-2461-k-1998-2571#.U_qGaMV_tMg) (Date of Access: 25. 08. 2014); For the interpretation of Turkish Council of State 8<sup>th</sup> Chamber's decision dated 15. 09. 1998 and DKT. 1998/2461, D. 1998/2571, see. Cantürk, İsmet: "Hukuk Devleti ve Kamu Hizmeti Teorisi Açısından Kazanılmış Hak Kavramı (Concept of Vested Right In Terms Of State Under Rule of Law and Public Service Theory)", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, 06/10 January 2004 Ankara, Hukuk Devleti 1, Ankara 2004, p. 163.

sion on Unification of Judgements dated 1973 established case is defined as: “... *Withdrawal of an unlawful act after a certain period of time that act shall be void, but the situation in the past shall be recognized...*”, in other words it means the act is changed, corrected for the future.<sup>67</sup>

Prof. Dr. Oğurlu makes a broader definition. He states that established cases are those which are protected within the framework of administrative consistency even if an administrative act is unlawful but have a consequence in favour of the concerned person. He declares that the concept of vested right cannot be used for such cases because vested rights can be born as a result of lawful acts.<sup>68</sup>

The Turkish Council of State General Assembly on the Unification of Judgements overemphasized good faith and declared that in case the administrated has misstatement or fraud or the administrative act is declared null and void or there is a clear fault that can be easily understood by the individual and the individual did not inform the administration, good faith is not in question.<sup>69</sup>

In another decision of The Turkish Council of State General Assembly on the Unification of Judgements, the prerequisite for the rise of established status is expressed to be “good faith”. It is stated as follows: “Although a right or vested status which should be protected has arisen in favour of the individual due to faulty administrative acts the administrative acts can be withdrawn only within the period of action for annulment, even if it has been adopted by the domestic and foreign doctrine and decisions that expiry of that period shall mean finalisation of the act for the administration this rule is valid for people in good faith, for the cases of absolute nullity and disappearance and in cases which the misstatement and fraud of the individual has caused a faulty act, administration can withdraw its faulty act regardless of time limit in retroaction...”<sup>70</sup> In such case good faith should be assessed as a founding factor in formation of vested status.

The elements of established status are as follows: Existence of an administrative act, illegality of an administrative act, the act to generate beneficial results in terms of the concerned, the concerned taking advantage of the existing situation in good faith (there should not be fraudulent or similar behaviour assignable to the concerned, the act should not be invalid due to clear fault or disappearance), this advantage should last for a certain period of time, in the case of

---

<sup>67</sup> For the decision of Turkish Supreme Court’s General Assembly of Unification of Judgements dated 27. 1. 1973 and DKT. 1972/6, D. 1973/2, see. Kazancı Court Practices Data Bank.

<sup>68</sup> Oğurlu, Yücel: amw., p. 200-201.

<sup>69</sup> For the decision of Turkish Council of State’s Board of Unification of Judgements dated 22. 11. 1973 and DKT. 1968/8, D. 1973/14, see. O. G. of 14915 dated 14. 06. 1974.

<sup>70</sup> For the decision of Turkish Council of State’s Board of Unification of Judgements dated 06. 07. 1987 and DKT. 1987/1, 2, 4, D. 1987/2, see. O. G. of 19759 dated 19. 03. 1988.

withdrawal of the act or correction of the situation there should be the risk for the administrative consistency to be damaged.<sup>71</sup>

Within the framework of these identified elements the definition of established status may be made as follows: A legal status; when an unlawful administrative act which results in favour of the concerned does not comprise a fault, disappearance and clear mistake referable to himself, when it is benefited from for a certain period of time it should be acknowledged by the law order, it is considered that in case it is not acknowledged administrative consistency and law security shall be damaged.

## VII. CONCLUSION

We believe that the most significant study in human rights is assurance of “integration”.<sup>72</sup> Thus concept of human rights shall be practised in the broadest and the most comprehensive manner by all civilized countries with the same concern. It is obvious that many treaties prepared by the leadership of international bodies, have been beneficial for integration. International treaties such as the European Convention on Human Rights, the European Charter of Fundamental Rights, the European Code of Good Administrative Behaviour prepared for practise of the Charter are adopted by countries which are party to the treaties and even by the countries that are not a party. The judicial bodies also refer to these treaties in their decisions. In order to assure integration in law, we believe it is important to mention in these treaties, some fundamental concepts such as good faith that take place in domestic laws of almost every country.

Today, where consideration of serving state, social state and state under rule of law is effective, “legitimate expectations” are protectable – even not with laws but court decisions. For this protection to be adequate and reasons of legal basis to be presented strongly we believe basic concepts such as good faith should take place in international legislation.

---

<sup>71</sup> Oğurlu, Yücel: amw., p. 200.

<sup>72</sup> For detailed information, see. Altınbaş, Deniz: *Avrupa Siyasî Bütünleşmesi ve Fransa'nın Yaklaşımı*, Ankara 2004, Gazi University Institute of Social Sciences (Unpublished Master's Thesis).

*BORČE DAVITKOVSKI,  
ANA PAVLOVSKA-DANEVA,  
ELENA DAVITKOVSKA*

## **PROCES REGULACIJE PRAVNOG STATUSA JAVNIH I DRŽAVNIH SLUŽBENIKA U REPUBLICI MAKEDONIJI (2000–2015)**

### U V O D

Proces izdvajanja zaposlenih u javnom sektoru u posebnu kategoriju lica sa zasebnim pravnim statusom u Republici Makedoniji počinje 2000. godine donošenjem Zakona o državnim službenicima. Ovim zakonom i pravno, određena kategorija zaposlenih profesionalaca u organima državne uprave, drugim organima države, upravnim organizacijama i organima jedinica lokalne samouprave, izdvojeni su iz redovnog radnog zakonodavstva i podvedeni su pod (uslovno rečeno) javni režim. Zakon je regulisao status, način zapošljavanja, način kompenzacije za rad, odgovornost i način prestanka radnog odnosa za tada novu kategoriju lica, državnih službenika. U narednih 9 godina usvajanjem serije izmena i dopuna ovoga zakona urađeno je mnogo da se od sistema radnih mesta uvede oblik hibridnog sistema koji bi nadležnim dozvolio da zapošljavanje državnih službeni-

---

Dr Borče Davitkovski, profesor i dekan Pravnog fakulteta “Justinijan Prvi”, Univerzitet “Sv. Ćirila i Metodija” Skoplje, Makedonija.

Dr Ana Pavlovska-Daneva, profesor Pravnog fakultet “Justinijan Prvi”, Univerzitet “Sv. Ćirila i Metodija” Skoplje, Makedonija.

Dr Elena Davitkovska, docent Ekonomskog instituta, “Sv. Ćirila i Metodija” Skoplje, Makedonija.

ka vrši putem sistema radnih mesta, ali ukoliko oceni da su ispunjeni uslovi za to i primeni sistem karijere te da upražnjeno radno mjesto popuni drugim službenikom zaposlenim na nižem radnom mestu. Opseg ovog zakona je bio vrlo restriktivan i nije se odnosio na sve zaposlene u javnom sektoru. Pokušaj da se čitav javni sektor podvede pod jedinstveni pravni okvir napravljen je usvajanjem Zakona o javnim službenicima 2010. godine. Zakonski tekst je u prvoj verziji predviđao vrlo neumesna rešenja, te je odlukama Ustavnoga suda veliki broj javnih profesija izuzeto iz režima od zakona, ubrzo ostavljajući Zakon o javnim službenicima da figuriše kao zakon (gotovo) bez predmeta regulacije. Poslednje aktuelne inicijative da se javni sektor reguliše jedinstvenom pravnom regulativom učinjen je početkom 2014. godine usvajanjem dva nova zakona: Zakon o administrativnim službenicima i Zakon o zaposlenim u javnom sektoru sa odložnom primenom do januara 2015. godine. Ova regulativa će u potpunosti staviti van snage prethodna dva zakona. U ovome radu biće izložen postepeni razvoj službeničke regulative u Makedoniji sa empirijskim pokrićem i kritičkim osvrtom na sva pozitivna i negativna rešenja.

#### *Uvođenje službeničkog sistema u Republici Makedoniji*

Skupština Republike Makedonije je 2000 godine usvojila Zakon o državnim službenicima<sup>1</sup>. Saglasno ovom Zakonu sva zaposlena lica koja vrše stručne, normativno-pravne, izvršne, upravno-nadzorne dužnosti i rešavaju upravne stvari stekli su status državnih službenika. To je materijalna definicija državnog službenika sadržana u čl. 3 st. 2 Zakona. I pored toga što naizgled Zakon utvrđuje veliki obuhvat zaposlenih u javnom sektoru koji bi trebali imati status državnih službenika, ipak primena Zakona svela se samo na zaposlene u klasičnoj državnoj administraciji (ministarstva i jedinice lokalne samouprave). Doprinos ovakvoj pravnoj i faktičkoj situaciji imala je organizaciona definicija ili formalna zakonska definicija državnih službenika izražena kao pozitivna definicija u čl. 3 st. 2 Zakona u kojoj su taksativno imenovani organi čiji se zaposleni smatraju državni službenicima: Skupština Republike Makedonije, Predsednik države, Vlada Republike Makedonije, Ustavni sud, Vrhovni sud, sudovi, Republički sudski savet, Narodni pravobranilac, Javni tužilaštvo, Narodna banka Republike Makedonije, Državni zavod za reviziju, organi jedinica lokalne samouprave, javne službe, ustanove i institucije koji vrše funkcije države poverene kao javna ovlašćenja.

U ograničenju obuhvata Zakona poseban je doprinos dala negativna enumeracija državnih organa čiji su zaposleni izuzeti iz Zakona o državnim službenicima sadržana u čl. 3 st. 5: uniformisana lica Ministarstva unutrašnjih poslova, vojna i građanska lica u službi Armije, kazneno-popravne i vaspitno-popravne ustanove, lica sa posebnim dužnostima i ovlašćenjima u Ministarstvu odbrane,

<sup>1</sup> Zakon o državnim službenicima, Sl. vesnik na RM, br. 59/2000 od 22.07.2000.

Ministarstvu unutrašnjih poslova i Agenciji obaveštavanja. Nakon godinu dana, u 2011. godini, izmenama i dopunama Zakona njegov je obuhvat bio smanjen i bili su izuzeti iz statusa državnih službenik još i zaposleni u Narodnoj banci Republike Makedonije. U praksi se ovaj Zakon primenjivao jako restriktivno posebno u pogledu zaposlenih u fondovima, javnim ustanovama itd., čiji se rad i organizacija regulišu posebnim zakonima. Tako je obuhvat Zakona sveden na oko 9000 ljudi zaposlenih u klasičnoj državnoj administraciji i oko 4000 zaposlenih u lokalnoj samoupravi koji su bili registrovani kao državni službenici u tadašnjoj Agenciji državnih službenika (ADS). Da bi se prevazišla ova praznina u regulisanju statusa ostalih zaposlenih u javnom sektoru čiji je broj daleko veći od onih upisani u Registar, 2010-te godine donet je Zakon o javnim službenicima s kojim je trebalo regulisati status svih zaposlenih u javnom sektoru, znači svih budžetskih korisnika, posebno u javnim ustanovama, javnim preduzećima, fondovima, regulatorima itd.

Zakon o državnim službenicima pretrpeo je 21 zakonsku promenu i 6 ukidajućih presuda Ustavnog suda, a Zakon o javnim službenicima od samog početka svog postojanja u pravnom prometu zemlje menjan je i dopunjavan više puta kao što je i Ustavni sud imao nekoliko primedbi na određena zakonska rešenja koje je izrazio kroz niz ukidajućih odluka, tako da ovaj Zakon nikad nije doživeo realnu primenu u praksi.

Zbog ovakvog regulatornog haosa i pravne neujednačenosti (radi činjenice da realno postoje 130.000 do 150 000 lica zaposlenih u celokupnom javnom sektoru, a saglasno zakonskoj regulativi status državnih službenika sa jednakim pravnim položajem ima samo oko 12.000) u februaru 2014. godine doneta su dva nova zakona: Zakon o zaposlenima u javnom sektoru sa kojim je napravljen pokušaj da se na jednom mestu reguliše status svih zaposlenih u javnom sektoru i Zakon o administrativnim službenicima koji reguliše status klasičnih činovnika ili saglasno sa starom zakonskom terminologijom – državnih službenika zaposlenih u državnoj upravi i lokalnoj samoupravi. Primena odredbi ovih zakona odložena je za godinu dana i oni će početi proizvoditi pravno dejstvo od 13.02.2015. godine. U ovom roku sva legislativa i podzakonska regulativa trebala bi se usaglasiti sa ova dva zakona.

Ono što izaziva poseban interes našeg istraživanja je dilema da li donošenje novih zakonskih propisa, a bez izrađenog Kataloga o radnim mestima i bez Zakona o platama zaposlenih u javnom sektoru (jer novi Zakon ne sadrži ovakve odredbe), može samo po sebi, predstavljati realnu osnovu za reformu statusa zaposlenih u javnom sektoru. Potenciramo ovo pitanje zato što makedonsko iskustvo implementacije zakonskih propisa koji se odnose na status zaposlenih u javnom sektoru i postavljanje osnova za utvrđivanje njihovih plata kao i paralelizam zakona sa kojima se ova pitanja uređuju, decenijama su unazad gorke teme, o ko-

jima postoje brojna shvatanja kako u pravnoj teoriji, tako i u odlukama političkih elita, a na kraju i u tumačenjima stručne javnosti.

*Ambivalentna nadležnost centralnih državnih organa da regulišu javni sektor  
– Ministarstvo informatičkog društva i administracije*

Najznačajnija novina sa aspekta organizacije državne uprave u državi, a koja na žalost, nije imala veliki uticaj na određivanje statusa zaposlenih u javnom sektoru, kao ni na status državnih službenika, bila je ustanovljavanje novog ministarstva – Ministarstvo informatičkog društva i administracije, kroz izmene Zakona o organizaciji i rada organa državne uprave u 2010. godini i preimenovanje Agencije za državne službenike u Agenciju o administraciji sa drastičnim smanjivanjem njenih ingerencija u Zakonu o državnim službenicima. U tom periodu donet je i Zakon o javnim službenicima koji u praktičnom i realnom regulisanju statusa zaposlenih u javnom sektoru nije izazvao nikakve faktičke promene.

Kada je reč o nadležnostima novoformiranog Ministarstva, interesantno je napomenuti činjenicu da pored enormno velikog broja ingerencija dodeljenih ovom Ministarstvu, uglavnom prostim nomotehničkim prebacivanjem (preuzimanjem) od Agencije državnih službenika, u zakonskom tekstu postoji i odredba u kojoj je utvrđeno da jedna od njegovih nadležnosti, jeste i „reforma javne administracije“!? Ova je formulacija, svakako, potpuno neodgovarajuća i neumesna, jer je reforma *per se* proces koji teče i ne završava, pa naravno ne može predstavljati trajnu nadležnost jednog ministarstva. Komparativno postoje države u kojima su formirana zasebna ministarstva u čijim je nadležnostima resor javne administracije (razume se, bez spajanja sa informatičkom tehnologijom kao poseban resor), kao što su: Francuska, Belgija, Luksemburg, Italija, Španija, Hrvatska, Slovenija i dr. U drugim su zemljama formirani nezavisni organi, izvan vlade i izvršne vlasti, u čijoj je nadležnosti javna administracija: Češka, Poljska, Slovačka, Letonija. U trećim pak, javna administracija predstavlja nadležnost ministarstva unutrašnjih poslova ili ministarstva finansija: Nemačka – Ministarstvo unutrašnjih poslova, Holandija – Ministarstvo unutrašnjih poslova i odnose sa Kraljevinom, Grčka – Ministarstvo unutrašnjih poslova, državne administracije i decentralizacije, Irska – Ministarstvo finansija, Danska – Ministarstvo finansija, Portugal – Ministarstvo finansija i državne administracije.

*Specifičnosti određenih rešenja za unapređenja, ocenjivanja,  
obuke i otpuštanja državnih službenika*

Po teoretskoj podeli sistema za unapređivanje službenika (otvoreni, automatski i mešoviti), Republika Makedonija (i sa zakonskim rešenjima iz 2010. godine) može se svrstati u grupi zemalja sa mešovitim sistemom koji je nadopunjen sa naglašenim elementima otvorenog sistema napredovanja. Tako, da bi državni



službenik bio izabran u više zvanje, on se mora prijaviti na javni oglas kada se on raspiše. Postojeći službenik i na konkursu figuriše sa jednakim pravama kao i svi ostali kandidati koji ispunjavaju opšte i posebne uslove konkursa, bez obzira da li dolaze „iznutra“, ili „spolja“ u odnosu na administrativnu službu. Ali sa novim zakonskim izmenama, državni službenik može steći više zvanje i preko tzv. internog oglasa. Pritom, pravo prijavljivanja na internom oglasu ima svaki državni službenik koji ispunjava posebne uslove koji je: ocenjen sa ocenom „ističe se“ ili „zadovoljava“ za svoj rad u zadnjoj godini pre objavljivanja internog oglasa i da je prošao najmanje godinu dana u neposredno nižem zvanju od zvanja za koje konkuriše. Kod ove činjenice, postaje diskutabilno rešenje da funkcioner (ministar, direktor) koji raspisuje oglas, diskreciono odlučuje o tome kada će biti raspisan javni, a kada interni oglas, bez ikakvih propisanih kriterijuma za donošenje svoje odluke, kao i bez obrazloženja o razlozima napravljenog izbora o vrsti oglasa.

Određene izmene bile su napravljene i kod odredbi o ocenjivanju državnih službenika. Novina koja je izazvala velike reakcije kod stručne javnosti sastoji se u tome da službeniku koji bude ocenjen dva puta kontinuirano ili najmanje tri puta u roku od 5 godina sa ocenom „ne zadovoljava“, prestane radni odnos po automatizmu ili *ex lege*. S obzirom na to da kod ocenjivanja državnih službenika nisu bili utvrđeni nikakvi objektizovani kriterijumi i merila, s pravom postoje strahovanja da bi mogle biti učinjene brojne zloupotrebe koje mogu dovesti do otpuštanja pojedinaca zbog subjektivnih, materijalnih ili stranačko-političkih razloga.<sup>2</sup>

Dalje, novina da će se ocenjivanje umesto jedan put godišnje vršiti svakih šest meseci izazvala je sledeće dileme: šta može realno preduzeti i učiniti službenik u roku od 6 meseci, da bi, saglasno svom radu dobio pozitivnu ocenu?

Zakonske izmene iz 2010. godine nisu uneli nikakav značajan iskorak u pogledu obuka zaposlenih službenika, a koja je po nama, najznačajnija determinanta u kreiranju profesionalnog i kompetitivnog službeničkog sistema. Osim činjenice da je za obuke postalo nadležno Ministarstvo informatičkog društva i administracije, u biti, ništa se nije promenilo, ni formalno, ni suštinski. Novim zakonskim rešenjima na žalost nije predviđena ozbiljna ustanova koja bi se bavila isključivo kontinuiranim, generičkim i specifičnim obukama svih zaposlenih u

---

<sup>2</sup> Ove dileme i prejudiciranja određenih zloupotreba imaju svoju argumentaciju u političkom delovanju primećeno prošlih godina u državi. Naime, u 2006. godini došlo je do promene političke garniture u Republici Makedoniji. To je bilo prosleđeno sa velikim brojem otpuštanja službenika čime je bilo narušeno dobro funkcionisanje administracije u 2005. godini. Primera radi, u Sekretarijatu evropskih pitanja bilo je degradirano 40 službenika, što je predstavljalo 2/3 njegovog ukupnog personala i to protivzakonitim putem, što je kasnije bilo potvrđeno odlukom Agencija državnih službenika. Zatim, 2008 godine Agencija je ponovo obavestila da su u septembru iste godine 77 službenika protivzakonito unapređeni od kojih su čak 38 u Ministarstvu finansija. Ovo faktičko stanje traje još i danas.

javnom sektoru, a takvih odredbi nema ni u najnovijim zakonskim propisima donetih ove godine.

Problem neefikasnosti i neefektivnosti obuka postoji zbog sledećih razloga: obuke službenika sprovode se *ad hoc* i nesistemi, bez ikakvog kontinuiteta; odsustvo nacionalno definisane politike obuka; upravljanje ljudskim resursima je pretežno nekoordinisan proces; sprovode se rigorozne restrikcije budžeta koje ograničavaju broj obuka koje je potrebno sprovesti.

Naše opredeljenje u vezi ovog pitanja ostaje nepromenjeno, i uvek kada imamo mogućnost ukazujemo na neophodnost potrebe formiranja zasebnog edukativnog subjekta čija će osnovni cilj biti razvijanje veština i kapaciteta zaposlenih u javnom sektoru. Ovakva bi ustanova obavezno morala biti izvan okvira izvršne vlasti, organizacijski postavljena identično kao i Akademija sudija i javnih tužilaca (kojih u državi ima manje od hiljadu naspram javnih službenika čiji broj dostiže 150.000).

#### *Nemogućnost dosledne implementacije Zakona o javnim službenicima*

Što se tiče Zakona o javnim službenicima, slobodno možemo reći da je on bio i ostao golo slovo na papiru. Ideja zakonodavca bila je unifikacija svih bitnih pitanja o statusu zaposlenih u javnom sektoru, postavljanje osnova za ujednačenje postupaka o prijemu, unapređenju, nagrađivanju, utvrđivanju zvanja i određivanju plata svih zaposlenih u javnom sektoru koji se mogu definisati kao davaoci javnih usluga. Cilj se nije realizovao pre svega, zato što su ostale na snazi iste odredbe postojećih materijalnih propisa kojima se, između ostalog, uređivao i službenički (odnosno, prema zakonskoj terminologiji – radni) odnos zaposlenih u javnoj službi. Tako, nije bio učinjen nikakav pokušaj usaglašavanja sa Zakonom o javnim službenicima niti jednog važećeg materijalnog propisa kao što su: Zakon o zdravstvenoj zaštiti, Zakon o nauci, Zakon o osnovnom obrazovanju, Zakon o srednjem obrazovanju, Zakon o visokom obrazovanju, Zakon o kulturi, Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, Zakon o zdravstvenom osiguranju, Zakon o kapitalno finansiranom penzijskom osiguranju, Zakon o carini, Zakon o Upravi javnih prihoda, Zakon o civilnom vazduhoplovstvu, Zakon o radiodifuznoj delatnosti, Zakon o energetici, Zakon o suzbivanju korupcije, Zakon o zaštiti konkurencije i razni drugi zakoni sa kojima se uspostavljaju državni organi i organizacije čiji zaposleni nemaju status državnih službenika, a pružaju javne usluge građanima.

Sledeći razlog za izvesnu devalvaciju Zakona o javnim službenicima sastoji se u njegovom čestom menjaju i to odmah nakon usvajanja u Skupštini Makedonije, kao i u brojnim odlukama Ustavnog suda kojima je značajan broj zakonskih odredba ukinut, što ukazuje na činjenicu da je zakonski akt bio izrađen nedovolj-

no pedantno i nekritički usvojen sa strane zakonodavca. Dinamiku izmena Zakona o javnim službenicima možemo prikazati na sledeći način:<sup>3</sup>

- 2011. god.: 1 izmena i dopuna, 2 Odluke Ustavnog suda;
- 2012. god.: 2 izmene i dopune, 2 Odluke Ustavnog suda;
- 2013. god.: 3 izmene i dopune, 2 Odluke Ustavnog suda;

Sve ove izmene Zakona o javnim službenicima, njegova nepotpunost i nedoslednost doprinele su preklapanju predmeta regulacije više zakonskih tekstova, kao i njihovoj otežutoj implementaciji u praksi. U normativnom haosu koji je zavladao u regulativi o statusu zaposlenih javnih službenika ne mogu se snaći ni sam zakonodavac, ni stručna javnost, još manje službenici kojima se sve ove odredbe odnose. Primera radi, za jednog univerzitetskog profesora, saglasno postojećim normativnim okvirom, relevantne su pre svega odredbe Zakona o visokom obrazovanju kao *lex specialis*, ali je ova kategorija zaposlenih istovremeno obuhvaćena i delom Zakona o javnim službenicima, da bi se na kraju, određena pitanja koja nisu regulisana ovim zakonima, uređivala opštim Zakonom o radnim odnosima!?

*Donošenje Zakona o administrativnim službenicima  
i Zakona o zaposlenima u javnom sektoru (perspektiva)*

Kao što smo naveli u Uvodu ovog rada, u februaru 2014-te godine, Skupština Republike Makedonije usvojila je Zakon o administrativnim službenicima i Zakon o zaposlenima u javnom sektoru čija je primena odložena za jednu godinu od njihovog objavljivanja u službenom glasilu, tako da će prethodno doneti zakoni o državnim i javnim službenicima i sve njihove izmene biti van pravne snage od 5og februara 2015-te godine. Dva nova zakona trebalo bi da sačinjavaju jedinstveni pravni okvir o statusu, pravima, obavezama, načinima selekcije, unapređivanju, nagrađivanju, stručnom usavršavanju, odgovornosti i prestanku radnog odnosa svih zaposlenih u javnom sektoru. U njima su sadržana opšta načela za sve zaposlene u javnom sektoru, njihova opšta prava, dužnosti i odgovornosti, kao i načine prestanka radnog odnosa, pravila o mobilnosti zaposlenih u javnom sektoru, klasifikacija radnih mesta po grupama, podgrupama, kategorijama i nivoima koji su sada uređeni posebnim propisima (*lex specialis*).

Klasifikacija radnih mesta u javnom sektoru utvrđuje se sledećim načinom:

- Grupa I: Radna mesta administrativnih službenika (državni i javni službenici);
- Grupa II: Radna mesta službenih lica sa posebnim ovlašćenjima (10 podgrupa iz oblasti bezbednosti, odbrane i obaveštavanja);

---

<sup>3</sup> Izmene i dopune se učinjene Zakonom za izmene i dopune (adekvatno).

- Grupa III: Radna mesta davaocima javnih usluga (5 podgrupa, radnje povezane sa delatnostima javnog interesa koje nisu administrativne prirode/ustanove);
- Grupa IV: Radna mesta pomoćno-tehničkog personala (5 podgrupa, održavanje, obezbeđenje, prevoz i dr. pomoćne i tehničke radnje kojima se obezbeđuje nesmetano funkcionisanje institucija).

Nova zakonska rešenja predviđaju obavezu Ministarstva informatičkog društva i administracije za vođenje Kataloga radnih mesta i Registra zaposlenih u javnom sektoru što predstavlja ozbiljan pozitivan korak ka konačnom utvrđivanju tačnog broja svih zaposlenih u javnom sektoru sa preciznim opisom njihovih radnih mesta. Na žalost, izrada Kataloga i Registra se nije odvijala paralelno sa izradom ova dva nova zakona čime se stvorila situacija da postoje dva nova zakona, ali bez postojanja mehanizma njihove realizacije, a to su upravo Katalog i Registar zaposlenih u javnom sektoru. Inače, sama ideja njihovog postojanja je pozitivna. Radna mesta bi se u njima upisivala prema šifri, grupi, podgrupi i opisu zvanja. Ukoliko ova dva značajna dokumenta budu blagovremeno izrađena od strane nadležnog Ministarstva i ubuduće ažurno vođeni, doprineće se postajanju celovito sistematizovane liste radnih mesta u javnom sektoru, organiziranih u grupama, podgrupama, kategorijama i nivoima. Dužni smo ovom prilikom da napomenemo, da je za razliku od naše države, Republika Slovenija paralelno sa donošenjem zakonskog okvira o službenicima donela i zakon o njihovima platama, kao i Katalog radnih mesta (sve ovo praćeno sa dugogodišnjem ali efikasnim dijalogom između Vlade i sindikata), pa se tamo implementacija novih zakonskih rešenja odvijala bez velikih problema i socijalnih turbulencija.

Po novoj klasifikaciji zvanja postoje četiri kategorije administrativnih službenika: A-sekretari; B-rukovođeći; V-stručno administrativni i G-pomoćno-stručno administrativni službenici. Pošto je kategorija A sastavljena od državnih i generalnih sekretara koji su imenovani nosioci funkcije na određenom mandatu, moglo bi se zaključiti da su zaposleni iz kategorije B, a to su rukovođeći administrativni službenici najviši ešalon zaposlenih za koje važe pravila službeničkog statusa. Za sve njih utvrđeni su novi uslovi zapošljavanja koji i pored zakonskog naziva “posebne kompetencije” u suštini predstavljaju opšte uslove koje mora ispuniti svaki službenik ove kategorije: aktivno poznavanje kompjuterskih programa kancelarijskog rada, položeni ispit administrativnog upravljanja i poznavanje jednog od najčešće korišćenih jezika Evropske unije (engleski, francuski, nemački) što se dokazuje međunarodno priznatim sertifikatom. Nabavka ovih sertifikata je na teret samog kandidata za određeno radno mesto.

*Privremeni službenici.* – Saglasno sa Zakonom o administrativnim službenicima i Zakonom o zapošljenima u javnom sektoru, radni se odnos, po pravilu zasnjuje na neodređeno vreme, sa rešenjem, odnosno ugovorom o zapošljivanju u zavisnosti od toga dali je reč o administrativnom ili javnom službeniku. Novi zakoni predviđaju izuzetak od ovog ustanovljenog pravila, tako što utvrđu-

ju osnove i načine zasnivanja radnog/službeničkog odnosa na određeno vreme. Takva zapošljenja su sledeća: zamena privremeno odsutnog (više od mesec dana) zaposlenog/najduže 2 godine; privremeno povećan obim rada/najduže 1 godinu; sezonski rad/najduže 1 godinu; nepredviđeni kratkotrajni poslovi/najduže 1 godinu; rad na projektu/5 godina; Popunjavanje posebnih radnih mesta) kao na primer kabinet Predsednika države, Predsednika Skupštine, Predsednika Vlade, ministra i sl.) radi vršenja delatnosti posebnih savetnika/kraj mandata funkcionara.

Dosadašnja iskustva sa privremenim zapošljavanjima bacali su negativnu sliku na stanje u javnoj administraciji, tako da, ovaj pokušaj da se faktička realnost ozakoni i da se uspostavi nekakav red kod zapošljavanja na određeno vreme, zaslužuje pohvalu. Ovako izgleda slika privremenih zapošljavanja u prošlosti i danas u Makedoniji: u 2006. godini donete je Zakon o agencijama za privremena zapošljavanja posle čega je broj zaposlenih na određeno vreme u javnoj administraciji zabrinjavajuće porastao; angažovanje ljudi sa privremenim zapošljenjem nije u saglasnosti sa potrebama i ciljevima utvrđenim zakonima o državnim i javnim službenicima koji garantuju transparentnu selekciju na osnovu profesionalnih i stručnih zasluga; veliki broj ljudi koji su bili zaposleni na određeno vreme, transformirali su svoj radni odnos na neodređeno vreme u trećem kvartalu 2010. godine. Drugim rečima, zasnivanje radnog/službeničkog odnosa na određeno vreme, trajalo je (kod velikog broja ljudi u administraciji, još uvek traje) godinama, a realna cilj ovih zapošljavanja nije niti povećan obim rada, niti zamena odsutnog službenika, nego zaobilazni ulaz pojedinaca ka trajnom zapošljavanju u službi!

Zbog ovih razloga, smatramo da je bilo krajnje vreme izvršiti zakonsko regulisanje načina i vreme trajanja privremenih zapošljenja u administraciji da bi se konačno postavio kraj aktuelnog negativnog stanja. Hoće li ove negativne pojave stvarno prestati zavisi od načina tumačenja i implementacije novih zakonskih rešenja, posebno odredbe kojom se izričito bez ikakvih uslova i kriterijuma daje mogućnost izdavanja saglasnosti da privremeno zaposlenje pređe u trajno.

Zakonsko rešenje da bi se formirali jedna vrsta kabineta najviših državnih funkcionera u kojima će vremeno biti zaposleni nekoliko političkih savetnika ili tzv. Kabinetskih službenika koji će deliti sudbinu mandata funkcionara, je po nama, takođe opravdano. Ipak, politika, i to ona najvulgarnije vrste imala je na žalost svoj uticaj i kod izrade ovog rešenja. Tako, utvrđeni broj kabinetskih savetnika ne odgovara težini i značaju državne funkcije kojoj su dodeljena savetnička mesta, nego se pošlo od "težine" aktuelnih ličnosti ili vršioca funkcije u trenutku kada je zakon rađen. Tako, najveći broj ovakvih vremenih kabinetskih savetnika po zakonu, pripada Predsedniku Vlade, a tek posle njega dolazi manji broj savetnika za Predsednika Skupštine i njegovih podpredsednika, kao i za Predsednika države, bez obzira što parlamentarnim demokratijama Skupština predstavlja najviši državni organ, razume se, viši od Vlade, kao što se kod bicefalnih izvršnih vlasti Predsednik države izabran neposredno od građana, na hijerarhiskoj lestvici

vlasti nalazi na višem mestu od Premijera Vlade. Od ovih naizgled "sitnih" nedоследnosti u izradi ovako važnih zakonskih akata može se uočiti servilnost administracije *vis-a-vis* političkih i stranačkih funkcionera koja još uvek postoji u društvu.

*Nepromenljivost određenih stanja.* – Opseg Zakona o administrativnim službenicima utvrđen je u očekivanom smeru: kao i uvek iz broja "klasičnih" državnih službenika ostaju izuzeti zaposleni u "najmoćnijim" državnim organima i institucijama: carinska uprava, poreska uprava, sudstvo, tužilaštvo, državna revizija itd, ali ovog puta dopunjeni sa izuzimanjem i svih inspekcijских službi kao i izuzimanjem klasične administracije zaposlene u regulatornim telima. Razlozi su više nego jasni: zaposleni u ovim institucijama, ni izdaleka nemaju, niti žele da imaju ujednačene plate sa ostalim državnim službenicima u zemlji. Oni pored budžetskih imaju i dopunska sredstava finansiranja i na kraju, razume se, deo ovih institucija ne mogu videti u Ministarstvu informatičkog društva i administracije ni faktičku, ni formalnu moć svog pretpostavljenog organa! Neverovatno ali istinito, službenici zaposleni u Skupštini Republike Makedonije nisu izuzeti iz Zakona o administrativnim službenicima, pa oni imaju status državnih službenika, za razliku od njihovih kolega koji rade u pravosuđu. Još jedan podsetnik: Skupština Republike Makedonije jeste (po Ustavu) najviši državni organ u zemlji!

*Glavni nosioci kadrovske politike.* – Na nivou javnog sektora nadležne institucije za koordinaciju rada administrativnih službenika su: Ministarstvo informatičkog društva i administracije (MIDA), Ministarstvo finansija, Sekretarijat za sprovođenje Ohridskog Mirovnog Sporazuma i Agencija za administraciju. U ovom delu zakonskih rešenja postoji pomak u odnosu na važeći Zakon o državnim službenicima, u smeru jačanja ingerencija MIDA i smanjivanje značaja Agencije za administraciju koja se i pored njenog pravnog statusa (nezavisan skupštinski organ), realno, s obzirom na nadležnosti koje su joj preostale, svodi na stručnu službu MIDA. Tako će, sa početkom primene Zakona o administrativnim službenicima, MIDA, umesto Agencija, davati saglasnost na akte o sistematizaciji radnih mesta u institucijama i mišljenja o primeni Metodologije planiranja zapošljavanja u javnom sektoru (nova obaveza svih državnih organa i jedinica lokalne samouprave). Takođe, MIDA će biti nadležna za izdavanje potvrda o položenom ispitu o administrativnom upravljanju. Dalje, u MIDA će se formirati zasebna organizaciona jedinica za stručno usavršavanje svih administrativnih službenika kojoj će formalni naziv biti Akademija za stručno usavršavanje administrativnih službenika, a u suštini predstavlja sektor za obuke u okviru Ministarstva. Još je predviđeno da MIDA saraduje sa stručnim, visokoobrazovnim i naučno-istraživačkim ustanovama iz zemlje i inostranstva i da angažuje eksperte iz odgovarajućih oblasti, da organizuje, koordinuje i sprovodi generičke i specijalizovane obuke za stručno usavršavanje još i zaposlenima u javnom sektoru koji nemaju status administrativnih službenika, a kojima će za ovu delatnost naplaći-

vati doprinos!? Do sada, nije bilo slučaja, niti u Makedoniji, ni komparativno, da izvršna vlast izražena preko najvišeg državnog organa uprave – ministarstvo, zakonom dobije nadležnost edukativne ustanove i da još naplaćuje od javnih službenika za tu svoju nadležnost. S druge strane, osnovna nadležnost Agencije za administraciju postaje tehničko sprovođenje ispita koje administrativni službenici moraju polagati, objavljivanje oglasa za zapošljavanje, vođenje evidencije kandidata koji su dostavili lažne dokaze uz prijavu. Jedina ozbiljna nadležnost odgovarajuća pravnom statusu koji Agencija ima po zakonu jeste vođenje drugostepenih postupaka po žalbama i prigovorima administrativnih službenika. Za realizaciju ovoga, Zakon utvrđuje formiranje drugostepene komisije u sastavu Agencije koja bi morala biti sastavljena od četiri članova i jednog predsednika. Zašto toliki broj članova komisije, zašto se nije išlo kao i do sada sa tročlanom komisijom, po kojim se kriterijumima rukovodio predlagač Zakona kada je utvrđivao broj članova drugostepene komisije, koji su kriterijumi za izbor ovih članova su deo pitanja koji još uvek ostaju bez odgovora. Novina se sastoji u tome što se ovog puta Ministarstvo finansija izričito spominje kao faktor koji odlučuje o koordinaciji administrativnih službenika, uloga koju je razumljivo i bez izričitog potenciranja imalo Ministarstvo finansija jer je i *de jure* i *de facto* bez njegove saglasnosti nemoguće izvesti zapošljavanje ili unapređenje na bilo kom nivou u javnom sektoru.

Sekreterijat za sprovođenje Ohridskog mirovnog sporazuma ima nadležnost davanja saglasnosti za nova zaposlenja, nešto što je i do sada postojalo, ali nije bilo izričito navedeno u Zakonu o državnim službenicima.

*Ocenjivanje kao instrument politizacije.* – Ocenjivanje administrativnih službenika u mnogome je izmenjeno u poređenju sa dosadašnjim načinima evaluacije. Tako, administrativni službenici se, osim sekretara i kabinetskih službenika, obavezno ocenjuju jedan put godišnje i to najkasnije do 1. decembra tekuće godine. Detaljnije, vrste ocena izgledaju ovako: “posebno se ističe” ukoliko službenik ima vrednost od 4.51 do 5.00, “ističe se” ukoliko službenik ima vrednost od 3.51 do 5.50, “zadovoljava” ukoliko službenik ima vrednost od 2.51 do 3.50, “delimično zadovoljava” ukoliko službenik ima vrednost od 1.51 do 2.50 i “ne zadovoljava” ukoliko službenik ima vrednost od 1.00 do 1.50. Posledice loše izvedenog ocenjivanja predstavljaju totalnu novinu za makedonski službenički sistem, koji kako smo rekli u Uvodu, postoji još od 2000-te godine. Međutim, ovakva zakonska rešenja nisu poznata ni u uporednim istraživanjima službeničkih sistema drugih zemalja.

U čemu se sastoji novitet kome su usmerene naše najveće kritike? U tome što će svim administrativnim službenicima u državi koji se budu našli u poslednjih 5% na rang listi ocenjivanja: prestati radni odnos ukoliko su ocenjeni ocenom “ne zadovoljava”; biti smanjena plata u iznosu od 20% za period od šest meseci ukoliko su ocenjeni sa ocenom “delimično zadovoljava”, i biti smanjena plata u iznosu od 10% za period od šest meseci ukoliko spadaju u poslednjih 5% na

rang listi ocenjenih, a nisu ocenjeni sa ocenom “ne zadovoljava” ili “delimično zadovoljava”.

Zamolili bi čitatelje da posvete pažnju na prvu i treću tačku kod našeg nabrajanja negativnih posledica ocenjivanja službenika. Prestanak radnog odnosa po automatizmu za nezadovoljavajuću ocenu koja u najvećem delu može zavisi- ti od subjektivizma pretpostavljenog, po nama, predstavlja vrlo opasan mehani- zam dat u rukama ocenjivača, posebno u uslovima odsustva realnog sistema me- ritokratije u administrativnoj službi. Takođe, ne postoje argumenti kojima se može opravdati rešenje po kojem će se od 5% solidno ocenjenih službenika, a koji se nalaze na kraju rang liste, bez ikakvog obrazloženja, oduzimati po 10% pla- te svakog meseca celih šest meseci u kontinuitetu. Reč je znači o službenicima čiji su rad i efikasnost bili ocenjeni sa jednom od triju najboljih ocena – “poseb- no se ističe”, “ističe se” ili “zadovoljava”. Tako, u hipotetičkoj situaciji u kojoj u jed- noj državnoj instituciji svi zaposleni budu ocenjeni ocenama “posebno se ističe” i “ističe se”, ipak, *ex lege*, poslednjih pet procenata službenika ocenjenih sa “isti- će se” (što je ocena na visokom drugom mestu u hijerarhiji ocena) moraće biti ka- žnjeni sa šestomesečnim smanjivanjem njihovih plata!

Administrativnom službeniku ocenjen sa ocenom “delimično zadovoljava, u dva ocenjivanja za redom, prestaje radni odnos. Ocenjivanje administrativnog službenika vrši neposredno pretpostavljeni administrativni službenik ili rukovo- deći administrativni službenik, sekretar ili rukovodeće lice institucije. Zakonom su utvrđene ocene od 1 do 5, ali najvišom ocenom - 5 mogu biti ocenjeni samo 5% zaposlenih u instituciji!? Godišnja ocena službenika je kompozitna i satoji se od 65% ocene date od ocenjivača i 35% proseka od ocene datih od 4 drugih služ- benika od kojih dvojica su sa istim zvanjem kao i ocenjivan službenik, a druga dvojica su sa nižim zvanjem od zvanja ocenjivanog službenika. Znači, može se za- ključiti da ipak primarni značaj ima odluka i ocena pretpostavljenog, a to znači da je subjektivizam neizbežan. “Izum” da samo 5% od svih zaposlenih mogu do- biti najvišu ocenu nema nikakvog drugog objašnjenja, još manje opravdanja osim potrebe zakonodavca i predlagača sa jedne strane da stimulišu službenike da efi- kasno i dobro rade, ali da istovremeno sa druge strane uštede budžetska sredstva za nagradu tih istih dobrih i efikasnih službenika, što samo po sebi predstavlja kontradiktornost. Ili, drugim rečima: da bi mogli samo 5% službenika biti nagra- đeni kao što Zakon predviđa, morat će u svakoj instituciji imati 5% kažnjenih da bi se mogli kaznama jednih, kompenzirati nagrade drugih. Žalosno i tužno sta- nje, bio bi naš najkraći komentar ovome!

#### ZAKLJUČAK

Na osnovu iznetog u radu, generalni zaključak bi mogao biti da se neke su- štinske nove reformske promene u pogledu statusa zaposlenih u javnom sektoru



nisu sprovele ni u 2010 godini formiranjem novog Ministarstva za informatičko društvo i administraciju, niti će se dramatičan preokret desiti stupanjem na snagu Zakona o administrativnim službenicima i Zakona o zaposlenima u javnom sektoru, iduće godine.

Kao i do sada, tako i posle stupanja na snagu novih zakona, status zaposlenih u javnim ustanovama, fondovima, javnim preduzećima, regulatornim organima i sl., reguliraće se posebnim materijalnim propisima u kojima trebaju biti implementirane samo grupe i podgrupe navedene u Zakonu o zaposlenima u javnom sektoru. Formalna usaglašavanja su se u stvari desila odmah posle usvajanja Zakona, kada je na samo jednoj sednici Skupština Republike Makedonije donela izmene i dopune blizu 120 posebnih zakona (Zakon o visokom obrazovanju, Zakon o srednjem obrazovanju, Zakon o osnovnom obrazovanju, Zakon o nauci, Zakon o kulturi, Zakon o zdravstvenoj zaštiti itd.) kojima je napravljen pokušaj ujednačavanja kategorija zaposlenih u javnom sektoru što je i do sada bilo regulisano (na primer, u Zakonu o visokom obrazovanju bile su je jasno i precizno definisane grupe akademskih zvanja – od mlađeg asistenta do redovnog profesora).

Kada je reč o državnim službenicima oni su sada obuhvaćeni Zakonom o administrativnim službenicima po kojem se zaposleni u tzv. Klasičnoj administraciji u javnim preduzećima, ustanovama, fondovima i sl., ujednačuju u svom statusu sa dosadašnjim državnim službenicima, čime će se obuhvat Zakona o administrativnim službenicima značajno povećati u odnosu na sadašnji Zakon o državnim službenicima.

Opšti zaključak analize najnovijih zakonskih tekstova jeste da se zaoštavaju kriterijumi za ulaz i unapređenje u administraciji. Jedan deo sadašnjih posebnih uslova (poznavanje stranog jezika i kompjuterskih programa) postaju opšti uslovi zapošljavanja svih službenika. Mišljenju smo da zbog odsustva jedinstvenog Kataloga zvanja zaposlenih u javnom sektoru, mogle bi se očekivati značajne poteškoće kod implementacije ovog izuzetno velikog broja zakonskih propisa jer se oni moraju operacionalizovati kroz Pravilnike za sistematizaciju i organizaciju svih organizacionih jedinica, odnosno svih organa i organizacija obuhvaćeni odgovarajućim zakonima.

Zato bi od velikog značaja bilo da su u okviru paketa reforme službeničkog statusa, uporedno sa zakonima, izrađeni i Katalog radnih mesta/radnih pozicija svih zaposlenih u javnom sektoru (oko 150 000 zajedno sa privremeno zaposlenim), kao i Zakon o platama u javnom sektoru, čime bi se moglo unapred znati koliko će koštati budžet države svaka pozicija i svako radno mesto pojedinačno. Ovakve radnje, kao i koraci koji bi usledili za njima, mogli bi se nazvati procesom ozbiljnih i realnih reformi u makedonskom javnom sektoru.

I sasvim za kraj, naveli bi nekoliko otvorena pitanja koji izazivaju veliki interes, ali i značajne kritike kod stručne i naučne javnosti, a za koja ne postoje unificirane i opštoprihvatljive odgovore:

Prvo, koliko i kako će se Zakon o zaposlenima u javnom sektoru odraziti na postojeći status zaposlenih u javnim ustanovama koji je regulisan posebnim materijalnim propisima, odnosno da li će i dalje ovi posebni zakoni, sada već izmenjeni i dopunjeni, supstituirati odredbe opštog propisa, tačnije odredbe Zakona o zaposlenim u javnom sektoru?

Drugo, dilemu izaziva pitanje kakva će biti uloga Ministarstva informatičkog društva i administracije u odnosu na deo zaposlenih u javnim ustanovama. Naime, za neke delatnosti (obrazovanje, zdravstvo i sl.) Ustavom je zagantovano načelo stručnosti i kompetentnosti, a u oblasti visokog obrazovanja Ustavom je zagantovana autonomija statusa i položaja univerziteta (na taj način i zaposlenih u univerzitetu) po kojoj se podrazumeva i autonomija izbora kadrova u visokom obrazovanju. Neće li značiti ingerencije MIDA kao klasičnog reprezentanta izvršne vlasti u odnosu na zaposlene u univerzitetima, direktno ugrožavanje ustavno zagantovane autonomije univerziteta?

Treće, ne vrši li se novim zakonskim testovima distinkcija između zaposlenih u javnim i privatnim ustanovama, pri čemu, uvodi se realna favorizacija jednih, ili diskriminacija drugih? Naime, bez obzira na vlasničku strukturu ustanova, i javne, i privatne, i mešovite ustanove vrše obavljaju delatnosti ili službe iste vrste, sve se one bave davanjem javnih usluga, a status njihovih zaposlenih (koji vrše istu delatnost i obavljaju istu službu) ipak se različito reguliše. Ovaj se problem mora brzo razrešiti jer izaziva ozbiljnu pravnu neizvesnost i nekonzistentnost.

Četvrto, u stručnoj javnosti javlja se i pitanje o tome da li se unifikacijom radnih mesta (pozicija) u javnom sektoru može izgubiti specifičan karakter delatnosti koje institucije obavljaju, posebno zbog toga što za obavljanje određenih javnih usluga postoje posebni materijalni propisi kojima se traži ispunjenje posebnih uslova za rad koji se teško mogu ili se uopšte ne mogu unificirati. Kako će se nove zakonske odredbe odraziti na ocenjivanje, unapređivanje i nagrađivanje ovih specifičnih kategorija zaposlenih?

Na kraju, posle detaljne analize svih ingerencija koje pripadaju MIDI po novim zakonskim rešenjima, rađa se utisak da je ovaj organ prerastao u "nad-ministarstvo" koje će biti nadležno da odlučuje o statusu svih zaposlenih u javnom sektoru, a ne samo o statusu državnih, t.j. administrativnih službenika. Ne treba zaboraviti ni mogućnost da se *de facto* desi preklapanje novih zakonskih nadležnosti MIDE sa postojećim nadležnostima određenog broja drugih ministarstva, kao što su Ministarstvo obrazovanja, Ministarstvo zdravlja, Ministarstvo kulture, itd. Kao što se može zaključiti postoje mnoga otvorena pitanja koje smo pokušali definisati, a nadamo se da ćemo u bliskoj budućnosti dobiti odgovore pre svega preko donošenja podzakonskih akata kojima se trebaju operacionalizovati nova zakonska rešenja. Svi naši naponi kao istraživači usmereni su ka realizaciji osnovnog zadatka savremene upravno-pravne teorije u našoj državi: uspešno sprovođe-

nje pravne i faktičke distinkcije između administracije i politike, odnosno između profesionalnog i političkog nivoa, čime bi administracija konačno postala pravi servis građana umesto servis političkih elita koji su na vlasti.

BORČE DAVITKOVSKI, Ph.D., Professor, Dean, Faculty of Law, “Iustinianus Primus”

ANA PAVLOVSKA-DANEVA, Ph.D.,

Associate Professor, “Iustinianus Primus” Faculty of Law,

ELENA DAVITKOVSKA, Ph.D.,

Assistant Professor, Institute of Economics

## PROCESS OF REGULATION OF THE LEGAL STATUS OF PUBLIC AND CIVIL SERVANTS IN MACEDONIA (2000–2015)

### Summary

In this article we attempt to solve a number of dilemmas: How much the Law on employees in the public sector (LEPS) will reflect the legal status of some of those employees (university faculty, teachers, doctors etc) in the case when it is already regulated with the numerous substantial legal acts as the Law on high education, the Law on middle education, the Law on primary education, the Law on culture, the Law on health protection etc? A dilemma is caused on the question of the role of the Ministry of the IT society and administration (MISA) in regards to the part of the employees in the public institutions. For example, the Constitution of the Republic of Macedonia guarantees the autonomy of the university that includes the autonomy of choice the university faculty and staff. The new competences of MISA as classical represent of the executive power vis-à-vis the employees in the universities may be considered as endangering the Constitution guaranteed university autonomy.

The next question arisen from the new LEPS provisions is the existing distinction between the public and private institutions even when they provide the same type of services. Namely, the services providers in the both private and public institutions are doing the same activities of public interest but still their legal status is regulated on quite different way with different legal acts. This inconsistency should be solved very soon, before the LEPS implementation started because it produces legal inequity and uncertainty between these categories of employees. On the other hand, the expert public is wandering whether the unification of all job positions in the public sector will lead to loss of their jobs (activities) specific character. For some of these positions there is need of fulfilling very specific criteria defined by special laws.

On the end, according to all analysis of the new legal provisions an impression is made that the Ministry of information society and administration becomes an “over-ministry” authorized for the legal status of all employees in the public sector not only for the civil servants legal status.



## NOVIJA UPRAVNO-SUDSKA PRAKSA U UPRAVNOM SPORU

### U V O D

U primeni odredbe člana 89. Zakona o uređenju sudova<sup>1</sup>, Upravni sud je počeo sa radom 1.01.2010. godine. Na taj način Republika Srbija je posle 60 godina dobila poseban specijalizovani sud za odlučivanje o zakonitosti upravnih i drugih akata izvršne vlasti. Istovremeno je donet i procesni Zakon o upravnim sporovima<sup>2</sup> – u daljem tekstu: ZUS, koji je predvideo pravila postupanja pred Upravnim i Vrhovnim kasacionim sudom kao sudom za odlučivanje po vanrednim pravnim sredstvima. Stupanjem na snagu ZUS-a prestao je da važi Zakon o upravnim sporovima<sup>3</sup> – u daljem tekstu: raniji ZUS.

Pre donošenja navedena dva zakona materija upravnog spora je bila, u najvećoj meri, u nadležnosti Vrhovnog suda Srbije što je bio svojevrsni nonsens po kome je najviši sud u Republici istovremeno bio i najveći prvostepeni sud u ovoj materiji, jer je samo manji deo nadležnosti bio kod okružnih sudova.

Osnovna mana novog ZUS-a je u tome što nije predviđena žalba kao redovno pravno sredstvo. Izvinjavajuća okolnost na strani ovog, jednog od 5 ključnih procesnih zakona, je u činjenici da Zakonom o uređenju sudova nije predviđen

---

Ljubodrag Pljakić, sudija Vrhovnog kasacionog suda, u penziji.

<sup>1</sup> “Službeni glasnik RS”, br. 116/08... 101/013.

<sup>2</sup> “Službeni glasnik RS”, br. 111/09.

<sup>3</sup> “Službeni glasnik RS”, br. 46/96.

sud koji bi odlučivao po žalbi (dvostepeno sudstvo). Republika Srbija je valjda, jedina država u Evropi koja nije predvidela dvostepeno upravno sudstvo.

Posle 4 godine primene ZUS-a u prilici smo da iznesemo pravne stavove iz rada Upravnog suda. Posebno treba naglasiti da je taj sud preneo i u svoj rad ugradio još uvek važeće pravne stavove radnijeg Odeljenja za upravne sporove Vrhovnog suda Srbije. Naravno, ti raniji pravni stavovi najvišeg suda u Republici nisu bez značaja samo zato jer ih je doneo raniji sud, već mogu da posluže kao dragoceni kvalitet u primeni istovetnih normi ZUS-a. Moguće je njihovo dograđivanje ili čak i menjanje, ali uz argumentovane dokaze i analizu razloga na osnovu kojih su odgovarajući raniji pravni stavovi usvajani.

#### ODLUKE U PRIMENI PROCESNOG PRAVA

Iako je raniji ZUS bio dobar procesni zakon, aktuelni ZUS je ipak, doneo neka nova procesna rešenja koja ga čine savremenijim pa time i od većeg praktičnog značaja za stranke, što je cilj svih procesnih zakona - da se strankama olakša procesni položaj. Suđenje u razumnom roku, određenje upravnog akta i upravne stvari, odložno dejstvo tužbe, uvođenje javne rasprave i kažnjavanje rukovodioca upravnog organa zbog nepostupanja po presudi Upravnog suda su najzančajniji instituti ZUS-a koji, dosledno primenjeni, mogu da ubrzaju postupak i spreče štetne posledice nezakonitog upravnog akta.

##### *a) Neblagovremena tužba*

*(čl. 18. stav 1. u vezi čl. 26. stav 1. tačka 1. ZUS-a)*

Iako je raniji ZUS sadržavao odredbu po kojoj se tužba u upravnom sporu podnosi u roku od 30 dana i zaprećenu odredbu da će neblagovremena tužba biti odbačena, i u primeni ZUS-a Upravni sud je po službenoj dužnosti ovlašćen da pazi na blagovremenost podnete tužbe. Naravno, Sud će biti u prilici da provjeri blagovremenost tek kada dobije spise upravnog organa u kojima se nalazi povratnica o prijemu osporenog akta. Dakle, podnošenje tužbe u roku se ne poštuje iako se nije menjao rok u višedecenijskoj primeni ovog procesnog zakona.

“U postupku ispitivanja podnete tužbe, a nakon uvida u dostavljene spise tuženog organa, Upravni sud je našao da je tužba neblagovremena.

Odredbom člana 18. stav 1. Zakona o upravnim sporovima je propisano da se tužba podnosi u roku od 30 dana od dana dostavljanja pravnog akta stranci koja je podnosi ili u zakonom propisanom kraćem roku.

U konkretnom slučaju, iz dostavnice koja se nalazi u spisima nadležnog organa vidi se da je tužilac osporeno rešenje uredno primio dana 10.02.2012. godine, a da je tužbu kojom je pokrenuo upravni spor podneo neposredno Upravnom

sudu dana 14.03.2012. godine, po proteku zakonom propisanog roka od 30 dana, koji je istekao dana 12.03.2012. godine (ponedeljak).

Odredbom člana 26. stav 1. tačka 1. Zakona o upravnim sporovima je propisano da će sudija pojedinac odbaciti tužbu ako utvrdi da je tužba podneta neblagovremeno ili pre vremena. Sa iznetih razloga, Upravni sud je odlučio kao u dispozitivu ovog rešenja.”<sup>4</sup>

*b) Odbacivanje i uvažavanje tužbe zbog ćutanja uprave  
(čl. 26. stav 1. tačka 3. i čl. 44. ZUS-a)*

Postoji značajna razlika u primeni ranijeg ZUS-a i ZUS-a kada je u pitanju neuredna tužba podneta zbog ćutanja uprave. Po ranijem ZUS-u, ako je takva tužba bila neuredna zbog toga što stranka nije priložila sve potrebne dokaze, sud je nalagao stranci da takav nedostatak otkloni pozivajući je da dostavi nedostajuće dokaze. Prema aktuelnom ZUS-u, Sud nema takvu obavezu već rešenjem odbacuje tužbu “iz drugih zakonskih razloga” (čl. 26. stav 1. tačka 3. ZUS-a). Ipak, tako ozbiljne posledice su otklonjive, jer kod ćutanja uprave nema presudne stvari, pa stranka može nedostajući dokaz (urgenciju za odlučvanje po žalbi), da otkloni tako što će naknadno urgirati za donošenje rešenja i podneti tužbu sa urednim dokazima.<sup>5</sup>

“U postupku prethodnog ispitivanja podnete tužbe, Upravni sud je našao da tužbu treba odbaciti jer nisu ispunjeni uslovi iz člana 19. stav 1. i člana 22. stav 2. Zakona o upravnim sporovima.

Odredbom člana 22. stav 3. Zakona o upravnim sporovima je propisano da se uz tužbu podnetu zbog ćutanja uprave prilaže kopija zahteva, odnosno žalbe, a u naknadnom traženju iz člana 19. ovog zakona i dokaz o predaji ovih podnesaka nadležnom organu.

Kako je u konkretnom slučaju tužilac uz tužbu priložio rešenje prvostepenog organa, žalbu i potvrdu o predaji žalbe pošti, Upravni sud nalazi da tužilac nije podneo sve dokaze u skladu sa citiranim odredbama Zakona o upravnim sporovima, jer nije podneo kopiju zahteva o naknadnom traženju iz člana 19. istog zakona, niti dokaz o predaji ovog podneska nadležnom organu, pa je sud odlučio kao u dispozitivu rešenja tako što je tužbu odbacio”<sup>6</sup>

Ukoliko stranka uz tužbu za ćutanje uprave dostavi sve potrebne dokaze najčešća situacija je da će sud da naloži tuženom organu da odluči po žalbi (zah-

---

<sup>4</sup> Rešenje Upravnog suda 15 U. 3222/12 od 28.02.2014. god.

<sup>5</sup> Detaljnije: Lj. Pljakić - Praktikum za upravni spor sa komentarom, sudskom praksom i obrascima za primenu u praksi, “Intermek”, 2011. god.

<sup>6</sup> 17 U. 13822/11 od 12.04.2012. god.

tev kod jednostepenog odlučivanja) u roku od 30 dana. Sud može (što je retkost) ako raspolaže potrebnim činjenicama i ako priroda stvari dozvoljava (ne može u slučaju diskrecionog odlučivanja) da neposredno reši upravnu stvar.

“Tužilja je uz tužbu priložila kopiju zahteva za usklađivanje penzije sa potvrdom o prijemu, kopiju žalbe zbog ćutanja uprave sa potvrdom o prijemu i kopiju podneska - naknadnog zahteva (urgencije sa potvrdom o prijemu). Tuženi organ nije odgovorio na navode tužbe, niti je dostavio spise na zahtev suda, ni posle urgencije. Odredbom člana 44. Zakona o upravnim sporovima je propisano da će sud presudom uvažiti tužbu i naložiti da nadležni organ donese rešenje, kada je tužba podneta na osnovu člana 19. tog zahteva, a sud nađe da je osnovana. Kako iz navoda tužbe i priloženih dokaza proilazi da su za podnošenje tužbe zbog nedonošenja zahtevanog akta - odluke po žalbi, ispunjeni zakonski uslovi iz citiranog člana 19. stav 1. Zakona o upravnim sporovima, kao i da nema dokaza da je tuženi organ u zakonom propisanom roku odlučio po žalbi tužilje, Upravni sud je našao da je tužba osnovana pa je primenom odredbe člana 44. Zakona o upravnim sporovima naložio tuženom organu da u roku od 30 dana od dostavljanja presude donese odluku po žalbi tužilje.”<sup>7</sup>

*c) Upravni akt i upravna stvar  
(čl. 4. i 5. ZUS-a)*

Kvalitet ZUS-a se, između ostalog, ogleda i u tome što je precizno utvrdio definiciju upravnog akta i upravne stvari u kojoj je upravni akt donet.

“Upravni akt (upravno-pravni akt) je zaseban državnoj upravi svojstven oblik pravnog delovanja.<sup>8</sup> Zaista, u upravno-sudskoj praksi je često bilo teško odrediti da li određeni akt osporen tužbom u upravnom sporu predstavlja upravni akt. Još teže je, čini se, bilo odrediti da li je on donet u upravnoj stvari. Kada je u pitanju definicija upravnog akta iz člana 4. ZUS-a mora da se zna da o tome da li se radi o upravnom aktu, nužno je i da se utvrdi da li se radi o aktu za koji nije predviđena drugačija sudska zaštita. Ako bi to bio slučaj da se ocena zakonitosti određenog akta vrši u nekom drugom sudskom postupku, Upravni sud je morao da se oglasi stvarno nenadležnim za suđenje u takvoj stvari (a ne da odbaci tužbu!). Što se tiče pojma upravne stvari u kojoj se donose akti sa karakterom upravnog akta ključna su dva momenta koji upravnu stvar karakterišu: javni interes i autoritativnost. To upravni akt čini različitim od drugih akata koji ova svojstva nemaju (isključenje iz lovačkog udruženja, ljubitelja kućnih ljubimaca...).

---

<sup>7</sup> 1 U. 7543/11 od 24.11.2011. god.

<sup>8</sup> Prof. dr Zoran R. Tomić, Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom, Izdavač Službeni glasnik 2010 god.



Odredbom člana 196. ZUP-a je predviđeno koje elemente rešenje po ZUP-u mora da sadrži. Svi ti elementi moraju da budu sastavni delovi (u fizičkom smislu) jednog istog akta, obrazloženje kao nužni deo upravnog akta ne može da bude dato uz propratni tekst uz žalbu. Takođe, akt koji nema karakter upravnog akta ne može se menjati vanrednim pravnim sredstvima ZUP-a.

Vrhovni sud Srbije je primenjivao pravni stav po kome poništaj rešenja Vlade o davanju na korišćenje stana u zakup, ima karakter upravnog akta. Oglašavanje ništavnim akta raspolaganja uživa pravnu zaštitu u upravnom sporu.

“Prema oceni Upravnog suda, osnovano se tužbom ukazuje da je prilikom donošenja osporenog rešenja povređen zakon na štetu tužioca, jer obrazloženje osporenog rešenja, suprotno odredbi člana 199. stav 2, ne sadrži razloge koji, s obzirom na utvrđeno činjenično stanje, upućuju na rešenje dato u dispozitivu. U obrazloženju osporenog rešenja tuženi organ navodi da u potpunosti prihvata navode date u obrazloženju ožalbenog rešenja, kao i u odgovoru prvostepenog organa povodom navoda u žalbi. S tim u vezi, ovaj sud smatra da izjašnjenje na žalbene navode koje je prvostepeni organ dao u propratnom tekstu, uz koji je drugostepenom organu dostavio žalbu sa pratećim spisima, ne mogu da otklone nedostatke u obrazloženju ožalbenog rešenja i ne mogu biti od uticaja na odluku tuženog organa.”<sup>9</sup>

“Imajući u vidu da rešavanje o zakonitosti urbanističkog projekta ne predstavlja rešavanje o upravnoj stvari, jer prema nalaženju Vrhovnog kasacionog i Upravnog suda, urbanistički projekat nije upravni akt, to se u konkretnom slučaju nije mogla primeniti navedena odredba člana 253. stav 2. ZUP-a kako to pogrešno zaključuje Upravni sud. Po oceni ovog suda, ako određeni pravni akt nema karakter upravnog akta, onda se on ne može uklanjati iz pravnog prometa primenom vanrednih pravnih sredstava propisanih ZUP-om.”<sup>10</sup>

“Kako je predmet tužbenog zahteva poništaj odluke Stambene komisije Vlade kojom se nepokretnost oduzima od ranijeg korisnika, to po nalaženju ovoga suda, saglasno citiranim propisima tužbom osporena odluka predstavlja upravni akt iz člana 4. Zakona o upravnim sporovima, jer je doneta od državnog organa u vršenju javnih ovlašćenja iz Zakona o sredstvima u svojini RS, a tom odlukom se tužiocu oduzima stečeno pravo korišćenja nepokretnosti. Navedena odluka je doneta u upravnoj stvari i rešava konkretnu pojedinačnu situaciju autoritativno i ona se na osnovu člana 1. ZUP-a donosi u njegovoj primeni. Po nalaženju Vrhovnog kasacionog suda, odluka Stambene komisije Vlade kojom se poništava akt

---

<sup>9</sup> Presuda Upravnog suda 20 U. 9015/10 (09) od 17.12.2010. god.

<sup>10</sup> Presuda Vrhovnog kasacionog suda UZP-98/2013 od 30.05.2013. god.

raspolaganja ima karakter upravnog akta iz člana 4. ZUS-a i uživa zaštitu u upravnom sporu u smislu člana 14. istog zakona.”<sup>11</sup>

“Kako rešenje koje je oglašeno ništavim od strane prvostepenog organa predstavlja akt raspolaganja nosioca prava korišćenja na nepokretnostima u državnoj svojini, na osnovu koga je tužilac stekao određena imovinska prava, a koje i nije doneto sa pozivom na bilo koju odredbu ZUP-a, to prava stečena po ovom rešenju mogu biti predmet osporavanja u parničnom postupku.”<sup>12</sup>

*d) Predmet upravnog spora, nadležnost Suda  
(čl. 3. i 8. ZUS-a)*

Čini se da je nadležnost Upravnog suda u odredbama člana 3. i 8. dosta precizno određena kao što je i nadležnost osnovnih, viših i privrednih sudova jasno uređena. U ranijim vremenima su, ponekad, bila sporna pitanja nadležnosti privrednih sudova i Upravnog odeljenja VSS u predmetima privatizacije, zbog nepotpune nadležnosti iz seta zakona iz ove oblasti. Stiče se utisak da od donošenja Zakona o uređenju sudova i aktuelnog ZUS-a, češće dolazi do sukoba nadležnosti između osnovnih i viših i Upravnog suda, na drugoj strani, a manje sa privrednim sudovima. Autor nalazi razlog u nedovoljnom poznavanju citiranih zakona, da se ne upotrebi neka teža reč vezana za “okončavanje predmeta” na brz i pogodan način.

Često i punomoćnici podnose tužbu nenadležnom sudu iako je jasno da se radi o stvarnoj nadležnosti drugog suda (sporovi po tužbi nameštenika). Takođe, dosta dugo je u primeni pravni stav Odeljenja za upravne sporove VSS prema kome pojedinačni akt o izboru i razrešenju lica u izbornim zvanjima ima karakter upravnog akta. Ako smo već rekli da ocena zakonitosti odluke Stambene komisije Vlade kojom se poništava akt raspolaganja ima karakter upravnog akta, onda je nesumnjivo za postupanje u tom predmetu nadležan Upravni sud. Verifikovanje osnovnog kapitala Akcionarskog društva je u nadležnosti privrednog društva. Sukob nadležnosti rešava mešovito veće od tri člana Vrhovnog kasacionog suda sastavljeno od upravnih i građanskih sudija. Donošenjem odluke o tome ko je stvarno nadležan da postupa o određenoj stvari, Vrhovni kasacioni sud dostavlja spise nadležnom sudu na dalji postupak.

“Odredbom člana 171. stav 1. Zakona o državnim službenicima (“Službeni glasnik RS” br. 79/05... 104/09) propisano je da nameštenik zasniva radni odnos ugovorom o radu.

---

<sup>11</sup> Rešenje Vrhovnog kasacionog suda US-76/02 od 14.09.2012. god.

<sup>12</sup> Presuda Upravnog suda 16 U. 22236/10 od 05.12.2012. god.

Odredbom člana 4. stav 3. Zakona o državnim službenicima je propisano da se na prava i dužnosti nameštenika primenjuju opšti propisi o radu i posebni Kolektivni ugovor, ako ovim ili posebnim zakonom nije drukčije određeno. Odredbom člana 22. stav 3. Zakona o uređenju sudova je propisano da osnovni sud u prvom stepenu sudi, između ostalog, o sporovima povodom zasnivanja, postojanja ili prestanka radnog odnosa.

Kako se u konkretnom slučaju zahtev tužilaca odnosi na poništaj rešenja o otkazu ugovora o radu namešteniku koji ne predstavlja akt kome je zaštita obezbeđena u upravnom sporu, budući da se u odnosu na njega primenjuju opšti propisi o radu, to je Upravni sud našao da je za odlučivanje u ovoj pravnoj stvari nadležan osnovni sud.”<sup>13</sup>

“Rešavajući nastali sukob nadležnosti, u smislu člana 30. stav 2. Zakona o uređenju sudova, po nalaženju Vrhovnog kasacionog suda za rešavanje u ovoj pravnoj stvari nadležan je Upravni sud na osnovu odredbe člana 29. stav 1. Zakona o uređenju sudova kojim je propisano da Upravni sud sudi u upravnim sporovima. Kako je predmet tužbenog zahteva poništaj konačnog rešenja o razrešenju zamenika predsednika opštine B. i izboru novog zamenika predsednika opštine, to osporeno rešenje predstavlja upravni akt iz člana 4. Zakona o upravnom sporovima. Ovo stoga što pojedinačni akt o izboru i razrešenju dužnosti lica u izbornim zvanjima ima karakter upravnog akta protiv koga se može voditi upravni spor.”<sup>14</sup>

“Odredbom člana 8. stav 1. Zakona o upravnim sporovima je propisano da upravni spor rešava Upravni sud. Kako je predmet tužbe poništaj odluke Stambene komisije Vlade kojom se nepokretnost oduzima od ranijeg korisnika, to po nalaženju ovog suda tužbom osporena odluka predstavlja upravni akt iz člana 4. Zakona o upravnim sporovima, jer je doneta od državnog organa u vršenju javnih ovlašćenja i Zakona o sredstvima u svojini Republike Srbije, kojom se tužiocu oduzima stečeno pravo korišćenja nepokretnosti. Navedena odluka je doneta u upravnoj stvari i rešava konkretnu pojedinačnu situaciju autoritativno neposrednom primenom navedenih propisa.”<sup>15</sup>

“Upravni sud, Odeljenje u Kragujevcu je podneo zahtev za rešavanje sukoba nadležnosti sa Višim trgovinskim sudom koji se rešenjem oglasio stvarno nadležnim za postupanje po tužbi akcionara podnetoj protiv rešenja Ministarstva ekonomije i regionalnog razvoja, kojim je verifikovana struktura osnovnog kapitala akcionarskog društva nakon isteka roka za otplatu upisanih akcija u drugom

---

<sup>13</sup> Rešenje Upravnog suda 9 U. 31124/10 od 07.11.2011. god.

<sup>14</sup> Rešenje VKS US-97/012 od 19.02.2013. god.

<sup>15</sup> Rešenje VKS US-14/12 od 14.09.2012. god.

krugu svojinske transformacije, po modelu prodaje akcija radi prodaje društvenog kapitala.

Odredbom člana 25. stav 1. tačka 3. Zakona o uređenju sudova je propisano da privredni sud u prvom stepenu sudi u sporovima koji proizlaze iz primene Zakona o privrednim društvima ili primene drugih propisa o organizaciji i statusu privrednih subjekata, kao i u sporovima o primeni propisa o privatizaciji.

Kako je tužba podneta protiv rešenja Ministarstva donetog na osnovu člana 77. Zakona o privatizaciji, to je Vrhovni kasacioni sud na osnovu Zakona o uređenju sudova koji primenom citiranog propisa propisuje nadležnost privrednog suda, rešio kao u dispozitivu rešenja.<sup>16</sup>

*e) Odložno dejstvo tužbe  
(čl. 23. ZUS-a)*

Pored rasprave u upravnom sporu u ZUS-u, autor je od početka primene ovog procesnog zakona najveći značaj davao ovom institutu. Za razliku od rešenja ranijeg ZUS-a prema kome su izvršni organi odlučivali da li će se odlagati izvršenje upravnog akta, ZUS uvažava krajnje logično rešenje da o tome odlučuje Upravni sud kod koga se i cení zakonitost postupanja upravnih organa.

Upravno-sudska praksa, teorija i referati sa savetovanja, izgradili su određene pravne stavove u primeni ove odredbe:<sup>17</sup>

1. Načelno je u primeni pravni stav po kome podneta tužba, po pravilu ne odlaže izvršenje upravnog akta protiv koga je podneta;

2. Procesno sredstvo radi obraćanja Sudu je zahtev. On se najčešće podnosi uz tužbu, a može i samostalno u toku upravnog spora do odluke Suda;

3. Zahtev se podnosi protiv meritornih upravnih akata, ne i procesnih (prekid postupka);

4. Odbačen ili odbijen zahtev ne sprečava stranku da, uz odgovarajuće dokaze, ponovo podnese zahtev (nema presuđene stvari);

5. Upravni sud se prilikom odlučivanja rukovodi diskrecionim ovlašćenjem ("sud može"). Takvo ovlašćenje obavezuje Sud da donetu odluku obrazloži;

6. Uočljiva je razlika u odnosu na razlog koji se tiče tužioca ("šteta koja bi se teško mogla nadoknaditi") i protivne stranke ("niti bi se nanela veća ili nenaknadiva šteta");

7. Rešenje Suda o odlaganju podrazumeva kumulativno ispunjavanje sva tri uslova iz člana 23. stav 2. ZUS-a;

---

<sup>16</sup> Rešenje VKS US-1/011 od 20.10.2011. god.

<sup>17</sup> Lj. Pljakić: Odsustvo zaštite stranke kod odložnog dejstva upravne tužbe, "Budvanski dani 2013. god."

8. Uz zahtev pre podnošenja tužbe, dostavlja se prvostepena odluka, primerek uložene žalbe i dokaz da je žalba i podneta (recepis pošte, štambilj);

9. U odnosu na zahtev iz prethodnog stava takođe, moraju da budu ispunjeni kumulativni uslovi iz člana 23. stav 2. ZUS-a;

10. Uz podnete zahteve, stranka mora da dostavi dokaze o njihovoj osnovanosti, prema prirodi same stvari;

11. Neodlučivanje Suda u roku od 5 dana predstavlja povredu prava stranke na suđenje u razumnom roku;

12. Odluke suda: da se zahtev uvažava i odlaže izvršenje, odbacuje (ako nema dokaz), odbija (ako iz ponuđenih dokaza ne proizlazi osnovanost zahteva);

13. Protiv donetih rešenja nije dozvoljena žalba, niti zahtev za preispitivanje rešenja kod VKS, niti pak, ustavna žalba.

Iako su veoma jasna dva moguća razloga za podnošenje zahteva 1) samostalno pre tužbe protiv izvršnog prvostepenog rešenja uz podnetu žalbu i 2) uz tužbu ili kasnije u toku spora, neobičan je, u najmanju ruku, zahtev za odlaganje podnet pre tužbe protiv konačnog akta u jednostepenom odlučivanju.

“Imajući u vidu navedene zakonske odredbe, Upravni sud nalazi da nisu ispunjeni uslovi propisani članom 23. stav 2. Zakona o upravnim sporovima za podnošenje zahteva za odlaganje izvršenja rešenja Ministra pravde, jer se radi o upravnom aktu koji je konačan, pa se njegovo odlaganje može tražiti samo tužbom kojom je pokrenut upravni spor.”<sup>18</sup>

Smatram da je ovom obrazloženju trebalo dodati i stav “a ne radi se o zahtevu protiv prvostepenog izvršnog akta protiv koga je uložena žalba”.

U praksi Upravnog suda, autoru je sporno pitanje primene odložnog dejstva tužbe u situaciji kada je tužba podneta zbog prestanka radnog odnosa državnom službeniku u postupku disciplinske odgovornosti. Autoru nije poznato da je rešenje o odlaganju izvršenja doneto u odnosu na ova rešenja. Naravno, da nije moguće odlaganje kod svakog prestanka radnog odnosa, ali, poznato je da je redovni sud, kada je ta materija bila u njegovoj nadležnosti, u određenim slučajevima usvajao privremene mere i odlagao izvršenje najteže disciplinske mere prestanka radnog odnosa. Inspekcija rada je, u tom pravcu, takođe imala određena ovlašćenja. Opštepoznata činjenica je šta prestanak radnog odnosa znači pogotovu u vremenu ekonomske i svake druge krize i usahle privredne aktivnosti. Razlog Upravnog suda je uglavnom, uopšten (rekosmo da pravna sredstva protiv odluke Suda ne postoje!) i svodi se na nepružanje dokaza da će stranka pretrpeti štetu. Kojih dokaza, siromaško uverenje? Pri neefikasnom radu administracije, dokazi za takvo uverenje se ne mogu pribaviti u roku za podnošenje tužbe.

---

<sup>18</sup> Rešenje Upravnog suda 24 Uo. 55/14 od 06.08.2014. god.

“Po nalaženju suda, u zahtevu za odlaganje izvršenja konačnog upravnog akta, moraju se određeno navesti činjenice, okolnosti i podneti dokazi iz kojih se može zaključiti da bi sprovođenjem izvršenja podnosilac zahteva pretrpeo štetu koja bi se teško mogla nadoknaditi i u čemu bi se konkretno ta šteta sastojala. Kako se u podnetom zahtevu ne ukazuje na postojanje takvih okolnosti niti su uz tužbu dostavljeni dokazi iz kojih se može zaključiti da bi izvršenjem tog rešenja tužiocu bila naneta šteta koja bi se teško mogla nadoknaditi...”<sup>19</sup>

Tužilac je dostavio rešenje u navedenom predmetu o prestanku radnog odnosa koje se i osporava u upravnom sporu, potvrdu da je podstanar gazdarica nije htela da potpiše, uverenje da je dete student nije dobio jer fakultet ne radi! Odbijen je i zahtev za odlaganje izvršenja disciplinske mere prestanka radnog odnosa carinskom službeniku koja je mera predviđena podzakonskim aktom (a ne Carinskim zakonom) iako je stranka priložila presudu istog suda kojom je u identičnoj situaciji uvažena tužba, a i Odluku Ustavnog suda da navedena odredba Pravilnika nije u skladu sa zakonom.

“Iz navedene zakonske odredbe, člana 308. stav 3. Carinskog zakona, sledi da je donosilac Pravilnika kao podzakonskog akta za provođenje zakona bio ovlašćen da u vezi sa disciplinskim postupkom carinskih službenika uredi pitanja koja se odnose na način vođenja postupka i izricanje disciplinskih mera i ovlašćenje za vođenje disciplinskog postupka, ali ne i da propiše povrede službene dužnosti carinskih službenika, jer je to materija koja može da bude samo predmet zakonskog regulisanja”<sup>20</sup>

Možda se u rešenju o odbijanju navedenog zahteva mislilo da su navedeni razlozi za meritornu odluku i da šteta nije nenadoknadiva jer će tužilac za slučaj uspeha u sporu dobiti izgublenu zaradu zbog prestanka radnog odnosa, ali dok se to dogodi, od nečega treba živeti!

Ovakav mogući razlog (koji nije naveden u odluci) ne bi stajao jer je Sud u sličnoj situaciji odložio izvršenje rušenjem objekta jer je podnet zahtev za legalizaciju, prema poznatom pravnom stavu da se ne može donositi rešenje o rušenju objekta pre odluke o legalizaciji.

“Upravni sud je našao da su ispunjeni uslovi za odlaganje izvršenja rešenja kumulativno propisani citiranom odredbom člana 23. stav 2. ZUS-a. Ovo stoga što je pruženim dokazom da je podneo zahtev za legalizaciju tužilac učinio verovatnim da bi mu izvršenjem upravnog akta, pre okončanja postupka legalizacije objekta, mogla biti naneta šteta koja bi se teško mogla nadoknaditi...”<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Rešenje Upravnog suda 10 U. 10491/14 od 14.08.2014. god.

<sup>20</sup> Presuda Upravnog suda I-1 U. 2326/11 od 24.01.2012. god.

<sup>21</sup> Rešenje Upravnog suda 4 U. 8956/14 od 04.07.2014. god.

f) *Utvrđivanje činjenica na raspravi*  
(čl. 33–39. ZUS-a)

Rasprava u upravnom sporu je prvi put uvedena posle Drugog svetskog rata aktuelnim ZUS-om. Smatra se najvišim dometom i najvažnijom novinom u ZUS-u. Međutim, i pored činjenice da je utvrđivanje činjenica na raspravi uneto kao princip u osnovne odredbe ZUS-a, u njegovoj praktičnoj primeni se zakazivanje rasprave, vrlo često, svodi na obligatorne razloge, a manje kada sud nađe da činjenice treba utvrditi na raspravi (diskreciona ocena sudije).

Ono što se može zaključiti preko mišljenja punomoćnika koji učestvuju na raspravama je da sudska veća različito provede raspravu što je od značaja za pravilno utvrđivanje činjenica i konačno za samu svrhu rasprave. S jedne strane, rasprava ne sme da se pretvori u parnicu, ročište se samo izuzetno odlaže, utoliko pre što će se rasprava održati iako uredno pozvane stranke ne dođu na ročište. Ali, sa druge strane, punomoćnik se ne sme sprečavati da u najkraćem iznese svoj odnos prema predmetu spora uz obrazloženje sudije “da sve to piše u tužbi”.

Sud mora da zna da su činjenice u vezi predmeta spora strankama vrlo dobro poznate. Za same stranke, držanje rasprave je mogućnost da provere u kojoj meri je sudeće veće proučilo predmet i razdvojilo sporne od nespornih činjenica. Zbog toga je za Sud važno da se drži odredbe člana 39. stav 2. ZUS-a koja omeđava kretanje sudija u utvrđivanju činjenica. “Sud na raspravi odlučuje koji će se dokazi izvesti radi utvrđivanja činjeničnog stanja.” Njihova ocena mora da ima vidljivo mesto u obrazloženju presude suda. Ukoliko takva ocena izostane održana rasprava je izgubila svoju svrhu, a pismeni otpravak presude sadrži razloge kao da je zakonitost osporenog akta ocenjena na osnovu spisa. Radi izloženog, neophodno je da sudijska veća usklade stavove i tehniku vođenja rasprave u smislu citirane odredbe člana 39. stav 2. ZUS-a.

Loše vođenje rasprava je iskazano u obrazloženju presude Upravnog suda<sup>22</sup>:

Sud je u uvodu presude naveo da je presudu doneo “po održanoj usmenoj raspravi”, da je “usmena rasprava održana u prisustvu uredno pozvanih tužilaca i prisustva (valjda, učešća u svojstvu stranke?-prim. autora) ovlašćenog lica tuženog organa, ali je već u sledećem stavu navedeno kao da je suđeno u nejavnoj sednici, na osnovu upravnih spisa, kako se najčešće sudilo po prethodnom ZUS-U:

“Rešavajući ovaj upravni spor na osnovu činjenica koje su utvrđene u upravnom postupku...”

U daljim razlozima govori o manjkavostima osporenog rešenja:

“Tuženi organ nije na dovoljno jasan i potpun način obrazložio pravnu prirodu prijave tužioca...”

---

<sup>22</sup> 1 U. 7215/11.

“Savet Komisije nije pravilno primenio i pravila posebnog upravnog postupka u odnosu na predloge stranaka...”

“Tuženi je učinio i bitnu povredu pravila upravnog postupka jer nije ocenio sve dokaze...”

Na kraju Sud kaže: “Sa iznetih razloga, nakon zaključene usmene rasprave, Upravni sud je odlučio kao u dispozitivu presude...”

Na osnovu izloženog ozbiljno se nameće pitanje zašto je usmena rasprava zakazivana ako njena svrha nije ispunjena raspravljanjem stranaka i ocenom izvedenih dokaza. Sve propuste na koje je Sud ukazao mogao je sam da otkloni na raspravi i odluči u sporu pune jurisdikcije.

*g) Presude u sporu pune jurisdikcije  
(čl. 43. ZUS-a)*

Sporovi pune jurisdikcije<sup>23</sup> predstavljaju vrhunac pružanja pravne zaštite stranci u upravnom sporu. U njima Sud se stavlja na mesto upravnog organa, poništava upravna rešenja i sam rešava upravnu stvar. Na taj način, stranka dobija efikasnu i potpunu zaštitu pod uslovom da priroda stvari to dozvoljava (sud ne izdaje kopiju plana katastra). Po ranijem ZUS-u su bile retke situacije ovakvog odlučivanja (da li od straha od prejake izvršne vlasti?), a tek na osnovu aktuelnog ZUS-a češće se odlučuje na ovaj način. U zemljama zapadne Evrope je skoro pravilo da, kada dođe na sud, stranka u potpunosti ostvari svoje pravo, pod uslovom da priroda stvari to dozvoljava, a ukoliko ne, onda se uvažavanjem tužbe u sporu ograničene jurisdikcije daje nalog koji organe izvršne vlasti obavezuje na bespogovorno postupanje.

Dispozitiv presude u sporu pune jurisdikcije nalazimo u presudi Upravnog suda:<sup>24</sup>

“Tužbe se uvažavaju, poništava rešenje Ministarstva finansija RS, Sektor za imovinsko-pravne poslove br. – od – i rešenje Odeljenja za imovinsko-pravne i stambene poslove Uprave Gradske opštine NB br. – od – i rešava: Odbija se zahtev sada pok. RS čiji je pravni sledbenik BS za poništaj pravnosnažnog rešenja NOO NB br. – od – u delu kojim je preuzeta iz poseda ranijeg vlasnika MR zemljišno-knjižna parcela -, radi izgradnje objekta.”

Moguće je presuđenje u sporu pune jurisdikcije i u slučaju aktivnog nepostupanja po presudi suda. Dakle, ako sud uvaži tužbu državnog službenika i naloži upravnom organu da oceni prigovor zastarelosti vođenja disciplinskog po-

---

<sup>23</sup> Detaljnije: Jelena Ivanović - Spor pune jurisdikcije u upravno-sudskoj praksi, Sarajevo 2013. godine, Foundation Public Law Centre.

<sup>24</sup> 15 U. 12704/11 od 20.09.2012. god.



stupka, pa ukoliko ovaj tako ne postupi, Sud je ovlašćen da materijalno-pravni prigovor zastarelosti sam oceni i reši upravnu stvar.

“Tužba se uvažava i poništava rešenje Žalbene komisije Vlade Republike Srbije br. – od –.

Žalba se uvažava i poništava rešenje Ministarstva finansija, Poreske uprave br. – od – i rešava:

Postupak se obustavlja.”<sup>25</sup>

Zalaganja autora su da Upravni sud, u mnogo većoj meri nego do sada, kada prirodno same upravne stvari to dozvoljava, odlučuje u sporu pune jurisdikcije i na taj način, pored koristi za stranku, obezbeđuje i autoritativnost Upravnog suda kao suda republičkog ranga.

\* \*  
\*

Namera autora je najpre, da kroz ovaj referat potvrdi opravdanost uvođenja Upravnog suda, kao specijalizovanog, u naš pravni sistem. Primeri upravno-sudske prakse to potvrđuju. Istovremeno, to znači pojačanu obavezu sudija i ostalog sudskog kadra da rade na podizanju svesti o neophodnosti usavršavanja znanja radi pružanja što potpunije pravne zaštite strankama u upravnom sporu. Izgrađivanje stabilne sudske prakse svakog suda je permanentni zadatak.

Buduća vizija upravnog sudstva se nužno zasniva na dvostepenom sudstvu i specijalizaciji po materijama (najšira je primena materijalnog prava u upravnom sporu!) najpre u okviru Suda, a potom i osnivanjem posebnih specijalizovanih sudova.

LJUBODRAG PLJAKIĆ

Judge, Supreme Court of Final Appeal, retired

## RECENT ADMINISTRATIVE COURT PRACTICE IN THE ADMINISTRATIVE DISPUTE

### Summary

After four years of work of the Administrative Court, as a specialized court, and as many years of implementation of the current Law on Administrative Disputes, a corresponding court practice has been formed a part of which has been presented in this paper.

---

<sup>25</sup> 8 U. 5000/13 od 22.05.2013 god.

Certainly, the implementation of the still current legal attitudes of the former Supreme Court of Serbia – Administrative Department contributes to the quality of assumed legal attitudes of the Administrative Court. This will be a basis for the taking of future legal attitudes, too, because only predictable court judgements, based on accessible legal attitudes, bring back the citizens' faith in the judiciary power.

The two-level administrative jurisdiction, together with the specialization of judges according to topics and their dedication, together with the raising of the level of expertness, are the further directions of development of the administrative jurisdiction in our country.

ZORICA VUKAŠINOVIĆ-RADOJIČIĆ,  
ZORICA UROŠEVIĆ

## LOKALNI SLUŽBENIČKI SISTEM – PROFESIONALIZACIJA LOKALNE UPRAVE

### U V O D

Jedan od osnovnih zahteva pravnih sistema modernih država je jedinstveno i koherentno funkcionisanje službeničkog sistema. Pitanje sistemске uređenosti službeničkih odnosa, od posebnog je značaja za zakonit i valjan rad uprave i uspešno sprovođenje javnih politika. Javni službenici predstavljaju nezamenljiv element službeničkih sistema, bez kojih se ne može obezbediti trajno, profesionalno i efikasno funkcionisanje sistema javne uprave. Zbog značaja javnih poslova koje obavljaju, ključni su faktor odgovornog i efikasnog rada u odnosu na ostvarivanje prava i obaveza građana i drugih subjekata.

Decentralizacija zahteva odgovornost na svim nivoima. Razvoj institucionalnih kapaciteta savremene lokalne samouprave u Srbiji podrazumeva kadrove razvijenih znanja, osposobljenih za primenu novih metoda rada prilagođenih drugačijem okruženju kakvo, uz velike napore i postepeno, nastaje. Potreban je sistemski pristup u izgradnji upravnih kapaciteta lokalne samouprave, a na prvom mestu

---

Dr Zorica Vukašinić-Radojičić, docent Kriminalističko-policijske akademije, Beograd.

Mr Zorica Urošević, Gradska uprava za inspekcijske poslove Grada Novog Sada. Rad je rezultat realizovanja naučnoistraživačkog projekta pod nazivom Razvoj institucionalnih kapaciteta, standarda i procedura za suprotstavljanje organizovanom kriminalu i terorizmu u uslovima međunarodnih integracija. Projekat finansira Ministarstvo nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije (br. 179045), a realizuje Kriminalističko-policijska akademija u Beogradu (2011–2014).

je zakonski osnov za razvoj profesionalizma, načela za sve javne službenike, odgovorne prema poslu koji obavljaju i zajednici u čijem interesu svi jednako služe.

Smatramo da bi regulisanje statusa lokalnih službenika trebalo uskladiti sa načinom regulisanja položaja i rada državnih službenika, budući da obavljaju iste ili slične upravne i druge stručne poslove. Time bi se obezbedilo jedinstveno postupanje i efikasno odlučivanje o pravima i obavezama građana i drugih subjekata na nivou celog sistema uprave – “vertikalno funkcionalno jedinstvo, posebno u poverenim poslovima državne uprave, kao i neophodna jednakost i isti položaj zaposlenih u vršenju tih poslova.”<sup>1</sup> Stoga je neophodno obezbediti pravne i institucionalne preduslove da se upravna delatnost na lokalnom nivou odvija u efikasnoj organizaciji profesionalne, depolitizovane lokalne uprave.

### *Opšti i posebni službenički sistemi*

Službenički sistemi omogućavaju povezivanje i usklađivanje rada službenika u skladu sa politikom planiranja i upravljanja kadrovima. Oni predstavljaju okvir kojim se u skup velikog broja personalnih odluka uvodi faktor objektivnosti, bez koga se ne može očekivati da će se interes službenika, kako to službenici subjektivno osećaju, poklopiti sa njihovim dužnostima. E. Pusić određuje službenički sistem kao “cjelovit skup logički povezanih kategorija u koje se radna mesta, odnosno upravni službenici razvrstavaju prema unapred utvrđenim kriterijima, a koje su temelj za njihovo nagrađivanje i okvir za kretanje u službi.”<sup>2</sup> Službenički sistem bi shodno tome obuhvatio sistem klasifikacije, platni sistem i sistem napredovanja, a mora se imati u vidu i njihova međuzavisnost.<sup>3</sup> Od shvatanja službeničkih sistema kao grupe kategorija u koje se službenici razvrstavaju prema unapred utvrđenim kriterijumima i koje su osnov za njihovo napredovanje, nagrađivanje i kretanje u službi, polaze i drugi pisci.<sup>4</sup> D. Kavran ukazuje na dinamičku sadržinu službeničkih sistema, te kao ključne elemente navodi zaposlene, sistem radnih mesta, zapošljavanje i raspoređivanje zaposlenih na osnovu struč-

<sup>1</sup> Videti: M. Vlatković, *Službeničko pravo*, Banja Luka, 2009, str. 125.

<sup>2</sup> Videti: E. Pusić, *Nauka o upravi*, knjiga II, *uvodna pitanja, uprava u društvu, uprava kao ljudska delatnost*, IX izdanje, “Narodne novine”, Zagreb, 1989.

<sup>3</sup> Uporediti: E. Pusić, *Nauka o upravi*, knjiga II, *uvodna pitanja, uprava u društvu, uprava kao ljudska delatnost*, IX izdanje, “Narodne novine”, Zagreb, 1989, str. 197; M. Vlatković, *Službeničko pravo*, Banja Luka, 2009, str. 41; M. Vlatković, *Javni službenik u vršenju radne službe*, “Časopis za radno i socijalno pravo”, br. 1–6/2005, str. 211.

<sup>4</sup> Svaka karijera obuhvata seriju službenih mesta koja pretpostavljaju jednako prethodno obrazovanje i spremu, a označena su platnim propisima i novčano valorizovana. Videti: M. Petrović, *Nauka o upravljanju kao pretpostavka upravne politike (opšti deo)*, Pravni fakultet Niš, Niš, 2006, str. 340–382.

nih sposobnosti i kretanje u službi na osnovu znanja i stručnosti.<sup>5</sup> Slično, prema novijim koncepcijama reformskog programa javne uprave – SIGMA, službenički sistemi podrazumevaju prijem u radni odnos, sistem razvrstavanja radnih mesta, napredovanje i ocenjivanje, mobilnost i stručno usavršavanje.<sup>6</sup>

Mora se istaći da je pri savremenom određenju službeničkih sistema, akcentat na njihovoj ulozi i ciljevima, u smislu stvaranja pretpostavki za profesionalno, nepristrasno i uspešno sprovođenje politike vlade i obavljanje upravnih poslova. Takođe, prema ovim shvatanjima, osnov zapošljavanja i napredovanja službenika su njihove stručne sposobnosti (*merit system*), a plaćanje službenika se zasniva na učinku (rezultatima rada). Ovaj pristup podržava razvoj karijere službenika i njihovo stručno usavršavanje sa ciljem njihovog zadržavanja u državnoj upravi. Čini se da se ključni elementi Veberove birokratije nisu promenili – vladavina prava koja je zasnovana na profesionalnom, politički neutralnom i odgovornom radu službenika. Međutim, pojam službeničkih sistema se ne može odrediti nezavisno od datog društveno političkog i pravnog sistema. Na određenje ovog pojma utiču brojni faktori, kao što su društveno-ekonomski i pravni sistem odnosno pravna tradicija društva, sistem državne uprave i drugi.<sup>7</sup>

U domaćem zakonodavstvu je uvek bila dosledno izvedena razlika između opšteg i posebnog režima službeničkih odnosa. N. Stjepanović je ukazao na razliku između osnovnih pragmatika za javne službenike (to je bio Zakon o javnim službenicima) i drugih propisa (službeničkih pragmatika) kojima se uređuje pravni položaj određenih grupa službenika.<sup>8</sup> Cilj osnovnih pragmatika je bio da obezbedi jedinstvo i ustanovi opšti status javnih službenika, a da istovremeno vodi računa o specifičnostima pojedinih javnih službi.<sup>9</sup> S druge strane, posebnim propisima su regulisani položaj i rad službenika u određenim oblastima rada.

Polazeći od ustavnih načela kojima se određuje položaj državne uprave, njena nezavisnost, poslovi i odgovornost prema Vladi, opšti sistem službeničkih odnosa u Srbiji je uređen Zakonom o državnim službenicima.<sup>10</sup> To je osnovni zakon kojim se bliže uređuju službenički odnosi. Usvojen je 2005. godine i u međuvre-

---

<sup>5</sup> Videti: D. Kavran, *Nauka o upravljanju, Organizacija, kadrovi i rukovođenje*, Naučna knjiga, Beograd, 1991, str. 7–9.

<sup>6</sup> Videti: OECD/PUMA, *Managing Senior Management: Senior Civil Service Reform in OECD Member Countries*, Background Note, GOV/PUMA(2003)17, 2003, Paris, str. 2.

<sup>7</sup> Videti šire: Z. Vukašinović Radojičić, *Evropski službenički sistemi*, Kriminalističko-policijska akademija, Edicija Monografije, Knjiga 14, Beograd, 2013.

<sup>8</sup> Videti: N. Stjepanović, *Upravno pravo FNRJ*, opšti deo, drugo prepravljeno i dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1958, str. 322–333.

<sup>9</sup> Isto.

<sup>10</sup> Videti: *Zakon o državnim službenicima* ("Službeni glasnik RS", br. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/09).

menu je pretepo veći broj izmena. Zakonom su stvorene pravne pretpostavke za odgovoran, profesionalan i efikasan rad angažovanih na sprovođenju državnih funkcija, u skladu sa evropskim upravnim standardima i načelima. Na prava i dužnosti državnih službenika u Srbiji, koja nisu uređena Zakonom o državnim službenicima (*lex specialis*), drugim zakonom ili drugim propisima, primenjuju se opšti propisi o radu – Zakon o radu (*lex generalis*) i poseban kolektivni ugovor za državne organe. Zakon o radu je opšti zakon u oblasti radnih odnosa, njegove odredbe se primenjuju na sve zaposlene koji rade na teritoriji Srbije. Osim sistemskim propisom – Zakonom o državnim službenicima, službenički odnosi se uređuju i drugim zakonima – Zakonom o državnoj upravi, Zakonom o platama državnih službenika i nameštenika, Zakonom o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja, Zakonom o Agenciji za borbu protiv korupcije, Zakonom o zaštitniku građana, Zakonom o zabrani diskriminacije, Zakonom o sprečavanju zlostavljanja na radu i drugim.

Specifična priroda, stepen složenosti upravnih poslova, organizacija i načela rada, prava, obaveze i odgovornost službenika u pojedinim oblastima rada uprave, utiču na potrebu da se njihov radnopravni položaj uredi na specifičan način koji (delimično ili potpuno) odstupa od opšteg režima službeničkih odnosa. Posebni službenički sistemi su karakteristični za policiju, vojsku, spoljne poslove, carinske i poreske poslove, u zavodima za izvršenje krivičnih sankcija, u pokrajinskom organima, organizacijama i službama, kao i u organima, organizacijama i službama jedinica lokalne samouprave. S druge strane, ne sme se zanemariti potreba za efikasnim i koherentnim funkcionisanjem službeničkog sistema u celini.

Uređenje posebnih službeničkih sistema u skladu sa potrebama koje donose dinamične promene zahteva pažljivu analizu pravnih propisa i aktuelne prakse. Danas, neretko, posebne oblasti rada uprave se regulišu nepotpunim i prevaziđenim propisima. Potreba za “približavanjem” statusa službenika i ujednačavanjem njihovih prava iz radnog odnosa je posebno vidljiva u “osetljivim” oblastima rada, kao što je policija. “Uvažavajući izuzetke, ne postoje opravdani razlozi da se pravila o prijemu u radni odnos (sprovođenju internih i javnih konkursa), proveru sposobnosti kandidata (metodama selekcije), razvrstavanju radnih mesta, ocenjivanju i napredovanju, odgovornosti, pravnoj zaštiti zaposlenih, ne primene u oblasti rada policije... Iako policija pripada zatvorenom (karijernom) sistemu, primena savremenih instituta službeničkih sistema kao i elemenata sistema pozicije bi u velikoj meri uticala na jačanje transparentnog rada, profesionalizma, lične odgovornosti zaposlenih i njihove motivacije i unapređenje rada policije.”<sup>11</sup> Takođe, ukazujemo i na promene koje se javljaju razvojem procesa decentralizacije – uvođenje komunalne policije u sistem lokalne samouprave i pravni poredak

<sup>11</sup> Videti: Z. Vukašinović Radojičić, *Specifičnosti sistema službeničkih odnosa u policiji*, Pravni život, Časopis za pravnu teoriju i praksu, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2013.

Srbije. Radnopravni položaj svih javnih službenika bi trebalo urediti u skladu sa savremenim tendencijama i opšteprihvaćenim međunarodnim i evropskim standardima. Izmenom postojećih ili usvojanjem novih zakona i podzakonskih propisa moglo bi se obezbediti usaglašavanje principa rada, kako na nivou državne uprave, tako i na nivou lokalne samouprave. Stalno praćenje i unapređivanje propisa kojima se regulišu posebne oblasti rada uprave je neophodno i sa aspekta regulisanje statusa i uspostavljanje jednake i efikasne pravne zaštite položaja javnih službenika. To je od posebne važnosti za punu primenu načela zakonitosti i pravne sigurnosti. Bez sprovođenja systemske analize u svim upravnim oblastima i primerenog uvođenja novih instituta i prakse, ne može se ostvariti puna profesionalizacija.

### *Pojam javnih službenika*

Određivanje pojma državnog, odnosno javnog službenika nije jednostavno, jer se njegovo značenje menja sa promenama pojma uprave, odnosno sa razvojem države. Istovremeno, zbog razlika koje postoje u zavisnosti od prostora i vremena, definisanje ovog pojma nije moguće odvojeno od socijalne sredine i pravnog konteksta zemlje i perioda u kome se vrši. Zbog toga se često teorijski pojam državnog, odnosno javnog službenika oslanja na pozitivnopravni pojam. U domaćoj teoriji upravnog prava pri određivanju pojma državnog službenika ističe se stalnost službe, sistem zvanja i plata, a *differentia specifica* upravnih službenika je profesionalizam, na osnovu koga se određuju i kao stalni i profesionalni kadrovi.

Pojam javnog službenika se javlja kao posledica razlikovanja državne i javne uprave. U pojedinim zemljama pojam javnog službenika vezuje se za poslove javnih službi, a državnim službenikom smatra se i lice u službi organa lokalne samouprave na koje se primenjuje režim javnog prava (Nemačka). Pitanje određenja pojma javnog službenika je naročito kompleksno imajući u vidu način organizovanja javne uprave u jednom pravnom sistemu (kontinentalni ili anglosaksonski model), obim i prirodu javnih (upravnih) poslova, teritorijalnu organizaciju, stepen decentralizacije i dekoncentracije vršenja upravnih poslova, finansiranje, odnos između države i službenika, javni menadžment, etiku i druga pitanja. Javna uprava se uglavnom određuje prema načinu organizovanja, ali i značaju koji ima u datom društvenom poretku. Premda, transformacijom države i njenih funkcija, menja i pojam javne, odnosno državne uprave.<sup>12</sup>

O statusu javnog službenika, o njegovoj ulozi i značenju u konkretnom pravnom sistemu, ne može se govoriti izvan okvira u kojima se ostvaruju temeljne odrednice i načela samog sistema.<sup>13</sup> Budući da postoje različiti sistemi i modeli or-

---

<sup>12</sup> Videti: J. Greenwood, R. Pyper, D. Wilson, *New Public Administration in Britain*, London, New York, 2002, str. 2.

<sup>13</sup> Videti: I. Borković, *Službeničko pravo*, Informator, Zagreb, 1999, str. 34.

ganizovanja javne uprave, i u jezičkom smislu se za pojam javnih službenika koriste različiti termini.<sup>14</sup> Prema nekim autorima, akcenat u određivanju pojma javne uprave je na "institucijama, organizacionoj strukturi i procesu implementacije politike, procesu donošenja odluka i rešavanju praktičnih problema",<sup>15</sup> dok se prema drugim, javna uprava odnosi na poslove, odnosno aktivnosti javnih službenika i organa izvršne vlasti.<sup>16</sup> Stoga, teorijski pojam javnog službenika, može se odrediti sa organizacionog (formalnog) i funkcionalnog (sadržajnog) aspekta. Postoji i mešoviti (kombinovani) pristup u određivanju ovog pojma, koji polazi od organizacionih i funkcionalnih kriterijuma.

U organizacionom smislu, pojam javnog službenika se određuje prema organima i organizacijama u kojima službenici rade. Javni službenik u formalnom smislu je lice koje obavlja poslove u određenim, taksativno nabrojenim organima i organizacijama. Koliko će široko biti određen pojam javnog službenika, zavisi od organizacije javne uprave u jednom sistemu. U našem pravnom sistemu javna uprava obuhvata organe državne uprave kao centralne upravne organe i nedržavne subjekte (jedinice lokalne samouprave, organe teritorijalne autonomije, javne agencije, javna preduzeća, javne ustanove i druge organe i organizacije).<sup>17</sup> Zaposleni u navedenim organizacionim oblicima dobijaju kvalifikaciju javnog službenika. Pojam javnog službenika obuhvata i državne službenike kao lica zaposlena u organima državne uprave i službama Vlade i lica zaposlena u svim nedržavnim subjektima uprave. U njihovom međusobnom odnosu, pojam javni službenik je širi od pojma državni službenik.

U funkcionalnom (materijalnom) smislu, pojam javnog službenika se određuje prema sadržaju funkcije koju on obavlja, bez obzira na organizacioni oblik vršenja poslova. Polazeći od ovog kriterijuma, javni službenici su lica koja vrše poslove javne ili državne službe, odnosno obavljaju javne poslove, a u okviru državnog aparata ili nedržavne uprave. I. Borković smatra da je javna služba delatnost "koja je preko potrebna za zadovoljenje opštih društvenih interesa i pravna norma koja takvu delatnost izdvaja kao posebnu javnu službu, dajući joj, zbog opisane važnosti,

<sup>14</sup> U engleskom jeziku su to termini *Servant*, *Officer*, *Employee*, u SAD - *Public employees*, *Public officers*, u nemačkom - *Beamten* i *Angestellten*, u francuskom se koristi termin *Fonctionnaire*, u italijanskom - *Funzionario*.

<sup>15</sup> Videti: P. Fletcher, *Public Administration*, H.V. Wiseman ed. *Political Science*, London Routledge and Kegan Paul, str. 53-54, 1967.

<sup>16</sup> Videti: P. Dunleavy, *Is there a Radical Approach to Public Administration?* *Public Administration* 60, 2: 215-25, 1982. str. 215; J. Greenwood, D. Wilson, *Public Administration in Britain - today*, London, 1993, str. 4.

<sup>17</sup> Javni službenici su zaposleni u centralnoj i nedržavnoj upravi - u naučnim, kulturnim, prosvetnim, zdravstvenim ustanovama, zavodima za socijalno osiguranje, komorama, centralnoj banci Srbije i drugim organizacijama.



posebni društveni tretman”.<sup>18</sup> U radovima francuskih teoretičara, kao osnovni element u sadržaju javne službe navodi se opšti interes.<sup>19</sup> Javna služba ima poseban značaj za ostvarivanje određenih interesa društvene zajednice i podleže posebnom pravnom režimu.

Usled nepreciznosti i nedostataka jednog i drugog određenja, sve više se koristi mešoviti način određivanja pojma javnog službenika. Prema ovim shvatanjima, pojam javnog službenika polazi od organizacionog oblika u kome službenik obavlja poslove od javnog značaja i od prirode službe koju vrši. I. Borković smatra da je javni službenik lice koje je imenovano ili postavljeno na određeno radno mesto u organima javne uprave, koji učestvuju u vršenju javne vlasti, a u skladu sa svojom stručnom spremom, na profesionalna način kao svoje trajno zanimanje.<sup>20</sup> U vezi sa ovim shvatanjem, osnovni elementi statusa javnih službenika su: imenovanje ili postavljenje, delovanje u određenim strukturama javne uprave – učestvovanje u vršenju upravne vlasti, subordinacija, profesionalizam i trajnost obavljanja službe, kao i plaćenost. Smatramo da je službeničke odnose na lokalnom nivou vlasti potrebno urediti na nov, primeren način, u skladu sa savremenim tendencijama rada javnih službenika. Budući da oni nisu na jedinstven način uređeni na centralnom i lokalnom nivou, to onemogućava efikasan i koherentan rad uprave u celini. Izvorni i povereni poslovi se moraju obavljati profesionalno i delotvorno, a sistem zasnivanja radnog odnosa, vrednovanja rada, napredovanja, stručnog usavršavanja i zaštite pravnog položaja mora biti pravičan i podsticajan za zakonit i delotvoran rad. Profesionalizam, depolitizacija, transparentnost, nezavisnost u rešavanju, moraju imati punu primenu i u lokalnom službeničkom sistemu. Analizom pozitivnopravnog režima službeničkih odnosa i prakse na lokalnom nivou, ukazaćemo na specifičnosti ovog posebnog sistema.

### *Pravni položaj zaposlenih u lokalnoj upravi u Srbiji*

U većini evropskih zemalja zaposleni u lokalnoj upravi nemaju status državnih službenika, ali se uporednom analizom njihovog pravnog položaja mogu uočiti zajednički elementi.<sup>21</sup> Pored razlika u pravnim režimima, organizaciona ne-

---

<sup>18</sup> Videti: I. Borković, *Službeničko pravo*, Informator, Zagreb, 1999, str. 40.

<sup>19</sup> Na to su ukazali: G. Jeze, L. Duguit, A. Laubadere, J.M. Auby i drugi.

<sup>20</sup> Videti: I. Borković, *Službeničko pravo*, Informator, Zagreb, 1999, str. 48.

<sup>21</sup> One se odnose na: nezavisnost od centralnih vlasti i propisani oblik hijerarhijske veze sa lokalnim vlastima; stalnost – nezavisnost od političkih promena uvođenjem internih i javnih konkursa i sistema napredovanja na osnovu zasluga. Imenovanja po ličnom izboru (npr. kabinet gradonačelnika) i pravo političke većine da zameni određeni broj viših službenika (Francuska) su izuzetna, uglavnom sa ciljem da se posle lokalnih izbora osigura konzistentnost upravne delatnosti sa političkim ciljevima demokratski izabrane političke većine; nadzor i kontrola se uspostavljaju u cilju sprečavanja konflikta javnog i privatnog interesa i arbitrarnosti, posebno u pogledu zarada. Videti: “*The*

zavisnost lokalnih vlasti ne utiče značajnije na ujednačenost prava upravnih službenika. Organizaciona nezavisnost je izraz principa supsidijarnosti i pruža potrebnu slobodu radi izbora optimalnih rešenja za specifične lokalne poslove. Međutim, položaj i zaštita prava zaposlenih u lokalnim organima uređuje se zakonskim propisima, jer upravna i organizaciona nezavisnost nije bez određenih limita. Zato ujednačenost tih prava zavisi od zakonskih normi kojima se ostavlja ili ograničava “manevarski” prostor lokalnim vlastima.

Detaljnije normirani sistemi obezbeđuju veću uniformnost, u kome se ujednačen položaj službenika proteže od centralnog do lokalnog nivoa.<sup>22</sup> Takvo rešenje podupire se argumentima da olakšava kretanje kadrova i prenos nadležnosti. Na tim principima delom se zasnivao i naš Zakon o radnim odnosima u državnim organima iz 1991. godine koji se još uvek primenjuje na zaposlene u lokalnoj samoupravi, ali su njegovi instituti “prevazišli” potrebe vremena, a pojedine odredbe ne prolaze ni ocenu ustavnosti.<sup>23</sup> Jednakost prava zaposlenih obeležje je savremenog radnopravnog zakonodavstva, pa se ujednačava položaj lokalnih službenika i u onim sistemima u kojima se status lokalnih službenika reguliše opštim propisima o radu. Sloboda lokalnih vlasti u radno-pravnom ugovaranju prestaje gde počinje primena jedinstvenih principa.<sup>24</sup>

Zaposleni u organima jedinica lokalne samouprave su lokalni javni službenici koji obavljaju upravne poslove u javnom interesu, koristeći ista ili slična upravna ovlašćenja koja imaju državni službenici. Njihov pravni položaj se uređuje posebnim propisima. Nezavisno od specifičnosti koje proizlaze iz ustavnog i zakonskog položaja jedinica lokalne samouprave, usklađivanje statusa lokalnih službenika sa statusom državnih službenika je neophodno, ne samo zbog toga što obavljaju iste ili slične upravne i druge stručne poslove, nego i radi unapređenja službeničkog sistema u celini.

Pravni položaj zaposlenih u organima lokalne samouprave u Srbiji još uvek najvećim delom zavisi od zakona koji ne sadrži institute uvedene Zakonom o državnim službenicima, koji se primenjuje od 2006. godine. Pravila ovog Zakona o razvrsta-

*legal status and employment conditions of local authorities' staff in the countries of central and eastern Europe*, Report by the Steering Committee on Local and Regional Authorities, No. 62, CoE, 2004.

<sup>22</sup> U francuskom zakonodavstvu se državnim službenicima smatraju i zaposleni u javnim službama. Jedini kriterijum koji je Državni savet utvrdio za državne službenike je učešće u vršenju javne službe, odnosno primena režima javnog prava na njihov radnopravni položaj (presuda u slučaju *Lauthier* iz 1959).

<sup>23</sup> Videti Odluku Ustavnog suda, IUz broj 299/2011 od 17. januara 2013.g, objavljena u “Sl. glasniku RS”, br. 23/2013.

<sup>24</sup> U Velikoj Bitaniji i Finskoj proces kolektivnog pregovaranja doveo je do harmonizacije radno-pravnih uslova uvođenjem standarda koji se primenjuju kod individualnih ugovora o radu. Sličan efekat je i u Nemačkoj – osnovni radnopravni uslovi iz kolektivnih ugovora preuzeti su u pro-pise o javnoj službi.

vanju službeničkih radnih mesta, prijemu u službu, internim i javnim konkursima, selekciji kandidata, ocenjivanju, napredovanju, disciplinskoj odgovornosti, pravnoj zaštiti službenika se ne primenjuju na lokalne službenike. Nezavisno od deficita savremenih "službeničkih" instituta, primena Zakona o radnim odnosima u državnim organima na zaposlene u lokalnoj samoupravi već punu deceniju skreće pažnju akademске i stručne javnosti.<sup>25</sup> Reforme prati dinamična zakonodavna praksa, pa je ova "neusklađena" oblast radnopravnih odnosa često bila sporna i povod teorijskih analiza i preporuka na koje se pravna praksa nužno oslanja. Radnopravne odnose u organima lokalne samouprave uređuju, pored načela utvrđenih opštim propisima o radu, i propisi koji uređuju sistem lokalne samouprave i sistem plata u javnom sektoru. Sistemske promene u poslednjoj deceniji i, ponekad, loše primenjena "pravna tehnika", ostavljali su prostor za različita tumačenja. Supsidijarna primena opštih propisa o radu samo je na prvi pogled pružala pravnu sigurnost, ali ne i u pogledu upravno-pravnog aspekta radnih odnosa (priroda upravnih poslova) i pouzdanog ostvarivanja i zaštite prava zaposlenih po osnovu rada.

Struktura službi i položaj lica koja obavljaju poslove za potrebe rada lokalnih organa uređuje se lokalnim propisima u skladu sa zakonskim rešenjima. Sistemske nedoslednosti i prevaziđenost normativnih rešenja u odnosu na potrebe razvoja profesionalizma u lokalnoj upravi, ostavljaju posledice i na razvoj profesionalizma u "novoj" policijskoj organizaciji – komunalnoj policiji. Naime, prema Zakonu o komunalnoj policiji, na položaj, dužnosti, prava i odgovornosti komunalnih policajaca se primenjuju propisi o radnim odnosima koji važe za zaposlene u organima grada, ako nije drukčije određeno.<sup>26</sup> Pri tome, drukčije uređenje postoji samo u pogledu uslova za obavljanje komunalno-policijskih poslova.<sup>27</sup>

Postupak prijema u radni odnos predstavlja jednu od osnovnih slabosti. Iako je obavezan javni oglas, ne postoje pravila selekcije koja omogućavaju izbor najboljih kandidata za komunalne policajce. Zasnivanje radnog odnosa i status

---

<sup>25</sup> M. Vlatković, *Specifičnosti radnih odnosa u državnim organima i primena propisa o radnim odnosima u državnim organima i jedinicama lokalne samouprave*, Radno i socijalno pravo, Časopis Udruženja za radno i socijalno pravo, br. 4–7/2003, Beograd, 2003; S. Andrejević, *Promene u radnom i socijalnom pravu - Novo zakonsko uređenje sistema u oblasti radnih odnosa u Republici Srbiji*, Radno i socijalno pravo, Časopis Udruženja za radno i socijalno pravo, br. 1–6/2006, Beograd, 2006; Z. Radulović, *Uređivanje radnih odnosa u organima lokalne samouprave u Srbiji – karakteristike i praktične posledice*, Radno i socijalno pravo, Časopis Udruženja za radno i socijalno pravo, br. 1/2007, Beograd, 2006; Z. Urošević, *Neophodnost promene pravnog položaja zaposlenih u lokalnoj samoupravi Srbije*, Zbornik radova sa savetovanja, Savez udruženja pravnika Srbije i Republike Srpske, Beograd, 2008; A. Rabrenović, *Sistem plata i nagrađivanja lokalnih službenika u Srbiji*, Zbornik radova sa savetovanja, Savez udruženja pravnika Srbije i Republike Srpske, Beograd, 2008.

<sup>26</sup> Videti: Zakon o komunalnoj policiji ("Sl. glasnik RS", br. 51/09).

<sup>27</sup> Uslovi su: psihofizička sposobnost, stručna osposobljenost, da nisu osuđivani na kaznu zatvora od najmanje šest meseci, da im nije prestao radni odnos u državnom ili drugom organu zbog teže povrede dužnosti iz radnog odnosa.

rukovodilaca u lokalnoj upravi zaslužuje posebnu pažnju. Načelnici i drugi rukovodioci postavljaju se u najvećem broju slučajeva na osnovu političkih a ne stručnih merila. Skoro po pravilu, oni se menjaju sa promenama politički postavljenih funkcionera. Takav personalni diskontinuitet podstiče stvaranje kriza u odnosima, utiče na efikasnost i kvalitet rada uprave. U periodu političkih promena kadrovska pitanja su najvažnija. Obaveza javnog oglasa za postavljenje načelnika lokalne uprave na period od pet godina, što je uvedeno Zakonom o lokalnoj samoupravi 2007. godine, nije donela veće promene, naprotiv – nedostatak zakonom preciziranih kriterijuma devalvira institut javnog oglasa. Diskreciona ovlašćenja izvršnih organa da slobodno uredi uslove i postupak za postavljenje, uz njihovu ulogu u usklađivanju stranačkih interesa, dovode do toga da su postavljenja načelnika i drugih rukovodilaca krajnje otvoreno pod uticajem stranačkih interesa i koalicionih kompromisa, umesto na osnovu kompetentnosti kadrova. U slučaju postavljenja bez direktnog stranačkog uticaja, on snažno dominira u obavljanju poslova i utiče na način rada i unutrašnje odnose, a dovodi i do “diskrecionog” razrešenja i pre isteka perioda na koji je lice postavljeno za načelnika.

Što se tiče položaja drugih rukovodilaca, lokalnim propisom može biti uređeno da imaju status postavljenog lica<sup>28</sup> jer to dozvoljava Zakon o radnim odnosima u državnim organima, pa se radni odnos u takvom slučaju zasniva bez javnog oglasa. Ovakav pravni položaj načelnika i pomoćnika načelnika sa “posebnim” statusom prouzrokovao je u pojedinim sredinama priliv novih kadrova bez prethodnog iskustva na upravnim poslovima. To ne mora uvek biti loše rešenje, ali praksa pokazuje brojne probleme. Novi kadrovi često ne samo da nemaju iskustva, nego ni potrebna znanja o specifičnostima upravnih poslova, niti veštine rukovodilaca. Zbog velikih ovlašćenja i odgovornosti nastaju nepotrebna trenja u odnosima, najčešće izazvana sumnjama u kompetentnost i zbog stranačke lojalnosti. Tako se javlja problem motivacije, stvaraju se razni oblici neformalnih odnosa i loša radna atmosfera.

Zakonom uređena disciplinska odgovornost, koja uključuje teže i lakše povrede radnih obaveza o kojima se vodi disciplinski postupak kao uslov za izricanje disciplinskih mera, u primeni na ostale zaposlene nema većih nejasnoća, ali se na postavljena lica praktično ne primenjuje. Oni su disciplinski “nedodirljivi”, ali mogu biti razrešeni političkom odlukom, bez mogućnosti da se izjasne o činjenicama i okolnostima koje su dovele do razrešenja. A poznato je da se jačanje profesionalne pozicije obezbeđuje upravo uređenim kriterijumima za utvrđivanje odgovornosti koja bi mogla biti osnov za razrešenje, bilo disciplinski bilo po osnovu stručnosti. S obzirom na značaj funkcije načelnika opštinske uprave, važno je da

---

<sup>28</sup> Videti: čl. 34. Odluke o gradskim upravama Grada Novog Sada (“Sl. list Grada Novog Sada” br. 52/2008...) kojim je propisano da “starešina može imati jednog ili više pomoćnika za obavljanje poslova iz nadležnosti gradske uprave, koje postavlja Gradonačelnik na predlog starešine.”

se zaštiti njegova pozicija od neopravdanog političkog (stranačkog) uticaja. Propisani elementi zaštite u slučaju izdavanja nezakonitih naloga teško se primenjuju u praksi. Za sada, retko će se desiti da zaposleni, a posebno postavljeno lice, odbije nalog ili da ga zatraži u pisanoj formi. Velika je verovatnoća da tako izazove nepovoljne posledice po svoj radnopravni status, jer nema odgovarajuću pravnu zaštitu od arbitrarnih odluka političkih funkcionera.

Elemente pravnog položaja zaposlenih u lokalnoj upravi je neophodno što pre promeniti uz razvoj karijernog sistema i nagrađivanje, kao motivaciji za priliv stručnih kadrova neophodnih za ostvarivanje osnovne funkcije – upravne i razvojne delatnosti lokalnog značaja. Do tada, o depolitizaciji i razvoju profesionalizma, osnovnim načelima na kojima se zasniva savremeno upravljanje ljudskim resursima u javnoj upravi, nema ni reči. Osim toga, ozbiljno je dovedeno u pitanje ostvarivanje i zaštita Ustavom garantovanih prava zaposlenih u lokalnoj samoupravi, na šta upozorava Ustavni sud. Ustavni sud ističe, pored ostalog, da je donošenje posebnog zakona neophodno ne samo zbog potrebe očuvanja jedinstvenog pravnog poretka Republike Srbije u formalno pravnom smislu, već i radi “obezbeđenja ljudskog dostojanstva i ostvarivanja pune slobode, jednakosti i pune sigurnosti svakog pojedinca u pravednom, otvorenom i demokratskom društvu zasnovanom na vladavini prava.”<sup>29</sup> Ohrabruje što je u proceduri usvajanja Zakona o zaposlenima u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave, kojim se predviđa uvođenje savremenih instituta službeničkog prava. Proces decentralizacije mora pratiti visoka stručnost. Stoga bi trebalo imati u vidu i specifične potrebe razvoja službe komunalne policije, nove “policijske organizacije” koja deluje na lokalnom nivou vlasti i na specifičan način spaja određene elemente državnih i lokalnih funkcija. U vezi sa tim, potrebno je pažljivo urediti status komunalnih policajaca, kao posebne kategorije lokalnih službenika.<sup>30</sup>

## ZAKLJUČAK

Kontinuirana izgradnja profesionalnog i depolitizovanog službeničkog sistema, jedan je od ključnih uslova za stručno i valjano obavljanje upravnih poslova kojima se ostvaruju funkcije države i sprovodi politika. Razvoj društva i promene u okruženju zahtevaju uređenje položaja službenika na savremenim principima, kako bi odgovorili novim zahtevima rada uprave i očekivanjima građana i privrede. Položaj službenika u posebnim sistemima službeničkih odnosa se uređuje propisima koji se potpuno ili delimično razlikuju od opšteg režima. Imajući u vidu povezanost upravnih poslova na centralnom i lokalnom nivou i karakter poslova koje vrše lokalni službenici – obavljanje poslova od javnog značaja,

---

<sup>29</sup> Videti: Obrazloženje Odluke Ustavnog suda, br. 299/2011 od 17. januara 2013. god.

<sup>30</sup> Videti šire: Z. Urošević, *Komunalna policija – pravni aspekti*, magistarski rad, Biblioteka Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014.

neophodno je razmotriti i kritički preispitati elemente radnopravnog položaja lokalnih službenika i principe njihovog rada. Uz uvažavanje specifičnosti koje proizlaze iz posebnog ustavno-pravnog položaja jedinica lokalne samouprave, neophodno je usklađivanje statusa lokalnih službenika sa radnopravnim statusom državnih službenika, kao deo procesa unapređenja službeničkog sistema u celini. Optimalna organizacija lokalne uprave predstavlja izuzetno složeno pitanje i mora mu se posvetiti posebna pažnja, što prevazilazi okvire ove analize. Cilj analize službeničkih odnosa na centralnom i lokalnom nivou zasniva se na potrebi unapređenja rada uprave u celini, poboljšanja položaja službenika i jačanja poverenja građana i drugih subjekata u rad administracije.

Smatramo da bi Zakon o zaposlenima u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave trebalo da "prati" rešenja Zakona o državnim službenicima i posebne propise u ovoj oblasti – opšteprihvaćene principe službeničkog prava, uz puno uvažavanje specifičnosti položaja i nadležnosti autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave. Uređenje statusa lokalnih službenika deo je ukupnih promena koje bi trebalo da teku sinhronizovano, obuhvatajući sve oblasti značajne za podizanje kapaciteta lokalne samouprave za uspešnu decentralizaciju. Nesumnjivo je da će uspeh naredne faze reforme zavisiti i od većeg stepena lične i organizacione odgovornosti i na centralnom i na lokalnom nivou. Razvoj političke i upravne kulture i stvaranje novog sistema vrednosti traži posvećenost, istrajnost i vreme.

ZORICA VUKAŠINOVIĆ-RADOJIČIĆ, LL.D.,

Assistant Professor, Academy Of Criminologic  
and Police Studies, Belgrade

ZORICA UROŠEVIĆ, LL.M.,

City Administration of Novi Sad

LOCAL CIVIL SERVICE SYSTEM  
– TOWARDS PROFESSIONALISATION –

Summary

The aim of the paper is to analyze the elements of the Serbian local civil service system, pointing out to the similarities and differences between general civil service and local officials' status. Due to specific nature of functions and its character, status of local officials is regulated in a specific manner which entirely or partly differs from the contemporary rules and practice in general civil service. The paper points out to the need to examine, innovate and change the regulation in accordance to the need of society and modern European standards. Thus, some elements of civil servants' status such as: open and competitive selection and recruitment of candidates based on merit and transparent criteria, evaluation of performance, promotion based on merit and legal protection, may be introduced and effectively implemented in the local civil service system. It will provide professional and efficient work, encouraging a creation of an integral and coherent public administration operation.

*PREDRAG DIMITRIJEVIĆ*

## **APORIJE ZAKONA O UPRAVNOM POSTUPKU**

### **METODOLOŠKA PITANJA**

Reforma upravnog postupka je opšti zahtev i jedan od uslova za reformisanje javne uprave. Ako se hoće reformisati uprava mora se to učiniti ne samo kroz rešavanje organizacionih, kadrovskih pitanja ili pitanja kontrole, nadzora i odgovornosti za (ne)rad uprave, već se treba pozabaviti procesnim pitanjima, odnosno načinom na koji uprava radi i obavlja brojne i raznorodne poslove iz svoje nadležnosti.

Reformisati upravni postupak je odgovorni posao s obzirom na dugu tradiciju primene Zakona o opštem upravnom postupku (ZUP) od 1931. godine, kada je izvršena recepcija austrijskog ZUP-a iz 1926. godine. Kraljevina Jugoslavija je bila druga zemlja u Evropi koja je preuzela austrijski ZUP, čime smo i prihvatili austrijski koncept upravnog postupka. Ovaj zakon je preuzela bivša socijalistička Jugoslavija (SFRJ) kao savezni zakon, da bi nakon njenog raspada ovaj zakon preuzele socijalističke republike, sada samostalne države kao svoje republičke ZUP-ove. To pokazuje kvalitet ovog zakonskog teksta, koji je uz nužne terminološke korekcije, zbog promene političkog sistema i državnog uređenja, ostao da važi do danas u tehničko proceduralnom smislu. Iako je po svom obimu postao skoro duplo veći u odnosu na izvorni austrijski ZUP, on je pokazao svoju nespornu vrednost. Otuda se i danas može čuti stav, naročito onih koji ZUP primenjuju u organima državne uprave i van nje (upravna praksa), kao i od strane sudija

---

Dr Predrag Dimitrijević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

upravnih sudova, koji primenjuju Zakon o upravnim sporovima (ZUS), da je važeći ZUP odličan i da predstavlja svojevrstni manastir iz koga ne treba ništa iznositi, već ga treba proširivati i dograđivati (prof. dr Slavoljub Popović).

Međutim, moderno vreme traži nove procedure koje treba da pojačaju doslednost u primeni postojeći ali i novih osnovnih načela ZUP-a (npr. načelo legitimnih očekivanja, načelo srazmernosti), kao ideja vodilja za upravnu praksu. Međutim, reformisati postupak traži postupnost jer je to način na koji radi jedna ogromna, brojna i komplikovana upravna mašinerija. Zato se treba uzdržavati od radikalnih i neproverenih rešenja u ZUP-u čak iako su kao ideje dobra (npr. pozitivni koncept "čutanja" uprave) ali u implementacija stvaraju sporne situacije pa ih zato treba imati kao normativna rešenja samo u specijalnim situacijama. Nova rešenja treba "testirati" u posebnim upravnim procedurama gde priroda materije to najviše iziskuje. Ako se to pokaze kao vredno da dobije status "opšteg pravila" u ZUP-u, onda ga treba naknadno postaviti tamo.

Domaća upravna praksa ukazuje na "otvorena" pitanja u primeni važećeg ZUP-a, koja treba da budu polazna osnova za njegovu reformu. Smatramo da ZUP treba reformisati samo na onim procesnim mestima, koja su proverena na domaćem i komparativnom iskustvu, dakle na osnovu "sigurne" i proverene prakse i iskustva. Jedino se tako može unaprediti postupak u duhu osnovnih načela. Funkcionalna analiza nacрта ZUP-a pretpostavka je uspeha njegove reforme. Pri tome, ZUP već doživljava permanentu reformu kroz posebne materijalne propise, koji regulišu posebne upravne procedure. Takvu praksu treba nastaviti jer je to "živo" polje gde se ZUP modelira u posebnim upravnim materijama, u skladu sa osnovnim načelima ZUP-a.

Ukazaćemo samo na neka od mnogobrojnih "otvorenih" pitanja koja se pojavljuju u upravnoj i upravno-sudskoj praksi.

#### PRINCIPI I CILJEVI REFORME

Reforma javne uprave ima dva osnovna aspekta: organizacioni i funkcionalni. Ona se sprovodi na osnovu određenih principa. Većina zemalja kandidata za ulazak u status punopravnih članica Evropske unije, sprovele su reforme svojih javnih uprava, zasnovane na principima tzv. "dobrog upravljanja". Principi reforme javne uprave su: zakonitost odnosno "vladavina prava", transparentnost upravnog sistema, pravna sigurnost, politička neutralnost, profesionalna kompetentnost, odgovornost, orijentisanost uprave prema klijentu i efektivnost i efikasnost uprave. U procesu reforme javne uprave navedeni principi treba da budu sprovedeni i u upravne postupke na svim niovima sistema javne uprave i u svim oblicima komunikacije između javne uprave i stranaka. Ostvarivanje ciljeva tzv. "dobrog upravljanja" treba da dovede do transformisanja uprave iz sadašnjeg pretežno regulatornog u *uslužno orijentisan* upravni sistem, koji treba da obezbedi



kvalitetne i efikasne upravne servise. Na osnovu vizije, opšteg cilja i pomenutih načela, mogu se identifikovati i ciljevi reforme upravnog postupka i to: obezbeđenje kvalitetnih administrativnih usluga građanima i privrednim subjektima, sa težištem na racionalizaciji upravnih (administrativnih) procedura, njihovom pojednostavljanju i širokoj upotrebi savremene informaciono-komunikacione tehnologije u pružanju upravnih usluga (uključujući tu i sve aspekte E-uprave). Reforma upravnog postupka treba da zadovolji potrebe uslužnog upravnog sistema a da upravne procedure budu u funkciji efikasnih i kvalitetnih upravnih usluga (New Public Management).

Reforma u oblasti upravnih procedura predstavlja preduslov za postizanje većeg stepena efikasnosti, efektivnosti i predvidljivosti delovanja javne uprave u odlučivanju o pravima, obavezama i pravnim interesima stranaka. Zbog toga je cilj promena u domenu reforme upravnog postupka podizanje nivoa kvaliteta samog upravnog odlučivanja. To predstavlja ključnu komponentu odnosa između javne uprave (na svim nivoima upravnog sistema) i stranaka u upravnim postupcima. Time će se delovanje javne uprave učiniti funkcionalnijim, pouzdanim, zakonitim, efikasnim, transparentnim i jeftinim.

Optimizacija upravnih postupaka i uklanjanje nepotrebnih administrativnih prepreka zahteva rekonstrukciju određenih pravnih propisa ali i sprovođenje odgovarajućih organizacionih mera, uz što šire korišćenje savremenih informacionih tehnologija u funkciji racionalizacije, ubrzavanja i pojednostavljanja postupaka. Prvi korak u tom poslu je svakako izmena Zakona o opštem upravnom postupku. Osim neposrednih normativnih promena u važećem Zakonu o opštem upravnom postupku (ZUP),<sup>1</sup> za poboljšanje sistema upravnog odlučivanja potrebno je obezbediti odgovarajuću obuku za profesionalni razvoj državnih službenika. Ovo se naročito odnosi na službenike koji neposredno odlučuju u upravnim postupcima (na prvom i drugom stepenu), kao i upravnih inspektora.<sup>2</sup>

Jedan od ključnih problema u pogledu važećeg pravnog okvira za odlučivanje u upravnom postupku je postojanje brojnih posebnih upravnih postupaka, koje regulišu posebni zakoni. Ova situacija utiče na transparentnost procesa odlučivanja i stvara probleme građanima i pravnim licima u obavljanju njihovih svakodnevnih delatnosti. Brojni materijalni zakoni propisuju posebne upravne po-

---

<sup>1</sup> U domenu pravno-procesnog prava u Srbiji je na snazi Zakon o opštem upravnom postupku iz 1997. godine ("Službeni list SRJ", br. 33/97, 31/01; "Službeni glasnik RS", broj 30/10). Zakon o opštem upravnom postupku izmenjen je i dopunjen u 2010. godini kako bi se uskladio sa Ustavom iz 2006. godine. Međutim, uvođenjem pomenutih izmena i dopuna nije došlo do značajnijih pomaka u opštem upravnom postupku.

<sup>2</sup> Upravni inspektori treba da obezbede analitičke informacije i preporuke za sistemski razvoj u ovoj oblasti nakon utvrđivanja rezultata inspekcijskih kontrola. Zato je potrebna transformacija uloge Upravne inspekcije koja treba da se fokusira na praktičnu primenu ZUP-a i na osiguranje visokog kvaliteta upravnog odlučivanja i pružanja drugih upravnih usluga.

stupke, koji odlučivanje u sistemu javne uprave čine zbujujućim i ograničavaju mogućnost primene načela pravne sigurnosti.<sup>3</sup> Pojednostavljenje upravnih postupaka će zato bitno doprineti stvaranju okruženja povoljnog za poslovanje i promovisanje privatnog investiranja i ekonomskog razvoja. Osim toga, ovim će se bitno smanjiti troškovi za stranke u brojnim upravnim postupcima. Da bi se to postiglo potrebno je utvrditi konkretne ciljeve reforme upravnog postupka, a to su: skraćivanje teksta ZUP-a, pojednostavljenje i ubrzanje opšteg upravnog postupka, elektronski način vođenja upravnih postupaka, delotvornije zadovoljenje javnog interesa i pojedinačnih interesa građana i pravnih lica.

#### PROŠIRIVANJE PREDMETA ZUP-a

Prvo pitanje je šta je predmet ZUP-a, odnosno da li se ZUP-om reguliše postupak za donošenje upravnih akata ili se u upravnom postupku mogu zaključivati i upravni ugovori. Ovde se kao prethodno pitanje otvara i pitanje šta su to upravni ugovori i da li oni spadaju u materiju upavnog ili građanskog prava. Upravni ugovori su u mnogim evropskim državama (Francuska, Nemačka) deo upravnog (javnog) pre svega zbog javnog interesa koji angažuju. Međutim, kod nas se ovi ugovori smatraju građansko-pravnim ugovorima, jer ugovor je najpre ugovor i to određuje njegovu suštinu (način i trenutak zaključivanja). To što se kao ugovorna strana pojavljuje uprava (resorno ministarstvo – država ili organ lokalne samouprave) to je sporedno za suštinu (prirodu) odnosa. Međutim, izgleda da se zaboravlja da ni ugovor više nije ugovor kakav je ranije postojao i kakvim ga mi tradicionalno posmatramo. Danas, uglavnom imamo posla sa adhezionim ugovorima, s tim da kod upravnih ugovora uprava (javna vlast) bira ugovornu stranu, rukovođena kriterijumima zakonitosti i celishodnosti.

Tradicionalno predmet ZUP-a je samo donošenje rešenja i zaključaka u upravnom postupku.<sup>4</sup> To je klasičan austrijski koncept koji godinama važi na našim prostorima. Međutim, u novije vreme javlja se ideja o proširenju predmeta ZUP-a i na donošenje ne samo rešenja i zaključaka kao pojedinačnih jednostranih akata, već i na zaključivanje upravnih ugovora pa i na vršenje javnih usluga (službi). Tako se Zakon o opštem upravnom postupku u Hrvatskoj primenjuje u postupanju u svim upravnim stvarima ali se on primenjuje “na odgovarajući način” na sklapanje upravnih ugovora i na svako drugo postupanje javno pravnih tela iz područja upravnog prava, koje ima neposredan učinak na prava, obaveze ili pravne interese stranaka.<sup>5</sup> Najzad, ZUP se primenjuje na odgovarajući način i u postupcima zaštite prava, odnosno pravnih interesa stranaka u pred-

<sup>3</sup> Identifikovano preko 200 upravnih postupaka koji predstavljaju veliki teret i troškove za ulaz preduzeća na tržište, ali i za građane i ostvarivanje njihovih prava.

<sup>4</sup> Član 1. *Zakon o opštem upravnom postupku* (“Sl. listu SRJ”, br. 33/97, 31/01).

<sup>5</sup> Član 3. *Zakon o opštem upravnom postupku*, (“Narodne novine, br. 47/09).

metima u kojima pravne osobe koje obavljaju javne službe, pružajući javne usluge, odlučuju o njihovim pravima, obvezama ili pravnim interesima, ako zakonom nije propisana sudska ili druga pravna zaštita. Slične odredbe sadrži i nacrt ZUP-a u Srbiji, tako što propisuje da “upravna stvar, u smislu ovog zakona, jeste pojedinačna nesporna situacija od javnog interesa u kojoj organ, neposredno primenjujući propise, pravno ili faktički utiče na položaj stranke tako što donosi upravne akte, zaključuje upravne ugovore, preduzima upravne radnje i pruža javne usluge. Upravna stvar je i svaka druga situacija koja je zakonom određena kao upravna stvar.”<sup>6</sup>

Drugim rečima, time se i proširuje pojam upravne stvari. To je nemački koncept koji je utemeljen na ideji pravne države. Pretpostavka ovog koncepta je da se svako postupanje uprave smatara upravnim postupkom. Upravni postupak je svaki oblik rada uprave. Smisao ove koncepcije je da se sve aktivnosti uprave podvedu pod upravni postupak, odnosno da se svaki postupak uprave smatra upravnim postupkom. Time se želi podvođenje svih upravnih funkcija pod propisanu upravnu proceduru – upravni postupak, čime se obezbeđuje princip zakonitosti i zaštita stranaka u postupku, odnosno svih koji su u pravnom odnosu sa upravom. Međutim, proširivanje predmeta ZUP-a obavezuje zakonodavca da reguliše konkretno i postupak zaključivanja upravnih ugovora, kao upravni postupak. Drugim rečima, ako se odlučimo da proširimo predmet ZUP-a i na upravne ugovore, onda je sasvim ločno očekivati da se u tom procesnom zakonskom tekstu (ZUP-u) nađu odredbe koje regulišu postupak zaključenja ovih javno-pravnih ugovora ili će se ta posebna upravna procedura regulisati u posebno procesnom zakonu kao *lex specialis* ili će se pak upravni postupak primeniti (“shodno”) i na zaključivanje upravnih ugovora, odnosno isti postupak i za upravne akte i ugovore uprave.

Za klasičnog upravno-procesnog pravnika to je, bar na prvi pogled, potpuno apsurdno. Međutim, ako se zapitamo da li je to moguće onda počinjemo lagano pomerati svoj stav. Dakle, može li se upravni postupak koristiti i za zaključenje ugovora ili možda posebno u predugovornoj fazi – predzaključenja kada se ispituju zakonski uslovi pa možda i uslovi celishodnosti (da li je ispunjen javni interes) u konkretnoj stvari (npr. u Hrvatskoj).<sup>7</sup> Ako se utvrdi da uslova ima, odnosno da će zaključenje ugovora biti zakonito i celishodno, a što smo utvrdili u (predhodnom) upravnom postupku, onda se pristupa zaključenju ugovora, odnosno njegovom potpisivanju, što pretpostavlja saglasnost volja uprave i druge strane. Dakle, davno je prošlo vreme kada su se ugovori zaključivali na klasičan način slobodne i saglasne izjave volja. Ovde toga nema i zbog jednog drugog ra-

---

<sup>6</sup> Član 2. *Nacrt ZUP-a Republike Srbije* (od 23.08.2014).

<sup>7</sup> Član 150-154. *Zakon oopštem upravnom postupku*, Narodne novine, br. 47/09.

zloga a to je prisustvo javnog interesa u konkretnoj stvari.<sup>8</sup> Koji postupak treba koristiti za zaključivanje upravnog ugovora. Prethodno i/ili sa tim povezano pitanje je za kakav se koncept postuka opredeljujemo, uža - austrijski ili šira - nemački, gde je svako postupanje uprave upravni postupak.

U pravno-tehničkom smislu, tu se nude dva načelna procesna puta. Jedan je put sam ZUP, odnosno u njemu regulisati posebnu proceduru "ugovaranja" ili regulisanje ove procedure posebnim zakonom (*lex specialis*) kao poseban upravni postupak. U prvom slučaju imamo više mogućih rešenja (hrvatski ZUP ili nacrt srpskog ZUP-a). U drugom slučaju mi već imamo takav jedan zakon – zakon o javnim nabavkama, pa se može uvesti shodna primena ovog zakona (iako smo svesni svih njegovih normativno-tehničkih nedostataka, zloupotreba u praktičnoj primeni, posebno kada se radi o direktnoj pogodbi i sl.). Dakle, to što proširujemo predmet ZUP-a i na upravne ugovore, ne znači da treba propisivati ovim zakonom postupak, mi ga već imamo propisanog u Zakonu o javnim nabavkama, koji je poseban upravni postupak. On se svakako treba dograditi i primenjivati i na javno-pravne ugovore. Međutim, ono što je suštinski pomak jeste promena upravno-pravne svesti, koja nam pokazuje da se u upravnom postupku može potpuno pod pravnom kontrolom izvršiti zaključenje ugovora. U Hrvatskoj prihvaćeno je kompromisno rešenje. Najpre se vodi upravni postupak unutar organa u kome se ceni da li su ispunjeni uslovi zakonitosti pa i celishodnosti za zaključenje javno-pravnog ugovora. Ovaj se postupak okončava rešenjem, koje ukoliko je pozitivno predstavlja "zeleno svetlo" za sklapanje upravnog ugovora.<sup>9</sup>

Najzad, argument da upravnom ugovoru nema mesta u ZUP-a jer je ugovor uvek ugovor, bezobzira što je država ili lokana samouprava (uprava) jedna ugovorna strana, nema više tu težinu jer ni ugovor više nije ugovor kakvim smo ga poznavali. Danas više nema slobode ugovaranja u smislu sporazumevanja i ravnopravnosti volja. Ugovara se tako što se prihvataju unapred propisani uslovi ugovora ili ne. Razlika je samo ovde jer kod javno-pravnih ugovora, javno telo (uprava) bira ugovornu stranu, ocenjujući ko ispunjava uslove koje postavlja javna vlast. To prilično modifikuje "ugovornu" atmosferu i vodi nas ka upravnom odnosu i upravnom postupku. Dakle, dolazimo na početak priče da se ugovaranje sa upravom može urediti procedurom koja je postupak uprave, odnosno upravni postupak (nemački koncept ZUP-a). Podvođenje ugovaranja javne vlasti pod upravni postupak stvara drugačiji ambijent kontrolnih subjekata (upravna inspekcija, žalba, upravni sud i dr.).

<sup>8</sup> Javnopravno telo i stranka sklapaju upravni ugovor o izvršenju prava i obveza utvrđenih u rešenju kojim je rešena upravna stvar, ako je zakonom propisano sklapanje takvog ugovora. Upravni ugovor ne smije biti protivan izreci rešenja, prinudnim propisima, javnom interesu niti smije biti sklopljen na štetu trećih osoba. Član 150. *Zakon oopštem upravnom postupku*, Narodne novine, br. 47/09.

<sup>9</sup> Član 150. *Zakon oopštem upravnom postupku*, Narodne novine, br. 47/09.

## POVERAVANJE JAVNIH OVLAŠĆENJA

Jedno od otvorenih pitanja, koje se naslanja na predhodno i tiče se ugovora, jeste da li se javna ovlašćenja mogu poveravati samo zakonom ili i odlukama organa lokalnih samouprava, odnosno odlukama skupština lokalne samouprave (kao u nekim predhodnim ZUP-ovima) ili i ugovorom (npr. ZUP Brčko distrikta).<sup>10</sup> Drugo pitanje, ko će kontrolisati ugovorno prenošenje javnih ovlašćenja ili će to biti "politička stvar", odnosno politička odluka državne ili lokalne vlasti. Naime, zakon kao pravni osnov za poveravanje javnih ovlašćenja, pa i odluka lokalne skupštine, sonzirom na način donošenja, pretpostavlja pravnu proceduru koja garantuje zakonitost pa i celishodnost pravnog osnova. Međutim, ugovor stvara prostora za privatne aranžmane javnih vlasti koji izmiču pravnoj kontroli i pogodan su instrument za korupciju. Unošenje ugovora kao pravnog osnova za poveravanje javnih ovlašćenja znači unošenje privatno-pravnih elemenata u upravno pravo i otvara pitanje prirode ovih ugovora. Da li su to upravni ugovori i ko kontroliše njihovu zakonitost i celishodnost i po kojem se postupku oni zaključuju.

Smatramo, da se ovde takođe radi o jednom posebnom ugovoru javnog prava, koji ima sva obeležja upravnog ugovora i koji treba načelno da bude pokriven ZUP-om i svim njegovim osnovnim načelima. To je i smisao proširivanja predmeta ZUP-a.

## UPRAVNI POSTUPAK I INSPEKCIJSKI POSTUPAK

Sledeće otvoreno i sporno pitanje jeste kakav je odnos upravnog i inspekciskog postupka. Naime, da li je odnos ova dva postupka odnos opšteg i posebnog, tako da je ZUP opšti upravni postupak a inspekcijiski postupak je posebni postupak (*lex specialis*)<sup>11</sup> ili je inspekcijiski postupak "posebno propisani postupak",<sup>12</sup> nešto kao postupak "posebne vrste" (*sui generis*) na koga se instituti upravnog po-

---

<sup>10</sup> Član 1. *Zakon o upravnom postupku Brčko distrikta BiH*, (Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 48/11)

<sup>11</sup> To otvara i dilemu da li na inspekcijiski postupak (npr. "ćutanje" inspekcije), primeniti ZUP ili toga treba uzdržati? Da li postoji "ćutanje" inspekcije. Nemože se primeniti koncept ćutanja inspektora iako inspektor ima rok za sprovođenje pregleda i donošenje rešenja. Međutim, negativni koncept "ćutanja" iz ZUP-a nema smisla jer nema pokretanje inspekciskog postupka po zahtevu stranke, već se isti pokreće samo ex officio! Zbog toga, propuštanjem roka za rad inspektora stranka ne stiče pravo jer ga nije ni tražila, jer to nije svrha inspekciskog postupka i sl. Tako se jasno i vidi različita priroda inspekciskog i upravnog postupka. Nema "ćutanja" inspekcije u pravno-tehničkom smislu kako je to propisano u ZUP-u, ni negativnog ni pozitivnog "ćutanja" ali zato postoji nećinjenje, nerad ili propuštanje (omisija) obaveze inspektora da "ćini" a što ima za posledicu disciplinsku odgovornost istog. Detaljnije vidi: P. Dimitrijević, *Odgovornost uprave za nećinjenje sa posebnim osvrtom na "ćutanje" uprave*, Pravni fakultet Istočno Sarajevo, 2005, str. 35.

<sup>12</sup> S. Lilić, *Upravno pravo-Upravno procesno pravo*, Pravni fakultet - Službeni glasnik, Beograd, 2008, str. 366.

stupka mogu shodno primeniti. Na tu "shodnu" primenu često i eksplicitno ukazuju članovi zakona o inspekcijama.<sup>13</sup> Oko ovog pitanja postoje teorijska razmišljanja koja se u praksi još više osećaju da izazivaju pravu konfuziju.

Inspekcijski postupak je poseban postupak vršenja inspekcijskog nadzora. Inspekcijski pregled predstavlja niz različitih aktivnosti koje su usmerene na kontropan zakonitosti poslovanja i postupanja pojedinaca i pravnih lica. Postupak vršenja inspekcijskog nadzora sprovodi se prema odredbama Zakona o opštem upravnom postupku (ZUP), ako posebnim inspekcijskim zakonom pojedina pitanja nisu drugačije uređena. Takođe, u postupku obavljanja poslova posebnog inspekcijskog nadzora, upravna inspekcija primenjuje zakon kojim se uređuje opšti upravni postupak, ako ovim ili posebnim zakonom nije drukčije određeno.<sup>14</sup>

Odredbe ZUP-a imaju karakter opšteg zakona (*lex generalis*). Postupanje inspekcija kao organa državne uprave u inspekcijskom nadzoru ima svojstvo vršenja uprave u posebnim "nadzornim" situacijama. Međutim, inspekcijski nadzor kao posebna vrsta postupanja uprave razlikuje se od opšteg upravnog postupanja prvenstveno po metodama vršenja, ovlašćenjima inspektora, potpunosti dominaciji načela oficijelnosti i specijalizovanosti kadrova za obavljanje inspekcijskih poslova. Priroda i karakter inspekcijskog postupka daje mu obeležja postupka posebne vrste na koga se "shodno" primenjuju odredbe ZUP-a.

Cilj inspekcijskog nadzora je kako kontrola primene zakona i drugih propisa od strane građana i pravnih lica, tako i kontrola primene zakona i drugih propisa od strane organa uprave (npr. upravne inspekcije). Inspekcijskim nadzorom nadležni organi državne uprave (inspekcije, inspektorat, službe)<sup>15</sup> ispituju specifičnim inspekcijskim metodama a na osnovu posebnih inspekcijskih ovlašćenja, sprovođenje zakona i drugih propisa, neposrednim uvidom u poslovanje i postupanje fizičkih i pravnih lica i zavisno od rezultata nadzora, izriču mere na koje su ovlašćeni. Nasuprot tome, upravni postupak predstavlja proces rešavanja o pravima i obavezama i pravnim interesima pojedinaca i pravnih lica, korišćenjem prerogativa državne vlasti (javna ovlašćenja), a koje se ispoljava u donošenju posebne vrste pojedinačnih akata - upravnih akata (rešenja i zaključaka), kojima se individualizuje opšte normativno pravilo putem rešavanja o konkretnom pravu, obavezi ili pravnom interesu.

Inspekcijski postupak je poseban postupak koji se od opšteg upravnog postupka razlikuje po metodama vršenja, po ovlašćenjima inspektora, po prirodi in-

<sup>13</sup> Đ. Blažić, *Prilog teoriji o inspekcijskom nadzoru*, Beograd, Pravni život, br. 9/95.

<sup>14</sup> Član 4. stav 4. *Zakona o upravnoj inspekciji*, ("Sl. glasnik Republike Srbije" broj 87/11).

<sup>15</sup> Inspekcijski nadzor preduzimaju ministarstva ili organi u njihovom sastavu, odnosno podružni organi ili organizacione jedinice ministarstava, odnosno inspektorata, uz mogućnost njegovog poveravanja organima teritorijalnih zajednica. Vršioi inspekcijskog nadzora se uobičajeno nazivaju inspekcijske službe, nadležne, kvalifikovane i kompetentne za te poslove.

spekcijskih rešenja i dr. Specifikum inspekcijskog postupka, vidi se pre svega, u metodama njegovog obavljanja jer se inspekcijski postupak sprovodi inspekcijskim pregledom.

Međutim, problem nastaje u inspekcijskoj praksi, da li primeniti jedan (ZoI) ili drugi zakon (ZUP), odnosno do kada važi jedan a od kada se može primeniti drugi. U praktičnoj primeni ova dva procesna zakona mogu nastati dve moguće situacije. Jedna je kada u Zakonu o inspekcijama nemamo nikakvih odredaba za neki konkretan slučaj u pitanju, što predstavlja svojevrsnu procesnu pravnu prazninu. Istovremeno Zakon o inspekcijama upućuje u prelaznim odredbama na ZUP u primeni zakona o inspekcijama. Tako su nam "otvorena" vrata za primenu ZUP-a i stvar je mnogo čistija. Naime, nema norme u ZoI i možemo bez problema primeniti shodnu odredbu ZUP-a.

Drugi slučaj je kada Zakon o inspekcijama ima jasnu normu za slučaj u pitanju iz istovremeno pozivanje putem prelaznih i završnih odredaba istog zakona na primenu ZUP-a u inspekcijskom postupku. U tom slučaju problem nastaje, koji zakon primeniti jer se norme u pitanju različite, tako što jedna ima uže a druga šire značenje (npr. pojam "stranke" u inspekcijskom i upravnom postupku) ili su norme čak suprotne (npr. žalba nema suspenzivno dejstvo u ZoI a ima ga, po pravilu, u ZUP-a).

Zbog toga, postavlja se pitanje, šta znači "shodna" primena, odnosno kada prestaje jedan a kada počinje drugi zakon i da li uopšte primeniti drugi zakon supsidijerno (ZUP) kada imamo normu u zakonu koji primarno primenjujemo (ZoI) u datom konkretnom slučaju. Zar ne važi princip *lex specialis derogat generali*? Stvar se dodatno komplikuje ukoliko imamo neujednačenu inspekcijsku i upravnu praksu, odnosno kada jedan organ, po pravilu niži, primenjuje restriktivno Zakon o inspekcijama a drugi organ, viši – ministarstvo ili nadležni sud u upravnom sporu, primenjuje šire tumačenje pozivajući se upravo na ZUP. Takav je slučaj u vezi sa pojmom "stranke" u ova dva procesna zakona, odnosno kod pitanja ko ima aktivnu legitimaciju za izjavljivanje žalbe protiv rešenja inspektora. Ko je stranka i da li i neko ko nije stranka prema zakonu o inspekcijskom postupku može izjavljivati žalbu na rešenje inspektora kao što je to npr. zainteresovano lice.<sup>16</sup>

U slučaju rešavanja ko ima aktivnu legitimaciju za izjavljivanje žalbe protiv rešenja inspektora, koristi se pojam stranke iz ZUP-a jer u zakonima o inspekcijama po pravilu se ne određuje ko može izjaviti žalbu. Zbog nedostatka izričite norme u zakonu (ZoI) preuzima se pojam stranke iz ZUP-a, gde se strankom smatra svako lice po čijem zahtevu je pokrenut postupak, ili protiv koga se postupak vodi

---

<sup>16</sup> Pojam stranke u ZoI je "uži" i ograničen je samo na subjekta nadzora. Pojam stranke prema ZUP-u je "širi" i obuhvata sva lica po čijem se zahtevu pokreće i vodi postupak, protiv kojih se postupak vodi kao i sva lica koja imaju interes da učestvuju u postupku – zainteresovano lice. Ovo se lice javlja u inspekcijskom postupku kao inicijator nadzora.

ali i svako lice koje ima interesa za rešavanje konkretne stvari (zainteresovano lice). To znači da žalbu u inspeksijskom postupku može izjaviti i zainteresovano lice iako ono nije stranka prema zakonu o inspekcijama. Prema Zakonu o inspekcijama samo se subjekt nadzora ima smatrati strankom – stranka u užem smislu.

Shodnom primenom ZUP-a na inspeksijski postupak, mi omogućavamo da inicijator nadzora može tražiti i Zapisnik o izvršenom inspeksijskom pregledu, iako mu inspektor nije dužan isti dati prema ZoI. Inicijator se može pozvati na Zakon o slobodnom pristupu informacija od javnog značaja ali to može zahtevati i pozivajući se na ZUP i to na odredbe o pravu na uvid u spise predmeta, u kom slučaju treba dokazati svoj pravni interes, odnosno položaj zainteresovanog lica. Inicijatoru se omogućava žalba u svojstvu zainteresovanog lica ne smo kada postoji rešenje inspektora kojim se nalažu mere već i onda kada rešenja nema jer je inspektor okončao postupak inspeksijskog nadzora zapisnikom, kojim se konstatuje da nisu utvrđene nepravilnosti kod subjekta nadzora. Iako je takva praksa inspektora, postupak se ne može okončati zapisnikom, koji je javna isprava kojom se konstatuje samo hronologija radnji inspektora i utvrđuje stanje stvari. I u takvim slučajevima treba doneti zaključak ili deklarativno rešenje, shodna primena ZUP-a, kojim se konstatuje da nisu utvrđene nepravilnosti na osnovu zapisnika i da se postupak okončava. Tri su argumenta za ovo. Iako se ZoI predviđa obaveza donošenja rešenja ako su utvrđene nepravilnosti i ako se utvrđuju mere, zakon ne zabranjuje donošenje rešenja a pogotovu zaključaka u ovim situacijama nepostojanja povreda. Drugo, pošto nemamo izričitu normu o tome u ZoI aktivira se shodna primena ZUP-a i najzad, takvim aktima (zaključkom ili rešenjem) omogućava se eventualna dalja pravna zaštita (žalba ili tužba) inicijatoru ili kakvom drugom zainteresovanom licu i postupku inspeksijskog nadzora.<sup>17</sup> Uz to da dodamo da zainteresovano lice u svojstvu žalioca nije dobilo (nije mu dostavljeno) ni zapisnik, ni zaključak, niti rešenje, jer to se po zakonu i ne čini.<sup>18</sup> Zbog toga, dostavljanje ovih akata nije ni dobilo, pa se ne može utvrditi blagovremenosti žalbe, bez ozbiljnih pravnih akrobacija u formuli pravne fikcije, koju je teško “smisliti”.

## ZAKLJUČAK

Reformisanje upravnog zakonodavstva ne znači samo uzimanje u obzir EU standarda, nego uzimanje u obzir i složene, bogate i raznolike domaće upravne i upravno-sudske prakse. Reforma upravnog postupka i važećeg Zakona o opštem

<sup>17</sup> Nasuprot tome imamo nakaradnu praksu da se zainteresovanim licima od strane ministarstva dopušta žalba čak i onda kada imamo samo zapisnik o neutvrenim nepravilnostima. Dakle, formalno zainteresovano lice izjavljuje žalbu na zapisnik iako nije stranka u postupku ali se koristi “širok” pojam stranke iz ZUP-a i tako rešava drugostepena zaštita.

<sup>18</sup> Sem ukoliko zainteresovano lice to traži i u svom zahtevu naznači da to traži pozivajući se na odredbe ZUP-a o pravu na uvid u spise predmeta.



upravnom postupku pretpostavlja pre svega utvrđivanje “otvorenih” pitanja primene ZUP-a. Indentifikovanje otvorenih pitanja je pretpostavka za potrebnu i klavitetnu promenu ZUP-a. Takva reforma u metodološkom smislu treba da reši probleme upravne i sudske prakse i da je unapredi a ne da stvori nove probleme. Naravno, da to ne znači da treba ignorisati “dobru praksu” drugih upravnih sistema.

Važeći ZUP u Republici Srbiji je dugodišnji kvalitetan procesni oslonac za rad uprave. Ovaj zakon ne treba napuštati kao dobru osnovu i on treba da bude polazna tačka za korekcije i ispravke nekih nedostataka i praznine koje se pokazuju u praksi. Nama nisu potrebne “revolucionare” promene koje su protivne prirodi upravnog postupka, koje zbunjuju upravnu praksu i stvaraju potrebu za povećanje troškova za implementaciju jednog neizvesnog “projekta”. Pojedina “dobra” rešenja mogu se ugraditi u postojeći ZUP, npr. proširivanje predmeta ZUP-a ali kroz poseban upravni postupak, odustanak od prava na žalbu, regulisanje dopune žalbe, smanjivanje broja vanrednih pravnih lekova, rešavanje odnosa upravnog i inspeksijskog postupka i druge procesna otvorena pitanja ali ona moraju odgovarati važećoj upravnoj praksi i prirodi upravnog postupka.

Reforma upravnog postupka ima svoju normativnu dimenziju koja se svodi na reformu Zakona o opštem upravnom postupku (ZUP) kao i zakona koji regulišu posebne upravne postupake. Međutim, to je samo jedna - normativna dimenzija reforme postupanja uprave, koja ima i svoje organizacione, personalne, psihološke i druge aspekte.

Pored Slovenije i Hrvatske, Srbija je otpočela pre par godina normativne izmene ZUP-a koje su rezultirale uobličavanjem Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku (2012, 2013). Ovaj se zakonski projekt prilično razlikuje od važećeg ZUP-a iz 1997. godine, zajedno sa nekim važnim, mada ne suštinskim izmenama iz 2001 i 2010. godine.<sup>19</sup> Zbog toga, ove novine zahtevaju izvesnu analizu i komentar, pa i kritiku sa aspekta ciljeva i funkcije reforme upravnog postupka uopšte.

Pre svega, mora se pomenuti nešto što se pretpostavlja i čini gotovo premisu svakog reformatorskog poduhvata u domenu zakonodavstva. Naime, ZUP predstavlja deo pravnog sistema i mora da bude sa njima predhodno usklađen. Ne može se donositi zakon koji nakon toga iziskuje izmene čitavog niza zakona i drugih propisa (ZUS-a i dr.).

Drugo, ZUP je procesni zakon treba da uredi samo postupak prilikom odlučivanja u upravnim stvarima. Neprimereno je da se u procesnom propisu nalaze organizacione norme ili da se u njemu kreiraju novi instituti, koji treba da budu u materijalnim propisima, a njih inače ni tamo nema.

Treće, ZUP je procesni zakon, koji mora da ima zakonsku logiku i ne sme da podseća na teorijski rad u kome se nalaze deficije i klasifikacije, bez naučnog

---

<sup>19</sup> Zakon o opštem upravnom postupku (“Službeni list SRJ”, br. 33/97, 31/01, 30/10).

konsenzusa. Zakon treba da ima normativnu sadržinu i napisan u skladu sa pravilima nomotehnike. On ne sme da se "usklađuje" sa teorijskim stavovima pojedinih autora.<sup>20</sup> Terminologija koja se kao nova uvodi mora biti opšte prihvaćena i "odomaćena" jer u suprotnom liči na eksperiment. Prema tome, sa aspekta ciljeva upravne reforme izvršene izmene ZUP-a mogu se pravdati ali i kritikovati jer skraćivanja zakona su dobra ali ne po svaku cenu, odnosno ne po veliku cenu!

1. Skraćivanje Zakona o opštem upravnom postupku ima smisla, pogotovu ako se ima u vidu da današnji obim ZUP-a u Srbiji daleko premašuje obim izvornog austrijskog ZUP-a. U tom smislu, postoje nekoliko delova zakona koji je moguće skratiti, odnosno izmestiti iz postojećeg zakonskog teksta. Naravno, da ima puno mogućnosti ali praksa reformisanja ove materije ukazuje na tri mesta u zakonu. To su osnovna načela, dokazni postupak i vanredna pravna sredstva.

Smisao osnovnih načela je da predstavljaju osnovne smernice za popunjavanje pravnih praznina, tumačenje nejasnih odredaba zakona i meru odstupanja posrednih upravnih postupaka u odnosu na ZUP. Nacrtom ZUP-a (član 2) predviđeno je da se pojedina pitanja upravnog postupka "mogu posebnim zakonom drugačije urediti ako je to neophodno za postupanje u pojedinim upravnim oblastima, ako to nije u suprotnosti sa osnovnim načelima utvrđenim ovim zakonom i ako se time ne snižava nivo zaštite prava i pravnih interesa stranaka obezbeđen ovim zakonom." Ovom fleksibilnijom formulacijom otvorena su vrata mogućnosti većeg odstupanja od ZUP-a, jer važeći ZUP zastupa čvršću vezu odstupajući odredbi. Važeći ZUP govori o obaveznoj saglasnosti odstupajućih odredaba posebnih zakona sa osnovnim načelima ZUP-a, odnosno da one moraju biti u saglasnosti sa osnovnim načelima.

Nasuprot mišljenju da osnovna načela treba ukloniti iz ZUP-a, kako je to učinjeno u nekim drugim procesnim zakonima (npr. austrijski ZUP), jer su relikv iz socijalističkog perioda, kada je zakon, pored pravih normi bio i spisak lepih želja,<sup>21</sup> postoje i druga osnovana shvatanja – da ih treba proširiti novim načelima, npr. načelo zaštite legitimnih očekivanja, načelo srazmernosti, načelo pristupa informacijama i zaštite podataka i dr. Ne mislimo da je sadržina nekih načela prazna i nejasna, zato su to i osnovna načela, koja se popunjavanju kasnijom normativnom sadržinom.<sup>22</sup> To da su načela bez sankcije ili se pravo proglašava načelom, može se uslovno prihvatiti, mada ima i normi u ZUP-u bez sankcija.

<sup>20</sup> Definicije u ZUP-u ne mogu da odražavaju teorijska shvatanja pojedinih autora, koja nisu opšteprihvaćena. Upravni akt je već definisan u Zakonu o upravnim sporovima, kao i upravna stvar, pa to može da dovede do problema u praksi i dr. Dragan Milkov, *Povodom Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku*, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2013, str. 85.

<sup>21</sup> Suprotno: Dragan Milkov, *Povodom Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku*, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2013, str. 85.

<sup>22</sup> Isto.

S druge strane, iz Nacrta ZUP-a izbacuju se odredbe o ispitnom postupku i dokazivanju, s tim što se procesni subjekti, upućuje na na shodnu primenu parničnih propisa. Ta praksa postoji u nekim evropskim zakonodavstvima ali ograničeno ali se tako napušta koncept ZUP-a kao sistemskog zakona i značajno otežava primena zakona. Pri tome, odredbe o dokazivanju u parničnom postupku su suštinski drugačije, jer upravni postupak po svojoj prirodi ne pretpostavlja sukob interesa, bar ne u prvom stepenu. Transplatacija parničnog ispitnog postupka na dokazivanje u upravnom postupku, može dovesti do problema u praksi. Drugo, treba odbaciti praksu "shodne" primene zakona jer ona stvara velike probleme za praksu.<sup>23</sup>

Najzad, preveliki broj vanrednih pravnih lekova (šest), kojim se unosi pravna nesigurnost u postupku pa i delimično derogira princip pravnosnažnosti, svakako treba skratiti bar na četiri. To se i čini u Nacrtu ZUP-a ali sa smanjivanjem broja vanrednih lekova menja se i njihov naziv, odnosno uvode se dva novi "posebni slučajevi ukidanja i menjanja upravnih akata", i to: Ukidanje i menjanje pravnosnažnog rešenja na predlog zaštitnika građana" i "Ukidanje zakonitog rešenja."<sup>24</sup> Ne samo što se broj "posebnih slučajeva..." nije smanjio, nego je uvedena nova terminologija kao otežavajuća okolnost za novu upravnu praksu.<sup>25</sup>

2. Upravni postupak treba pojednostaviti i treba izbegavati nove i neproverene institute. Takav je slučaj sa uvođenjem instituta "garantnog akta". To je pisani akt kojim organ uprave garantuje sticanje nekog prava stranci u određenom roku, koji ne sme da bude protivno javnom interesu ili interesu trećih lica i koji ne obavezuje organ, u slučaju da su se pravni osnov ili činjenično stanje bitno promenili (član 21, Nacrta ZUP-a). Njegov smisao je da uveća "ozbiljnost rada javne uprave i stabilniju poziciju stranke, odnosno mogućnost njihovog dugoročnijeg planiranja pravnih transakcija."<sup>26</sup> Teško da se to može postići, sem da se stvori jedna "javna nada" za stranku, koju organ može lako izneveriti. "garantnim ak-

---

<sup>23</sup> Takav je slučaj sa praksom primene Zakona o inspekcijama i ZUP-a.

<sup>24</sup> Iz važećeg ZUP-a, ostala su tri vanrena leka: Menjanje i poništavanje rešenja u vezi sa upravnim sporom, Poništavanje i ukidanje po osnovu službenog nadzora i Oglašavanje rešenja ništavim. Prekomponovani su i neki razlozi za upotrebu ovih lekova.

<sup>25</sup> Ovakve i druge novine zahtevaju ogromna finansijska sredstva za obuku državnih službenika na svim novoima jer je ZUP veoma značajan procesni propis, koji se masovno i često primenjuje u praksi, od strane ogromnog broja subjekata. U obrazloženju Nacrta stoji da za sprovođenje ZUP-a nije potrebno obezbediti dodatna sredstva u budžetu, kao i da za ovaj zakon nije potrebno izvršiti analizu efekata zakona, s obzirom da se njime ne stvaraju obaveze za privredne i druge subjekte. Čini se da ova fraza prenebregava činjenicu da čak i da se zakon usvoji sa neizvesnim rokom važenja (važeći ZUP važi od 1930), potrebno je izdvojiti velika sredstva za obuku službenika u novoj upravnoj praksi i naučiti ih šta sada uprava treba da radi. Da su autori svesni problema u praksi govori i činjenica da je predviđen rok od čak 18 meseci za stupanje novog ZUP-a na snagu.

<sup>26</sup> Obrazloženje Nacrta ZUP-a od 13. 10. 2013.

tom” se stvara još nestabilnija pozicija stranke kao i uslovi za korupciju. Efekti takvog instituta mogu se postići već postojećim institutima (rešenjem sa uslovom, privremenim rešenjem sa uslovom i rokom i sl.).

3. Upotrebe informacione tehnologije i tzv. digitalizacija postupka svakako treba da bude maksimalno primenjena ali vodeći računa da ona ne dovede do nepredvidivih štetnih pravnih posledica (npr. automatsko rešenje sa uvođenjem “pozitivnog” koncepta ćutanja uprave i sl.).

3. Delotvornije zadovoljenje javnog interesa i pojedinačnih interesa u upravnim stvarima, odnosno lakše i potpunije ostavljanje i zaštita zakonitosti i sloboda i prava građana su konačni i suštinski ciljevi reforme ZUP-a. Pri tom, ZUP već doživljava permanentu reformu kroz posebne materijalne propise, koji regulišu posebne upravne procedure. Takvu praksu treba nastaviti jer je to “živo” polje gde se ZUP modelira u posebnim upravnim materijama, vodeći računa o osnovnim načelima ZUP-a. Sam ZUP treba minimalno reformisati i to samo na onim procesnim mestima, koja su proverena na domaćem i komparativnom iskustvu, dakle na “sigurnim” tačkama, koje unapređuju postupak. Funkcionalna analiza nacrtu ZUP-a pretpostavka je uspeha reforme.

Upravni postupci treba da budu u funkciji upravnih usluga. Istovremeno, zanemarivanje javnog interesa kroz neefikasnu proceduru ili proceduru koja ne pokriva sve procesne situacije javne uprave ili stranku ostavlja nemoćnom pred centralizovanom vlašću, direktno ugrožava ideju ljudskih prava i čini je frazom.

PREDRAG DIMITRIJEVIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law, University of Niš

## THE APORIE OF THE GENERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT

### Summary

The reform of administrative procedure is a constituent part of the complex processes underlying the public administration reform. The General Administrative Procedure Act is like a monastery in constant need of refurbishment by introducing new institutes which will make it more comprehensive, influent and versatile. However, considering the circumstances of the New Public Management, the transformation of public administration from an administrative authority into a public service requires a change in the public administration procedures. Thus, the Administrative Procedure Act shall be appropriately amended so as to speed up and simplify the complicated administrative proceedings and to provide for a more efficient legal protection of both public and personal interests.

## PREDMET UPRAVNOG SPORA

### U V O D

Uspostavljanje sveobuhvatne kontrole nad upravom predstavlja jednu od osnovnih karakteristika savremene pravne države. Danas, u gotovo svakom pravnom sistemu, nezavisno od oblika državnog uređenja i konkretnog tipa organizacije vlasti, postoji širok sistem pravne i vanpravne kontrole koja se ostvaruje nad upravom. U svakom pravnom sistemu sudska kontrola uprave predstavlja najvažniji oblik pravne kontrole uprave. Njen osnovni smisao se ogleda u kontroli zakonitosti rada uprave od strane nezavisne vlasti radi obezbeđenja pune zaštite prava i pravnih interesa građana, ali i objektivne zakonitosti. Stoga se u teoriji sudska kontrola uprave smatra najznačajnijim spoljnim oblikom kontrole uprave i najjačom garancijom zakonitosti njenog rada. Istovremeno, u sudskoj kontroli uprave se vidi i garant ravnoteže upravne i zakonodavne vlasti, kao osnovi načela podela vlasti, na kome počiva savremena pravna država.<sup>1</sup>

U okviru sudske kontrole nad upravom, upravni spor predstavlja najznačajniju vrstu kontrole. Pored upravnog spora, u okviru koga sud kontroliše zakoni-

---

Dr Zoran Lončar, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu. Rad predstavlja rezultat istraživačkog rada na projektu "Harmonizacija srpskog i mađarskog (domaćeg) prava sa pravom EU i prekogranična saradnja", čiji su nosioci Pravni fakultet u Novom Sadu i Pravni fakultet u Segedinu (Mađarska).

<sup>1</sup> I. Krbek, Dioba vlasti, Hrvatski izdavački bibliografski zavod, Zagreb, 1943, str. 80, R. Marković, Upravo pravo, "Slovo" AD, Beograd, 2002, str. 508.

tost vršenja upravne delatnosti, sudovi kontrolišu upravu i u pogledu njene ostale, neupravne delatnosti.<sup>2</sup> Tako, Ustavni sud vrši kontrolu ustavnosti i zakonitosti opštih akta organa uprave (pravilnici, naredbe i uputstva), dok se pojedinačni akti i radnje uprave kojima se povređuju prava i slobode zajemčene Ustavom, pred ovim sudom mogu kontrolisati putem ustavne žalbe. Za zakonitost rada uprave je značajna i kontrola koju vrše redovni sudovi opšte nadležnosti. Tako, krivični sud odlučuje o postojanju krivične odgovornosti službenih lica organa uprave za dela učinjena u vršenju službene dužnosti. Prekršajni sud odlučuje o postojanju prekršajne odgovornosti službenih lica organa uprave (funkcionera i državnih službenika), dok parnični sud odlučuje o naknadi štete nastale usled nezakonitog ili nepravilnog rada uprave, pri čemu o šteti koja nastane kao posledica vršenja upravne delatnosti, odnosno nezakonitog akta osporenog u upravnom sporu, može da se odlučuje eventualno i u ovoj vrsti sudskog spora, kao o supsidijarnom zahtevu, ako upravni sud proceni da utvrđeno činjenično stanje pruža dovoljno pouzdan osnov za to.<sup>3</sup>

U pogledu upravnog spora, kao najvažnijeg vida sudske kontrole uprave, postoje danas bitne razlike u različitim pravnim sistemima. Kao što se sreću razlike u pogledu vrste sudova koji kontrolišu upravu,<sup>4</sup> tako postoje bitne razlike i u pogledu predmeta upravnog spora, odnosno onoga što sudovi kontrolišu u okviru ove posebne vrste sudskog spora. Predmet upravnog spora mogu biti, prema pravnoj prirodi, veoma različite aktivnosti uprave, kao što su naprimer akti i radnje uprave, opšti i pojedinačni akti, akti činjenja i nečinjenja, autoritativni i neautoritativni akti uprave itd.<sup>5</sup> Od načina na koji je određen predmet upravnog spora u nekom pravnom sistemu zavise i granice do kojih sud može ići u kontroli uprave, a od tog pitanja u velikoj meri zavisi i delotvornost pravne zaštite građana od nezakonitih aktivnosti uprave. U okviru reforme pravosudnog sistema, koja je prethodnih godina sprovedena u Republici Srbiji, bitno je reformisana i upravno-sudska kontrola, najpre uspostavljanjem mešovitog sistema upravnog sudstva,

<sup>2</sup> U teoriji se govori o sudskoj kontroli uprave u širem smislu, pod kojom se podrazumeva svaki vid sudske kontrole gde je uprava kontrolisani subjekt, bez obzira na to šta je predmet kontrole, i sudsku kontrolu uprave u užem smislu, pod kojom se podrazumeva samo kontrola čiji je predmet zakonitost vršenja upravne funkcije. Videti: D. Milkov, *Upravno pravo*, Novi Sad, III, 2013, str. 40–41.

<sup>3</sup> Videti: I. Krbek, "Odnos uprave i sudova", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, broj 3, 1952, str. 306–314; D. Milkov, "Odnos uprave i sudova", *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, broj 2, 2009, str. 89–100.

<sup>4</sup> Videti: R. Radošević, "Sistemi sudske kontrole uprave", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, broj 3, 2013, str. 459–474.

<sup>5</sup> Videti: A. Stojanović, *Sudska kontrola akata uprave – Austrija, Engleska, Francuska, Italija, Savezna Republika Nemačka, Sjedinjene Američke države*, Beograd, 1963.

sa osnovom nadležnošću za odlučivanjem Upravnog suda i završnom Vrhovnog kasacionog suda,<sup>6</sup> a zatim i donošenjem bitno novog Zakona o upravnim sporovima.<sup>7</sup> Kroz prikaz izmena koje su izvršene u pogledu predmeta upravnog spora nastojaćemo da ukazažemo na njegove specifičnosti u odnosu na druge pravne sisteme, kao i da utvrdimo u kojoj je meri današnji sistem sudske kontrole uprave u Srbiji, u pogledu predmeta upravnog spora, usaglašen sa međunarodnim pravnim standardima, i da li je time zaista povećan stepen delotvorne pravne zaštite građana u ovoj vrsti sudskog spora.

#### PREDMET UPRAVNOG SPORA U UPOREDNOM ZAKONODAVSTVU

U pogledu načina određivanja predmeta upravnog spora u uporednom zakonodavstvu se u osnovi mogu razlikovati dva sistema, *francuski* i *germanski* sistem. Francuski sistem podrazumeva širi, a germanski uži način određivanja predmeta upravnog spora.

U *Francuskoj* je predmet upravnog spora određen veoma široko, pošto je osnovni kriterijum za vođenje upravnog spora formalno-pravne prirode i tiče se donosica akta – uprave. Prema shvatanju Državnog saveta, upravni spor se može voditi protiv svih pravnih akata uprave, a to znači da predmet ocene zakonitosti mogu biti *pojedinačni autoritativni pravni akti uprave* (upravni akti), *opšti akti* (propisi) uprave i *upravni ugovori*. Razlog za ovako širok predmet upravnog spora u Francuskoj treba tražiti pre svega u činjenici da u ovoj državi upravno sudstvo, na čelu sa Državnim savetom, nije deo sudske, već upravne vlasti, kao i u činjenici da ne postoji poseban ustavni sud koji bi kontrolisao ustavnost i zakonitosti svih opštih akata, kao što je to slučaj u većini drugih evropskih država. Iako je predmet upravnog spora u Francuskoj veoma široko postavljen, ipak se i tamo sreće negativna enumeracije. Naime, mogućnošću kontrole zakonitosti u upravnom sporu nisu obuhvaćeni određeni akti koji se u teoriji nazivaju *aktima vlade* i *merama unutrašnjeg reda*,<sup>8</sup> a koje uvek konkretno utvrđuje Državni savet. Bez obzira na to što se lista ovih akata vremenom smanjivala, ona tradicionalno obuhvata akte pomilovanja, diplomatske akte, raspisivanje referenduma, akte koji se tiču opštih mera nacionalne bezbednosti, odnosa sa stranim državama ili među-

---

<sup>6</sup> Član 29 i 30 stav 1. Zakona o uređenju sudova, "Službeni glasnik Republike Srbije", broj 116 od 22. decembra 2008. godine.

<sup>7</sup> Zakon o upravnim sporovima, "Službeni glasnik Republike Srbije", broj 111 od 30. decembra 2009. godine.

<sup>8</sup> Videti: G. Braibant, B. Stirn, *Le droit administratif français*, Dalloz, Paris, 2002, p. 306–311; J. Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 23-e édition, Paris, 2010, p. 574–583; Ch. Debbasch, F. Colin, *Droit administratif*, Economica, 7-e édition, Paris, 2004, p. 569–578.

narodnim organizacijama, ali i akte kojima se izriču disciplinske mere pojedinim civilnim funkcionerima, kao i učenicima i zatvorenicima, u pogledu kojih se u teoriji iznose argumenti i zahtevi za izostavljanje sa liste, odnosno za omogućavanje sudske kontrole njihove zakonitosti u upravnom sporu.<sup>9</sup>

U *Nemačkoj* je predmet upravnog spora neuporedivo uže postavljen, pošto predmet ocene zakonitosti mogu biti samo *pojedinačni autoritativni pravni akti* (upravni akti) i *upravni ugovori*, kao i eventualno opšti akti (propisi) uprave koji nisu u nadležnosti Ustavnog suda. Prema nemačkom Zakonu o upravnom sudstvu, propisano je da je sudska zaštita u upravnom sporu moguća “u svim javno-pravnim sporovima, koji nisu ustavno-pravnog karaktera, ukoliko saveznom zakonom rešavanje tog spora nije stavljeno u nadležnost nekog drugog suda”.<sup>10</sup> Predmet upravnog spora u *Austriji* je još uže određen nego u *Nemačkoj*. U upravnom sporu u *Austriji* se može vršiti ocena zakonitosti samo *upravnih akata*, dok o oceni zakonitosti opštih akata uprave po pravilu odlučuje Ustavni sud. Samo izuzetno, po principu enumeracije, pojedini propisi uprave mogu biti predmet upravnog spora, kao što je to slučaj sa uputstvima koja se izdaju kolegijalnim školskim upravama, koja su već navedena u samom Ustavu (član 81a, stav 4).

Za razumevanje današnjeg predmeta upravnog spora u Srbiji od značaja može biti i način na koji je određen predmet ove vrste sudskog spora u pojedinim bivšim jugoslovenskim republikama, s obzirom na to da smo više decenija imali zajednički pravni režim ove vrste sudske kontrole nad upravom, a da danas prolazimo kroz iste integrativne procese.

Od svih bivših jugoslovenskih republika, koncept upravnog spora zasnovan na starom Zakonu o upravnim sporovima SFRJ iz 1977. godine,<sup>11</sup> koji je u pogledu predmeta spora počivao na austrijskom modelu, zadržan je danas samo u *Bosni i Hercegovini*. Na sva četiri nivoa vlasti u čijim nadležnostima je zakonsko regulisanje materije upravnog spora, predmet upravnog spora je jedinstveno uređen i odnosi se samo na (konačan) *upravni akt*, kao pojedinačni akt kojim se rešava o pravima i obavezama fizičkih i pravnih lica u upravnim stvarima.<sup>12</sup> Takođe, zadržana je u celini i negativna enumeracija, prema kojoj se upravni spor i

<sup>9</sup> G. Braibant, B. Stirn, *Le droit administratif français*, p. 311.

<sup>10</sup> & 4, stav 1, *Verwaltungsgerichtsordnung*, *Bundesgesetzblatt*, I s. 686/1991, I s. 1010/2008, I s. 2248/2010, I s. 3533/2013.

<sup>11</sup> Zakon o upravnim sporovima, “Službeni list SFRJ”, broj 4/1977.

<sup>12</sup> Član 7. stav 1. Zakona o upravnim sporovima Republike Srpske, “Službeni glasnik Republike Srpske”, broj 109 od 16. novembra 2005. godine i broj 63 od 26. avgusta 2011. godine, član 8. stav 1. Zakona o upravnim sporovima Federacije BiH, “Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine”, broj 9 od 16. februara 2005. godine, član 6. stav 1. Zakona o upravnim sporovima Brčko Distrikta, “Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine”, broj 2 od 3. avgusta 2000. godine,



dalje ne može voditi protiv tri kategorije pravnih akata: 1. donesenih u stvarima u kojima je sudska zaštita obezbeđena van upravnog spora, 2. kod kojih je prema izričitoj odredbi zakona upravni spor isključen, i 3. akata najviših organa vlasti donesenih neposredno na osnovu ustavnih, odnosno statutarnih ovlašćenja.<sup>13</sup> Pored toga, u upravnom sporu može da se odluči je još i o *ćutanju upravu*, koje i dalje ima negativni značaj, a kao sporedan predmet u upravnom sporu se može još javiti i zahtev za *naknadu štete* ili *povrćaj stvari*.<sup>14</sup>

Najšire je predmet upravnog spora od svih bivših jugoslovenskih republika postavljen u zakonodavstvu *Hrvatske*. Predmet ocene zakonitosti u upravnom sporu u Hrvatskoj danas mogu biti ne samo *upravni akti*, već i *upravne radnje* koje se preduzimaju prilikom vršenja upravnih ovlašćenja, kao i *upravni ugovori* i *ćutanje uprave*.<sup>15</sup> Takođe, bitnu novinu u hrvatskom pravnom režimu upravnog spora predstavlja i mogućnost ocene zakonitosti *opštih akata* jedinica lokalne samouprave, područne (regionalne) samouprave i pravnih lica koja imaju javna ovlašćenja (član 3. stav 2. Zakona o upravnim sporovima).

S obzirom na to da prema Ustavu Hrvatske ocena ustavnosti i zakonitosti svih propisa spada u nadležnost Ustavnog suda (član 125. stav 2), u novijoj hrvatskoj pravnoj teoriji se ulaže značajan napor da se objasni kako se ipak ne radi o propustu zakonodavca i neustavnoj odredbi, kada je u novom Zakonu o upravnim sporovima (član 12. stav 3. tačka 2) propisana nadležnost Visokog upravnog suda da ceni zakonitost opštih akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i pravnih lica koja imaju javna ovlašćenja, pošto se takva nadležnost ne odnosi na ocenu zakonitosti svih opštih akata navedenih subjekata, već samo onih koji se prema stavu Ustavnog suda ne mogu podvesti pod propise uprave, a pod kojim se danas smatraju svi akti opšteobaveznog karaktera, donoseni na osnovu ustavnog ili zakonskog ovlašćenja od strane nadležnih tela državne vlasti, ili tela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, te drugih pravnih lica sa

---

član 8. stav 1. Zakon o upravnim sporovima Bosne i Hercegovine, "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine", broj 19 od 3. jula 2002. godine.

<sup>13</sup> Član 9. Zakona o upravnim sporovima Republike Srpske, član 11. Zakona o upravnim sporovima Federacije BiH, član 9. Zakona o upravnim sporovima Distrikta Brčko, član 10. Zakona o upravnim sporovima Bosne i Hercegovine.

<sup>14</sup> Videti detaljnije: P. Kunić, *Upravno pravo*, Banja Luka, 2010, str. 515–517; M. Rađenović, *Pravo upravnog spora*, Banja Luka, 2010, str. 65–76; Sanja Golijanin, "Predmet upravnog spora u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, broj LVIII, 2011, str. 177–187; M. Rađenović, "Predmet upravnog spora", *Moderna uprava*, Banja Luka, decembar 2012, str. 7–16; Goran Branković, *Sudska praksa i upravni spor*, doktorska disertacija, Niš, 2012, str. 181–184.

<sup>15</sup> Član 3. stav 1. Zakona o upravnim sporovima, "Narodne novine", broj 20 od 12. februara 2010. godine.

javnim ovlašćenjima, koji uređuju odnose na opšti način i koji se odnose u pravilu na neodređeni krug adresata, u koje bi spadali prostorni planovi i sl.<sup>16</sup>

Uprkos znatnom proširivanju predmeta upravnog spora na različite vrste akata i radnji uprave u Hrvatskoj je i dalje zadržana negativna enumeracija, koja se odnosi na nemogućnost vođenja upravnog spora u pogledu: stvari u kojima je sudska zaštita obezbeđena izvan upravnog spora, procesnih odluka donetih u upravnom postupku, pri čemu je izričito navedeno da se sud u upravnom sporu ne može upuštati u pravilnosti diskrecione ocene kod diskrecionih upravnih akata (član 4. Zakona o upravnim sporovima). Isto tako, i u Hrvatskoj se u upravnom sporu može odlučivati o *naknadi štete* i *povraćaju stvari* kao sporednom predmetu spora (član 59. Zakona o upravnim sporovima).<sup>17</sup>

U Sloveniji je predmet upravnog spora takođe proširen u odnosu na staro jugoslovensko zakonodavstvo, ali je ipak nešto uži nego u Hrvatskoj, pošto se u upravnom sporu može ispitivati zakonitost konačnih *upravnih akata*, kao i drugih akata za koje je to izričito predviđeno zakonom.<sup>18</sup> Pri tome, po sistemu negativne enumeracije, izričito je propisano da se pod aktom protiv koga se može voditi upravni spor ne smatraju: akti koje nosioci zakonodavne i sudske vlasti donose na osnovu svojih ustavnih ovlašćenja, kao i akti nosilaca izvršne vlasti zasnovani na političkoj diskreciji, koji su doneti na osnovu ustavnih i zakonskih ovlašćenja (član 3. Zakona o upravnim sporovima). Takođe, predmet ocene zakonitosti u upravnom sporu mogu biti i *pojedinačni akti i radnje uprave kojima se ometaju ustavna prava i osnovne slobode građana*, ukoliko ne postoji druga sudska zaštita (član 4.), kao i *ćutanje uprave* (član 5. stav 3. Zakona o upravnim sporovima). U upravnom sporu u Sloveniji se takođe može odlučivati i o sporednom zahtevu za *povraćaj stvari* ili *naknadu štete* nastale kao posledica nezakonitog upravnog akta (član 7. stav 2. Zakona o upravnim sporovima).<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Videti detaljnije: J. Omejec, Prilog reformi upravnog spora – odnosi između upravnog i ustavnog sudovanja u Republici Hrvatskoj, *Upravno pravo i upravni postupak u praksi – aktualna pitanja i problemi*, Inženjerski biro, Zagreb, 2006, str. 19–21; D. Đerđa, “Upravni spor u Hrvatskoj: sadašnje stanje i pravci reforme”, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, broj 1, 2008, str. 10–11; D. Đerđa, “Neka rješenja novog uređenja upravnog spora u Hrvatskoj”, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, broj 1, 2010, str. 73–74.

<sup>17</sup> Videti detaljnije: I. Koprić, *Europski standardi i modernizacija upravnog sudovanja u Hrvatskoj*, u: Europeizacija upravnog sudovanja u Hrvatskoj, Institut za javnu upravu, Zagreb, 2014, str. 12–34; A. Rajko, “Novi upravni spor – ni parnica, ni prijašnji upravni spor”, Hrvatska pravna revija, broj 7–8, 2012, str. 1–7; B. Ljubanović, “Upravni ugovori i upravno sudovanje”, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, broj 1, 2010, str. 37–52.

<sup>18</sup> Član 2. Zakona o upravnim sporovima, “Uradni list Republike Slovenije”, broj 105 od 12. juna 2006. godine.

<sup>19</sup> Videti detaljnije: T. Jerovšek, Upravni postopek in upravni spor, Fakultet za upravu, Ljubljana, 2007, str. 125–134.

Tendencija proširivanja predmeta upravnog spora je u značajnoj meri prisutna i u pravnom sistemu *Makedonije*, gde oceni zakonitosti u upravnom sporu pored *pojedinačnih akata* organa državne i lokalne uprave i organizacija koje vrše javna ovlašćenja, a kojim odlučuju o pravima i obavezama fizičkih i pravnih lica u pojedinačnim upravnim stvarima, podležu i *propisi* navedenih subjekata, kada se njima uređuju pojedinačni odnosi.<sup>20</sup> Specifičnost predmeta upravnog spora u Makedoniji se tiče činjenice da se on odnosi i na ocenu zakonitosti *akata donetih u prekršajnom postupku* (član 1), kao i na rešavanje svih *izbornih sporova* i *sukoba nadležnosti* između državnih i lokalnih organa i nosilaca javnih ovlašćenja, kada nije predviđena drugačija sudska zaštita (član 2. stav 1. i 5). Takođe, predmet upravnog spora u Makedoniji mogu biti i *upravni ugovori* (član 2. stav 2), kao i *ćutanje uprave* (član 8. stav 3), dok se kao sporedan predmet može javiti zahtev za *povraćaj stvari* ili *naknadu štete* (član 11).<sup>21</sup>

Za razliku od većine bivših jugoslovenskih republika u *Crnoj Gori* je predmet upravnog spora samo neznatno izmenjen u odnosu na staro jugoslovensko zakonodavstvo. U Crnoj Gori predmet upravnog spora može biti samo ocena zakonitosti *upravnog akta* i eventualno još, nekog *drugog pojedinačnog akta* kada je to zakonom određeno.<sup>22</sup> Pri tome se pod upravnim aktom u Crnoj Gori i dalje podrazumeva akt kojim državni organ, organ lokalne samouprave, kao i ustanova i drugo pravno lice u vršenju javnih ovlašćenja odlučuje u upravnim stvarima o pravima, obavezama ili pravnim interesima fizičkog ili pravnog lica (član 2. stav 1), a pod drugim pojedinačnim aktom akt kojim državni organ, organ lokalne samouprave ili ustanova i pravno lice u vršenju javnih ovlašćenja odlučuje o pravima, obavezama ili pravnim interesima fizičkog ili pravnog lica u drugim pravnim stvarima (član 2. stav 2.). U pravnom sistemu Crne Gore i dalje je zadr-

---

<sup>20</sup> Član 1. i član 2. stav 2. Zakona za upravnite sporovi, "Službeni vesnik na Republika Makedonija", broj 62 od 22. maja 2006. godine i broj 150 od 18. novembra 2010. godine. Identična formulacija propisa kao "akata kojima se uređuju pojedinačni odnosi" koji može biti predmet upravnog spora i u Makedoniji i u Hrvatskoj, upućuje na očigledno isti izvor pri kreiranju zakonskih tekstova u obe ove države, s obzirom na to da je poslednjih godina gotovo postala ustaljena praksa da ista grupa stranih eksperata u većini bivših jugoslovenskih republika priprema sve najvažnije pravne propise u oblasti uprave, zbog čega se oni često međusobno bitnije ne razlikuju.

<sup>21</sup> Videti detaljnije: B. Davitkovski, A. Pavlovska-Daneva, *Realizing Citizens' Rights through the Administrative Procedure and Administrative Dispute in the Republic of Macedonia*, Hrvatska javna uprava, broj 1, 2009, str. 125–140; B. Davitkovski, "Upravno-sudskata kontrola vo Republika Makedonija vo soglasnost so noviot Zakon za upravni sporovi", Zbornik od naučnata rasprava "Reformatata na institucite i nejinoto značenje za razvojt na Republika Makedonija", Makedonska Akademija na naukite i umetnostite, Skopje, 2009, str. 233–244; B. Davitkovski, A. Pavlovska-Daneva, "Upravni spor u Republici Makedoniji", Pravni život, broj 10, 2007, str. 849–859.

<sup>22</sup> Član 1. Zakona o upravnom sporu, "Službeni list Crne Gore", broj 60 od 28. oktobra 2003. godine i broj 32 od 1. jula 2011. godine.

žana negativna enumeracija, s obzirom na to da se upravni spor ne može voditi protiv akata donetih u stvarima u kojima je sudska zaštita obezbeđena van upravnog spora, kao i u stvarima o kojima neposredno na osnovu ustavnih ovlašćenja odlučuje Skupština i predsednik Republike Crne Gore (član 8.). Pored toga, predmet upravnog spora može biti još i *ćutanje uprave* (član 7. stav 3), a kao sporedni predmet se može javiti i zahtev za *naknadu štete* ili *povraćaj stvari*, o kome Upravni sud može da odluči ako utvrđeno činjenično stanje pruža pouzdan osnov za to (član 37. stav 3).<sup>23</sup>

#### PREDMET UPRAVNOG SPORA U SRBIJI

Novi Zakon o upravnim sporovima je počev od 2010. godine doneo nekoliko bitnih novina u pogledu predmeta upravnog spora. Najvažnija novina je vezana za proširivanje predmeta upravnog spora. Do sada je predmet ocene zakonitosti u upravnom sporu u Srbiji mogao biti samo konačan *upravni akt* (pojedinačni pravni akt kojim državni organ i preduzeće ili druga organizacija u vršenju javnih ovlašćenja rešava o određenom pravu ili obavezi fizičkog lica ili pravnog lica ili druge stranke u upravnoj stvari),<sup>24</sup> pri čemu se prema sistemu negativne enumeracije, upravni spor nije mogao pokrenuti protiv akata koji su doneti: u stvarima u kojima je sudska zaštita bila obezbeđena van upravnog spora, u stvarima o kojima se po izričitoj odredbi zakona nije mogao voditi upravni spor, kao i u stvarima o kojima su neposredno na osnovu ustavnih ovlašćenja odlučivali najviši državni organi, poput Narodne skupštine i predsednika Republike (član 9. stav 1). Osnovni nedostatak dosadašnjeg pravnog režima u pogledu predmeta upravnog spora je bio vezan za činjenicu da je zakonski pojam upravnog akta, protiv koga se jedino i mogao voditi upravni spor, bio vezan za donošenje akta u upravnoj stvari, koja međutim, ne samo da zakonom nije bila precizno definisana, već je i u teoriji upravnog prava predstavljala jedano od najspornijih pitanja.<sup>25</sup>

Kao posledica ovog zakonskog nedostatka javili su se u sudskoj praksi različiti stavovi o upravnom aktu, kao mogućem predmetu upravnog spora, koji su doveli do pojave nejednake pravne zaštite stranaka. Naime, veoma često je u

<sup>23</sup> Videti detaljnije: S. Lilić, *Upravno pravo Crne Gore*, Podgorica, 2012, str. 388–390; Đ. Blažić, *Upravno pravo Crne Gore*, Podgorica, 2008, str. 262–265; Đ. Blažić, *Upravno-sudski postupci Crne Gore*, Podgorica, 2010, str. 308–311.

<sup>24</sup> Član 1. Zakona o upravnim sporovima, "Službeni glasnik Savezne Republike Jugoslavije", broj 46 od 4. oktobra 1996. godine.

<sup>25</sup> Videti: D. Milkov, "Pojam upravne stvari", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, broj 5, 1986, str. 531–542; N. Bačanić, "Upravna stvar u jugoslovenskom pravu", *Pravni život*, broj 7–8, 1993, str. 767–776; N. Bačanić, "Zakon o upravnim sporovima i upravna stvar", *Pravni život*, broj 10, 2011, str. 251–263.

istim pravnim stvarima sud različito postupao. Štaviše, pravni stavovi u pogledu mogućnosti vođenja upravnog spora protiv nekog pravnog akta ponekad su se razlikovali čak i između samih sudskih veća istog suda. Tako se, na primer, rešenje o imenovanju, postavljenju ili razrešenju funkcionera pojedinih organa od strane suda različito prihvatilo, nekada kao akt raspolaganja protiv kojeg nije dozvoljeno vođenje upravnog spora, pošto se ne radi o upravnom aktu, a nekada se prihvatilo i da je u pitanju upravni akt i dozvoljavalo se vođenje upravnog spora.<sup>26</sup> Slična situacija je bila i sa rešenjima o osnivanju pojedinih školskih ustanova,<sup>27</sup> rešenjima o dodeli službenih stanova na korišćenje,<sup>28</sup> rešenjima o izboru direktora domova zdravlja,<sup>29</sup> kao i članova opštinskih veća u jedinicama lokalne samouprave,<sup>30</sup> itd.

Iz tog razloga proširivanje predmeta odlučivanja novoformiranog Upravnog suda predstavlja najvažniju izmenu koja je izvršena u upravnom sporu u Srbiji donošenjem zakona iz 2009. godine. Za razliku od dosadašnjeg Zakona o upravnim sporovima, prema kome su sudsku zaštitu u upravnom sporu uživali samo konačni *upravni akti*, kao pojedinačni akti kojima se odlučivalo o pravima i obavezama stranaka u upravnim stvarima, danas je mogućnost sudske zaštite stranaka u upravnom sporu proširena i na sve druge konačne *pojedinačne pravne akte*, nezavisno od toga da li se donose u upravnim stvarima. Ovakvo proširivanje predmeta upravnog spora je u velikoj meri obesmisliло zakonsko određivanje pojmova upravnog akta (“pojedinačni pravni akt kojim nadležni organ, neposrednom primenom propisa, rešava o određenom pravu ili obavezni fizičkog ili pravnog lica, odnosno druge stranke u upravnoj stvari”, član 4), i same upravne stvari (“pojedinačna nesporna situacija od javnog interesa u kojoj neposredno iz pravnih propisa proizilazi potreba da se buduće ponašanje stranke autoritativno pravno odredi”, član 5), kao jednih od najvažnijih teorijskih novina koje su u novom zakonu konačno zasnovane na odavno poznatim i dosada najargumetovanim stavovima iznetim u domaćoj teoriji upravnog prava,<sup>31</sup> pošto se u upravnom

---

<sup>26</sup> Videti: Presuda Vrhovnog suda RS, broj U.3939/2006 od 28. februara 2007. godine; Presuda Vrhovnog suda RS, broj Uvp. I 404/2004 od 15. juna 2005. godine; Presuda Vrhovnog suda RS, broj Uvp. I 259/2001 od 30. januara 2002. godine; Presuda Vrhovnog suda RS, broj Uvp. I 10/2007 od 29. januara 2009. godine.

<sup>27</sup> Videti: Rešenje Vrhovnog suda Republike Srbije, broj U.1965/2002 od 4. decembra 2002. g.

<sup>28</sup> Videti: Rešenje Vrhovnog sud RS, broj U. 3501/2000 od 13. juna 2001. godine.

<sup>29</sup> Videti: Presuda Vrhovnog suda RS, broj U. 1079/2002 od 26. septembra 2002. godine.

<sup>30</sup> Videti: Presuda Vrhovnog suda RS, broj Uvp. I 215/2004 od 28. oktobra 2004. godine.

<sup>31</sup> Videti: D. Milkov, Pojam upravnog akta, doktorska disertacija, Beograd, 1983; D. Milkov, “Upravni i sudski akt”, Zbornik Matice srpske za društvene nauke, broj 94–95, 1993, str. 261–279; D. Milkov, “Upravna stvar”, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, broj 5, 1986, str. 490–504.

sporu danas može odlučivati o svakom pojedinačnom pravnom aktu, nezavisno od toga da li je u pitanju upravni ili neki drugi pravni akt.<sup>32</sup>

U pogledu ostalih pojedinačnih pravnih akata protiv kojih se može pokrenuti upravni spor, razlikuju se dve grupe akata. Najpre, to su svi pojedinačni akti kojima se rešava o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu stranke, kod kojih *nije predviđena neka druga sudska zaštita* (član 3. stav 2). Pored njih, predmet ocene zakonitosti u upravnom sporu mogu biti i bilo koji drugi pojedinačni pravni akti *kada je to nekim zakonom izričito predviđeno* (član 3. stav 3). U slučaju prve grupe pojedinačnih pravnih akata, vođenje upravnog spora se javlja kao supsidijarna pravna zaštita građana, a kod druge grupe akata isključivo iz razloga što je nekim posebnim zakonom previđeno da se provera njihove zakonitosti vrši baš u upravnom sporu, a ne u nekom drugom sudskom postupku. Prema prirodi stvari, o tim aktima bi se verovatno odlučivalo u nekom drugom sudskom postupku, da posebnim zakonom nije izričito predviđeno da se o njima odlučuje baš u upravnom sporu.<sup>33</sup>

Ovakvo proširivanje predmeta upravnog spora je posledica usaglašavanja upravnog spora u Srbiji sa Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda<sup>34</sup> i Preporukom o sudskoj kontroli upravnih akata.<sup>35</sup> Naime, pravo na pristup sudu, kao sastavni deo prava na pravično suđenje iz člana 6. stav 1. Konvencije, podrazumeva da se mora pružiti mogućnost pokretanja upravnog spora protiv svakog akta uprave kojim se odlučuje o građanskim pravima i obavezama.<sup>36</sup> Preporukom o sudskoj kontroli upravnih akata, pak, izričito je predvi-

<sup>32</sup> Videti: D. Milkov, "O upravnom sporu u Srbiji", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, broj 3, 2011, str. 125–128.

<sup>33</sup> Tako je na primer, Zakonom o izmenama i dopunama zakona o lokalnim izborima ("Službeni glasnik Republike Srbije", broj 54 od 20. jula 2011. godine) propisano da se protiv rešenja skupštine jedinice lokalne samouprave o imenovanju predsednika i članova izborne komisije, kao i odluke o prestanku mandata odbornika i o potvrđivanju mandata novom odborniku, može izjaviti žalba Upravnom sudu (član 3. i član 9.).

<sup>34</sup> Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, "Službeni list SCG", broj 9 od 26. decembra 2003. godine.

<sup>35</sup> Recommendation Rec (2004) 20 of Committee of Ministers to member states on judicial review of administrative acts – usvojena na 909. sednici Komiteta ministara održanoj 15. decembra 2004. godine na nivou zamenika ministara.

<sup>36</sup> Formalno posmatrano, prva presuda Evropskog suda za ljudska prava kojom je pojam građanskih prava iz člana 6. Evropske konvencije proširen i na upravni spor je bila presuda doneta u slučaju Ringajzen protiv Austrije (Ringelsen v. Austria) od 16. jula 1971. godine. O proširivanju načela prava na pravično suđenje u oblasti zaštite građanskih prava na upravni spor detaljnije videti: A. Jakšić, "Evropska konvencija o ljudskim pravima" – komentar, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 2006, str. 164–168; N. Mol, K. Harbi, "Pravo na pravično suđenje", vodič za primenu člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima, Savet Evrope, Beograd, 2007, str. 25–31.

đeno da svi akti uprave, čak i oni kojima se ne odlučuje o građanskim pravima i obavezama, treba da budu podvrgnuti sudskoj kontroli.<sup>37</sup> Štaviše, Preporukom je izričito predviđena mogućnost sudske kontrole zakonitosti i pravno vezanih elemenata kod diskrecionih upravnih akata.<sup>38</sup> Istovremeno, ova novina u Zakonu o upravnim sporovima je i posledica obaveze njegovog usaglašavanja sa novim Ustavom iz 2006. godine (član 198. stav 2), kojim je, iz razloga poštovanja međunarodno-pravnih standarda, propisano da zakonitost konačnih pojedinačnih akta kojima se odlučuje o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu podleže preispitivanju pred sudom u upravnom sporu, ako u određenom slučaju zakonom nije predviđena drugačija sudska zaštita.

S obzirom na to da je predmet upravnog spora proširen na svaki pojedinačni akt kojim se odlučuje o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu stranke, sasvim je razumljivo što je danas izostavljeno navođenje upravnih akata protiv kojih je unapred isključena mogućnost sudske kontrole zakonitosti u upravnom sporu. Kao posledica neophodnosti proširivanja predmeta upravnog spora neminovno je moralo doći i do promene načina njegovog određivanja, tako da je mešoviti sistem generalne klauzule sa negativnom enumeracijom morao biti zamenjen sistemom enumeracije. Izostavljanje ranije negativne enumeracije, kao načina određivanja predmeta upravnog spora, je nužna posledica činjenice da takvo rešenje nije u skladu sa pravom na pristup sudu iz Konvencije i Preporuke o sudskoj kontroli upravnih akata, koji kao što je istaknuto zahtevaju sudsku kontrolu svih upravnih akata. Jedino što je danas ostalo u pravnom sistemu, jeste odredba da se upravni spor ne može voditi ako je predviđen drugi vid sudske zaštite, koja je morala ostati da bi se izbegla dvostruka sudska kontrola jednog istog upravnog akta

Isto tako, ostala je i mogućnost vođenja upravnog spora u slučaju *ćutanja uprave*, odnosno zbog nedonošenja upravnog ili drugog akta koji može da bude predmet upravnog spora, pošto i ćutanje uprave takođe predstavlja pravni standard predviđen Preporukom o sudskoj kontroli upravnih akata.<sup>39</sup> Pri tome bi trebalo naglasiti da sud u slučaju upravnog spora, kod ćutanja uprave ne odlučuje

---

<sup>37</sup> Recommendation Rec (2004) 20, Principle 1 a.

<sup>38</sup> Recommendation Rec (2004) 20, Comments on Principles, paragraf 30.

<sup>39</sup> Do sada se predmet upravnog spora zbog ćutanja uprave odnosio samo na slučaj nedonošenje upravnog akta, pa je verovatno iz tog razloga i u novom Zakonu o upravnim sporovima zadržana identična odredba (član 15), kojom je propisano "da se upravni spor može pokrenuti i kada nadležni organ o zahtevu, odnosno žalbi stranke nije doneo upravni akt, pod uslovima predviđenim ovim zakonom". Međutim, kako je osnovni predmet upravnog spora sada proširen i na druge konačane pojedinačne pravne akte, a da je Zakonom o upravnim sporovima predviđeno da se odredbe tog zakona koje se odnose na upravni akt, primenjuju i na druge akte protiv kojih se može voditi upravni spor (član 3. stav 4), nesumnjivo da predmet upravnog spora zbog ćutanja uprave može biti i svaki drugi pravni akt koji inače može biti predmet upravnog spora.

samo o osnovanosti ćutanja uprave, kako se u jednom delu domaće teorije danas ističe,<sup>40</sup> već i o osnovanosti, odnosno zakonitosti zahteva stranke podnetog u upravnom postupku.<sup>41</sup>

Važnu novinu u vezi ćutanja uprave kao predmeta upravnog spora predstavlja i ovlašćenje suda da može sam da reši o zahtevu stranke u sporu pune jurisdikcije, bez vraćanja predmeta organu uprave. Sud može tako da postupi uvek pod uslovom da raspolaže potrebnim činjenicama i da priroda stvari to dozvoljava (član 44.). Ova novina je takođe posledica usaglašavanja upravnog spora sa pravnim standardom predviđenim Preporukom o sudskoj kontroli upravnih akata i u skladu je sa opštom tendencijom afirmisanja upravnog spora pune jurisdikcije.<sup>42</sup>

I prilikom poslednje zakonodavne reforme upravnog spora nažalost nije do kraja ispravljena greška u pogledu različitog načina određivanja roka za ćutanje uprave u upravnom postupku i u upravnom sporu, na šta je u stručnoj javnosti odavno ukazano.<sup>43</sup> Pozivanjem na rok koji je predviđen zakonom kojim se uređuje upravni postupak rešeno je pitanje roka za pokretanje upravnog spora samo u slučaju ćutanja drugostepenog organa uprave, ali je i dalje u Zakonu o upravnim sporovima rok za pokretanje upravnog spora zbog ćutanja prvostepenog organa protiv čijeg akta se ne može izjaviti žalba ostao "60 dana", iako za istu procesnu radnju u Zakonu o opštem upravnom postupku rok iznosi "dva meseca".<sup>44</sup>

<sup>40</sup> Videti Z. Tomić, Komentar Zakona o upravnim sporovima, Službeni glasnik, 2012, str. 421–422.

<sup>41</sup> "Stranka ne pokreće upravni postupak, pa ni upravni spor, radi toga da o njenom zahtevu bude rešeno, nego da bude *pozitivno* rešeno. Stranka hoće da stekne neko pravo ili da joj bude umanjena, odnosno ukinuta neka ranije nametnuta obaveza. Stoga se ne bi moglo reći da je cilj pokretanja upravnog spora zbog ćutanja uprave samo u tome da se obezbedi donošenje upravnog akta. Cilj je i u tome da stranka ostvari i zaštititi svoja prava i pravne interese, ako to nije uspela pred nadležnim organima uprave". D. Milkov, Upravno pravo, III, Novi Sad, 2013, str. 89. U istom smislu o ćutanju uprave se govori i kod: M. Rađenović, "Predmet upravnog spora", Moderna uprava, Banja Luka, decembar 2012, str. 15–16; N. Bačanin, "Zakon o upravnim sporovima i upravna stvar", Pravni život, broj 10, 2011, str. 251–263.

<sup>42</sup> Recommendation Rec (2004) 20, Comments on Principles, paragraf 30.

<sup>43</sup> Videti: D. Milkov, Upravno pravo, III, Novi Sad, 1998, str. 75–76; Z. Lončar, "Pledoaje za novi Zakon o opštem upravnom postupku", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, broj 3, 2009, str. 189–190.

<sup>44</sup> "Prema Zakonu o opštem upravnom postupku rok za donošenje drugostepenog rešenja iznosi dva meseca, što se po pravilu ne može poklapati sa šezdeset dana (jedino u prestupnoj godini ukoliko rok počinje da teče prvog januara ili prvog februara dva meseca predstavljaju šezdeset dana). Zbog ove neusklađenosti dva zakona (ZUP-a i ZUS-a), postavlja se pitanje koji propis treba primenjivati. Za organe uprave važi Zakon o opštem upravnom postupku i oni nisu učinili nikakvu povredu i ako ne donesu rešenje u roku od 61 ili 62 dana (zavisno od meseci). S druge strane, za sudove važi Zakon o upravnim sporovima i stranka može već posle 60 dana preduzimati radnje neop-



Pored ocene zakonitosti akata koji mogu biti osnovni predmet odlučivanja suda u upravnom sporu, a o kojima je do sada bilo reči, u ovoj vrsti sudskog spora u Srbiji se i dalje može kao o sporednom predmetu odlučivati i o zahtevu za *povraćaj oduzetih stvari* i *naknadu štete* nanete izvršenjem akta koji se osporava. O zahtevu za povraćaj oduzetih stvari ili naknadu štete Upravni sud uvek može da odluči kao o sporednom (akcesornom) zahtevu tužioca, ako utvrđeno činjenično stanje pruža pouzdan osnov za to. U suprotnom, sud je dužan da uputi tužioca da svoj zahtev ostvaruje u parničnom postupku pred nadležnim sudom (član 16 i 45).

Uprkos vidnom napredku u pogledu proširivanja predmeta upravnog spora u novom zakonu, kao osnovni problem u pogledu mogućnosti proširivanja i stvarne pravne zaštite građana u upravnom sporu javlja se praksa Upravnog suda. Iako je izričito propisano da se na sve upravne sporove koji su pokrenuti nakon 1. januara 2010. godine primenjuju odredbe novog Zakona o upravnim sporovima (član 77), kojim je predmet upravnog spora pored upravnog akta proširen i na ocenu zakonitosti drugih konačnih pojedinačnih pravnih akata kod kojih ne postoji drugi vid sudske zaštite, Upravni sud se nakon pune četiri godine u praksi i dalje zadržao na starom predmetu upravnog spora. Naime, kada utvrdi da se u podnetoj tužbi ne radi o upravnom aktu, u smislu kako je on određen novim Zakonom o upravnim sporovima (član 4.), bez ulaženja uopšte u ocenu pitanja da li se u tom slučaju možda radi o drugom konačnom pojedinačnom pravnom aktu protiv koga ne postoji drugi vid sudske zaštite, Upravni sud rešenjem odbacuje tužbu, o čemu svedoči brojna sudska praksa.<sup>45</sup>

Ne prihvatajući za predmet odlučivanja u upravnom sporu ocenu zakonitosti konačnih pojedinačnih akata kojima je odlučeno o pravima i obavezama stranka ili njihovim pravnim interesima kad nisu upravni akti, građani se u Srbiji, suprotno ustavnom pravu na pravnu zaštitu u upravnom sporu (član 198. stav 2) i pravu na pravno sredstvo (član 36. stav 2), ostavljaju bez značajne mogućnosti sudske zaštite u ovoj vrstu sudske kontrole uprave. Pri tome bi trebalo ima-

---

hodne za pokretanje spora zbog ćutanja uprave (opominjanje organa uprave i čekanje na protek novog roka od sedam dana)”. D. Milkov, *Upravno pravo*, III, Novi Sad, 2013, str. 91.

<sup>45</sup> Videti: Rešenje Upravnog suda broj U. 18727/10 od 16. jula 2010. godine; Rešenje Upravnog suda broj U. 18767/10 od 23. jula 2010. godine; Rešenje Upravnog suda broj U. 22704/10 od 22. oktobra 2010. godine; Rešenje Upravnog suda broj U. 4800/11 od 19. maja 2011. godine; Rešenje Upravnog suda broj U. 2173/11 od 14. jula 2011. godine; Rešenje Upravnog suda broj U. 5081/11 od 03. novembra 2011. godine; Rešenje Upravnog suda broj U. 5802/11 od 29. decembra 2011. godine; Rešenje Upravnog suda broj 22165/10 od 20. januara 2012. godine; Rešenje Upravnog suda broj U. 4507/11 od 16. marta 2012. godine; Rešenje Upravnog suda broj U. 21723/10 od 30. aprila 2012. godine; Rešenje Upravnog suda broj U. 4429/12 od 04. maja 2012. godine; Rešenje Upravnog suda broj U. 18237/10 od 13. jula 2012. godine; Rešenje Upravnog suda broj U. 26002/10 od 29. avgusta 2012. godine; Rešenje Upravnog suda broj U. 13830/11 od 04. oktobra 2012. godine; Rešenje Upravnog suda broj U. 17340/10 od 09. decembra 2011. godine.

ti u vidu da je sudska zaštita građana u upravnom sporu predviđena kao rezervna pravna zaštita za sve one slučajeve u kojima provera zakonitosti pojedinačnih pravnih akata uprave nije obezbeđena u nekom drugom sudskom postupku. Dakle, uprkos znatnom zakonskom proširivanju predmeta upravnog spora sudska zaštita građana u Srbiji u praksi ipak nije bitnije unapređena u odnosu na raniji period, kada je predmet ocene zakonitosti u ovoj vrsti sudske kontrole uprave mogao biti samo upravni akt.

Da se ne radi o slučajnom propustu, vidi se i iz činjenice da ni u jednom od navedenih primera iz sudske prakse rešenje o odbacivanju tužbe, koje se uvek donosi u prethodnom postupku, nije doneo sudija pojedinac, već uvek isključivo sudsko veće, s obzirom na to da se u slučaju donošenja rešenja od strane sudije pojedinca, stranci ostavlja mogućnost izjavljivanja *prigovora* posebnom sudskom veću, što predstavlja jednu od značajnijih novina u pogledu procesne zaštite prava stranaka u Zakonu o upravnim sporovima (član 27), dok protiv rešenja sudskog veća o odbacivanju tužbe ne može da se upotrebi, ne samo prigovor, već ni bilo koje drugo (redovno ili vanredno) pravno sredstvo. Takvo rešenje tada istovremeno postaje i konačno i pravnosnažno. Čak ni izričit stav Vrhovnog kasacionog suda iz decembra 2012. godine, da stranci pripada pravo na pravnu zaštitu u upravnom sporu, nezavisno od toga što se ne radi o upravnom aktu u smislu odredbi Zakona o upravnim sporovima uvek u slučaju ako je u pitanju konačan pojedinačan pravni akt kod koga zakonom nije predviđena drugačija sudska zaštita,<sup>46</sup> nije promenio praksu Upravnog suda.<sup>47</sup>

#### ZAKLJUČAK

Radi potrebe usaglašavanja upravnog spora sa Ustavom, kao najvišim pravnim aktom, kao i sa osnovnim pravnim standardima, koji podrazumevaju ostvarivanje prava na pristup sudu iz Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i Preporuke Saveta Evrope o sudskoj kontroli upravnih akata, od velikog je značaja to što je u novom Zakonu o upravnim sporovima predmet upravnog spora znatno proširen, sa ispitivanja zakonitosti konačnih upravnih akata, i na svaki drugi konačan pojedinačni akt kojim se rešava o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu stranke u slučaju kada nije predviđena druga

<sup>46</sup> Videti: Presuda Vrhovnog kasacionog suda Uzp 121/11 od 07. decembra 2012. godine.

<sup>47</sup> Videti: Rešenje Upravnog suda broj U. 4838/11 od 17. januara 2013. godine; Rešenje Upravnog suda broj U. 1066/13 od 08. februara 2013. godine; Rešenje Upravnog suda broj U. 17261/12 od 14. februara 2013. godine; Rešenje Upravnog suda broj U. 1550/12 od 16. maja 2013. godine; Rešenje Upravnog suda broj U. 5889/13 od 16. maja 2013. godine; Rešenje Upravnog suda broj 4211/13 od 11. jula 2013. godine; Rešenje Upravnog suda broj U. 11990/12 od 17. oktobra 2013. godine; Rešenje Upravnog suda broj U. 3539/11 od 24. oktobra 2013. godine; Rešenje Upravnog suda U. 14392/13 od 18. oktobra 2013. godine; Rešenje Upravnog suda U. 12967/12 od 07. novembra 2013. godine.

sudska zaštita, kao i na sve konačne pojedinačne akate kod kojih je to nekim posebnim zakonom izričito propisano. Pored toga, kao osnovni predmet odlučivanja u upravnom sporu i dalje se može javiti ćutanje uprave, a kao sporedan predmet pred sud se može postaviti i zahtev za povraćaj stvari ili naknadu štete, kao posledice izvršenja nezakonitog akta koji se osporava, o kome sud može da odluči ukoliko nađe da utvrđeno činjenično stanje pruža pouzdan osnov za to.

Uprkos proširivanju, predmet upravnog spora je u Srbiji i dalje znatno uži nego u drugim državama. Danas je predmet upravnog spora u Srbiji uži, ne samo u odnosu na Francusku i Nemačku, od kojih se pravni režim upravnog spora uvek bitno razlikovao, već i odnosu na države poput Slovenije, Hrvatske i Makedonije, sa kojima smo sve do nedavno imali gotovo potpuno indentičan pravni režim sudske kontrole rada uprave. Izvan domašaja kontrole Upravnog suda u Srbiji su i prilikom poslednje zakonodavne reforme upravnog spora ostali upravni ugovori, kao i sve vrste opštih pravnih akata. Provera njihove zakonitosti se i dalje nalazi u nadležnosti redovnih sudova (upravni ugovori), odnosno Ustavnog suda (opšti pravni akti).

Da bi se zaštita prava građana u upravnom sporu u Srbiji zaista podigla na nivo koji nalaže poštovanje međunarodnih standarda, nije neophodno i dalje proširivati predmet upravnog spora, koje bi se moglo uskoro očekivati, s obzirom na tendenciju u zakonodavstvu da se budućim Zakonom o opštem upravnom postupku predmet upravnog postupka proširi na upravne ugovore i na pružanje javnih usluga, koji će u tom slučaju neminovno zahtevati proširivanje predmeta upravnog spora. Za ostvarivanje pravne zaštite stranaka u ovoj vrsti sudske kontrole uprave na nivou evropskih pravnih standarda neophodno je, pre svega, da predmet upravnog spora, koji je zakonski zadovoljavajuće određen, na isti način bude prihvaćen i u sudskoj praksi. To za sada, nažalost, još uvek nije slučaj, s obzirom na to da Upravni sud predmet odlučivanja uglavnom svodi na ocenu zakonitosti konačnih upravnih akata. Sve dok se ne promeni postojeća neadekvatna sudska praksa, pravna zaštita stranaka u upravnom sporu, kao najvažnijem vidu sudske kontrole uprave, neće moći da bude na nivou međunarodnih standarda, a rad Upravnog suda neće biti u skladu sa Ustavom Republike Srbije.

Da bi se takav cilj ostvario, neophodno je pre svega dalje institucionalno i kadrovsko jačanje upravnog sudstva, kao i uvođenje pravnih standarda za rad sudija, do kojih bi se moglo doći uvećanjem ukupnog broja sudija, primerenog broju primljenih predmeta i određivanjem mesečne norme za rad svakog sudije. Time bi mogle biti stvorene osnovne pravne pretpostavke, ne samo za ostvarivanje predmeta upravnog spora kakav je predviđen Zakonom o upravnim sporovima, već i drugih pravnih standarda koje, u ovom trenutku, Upravni sud nije u stanju da ostvari, poput održavanja usmene rasprave kao osnovnog pravila za utvrđivanje činjeničnog stanja, značajnijeg odlučivanja u sporu pune jurisdikcije, kao i o

odlaganju izvršenja osporenih upravnih akata, te mogućnosti ostvarivanja redovne pravne zaštite stranaka u ovoj vrsti sudske kontrole nad upravom.<sup>48</sup>

ZORAN LONČAR, Pf.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad

## SUBJECT OF ADMINISTRATIVE DISPUTE

### Summary

To comply administrative dispute with international legal standards, which means the exercise of the right of access to court under the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and Recommendation Rec (2004) 20 of Committee of Ministers to member states on judicial review of administrative acts, as well as comply with provisions of the Constitution of the Republic of Serbia, and also with new Law on administrative disputes, the subject of an administrative dispute is significantly expanded. In Serbia today, through administrative disputes it can be examined the legality of administrative acts, but also each of the final individual legal acts which solves the rights, obligations or lawful interests of the client, when there is no other judicial protection, as well as all legal acts, where special law expressly provides. Subject of administrative dispute it may be also silence of the administration, but as a secondary subject it may be presented a request for return of property or compensation for damage caused as a result of an illegal act, so the court can decide, if the established facts provides a reliable basis for it. However, in order to protect rights of citizens in this country, and to achieve international legal standards, it is essential that the subject of administrative dispute, even though it is formally legally expanded, has to be fully accepted in the case law, what currently is not case, considering the fact that the object of decision-making in Administrative court is focused on assessment of the legality of Administrative acts.

---

<sup>48</sup> Videti: Z. Lončar, "Primena evropskih standarda u upravnom sporu u Srbiji", *Pravni život*, broj 5–6, 2013, str. 83–100.

SAŠA VARINAC

## POSTUPAK ZAŠTITE PRAVA U ZAKONU O JAVNIM NABAVKAMA

– Opšti osvrt –

### U V O D

Sistem zaštite prava ponuđača i javnog interesa u postupcima javnih nabavki u Republici Srbiji uspostavljen je na principu dvostepenosti: odluku o podnetom zahtevu u prvom stepenu donosi sam naručilac (državni organ, javno preduzeće, škola, bolnica, jedinica lokalne samouprave koji nabavljaju radove, dobra ili usluge). Ukoliko naručilac ne usvoji podneti zahtev i ne poništi osporeni postupak javne nabavke, zaštita prava se nastavlja pred institucijom koja je obrazovana na republičkom nivou i koja o zahtevu odlučuje u drugom stepenu. Ta institucija prvobitno je bila Komisija za zaštitu prava ponuđača obrazovana Zakonom o javnim nabavkama koji je stupio na pravnu snagu sredinom 2002. (“Službeni glasnik RS”, broj 39/02), a zatim i Komisija za zaštitu prava obrazovana Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o javnim nabavkama (“Službeni glasnik RS”, broj 55/04), da bi Zakonom o javnim nabavkama iz 2008. godine (“Službeni glasnik RS”, broj 116/08; u daljem tekstu ZJN/2008) bila obrazovana Republička komisija za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki (u daljem tekstu: Republička komisija), koja i danas postoji uz proširene nadležnosti i drugačiji način izbora članova tog organa određen novim Zakonom o javnim nabavkama iz 2012. godine (“Službeni glasnik RS”, broj 124/12; u daljem tekstu ZJN/2012).

---

Saša Varinac, predsednik Republičke komisije za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki.

Što se tiče same procedure zaštite prava, očigledno je da je zakonodavac nastojao da kroz ZJN/2012 odredi preciznija i efikasnija pravila kako bi s jedne strane obezbedio veću pravnu sigurnost u javnim nabavkama, ali istovremeno doprineo da postupci zaštite prava i samih javnih nabavki budu efikasniji. U tom pogledu bi trebalo naglasiti da je načelo efikasnosti i ekonomičnosti prvo i najvažnije načelo javnih nabavki. Naime, naručilac, kao i nadležni organi, u obavezi su da obezbede da se postupak javne nabavke sprovodi i dodela ugovora vrši u rokovima i na način propisan Zakonom, sa što manje troškova vezanih za postupak i izvršenje javne nabavke. Pri tome, u postupku javne nabavke se moraju pribaviti dobra, usluge ili radovi odgovarajućeg kvaliteta imajući u vidu svrhu, namenu i vrednost javne nabavke.

*Aktivna legitimacija  
za podnošenje zahteva za zaštitu prava*

Aktivna legitimacija predstavlja ovlašćenje da se podnese zahtev za zaštitu prava. Propisano je da to ovlašćenje imaju ponuđač, podnosilac prijave, kandidat, odnosno zainteresovano lice<sup>1</sup>. Budući da ZJN/2012 "zainteresovano lice" definiše kao svako lice koje ima interes da zaključi konkretan ugovor o javnoj nabavci, proizlazi da je donekle pojašnjen pojam aktivne legitimacije iz ZJN/2008. Naime, prema odredbama prethodnog zakona zahtev za zaštitu prava moglo je da podnese svako lice koje ima interes da zaključi ugovor o konkretnoj javnoj nabavci, što je sada obuhvaćeno definicijom zainteresovanog lica, ali je uz to navedeno da sada zahtev mogu podneti ponuđač, podnosilac prijave i kandidat. Na taj način zakonodavac je nastojao da razjasni određene dileme u pogledu toga ko, zaista, ima aktivnu legitimaciju, a koje su se javljale u primeni ZJN/2008. Te dileme su nastajale zbog apstraktnosti prethodne definicije aktivne legitimacije: "zahtev za zaštitu prava može da podnese svako lice koje ima interes da zaključi ugovor o konkretnoj javnoj nabavci". Naime, nije bilo u potpunosti jasno ko sve ima interes da zaključi ugovor o javnoj nabavci, odnosno da li taj interes imaju samo lica koja su ponuđači i podnosioci prijave, odnosno kandidati, ili i lica koja na drugi način iskazuju svoj interes. Tako se, na osnovu tumačenja nadležnih organa, a pre svega Republičke komisije, došlo do određenih stavova koji su, čini se, sada obuhvaćeni novom, donekle jasnijom, definicijom aktivne legitimacije. Sada je nesumnjivo da zainteresovana lica kao lica koja se upoznaju sa sadržinom konkursne dokumentacije, imaju ovlašćenje da podnesu zahtev za zaštitu prava. Međutim, posle protoka roka za podnošenje ponuda ili prijave zahtev za zaštitu prava mogu podneti samo oni koji su podneli ponudu ili prijavu, odnosno, preciznije rečeno, ponuđači ili podnosioci prijave koji tada više nisu samo zainteresovana lica. Drugačije rečeno, za podnošenje zahteva za zaštitu prava po proteku rokova za podnoše-

<sup>1</sup> Član 148. stav 1. ZJN/2012.

nje ponuda ili prijava<sup>2</sup> nije dovoljno da neko bude samo zainteresovano lice, već mora da prethodno podnese ponudu ili prijavu. S druge strane, da bi neko lice podnelo zahtev za zaštitu prava u drugoj fazi restriktivnog ili kvalifikacionog postupka, odnosno u fazi konkurentnog dijaloga koja sledi posle priznanja kvalifikacija, ali pre podnošenja ponuda (konačnih ponuda u konkurentnom dijalogu), mora imati status kandidata<sup>3</sup>, odnosno nije dovoljno da je samo zainteresovano lice i da je podnelo prijavu, nego je potrebno i da mu je priznata kvalifikacija i da tako stekne status kandidata.

U pogledu aktivne legitimacije, ZJN/2012 dozvoljava nešto što nije bilo dozvoljeno u ZJN/2008. Naime, prema odredbama ZJN/2008 zahtev za zaštitu prava nije moglo da ponese poslovno udruženje u ime ponuđača kao svog člana. To udruženje nije imalo interes da zaključi konkretan ugovor o javnoj nabavci (što je ranije bila definicija aktivne legitimacije), jer ugovor zaključuje ponuđač. Međutim, ZJN/2012 dozvoljava da zahtev za zaštitu prava podnese poslovno udruženje u ime ponuđača, podnosioca prijave, kandidata, odnosno zainteresovanog lica.<sup>4</sup>

Kao i u ZJN/2008, i u ZJN/2012 je propisano da određeni organi i institucije imaju ovlašćenje da podnesu zahtev za zaštitu prava. Tako je određeno da zahtev za zaštitu prava mogu podneti Uprava za javne nabavke, Državna revizorska institucija i javni pravobranilac<sup>5</sup>. Novina je da se više ne pominje javni interes kao razlog za podnošenje zahteva za zaštitu prava od strane tih podnosilaca zahteva. Dakle, oni mogu podneti zahtev za zaštitu prava iz svih razloga kao i pomenuta lica. Zato se može konstatovati da je u pogledu njih proširena aktivna legitimacija i da više ne postoji dilema šta se smatra povredom javnog interesa u kom slučaju su jedino mogli da podnesu zahtev prema odredbama ZJN/2008. Pored navedenih državnih organa i institucija, zahtev za zaštitu prava sada može da podnese i građanski nadzornik u postupku koji nadzire.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> Prijava je, prema odredbi člana 3. stav 1. tačka 30) ZJN/2012, zahtev zainteresovanog lica za učestvovanje u prvoj fazi restriktivnog postupka, kvalifikacionom postupku i konkurentnom dijalogu.

<sup>3</sup> Kandidat je, prema odredbi člana 3. stav 1. tačka 6) ZJN/2012, lice kome je u prvoj fazi restriktivnog i kvalifikacionog postupka, odnosno konkurentnog dijaloga (kao vrstama postupaka javnih nabavki) priznata kvalifikacija, i koji će na osnovu toga biti pozvani da podnesu ponude u drugoj fazi tih postupaka.

<sup>4</sup> Član 148. stav 2. ZJN/2012.

<sup>5</sup> Član 148. stav 3. ZJN/2012.

<sup>6</sup> Članom 28. ZJN/2012 propisano je da ako naručilac sprovodi postupak javne nabavke čija je procenjena vrednost veća od milijardu dinara, postupak nadgleda građanski nadzornik. Za građanskog nadzornika može biti imenovano lice iz redova istaknutih stručnjaka u oblasti javnih nabavki ili oblasti koja je u vezi sa predmetom javne nabavke, odnosno udruženje koje se bavi javnim nabavkama, sprečavanjem korupcije ili sukoba interesa.

Pomenuti organi i organizacije koji imaju aktivnu legitimaciju nisu dužni da podnose zahtev za zaštitu prava na zahtev ponuđača, podnosioca prijave, kandidata, odnosno zainteresovanog lica ako to lice nije iskoristilo pravo na podnošenje zahteva.<sup>7</sup> Na taj način zakonodavac nastoji da izbegne situaciju u kojoj bi ponuđači zahtevali, recimo, od Uprave za javne nabavke da umesto njih podnese zahtev za zaštitu prava. Takođe, jasno je određeno da i državni organi i organizacije koji podnose zahtev za zaštitu prava (uključujući i građanskog nadzornika) moraju prilikom podnošenja zahteva da poštuju sve faze u postupku zaštite prava, ali nisu dužni da plaćaju propisanu republičku administrativnu taksu za podneti zahtev.

#### *Primena odredbi Zakona o opštem upravnom postupku*

Na pitanja postupka zaštite prava koja nisu uređena u ZJN/2012 shodno se primenjuju odredbe zakona kojim se uređuje upravni postupak<sup>8</sup>. Takvu odredbu je sadržao i ZJN/2008.<sup>9</sup> Dakle, Zakon o opštem upravnom postupku će se kao supsidijarni (pomoćni) primenjivati u svim onim situacijama kada Zakon o javnim nabavkama ne propisuje rešenje, ali je potrebno istaći da to neće biti automatska primena tog drugog zakona sa odredbama onako kako su navedene, već će se primena tih odredaba u određenim situacijama prilagoditi prirodi postupka zaštite prava u postupcima javnih nabavki, uz očuvanje suštine i cilja normi koje se primenjuju. Jedna od karakteristika postupka zaštite prava koja će iziskivati takvu, shodnu primenu jeste i hitnost u postupanju, odnosno u donošenju odluke o osporenom postupku javne nabavke. Neka od pitanja u postupku zaštite prava koja nisu uređena ovim zakonom jesu: nadležnost organa, računanje rokova, spajanje predmeta itd.

#### *Rokovi i način podnošenja zahteva za zaštitu prava*

Prema odredbama ZJN/2012, zahtev za zaštitu prava se podnosi Republičkoj komisiji, a predaje naručiocu.<sup>10</sup> To rešenje se razlikuje od onog određenog u ZJN/2008 po kojem se zahtev za zaštitu prava podnosio naručiocu, a postupak pred Republičkom komisijom nastavljaio se samo na osnovu izjašnjenja podnosioca zahteva o nastavku postupka. Zakonodavac sada tako definiše način podnošenja zahteva zato što je naručilac, kao prvi stepen odlučivanja u postupku zaštite prava, izgubio određena ovlašćenja koja je do sada imao. Naime, naručilac više ne može da odbije zahtev, već će, ako ga smatra neosnovanim, celokupnu doku-

---

<sup>7</sup> Član 148. stav 4. ZJN/2012.

<sup>8</sup> Član 148. stav 5. ZJN/2012.

<sup>9</sup> Član 105. stav 5. ZJN/2008.

<sup>10</sup> Član 149. stav 1. ZJN/2012.



mentaciju sa zahtevom i svojim odgovorom dostaviti Republičkoj komisiji na dalje odlučivanje.<sup>11</sup> Praktično, naručilac je ovim zakonom ovlašćen samo da ispita postojanje procesnih pretpostavki i da, eventualno, usvoji zahtev.

Zahtev za zaštitu prava može se podneti u toku celog postupka javne nabavke, protiv svake radnje naručioca, osim ako Zakonom nije drugačije određeno. To znači da se, po pravilu, zahtev za zaštitu prava može podneti od donošenja odluke o pokretanju postupka do konačnosti odluke o dodeli ugovora, odluke o zaključenju okvirnog sporazuma, odluke o obustavi postupka ili odluke o priznavanju kvalifikacije.

Za razliku od ZJN/2008, ZJN/2012 propisuje da se zahtev za zaštitu prava kojim se osporava sadržina poziva za podnošenje ponuda i konkursne dokumentacije, ali i vrsta postupka, može podneti ne više do proteka roka za podnošenje ponuda, nego najkasnije sedam dana pre isteka tog roka, a u postupku javne nabavke male vrednosti i kvalifikacionom postupku tri dana pre isteka istog, i to tako da do tog momenta zahtev bude primljen od strane naručioca, bez obzira na način dostavljanja.<sup>12</sup> Može se zaključiti da se zakonodavac opredelio za takvo rešenje kako bi sprečio podnošenje zahteva za zaštitu prava neposredno pred protek roka za podnošenje ponuda, a samim tim, i neposredno pred otvaranje ponuda, što je dovodilo do odlaganja postupka otvaranja, i to u poslednjem trenutku, pred sam početak, kada su ovlašćeni predstavnici ponuđača već pristupili kod naručioca. U tom pogledu, vrlo je važno još jednom istaći da zahtev za zaštitu prava mora biti primljen od strane naručioca najkasnije sedam, odnosno tri dana pre isteka roka za podnošenje ponuda. Dakle, u tom slučaju neće se primenjivati rešenje iz Zakona o opštem upravnom postupku,<sup>13</sup> koje omogućava da podnesak bude podnet pošti preporučenom pošiljkom u propisanom roku, a da se kao takav smatra blagovremenim iako ga je organ primio posle proteka roka za podnošenje. Što se tiče načina računanja navedenih rokova, potrebna je analogna primena pravila Zakona o opštem upravnom postupku, što znači da se dan kada ističe rok za podnošenje ponuda ne bi uračunavao u rok za podnošenje zahteva za zaštitu prava. Tako, ukoliko bi, recimo, poslednji dan roka za podnošenje ponuda bio 12. april 2013. godine, poslednji dan do kojeg bi mogao da bude podnet zahtev bio bi 5. april 2013. godine, ukoliko je u pitanju otvoreni postupak, odnosno 9. april 2013. godine, ukoliko je u pitanju postupak javne nabavke male vrednosti ili kvalifikacioni postupak.

U slučaju podnošenja zahteva za zaštitu prava kojim se osporava vrsta postupka, sadržina poziva za podnošenje ponuda ili konkursne dokumentacije, pod-

---

<sup>11</sup> Član 153. stav 1. ZJN/2012

<sup>12</sup> Član 149. stav 3. ZJN/2012.

<sup>13</sup> Član 92. stav 2. Zakona o opštem upravnom postupku.

neti zahtev za zaštitu prava izaziva zastoj u toku roka za podnošenje ponuda.<sup>14</sup> Zastoj znači da podnošenjem zahteva rok za podnošenje ponuda prestaje da teče, da u toku postupka zaštite prava (sve dok ne bude odlučeno o podnetom zahtevu) uopšte ne teče, te da se po okončanju tog postupka nastavlja, odnosno da traje još onoliko koliko je preostalo od trenutka podnošenja zahteva do isteka tog roka. Tako, na primer, ukoliko je zahtev podnet deset dana pre proteka roka za podnošenje ponuda, nakon donošenja odluke o zahtevu mora se omogućiti zainteresovanim licima da, najmanje, u narednih deset dana mogu podneti svoje ponude.

Navedeni rokovi za podnošenje zahteva za zaštitu prava kojim se osporavaju vrsta postupka, sadržina poziva za podnošenje ponuda ili konkursne dokumentacije ne primenjuju se u slučaju pregovaračkog postupka bez objavljivanja poziva za podnošenje ponuda, ako podnosilac zahteva ili sa njim povezano lice nisu učestvovali u tom postupku.<sup>15</sup>

Rok za podnošenje zahteva za zaštitu prava posle donošenja odluke o dodeli ugovora, odluke o zaključenju okvirnog sporazuma, odluke o priznavanju kvalifikacije i odluke o obustavi postupka je deset dana od dana prijema neke od tih odluka, a u slučaju javne nabavke male vrednosti, pet dana od dana prijema.<sup>16</sup> Za razliku od podnošenja zahteva kojim se osporava vrsta postupka i sadržina poziva za podnošenje ponuda ili konkursne dokumentacije, u ovom slučaju primenjivalo bi se rešenje iz Zakona o opštem upravnom postupku koje omogućava da podnesak bude podnet pošti preporučenom pošiljkom u propisanom roku, a da se kao takav smatra blagovremenim iako ga je organ primio posle proteka roka za podnošenje.

ZJN/2012 propisuje jedan poseban rok za podnošenje zahteva za zaštitu prava u slučaju sprovođenja pregovaračkog postupka bez objavljivanja poziva za podnošenje ponuda iz člana 36. ovog zakona. Naime, kako se tim zakonom uvodi novi koncept sprovođenja te vrste postupka koji podrazumeva obavezu naručioca da objavi odluku o dodeli ugovora na Portalu javnih nabavki, to je i određeno da je rok za podnošenje zahteva za zaštitu prava u tom slučaju 10 dana od dana objavljivanja navedene odluke.<sup>17</sup> Taj rok se odnosi na potencijalne ponuđače koji nisu pozvani da podnesu ponudu u pregovaračkom postupku, dok bi se za ponuđače koji su učestvovali u tom postupku primenjivali ostali rokovi određeni ovim članom.

Na dostavljanje zahteva za zaštitu prava shodno se primenjuju odredbe o načinu dostavljanja odluke iz člana 108. stav 6. do 9. ZJN/2012.<sup>18</sup> Analizom mo-

<sup>14</sup> Član 149. stav 4. ZJN/2012.

<sup>15</sup> Član 149. stav 5. ZJN/2012.

<sup>16</sup> Član 149. stav 6. ZJN/2012.

<sup>17</sup> Član 149. stav 7. ZJN/2012.

<sup>18</sup> Član 149. stav 8. ZJN/2012.

gućnosti shodne primene tih odredaba, može se zaključiti da je zakonodavac želio da, pre svega, obezbedi da u slučaju da se zahtev dostavlja neposredno, elektronskom poštom ili faksom, podnosilac zahteva dobije potvrdu prijema zahteva od strane naručioca (što postaje obaveza naručioca), a ukoliko se zahtev dostavlja putem pošte, podnosilac zahteva je u obavezi da ga pošalje preporučeno sa povratnicom.

Primerak zahteva za zaštitu prava podnosilac istovremeno dostavlja Republičkoj komisiji,<sup>19</sup> kako bi imala evidenciju o podnetim zahtevima, što je od posebnog značaja ukoliko se ima u vidu na koji način i u kojim rokovima Republička komisija odlučuje o podnetom zahtevu.<sup>20</sup>

Zabranjeno je nepotrebno odugovlačenje postupaka javnih nabavki ponovnim podnošenjem zahteva za zaštitu prava sa isticanjem razloga koji su bili ili mogli biti poznati podnosiocu zahteva i prilikom podnošenja prvobitnog zahteva.<sup>21</sup> U praksi je, naime, primećeno da isti podnosilac zahteva u istom postupku javne nabavke, posle delimičnog poništenja postupka od strane Republičke komisije i ponavljanja određenih radnji od strane naručioca, ponovo podnese zahtev za zaštitu prava i u istom ukazuje na razloge (povrede odredaba) koji su mu bili poznati i prilikom podnošenja prethodnog zahteva, ali u tom zahtevu nije ukazao na postojanje tih razloga. Na primer, podnosilac zahteva u svom prvom zahtevu za zaštitu prava ukaže samo na nepravilno rangiranje ponuda primenom kriterijuma za izbor najpovoljnije ponude, pa taj zahtev bude usvojen i delimično poništen postupak javne nabavke, a naručilac obavezan da ponovi fazu stručne ocene ponuda i primeni kriterijume na način predviđen konkursnom dokumentacijom. Posle ponavljanja stručne ocene ponuda, podnosilac zahteva ponovo podnese zahtev za zaštitu prava, budući da je saznao da opet nije izabrana njegova ponuda i pored pravilne primene kriterijuma, i u tom drugom zahtevu ukaže na to da je neprihvatljiva ponuda izabranog ponuđača (tvrdi da ima određene nedostatke), iako je to mogao znati i istaći i prilikom podnošenja prvog zahteva jer je tada izvršio uvid u sve ponude (ili mogao izvršiti uvid). Na taj način su podnosioci zahteva neopravdano odugovlačili sa postupkom zaštite prava, a samim tim i sa postupkom javne nabavke zbog suspenzivnog dejstva svakog podnetog zahteva, pa se može zaključiti da se tada radilo o nekoj vrsti zloupotrebe prava od strane podnosioca zahteva. Pomenuta odredba će biti jedan od načina da se spreči takva zloupotreba.

---

<sup>19</sup> Član 149. stav 9. ZJN/2012.

<sup>20</sup> Članom 158. stav 1. ZJN/2012 je propisano da je Republička komisija dužna da o zahtevu za zaštitu prava odluči rešenjem u roku od 20 dana od dana prijema urednog zahteva za zaštitu prava, a najkasnije u roku od 30 dana od dana podnošenja urednog zahteva za zaštitu prava.

<sup>21</sup> Član 149. stav 11. ZJN/2012.

ZJN/2012, takođe, određuje da o podnetom zahtevu naručilac obaveštava sve učesnike, odnosno objavljuje obaveštenje o podnetom zahtevu na Portalu javnih nabavki, najkasnije u roku od dva dana od dana prijema zahteva.<sup>22</sup> Dakle, za razliku od ZJN/2008,<sup>23</sup> uvedena je obaveza objavljivanja obaveštenja o podnetom zahtevu, a rok za obaveštavanje ostalih učesnika, odnosno objavljivanje obaveštenja jeste dva dana od prijema zahteva.

*Posledice podnetog zahteva za zaštitu prava  
i privremene mere*

Kao i u ZJN/2008, i u ZJN/2012 je propisano da podneti zahtev za zaštitu prava zadržava dalje aktivnosti naručioca u postupku javne nabavke.<sup>24</sup> Izuzetak je pregovarački postupak bez objavljivanja poziva za podnošenje ponuda, koji se sprovodi na osnovu odredbe člana 36. stav 1. tačka 3) ZJN/2012 (tzv. *pregovarački postupak po hitnosti*). U tom postupku naručilac ne samo da ne mora sačekati da protekne rok za podnošenje zahteva za zaštitu prava da bi zaključio ugovor, već nije u obavezi da zastane sa preduzimanjem radnji u postupku ukoliko je podnet zahtev za zaštitu prava. Takođe, Republička komisija može doneti odluku da naručilac može da nastavi sa aktivnostima bez obzira na podneti zahtev, o čemu će više reći biti u nastavku teksta.

U ZJN/2012 regulisan je i slučaj u kojem podneti zahtev ne zadržava samo aktivnosti naručioca u postupku javne nabavke, već i izvršenje zaključenog ugovora o javnoj nabavci. Tako je određeno da ukoliko je naručilac zaključio ugovor pre proteka roka za podnošenje zahteva za zaštitu prava, a na to je imao pravo (pet situacija u kojima je to dozvoljeno definisano je članom 112. stav 2. ZJN/2012), pa neko od ponuđača, ipak, podnese zahtev za zaštitu prava, naručilac neće moći da izvrši ugovor dok se ne donese odluka o podnetom zahtevu.<sup>25</sup> Podrazumeva se da i u toj situaciji Republička komisija može da odluči drugačije i da naručiocu dozvoli nastavak izvršenja ugovora.

Pomenute odluke kojima dozvoljava nastavak aktivnosti naručioca, iako je podnet zahtev za zaštitu prava, Republička komisija donosi ukoliko oceni da postoji jedan od dva zakonom propisana razloga.<sup>26</sup> Prvi razlog je situacija u kojoj bi zadržavanje aktivnosti naručioca u postupku javne nabavke, odnosno u izvršenju ugovora o javnoj nabavci prouzrokovalo velike teškoće u radu ili poslovanju naručioca koje su nesrazmerne vrednosti javne nabavke. Drugi razlog postoji kada

<sup>22</sup> Član 149. stav 12. ZJN/2012.

<sup>23</sup> Član 107. stav 10. ZJN/2008.

<sup>24</sup> Član 150. stav 1. ZJN/2012.

<sup>25</sup> Član 150. stav 2. ZJN/2012.

<sup>26</sup> Član 150. stav 3. ZJN/2012.

je znatno ugrožen interes Republike Srbije. Može se, dakle, konstatovati da prvi razlog sada Republičkoj komisiji daje više ovlašćenja da donese odluku o nastavku aktivnosti, češće nego što je to činila do sada, primenom odredaba ZJN/2008. Naime, članom 108. stav 2. ZJN/2008 bilo je propisano da se nastavak aktivnosti može dozvoliti samo ukoliko je značajno ugrožen interes Republike Srbije. Samim tim, Republička komisija nije mogla da dozvoli nastavak aktivnosti onda kada je obavljanje delatnosti naručioca bilo dovedeno u pitanje zbog podnošenja zahteva za zaštitu prava, osim ako time nije bio ugrožen i interes Republike Srbije. Sada, novom odredbom, Republička komisija je ovlašćena da (ne samo u slučaju povrede interesa Republike) dozvoli nastavak aktivnosti ukoliko bi se time sprečilo normalno obavljanje delatnosti naručioca, ili bi prouzrokovalo ogromnu štetu koja bi prevazišla vrednost konkretne javne nabavke.

ZJN/2012 propisuje i na koji način naručilac postupa ukoliko smatra da su ispunjeni uslovi da zatraži od Republičke komisije donošenje odluke o nastavku aktivnosti i pored podnetog zahteva za zaštitu prava. Tako je propisano da naručilac odmah po prijemu, bez prethodne provere, zahtev za zaštitu prava i kompletnu dokumentaciju iz postupka javne nabavke dostavlja Republičkoj komisiji, a uz to prilaže i obrazloženi predlog za donošenje navedene odluke.<sup>27</sup> Dakle, naručilac u toj situaciji ne razmatra da li je podneti zahtev blagovremen, da li je izjavljen od strane lica koje ima aktivnu legitimaciju, ili da li je potpun, već odmah dokumentaciju sa zahtevom i obrazloženjem predloga za nastavak aktivnosti dostavlja Republičkoj komisiji. Rešenje kojim dozvoljava nastavak aktivnosti naručioca i pored podnetog zahteva za zaštitu prava, Republička komisija donosi u roku od pet dana od dana prijema predloga naručioca, ukoliko utvrdi da su za to ispunjeni uslovi.

Republička komisija ima ovlašćenje ne samo da dozvoli nastavak aktivnosti naručioca, već i da zabrani zaključenje i izvršenje ugovora u slučaju sprovođenja pregovaračkog postupka iz člana 36. stav 1. tačka 3) ovog zakona (tzv. *pregovarački postupak po hitnosti*).<sup>28</sup> Naime, kao što je već navedeno, u tom postupku podneti zahtev za zaštitu prava ne zadržava dalje aktivnosti naručioca, ali na osnovu ovog novog ovlašćenja Republička komisija može da uvede jednu vrstu privremene mere, i da ipak dovede do suspenzije (zadržavanja) daljih aktivnosti naručioca. Međutim, to zadržavanje se ne odnosi na sve radnje u navedenom postupku javne nabavke koje bi preduzimao naručilac, već samo na zaključenje i izvršenje ugovora. Za razliku od odluke o nastavku aktivnosti koju donosi na predlog naručioca, ovu odluku (o privremenoj meri) Republička komisija donosi na predlog podnosioca zahteva. Takvu odluku Republička komisija donosi u roku od pet

---

<sup>27</sup> Član 150. stav 4. ZJN/2012.

<sup>28</sup> Član 150. stav 6. ZJN/2012.

dana ukoliko bi zaključenje, odnosno izvršenje ugovora o javnoj nabavci bez prethodne provere pravilnosti postupka moglo da prouzrokuje znatnu štetu po javna sredstva. Praksa Republičke komisije će pokazati u kojim situacijama će postojati “znatna šteta po javna sredstva”.

Veoma važna posledica donošenja rešenja kojim se dozvoljava nastavak aktivnosti naručioca, odnosno kojim se uvodi privremena mera i ne dozvoljavaju zaključenje i izvršenje ugovora jeste da neposredno posle donošenja istog Republička komisija preuzima odlučivanje o podnetom zahtevu za zaštitu, odnosno postupak zaštite prava se nastavlja pred tim organom.<sup>29</sup>

#### *Sadržina zahteva za zaštitu prava*

ZJN/2012 propisuje obaveznu sadržina zahteva za zaštitu prava, i odredba koja to reguliše<sup>30</sup> gotovo je nepromenjena u odnosu na ZJN/2008, osim što je određen novi rok u kojem je podnosilac zahteva u obavezi da dopuni nepotpuni zahtev za zaštitu prava, a na poziv naručioca. Sada je propisano da taj rok nije više tri dana, već dva dana. Podrazumeva se da taj rok teče od dana kada je podnosilac zahteva primio poziv za dopunu zahteva za zaštitu prava.

Ukoliko zahtev za zaštitu prava ne bude dopunjen u navedenom roku ili bude dopunjen, ali ne na traženi način, naručilac će ga svojim zaključkom odbaciti.<sup>31</sup> Veoma je važno s tim u vezi istaći da naručilac (kasnije i Republička komisija) ima obavezu da ispoštuje i odredbu člana 58. stav 2. Zakona o opštem upravnom postupku (kao supsidijarnog – “pomoćnog” propisa), koja obavezuje svaki organ koji postupa u upravnom postupku da u pozivu na ispravku ili dopunu nepotpunog podneska upozori podnosioca istog na posledice propuštanja, odnosno u konkretnom slučaju da će njegov zahtev za zaštitu prava biti odbaćen.

Protiv pomenutog zaključka naručioca, podnosilac zahteva može podneti žalbu Republičkoj komisiji.<sup>32</sup> Žalba se u postupku zaštite prava, zbog hitne prirode same javne nabavke, za razliku od drugih postupaka (parničnog, upravnog, krivičnog), dostavlja drugostepenom organu direktno, a ne preko prvostepenog organa. Kopiju te žalbe podnosilac zahteva dostavlja naručiocu. Na taj način se naručiocu omogućava da odmah bude upoznat sa podnetom žalbom i da na osnovu toga Republičkoj komisiji dostavi potrebnu dokumentaciju.

#### *Prethodna provera zahteva za zaštitu prava*

---

<sup>29</sup> Član 150. stav 9. ZJN/2012.

<sup>30</sup> Član 151. stav 1. ZJN/2012.

<sup>31</sup> Član 151. stav 3. ZJN/2012.

<sup>32</sup> Član 151. stav 4. ZJN/2012.

Uz proveru potpunosti zahteva za zaštitu prava u smislu obavezne sadržine, naručilac proverava i postojanje ostalih procesnih pretpostavki za postupanje, i to blagovremenosti zahteva i aktivne legitimacije za podnošenje zahteva. Posledica neispunjenja tih procesnih pretpostavki jeste odbacivanje zahteva za zaštitu prava zaključkom naručioca.<sup>33</sup>

Protiv tog zaključka podnosilac zahteva ima pravo da podnese žalbu Republičkoj komisiji u roku od tri dana od dana prijema istog. Podnosilac zahteva istovremeno sa dostavljanjem žalbe Republičkoj komisiji, kopiju iste dostavlja naručiocu.

U pogledu blagovremenosti podnetog zahteva, potrebno je još jednom istaći da se ista, po ZJN/2012, vezuje za nekoliko različitih rokova, u zavisnosti od toga na koju radnju naručioca se odnosi i u kojoj vrsti postupka javne nabavke se podnosi. Preciznije, ne radi se toliko o različitim rokovima, već, pre svega, o različitim momentima od kojih počinje da teče ili kad se završava rok za podnošenje zahteva za zaštitu prava. Tako je određen rok od deset dana od dana prijema odluke naručioca (u slučaju javne nabavke male vrednosti pet dana) ili deset dana od dana objavljivanja odluke o dodeli ugovora u pregovaračkom postupku bez objavljivanja poziva za podnošenje ponuda. Takođe, propisano je da ako se osporava vrsta postupka javne nabavke, sadržina poziva za podnošenje ponuda ili sadržina konkursne dokumentacije, zahtev za zaštitu prava može se podnetinajkasnije sedam dana pre isteka roka za podnošenje ponuda, a u postupku javne nabavke male vrednosti i u kvalifikacionom postupku najkasnije tri dana pre isteka tog roka.

Ukoliko je propisano da se početak roka za zaštitu prava vezuje za dan prijema određene odluke naručioca, biće veoma važno utvrditi kada je podnosiocu zahteva u konkretnom slučaju izvršena dostava. S tim u vezi, važno je napomenuti da je u ZJN/2012 na poseban način regulisao dostavljanje odluke o dodeli ugovora, i taj način nije bio određen do sada, u ZJN/2008. Naime, propisano je da ako se ta odluka dostavlja neposredno, elektronskom poštom ili faksom, naručilac mora imati potvrdu prijema odluke od strane ponuđača, a ukoliko se odluka dostavlja putem pošte, mora se poslati preporučeno sa povratnicom. S druge strane, ako ponuđač odbije prijem odluke, smatra se da je odluka dostavljena dana kada je prijem odbijen.<sup>34</sup> Kao što je već navedeno, u ZJN/2008 nije bio regulisan način dostavljanja odluke o dodeli ugovora, pa je kao pomoćno (supsidijarno) primenjivano pravilo Zakona o opštem upravnom postupku o obaveznom ličnom dostavljanju, propisano članom 77. tog zakona. Navedeno za odluku o dodeli ugovora primenjuje se i na odluku o zaključenju okvirnog sporazuma, odluku o priznavanju kvalifikacije i odluku o obustavi postupka.

---

<sup>33</sup> Član 151. stav 2. ZJN/2012.

<sup>34</sup> Član 108. st. 7. i 8. ZJN/2012

*Postupanje naručioca posle prethodnog ispitivanja  
zahteva za zaštitu prava*

Za razliku od rešenja u ZJN/2008, po kojem je naručilac mogao da usvoji zahtev i da u celini ili delimično poništi postupak javne nabavke ili da odbije podneti zahtev, novo rešenje, predviđeno u ZJN/2012<sup>35</sup>, propisuje da naručilac ima ovlašćenje da usvoji zahtev ili da, ukoliko smatra da je neosnovan, dostavi odgovor na zahtev za zaštitu prava i kompletnu dokumentaciju iz postupka javne nabavke Republičkoj komisiji radi odlučivanja. Samim tim, naručilac gubi ovlašćenje da odbije zahtev za zaštitu prava, i to ovlašćenje po ZJN/2012 ima samo Republička komisija. Naručiocu je samo data mogućnost da kroz odgovor koji će sa dokumentacijom i zahtevom proslediti Republičkoj komisiji navede svoj stav u pogledu navoda iz zahteva. Time je, na neki način, i promenjena dvostepenost u odlučivanju u postupku zaštite prava, jer naručilac nema više ovlašćenje da odbije zahtev i na taj način odluči o istom. Međutim, nije propisano u kom obimu naručilac može da usvoji podneti zahtev, odnosno da li može postupak javne nabavke, kao i do sada, poništiti i u celini i delimično. Logično je zaključiti da naručilac može na oba navedena načina usvojiti zahtev, odnosno opredeliti se i za jednu, i za drugu posledicu usvajanja, analogno sa načinom na koji u slučaju takve odluke može postupiti i Republička komisija.

Ukoliko naručilac usvoji podneti zahtev za zaštitu prava, u obavezi je da rešenje o tome dostavi podnosiocu zahteva, ponuđačima i Republičkoj komisiji u roku od tri dana od dana donošenja. S druge strane, ako naručilac smatra da je podneti zahtev neosnovan, dužan je da u roku od tri dana od dana dostavljanja zahteva i kompletne dokumentacije (sa njegovim odgovorom) Republičkoj komisiji, pismeno o tome obavesti podnosioca zahteva.

U slučaju povlačenja podnetog zahteva za zaštitu prava od strane podnosioca istog, naručilac donosi zaključak o obustavi postupka, a takvu odluku može doneti i Republička komisija.<sup>36</sup>

*Postupak pred Republičkom komisijom*

Kao i naručilac, i Republička komisija vrši prethodnu proveru podnetog zahteva za zaštitu prava, ispitujući da li su ispunjene procesne pretpostavke: blagovremenost, postojanje aktivne legitimacije na strani podnosioca, kao i potpunost zahteva.<sup>37</sup>

Ukoliko Republička komisija utvrdi da podneti zahtev ne sadrži sve što je propisano kao obavezna sadržina istog, postupaće kao i naručilac, odnosno po-

---

<sup>35</sup> Član 153. stav 1. ZJN/2012.

<sup>36</sup> Član 153. stav 4. ZJN/2012.

<sup>37</sup> Član 154. stav 1. ZJN/2012.



zvaće podnosioca da zahtev dopuni u roku od dva dana od dana prijema poziva za dopunu.<sup>38</sup>

Republička komisija donosi zaključak o odbacivanju zahteva za zaštitu prava ukoliko utvrdi da nije ispunjena neka od pomenutih procesnih pretpostavki za odlučivanje o osnovanosti zahteva za zaštitu.<sup>39</sup>

Republička komisija može pre donošenja svoje odluke da traži dodatnu dokumentaciju, podatke, objašnjenja i mišljenja od naručioca, podnosioca zahteva ili drugih učesnika u postupku, kao i Uprave za javne nabavke i drugih lica. Takođe, taj organ može i da ostvari uvid u ostale dokumente kod stranaka u postupku javne nabavke, kao i da prikupi druge podatke za donošenje odluke. ZJN/2012 obavezuje sva lica i organe od kojih su zahtevani dodatni podaci i mišljenja da postupe u roku koji je određen u zahtevu Republičke komisije.<sup>40</sup> Na taj način će se ubrzati postupak zaštite prava i, na određeni način, rešiti situacija u kojoj Republička komisija čeka na te podatke duže od roka za donošenje odluke.

#### *Održavanje usmene rasprave*

Mogućnost održavanja usmene rasprave u postupku zaštite prava jeste novina u ZJN/2012. Na usmenoj raspravi bi predstavnici podnosioca zahteva i naručioca bili u prilici da članovima veća Republičke komisije koje odlučuje predstave svoje razloge za usvajanje, odnosno odbijanje podnetog zahteva. Važno je naglasiti da je usmena rasprava moguća ukoliko stranke u postupku zaštite prava to predlože.<sup>41</sup> Podnosilac zahteva može predložiti održavanje usmene rasprave u zahtevu za zaštitu prava, a naručilac u odgovoru na zahtev koji dostavlja Republičkoj komisiji.

O predlogu za održavanje usmene rasprave odlučuje Republička komisija. Dakle, bez obzira na to što su stranke (ili jedna od njih) predložile održavanje usmene rasprave, ista će zaista i biti održana ukoliko to dozvoli Republička komisija ako složenost činjenične ili pravne situacije to zahteva.<sup>42</sup> Usmena rasprava je javna i održava se u prostorijama Republičke komisije, a javnost će biti isključena ukoliko je to potrebno radi zaštite poslovne tajne u smislu zakona kojim se uređuje zaštita poslovne tajne ili zaštita podataka, u smislu zakona kojim se uređuje tajnost podataka.

---

<sup>38</sup> Član 154. stav 2. ZJN/2012.

<sup>39</sup> Član 154. stav 3. ZJN/2012.

<sup>40</sup> Član 154. st. 4. i 5. ZJN/2012.

<sup>41</sup> Član 155. stav 1. ZJN/2012.

<sup>42</sup> Član 155. stav 3. ZJN/2012.

O usmenoj raspravi se sačinjava zapisnik, a na sam tok rasprave bi trebalo primenjivati odredbe Zakona o opštem upravnom postupku, zato što ZJN/2012 to ne reguliše detaljnije.

### *Taksa i troškovi postupka zaštite prava*

Iznos takse za podnošenje zahteva za zaštitu prava drugačije je određen u ZJN/2012,<sup>43</sup> u odnosu na ZJN/2008. Dok je u ZJN/2008<sup>44</sup> bilo određeno da je iznos takse 60.000,00 dinara, odnosno 30.000,00 dinara, ako je u pitanju javna nabavka male vrednosti, u ZJN/2012 su određeni drugačiji iznosi. Novina je da će se plaćati taksa za žalbu podnetu protiv zaključka Uprave za javne nabavke donetog u pogledu sastavljanja spiska negativnih referenci iz člana 83. ZJN/2012 (15.000,00 dinara). Takođe, potrebno je naglasiti da zakonodavac određuje poseban iznos takse za zahtev za zaštitu prava u postupku javne nabavke male vrednosti, ali isti taj iznos (40.000,00 dinara) predviđen je i za pregovarački postupak bez objavljivanja poziva za podnošenje ponuda. U ostalim postupcima, ako procenjena vrednost javne nabavke, odnosno ponuđena cena ponuđača kojem je dodeljen ugovor nije veća od 80.000.000 dinara, određen je fiksni iznos takse (80.000,00 dinara), a u situaciji u kojoj je procenjena vrednost javne nabavke, odnosno ponuđena cena ponuđača kojem je dodeljen ugovor veća od 80.000.000 dinara, onda se taksa određuje u procentualnom iznosu u odnosu na te vrednosti (0,1%).

U postupku zaštite prava, svaka stranka snosi troškove koje je prouzrokovala svojim radnjama. Međutim, po okončanju postupka, svaka strana pod određenim uslovima ima pravo na nadoknadu troškova nastalih povodom postupka zaštite prava. Pre svega, zahtev za naknadu troškova (koji moraju biti precizno opredeljeni) mora biti podnet pre nego što naručilac ili Republička komisija donese odluku o zahtevu za zaštitu prava.<sup>45</sup> Zahtev za naknadu troškova može biti deo sadržine samog zahteva za zaštitu prava, a može biti postavljen i naknadno, u toku postupka zaštite prava, posebnim podneskom (s tim da mora biti postavljen pre donošenja navedenih odluka).

Podnosilac zahteva ima pravo na naknadu troškova nastalih povodom zaštite prava ukoliko podneti zahtev bude usvojen kao osnovan. Ako zahtev za zaštitu prava nije osnovan, podnosilac zahteva je dužan da naručiocu, na njegov pismeni zahtev, nadoknadi troškove nastale po osnovu zaštite prava.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Član 156. stav 1. ZJN/2012.

<sup>44</sup> Član 116. stav 1. ZJN/2008.

<sup>45</sup> Član 156. stav 7. ZJN/2012.

<sup>46</sup> Član 155. st. 3. i 4. ZJN/2012.

Odluku o troškovima donosi Republička komisija i ta odluka je izvršni naslov kao kvalifikovani pravni akt na osnovu kojeg se može tražiti, a ako je zatraženo, mora sprovesti prinudno izvršenje potraživanja utvrđenog tim aktom.

SAŠA VARINAC

President of the Republic Commission for the Protection of Rights  
in Public procurement procedures

PROCEDURE FOR THE PROTECTION OF RIGHTS  
IN THE PUBLIC PROCUREMENT LAW  
– GENERAL OVERVIEW –

Summary

Protection of rights in public procurement procedures is of great importance for every state attempting to spend public revenue assets for procurement of goods, works or services economically. To this extent, protection of rights can not be seen simply as protection of private economic interest of bidder submitting the offer for realization of certain procurement financed by the state (protection of rights of bidders), but this protection at the same time contributes to enabling wider competition, which is one of the basic prerequisites for fulfilling general (public) interest in public procurement procedures. Namely, if bidders are confident that the state is objective while conducting, controlling, and possibly revising public procurement procedures, this will attract great number of bidders to submit their bids, which in turn provides the conditions for the state to realize certain public procurement at a lower rate and in a high quality way.

This paper analyses protection of rights in accordance with the provisions of the new Public Procurement Law, which has been in power as of April 1<sup>st</sup>, 2013. We can affirm at the very beginning that law makers through new provisions tried to, on one hand, establish more efficient system of protection of rights in public procurement through determining clearer rules of the procedure, and on the other hand, to give competent state institutions stronger authorities, so to enable them to sanction irregularities or violations in a more efficient way.



ALEKSANDRA RABRENOVIĆ

## PLAN INTEGRITETA – EFIKASAN INSTRUMENT PREVENCIJE KORUPCIJE

### U V O D

Borba protiv korupcije, kao jedan je od ključnih prioriteta Vlade Republike Srbije, trenutno se gotovo u potpunosti poistovećuje sa procesuiranjem slučajeva koji su vezani za korupciju, dok se mnogo manje pažnje u javnosti posvećuje merama prevencije.<sup>1</sup> Iako sankcionisanje predstavlja važan aspekt borbe protiv korupcije, ono nije i dovoljna mera za suzbijanje ovog kompleksnog fenomena. Lica koja su bila umešana u koruptivne radnje mogu biti sankcionisana naknadno, ali je ključni cilj svake demokratske države zasnovane na vladavini prava da obezbedi da do korupcije prvobitno i ne dođe, odn. da se prostor za korupciju maksimalno smanji.

U poslednjoj dekadi u međunarodnim okvirima sve više pažnje posvećuje se izgradnji pravne regulative i institucionalnog okvira za sprečavanje korupcije. Tako, na primer, Konvencija Ujedinjenih nacija protiv korupcije,<sup>2</sup> čitavo drugo poglavlje posvećuje prevenciji korupcije, počev od uspostavljanja posebnih nezavisnih tela koja će se baviti prevencijom korupcije, povećanju transparentnosti u

---

Dr Aleksandra Rabrenović, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

<sup>1</sup> Zloupotreba službenog položaja, davanja i primanje mita, kršenje zakona od strane sudije, javnog tužioca i njegovog zamenika i sl.

<sup>2</sup> Konvencija Ujedinjenih nacija protiv korupcije usvojena je 31. oktobra 2003, a stupila na snagu 14. decembra 2005.

finansiranju političkih partija, mehanizmima sprečavanja sukoba interesa, pa do principa koje treba primeniti pri upravljanju ljudskim resursima (zapošljavanju, napredovanju državnih službenika i sl).

Jedan od najnovijih instrumenata prevencije korupcije koji je nedavno uveden i u pravni sistem Republike Srbije jeste plan integriteta, čiji je cilj da identifikuje specifične potencijalne rizične tačke u organizaciji iz kojih korupcija može da nastane i da pruži smernice za njihovo otklanjanje. Zakonom o Agenciji za borbu protiv korupcije<sup>3</sup> definisana je obaveza donošenja planova integriteta državnih organa i organizacija, organa teritorijalne autonomije i lokalne samouprave, javnih službi i javnih preduzeća, što sve zajedno čini čak 4.500 institucija sa različitim pravnim položajem. U novembru 2010. godine stupile su na snagu Smernice za izradu i sprovođenje plana integriteta. Početkom 2012. godine izdat je i Priručnik za izradu plana integriteta, koga je izdala Agencija za borbu protiv korupcije.

Iako su svi korisnici javnih sredstava bili u obavezi da izrade planove integriteta do aprila 2013. godine, samo nešto više od polovine je to zaista i učinilo. Interesantan je i podatak da 71% institucija u sistemu javnih preduzeća nije ispunilo svoju obavezu, kao ni 72% institucija u sistemu zdravstva, koje predstavlja jedan od tri sektora sa najvišom percepcijom korupcije u Srbiji.<sup>4</sup>

Iako je Srbija među prvim zemljama u regionu uvela planove integriteta, veoma malo je o ovom instrumentu pisano u naučnoj i stručnoj literaturi. Pored publikacija koje je izdala Međunarodna transparentnost koje se tiču osmišljavanja planova integriteta prvenstveno u sektoru pravosuđa,<sup>5</sup> teško je naći više informacija o prirodi ovog instrumenta, uporednim iskustvima, kao i pravnoj regulativi i problemima u sprovođenju ovog instrumenta u praksi u Srbiji. Cilj ovog rada je da upravo da odgovori ovim izazovima, približi ovaj instrument stručnoj i široj javnosti i pokuša da da odgovor na pitanje da li je plan integriteta efikasan metod sprečavanja korupcije.

<sup>3</sup> Zakon o Agenciji za borbu protiv korupcije, "Službenik glasnik RS", br. 97/2008 i 53/2010. Odluka Ustavnog suda US RS-Iuz br. 1239/2010-66/2011-48.

<sup>4</sup> Prema poslednjem istraživanju percepcije korupcije u Srbiji iz decembra 2013, 71% ispitanika smatrao je da je korupcija prisutna u zdravstvu, veći procenat percepcije korupcije imale su samo još političke partije (80%) i policija (74%). UNDP Srbija, Istraživanje javnog mnjenja, decembar 2013, Stav građana Srbije prema korupciji, CESID, UNDP, 2013, [http://www.rs.undp.org/content/dam/serbia/Publications%20and%20reports/Serbian/Corruption%20UNDP\\_SRB\\_Benchmarking%20Survey%20Serbian%20December%202013.pdf](http://www.rs.undp.org/content/dam/serbia/Publications%20and%20reports/Serbian/Corruption%20UNDP_SRB_Benchmarking%20Survey%20Serbian%20December%202013.pdf), 20.8.2014.

<sup>5</sup> N. Nenadić, *Planovi integriteta i javno tužilaštvo, Ideje u vezi sa osmišljavanjem planova integriteta*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca, 2010; Transparentnost Srbija, Razvijanje planova integriteta i istraživanje o korupciji u pravosuđu, <http://www.transparentnost.org.rs/images/stories/materijali/Planovi%20integriteta%20u%20pravosudju.pdf>, 24.8.2014.

## POJAM INTEGRITETA I UPRAVLJANJA INTEGRITETOM

Reč integritet vodi poreklo od latinskog prideva “integer”, što znači biti ceo ili kompletan. Ovaj termin upotrebljava se da opiše unutrašnji osećaj celine koji proističe iz kvaliteta kao što su poštenje ili konzistentnost karaktera.

U stručnoj literaturi termin integritet koristi se za označavanje etičkih standarda, vrednosti i normi kojih bi institucije javnog sektora trebalo da se pridržavaju,<sup>6</sup> i u tom smislu biće korišćen i u ovom tekstu. Može se tvrditi da reč “integritet” predstavlja suprotnost tj. antitezu terminu “korupcija” i da se njime želi postići afirmisanje etičkih normi i ponašanja, koja sprečavaju pojavu korupcije.

U naučnoj i stručnoj literaturi poslednjih godina sve češće se susreće i termin “upravljanje integritetom” (*integrity management*) koji podrazumeva sve aktivnosti koje se preduzimaju da podstaknu izgradnju integriteta i spreče koruptivna ponašanja i druga narušavanja integriteta u okviru organizacija javnog sektora.<sup>7</sup> Pored toga, koristi se i termin “okvir ili sistem upravljanja integritetom” (*integrity management framework*) koji označava mrežu međusobno povezanih instrumenata i mera za izgradnju integriteta u okviru organizacije.<sup>8</sup>

Interesantno je primetiti da su aktivnosti na jačanju sistema integriteta značajno porasle poslednjih godina ne samo u zemljama u regionu, već i u zemljama OECD-a zbog značajnih promena koje su državne uprave zemalja OECD-a prošle u poslednjoj dekadi, pod uticajem reformi sprovedenih pod doktrinom novog javnog menadžmenta.<sup>9</sup> Ove reforme akcenat su stavile na kvalitet, efikasnost i efektivnost pružanja usluga usvajajući tehnike privatnog sektora. Rezultat primene tehnika novog javnog menadžmenta bilo je povećanje efikasnosti i delotvornosti rada javne uprave. Međutim, ove reforme su takođe proširile rizike jer nisu uspostavljeni mehanizmi za kontrolu diskrecione moći menadžera.<sup>10</sup>

U stručnoj i akademskoj literaturi pravi se razlika između dva osnovna pristupa upravljanju integritetom: pristupa zasnovanog na kontroli ponašanja putem propisa (“rules based” approach) i pristupa zasnovanog na sistemu vredno-

---

<sup>6</sup> Van den Heuvel, J. H. J., & Huberts, L. W. J. C. *Integriteitsbeleid van gemeenten*. Utrecht: Lemma, 2003, str. 19, Navedeno prema OECD, *Towards a Sound Integrity Frameworks: Instruments, Processes, Structures and Conditions for Implementation*, OECD, Paris, 2009, str. 9.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> OECD, *Towards a Sound Integrity Frameworks: Instruments, Processes, Structures and Conditions for Implementation*, OECD, Paris, 2009, str. 9.

<sup>9</sup> C. Hood, “A Public Management for All Seasons?”, *Public Administration*, Volume 69, issue 1, 1991, str. 3-19.

<sup>10</sup> *Ibid.*

sti (“values based” approach).<sup>11</sup> Upravljanje integritetom zasnovano na propisima naglašava značaj spoljne kontrole ponašanja zaposlenih u javnom sektoru i zasniva se na usvajanju formalnih i detaljnih pravila i procedura kao sredstva za smanjenje narušavanja integriteta i sprečavanje korupcije.<sup>12</sup> Upravljanje integritetom zasnovano na sistemu vrednosti naglašava važnost samo-kontrole koju državni službenici vrše sami nad svojim ponašanjem. Ovaj pristup teži da stimuliše državne službenike da prihvate sistem vrednosti i etičke principe kako bi poboljšali proces donošenja odluka zasnovanih na etičkim principima, i to putem interaktivnih obuka, radionica, individualnog koučinga, itd.

Moderni sistemi upravljanja integritetom teže da kombinuju ova dva pristupa, kako bi napravili balansiranu osnovu za borbu protiv korupcije. Najčešće se polazi od predloga izmene propisa, kojima se postavljaju minimalni standardi etičkog ponašanja, dok bi vrednosni princip trebalo da obezbedi da državni službenik razvije sopstvene više moralne standarde, koji potvrđuju i čak i prevazilaze utvrđene pravne standarde. Važno je, međutim, da se obezbedi dobra ravnoteža između ova dva pristupa, jer bi preveliko oslanjanje na princip sistema vrednosti mogao da da loše rezultate, pogotovo u sredinama u kojima je korupcija široko raširena pojava i u kojima bi suviše velika diskrecija u utvrđivanju mera za borbu protiv korupcije dala previše prostora za koruptivna ponašanja.<sup>13</sup>

Planovi integriteta predstavljaju jedan od modela sistema upravljanja integritetom, koji kombinuju ova dva pristupa, pre svega zbog činjenice da same organizacije javnog sektora učestvuju u utvrđivanju rizika korupcije, zatim predlažu propise i pravila koji bi mogli biti primenjeni kako bi se ti rizici smanjili. Pored promene pravnog okvira, planovima integriteta predlažu se i druge mere, koje se zasnivaju na etičkom pristupu, a kojima se podstiče bolje razumevanje etičkih principa i grade kapaciteti za etičko odlučivanje.

#### OSNOVNI ELEMENTI IZGRADNJE SISTEMA UPRAVLJANJA INTEGRITETOM

U svom izveštaju iz 2009. godine OECD pravi razliku između nekoliko osnovnih elemenata izgradnje sistema integriteta, koji se u punoj meri mogu primeniti i na planove integriteta: a) utvrđivanje i definisanje sistema integriteta; b) definisanje mera integriteta; c) sprovođenje mera integriteta i njihovo praćenje.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> OECD, op. cit., str. 12.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*, str. 13.

<sup>14</sup> *Ibid.*, str. 21.



Analiza rizika jedan je od sve popularnijih načina da se utvrde slabe tačke sistema integriteta. U procesu analize rizika, prioritet se daje utvrđivanju osetljivih organizacionih procesa (npr. javne nabavke, inspekcijski postupak, napredovanje službenika i itd) i radnih mesta osetljivih na korupciju (obično državni službenici koji imaju ključnu ulogu u osetljivim procesima kao što su, na primer, javne nabavke, ili u donošenju odluka uopšte) i identifikuju tačke u kojima postoje značajne slabosti za narušavanje integriteta (npr. izbor metoda za tender ili izmena ugovora nagrađen). Ova analiza predstavlja osnovu za definisanje preporuka o tome kako da se poveća otpornost organizacije na korupciju. S obzirom da se analiza fokusira na rizike koji su ugrađeni u strukturu organizacije (proces i funkcije), rešenja su obično strukturne prirode, na primer, rotacija radnih mesta/funkcija, donošenje i sprovođenje propisa o konfliktu interesa, prihvatanju poklona, itd.<sup>15</sup>

Druga faza jeste definisanje mera, odn. propisa koji treba da smanje identifikovane rizike korupcije. Tu se razlikuju osnovne mere, koje su usmerene prevashodno na izgradnju integriteta (kao što su, na primer, propisi kojima se regulišu sukob interesa, primanje poklona i sl.) i komplementarne mere, koje su takođe od značaja za izgradnju integriteta, ali im to nije primarni cilj. Komplementarnim merama, na primer, pripadaju propisi koji regulišu upravljanje ljudskim resursima, javne nabavke, finansijsko upravljanje, upravljanje informacijama, upravljanje kvalitetom i sl.<sup>16</sup>

Ključna faza u izgradnji sistema integriteta je sprovođenje definisanih mera. Iskustvo i literatura obiluju primerima da su formulisanje vrednosti i pravila i puko stvaranje struktura i procedura nedovoljni da bi se uticalo na ponašanje članova organizacije. Da bi predviđene mere bile primenjene u praksi neophodno je da zaposleni znaju šta se od njih očekuje i budu stimulisani da te mere prihvate, što se može postići pre svega obukama, podizanjem svesti o važnosti sistema integriteta i uvođenjem sankcija za nepoštovanje primene predviđenih mera.<sup>17</sup>

#### UPOREDNA ISKUSTVA

U anglo-saksonskim zemljama, kao što su Velika Britanija i Australija, upravljanje integritetom razvijeno je u okviru sistema interne finansijske kontrole. U Velikoj Britaniji, svi organi državne uprave u obavezi su da izvrše proceduru rizika za svoje organizacije, prateći uputstvo koje je razvilo Ministarstvo fi-

---

<sup>15</sup> *Ibid*, str. 31.

<sup>16</sup> *Ibid*.

<sup>17</sup> *Ibid*, str. 47.

nansija 2001. godine “Upravljanje rizikom – strateški pregled”, koja je poznato i kao “Narandžasta knjiga”.<sup>18</sup> U ovom uputstvu razvijene su smernice za identifikaciju rizika, pripremu odgovarajućeg odgovora na rizik, provere da li je odgovor na rizik adekvatan i praćenje situacije (monitoring). Slično tome i u Australiji važnost upravljanja rizicima istaknuta je u zakonskom okviru koji reguliše finansijsko upravljanje i kontrolu, kao što su Zakon o finansijskom upravljanju i reviziji (Financial Administration and Audit Act).<sup>19</sup> i Zakon o finansijskom upravljanju i odgovornosti iz 1997. godine.<sup>20</sup> Važno je napomenuti da su Australija i Novi Zeland razvili poseban standard o upravljanju rizicima AS-NSZ ISO Australian Standard 31000, koji se jako puno koristi kao model drugim zemljama.

Upravljanje integritetom sastavni je deo sistema interne javne finansijske kontrole i u nekim zemljama kontinentalne Evrope, kao što su Belgija i Litvanija. U Belgiji je upravljanje rizikom sastavni deo sistema interne finansijske kontrole koje su organizacije javnog sektora u obavezi da razviju.<sup>21</sup> Slična situacija i u Litvaniji, gde Zakon o internoj kontroli i internoj reviziji zahteva da sve institucije javnog sektora razviju sisteme interne kontrole kojima bi se osiguralo zakonito delovanje u skladu sa strateškim i drugim planovima organa, programima i procedurama.<sup>22</sup> U Zakonu se naglašava da pojam interne kontrole obuhvata ne samo sistem finansijske kontrole, već sveobuhvatne mehanizme kontrole, koje ustanovljava rukovodstvo organizacije, u cilju zakonitog i delotvornog delovanja organizacije u kome se upravlja svim identifikovanim rizicima,<sup>23</sup> uključujući i koruptivne rizike.

U poslednjih nekoliko godina, sve više zemalja upravljanje integritetom reguliše u okviru anti-korupcijskog zakonodavstva, što se može videti pre svega na primerima iz našeg šireg okruženja, kao što su Slovenija i Italija. Na sličan način

<sup>18</sup> HM Treasury, *The Orange Book, Management of Risk – Principles and Concepts*, October 2004.

<sup>19</sup> Financial Administration Act, RSC 1985, c F-11, <http://canlii.ca/t/529s1>, 31.8.2014.

<sup>20</sup> Financial Management and Accountability Act 1997, No. 154, 1997.

<sup>21</sup> J. Skrbec, *Integrity Plans and Measures in the Public Sector: Legal Framework and Practices in EU and beyond*, power point prezentacija, Crna Gora 5-6 June 2013.

<sup>22</sup> Član 3, stav 1 Zakona o internoj kontroli i internoj reviziji Republike Litvanije - Republic of Lithuania, Law on Internal Control and Internal Audit, 10 December 2002, No IX – 1254. <http://policy.mofcom.gov.cn/english/flaw!fetch.action?libcode=flaw&id=FC069672-2F22-4BB0-83B8-89A8FCDF88DC&classcode=850>, 18.8.2014.

<sup>23</sup> Član 2. Stav 7. Zakona o internoj kontroli i internoj reviziji.

upravljanje integritetom uspostavljeno je i u Moldaviji<sup>24</sup> i Bosni i Hercegovini,<sup>25</sup> dok je u Crnoj Gori plan integriteta uveden kroz odredbe novog Zakona o državnim službenicima.<sup>26</sup>

Slovenija je jedna od prvih evropskih zemalja koja je zakonski ustanovila institut plana integriteta, koji je poslužio kao primer i zemljama u regionu, uključujući i Srbiju. Plan integriteta prvi put je regulisan Zakonom o sprečavanju korupcije iz 2004. godine,<sup>27</sup> a detaljnije je razrađen Zakonom i integritetu i sprečavanju korupcije koji je donet 2010. godine.<sup>28</sup> Članu 47. Zakona obavezuje sve državne organe, lokalne samouprave, javne agencije, javne ustanove i javne fondove da izrade nacрте i usvoje planove integriteta i informišu o tome nezavisno telo za borbu protiv korupcije – Komisiju za prevenciju korupcije. Ukoliko utvrdi da rizici korupcije postoje i u drugim pravnim licima koja nisu obuhvaćena napred navedenim kategorijama organa i organizacija javne uprave Komisija dato telo može obavezati da izradi plan integriteta. U stavu 3. člana 47. navode se obavezni elementi plana integriteta: ocena izloženosti institucije korupciji; ime i prezime i radno mesto osobe koja je zadužena za plan integriteta; opis područja koja su osetljiva na korupciju i predloge za poboljšanja integriteta, kao i mere za pravovremeno identifikovanje, prevenciju i eliminaciju koruptivnih rizika. Komisija je obavezna da obuča lica koja su zadužena za planove integriteta.<sup>29</sup> Interesantno je da Komisija vrši ocenu izloženosti svih organa uprave i drugih tela i svrstava ih u tri kategorije: tela koja su najviše izložena korupcije, tela koja su izložena korupciji u srednje obimu i tela koja su najmanje izložena korupciji. Najzad, važno je napomenuti i da je Komisija razvila posebnu metodologiju o izradi planova integriteta, po kojoj su državni organi i organizacije obavezni da ocene stanje integriteta

---

<sup>24</sup> M. Chene, "Monitoring public institution's integrity plans", U4 Anti-Corruption Resource Center, Transparency International, CMI Chr. Michelsen Institute, str. 4.

<sup>25</sup> Zakon o Agenciji za prevenciju korupcije i koordinaciju borbe protiv korupcije, Službeni glasnik BiH, 103/9; Agencija za prevenciju korupcije i koordinaciju borbe protiv korupcije, "Metodologija izrade plana integriteta", Sarajevo, 31.12.2013.

<sup>26</sup> Zakon o državnim službenicima i namještenicima, "Sl. list Crne Gore", br. 39/11, 50/11, 66/12.

<sup>27</sup> Razvoj plana integriteta u Republici Sloveniji počeo je kroz međunarodnu razmenu znanja kroz MATRA predpristupni program u postupku pristupanja EU. Vidi: B. Kečanović, "Primjena planova integriteta – iskustva Slovenije", *Antikorupcija, Bilten Uprave za antikorupcijsku inicijativu*, oktobar 2011, broj 11, str. 12-13.

<sup>28</sup> Zakon o integritetu i sprečavanju korupcije, "Službeni glasnik Republike Slovenije", br. 45/10, 26/11 i 43/11. Prilikom izgradnje novog modela plana integriteta u ovom zakonu korišteni su sledeći dokumenti: priručnik Victorian Managed Insurance Authority (VMIA), Australian-New Zealand Standard: Risk management principles and guidance (AZ-NZS ISO 13000:2004), metodologiju koju su koristili Slovenački revizori za kontrolu finansijskih rizika, INTOSAI I COSO standarde.

<sup>29</sup> Član 47, stav 4 Zakona o integritetu i sprečavanju korupcije.

u nekoliko ključnih oblasti: nezakonito primanje poklona, sukob interesa, ograničenje privrednih aktivnosti zbog sukoba interesa, nelegalno lobiranje, zaštita lica koja ukazuju na korupciju, javne nabavke, kao i druge rizične oblasti u skladu sa prirodom aktivnosti koje se obavljaju u datoj instituciji.<sup>30</sup> Celokupna metodologija izrade planova integriteta u Sloveniji objavljena je u “EU katalogu najboljih praksi u oblasti integriteta, borbe protiv korupcije i administrativnih mera protiv organizovanog kriminala u 2008. godini.”<sup>31</sup>

Dosadašnja iskustva u primeni planova integriteta pokazala su pozitivne efekte u smislu izgradnje svesti državnih organa i organizacija javne uprave o potrebi unapređenja sistema integriteta. Najveći problem je, međutim, u veoma širokom obuhvatu tela koja su u obavezi da izgrade planove integriteta (prema nekim podacima ukupno 1894),<sup>32</sup> što ne omogućava Komisiji da bliže prati izradu i sprovođenje planova integriteta velikog broja korisnika javnih sredstava.<sup>33</sup>

Italija je donela novi Zakon protiv korupcije 2012. godine, kojim se od svih organizacija javnog sektora zahteva da razviju trogodišnje planove prevencije korupcije.<sup>34</sup> Plan bi trebalo da identifikuje sve aktivnosti koje nose rizik od korupcije i definiše mere koje se moraju sprovesti da bi se sprečilo da do korupcije u tim segmentima dođe. U svakoj organizaciji neophodno je da postoji jedno lice zaduženo za praćenje sprovođenja plana prevencije korupcije i ocenu njegove održivosti tokom vremena.<sup>35</sup> Dato lice takođe ima i ovlašćenje da inicira izmene i dopune plana prevencije korupcije u skladu sa situacijom na terenu, kako bi se rizici korupcije maksimalno smanjili tokom vremena.

Najzad, interesantno je pomenuti i iskustvo jedne azijske zemlje u upravljanju integritetom. Posebno bismo izdvojili Filipine koji su razvili instrument koji ima sve odlike plana integriteta, pod nazivom “analiza razvoja integriteta” (*in-*

<sup>30</sup> Komisija za prevenciju korupcije Republike Slovenije, Primer plana integriteta, (Sample integrity plan), <https://www.kpk-rs.si/en/prevention>.

<sup>31</sup> D. Kos, “Integrity Plan as a Form of a Consistent Integrity Framework”, OECD Global Forum on Public Governance, Paris, May 2009.

<sup>32</sup> J. Skrbec, op. cit, slajd 45.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> Legge 6 novembre 2012, No. 190 (usvojen 6. novembra 2012, stupio na snagu 28. novembra 2012).

<sup>35</sup> Dla Piper, “Clie Alert, New Anti Corruption Provisions”, November 2012, [http://www.dlapiper.com/~media/Files/Insights/Publications/2012/11/Italy%20Provisions%20for%20preventing%20and%20fighting%20cor\\_\\_Files/New\\_anticorruption\\_provisions/FileAttachment/New\\_anticorruption\\_provisions.pdf](http://www.dlapiper.com/~media/Files/Insights/Publications/2012/11/Italy%20Provisions%20for%20preventing%20and%20fighting%20cor__Files/New_anticorruption_provisions/FileAttachment/New_anticorruption_provisions.pdf), 20.8.2014.

*tegrity development review*).<sup>36</sup> Iako ovaj institut nema svoje pravno utemeljenje, njega je razvila kancelarija Ombudsmana, u okviru ovlašćenja koja ombudsman prema Zakonu o ombudsmanu.<sup>37</sup> Druga stvar koja razlikuje ovaj instrument od evropskih iskustava je što provođenje analize razvoja integriteta nije obavezno za sve organe i organizacije javne uprave, već je započeto u ograničenom broju ključnih organa uprave, kao što su Ministarstvo unutrašnjih poslova, Poreska uprava, Uprava carina i sl.<sup>38</sup> Relativno mali opseg organa koji su, uz pomoć kancelarije Ombudsmana, sproveli analizu razvoja integriteta omogućava kancelariji Ombudsmana da kontinuirano prati napore oko dvadesetak organa i organizacija u realizaciji preporuka za jačanje integriteta i sledećim oblastima: rukovođenju, razvoju etičkog kodeksa, politici o primanju poklona, procedurama javnih nabavki, upravljanje ljudskim resursima, finansijsko upravljanje, interno izveštavanje, zaštita uzbunjivača, i upravljanje drugim rizicima korupcije.<sup>39</sup>

#### PLANOVI INTEGRITETA U REPUBLICI SRBIJI

Planovi integriteta uvedeni su u pravni sistem Republike Srbije Zakonom o Agenciji za borbu protiv korupcije 2008. godine,<sup>40</sup> koji sadrži nekoliko odredbi koje se odnose na planove integriteta. Interesantno je primetiti da je postojeća pravna regulativa gotovo istovetna sa zakonskim rešenjima Slovenije kako u pogledu opsega tela koja su obavezi da donesu plan integriteta, tako i u pogledu njihove osnovne sadržine. Naime, plan integriteta dužni su da donesu svi državni organi, organi teritorijalne autonomije i lokalne samouprave, javne službe i javna preduzeća.<sup>41</sup> Zakonom je propisano da plan integriteta sadrži mere pravne i praktične prirode kojima se sprečavaju i otklanjaju mogućnosti za nastanak i razvoj korupcije. Plan integriteta mora da sadrži sledeće elemente: ocenu izloženosti korupciji; podatke o licu odgovornom za plan integriteta; opis procesa rada, načina odlučivanja i utvrđivanje poslova koji su naročito podložni korupciji, kao i poslova ili delatnosti, odnosno funkcije koje funkcioner ne može da obavlja za vreme vršenja javne funkcije i način njihove kontrole; preventivne mere za sma-

---

<sup>36</sup> M. Martini, "Overview of public sector integrity assessment tools", U4 Anti-Corruption Resource Center, Transparency International, CMI Chr. Michelsen Institute, str. 4-6.

<sup>37</sup> An Act Providing for the Functional and Structural Organisation of the Office of the Ombudsman, and for other purposes, Republic Act 6770- The Ombudsman Act of 1989.

<sup>38</sup> M. Martini, op. cit., str. 4-6.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> Članovi 58-61 Zakona o Agenciji za borbu protiv korupcije, "Službenik glasnik RS", br. 97/2008 i 53/2010. Odluka Ustavnog suda US RS-Iuz br. 1239/2010-66/2011-48.

<sup>41</sup> Član 59. Zakona o Agenciji za borbu protiv korupcije.

njenje korupcije i druge delove plana definisane u smernicama.<sup>42</sup> Agencija je dužna da izradi smernice za izradu i sprovođenje planova integriteta, a državni organi i druga tela su dužna da donesu plan integriteta u skladu sa smernicama i da o tome obaveste Agenciju.<sup>43</sup> Agencija takođe i prati donošenje i sprovođenje planova integriteta, a sva tela koja su u obavezi da izrade plan integriteta dužna su da na zahtev Agencije, u roku od 15 dana, dostave izveštaj o sprovođenju planova integriteta.<sup>44</sup> Zakon predviđa mogućnost da i druga pravna lica mogu doneti plan integriteta u skladu sa smernicama koje donosi Agencija.<sup>45</sup>

Pomenute zakonske odredbe detaljnije su razrađene u Smernicama za izradu i sprovođenje plana integriteta koje je donela Agencija za borbu protiv korupcije 2010. godine.<sup>46</sup> Plan integriteta se definiše kao dokument koji predstavlja rezultat postupka samokontrole institucije u cilju održanja i poboljšanja integriteta, transparentnosti i profesionalne etike.<sup>47</sup> Detaljnije je razrađen postupak izrade i sprovođenja plana integriteta. Izrada plana integriteta sastoji se od nekoliko faza: faze pripreme; faze procene i ocene postojećeg stanja (ocena izloženosti) i zaključne fazu, odnosno izrade plana mera za poboljšanje integriteta.<sup>48</sup> Smernice posebnu pažnju posvećuju i sprovođenju plana integriteta u okviru institucija javne uprave.<sup>49</sup>

Agencija za borbu protiv korupcije ima takođe važnu nadzornu ulogu pri izradi i sprovođenju planova integriteta. Nadzor obuhvata tri vrste provera: 1) da

<sup>42</sup> Član 58. Zakona o Agenciji za borbu protiv korupcije.

<sup>43</sup> Stav 2 i stav 3 člana 59, Zakona o Agenciji za borbu protiv korupcije.

<sup>44</sup> Stav 4 i stav 5 člana 59.

<sup>45</sup> U ovom slučaju pravna lica mogu podneti predlog Agenciji za izradu plana integriteta, a Agencija može da izvrši procenu integriteta i predloži preporuke za unapređenje integriteta. Interesantno je primetiti da Agencija u ovom slučaju vrši procenu integriteta po zahtevu o trošku pravnih lica koja su podnela zahtev za procenom integriteta. Vidi: Član 61. Zakona o Agenciji za borbu protiv korupcije.

<sup>46</sup> Smernice za izradu i sprovođenje planova integriteta, "Službeni glasnik RS" br. 80/10.

<sup>47</sup> Član 3 Smernica za izradu i sprovođenje planova integriteta.

<sup>48</sup> Članovi 6-17 Smernica za izradu i sprovođenje planova integriteta.

<sup>49</sup> Nadzor nad sprovođenjem mera za poboljšanje integriteta preuzima odgovorno lice za sprovođenje plana integriteta, koje određuje rukovodilac institucije i koje izveštava rukovodioca o rezultatima sprovođenja. Rukovodilac institucije takođe je u obavezi da redovno prati sprovođenje plana integriteta i, zajedno sa odgovornim licem za sprovođenje plana integriteta, priprema pokazatelje efikasnosti i procenjuje rezultate predloženih mera za poboljšanje integriteta. Pošto se planovi integriteta donose na period od tri godine, rukovodilac institucije je obavezan da donese odluku o ponovnoj izradi plana integriteta svake treće godine od poslednjeg usvojenog plana integriteta institucije, ili ranije, ukoliko rukovodilac, odnosno Agencija proceni da je integritet institucije narušen. Vidi: čl. 18-19 Smernica za izradu i sprovođenje planova integriteta.

li je u toku izrada ili je izrađen plan integriteta u skladu sa Zakonom o Agenciji za borbu protiv korupcije i pomenutim Smernicama, 2) kvalitet i objektivnost donegog plana integriteta, i 3) stepen primene mera i aktivnosti iz plana za poboljšanje integriteta.<sup>50</sup> Agencija o izvršenom nadzoru sačinjava izveštaj, a podaci iz izveštaja se unose u evidenciju Agencije i imaju status poverljivih podataka.<sup>51</sup>

Pored Smernica za izradu i sprovođenje planova integriteta, Agencija je izradila nacрте, odnosno modele planova integriteta, koji su prilagođeni različitim tipovima institucija. U tom cilju Agencija je izradila ukupno šezdeset devet nacрта planova integriteta, koji su urađeni u formi posebnog softvera, tj. elektronske aplikacije koja se nalazi na serveru Agencije,<sup>52</sup> a kojoj imaju pristup sve institucije koje su obavezni da izrade planove integriteta. Na ovaj način institucijama je znatno olakšana izrada planova integriteta, a Agenciji znatno olakšano praćenje izrade planova integriteta. Najzad, Agencija je izradila i Priručnik za izradu plana integriteta,<sup>53</sup> kojim se detaljnije razrađuju sve faze izrade plana integriteta i dati su praktični primeri dokumentacije koja prati izradu plana integriteta.<sup>54</sup>

Tokom izrade modela planova integriteta, sve oblasti podložne koruptivnim rizicima sistematizovane su u tri osnovne grupe: zajedničke oblasti, oblasti etike i ličnog integriteta i specifične oblasti.<sup>55</sup> Zajedničke oblasti pokrivaju sledeća područja: upravljanje institucijom; upravljanje finansijama; upravljanje javnim nabavkama; upravljanje dokumentacijom; upravljanje kadrovima i bezbednost. Oblast etike i ličnog integriteta obuhvata područja sukoba interesa, prijema poklona, delotvorno postupanje po prijavama korupcije, etički i profesionalno neprihvatljivih postupaka. Specifične oblasti tiču se procene rizika aktivnosti koje su specifične za nadležnosti koje institucija ima (na primer, u sistemu lokalne

---

<sup>50</sup> Član 21 Smernica za izradu i sprovođenje planova integriteta.

<sup>51</sup> Član 22 Smernica za izradu i sprovođenje planova integriteta.

<sup>52</sup> U izradi nacрта planova integriteta učestvovalе su radne grupe koje su činili predstavnici različitih državnih institucija (ukupno 109 članova), razvrstanih u 14 sistema: 1) politički sistem, 2) sistem pravosuđa, 3) sistem policije, 4) sistem državne uprave i lokalne samouprave, 5) sistem odbrane, 6) sistem finansija, 7) sistem privrede I poljoprivrede, 8) sistem socijalne politike, 9) zdravstveni sistem, 10) sistem prosvete I nauke, 11) sistem kulture i sporta, 12) sistem životne sredine i infrastrukture, 13) sistem zaštite podataka, ljudskih prava i javnog interesa i 14) sistem javnih preduzeća. Agencija za borbu protiv korupcije Republike Srbije, "Priručnik za izradu plana integriteta", Beograd, 30.1.2012, str. 5-6.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> *Ibid.* Na pr: Model odluke o imenovanju radne grupe za izradu plana integriteta, Model Programa izrade plana integriteta, Model zapisnika o sastanku radne grupe, Uputstvo o tehničkom pristupu popunjavanja upitnika i sl.

<sup>55</sup> *Ibid.*, str. 6.

samouprave - oblast/nadležnost: građevinsko-urbanistički poslovi ima posebne rizike za korupciju i sl).<sup>56</sup>

I pored velikih napora Agencije za borbu protiv korupcije da osposobi institucije da izrade planove integriteta, do polovine 2013. godine, kada je istekao rok za izradu planova integriteta,<sup>57</sup> samo oko 47 odsto institucija javnog sektora izradilo je svoje planove integriteta. Interesantno je primetiti da u nekim oblastima, kao što su policija i odbrana, planovi integriteta su izrađeni u svim institucijama sistema. U drugim oblastima, međutim, kao što su zdravstvo i sport i kultura oko 70 odsto institucija nije izradilo svoje planove integriteta.<sup>58</sup> Slična je situacija i u javnim preduzećima, kojih čak 71% nije izradilo planove integriteta.<sup>59</sup> Imajuću i vidu da Zakon nije predvideo sankcije ukoliko institucija ne izradi plan integriteta, sud javnosti trenutno predstavlja jedini mehanizam za pozivanje na odgovornost rukovodilaca za neispunjavanje ove obaveze.

Statistička analiza do sada izrađenih planova integriteta, koju je početkom 2014. godine sprovela Agencija za borbu protiv korupcije u saradnji sa OEBS-om i USAID-om,<sup>60</sup> pokazala je veoma interesantne, čak začuđujuće rezultate. Analiza pokazuje koje su koruptivne rizike organi i organizacije javne uprave identifikovali kao najvažnije, a koje kao manje i najmanje važne. Prema analiziranim podacima iz planova integriteta dve oblasti u kojima prema samoproceni organa javne uprave postoji *najmanja* izloženost rizicima korupcije su: javne nabavke<sup>61</sup> i upravljanje finansijama (planiranje i priprema budžeta, finansijsko planiranje, izvršenje budžeta i sl). S druge strane, najveći broj institucija sistema<sup>62</sup> identifikovao je oblast etike i ličnog integriteta (što obuhvata sukob interesa, prijem poklona, delotvorno postupanje po prijavama korupcije) kao oblast sa *najviše* rizika po integritet institucije. Preostale oblasti, kao što su na pr. upravljanje institucijom, upravljanje kadrovima, upravljanje dokumentacijom i oblast bezbednosti svrstane su u većini institucija kao niskorizične oblasti.<sup>63</sup>

<sup>56</sup> *Ibid.* str. 6-7.

<sup>57</sup> Rok je tačnije bio 14.4.2013.

<sup>58</sup> Agencija za borbu protiv korupcije, "Izveštaj o radu Agencije za borbu protiv korupcije za 2013. godinu," Beograd, 31.3.2014, str. 62.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> Agencija za borbu protiv korupcije Republike Srbije, "Izveštaj o samoproceni integriteta organa javne vlasti u Republici Srbiji – planovi integriteta," Agencija za borbu protiv korupcije, 2014.

<sup>61</sup> Ova ocena data je u 13 od ukupno 14 sistema različitih institucija (na pr. politički sistem, sistem pravosuđa, sistem odbrane, sistem javnih finansija i privrede, sistem poljoprivrede, sistem zdravstva itd). *Ibid.*, str. 19.

<sup>62</sup> U dvanaest od ukupno četrnaest sistema.

<sup>63</sup> U jedanaest od ukupno četrnaest sistema.



## ZAKLJUČAK

Plan integriteta predstavlja novi instrument prevencije korupcije u Srbiji, kao oblik samokontrole institucija u cilju da se identifikuju specifične potencijalne rizične tačke iz kojih korupcija može da nastane i da se razvija. Pri izradi koncepta plana integriteta u punoj meri poštovane su preporuke OECD-a o potrebi kombinovanja kontrole ponašanja putem propisa (“rules based” approach) i pristupa zasnovanog na sistemu vrednosti (“values based” approach). Uvažena su takođe i uporedna iskustva u ovoj oblasti, pre sve iskustvo Slovenije. Opseg državnih organa i drugih institucija javnog sektora koji podležu obavezi izrade plana integriteta veoma je širok (oko 4500 institucija). Kako se planovi integriteta uvode u pravni sistem po prvi put, bez predviđene sankcije za nepoštovanje ove obaveze, ne iznenađuje činjenica da manje od polovine institucija nije ispunilo svoju zakonsku obavezu u predviđenom roku. Posebno, međutim, zabrinjava činjenica da u sistemu javnih preduzeća i sektora zdravstva, u kojima je percepcija korupcije prilično visoka, čak 70 posto institucija nije izradilo svoje planove integriteta. Jedan od načina prevazilaženja ovog problema moglo bi biti uvođenje prekršajnih sankcija za rukovodioce institucija za nepoštovanje obaveze izrade plana integriteta.

Preliminarni rezultati sadržine planova integriteta, koji pokazuju koja su područja institucije javnog sektora Srbije označile kao najrizičnije za korupciju, otvaraju, takođe, posebne dileme. Pitanje koje se postavlja je zbog čega su gotovo sve institucije sistema identifikovale oblasti kao što su na pr. javne nabavke i finansijsko upravljanje kao nisko rizična područja? Podatak da se u Republici Srbiji svake godine oko tri milijarde evra potroši na javne nabavke<sup>64</sup> govori da u ovoj oblasti postoji ogromna opasnost od koruptivnih radnji u vidu favorizovanja određenih ponuđača i diskriminacije ostalih, a na štetu javnog interesa. Finansijsko upravljanje predstavlja još širu oblast podložnu korupciji. Kako je onda moguće da većina institucija označi ove oblasti kao niskorizične? Nadalje, planovi integriteta pokazali su da institucije nisu identifikovale specifične rizike za korupciju koji su vezani za njihove specifične nadležnosti, iako su takvi rizici prepoznati u različitim izveštajima i u svakodnevnoj praksi pri pružanju usluga građanima. Tipični primeri ovakvih oblasti su, na primer, vanstandardne usluge u zdravstvu, građevinskog-urbanistički poslovi, inspekcijski poslovi u lokalnim samoupravama i sl.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> Zvaničan podatak Uprave za javne nabavke. Navedeno prema: S. Varinac, “Korupcijska mapa javnih nabavki u Republici Srbiji”, Beograd, 2012, str. 4.

<sup>65</sup> Agencija za borbu protiv korupcije, “Izveštaj o radu Agencije za borbu protiv korupcije za 2013. godinu” Beograd, 31.3.2014, str. 65.

Razlozi za, čini se, odsustvo pune objektivnosti ocene rizika za korupciju su dvojaki. Na jedan je ukazala Agencija za borbu protiv korupcije, koja je uvidela da u praksi institucije pokazuju bojazan da procene da postoji otvoren prostor za korupciju, jer smatraju da bi na taj način priznale da se u toj instituciji radi nezakonito i da korupcija već postoji.<sup>66</sup> To je, međutim, kako Agencija pravilno primećuje, posledica neshvatanja suštinskog značaja ovog preventivnog mehanizma. Objektivna procena izloženosti institucije rizicima za nastanak korupcije nije potvrda da je institucija korumpirana, već dokaz da je institucija pravilno i nepristrasno procenila svoje sistemske nedostatke koji mogu dovesti do korupcije i da je spremna da radi na njihovom prevazilaženju.<sup>67</sup> Drugi razlog za neobjektivnost u proceni rizika može se tražiti i u postavkama same metodologije procene rizika, koja kao visoko rizična područja načelno identifikuje ona u kojima nedostaje pravna regulativa, što je, na pr. slučaj sa oblašću ličnog integriteta, koja je u većini institucija visoko pozicionirana na listi koruptivnih rizika. Ova oblast uključuje institute kao što su: zaštita lica koja ukazuju na korupciju, davanje i primanje poklona, sukob interesa i sl, koja su samo jednjim manjim delom regulisane Zakonom o Agenciji za borbu protiv korupcije, a većim delom treba da budu regulisane u okviru samih institucija javne uprave.

Poseban problem u izradi i praćenju sprovođenja planova integriteta predstavlja činjenica da Agencija za borbu protiv korupcije nema dovoljno kapaciteta da pruži odgovarajuću podršku svim institucijama javnog sektora (kojih ima oko 4.500) u ovoj oblasti. Iako je Agencija uložila ogromne napore da izgradi osnovne kapacitete institucija u ovoj oblasti u vidu obuka i kontinuirane tehničke pomoći, to nije dovoljno za izradu kvalitetnih planova integriteta, koji će biti zasnovani na objektivnoj oceni rizika. Postavlja se i pitanje da li bi situacija bila bolja da je Zakonom bilo predviđeno fazno uvođenje planova integriteta u pojedinim vrstama institucija javnog sektora, kako bi i Agencija i institucije imale više vremena da se posvete ovoj aktivnosti.

Čini se takođe da je ključni element za uspešnost sprovođenja ovog novog instrumenta prevencije korupcije u praksi, kao što su politička podrška, a zatim i podrška javnosti i civilnog društva, u velikoj meri izostao. O tome govori podatak da je veliki broj institucija iz rizičnih oblasti javnog sektora za korupciju (zdravstvo, javna preduzeća) sasvim ignorisao obavezu izrade planova integriteta, a da za to nije dobio nikakvu opomenu od strane Vlade, pa čak ni stranaka u opoziciji i medija. To se može objasniti činjenicom da planovi integriteta nisu poznati široj

<sup>66</sup> *Ibid.* str. 63-65.

<sup>67</sup> *Ibid.*

javnosti i da je neophodno širenje svesti o njihovoj ulozi u jačanju celokupnog nacionalnog sistema integriteta.

Nadalje, imajući u vidu da u mnogim evropskim zemljama upravljanje integritetom čini sastavni deo sistema interne finansijske kontrole, koja je takođe zasnovana na proceni rizika organizacije u ostvarenju svojih ciljeva, čini se da je izostalo povezivanje planova integriteta sa sistemom interne finansijske kontrole, za čije sprovođenje je nadležno Ministarstvo finansija. To međutim, verovatno ne treba da čudi, imajući u vidu da je svest institucija javnog sektora o potrebi uspostavljanja sistema interne finansijske kontrole još uvek na niskom nivou i da ni u ovoj oblasti ne postoje sankcije za njeno neuspostavljanje.<sup>68</sup> Pošto sistem interne finansijske kontrole predstavlja širi okvir upravljanja integritetom, važno je da se uvidi veza između ova dva sistema i učine naponi da se oni povežu, kako bi se ostvarila sinergija u njihovoj primeni i smanjili rizici za nezakonito i neefikasno trošenje budžetskih sredstava, odn. bilo kakva vrsta koruptivnog ponašanja.

Najzad, ako se vratimo na početno pitanje - da li je plan integriteta efikasan metod prevencije korupcije u Srbiji, čini se da je odgovor, bar za sada, ne može biti pozitivan. Naravno, još je veoma rano govoriti o efektima planova integriteta, koji su tek počeli da se sprovode i pitanje je uopšte kako bi njihova efikasnost mogla biti merena. Ono što je, međutim, nesumnjivo pozitivno je izgradnja i širenje svesti institucija i njihovih zaposlenih o potrebi jačanja svojih sistema vrednosti i stvaranju sopstvenih okvira upravljanja integritetom, u cilju sužavanja prostora za korupciju, što je samo po sebi vredan napredak.

ALEKSANDRA RABRENOVIĆ, LL.D.,  
Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

## INTEGRITY PLANS – EFFECTIVE CORRUPTION PREVENTION MECHANISMS

### Summary

Serbia is one of the first countries in the region that has introduced integrity plans, as instruments of prevention of corruption in public institutions. In order to provide a wider framework for

---

<sup>68</sup> J. Šuput, "Interna finansijska kontrola u javnom sektoru", u A. Rabrenović, J. Čeranić (ur.), *Usklađivanje prava Republike Srbije sa pravnim tekovinama EU- problemi, prioriteti, perspektive*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012, str. 247- 261.

a discussion, the paper, in its first part, analyses the concept of integrity plans and comparative legal experience in integrity management. The central part of the paper examines legal framework on integrity plans in Serbia and the process of its implementation.

The author concludes that despite the solid legal framework, only around half of all public institutions have developed integrity plans, which in many instances have not been fully objective in analysis of corruption risks. Although integrity plans have still not proved to be effective corruption prevention mechanisms, they have started the process of raising awareness of institutions to build their own integrity frameworks and system of values, which in itself is a positive and worthwhile development.

## PRAVNOSNAŽNOST U UPRAVNOM PROCESNOM PRAVU

### U V O D

Pitanje pravnosnažnosti upravnih akata oduvek je spadalo red najsloženijih i najspornijih. Ovom temom u upravnom pravu su se bavili ugledni upravni autoriteti, a referat na ovu temu je skroman pokušaj autora referata da se još jednom postavi pitanje: da li je upravna pravnosnažnost toliko složen institut koliko se čini, kao i šta je to što je toliko “usložnilo” pravnosnažnost u upravnom postupku i sporu.

Opravdavanje pravnosnažnosti je uvek nalaženo u shvatljivoj potrebi da se svakom procesu učini jednom kraj, da bi se znalo šta je presuđeno i da se o tome više neće suditi, i da bi presuda konačno mogla da proizvede svoja pravna dejstva. To je i u interesu pravnog poretka i u interesu pravne sigurnosti građana.<sup>1</sup>

Godine 1891. nemački pisac Ihering je u knjizi “Scherz und ernst in der jurisprudenzen”, pisao na duhovit i šaljiv način, da se savremeni pravници mogu se podeliti u dve klase: u one koji su o toj stvari pisali i u one koji o tome nisu pisali: “Glava mi se puši, kada se udubljujem u tu literaturu i što više o tome čitam, to mi se više meša, ako imam prosuditi neki praktičan slučaj, mogu ga samo tako savladati, da sve što sam ikada čuo ili čitao o korealnoj obligaciji, posve zaboravim.”<sup>2</sup>

---

Mr Vesna Čogurić, sudija Upravnog suda Srbije.

<sup>1</sup> Momčilo Grubač, Krivično procesno pravo, poseban deo, “Službeni glasnik”, Beograd, 2002. godine, 173. str.

<sup>2</sup> Ivo Krbek, Upravni akt, Zagreb, 1957, str. 129.

Na uporednom planu, publicističku tezu o pravnosnažnosti prvi je postavio veliki austrijski publicista Edmurd Bernatzik u knjizi “Rechtsprechung und materielle Rechtskraft” 1886. godine u Beču. On je pravnosnažnost, za početak, skromno ograničio na deklaratorne upravne akte, ali je njegov sunarodnik F. Tezner u delu “Das Rechtskraftproblem in Verwaltungsrechte”, 1910. godine, proširio delovanje pravnosnažnosti na sve upravne akte, pa i na konstitutivne, da bi na kraju Merkal u svom Sistemu opšteg upravnog prava (1927. godine) zauzeo radikalno stanovište da svaki pravni akt – uključujući i opšte normativni – ima svojstvo pravnosnažnosti. Navedena tri autora bila su prvi tvorci modela, koji je kasnije dobio mnoga usavršavanja i to se sme reći na ovom mestu, najsistematičnije u zakonima upravo u Jugoslaviji.<sup>4</sup>

Državni savet je, po shvatanju francuske teorije, jurisdikcija upravno-organizacione strukture, a upravni akt stoji pod nekom vrstom kontrolnog patronata upravnog suda i sudska odluka je ta koja svojom pravnosnažnošću pokriva upravni akt u slučaju da nije došlo do njegovog poništenja. Tako se može razumeti stav doktrine da ona ne priznaje direktno pravnosnažnost upravnog akta. Klasičan pojam presuđene stvari (*res iudicata*) rezervisan je za sudska odluka, a stabiliziranje pravnog odnosa, kao posledica delovanja upravnog akta, opisuje se evazivnim zaobilaznim formulacijama, kao što su: snaga legalne istine (Jeze), ili odlučena stvar (Vadel), ili nedirljivost individualnih učinaka akta i sl.

Šta je bitno u opštem pojmu pravnosnažnosti? Po sredi je procesno pravilo da se u redovnom postupku ne može više staviti u pitanje neki konkretan predmet, koji je konačno rešen, odnosno da se u istom predmetu, rešenom od nadležnog organa, ne može voditi novi postupak – ne bis in idem.<sup>5</sup>

Po mišljenju prof. Krbeka, izvorno se pojam pravnosnažnosti razvio u parničnom postupku, dok je upravni postupak na sličan način preuzeo institut pravnosnažnosti iz parničnog postupka, kao što je to uradio i kod nekih drugih pravila procesa, uz potrebne manje ili veće adaptacije. Ali to se očigledno nije moglo tako učiniti, da se mehanički i u celosti institut pravnosnažnosti presude u građanskim stvarima prenese i na druge akte. Preneti se može samo izvesna određena osnovna koncepcija pravnosnažnosti, koja se može jednako provoditi kod svih akata, dok pravnosnažnost u parničnim i drugim sudskim stvarima, a pogotovo

<sup>3</sup> Rechtskraft - pravnosnažnost

<sup>4</sup> Velimir Ivančević, “Institucije upravnog prava”, knjiga 1, Osnovna pitanja – izvori – pravni akti uprave, Zagreb, 1983.

<sup>5</sup> Ivo Krbek, Upravni akt, Zagreb, 1957. god.

kod upravnih akata, mora imati i svoje posebnosti.<sup>6</sup> Koren, odnosno početna ideja je ista, ali da su različito razvijene, sa bitno drugačijim domašajem i značajem.<sup>7</sup>

Jedna je situacija u parničnom postupku – koji se može pokrenuti samo po zahtevu stranke u kome istupaju dve oprečne stranke (tužilac i tuženi) s protivnim interesima, gde se redovno vodi spor o dispozitivnom pravu i gde spor okončava presudom o nekom građanskom odnosu; druga u krivičnom postupku – gde pravnosnažnost vodi naročito brigu o osuđenom i mogućnosti repariranja nepravedno osuđenog; treća u upravnom postupku – koji se po pravilu pokreće po službenoj dužnosti, a i tamo gde se pokreće po predlogu stranke, ne radi se ni o kakvom dispozitivnom pravu stranke, već o imperativnom (kogentnom pravu) i o jačem ili slabijem javnom interesu, na koji mora voditelj postupka paziti po službenoj dužnosti, a spor se vrlo retko vodi između dve suprotne stranke, koje bi poput stranaka u parničnom postupku, stajale u direktnom odnosu, te spor okončava utvrđenjem ili kreiranjem administrativno-pravnog odnosa; četvrta je situacija u različitim vanparničnim postupcima, jer nema nekog jedinstvenog vanparničnog postupka, od kojih su neki srodniji upravnom nego parničnom postupku.<sup>8</sup>

Efekat pravnosnažnosti je drugačiji prema napred navedenim faktorima u ovim raznim postupcima. U redovnom parničnom postupku je najvažnije konzumiranje tužbenog zahteva ili tačnije, da stranke ne mogu iznova pokretati isti spor, a u upravnom postupku da sam organ ne može više opozvati akt (iznova rešavati stvar). Kod upravnog akta, protivno slučaju civilne presude, stranci kojoj je aktom utvrđeno (kreirano neko pravo), ne preti opasnost toliko od druge stranke, koliko od organa koji je doneo akt, dok je kod civilnog procesa, sa gledišta pravnosnažnosti, najvažnije sprečiti ponavljanje procesa po istom predmetu, što se može dogoditi samo na zahtev protivne stranke, kod upravnog akta je najvažnije sprečiti, odnosno ograničiti opozivanje akta od organa koji ga je doneo.<sup>9</sup>

Vratimo se upravnoj pravnosnažnosti. Upravno procesno pravo je specifično, jer ima dve vrste pravnosnažnosti. Jedna se odnosi na pravnosnažnost upravnog akta, a druga na pravnosnažnost upravno sudske presude. Kako se upravna stvar rešava u dve redovne deonice, u upravnom postupku i upravnom sporu, rezultat upravnog postupka, koji je uglavnom dvostepen, je upravni akt, koji može biti prvostepen i drugostepen, dok je rezultat sprovedenog upravno sudskog postupka – sudska presuda. Svaki od navedenih upravnih akata ima zakonom obezbeđenu pravnosnažnost.

---

<sup>6</sup> Ivo Krbek, *Upravni akt*, Zagreb, 1957. god.

<sup>7</sup> Zoran. R. Tomić, *Načelo pravnosnažnosti u Jugoslovenskom opštem upravnom postupku*, pravna priroda pravnosnažnosti, 1996. godine, Beograd, str. 361.

<sup>8</sup> Ivo Krbek, *Upravni akt*, Zagreb, 1957, str. 90.

<sup>9</sup> Ivo Krbek, *Upravni akt*, Zagreb, 1957, str. 90.

*Upravni postupak*

Načelo pravosnažnosti, definisano je u članu 13. važećeg ZUP-a, tako što je propisano da se rešenje, protiv koga se ne može izjaviti žalba, niti pokrenuti upravni spor (pravosnažno rešenje), a kojim je stranka stekla određena prava, odnosno kojim su stranci određene neke obaveze, može poništiti, ukinuti ili izmeniti, samo u slučajevima koji su predviđeni zakonom. Tako je sistem ZUP-a u stvari izgrađen na pomirenju i ravnoteži dva suprotna principa: principa zaštite javnog interesa i principa zaštite stečenih prava pojedinaca.

Stari jugoslovenski ZUP Kraljevine Jugoslavije iz 1930. godine, upotrebljava termin "pravosnažna odluka" u paragrafu 133-134, kao i izraz "odluka protiv koje nema pravnog leka" u paragrafima 128. i 135., ali nije propisivao "načelo upravne pravosnažnosti".

Pravosnažnost je izdignuta u rang načela 1956. godine i to članom 12. ZUP-a.<sup>10</sup> Gotovo identična situacija je ostala i u ZUP-u iz 1997. godine, kojim je "načelo pravosnažnosti" propisano članom 13, koji je i danas na snazi. Uvidom u Predlog novog ZUP-a iz 2014. godine, uočeno je da je članom 14, predviđeno "načelo pravosnažnosti" upravnog akta. Dakle, u srpskom upravnom postupku pravosnažnost zadržava svoju visoku poziciju izdignutu u zakonom propisano načelo, i dalje kao jedan od vodećih postulata ZUP-a.<sup>11</sup>

Dakle, srpski zakonodavac zadržava i u Predlogu novog ZUP-a navedeno zakonsko određenje člana 13. važećeg ZUP-a, odnosno pravosnažnost upravnog akta, koji je u bespogovornoj primeni od strane upravnih organa, suda i stanaka, čini se bez ikakvih nedoumica oko same suštine ovog instituta, koji postane procesno obeležje svakog upravnog akta, bilo protekom vremena bilo procesnim radnjama.

Međutim, da li je tako bilo u prošlosti i da li je tako stvarno?

Prof. Krbek je jednu od svojih rasprava na temu pravosnažnosti započeo pitanjem: da li je upravnom aktu potrebna pravomoćnost ili nije? Dalje kaže: "Činjenica je da je problem pravomoćnosti jedna od najspornijih tema u čitavoj teoriji o upravnom aktu. Najvažnije je što taj institut u velikoj meri zavisi od zakonskog normiranja, a u mnogim zemljama i od stava koji je zauzimala, odnosno zauzima sudska praksa, pogotovo u upravnim sporovima, a s druge strane što teoretičari, stojeći delimično pod utiskom sudske prakse, često ne nalaze jedinstven metodološki pristup i teško se oslobađaju uticaja rezonovanja, koje vredi za

<sup>10</sup> "Koliko je meni poznato, takvo izrično zakonsko normiranje načela pravosnažnosti rešenja, donetog u upravnom postupku, javlja se u istoriji upravnog prava prvi put u našem ZUP-u" - Ivo Krbek, IX, str. XXXIII.-a.

<sup>11</sup> Međutim, ukoliko analiziramo samu poziciju koju zauzima načelo pravosnažnosti u ZUP-u, uočava se da načelo pravosnažnosti nije visokokotirano među načelima, što može govoriti i o samom značaju koji mu zakonodavac pridaje.



pravnosnažnost sudskih odluka.”<sup>12</sup> Smatra da je sadržaj pravnosnažnosti upravnog akta njegova neopozivost. Ovaj autor, takođe, razlikuje formalnu i materijalnu pravnosnažnost, objektivnu i subjektivnu.

Po navedenom autoru, opozivanje akta je glavna srž problematike pravnosnažnosti upravnog akta. Konzumiranje zahteva stranaka u postupku postojala je već davno na području uprave, ali da bi se moglo govoriti o pravnosnažnosti upravnog akta, trebalo je baš organu koji donosi taj akt, oduzeti slobodno opozivanje. Objektivna pravnosnažnost brani uopšte organu da ponovo rešava isti predmet, dok subjektivna pravnosnažnost brani samo tako diranje u raniji akt, kojim bi se povredila tim aktom utvrđena povoljna pravna situacija stranke. Upravni akt kojim se odbija neki zahtev, odnosno uskraćuje ovlašćenje (tzv. negativni akt) ne stvara po pravilu nikakvo pravo i zato subjektivna pravnosnažnost ne brani da organ ponovo pretrese takav zahtev i podeli ovlašćenje koje je ranije uskratio.

Provesti dosledno objektivnu pravnosnažnost upravnih akata, značilo bi apsolutno zabraniti strankama da traže pored istog činjeničnog stanja, da im se dodeli ovlašćenje, koje im je i ranije uskraćivano, ili braniti organu da donese novi upravni akt, koji, a da ne oštećuje pravne interese stranke, bolje rešava neko pitanje ili čak ispravlja protivpravnost ranijeg akta, koju je pokrila njegova pravnosnažnost. Pravnosnažnost, koja treba da bude blagodet strankama, postala bi im nepodnošljiv teret.

Formalna pravnosnažnost znači da stranke ne mogu više akt pobijati redovnim pravnim sredstvima, a materijalna pravnosnažnost znači da je neko pitanje konačno rešeno, da je akt načelno neizmenljiv i da ga naročito ne može više menjati (opozivati) organ nadležan za njegovo donošenje.<sup>13</sup>

Profesor Z. Tomić je, na njemu svojstven način, naveo da biće upravnih stvari poglavito odlikuje talasanje i prilagodljivost. U njih je upadljivo utkan javni interes, važniji i širi – stoga i jači u smislu neophodnosti ostvarenja – od onog privatnog. U ne retkoj konkurenciji sa tzv. subjektivnim javnim pravima, javni interes ima primat, čak i punu legitimnost, ukoliko mu je okosnica demokratska. Sve u svemu, upravnoj matrici je svojstvena dinamičnost, zakonski predviđena elastičnost i razvojnost, a ne postulat čvrstine i stalnosti.<sup>14</sup> Pravna je realnost da pravnosnažnim upravnim aktom predmetni pravni odnos nije po pravilu za svagda zasađen, kao i da za svaki upravni akt, od trenutka njegovog puštanja u pravni svet, vredi pretpostavka zakonitosti, što je i pravni osnov poštovanja sadržine

---

<sup>12</sup> Velimir Ivančević, “Institucije upravnog prava”, knjiga 1, Osnovna pitanja – izvori – pravni akti uprave, Zagreb, 1983. god.

<sup>13</sup> I. Krbek, Upravni akt, Zagreb, 1957, str. 105

<sup>14</sup> R. Tomić, Načelo pravnosnažnosti u Jugoslovenskom opštem upravnom postupku, pravna priroda pravnosnažnosti, 1996. godine, Beograd, str. 363.

u njemu inkorporisane norme, a naknadno vremenom postignuta relativna nepobojnost upravnog akta, nema ni približno težinu nekakve definitivno presuđene pravne stvari pokrivena odnosnom odlukom.<sup>15</sup>

Zaključuje da je upravna pravnosnažnost procesni institut, kratkog i omeđenog domašaja- preovlađujuće okrenut ka spoljnoj neosporivosti upravnog akta, a ne ka održivosti i nesmetanju njegove pravne sadržine, kao i da presude iz upravnih sporova, pomažu sticanju pravnosnažnosti upravnih akata, odnosno onemogućavaju da nezakoniti upravni akt zadobije istu odrednicu.<sup>16</sup> Konačno, da je načelo pravnosnažnosti je jedno "tanko" i površinsko načelo, pravno opterećeno brojnim i zamašnim odstupanjima.

U naučnoj i stručnoj literaturi, takođe, postoje mišljenja da negativni upravni akti uopšte i nemaju sposobnost da postanu pravnosnažni,<sup>17</sup> kao i da pozitivno pravni tekstovi, na temu pravnosnažnosti, izbegavaju i danas upotrebu termina "pravnosnažnost" u vezi sa upravnim aktom. I u onim retkim slučajevima kada se taj izraz pojavljuje u pojedinim zakonskim odredbama, onda se on upotrebljava samo u smislu tzv. "formalne pravnosnažnosti".

#### PRAVOSNAŽNOST U UPRAVNOM SPORU

Pravnosnažnost se dugo u teoriji smatrala osobinom sudskog akta, za koju je sasvim nepodesan upravni akt, kao što i danas vredi za francuski autoritet presuđene stvari. Međutim, u starijoj nemačkoj teoriji bila je sporna i pravnosnažnost odluka u upravnim sporovima (upravno-sudskih odluka), gde se najviše poricala upravo ta pravnosnažnost, jer se ona smatrala strogo civilno procesnim institutom, koji se ne sme prenositi i na odluke po upravnim sporovima. Posle 26. nemačkog kongresa pravnika, održanog 1902. godine, u nemačkoj literaturi je potpuno preovladalo stanovište, da su rečene odluke sposobne za materijalnu pravnosnažnost.

Nemački pisci, kao što su Otto Mayer, Flejner, V. Jellinek, Giese, priznaju pravnosnažnost bez rezerve odlukama u upravnim sporovima. Ali, priznanje pravnosnažnosti odluka po upravnim sporovima ne može ostati bez uticaja na teoriju o pravnosnažnosti upravnih akata. Ista stvar, kada se rešava jednim putem, može postati pravnosnažna, a kada se rešava drugim putem, ostaje bez pravnosnažnosti. Kako sada razložno braniti, da upravni akt, s obzirom na svoj sadržaj (jer je tu angažovan javni interes, koji ne može prekludirati pravnosnažnošću), ne

---

<sup>15</sup> Isto, str. 367.

<sup>16</sup> R. Tomić, Načelo pravnosnažnosti u Jugoslovenskom opštem upravnom postupku, pravna priroda pravnosnažnosti, 1996. godine, Beograd, str. 364.

<sup>17</sup> D. Milkov, S.Lilić.

može posati pravnosnažan, kada taj isti sadržaj u odluci u upravnom sporu dobija pravnosnažnost.

Srpski Državni savet je priznavao sudsku pravnosnažnost, ali nije priznavao materijalnu pravnosnažnost. Taj stav je najjasnije bio izražen u obrazloženju Odluke Opšte sednice br. 11536/34 od 24. i 25.04.1934. godine, a u obrazloženju te odluke stoji: "Upravna vlast, u načelu, nije vezana i može svoje odluke, iako su za pojedinca postale neoborive, pravnosnažne, na njegovu korist u svako vreme izmeniti ili ukinuti, naročito ako nađe da su pogrešne. U sudskom postupku, vezanost suda za svoju vlastitu odluku, koju vezanost nazivamo materijalnom pravnom snagom, dolazi otuda što dobijaju stranke koje su u sporu sudskom presudom određenje njihovih prava. Svako poništavanje, odnosno preinačenje jedne pravnosnažne presude u korist jedne stranke, znači istovremenu povredu prava druge. Tu leži izvor vezanosti suda. Stoga, kod Odluke o nespornim delima, ova vezanost ne postoji i sud može svoje pravnosnažne odluke izmeniti. U upravnom postupku, odluke upravnih vlasti kojima se određuje pravni odnosi između dve ili više stranaka, nalik na sudske sporove, retke su. Kod većine upravnih akata imamo pred sobom samo pojedinca, stranku na jednoj i upravnu vlast na drugoj strani. Stoga, novija teorija ne govori o "materijalnoj snazi takvih odluka", već o "uslovima njihove stabilnosti i nepromenljivosti". U takvim jednostranim odnosima nema nekog subjektivnog prava na drugoj strani, koje bi bilo smetnja preinačenju odluke u korist pogođenog lica, kao što je to slučaj kod sudske presude. Stoga važi načelo da se te odluke mogu na korist pojedinca preinačavati. Ovo načelo proizlazi iz bitnosti jednostranog pravnog odnosa, pa stoga ne postoji potreba za njegovu kodifikaciju." (Zbirka IV, str. 76-77).<sup>18</sup>

Prof. Radomir Lukić je smatrao, vezano za sudsku pravnosnažnost, da bi ljudi znali kako da se ponašaju, u odnosu na norme koje sadrže pravni akt, pravni poredak predviđa pod kojim se uslovima i dokle može postavljati pitanje njihove zakonitosti. Mogućnost pokretanja postupka oko utvrđivanja da li je akt zakonit ili nezakonit, mora biti jednom konačno otklonjena.

"Akt koji nije moguće više poništiti ili menjati zbog njegove nezakonitosti, naziva se pravnosnažnim, a to njegovo svojstvo naziva se pravnosnažnost".<sup>19</sup>

Dalje, prof. R. Lukić navodi da je kod formalne pravnosnažnosti jasno da postoji određen rok do koga se može postavljati pitanje ocene zakonitosti akta, tj. rok za nastupanje ovakve pravnosnažnosti. Materijalna pravnosnažnost upravo jeste to svojstvo akta da ga više niko ne može pobijati zbog nezakonitosti, pa ni onaj koji ga je doneo. Kao što se vidi, prof. Lukić u razmatranju problema pravnosnažnosti polazi od jednog neuobičajenog shvatanja o sadržini pojma formalne i materijalne pravnosnažnosti.

---

<sup>18</sup> Pavle Dimitrijević, *Pravnosnažnost upravnih akata*, Beograd, 1962, str. 155.

<sup>19</sup> R. Lukić "Teorija države i prava", knjiga II, *Teorija prava*, Beograd, 1954, str. 143-147.

U svakom slučaju, shvatanje prof. Lukića predstavlja dragocen doprinos rešenju problema materijalne pravnosnažnosti upravnih akata. Ako izuzmemo radove prof. Tasića i prof. Stepanovića, profesor Lukić je jedan od retkih autora u našoj pravnoj nauci koji je jasno uočio da razlikovanje pojma sudskog i upravnog akta u materijalnom smislu, mora dovesti i do različitog tretiranja pravnog režima jednog i drugog akta, a što se izražava u prvom redu u načinu rešavanja problema njihove promenljivosti.

Prof. Pavle Dimitrijević, je u svom delu veoma radikalno izneo stav da je u našoj nauci vladala dogma o materijalnoj pravnosnažnosti upravnih akata, izgrađena na nepravilnom shvatanju i na pogrešnom tumačenju odredaba starog ZUP-a (1931. g.) i nekritičkom izjednačavanju sistema usvojenog tim zakonom sa sistemom austrijskog Zakona o opštem upravnom postupku. Smatra da se potpuna i realna predstava o tom pojmu može se steći tek proučavanjem njegovih dejstava. Dejstva pravnosnažnosti su u tesnoj vezi sa ciljem, koji se pridaje tom institutu. Poznato je da i u odnosu na problem cilja pravnosnažnosti, ne postoje jedinstvena shvatanja.

Prema jednom shvatanju, pravnosnažnost služi interesima pojedinaca. Ona ga štiti od toga da ne bude lišen jednog zagarantovanog pravnog položaja, jedne pravne situacije, odnosno da ga obezbedi od nagomilavanja novih dužnosti kojima je opterećen na osnovu oneroznih pravnih akata. Prema suprotnom shvatanju, pravnosnažnost proizlazi iz zahteva procesne ekonomije. Ona ovlašćuje nadležne organe da jednu rešenu stvar smatraju kao okončanu i oslobađa ih dužnosti da se sa tom stvari ponovo iscrpno bave, ako bi neko lice izrazilo takvu želju. Racio pravnosnažnosti je pravni mir - "rechtsfrieden", koji se presudom konačno umesto spora treba da nastupi.<sup>20</sup>

Prof. Pavle Dimitrijević, smatra da upravna funkcija nema onu istu društvenu ulogu koju ima sudska. Zbog toga je upravni akt, kao izraz i instrument te funkcije, ne može biti u svemu izjednačen sa sudskim aktom. Upravna funkcija nije upravljena na onu "definitivnost" kao što je to slučaj sa sudskom funkcijom. Upravna funkcija je pozvana da zadovoljava razne društvene potrebe, kod kojih nije nužno uvek operisati putem nepromenljivosti pojedinačnih akata. Štaviše, uprava bi nailazila u izvršenju svojih zadataka, na velike teškoće ako bi se stalno sukobljavala sa aktima kojima bi se u principu priznavalo svojstvo nepromenljivosti. Uprava je pozvana da deluje u javnom interesu.

Obrnuto od navedenog, prof. Tomić, veoma slikovito, na prepoznatljiv način, izražava svoj stav da pravnosnažnosti upravno sudske odluke, pridaje jedino instrumentalnu ulogu, budući da se kroz upravni spor – kao oblik sudske kontrole uprave – samo "putuje" do pravnosnažnosti tužbom osporenog akta (ili do sud-

<sup>20</sup> Pavle Dimitrijević, Pravnosnažnost upravnih akata, Beograd, 1962, str. 252.

ske presude koja će, ustanovivši njegovu pravnu manjlivost, sprečiti da dotičnu pravnosnažnost osvoji).

Posle iscrpnog navođenja i citiranja različitih razmišljanja i stavova na temu upravne pravnosnažnosti, koja su trebala da ilustruju šaroliku sliku vezanu za suštinu upravne pravnosnažnosti, vraćamo se pozitivnom pravu i to važećem Zakonu o upravnim sporovima, u kome je članom 7., propisano da je presuda obavezujuća, kao i da se protiv presude donete u upravnom sporu ne može izjaviti žalba (pravnosnažna presuda). Nedvosmisleno proizlazi da, kao i sve pravnosnažne sudske odluke i upravno sudska odluka ima snagu zakonske istine u pogledu spornog odnosa koji je njom raspravljen.<sup>21</sup>

Međutim, da li autoritet presuđene stvari (*res iudicata*), kao glavno obeležje sudske presude, i u upravnom sporu ukazuje na njegovu definitivnost, relativnu nepromenljivost, na stabilnost situacije koja je stvorena ili utvrđena? Procesno gledano, pravnosnažnost upravnih sudskih odluka, ukazuje samo na njihovu redovnu nenapadljivost od stranaka, odnosno imaju formalnu pravnosnažnost. Pravo na podnošenje redovnih pravnih lekova protiv tih odluka biva ugašeno kao neiskorišćeno ili iscrpeno. Ovde treba napomenuti važnost momenta nastupanja pravnosnažnosti, zbog računanja rokova. Kako je upravni spor uvek jednostepen, presude donete po tužbi su odmah i pravnosnažne i izvršne.

Ujedno, sud ne sme ponovo da odlučuje o istoj stvari – osim u vanrednim, posebno propisanim slučajevima. Pravilo *ne bis in idem* povlači odbacivanje tužbe ako sud utvrdi “da već postoji pravnosnažna odluka donesena u upravnom sporu u istoj stvari”.<sup>22</sup> Član 26. stav 1. tačka 7. ZUS.<sup>23</sup> Šta se dešava u praksi sa svojstvima donete pravnosnažne presude, kao što su: definitivnost, relativna nepromenljivost, stabilnost situacije koja je stvorena ili utvrđena?

U pokušaju pružanja odgovora na ovo pitanje opisaćemo tok upravnog sudskog postupka:

A) kada sud poništi osporeni upravni akt i tuženi organ u izvršenju te presude donese novi upravni akt u skladu sa pravnim shvatanjem i primedbama suda, stranka može i tim novim aktom da ne bude zadovoljna i da pokrene novi upravni spor. Rešavajući po novoj tužbi, kojom se osporava akt koji je donet u izvršenju prethodne presude – postavlja se pitanje: da li sud donoseći novu presudu krši pravilo *ne bis in idem*; kao i da li je ranija presuda u odnosu na novodoneću *res iudicata*, s obzirom da sud dva puta (nekada i više puta) odlučuje u suštini o istoj upravnoj stvari?

---

<sup>21</sup> Zoran R. Tomić, Komentar zakona o upravnim sporovima, Službeni glasnik, Beograd, 2010, str. 309.

<sup>22</sup> Zoran R. Tomić, Komentar zakona o upravnim sporovima, Službeni glasnik, Beograd, 2010, str. 309.

<sup>23</sup> Isto, str. 309.

Po jednom mišljenju, koje je u međuvremenu napušteno, sud jeste vezan pravnim shvatanjem na kome je zasnovana ranija presuda, jer se ona u odnosu na upravni organ pojavljuje kao već presuđena stvar, pa joj se takav značaj mora priznati i u kasnijem upravnom sporu.

Po drugom mišljenju, koje je aktuelno, sud ne može biti vezan pravnim shvatanjem na kome je zasnovao raniju presudu, već ima pravo i dužnost da i u novom sporu oceni, ne samo da li je postupljeno po ranijoj presudi, nego i da li je tuženi organ pravilno primenio zakon. U vezi navedenog, zauzet je i pravni stav na Opštoj sednici bivšeg SVS: Kada rešava u upravnom sporu koji je pokrenut protiv upravnog akta donetog u izvršenju njegove ranije presude, sud nije vezan pravnim shvatanjem na kome je bila zasnovana njegova ranija presuda.

Navedeno znači da ranija presuda nije *res iudicata* u odnosu na kasnije donetu presudu.

Trenutna praksa Upravnog suda je u skladu sa navedenim drugim mišljenjem, odnosno – sud nije vezan ranijom odlukom, što znači da možemo susresti situaciju u praksi ( u predmetu) da se povodom rešavanja i suđenja jedne iste upravne stvari, donese nekoliko upravnih akata (rešenja), kao i nekoliko presuda, a da su sva rešenja protekom vremena, ili usled radnji stranke ili organa - stekla svojstvo pravnosnažnosti. Presude su, naravno, postale pravnosnažne danom uručenja stranci, odnosno organu.

B) u sudskom postupku u kome je tužbeni zahtev stranke odbijen, stranka može odlučiti da pred organom uprave – povodom iste upravne stvari – podnese nov zahtev da se ponovo rešava ista upravna stvar. Ukoliko je stranka nezadovoljna i novim upravnim aktom, isti može osporavati tužbom u upravnom sporu. Krajnje pojednostavljeno, novodoneta presuda, povodom iste upravne stvari, o kojoj već postoji pravnosnažna presuda, biće pravnosnažna u skladu sa članom 7. ZUS-a.

## ZAKLJUČAK

Institut pravnosnažnosti je odavno preuzet iz građanskog postupka u upravni postupak, ali se stiče utisak da se pravnosnažnost nikada nije “odomaćila” u njemu. Što se više analizira i opravdava njeno postojanje u upravnom pravu – sve je jasnije da pravnosnažnost u upravnom postupku nema ono značenje koje ima u građanskom ili krivičnom postupku.

Mišljenja smo da je kod tumačenja upravne pravnosnažnosti potrebno vratiti se na sam početak i osnovne elemente upravnog odnosa, tj. one elemente koji čine upravno pravo specifičnim u odnosu na ostale procesne grane prava, a to su u prvom redu – javni interes, autoritativnost, pokretanje postupka *ex officio*, kao i sukcesivno rešavanje upravne stvari u dve deonice – upravnom postupku i upravnom sporu. Ukoliko se pođe od navedenih elemenata, u traženju mere između

zadovoljenja javnog interesa (interesa društva) i zaštite prava pojedinca (interesa i prava pojedinca), odnosno kod rešavanja upravne stvari, postaće jasno da se pravnosnažnost u upravnom pravu ne može oslanjati na maksime *ne bis in idem* i *res iudicata*.

Naposletku, pravnosnažnost je neophodna u upravnom procesnom pravu. Ona izražava interes društva koji se ispoljava u nužnosti postojanja definitivnosti i izvesnosti u upravnim odnosima, kao civilizacijska i demokratska tekovina, ali smatramo da sadržinu upravne pravnosnažnosti treba tražiti isključivo u specifičnostima upravnog odnosa, posebno kod propisivanja uslova za sticanje iste.

VESNA ČOGURIĆ, LL.M.,  
Judge, Administrative Court of Serbia

## THE VALIDITY OF THE ADMINISTRATIVE PROCEDURAL LAW

### Summary

The irrevocability clause has long been taken from civil proceedings into administrative proceedings, but it seems that irrevocability “has never felt as at home” in it. Legal nature of the administrative irrevocability is different from legal nature of criminal procedural law and civil procedural law. The irrevocability is necessary in administrative procedural law. It expresses interest of society, which is reflected in the necessity of the existence of definiteness and certainty in administrative disputes, as civilizational and democratic creation. The contents of administrative irrevocability should be sought exclusively in the specifics of administrative relations. The irrevocability in the administrative law cannot be relied on the maxims *ne bis in idem* and *res iudicata*.





TREĆA KATEDRA

**PRAVO  
NA IMOVINU**

**Opšta pitanja – Kodifikacije – Svojina  
– Ugovor i odgovornost za štetu**



VITOMIR POPOVIĆ

## KODIFIKACIJA GRAĐANSKOG PRAVA U REPUBLICI SRPSKOJ

### U V O D

Kada govorimo o kodifikaciji prava<sup>1</sup>, ovdje, prije svega mislimo na donošenje zakona i drugih izvora prava kojima se zamjenjuje do tada običajno pravo, odnosno sudska praksa, ili se stvara sasvim novo pravo koje nije postojalo ni u obliku običaja, ni u obliku prakse. Ovo bi bio tzv. širi pristup, odnosno smisao pojma kodifikacije. Za razliku od ovog šireg, kodifikaciju je moguće posmatrati i u užem smislu te riječi.

U užem smislu kodifikacija predstavlja donošenje velikih zakonika (kodeksa), kojima se obuhataju u cjelini velike oblasti ili grane prava i tako se pravo sistematizuje. Ovo je od velikog značaja, s obzirom da se veliki broj malih zakona sistematizuje u malom broju velikih zakonika, što ima, ne samo praktični, nego i veliki značaj za razvoj pravnog sistema, u opštem smislu riječi. Međutim, ovdje treba imati u vidu da ne mogu sve države izvršiti kodifikaciju svoga prava, nego samo one koji imaju najrazvijeniji i najstabilniji pravni sistem i koje su zahvaljujući ovoj stabilnosti učvrstile svoj zakonski okvir, koji nije podložan čestim izmjenama.

---

Akad. prof. dr Vitomir Popović, dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci.

<sup>1</sup> Milorad Vujaklija, Leksikon stranih riječi i izraza, Beograd 1997, str. 418. Riječ kodifikacija potiče od latinske riječi *codex* - zakonik, i *facere* - činiti, praviti, i u naravi znači pribiranje pojedinačnih zakona i njihovo sređivanje i unošenje u jedno jedinstveno, sistematsko djelo.

Drugim riječima, kodifikacije predstavljaju rezultat odgovarajuće zrelosti postojećih pravnih poredaka i zemlje koje nemaju stabilne pravne sisteme, teško mogu izvršiti kodifikaciju svoga prava i donijeti građanske zakonike koji bi se mogli održati duži vremenski period i koji bi kao takvi mogli predstavljali mnogo veći stepen pravne sigurnost.

### *Istorijski razvoj kodifikacija*

Istorijski posmatrano, kodifikacije je moguće pratiti još od starog vijeka. Jednu od najstarijih i najznačajnijih kodifikacija čini Hamurabijev zakonik, koji prema nekim pisanim izvorima datira od oko 2000 godine p.n.e. On je dobio ime po Hamurabiju, tadašnjem vavilonskom vladaru. Prema nekim izvorima, ovaj Zakonik je Hamurabi donio u poslednjoj dekadi njegove vladavine oko 1780. godine p.n.e., nakon što je proširio svoju carevinu i ojačao je, a zatim se okrenuo sređivanju zemlje po pitanju jedinstvenog zakonopravnog sistema. Ovaj Zakonik se satoji iz tri dijela. Prvi dio je posvećen ulozi Hamurabija prema svom narodu koja je određena od strane bogova, drugih koji predstavlja konkretne zakonske propise, koji po Šelovoj numeraciji čine 282 člana i, trećeg dijela, koji u naravi predstavlja završni dio i u kojme Hamurabi poziva svoje podanike na poštovanje zakona, obećavajući nagrade i božansu zaštitu onima koji ga se pridržavaju, a sa druge strane preteći teškim kletvama i kaznama onima koji zakon ne poštuju.<sup>2</sup>

Druga po značaju kodifikacija je kodifikacija rimskog prava nastala u VI vijeku naše ere, koju je izvršio Justinijan, tadašnji vizantijski car. On je u vremenu od 526–565 godine dao nalog komisiji pravnika da prikupi i kodifikuje cjelokupnu zaostavštinu klasičnog perioda (*Ius*) i sve propise koje su izdali principi (*Leges*). Ovaj zadatak komisije na čijem čelu se nalazio Tribunijan nije ni malo bio lak i jednostavan, jer se nije bilo lako snaći u velikom broju pravnih normi koje su na razni način stvarane vijekovima. Tu su bile odredbe Zakona XII tablica koje Rimljani nikada nisu ukinuli, zakoni iz doba Republike, pretorski edikti, senatorske odluke (*Senatus consultum*), mišljenja značajnih pravnika koja su bila obavezna za sudove, i svih imperatora od Avgusta do Justinijana. Komisija je u rekordno kratkom roku, za tri godine, obavila posao i iz ogromnog materijala sačinila jedinstven i pregledan sistem pozitivnog prava.<sup>3</sup>

Istraživači su utvrdili da je komisija pregledala 1626 knjiga (mada Justinijan hvaleći Trobinijana, veli da je ovaj pregledao 2000 knjiga) i podijelila ih u tri osnovne mase: *Libri ad Sabinum* (komentari ranijeg *ius civile*), *libri ad edictum* (komentare ranijeg *ius honorarium*) i *responsa et quaestiones*. Nakon tri godine

<sup>2</sup> Poblize o tome vidjeti: [http://bs.wikipedia.org/wiki/hamurabijev\\_zakonik](http://bs.wikipedia.org/wiki/hamurabijev_zakonik)

<sup>3</sup> Poblize o tme vidjeti; [http://sr.wikipedia.org/sr/justinijanova\\_kodifikacija](http://sr.wikipedia.org/sr/justinijanova_kodifikacija).

rada, po konstituciji Tanta od 16. decembra 533. godine, stupila su na snagu *Digesta ili Pandecta* – kodifikacija cjelokupnog *ius-a*.<sup>4</sup>

Iako *Corpus iuris civilis* predstavlja kodifikaciju rimskog prava, on je zapravo mješavina više kultura: rimske, istočnjačke, helenističke, kojima treba pridodati i hrišćanski uticaj, jednom riječi – svega onoga što će uticati na stvaranje vizantijske civilizacije.<sup>5</sup>

Justinijanove kodifikacije će biti od velikog značaja za razvoj prava i pravnih sistema u mnogim evropskim zemljama sve do novijeg doba.

U feudalnoj epohi su uglavnom provođene kodifikacije običajnog prava i samo u manjem broju slučajeva je to obuhvatalo pojedine grane prava. Ovo iz razloga što u ovoj epohi razvoja ljudske civilizacije nije bilo moguće uspostaviti stabilnije pravne poretke koji bi važili na većim teritorijama i u dužem vremenskom kontinuitetu. Značajniji razvoj kodifikacija dolazi do izražaja tokom XVII i XVI-II vijeka, kao vremena većeg stepena razvoja građanskog društva i stvaranja velikih nacionalnih država i tržišta, koji će nametnuti potrebu za stvaranjem jačih i stabilnijih pravnih sistema, prije svega u formi donošenja zakonika za određene oblasti prava.

U najznačajnije zakonike ovog perioda spadaju Napoleonov Građanski zakonik (*Code civil*) iz 1804. godine, zatim Austrijski Građanski zakonik iz 1811. godine, zatim Njemački Građanski zakonik iz 1900. godine. Nakon toga uslijediće čitav niz drugih zakonika u raznim oblastima prava.

Donošenje velikog broja zakonika u Evropi je imalo uticaja i na bivše jugoslovenske prostore na kojima se javio veći broj kodifikacija. Ovdje svakako mislimo na Zakonik cara Dušana kao najznačajniju feudalnu kodifikaciju donijet u Skoplju 1349. godine. Nakon toga, 1844. godine slijedi donošenje Srpskog Građanskog zakonika. Ovaj Zakonik je predstavljao skraćenu i prerađenu verziju Austrijskog Građanskog zakonika iz 1811. godine. On je predstavljao kodifikaciju građanskog prava koje se formalno primjenjivalo na području današnje uže Srbije, a kasnije i Makedonije od 1844-1946. godine. Sastavio ga je Jovan Hadžić po nalogu knjaza Milana Obrenovića. Nakon Berlinskog kongresa njegova primjena se proširila na tadašnja otomanska područja jugoistočne Srbije, a nakon Balkanskih ratova na Makedoniju i Kosovo. Nakon što je stvorena Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca, 1918. godine, ovaj Zakonik je ostao na snazi na tim područjima, dok su se na ostatku novostvorene države primjenjivali raniji građansko-pravni propisi, odnosno Austrijski Opšti Građanski zakonik i Crnogorski Opšti imovinski zakonik, kao i Mađarsko precedentno pravo. Prestao je da važi na osnovu Za-

---

<sup>4</sup> Poblize o tome vidjeti; dr Srđan Šarkić, dr Dragoljub Popović, Veliki pravni sistemi kodifikacije, Beograd 2005., str. 49.

<sup>5</sup> *Ibid*, 53.

kona o nevažnosti pravnih propisa donijetih prije 6. aprila 1941. godine, koji je donijela tadašnja Skupština FNRJ, a donošenjem čitavog niza zakona iz oblasti nasljednog prava, obligacionog prava itd. Ovaj Zakonik je u potpunosti nestao iz pravnog života i služio je samo kao dopunski izvor prava.

Na prostorima današnje BiH, odnosno Republike Srpske primjenjivao se Austrijski Opšti Građanski zakonik.

### *Kodifikacija prava Republike Srpske i Bosne i Hercegovine*

Kao što smo to i u prethodnom dijelu ovog rada napomenuli jedini građanski zakonik koji je primjenjivao na prostorima današnje Republike Srpske i Bosne i Hercegovine je bio Austrijski Opšti Građanski zakonik iz 1811. godine koji je u vrijeme Austro-ugarske monarhije imao karakter pomoćnog izvora prava. On je imao veliki uticaj na kasniji razvoj prava u zemljama u kojima je u prvi mah bio proglašen. Taj uticaj se najviše osjetio u srednjoj Evropi, a posebno u zemljama Habzburške monarhije. Premda je bio donijet za njemačke nasljedne zemlje Habzburga, zakonik je od 1852. godine važio i u Hrvatskoj koja je bila zemlja ugarske krune. Primjenjivan je isto tako u Vojnoj Krajini, a i u Bosni i Hercegovini.<sup>6</sup>

U vremenu od Prvog, zatim Drugog svjetskog rata, pa sve do disolucije bivše SFRJ nisu zabilježene, niti postojale značajnije kodifikacije u oblasti građanskog prava.

Današnji pravni sistem Bosne i Hercegovine, odnosno Republike Srpske proističe iz njene složene strukture uspostavljenim Opštim okvirnim sporazumom za mir u Bosni i Hercegovini, poznatiji kao Dejtonski mirovni sporazum.<sup>7</sup>

Prema ovom Sporazumu Republika Srpska predstavlja jedan od dva ravnopravna entiteta u BiH i njene nadležnosti treba posmatrati kako u odnosu na ustav BiH, kao Aneks 4 Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini od 14. decembra 1995. godine, tako i u odnosu na Ustav Republike Srpske.

Bosna i Hercegovina je složena državna zajednica i spada u red takozvanih država "sui generis" (posebne vrste). U Bosni i Hercegovini danas postoji 13 Ustava i Statut Brčko Distrikta koji de iure nije Ustav ali de facto to jeste. Upravo u tom kontekstu treba posmatrati i zakonodavnu vlast u Bosni i Hercegovini, odnosno Republici Srpskoj. Naime, zakonodavna vlast se na nivou Bosne i Hercegovine ostvaruje putem Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, u Republici Srpskoj zakonodavnu vlast vrši Narodna skupština, u Federaciji Bosne i Hercegovine zakonodavnu vlast vrši Skupština Federacije Bosne i Hercegovine i 10 kanto-

---

<sup>6</sup> *Ibid*, 136-137.

<sup>7</sup> Dejtonski mirovni sporazum je stupio na snagu 14. decembra 1995. godine.

nalnih Skupština, a u Brčko Distriktu Skupština Brčko Distrikta, zavisno od toga kako i na koji način je izvršena podjela nadležnosti između zajedničkih institucija u Bosni i Hercegovini, sa jedne strane i entiteta, odnosno Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine, sa druge strane.

Tako npr. prema članu 3. tačke 1. Ustava BiH u nadležnost ustanova u Bosni i Hercegovini spadaju: a) spoljna politika; b) spoljnotrgovinska politika; c) carinska politika; d) monetarna politika; e) finansiranje ustanova i međunarodnih obaveza BiH; f) politika i propisi za useljavanje, izbjeglice i azil; g) sprovođenje krivičnih zakona na međunarodnom planu i između entiteta, uključujući odnose sa Interpolom; h) uvođenje i rad sredstava za međusobne i međunarodne komunikacije; i) regulisanje saobraćaja između entiteta; j) kontrola vazdušnog saobraćaja.

Sve ostale državne funkcije i ovlaštenja koja ovim Ustavom nisu izričito dodijeljena institucijama Bosne i Hercegovine pripadaju entitetima.

Dakle, u kontekstu složenosti unutrašnje strukture BiH treba posmatrati njen pravni sistem, kao i razvoj prava u opštem smislu riječi. Na nivou današnje BiH postoji nekoliko oblika i vrsta ovih zakonodavstava koja prate njenu unutrašnju strukturu. Ovdje prije svega mislimo na postojanje određenog broja propisa na nivou BiH kojom se reguliše pravni položaj i status njenih zajedničkih institucija, zatim, postojanje pretežnog broja zakona i drugih propisa na nivou Entiteta, tj. Republike Srpske i Federacije BiH, te Brčko distrikta kao posebne jedinice lokalne samouprave. Tu treba imati u vidu i postojanje kantonalnog zakonodavstva u okviru Federacije Bosne i Hercegovine, kao i čitav niz drugih propisa međunarodnog karaktera preuzetih kroz Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju.<sup>8</sup>

Naime, na osnovu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju preuzeta je obaveza usklađivanja zakonodavstva, koje proističe iz ovako složene ustavne strukture Bosne i Hercegovine sa Pravom evropske unije.

Harmonizacija postojećeg zakonodavstva odvijala se i odvija na dva načina:

1) u cilju stvaranja određenih uslova i pretpostavki za omogućavanje potpune slobode kretanja lica, roba, usluga i kapitala na cijeloj teritoriji BiH, u skladu sa Ustavom BiH, s jedne strane, i

2) istovremenim usaglašavanjem ovog zakonodavstva sa pravom Evropske unije u cilju stvaranja uslova za ulazak na ovo tržište.

Rukovodeći se navedenim razlozima donesen je veliki broj okvirnih zakona na nivou BiH, ili su entitetski zakoni učinjeni međusobno maksimalno kompatibilnim. Ova usaglašavanja i prilagođavanja su vršena kako u sferi materijalnog, tako i sferi procesnog zakonodavstva.

---

<sup>8</sup> Bosna i Hercegovina je potpisnik Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju sa zemljama EU od 16. juna 2008. godine.

Dakle, harmonizacija Zakona između Republike Srpske i BiH sa jedne strane, i Evropske unije sa druge strane, je i formalno-pravno započela u skoro svim oblastima i pre potpisivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, tj. 16.06.2008. godine.

Prilikom harmonizacije materijalnog prava, odnosno zakonodavstva naročito se imalo u vidu postojanje velikog broja međunarodnih konvencija koje su prihvaćene i primjenjuju u Evropskoj uniji, kao i velikom broju direktiva i smjernica za pojedine oblasti. Što se pak, procesnog zakonodavstva tiče, ono je prvenstveno usaglašavano sa članom 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, odnosno sa intencijom na efikasniji pravosudni sistem, koji će poštovanjem odredbi člana 6 Evropske konvencije dovesti do bržeg ostvarivanja sudske zaštite.

Drugim riječima, BiH karakteriše usitnjenost propisa i zakonodavstava i relativno visok stepen političke i svake druge nestabilnosti. Ovo potvrđuje tezu da je na nivou BiH nemoguće provesti određene kodifikacije prava i donijeti određene zakonike. Ovdje naročito treba imati u vidu činjenicu da se najveći broj zakonodavstava kojima se reguliše oblast građansko-pravnih odnosa nalazi u nadležnosti Entiteta, odnosno Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine. To su prije svega, obligaciono-pravno, stvarno-pravno, porodično-pravno, nasljedno-pravno, kao i drugi oblici građanskog zakonodavstva.

Republika Srpska je, u tom kontekstu donijela Zakon o obligacionim odnosima<sup>9</sup>, Zakon o stvarnim pravima<sup>10</sup>, Porodični zakon<sup>11</sup>, Zakon o privrednim društvima<sup>12</sup>, Zakon o parničnom postupku<sup>13</sup>, Zakon o izvršnom postupku<sup>14</sup>, itd.

Ovo zakonodavstvo je usaglašeno sa čitavim nizom direktiva i drugih izvora Prava evropske unije.

Drugim riječima, Republika Srpska ima sve perspektive i pretpostavke da kao i Republika Srbija pristupi izradi, odnosno donošenju jednog Opšteg građanskog zakonika ili npr. Zakonika za pojedine oblasti građanskog prava, kao npr. Zakonika o obligacionim odnosima.

Prve ideje za donošenje jednog Opšteg Građanskog zakonika Republike Srpske, odnosno Zakonika o obligacijama Republike Srpske su se javile u vrije-

---

<sup>9</sup> "Službeni glasnik Republike Srpske", broj: 17/93, 3/96, 74/04.

<sup>10</sup> "Službeni glasnik Republike Srpske", broj: 124/2008, 58/09, 95/11.

<sup>11</sup> "Službeni glasnik Republike Srpske", broj: 54 /2002, 41/08, 63/14.

<sup>12</sup> "Službeni glasnik Republike Srpske", broj: 127 /2008, 58/09, 100/11, 67/13.

<sup>13</sup> "Službeni glasnik Republike Srpske", broj: 58/2003, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09, 61/13.

<sup>14</sup> "Službeni glasnik Republike Srpske", broj: br. 59 /2003, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12, 67/13, 98/14.



me tzv. reformi Zakona o obligacionim odnosima u Bosni i Hercegovini iz februara mjeseca 2001. godine.

Naime Zakon o obligacionim odnosima je donesen 1978. godine. Ovaj Zakon, kao zakon bivše SFRJ je mijenjan u nekoliko navrata i to 1985, 1989 i 1993. godine. U pravni sistem Republike Srpske, Zakon o obligacionim odnosima je implementiran na osnovu člana 12. Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srpske u istovjetnom tekstu<sup>15</sup>. Uz neznatne izmjene, ovaj zakon je preuzet i u pravni sistem Federacije Bosne i Hercegovine ali i u pravne sisteme bivših jugoslovenskih republika koje danas imaju status suverenih država<sup>16</sup>. Kao temelj za donošenje Zakona o obligacionim odnosima je poslužila Skica za zakonik o obligacionim odnosima koju je sačinio profesor Pravnog fakulteta u Beogradu<sup>17</sup>. Skica za zakonik o obligacionim odnosima i ugovorima je, pored modernih rješenja iz evropskih građanskih kodifikacija, sadržala i rješenja koja je do tada prihvatila sudska i arbitražna praksa kako na prostorima bivše Jugoslavije tako i šire<sup>18</sup>. Skica će, nakon što ju je sačinio prof. dr Mihajlo Konstantinović 1968. godine, pa sve do 1978. godine, tj. do donošenja zakona imati ogromnog značaja za stvaranje sudske i arbitražne prakse i de facto će se primjenjivati kao zakon mada ona to *de jure* nije bila.

Kao jedan od članova komisije, koji je pored prof. Konstantinovića učestvovao u sačinjavanju sadržaja ovog zakona je i prof. dr Slobodan Perović koji će kasnije biti, ne samo izvjestilac po ovom Zakonu u Saveznoj skupštini prilikom njegovog usvajanja, nego jedan od najboljih poznavalaca ove oblasti<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Član 12. Ustavnog zakona za sprovođenje ustava RS, Službeni glasnik Republike Srpske, broj: 21/92.

<sup>16</sup> Zakon o obligacionim odnosima je ugrađen u pravne sisteme Republike Slovenije, Mađarske, Srbije i Crne Gore.

<sup>17</sup> Skica za zakonik o obligacionim odnosima je sačinjena 1968. godine i u sebi je sadržala niz rješenja koja su do tada bila poznata i kod ostalih evropskih kodifikacija kao npr. Švajcarskog zakonika o obligacijama iz 1911. godine, Francuskog građanskog zakonika (*Code Civil*) iz 1804. godine, Austrijskog građanskog zakonika iz 1811. godine, Njemačkog građanskog zakonika iz 1900. godine i sl.

<sup>18</sup> Više o tome: prof. dr Vitomir Popović, Time-sharing i ugovor o lizingu u prijedlogu novog Zakona o obligacionim odnosima Republike Srpske, Srpska pravna misao, časopis za pravnu teoriju i praksu, broj: 1-4/2002, Banja Luka, str. 180.

<sup>19</sup> O značaju i vrijednosti Skice za sam Zakon o obligacionim odnosima, prof. dr Slobodan Perović je objasnio na sljedeći način: "Zakon o obligacionim odnosima je u najvećem delu jednostavno reprodukovao odredbe Skice. Tamo gdje je odstupio, uglavnom je pogrešio. Najbolji dokaz za ovu konstataciju su izmjene Zakona o obligacionim odnosima koje su usledile 1993. god., kada je zakon bio oslobođen od izvesnih odredbi sa političko-ideološkom odredbom, što je 1978. god. bila cena da zakon bude usvojen". Više o ovome vidi: prof. dr Slobodan Perović, Stručno mišljenje o Nacrtu zakona o obligacionim odnosima Federacije BiH/Republike Srpske od 15. februara 2003. god.

Imajući u vidu gore navedeno, a naročito dokazanu primjenu Zakona o obligacionim odnosima koji je uprkos brojnim društvenim i drugim promjenama vezanim za disoluciju bivše SFRJ ostao na snazi, uz neznatne suštinske i tekstualne izmjene, skoro 35 godina od svog donošenja, može se izvesti zaključak da se radi o stabilnom zakonskom propisu, koji nije podložan čestim izmjenama i koji bi mogao i trebao naći svoje mjesto u porodici građanskih kodifikacija, bilo kao dijela Opšteg Građanskog zakonika Republike Srpske ili kao Zakonika o o obligacionim odnosima Republike Srpske.

Donošenje ovakvog Građanskog zakonika bi bilo u funkciji objedinjavanja čitavog niza zakonodavstava u građansko-pravnoj oblasti, bilo iz sfere materijalnog, ili iz sfere procesnog prava.

Konkretno, kada je riječ o Zakonu o obligacionim odnosima, njime bi mogli biti obuhvaćeni i novi instituti, odnosno ugovori, poslovnog i međunarodnog poslovnog prava, kao što su Ugovori o lizingu, franšizingu, forferingu, barteru, itd. Ovdje svakako podrazumijevamo da ovi strani izrazi trebali biti prevedeni na domaći, tj. Srpski jezik, kako ovaj Zakonik ne bi izgubio od svog stila i normativnog pristupa koga vuče iz pomenute skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima prof. dr Mihajla Konstantinovića.

Pored regulisanja i unošenja u ovaj Zakonik određenog broja novih pravnih poslova koji su do momenta donošenja ovog Zakonika stekli „pravo građanstva“, ovaj Zakonik bi bilo moguće unijeti i neke druge pravne poslove, odnosno ugovore koji se sticajem okolnosti nalaze u drugim zakonima Republike Srpske, kao npr. Ugovor o prevozu željeznicom koji je regulisan posebnim zakonom, Ugovor o radu, koji se nalazi u Zakonu o radu, Ugovorom o izdržavanju, koji se nalazi u Porodičnom zakonu i mnogim drugi.

Što se pak, pravne tehnike, kojom bi ovaj Zakonik bio donošen, tiče, mišljenja smo da bi od ogromnog značaja bila pravna numotehnika koja se sada koristi pri donošenju Građanskog zakonika Republike Srbije i Makedonije, čija su i zakonodavstva u pretežnoj mjeri konpatibilna sa zakonodavstvom Republike Srpske.

Donošenjem ovakvog Zakonika ne bi bilo samo u funkciji kodifikacije i sistematizacije propisa građanskog prava Republike Srpske i odražavalo stabilnost njenog pravnog poretka, nego bi iznad svega bilo u funkciji sudske i arbitražne prakse, pa i pravnog prometa.

#### ZAKLJUČAK

Republika Srpska ima stabilan pravni sistem i građansko-pravno zakonodavstvo koje je kvalifikuje na donošenje Opšteg Građanskog zakonika Republike Srpske, kojim bi na uniforman jedinstven način bili regulisani svi građansko-

pravni odnosi Republike Srpske. Donošenje ovakvog Zakonika, pored sistematike prava u ovoj oblasti i njegovog praktičnog značaja za sudsku i arbitražnu praksu, pravni sistem Republike Srpske svrstao bi u red onih država koje su izvršile kodifikaciju svoga građanskog prava i obezbijedilo veći stepen pravne dugotrajnosti i stabilnosti i njenog pravnog sistema, ali i građansko-pravnog zakonodavstva. Ovu kodifikaciju, odnosno, Zakonik bi trebalo raditi, u normativnom i u suštinskom pogledu po uzoru na kodifikacije koje postoje u drugim zemljama, a naročito Republike Srbije, čija je kodifikacija zakonodavstva iz građansko-pravne oblasti u toku.

Academician VITOMIR POPOVIĆ, LL.D.,  
Professor and Dean, Faculty of Law  
University of Banja Luka

## CIVIL LAW CODIFICATION IN REPUBLIC OF SRPSKA

### Summary

In this paper the author analyses the problem of civil law codification in Republic of Srpska, i.e. the question of systematics of law in this field and its practical significance for the legal system as well as for court and arbitration practice in general. In addition, the author develops an outline of further development in terms of possible drafting of codification and introducing new institutes into civil law codification. By studying the existing legal system of Republic of Srpska, the author concludes that Republic of Srpska contains a stable construction for civil law codification.



GALE GALEV,  
JADRANKA DABOVIK-ANASTASOVSKA

## NAČELO SAVESNOSTI I POŠTENJA U UGOVORNOM PRAVU REPUBLIKE MAKEDONIJE

### I

Načelo savesnosti i poštenja je jedno od fundamentalnih načela na kojima počiva obligaciono pravo<sup>1</sup>. Njime su, na jedan ili drugi način, više ili manje, prožete sve njegove domene. Međutim, sasvim je jasno, da centralno mesto na kojem to načelo dolazi do punog izražaja i primene su odnosi u prometu robe, usluga i prava odnosno ugovorni dio. Pri tom to ne treba razumjeti u smislu da se spomenuto načelo iscrpljuje samo na terenu obligacionog prava. Naprotiv, opšte je poznato da ono nalazi svoje mesto primene u ostalim delovima građanskog prava.<sup>2</sup> Drugim rečima, tu se susrećemo s načelom koje pripada građanskom odnosno privatnom pravu

---

Dr Gale Galev, profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju, R. Makedonija.

Dr Jadranka Dabovik-Anastasovska, profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju, R. Makedonija.

<sup>1</sup> Pored ovog načela u načela obligacionog prava spadaju još i načelo slobode uređivanja obligacionih odnosa, načelo ravnopravnosti, načelo jednake vrednosti davanja, načelo zabrane zloupotrebe prava, načelo zabrane prouzrokovanja štete, načelo zabrane stvaranja i iskorištavanja monopolskog položaja i dr.

<sup>2</sup> Kao potvrda toga može se navesti više primjera, poput onih iz područja stvarnog prava. Naime, još iz vremena rimskog prava (v. D. 50, 16, 109) pa sve do danas za stjecanje vlasništva od nevlasnika na osnovi dosjelnosti, pored toga što se tražilo da držatelj ima stvar u posjedu određeno vreme, zahtevala se i njegova savesnost, što znači da nije znao ili da prema okolnostima u kojima je bio nije mogao znati da je stvar pribavio od nevlasnika. Drugim rečima da je u pogledu vlasništva

u celosti. Reč je o vrlo značajnom načelu. Bez njega se teško može zamisliti postavljanje i postojanje arhitekture civilnog prava. Odatle postaje razumljivo da se njegovi koreni nalaze već u rimskom pravu.<sup>3</sup> Komparativno pravno gledano, srećemo ga i u svim suvremenim građanskim kodifikacijama, počevši od francuskog *Code civil* (čl. 1134–1135), austrijskog Građanskog zakonika – novelirani tekst (par. 914), njemačkog Građanskog zakonika (par. 157. i 242), švajcarskog građanskog zakonika (čl. 2. st. 1), talijanskog Građanskog zakonika (čl. 1134–1135, 1337, 1366, 1375), grčkog Građanskog zakonika (čl. 281), pa sve do jednoobraznog trgovačkog zakonika SAD-a (t. 19. definicija), i si. U red tih zakonika svakako spada i jugoslavenski Zakon o obligacionim odnosima iz 1978. (čl. 12), koji su prestankom SFRJ, ranije federalne jedinice prihvatile kao svoj, s time da su neke kasnije donele i svoje zakone o obligacionim odnosima. Takav je slučaj i s Republikom Makedonijom.<sup>4</sup> U potvrdu značenja tog načela govori i relativno bogata sudska praksa stvorena u vezi s njegovom primenom.<sup>5</sup>

S obzirom na dopušteni opseg ovog rada, načelo savesnosti i poštenja, premda značajno za celinu građanskog prava, bit će izloženo samo s aspekta njegovog mesta i uloge u obligacionom pravu (posebno u njegovom ugovornom delu) i veoma bazično u potrošačkom pravu.

## II

S ciljem da se bolje shvati bit načela savesnosti i poštenja najpre ćemo se u kratkim crtama zaustaviti na etimologiji pojmova “savesnost” i “poštenje”, na dva njegova sastavna dela. Tako se prema Rečnik na makedonski jezik (Skopje, 1966) izraz “savesnost” objašnjava izrazima “savjestan”, “koji postupa po savjesti, prave-

bio u zabludi. Up. čl. 124. i 125. te 127. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (“Služben vesnik RM” br. 18/2001).

<sup>3</sup> Naime, savesnost i poštenje su kao pojmovi odnosno izrazi izvedeni iz latinskih izraza “*fides*” i “*bona fides*”, za koje bi se moglo red da znače “*vernost*” i “*držati se dane reči, ostati pri njoj*”. Suprotnost tome je “*mala fides*”, shvaćena kao “*dolus*”. Up. Dragoljub Stojanović, *Savesnost i poštenje u prometu*, Savremena administracija, Beograd 1973, str. 3–5; Mihail Andreev, *Rimsko častno pravo*, Sofija, 1971, Nauka i izkustvo, str. 39, 217, 250, 255, 268, 272, 311. i 331; Ivo Puhan, *Rimsko pravo*, Beograd, Naučna knjiga, 1969, str. 271. i si.; Milan Petrović, (Komentar čl. 12. ZOO), Komentar Zakona o obligacionim odnosima, torn I, Savremena administracija, Beograd, 1980, str. 57–66; Vrleta Krulj, Pojam savesnosti (*bona fides*) u građanskom pravu, Jugoslavenska advokatura, 1960, 1–2, str. 45. i dr.

<sup>4</sup> V. Zakon za obligacionite odnosi (SV RM 18/01) (61. 5). U kontekstu izloženog treba spomenuti i to da je načelo savesnosti i poštenja pre donošenja Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. bilo uređeno uzansom br. 3. Opštih uzansi za promet iz 1954, koje je donela Glavna državna arbitraža (posle preimenovana u Vrhovni privredni sud SFRJ).

<sup>5</sup> Vrhovni sud Vojvodine: Rev. 739/81 od 22. 01. 1982, Rev. 16/85 od 13. 04. 1985, Rev. 105/88 od 03. 02. 1988, Rev. 272/88 od 23. 03. 1988.; Viši sud u Mariboru; Cpg. 321/81 od 23. 10. 1981.; Vrhovni privredni sud: SI 1066/62 od 22. 05. 1962, SI 51 od 31. 07. 1957, SI-776/71 od 8.11.1971.

dan, pošten”. Dok se u istom rečniku reč “savjest” objašnjava kao “unutarnja ocena svoga držanja, osećaj moralne odgovornosti za svoje postupke” i si. Pod pojmom “poštenje” se pak razumeva “moralna ispravnost”. Taj pojam je dalje u tesnoj vezi sa sljedeća tri pojma: “pošten”, “poštenje” i “poštenost”, koji se također objašnjavaju u Rečniku. Naime, prema njemu, izraz “pošten” odnosi se “na moralno ispravnog čovjeka”, pojam “poštenje” je ekvivalent kategorije “moralna ispravnost”, a reč “poštenost” pak označava “celokupnost moralnih osobina, povezanih s dostojanstvom čovjeka, s njegovim dobrim imenom u društvu”. Za “savesnost” ćemo još naći da označava “odanost”, “nepokolebljivu odanost”, “iskrenost”, “potpuno ispunjenje preuzetih obaveza osobne i stvarne naravi” i si. “Poštenje”, ugrađeno u zajednički pojam načela savesnosti i poštenja, objašnjava se kao “poverenje”, “poklanjanje vjere”, “davanje poverenja”.<sup>6</sup>

Od datih pojašnjenja pojmova savesnosti i poštenja koje čine bit samog načela savesnosti i poštenja, može se zaključiti da se susrećemo s načelom koje je u velikoj meri ispunjeno moralnim sadržajem, a u određenoj meri i pravnim. To samo po sebi ukazuje na to da se pravo i moral, ili drukčije rečeno pravni i moralni imperativi, često nadopunjuju i imaju isti cilj: jačanje pravnog sistema i poretka u društvenoj i državno-pravnoj zajednici i u njihovim okvirima ostvarivanje prava i obaveza subjekata koji za njih proizlaze iz različitih pravnih odnosa u koje ulaze. U tim odnosima, svakako, posebno mesto zauzimaju obligaciono-pravni. Kada se govori o ovom načelu, treba ukazati i na to da se kod njega susreću dve voljne sfere. U tom smislu da je savesnost kao odvojena komponenta načela savesnosti i poštenja povezana sa svojom (vlastitom) voljnom sferom, a poštenje za voljnu sferu druge strane pravnog odnosa.

Međutim, iako pokrivaju dve voljne sfere, u svom su praktičnom javljanju nedeljive budući da u tački u kojoj se susreću – u *pravnom odnosu* – prestaju postojati odvojeno jedna od druge. To praktično znači da od trenutka susreta, kao rezultata njihove uzajamne uslovljenosti, one se od dve pretvaraju u jednu voljnu sferu, koja pravno izražena nije ništa drugo nego samo *načelo savesnosti i poštenja*. Pri tom, uzajamna uslovljenost tih dviju voljnih sfera o kojima se ovde govori postaje razumljiva ako se ima u vidu okolnost da savesnost u danom odnosu s drugim može postojati samo kod onoga koji ima poverenje u drugoga (u našem primjeru: u drugog ugovornog partnera) i obratno, pruženo poverenje drugoga nastupa kao rezultat toga što ovaj vjeruje u savesnost drugog ugovornog partnera.<sup>7</sup> Ukratko, save-

---

<sup>6</sup> Up.: Dragoljub Stojanović, *idem*, str. 6–7; Milan Petrović, op. cit., str. 60–61. Ti autori, međutim, zadržavaju se na izrazima upotrebljenim za to načelo u njemačkom pravu i njemačkoj pravnoj doktrini (“*Treu und Glauben*” i “*Treu*”).

<sup>7</sup> Za razliku od ovoga postoji i drugo mišljenje po kojem: “Savesnost pre svega ukazuje na jednu subjektivnu datost” koja “je prvenstveno osobno određena”. Dok se, s druge strane, “poštenje ... pretežno određuje objektivnim datostima ličnosti prema prometu i njegovoj prosječnosti i pravilnostima” (up. Milan Petrović, op. cit., str. 61).

snost i poštenje imamo samo tamo gdje postoji jedinstvo između njih. Oni samo zajedno uzeti na pravnom planu izražavaju načelo savesnosti i poštenja. Bez toga ovo načelo ne postoji i ne može postojati.

### III

Načelo savesnosti i poštenja, shvaćeno u gornjem smislu, kao jedinstvo dviju njegovih komponenti: *savesnosti* i *poštenja*, pravno gledano je samo po sebi neprimjenjivo. Za njega je inače karakteristično to da predstavlja jedan vid “*blanketne norme pomoću koje se na konkretni slučaj primenjuju drugi društveni principi pravnog poretka i etičke maksime*”. Polazeći od njegove, u osnovi direktivne uloge, u svakom slučaju treba dobro provjeriti koji su društveni principi i etičke maksime primjenjivi na činjenično stanje i u vezi s dobivenim vrednosnim sudom o tome koliko su oni prisutni ili odsutni u konkretnom slučaju, proceniti je li načelo savesnosti i poštenja poštovano ili povređeno. U krug društvenih principa i moralnih maksima koje treba uzeti u obzir pri konkretnoj primeni ovog načela svakako ulaze pravednost, dobri običaji kao moralni imperativi, poslovni običaji, poštovanje obostranog interesa i ciljevi čije se ostvarenje očekuje s obzirom na dani obligacioni odnos, opšte prihvaćena pravna svest, specifični zahtjevi proizašli iz prirode odnosa ili iz volje stranaka u odnosu, okolnosti u kojima taj odnos nastaje, postoji i realizira se, itd.

Ukratko, potreban je relativno velik stupanj konkretizacije, uzimajući u obzir više zahtjeva i okolnosti u primeni načela savesnosti i poštenja. U suprotnom, ako ono bude primjenjivano samo s onim sadržajem koji u sebi nosi kao blanketna norma, izgubio bi se smisao potrebe zatim načelom. To, stoga, što bi se to načelo u takvom slučaju pretvorilo u opštu normu pravednosti, kojom bi se rješavali svi pravni problemi. U takvom slučaju umesto odlučivanja na temelju prava imali bismo odlučivanje na osnovi “*osećaja prava*” odnosno “*po pravičnoj oceni*”, i “*sučevoj savjesti*”, što je nedvojbeno neprihvatljivo. Nije prihvatljivo stoga što bi to dovelo do grube povrede pravnog sistema i poretka u društvu i državno-pravno organiziranoj zajednici. Njegova funkcija i zadatak, u formi i sadržaju u kojem je dano, ne sastoji se u tome da zameni zakon, moral, običaj kao posebne izvore prava, već polazeći od njih i svih drugih okolnosti povezanih s danim faktičnim stanjem, da se javi kao nužan kriterijum uz čiju će se pomoć odrediti pravac u kojem treba tražiti odgovor na pitanje koje od pravnih principa, moralnih imperativa i drugih merila treba primeniti na konkretni slučaj. Tako postavljeno načelo savesnosti i poštenja, iako je rezultanta dviju voljnih sfera, u svojoj se praktičnoj primeni iz subjektivno ga prebacuje na objektivni teren i time uvek omogućava da se ostane u okvirima pravnog sistema i poretka, a ne da se njegovom primenom taj sistem suspendira. Dakle, to načelo kao *opšta blanketna norma*, ili drukčije rečeno *generalna klauzula*, odnosno *pravni standard*, primenjeno na konkretnu pravnu



situaciju i ispunjeno sadržajem na gore izložen način, umesto suspendiranja ili promene pravnog sistema i poretka omogućava njegovo trajno "podmlađivanje" i prilagođavanje konkretnim zahtjevima i potrebama učesnika u pravnom prometu, ali i šire od toga.

#### IV

Imajući u vidu činjenicu da načelo savesnosti i poštenja ima brojne odnose s drugim pravnim i moralnim principima i određenim društvenim pravilima ponašanja, a neke od njih čak i koristi kao kriterijum odlučivanja, nameće se potreba da se u kratkim crtama osvrnemo i na njegov odnos s njima. Tu se pre svega misli na: a) *dobre običaje* shvaćene kao moralna pravila ponašanja, b) *pravičnost* kao korektivno pravilo u primeni određenih pravnih normi i c) *poslovne običaje ili običaje* shvaćene kao opšte prihvaćene faktične odnose učesnika u pravnom prometu. Najpre nekoliko reči o odnosu načela savesnosti i poštenja i dobrih običaja.

a. *Dobri običaji* kao moralna pravila ponašanja su kao i ustavne i kogentne pravne norme imperativi koje su učesnici pravnog prometa dužni poštovati. Oni se, kao što je rečeno, uzeti odvojeno ili zajedno javljaju kao opšte granice u okvirima kojih se obligacioni odnosi slobodno ureduju. To praktično znači da ne tvore nikakvu pozitivnu obavezu u smislu kako nešto treba učiniti, već predstavljaju svojevrсну direktivu za to kako se nešto ne sme učiniti. Shvaćeni u ovom smislu, dobri običaji ne pretpostavljaju postojanje konkretnog obligacionog odnosa, već samo određuju granicu do koje se može ići u određivanju njegovog sadržaja ako bude zasnovan. Odatle se učinak dobrih običaja proteže prema neodređenom krugu osoba i u tom smislu je kriterijum *apsolutne prirode*. Za razliku od toga savesnost i poštenje je uvek kriterijum *relativne prirode*. Posljednje shvaćeno u smislu da to načelo bez izuzetka traži postojanje određene pravne situacije između određenog broja subjekata. Ta se veza može sastojati u vođenju pregovora za sklapanje određenog ugovornog odnosa, može biti već sklopljen ugovor koji je u fazi realizacije njegovog sadržaja, ili ugovorni odnos koji je formalno-pravno prestao, ali i pored toga traži da njegove strane ostanu u određenom vidu obaveza koje su u direktnoj ili indirektnoj vezi s odnosom koji je prestao. U takvom se slučaju za savesnost i poštenje može reći da određuje merila ponašanja samo subjekata koji se nalaze u konkretnom pravnom odnosu ili u pravnim relacijama koje mu prethode ili slede nakon njegove realizacije. Bez postojanja toga bespredmetno je i samo postojanje načela savesnosti i poštenja. Iz do sada rečenog o dobrim običajima i načelu savesnosti i poštenja ne sme se izvesti zaključak da se oni nalaze u kontradiktornom odnosu. Štoviše može se govoriti o tome da: "Nije svaka povreda savesnosti i poštenja ... uvek protivna dobrim običajima, dok je svako ponašanje koje je u protivnosti s dobrim običajima ... teška povreda savesnosti i po-

štenja. Samo gruba povreda savjesti i poštenja predstavlja istovremeno povredu dobrih običaja”<sup>8</sup>

*b. Načelo pravičnosti* i načelo savjesti i poštenja su bliska ali ne i identična načela. Zajedničko im je to što oba ta načela u sebi inkorporiraju i etičke elemente. Drukčije rečeno, i jedno i drugo načelo su načela pravne i moralne prirode. S obzirom na to uvek kada je nešto pravično to je istodobno i u skladu s načelom savjesti i poštenja. Stoga se često puta i može reći da pravičnost može postati delom sadržaja kojim je ispunjeno načelo savjesti i poštenja. Ako između njih tražimo razliku, kada je reč o savjesti i poštenju, možemo reći da ona ima opštu primenu, u smislu da se ovo načelo odnosi na sve predugovorne, ugovorne i postugovorne odnose u kojima se nalaze određeni učesnici pravnog prometa. Za razliku od toga, načelo se pravičnosti odnosi na točno određene slučajeve i odnose. Pri tom, koji su ti slučajevi i odnosi i pod kojim se uslovima primenjuje to načelo, uređeno je zakonom. Pravičnost u biti kao svoj osnovni cilj ima tu opštu razinu pravde inkorporirane u pravnim normama da bi je prilagodila konkretnim slučajevima uređenim tim normama. Otuda se za pravičnost i kaže da predstavlja konkretiziranu pravdu.<sup>9</sup> Što se tiče načela savjesti i poštenja, može se reći da se ono više odnosi na način ponašanja učesnika u realizaciji prava i obaveza iz njihovog međusobnog odnosa ili onoga što mu prethodi, odnosno sledi nakon tog odnosa. U svakom slučaju način ponašanja prema ovim učesnicima uslovljen je međusobnim poverenjem koje postoji između njih.

*c) Poslovni običaji*, za razliku od savjesti i poštenja, pa i dobrih običaja, nisu kategorija moralne prirode. Oni, nasuprot tome, predstavljaju prevladavajuća faktična ponašanja učesnika u komercijalnim odnosima, inače nastalim njihovim višekratnim ponavljanjem. U odsutnosti drugih pravila ponašanja, ali i u njihovoj prisutnosti ako su dispozitivne prirode, suglasnošću strana odnosa, umesto dispozitivnih normi, poslovni običaji postaju primenjivi za taj odnos. Poslovni običaji uneti na taj način u komercijalni odnos ulaze i u zbroj elemenata na osnovi kojih se prosuđuje jesu li učesnici u tom konkretnom odnosu postupali u suglasnosti s načelom savjesti i poštenja. Iz toga se može jasno zaključiti da se poslovni običaji ne isključuju s načelom savjesti i poštenja, već da zajedno omogućavaju veći stupanj pravne sigurnosti učesnika u pravnom prometu. U tom kontekstu može se dodati i da u svakom slučaju dovode do toga da odlučivanje suda bude zasnovano na objek-

<sup>8</sup> Dragoljub Stojanović, *idem*, str. 8–10; Slobodan Perović, Obligaciono pravo, Privredna štampa, Beograd, 1980, str. 162–172.

<sup>9</sup> Up.: Nevenko Misita, Pravičnost kao osnov obvezivanja na naknadu štete – doktorska disertacija, Univerzitet u Sarajevu, Pravni fakultet u Sarajevu, 1980, str. 85. i si.; Nikola Visković, Pojam prava, Split, 1976, str. 135–151, i dr.; Geny, Methode d'interpretation et sources en droit prive positif, II, Paris, str. 110–113; Esser J., Einfuehrung in die Grundbegriffe der Rechtes und Staates, Wien, 1949, str. 20; Saur W., Gerechtlichkeit, Berlin, 1959, str. 137; Aristotel, Nikomahova etika, Beograd, 1970, st. 139. i dr.

tivnim kriterijumima, a ne na "savjesti sudije". Ako bi sudije odlučivale na temelju svoje savjesti, uopšte bi se dovela u pitanje potreba postojanja zakona i drugih izvora prava (uključujući i osnovne pravne principe) kao normativnog sistema za uređivanje društveno-ekonomskih odnosa u sferi prometa i pružanja robnih usluga.<sup>10</sup>

## V

Polje primene načela savjesti i poštenja u okvirima obligacionog prava tiče se onog njegovog dela koji uređuje poslovne (ugovorne) odnose. U svakom slučaju to je posebno značajno u tim odnosima od momenta njihova nastanka pa do njihovog prestanka. Naime, u tom vremenskom okviru postojanja ugovornih odnosa od njihovih se učesnika očekuje ponašanje koje će trajno biti u suglasnosti s načelom savjesti i poštenja. Ali ne samo to. Od učesnika se očekuje takav način ponašanja i u pripremnoj fazi ugovornih odnosa koja prethodi fazi postojanja tih odnosa, kao i u određenom periodu nakon njihova prestanka. Iz toga se može zaključiti da se načelo savjesti i poštenja javlja na tri nivoa: a) *predugovorno*, b) *ugovorno* i c) *postugovorno*. Na svim tim nivoima učesnici se nalaze u određenoj *socijalnoj* ili bolje rečeno *poslovnoj vezi*, koja u osnovi počiva na uzajamno uspostavljenom poverenju među njima. To nije slučaj niti može biti s drugim subjektima koji se ne nalaze u takvoj vezi. Odatle se od njih i očekuje, bez obzira na kojoj se razini ostvaruje ta povezanost, u uzajamnom ili odvojenom ponašanju, da se pridržavaju zahtjeva koji proizlaze iz načela savjesti i poštenja. Ako se поближе zadržimo na navedene tri nivoa povezanosti subjekata ugovornog prava, za prvu, a) predugovorna faza, možemo reći da započinje pregovorima za sklapanje danog ugovora i da traje do njegovog nastanka, osim ako pregovori ne ostanu bezuspešni. U posljednjem slučaju njime predugovorna faza završava. Za celo to vreme učesnici u pregovorima nalaze se u jednom *specifičnom predugovornom odnosu poverenja* koji od njih traži podjednako da se brinu o svom, ali i o interesu drugog učesnika u pregovorima. Iako među njima još uvek ne postoji glavna obaveza, ipak, da bi se došlo do uspešnog završavanja i nastanka ugovornog odnosa radi koga se i vode pregovori, za njih nastaje više sporednih obaveza. Neispunjenjem tih obaveza ne samo što ne dolazi do ostvarenja osnovnog cilja: sklapanja ugovora radi kojega se ušlo u pregovore, već, što je još važnije, usled neodgovornog ponašanja jedne od strana, druga trpi određenu štetu. Zbog toga objektivno pravo i predviđa poseban vid tako počinjene štete (*culpa in contrahendo*).<sup>11</sup> Taj vid odgovornosti teorijski je prvi obradio *Jehring*

---

<sup>10</sup> O poslovnim običajima v.: A. Goldštajn (redakcija), *Obvezno pravo*, Prva knjiga, Informator, Zagreb, 1978, str. 43–48; Ivica Janković, *Privredno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1989, str. 18–22; Šime Ivanjko, *Značaj običaja u obligacionim odnosima*, *Pravni život*, broj 10–12, tematski broj, *Zakon o obligacionim odnosima*, 1978–1988, Beograd, 1988, str. 1399–1412.

<sup>11</sup> O tome v.: *Jehring*, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangene Verträgen*, 1861; *Leonhard*, *Allgemeine Schuldrecht*, 1929; *Philipp Heck*, *Grundriss des Schuldrecht*, Tuebingen, 1929.

daleke 1861. godine i može se reći da je njezin rodonačelnik. U uporednom pravu posebno ga uređuje italijanski Građanski zakonik iz 1942. godine. U njemu stoji da “strane pri vođenju pregovora i sastavljanju ugovora moraju postupati u dobroj vjери” (čl. 1337).<sup>12</sup> Tu bismo još naveli članke 197. i 198. grčkog Građanskog zakonika. Tako se u prvom od njih kaže da su “u pregovorima za sklapanje ugovora strane uzajamno dužne ponašati se u skladu sa savesnošću i poštenjem i običajima prometa”. Na sličan način to je uređeno i našim Zakonom o obligacionim odnosima. Prema njemu pregovori koji prethode sklapanju ugovora, u pravilu, ne obavezuju pregovarače i oni ih u svako vreme mogu prekinuti.

Međutim, od tog pravila postoje dva izuzetka. Prema prvom: “Strana koja je vodila pregovore bez namere da sklopi ugovor odgovara za štetu nastalu vođenjem pregovora”, a prema drugom: “Odgovara za štetu i strana koja je vodila pregovore u nameri da sklopi ugovor, ali je odustala od te namere bez osnovanog povoda i time drugoj strani prouzročila štetu” (čl. 22. St. 2. i 3). Pored odgovornosti u ovom slučaju zbog nesklapanja ugovora, o kojoj je ovde reč, do ovog oblika odgovornosti može doći i pri njegovu sklapanju. Do toga dolazi zbog uzroka koji se mogu staviti na teret jednoj od strana. Takav je npr. slučaj u kojem određena pravna osoba sklopi ugovor izvan svoje pravne sposobnosti i pri tom to drugoj strani ne saopšti. Ništav je ugovor pri čijem sklapanju ta strana nije znala niti mogla znati za prekoračenje pravne sposobnosti. Pravna osoba koja je propustila upozoriti drugu stranu da je ugovor sklopila izvan svoje pravne sposobnosti povredila je načelo savesnosti i poštenja. Upravo ta je povreda razlog za odgovornost osoba za štetu prouzrokovanu ništavošću ugovora. U slučaju se nedvojbeno radi o pretrpljenoj materijalnoj šteti u obliku *negativnog ugovornog interesa* (čl. 46., ZOO). Pored tog postoje i drugi slični primeri u Zakonu o obligacionim odnosima koji govore o slučajevima u kojima može doći do ništavosti ili poboynosti ugovora i u povodu toga do odgovornosti za materijalnu štetu u obliku negativnog ugovornog interesa. Pri tom je za sve njih zajedničko što uvek postoji povreda načela savesnosti i poštenja od strane jedne od strana ugovornog odnosa.<sup>13</sup>

Prelazom iz predugovorne u b) ugovornu fazu, radi uspešnog ostvarivanja ciljeva zbog kojih ugovori i nastaju, traži se i na u toj fazi, kod svakog sklopljenog ugovora posebno da se njegove strane pridržavaju načela savesnosti i poštenja. U pravilu, svaki ugovorni odnos, pored osnovna obaveza da se nešto preda, učini ili da se ne učini ili trpi, sadrži i sporedna obaveza. Te obaveze svoju osnovu mogu imati u zakonu, ali mogu biti predviđene samim ugovorom. U svakom slučaju, one nema-

<sup>12</sup> Izvorni tekst ovog članka glasi: “Leparti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede (1175, 1338, 1358, 1366, 1375, 1460; 88 s.p.c.)”

<sup>13</sup> Up. a. 46, 47, 53, 57, 79, 80, 85, 96, 100, 107, 108, 112. ZOO-a. Te odredbe pod drugom numeracijom srećemo i u svim zakonima o obligacionim odnosima u državama nastalim raspadom bivše SFRJ.

ju svoj samostalni cilj. Pridržavanjem tih obaveza i njihovim ispunjenjem u biti se omogućava pravilno izvršenje glavne obaveze dužnika i uspješno ostvarivanje prava poverioca. Nedvojbeno je potrebno, da bi se došlo do toga, da se strane odnosa celo vreme tekom njegovog trajanja ponašaju u skladu s načelom savjesnosti i poštenja. No, u mnogim slučajevima unatoč tome što su ugovorne strane u celosti poštovale zahtjeve toga načela postavljene kad se imaju u vidu glavne i sporedne obaveze, rezultat može izostati. To stoga što ni zakon, ali ni ugovorne strane ne mogu uz glavnu obavezu predvidjeti sve sporedne obaveze kojih bi se ugovorne strane morale pridržavati da bi se ostvario osnovni cilj zbog kojega su i ušle u konkretni ugovorni odnos. Iz toga se, u skladu s pretpostavljenom voljom strana toga odnosa da će sve učiniti da dođe do uspješne realizacije njegovog sadržaja, što je inače zahtjev koji postavlja samo načelo savjesnosti i poštenja, izvode i dopunske obaveze dužnika koje su u kontekstu glavne obaveze. U takvoj situaciji ne može se očekivati ništa drugo osim da se i u pogledu tih obaveza postupa odgovorno.

Sve u svemu, možemo zaključiti da se samo uz podjednako poštovanje načela savjesnosti i poštenja u pogledu svih napred navedenih obaveza (osnovnih, sporednih i dopunskih) može očekivati da će nastati željeni rezultat, odnosno da će se omogućiti ostvarivanje ciljeva ugovornog odnosa. Inače, dopunske obaveze, nastale kao rezultat potrebe da pomognu u ispunjenju predmeta glavne obaveza, mogu biti različitog oblika. Tako se neke od njih mogu sastojati u brizi da se očuva, zaštiti i održi predmet obaveza od momenta nastanka konkretnog ugovornog odnosa do momenta dospelosti za ispunjenje obaveza toga odnosa. Druge se mogu odnositi na neke pripremne činidbe povezane s ispunjenjem obaveza. Treće se mogu sastojati u zahtjevima da se pruže neke informacije, izvješća i obaveštenja koje treba učiniti drugoj strani odnosa. Četvrte mogu biti povezane na različite načine sa zajedničkim djelovanjem ugovornih strana kako bi se uspješno realizirao sadržaj danog ugovornog odnosa i si. U toj fazi, pored napred navedenih obaveza, koje u osnovi padaju na dužnika, postoje i obaveze poverioca.

Drugim rečima, poverilac je dužan, jednako kao i dužnik, u ostvarivanju svoga prava pridržavati se načela savjesnosti i poštenja, i to u smislu da u ostvarivanju svoga prava treba brinuti o vlastitom pravnom i imovinskom interesu u istoj mjeri kao i o interesima dužnika. Dakle, on u ostvarivanju svoga prava treba ostati u okvirima nužno potrebnih radnji i postupaka koje su za to potrebne. Nasuprot tome, ako poverilac prekorači nužno potrebni nivo poduzetih radnji i postupaka, neće se moći smatrati da on vrši svoje pravo, već da ga zlorabljuje. Takva zlorabljujevanje nije ništa drugo nego povreda načela savjesnosti i poštenja. Pored ovde iznesenih dopunskih obaveza dužnika, ali i onih poverioca, koje su, uzete zajedno ili odvojeno, odraz i izraz načela savjesnosti i poštenja, postoji i mogućnost da se traži izmena ili raskid ugovora kod kojega je nakon njegovog nastanka, ali pre nego što je prestao, došlo do promena okolnosti pod kojima je nastao, što, sa svoje strane, može bitno uticati na obaveze ugovornih strana, i to u smislu da su se obaveze jedne od strana u

odnosu na drugu povećale, zbog čega je došlo do očitog nesrazmera između njih. U svakom slučaju ovde bi, ako se ne bi dopustilo da se ugovor izmeni ili raskine, štetne posljedice toga trpela strana s povećanim obavezama. Posljednje bi, svakako, bilo nepravično i u suprotnosti s načelom savesnosti i poštenja. Nezavisno od toga, to se i događalo u starom rimskom pravu, u kojemu je vredelo pravilo o nepromjenjivosti ugovora (*pacta sunt servanda*), koje je tek u vreme glosatora i postglosatora bilo ublaženo klauzulom *rebus sic stantibus*. Prema njemu stvari u ugovoru ostaju takvim kakve jesu, ali samo ako su – od momenta njegovog nastanka pa do trenutka kada je prestao – okolnosti pod kojima je nastao ostale nepromjenjene. Inače ovu klauzulu danas, na jedan ili drugi način, srećemo u vise suvremenih pravnih sistema na području građanskog odnosno obligacionog prava.<sup>14</sup>

Načelo savesnosti i poštenja, osim u predugovornoj i ugovornoj fazi, svoje mesto nalazi i na trećoj – c) postugovornoj fazi. Tu je u biti reč o primeni ovog načela posle prestanka ugovora. Iako prestankom ugovora, strogo formalno-pravno gledano, prestaje i njegovo djelovanje među strankama, ipak je u odvedenim slučajevima, realno gledano, moguće da se ono produži. Takav je na primjer slučaj u kojemu je istekao rok za prestanak ugovora o zakupu, a zakupljena se prostorija, zbog određenih razloga, nije mogla isprazniti na vreme, zbog čega je oprema ostala pod “vlašću” zakupodavca. Ovaj će svakako biti dužan da je određeno vreme čuva i da se o njoj brine kako ne bi došlo do njenog oštećivanja ili propadanja. Drugi bi primjer, ponovno u vezi sa zakupnim odnosom, bio kada bi nakon prestanka zakupnog odnosa zakupac vratio zakupodavcu poslovni prostor u kojemu je do tada obavljao poslovnu djelatnost, ali je na vidnom mestu u poslovnom prostoru istaknuo obaveštenje o tome gdje se nalazi njegov novi poslovni prostor u kojemu je nastavio obavljati istu djelatnost. U tom slučaju, zakupodavac će izvesno vreme biti dužan trpeti to obaveštenje. U takvim i sličnim slučajevima osnovom za nastanak određenih obaveza, a u slučaju njihove povrede i odgovornost dužniku odnosa koji je pravno prestao postojati ne može biti ništa drugo nego načelo savesnosti i poštenja.<sup>15</sup> Ono, prisutno još u predugovornoj fazi, preko ugovorne, u takvim slučajevima nastavlja postojati i u posljednjoj – postugovornoj. To stoga što se samo u takvom odnosu poverenja među strankama (koje kontinuirano traje u trima napred navedenim fazama) može očekivati da će dovesti do cjelovitog ostvarivanja ciljeva zbog kojih su strane ušle u dani ugovorni odnos.

<sup>14</sup> U grupu takvih pravnih sistema spada i naš. U prilog tome govore uzanse 55–59. Opštih uzansi za promet robom iz 1954. te članci 122–125. Zakona o obligacionim odnosima. O tome v. posebno Đorđe Čobeljić, Promenjene okolnosti u privrednom i građanskom pravu (*clausula rebus sic stantibus*), Savremena administracija, Beograd, 1978.

<sup>15</sup> Ovaj oblik odgovornosti u pravnoj je teoriji poznat kao odgovornost za “culpa post contractum finitum”.

VI

Imajući u vidu sve ono što je do sada bilo rečeno o načelu savjesnosti i poštenja, postaje potpuno jasno zbog čega je ono našlo svoje mesto u našem Zakonu o obligacionim odnosima. To on čini imperativnom dikcijom izrekom propisujući u članu 5. da su u zasnivanju obligacionih odnosa i ostvarivanju prava i obaveza iz tih odnosa učesnici dužni pridržavati se načela savjesnosti i poštenja. Iz toga jasno proizlazi da postoji podjednaka dužnost objiju strana da vode računa o ovom načelu, i to počevši od zasnivanja obligaciono-pravnih odnosa pa sve do trenutka njihove realizacije odnosno ostvarivanja prava koja iz njih proizlaze. To praktično znači da se tu susrećemo s imperativom koji ne ostavlja bilo kakvu mogućnost za odstupanje ili ugovora.<sup>16</sup> Povreda tog imperativa sankcioniše se, i to u smislu da, u zavisnosti o obliku same povrede načela savjesnosti i poštenja, može doći do ništavosti ili poboynosti obligaciono-pravnog odnosa, do promene u njegovu sadržaju ili pak do njegovog jednostranog raskida. U svakom slučaju, bilo koja od povreda ovog načela praćena je pravom da se traži naknada pretrpljene štete. To pravo nedvojbeno pripada savjesnoj i poštenoj strani obligaciono-pravnog odnosa.<sup>17</sup> O njegovu postojanju najbolje svjedoče brojne odredbe Zakona o obligacionim odnosima koje se na jedan ili drugi način pozivaju na to načelo.<sup>18</sup> Načelo savjesnosti i poštenja uređeno na gore naveden način u članu 5. ZOO-a svoj prvi *nivo* konkretizacije u smislu direktive o tome kako se učesnici moraju ponašati u izvršavanju obaveza i ostvarivanju prava dobiva u članu 11. ZOO-a. Prema njemu svaki je sudionik u obligacionom odnosu dužan u izvršavanju svoje obaveze postupati s pažnjom koja se u pravnom prometu traži u odnosnom obliku obligacionih odnosa (*pažnja dobrog privrednika odnosno pažnja dobrog domaćina*) (stav 1). Ako je, međutim, reč o izvršavanju obaveza iz profesionalne djelatnosti, sudionik u obligacionom odnosu dužan je postupati s povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običajima (*pažnja dobrog stručnjaka*) (stav 2). Pored tako postavljenih imperativa za dužnika obligacionih odnosa postoji i imperativ za poverioca. Za njega je kao učesnika obligacionog odnosa utvrđena dužnost da se u ostvarivanju svoga prava suzdrži od postupaka kojima bi se otežalo izvršavanje obaveza drugog učesnika, tj. dužnika (stav 3). Iz toga se jasno može zaključiti da naše pravo dužnost i odgovornost što proizlaze iz povrede na-

<sup>16</sup> Up.: *Dragoljub Stojanović*, op. cit., str. 12; *Mihajlo Vuković*, *Obvezno pravo II*, Zagreb, 1964, str. 66; *Slobodan Perović*, *Obligaciono pravo I*, Beograd, 1973, str. 29; *Vilus*, *Opšti uslovi formularnih ugovora*, Beograd, 1976, str. 223.

<sup>17</sup> Glava III, odeljak 1. odsek 1. "pravo na naknadu štete" – opšta pravila, članci 251–258. ZOO.

<sup>18</sup> Članci 21, 47, 49, 53, 66, 79, 85, 100, 107, 112, 125, 203, 215, 228, 251, 253, 257, 431, 636, 988. Navedene članke ZOO treba shvatiti samo kao primjere koji uvažavaju prisustvo načela savjesnosti i poštenja u Zakonu, a ne kao njihov definitivni broj. Up. Galev i Jadranka Dabović–Anastasovska, *Obligaciono pravo – Praktikum*, knjiga prva, Prosvetno delo, Skopje, 2001, str. 182–184, gdje su izložene veze članka 257. ZOO-a ("Odgovornost zbog propuštanja obaveštenja") s brojnim drugim člancima ZOO-a.

pred navedenih standarda ponašanja koji se normalno očekuju od učesnika u pravnom prometu sa subjektivnog prebacuje na objektivni teren. Ono, naime, ne traži da se utvrdi bilo kakvo konkretno ponašanje svakog posebnog učesnika u obligacionom odnosu, pa da na toj osnovi utvrdi ili otkloni njegovu odgovornost. Umesto toga naše pravo traži jedino to da se utvrdi je li ponašanje jednog i drugog učesnika bilo u skladu s pažnjom koja se u pravnom prometu zahteva od određenog tipa ljudi koji se normalno ponašaju s obzirom na svoje sposobnosti, znanje i struku u odgovarajućim tipovima obligacionih odnosa. Ako bi to ponašanje bilo u skladu s traženim standardom, načelo savesnosti i poštenja bilo bi poštovano i bili bi ostvareni ciljevi obligacionog odnosa zbog kojih je i bio zasnovan.

Nasuprot tome, ako bi bila propuštena očekivana pažnja, postojala bi njegova povreda, iz čega bi sledila odgovornost za tu povredu predviđena zakonom. U svakom je slučaju kriterijum za ocenu pažnje koja se traži apstraktan.<sup>19</sup> Iznimku predstavlja pravilo članka 252. ZOO-a, prema kojemu se dužnik oslobađa od odgovornosti za štetu ako dokaže da svoju obavezu nije mogao ispuniti, odnosno da je zakasnio s ispunjenjem obaveza zbog okolnosti nastalih posle sklapanja ugovora koje nije mogao sprečiti, odstraniti ili izbjeći. Tu je reč o okolnostima koje su u pravnoj teoriji poznate kao "viša sila". U ovom se slučaju ocena o povredi obaveza dužnika ne obavlja uporedbom njegovog ponašanja s traženim standardom o tom ponašanju u konkretnom obligacionom odnosu, već s obzirom na osobno ponašanje dužnika u tom odnosu. Tako će on biti oslobođen odgovornosti za štetu samo uz uslov da dokaže da do povrede obaveza nije došlo njegovom krivnjom, već zbog okolnosti koje su bile izvan njegove volje, i stoga što je on "nije mogao sprečiti, odstraniti ili izbjeći". Nasuprot tome, ako ne uspe skinuti krivnju sa sebe, bit će dužan naknaditi štetu kao posljedicu svoga kulpozno ponašanja. Drugi nivo konkretizacije načela savesnosti i poštenja gledano kroz prizmu napred iznesenog standarda ponašanja, za čiju povredu postoji odgovarajući oblik odgovornosti učesnika u obligacionom odnosu koji je povredu počinio, Zakon o obligacionim odnosima pravi tako što u više odredaba izrekom traži od učesnika obligacionog odnosa da postupaju po standardima *dobar privrednik, dobar domaćin i dobar stručnjak*. Takva je, na primjer, odredba članka 211. ZOO-a, u kojoj, između ostaloga, stoji i to da je "poslovođa bez naloga pri obavljanju tuđeg posla", pored toga što "je dužan rukovoditi se istinskim ili vjerojatnim namerama ili potrebama" gospodara posla, dužan "postupati i s pažnjom dobrog privrednika odnosno dobrog domaćina". U tom smislu govori i odredba članka 508. ZOO-a. Naime, u stavku 1. toga članka izrekom stoji da kada je zbog zakašnjenja kupca rizik prešao na njega pre predaje predmeta, prodava-

<sup>19</sup> To podjednako vredi i za odnose koji nastaju prouzrokovanjem štete, i to za one od njih kod kojih je odgovornost za štetnika subjektivna. Poblizje rečeno, tu se radi o šteti pričinjenoj propuštanjem potrebne pažnje koju je štetnik u danim okolnostima trebao pokazati (pažnja običnog čovjeka, odnosno pažnja dobrog gospodara, ili pažnja dobrog privrednika – članci 158, 254. i 255. ZOO-a).



vac je dužan predmet čuvati pažnjom dobrog privrednika, odnosno dobrog domaćina te u tom cilju poduzeti potrebne mjere. To isto vredi i za kupca koji je primio predmet, nakon čega je došlo do raskida ugovora ili je kupac tražio drugi predmet (stav 2. članka 508. ZOO-a).<sup>20</sup>

Izlaganje o načelu savjesnosti i poštenja u ZOO, završi ćemo isticanjem načelno izraženog opredjeljenja Zakona o obligacionim odnosima u pogledu dužnosti ispunjavanja obaveza u članu 251., prema kojemu je poverilac u obligacionom odnosu ovlašten tražiti od dužnika ispunjenje obaveza, a dužnik ju je dužan ispuniti savjesno u svemu kako ona glasi. Ako obaveza ne bude ispunjena ili se zakasni s njezinim ispunjenjem, poverilac ima pravo tražiti naknadu štete koju je zbog toga pretrpeo.

## VII

Navedena pravila opšteg ugovornog prava imaju svoju konkretizaciju i svojstvenu primenu i posebnim pravnim granama, kao što je slučaj sa potrošačkim pravom. Taku, u Zakonu o zaštiti potrošača<sup>21</sup> Republike Makedonije u članovima 31-a do 31-nj implementirana je Direktiva br. 2005/29/EC od 11. maja 2005. godine u vezi sa nepoštenom poslovnom praksom trgovaca prema potrošačima<sup>22</sup>. Ova Direktiva donosi na komunitarnom nivou opšta i posebna jednoobrazna pravila kojima se utvrđuju nekorektni postupci trgovaca prema potrošačima koji mogu imati bitan uticaj na donošenje njihovih odluka u vezi sa kupovinom proizvoda. U Direktivi je normirana opšta klauzula o nepoštenim poslovnim postupcima (čl. 5), pravila o posebnim oblicima nekorektnih poslovnih postupaka kojima se smatraju prevarne poslovne radnje (čl. 6), prevarni poslovni propusti (čl. 7) i agresivni poslovni postupci (čl. 8 i 9), kao i pravila o zaštiti potrošača od nekorektnih poslovnih postupaka (čl. 11–13). Direktivom se za udruženja trgovaca, prema terminologiji Direktive, donosiocima kodeksa poslovne prakse predviđa odgovornost i primena sankcija za slučaj da podstiču Direktivom zabranjenu nepoštenu poslovnu praksu svojih članica. Direktiva je namenila posebnu ulogu poslovnim kodeksima utoliko što je propisala da države članice moraju za poslovne kodekse da propišu odgovarajuću ulogu, odnosno način na koji će oni i donosioci kodeksa imati u doslednoj primeni principa ove Direktive i otklanjanju nekorektnih poslovnih postupaka članica donosioca kodeksa. Direktiva poslovne kodekse posmatra kao sistem etičkih ili drugih posebnih (npr. tehničkih profesionalnih, tj. standardnih) pravila kojima se propisuju očekivani postupci ili zabranjuju određeni postupci, propusti, način poslovanja ili predstavljanja, komunikacija

---

<sup>20</sup> V. i članke 212, 577, 584, 718, 739, 770, 807, 832, 853, 874, 882, 924. i 1088. ZOO-a.

<sup>21</sup> Zakon o zaštiti potrošača (RM) Sl. Vesnik na RM br. 38/04, 77/07, 103/08, 24/11.

<sup>22</sup> Zlatović, D., Nova Smjernica EU o nepoštenom tržišnom natjecanju, Hrvatska pravna revija, Zagreb, god. VI, br.3, 2006, str. 48–59.

koja obuhvata reklamiranje i marketing trgovca direktno povezan sa promocijom, prodajom ili isporukom proizvoda potrošačima<sup>23</sup>.

U zemljama u regionu, u Republici Srbiji, Republici Makedoniji, Crnoj Gori kao i u novoj članici EU Republici Hrvatskoj kao što smo naglasili primenjuje se još uvek Zakoni o obligacionim odnosima koji sadrže načelo o savesnosti i poštenju na koje se moraju pridržavati svi učesnici u prometu. U svim zemljama kako je poznato postoje nacionalni zakoni o zaštiti potrošača<sup>24</sup> gde je transponovana i Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi. U zemljama u regionu postoje mišljenja da bi moglo da se donese usklađen sa ovom Direktivom poseban zakon o nepoštenoj poslovnoj praksi koji će na opšti način regulisati sve privredne delatnosti nepoštenih poslovnih postupke trgovaca prema potrošačima koji mogu uticati na njihove kupovne odluke o proizvodima, uključivši i nekorektno reklamiranje i marketing, s obzirom da postoji fragmentarno normiranje ovih pitanja u nacionalnim zakonima o zaštiti potrošača. Boljom implementacijom Direktive – obezbedi će se visok stepen zaštite potrošača od nepoštenih poslovnih postupaka tako što će zabraniti postupke trgovaca koji direktno povređuju ekonomske interese potrošača u pogledu donošenja informisanih i efikasnih odluka o kupovini proizvoda i na taj način posredno zaštititi ekonomske interese legitimnih konkurenata na tržištu.

Značajno narušavanje poslovnog ponašanja (poslovne prakse) u svim zakonima i u Zakonu o zaštiti potrošača Republike Makedonije postoji kada se koristi sa ciljem da značajno onemogući sposobnost potrošača da donese odluku zasnovanu na prethodnoj informaciji, te na taj način deluje da potrošač donese odluku o pravnom poslu, koju inače ne bi doneo. U saglasnosti sa navedenim, nepoštena poslovna praksa je suprotna zahtjevima profesionalne pažnje a istovremeno bitno utiče ili je vjerovatno da će bitno uticati na ekonomsko ponašanje *prosječnog potrošača* koji je tom djelovanju izložen, ili *prosječnog člana grupe potrošača* (kada je poslovna praksa usmerena na posebnu grupu potrošača). Prema Direktivi postoji *opšta odredba koja zabranjuje nepošteno poslovno ponašanja*, takozvana “umbrella provision”, koja ima za cilj da obuhvati sve vidove poslovnog ponašanja koji se smatraju kao nepošteni. Prema Direktivi utvrđene su dve kategorije nepoštenog poslovnog ponašanja: *prevarna-obmanjujuća poslovna praksa i agresivna poslovna praksa*.

I ova Direktiva kao i u nacionalnim zakonima zemalja članica kao i kandidata za članice predviđa da se trgovci trebaju pridržavati poštene poslovne prak-

<sup>23</sup> Vidi M.L. Velkova, J.D. Anastasovska Nepoštena poslovna praksa: Iskustva EU u primeni Direktive 2005/29/EC / “Jačanje zaštite potrošača u Srbiji” Beograd 2013 str. 154 i dr.

<sup>24</sup> Službeno glasilo u Republike Hrvatske” narodne Novine” br. 79/07, Zakon o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti potrošača, “Narodne Novine 79/09; Zakon o zaštiti potrošača (Crne Gore) “Službeni list RCG, br. 26/2007; Zakon o zaštiti potrošača (RS), Službeni glasnik RS 73/2010; Zakon o zaštiti potrošača (RM) Sl. Vesnik na RM br. 38/04, 77/07, 103/08, 24/11.

se u svim fazama predugovornoj, ugovornoj i postugovornoj fazi kada se prodaju proizvodi i daju usluge.

Kako je već ukazano, u svim zemljama postoje nacionalni zakoni o zaštiti potrošača<sup>25</sup> gde je transponovana i Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi. Ipak potrošači iz ovog regiona još uvek nisu u potpunosti dovoljno educirani o svojim pravima i tek će retki podneti prigovor nadležnima, bilo da je reč o prigovoru koji se podnosi unutar samog preduzeća/prodavca proizvoda ili usluge, odnosno o prigovoru koji je upućen uredu državnog inspektorata, ili drugih nadležnih organa. Problem je i u nedovoljnoj informisanosti samih potrošača o njihovim pravima, pa shodno tome vrlo često zbog nepoznavanja prava potrošači poštovanje istih i ne traže. Za razliku od ove situacije, potrošači u EU znaju za svoja prava i hoće iskoristiti svoja potrošačka prava pri kupovini proizvoda i korišćenju usluga kako u svojoj zemlji tako i kada se radi o preko-graničnoj trgovini.

Finalni izveštaj projekta koji se sprovodio pod Specifičnim programom<sup>26</sup> gde se obrađuju praktični slučajevi nepoštene poslovne prakse, ali i koordinirane akcije u drugim oblastima potrošačkog prava ukazuje na brojne akcije gde su se u prepoznavanju kršenja potrošačkih prava uključivali ne samo državni organi nego i organizacije potrošača. Jedan od takvih primera koordinirane akcije je slučaj kada je kod reklamne prodaje kompanija Apple prekršila odredbe Evropskog potrošačkog prava na nacionalnom nivou zemalja članica, osobito odredbe Direktive 2005/29/EK o nepoštenoj poslovnoj praksi, Direktive 99/44/EK o prodaji robe potrošačima i Direktive 1993/13/EEK o nepoštenim ugovornim odredbama. Apple je reklamirao jednogodišnju limitiranu garanciju od strane proizvođača, koja je u suštini obmanjivala potrošače u odnosu na njihovo pravo na minimum dvogodišnju garanciju. Istovremeno je Apple promovisao mogućnost produženje garancije, preko prodaje plana za zaštitu (Apple Care Protection Plan) za šta su potrošači trebali da plate izvesni deo novca za zaštitu koja im svakako pripada na osnovu zakona ( pravo da se proizvod popravi ili zameni u slučaju neispravnosti za vreme od dve godine perioda garancije).

Ovaj kratki prikaz rešenja sadržanih u funkcionalnoj pravnoj disciplini za zaštitu potrošača od nepoštene poslovne prakse i evropske prakse za zaštitu potrošača je jedino u funkciji da se ilustruje neizmerno veliko značenje načela savjesnosti i poštenja i u modernom pravu.

---

<sup>25</sup> Službeno glasilo u Republike Hrvatske” narodne Novine” br. 79/07, Zakon o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti potrošača, “Narodne Novine 79/09; Zakon o zaštiti potrošača (Crne Gore) “ Službeni list RCG br. 26/2007; Zakon o zaštiti potrošača (RS), Službeni glasnik RS 73/2010; Zakon o zaštiti potrošača (RM) Sl. Vesnik na RM br. 38/04, 77/07, 103/08, 24/11.

<sup>26</sup> Consumer Justice Inforcement Forum (CoJEF) Project., Guidelines for enforcement on consumer rights, May 2013, page 12, 13, 14, [http://cojef-project.eu/IMG/pdf/Conclusions\\_document\\_cases\\_FINAL\\_8\\_May.pdf](http://cojef-project.eu/IMG/pdf/Conclusions_document_cases_FINAL_8_May.pdf)

VIII

Na samom kraju izlaganja o načelu savesnosti i poštenja ostaje još da zaključimo da je reč o osobito značajnom načelu, načelu koje se u dugoj istoriji svoga postojanja podjednako potvrdilo u domeni objektivnog prava, pravnoj doktrini i jurisprudenciji. Ono je, kao i sva druga načela, budući odraz i izraz društveno-ekonomskih odnosa, u danom vremenu i sredini primenjeno da konkretni odnos stvara obavezu subjekata toga odnosa da ga ispune u sadržaju koji odgovara tim odnosima. No, imajući u vidu činjenicu da svaki poseban odnos nastaje u konkretno danim okolnostima i da se po svojim specifičnostima razlikuje od drugih odnosa, nije dovoljno ostati samo na toj opštoj razini utvrđivanja sadržaja toga načela. Da bi ono bilo dovedeno na razinu potreba svakog pojedinog slučaja i da bi odgovorilo svom osnovnom zadatku kao blanketna norma, nužno ga je pri njegovoj primeni ispuniti sadržajem koji će pre svega odgovarati okolnostima i potrebama koje traži konkretni slučaj. Pri tom, posebno treba brinuti i o relaciji tog načela s drugim načelima, njemu bliskim pravnim institutima i, svakako, s moralnim imperativima. Poslednje je od posebne važnosti, i to stoga što se tu susrećemo s načelom koje je pravne, ali još vise i moralne prirode. U svakom slučaju, najodgovorniji je zadatak suda, koji će u primeni toga načela morati uložiti veliko znanje i stručnost, pri čemu će trebati uvek imati na umu da je reč o načelu koje samo po sebi nije primenljivo. On je telo koje mu može udahnuti "život", ali mu ga i oduzeti.

GALE GALEV, Ph.D.,

Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus", University "Ss Cyril and Methodius" in Skopje, Republic of Macedonia

JADRANKA DABOVIĆ-ANASTASOVSKA, Ph.D.,

Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus", University "Ss Cyril and Methodius" in Skopje, Republic of Macedonia

THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH  
IN MACEDONIAN CONTRACT LAW

Summary

The object of this article is principle of good faith. Emphasis of discussion is on place, role and meaning of this principle in obligations, especially in contracts. The article consists of several parts and conclusion. Firstly, general issues relating to the issue have been presented. Issue of etymological meaning of notion good faith follows. Third part discusses nature of the principle of good faith understood as a blank norm, i.e., as a legal standard. Fourth part is dedicated to relation (similarities and differences) of this principle to categories good practice, fairness and business practice. Field of application – pre-contractual, contractual and post-contractual phase – is comprised in the fifth part. Subsequently, existence of principle of good faith in the new Macedonian Law on Obligations has been analyzed. In the seventh part, the application of the principle of good faith is analyzed in the field of consumer law, in the legal systems of the Republic of Macedonia and the states of the region.

BRANKO MORAIT

## PRAVO NA DOSTOJANSTVO LIČNOSTI U PREDNACRTU GRAĐANSKOG ZAKONIKA REPUBLIKE SRBIJE

### U V O D

Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije dobio je Opšti deo u okviru kojeg su obrađena i prava ličnosti.<sup>1</sup> Čini se da se ovaj odsek može podijeliti na dva dijela, na prvi dio-prava ličnosti i drugi dio-pravo na eutanaziju. Mada se i prava ličnosti dugo i kontroverzno afirmišu u pravu, još je teža i kontroverznija afirmacija prava na eutanaziju. Čini se da prava ličnosti imaju svoju biološku podlogu u egzistenciji čovjeka, dok pravo na eutanaziju gasi sva lična prava, jer dovodi do prestanka čovjekove egzistencije. Otuda je afirmacija prava na eutanaziju u okvirima prava ličnosti otvorena za raspravu. Posmatrajući predloženu regulativu čini se da ona ima tri dijela: pravo na dostojanstvo, lična prava i pravo na eutanaziju. Pravo na dostojanstvo je osnova svih ličnih prava dok je pravco na eutanaziju negacija svih ličnih prava. Otuda nama se čini da je u materiji zaštite suštine čovjekovog bića, dostojanstvo osnova svega, postament na kojem sve počiva. Lična prava su izvedena iz dostojanstva koje je stvorilo mogućnost za društveno priznanje i društveni život čovjeka. Na kraju, kao mogućnost nestanka svih ličnih prava pojavljuje se pravo na eutanaziju. Radi se o konstituisanju eutanazije kao prava, ličnog prava. Prava ličnosti su vezana za egzistenciju ličnosti. Nema prava bez ličnosti. Legalizacija eutanazije znači mogućnost nestanka ličnosti pa tako i ličnih prava. Da li legalizacija eutanazije ima svoj izvor, svoju podlogu u dostojanstvu kao postamentu svih ličnih prava odnosno prava ličnosti?

---

Dr Branko Morait, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjaluci.

<sup>1</sup> Odsek 3., čl. 80–87.

Ako pogledamo sistematiku izlaganja Opšteg dela Građanskog zakonika Republike Srbije u Prednacrtu vidimo da je odredbom člana 2. naslovljenom "cilj zakonika" navedeno da "Zakonik svim svojim odredbama teži ostvarivanju vrline pravde." Nakon toga, slijedi član 3. "Savesnost i poštenje", koje je označeno kao vrhovno načelo zakonika, čija se primjena ne može isključiti ili ograničiti. Čini nam se, prima facie, da je, odmah iza odredbe o cilju zakonika trebalo postaviti načelnu odredbu o pravu na dostojanstvo ličnosti. Tako bi ovo pravo dobilo mjesto koje zaslužuje, a ne bi se omela njegova razrada u Odseku 3. "Prava ličnosti".

### *Zatečeno stanje regulative prava na dostojanstvo*

Ako se želimo osvrnuti na položaj norme o dostojanstvu čovjeka u sistemu Zakona o obligacionim odnosima, moramo se podsjetiti na odredbu člana 202. ZOO koja nosi naslov: "Satisfakcija u posebnim slučajevima."

– "Pravo na pravičnu novčanu naknadu zbog pretrpljenih duševnih bolova ima lice koje je prevarom ili zloupotrebom nekog odnosa podređenosti ili zavistnosti navedeno na kažnjivu obljudu ili kažnjivu bludnu radnju, kao i lice kome je izvršeno neko drugo krivično djelo protiv *dostojanstva ličnosti* ili morala". –

Zakonodavac je, prilikom donošenja Zakona o obligacionim odnosima, krivična djela protiv dostojanstva ličnosti posebno izdvojio, smatrajući da su nešto posebno u odnosu na lična dobra koja se štite odredbom člana 200. stav 1. ZOO, i da se radi o posebno teškim povredama ličnih dobara koja zaslužuju i dosuđiva-nje značajnije novčane satisfakcije. Odvojeno normirajući ove povrede dostojanstva ličnosti i morala, čini nam se da ih je zakonodavac neočekivano i nepotrebno marginalizovao, iako mu to možda nije bila istinska namjera, nego mu je osnovna namjera, koja nije došla do izražaja bila, da ih, kao kvalifikovane slučajeve povreda ličnih dobara zaštiti većim i značajnijim sankcijama u vidu pravične novčane naknade nematerijalne štete.

Na prošlogodišnjem, XXVI Susretu na Kopaoniku okvirna tema je bila Pravo i dostojanstvo. U tom okviru obradili smo temu: "Zaštita ljudskog dostojanstva u obligacionom pravu". Pošli smo od toga što je pozitivno zakonodavstvo o obligacionim odnosima sadržavalo kao norme kojima se štite lična prava. Zbog toga mi smo obradili prave ličnopravne zahtjeve, kao što je zahtjev za propuštanje (*quasi negatoria*) iz odredbe člana 157. Zakona o obligacionim odnosima, kao preventivnog zahtjeva kojemu je cilj da spriječi povredu ličnog dobra<sup>2</sup>, kao i zahtjev za uklanjanje, iz odredbe člana 199. Zakona o obligacionim odnosima koji

<sup>2</sup> Zahtjev da se prestane s povredom prava ličnosti, je odredbom člana 134. stav 1. Slovenačkog OZRS, sveobuhvatniji od izvornika (ZOO/78), jer propisuje, da svako ima pravo zahtjevati od suda ili drugog nadležnog organa da naredi prestanak radnje kojom se vrijeđa nepovredivost čovjekove ličnosti, ličnog i društvenog života ili kojeg drugog ličnog prava, *da zabrani takvu radnju ili da ukloni njene posljedice.* (Obligacijski zakonik, uradno prečišćeno besedilo, "Uradni list RS", št. 97/2007 dne 24.10.2007.)

je reaktivan, uslovljen tim što je povreda već nastupila. Pozitivno zakonodavstvo nije poznavalo kao pravi ličnostopravni zahtjev, tužbu za utvrđenje, da je lično dobro nedopušteno povrijeđeno.<sup>3</sup>

Nepravi ličnostopravni zahtjevi, koji ne nastaju usljed povrede ličnog prava, nego posredno štite lična prava usljed nastupjelih posljedica. Te nastupjele posljedice su: naknada neimovinske štete ako je povredom ličnog prava izazvana fizička ili psihička bol ili strah; naknada imovinske štete ako je osim povrede ličnog prava nastupilo i umanjenje imovine ili osujećenje njenog uvećanja i ako se štetnik ili povredilac ličnog prava neosnovano obogatio na račun povrijeđenog u ličnom pravu.<sup>4</sup>

Ovdje želimo istaći da razvoj procesnog zakonodavstva u Republici Srpskoj rezultira procesnu mogućnost realizacije pravila koje je sadržano u odredbi člana 199. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, kojom je (bilo) propisano<sup>5</sup> da “u slučaju povrede prava ličnosti sud može narediti, na trošak štetnika, objavljivanje presude, odnosno ispravke, ili narediti da štetnik povuče izjavu kojom je povreda učinjena, ili što drugo čime se može ostvariti svrha koja se postiže naknadom.” Kako to ističu savremeni teoretičari-procesualisti, da parafraziramo, to praktično znači da povrijeđeno lice može tražiti da sud utvrdi povredu prava ličnosti, prije nego bi se presuda objavila. Međuti, dosadašnji procesni zakoni nisu dozvoljavali da se kao predmet deklarativne tužbe postavi deklarativni tužbeni zahtjev da sud utvrdi povredu prava u konkretnom slučaju povredu prava ličnosti.<sup>6</sup> Povrijeđeno lice je, do reformisanja ZPP RS iz 2013, moglo podići samo kondemnatornu tužbu zbog povrede prava ličnosti uz koju je moglo podnijeti i zahtjev da se presuda objavi na trošak povređivača. Zakonodavnom intervencijom 2013. godine<sup>7</sup> unesena je odredba člana 10. stav 1. i stav 4. da tužilac u tužbi može tražiti da sud utvrdi povredu prava ličnosti, bez obzira na to da li je postavljen zahtjev za naknadu štete ili drugi zahtjev, u skladu sa posebnim propisom.<sup>8</sup> Vrijednost deklarativne tužbe se u literaturi ističe kao mogućnost njenog podizanja kada ostale tužbe za zaštitu prava ličnosti nisu podesne da pruže adekvatnu zaštitu povrijeđenom licu. To će biti kada nije moguće podnijeti tužbu zbog propuštanja, jer je dovršena radnja povređivanja ličnosti, ali nova povreda ne prijete; kada nije moguće podnijeti tužbu zbog uklanjanja, jer je odstranjeno stanje koje

---

<sup>3</sup> Vladimir V. Vodinić: Lična prava, 127 u Stanković Vodinić, Uvod u građansko pravo, peto neizmenjeno izdanje, Nomos, Beograd, 2007.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Zakon o obligacionim odnosima iz 1978. godine bivše SFRJ sa svim izmjenama i dopunama u oba b-h entiteta još se uvijek primijenjuje kao entitetski zakon.

<sup>6</sup> Račić, R. Deklarativna tužba, Pravni život, broj 12, Beograd, 2013. TOM IV, str. 19.

<sup>7</sup> Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, “Službeni glasnik Republike Srpske”, broj 61/13.

<sup>8</sup> Račić, R., *ibid.*, str. 20.

je dovelo do povrede prava ličnosti, kao i kada nije moguće podnijeti tužbu za naknadu štete, jer nisu nastale štetne posljedice povrede prava ličnosti, tj. duševni ili fizički bolovi i strah.<sup>9</sup> Kako se ističe, deklarativna tužba se sada može podići i kada su ispunjene pretpostavke za podizanje navedenih tužbi, kada ona preventivno djeluje na spriječavanju povređivanja prava ličnosti ili kada uklanja povredu prava ili kada uklanja povredu prava ličnosti ili omogućuje satisfakciju povrijeđenog. Pravosnažna deklarativna presuda, kojom sud utvrđuje povredu prava ličnosti, omogućuje tužiocu da u novom parničnom postupku podnese kondemnatornu tužbu a sud u podlogu svoje kondemnatorne presude unese dispozitiv deklarativne presude kojom je utvrđena povreda prava ličnosti, ne ulazeći ponovo u utvrđivanje postojanja i sadržaja povrede prava ličnosti.<sup>10</sup> Tužbeni zahtjev deklarativne tužbe nije posljedica materijalnopravnog zahtjeva, i za razliku od kondemnatorne tužbe, cilj deklarativne tužbe je prevencija. Otuda je dužnost suda da pazi na postojanje pravnog interesa za podizanje deklarativne tužbe, koji nestaje ako je u jednom materijalnopravnom odnosu već došlo do povrede prava, te će tada tužbu sud odbaciti kao nedopuštenu. Ako je u jednom materijalnopravnom odnosu već došlo do povrede prava takvu povredu treba reparirati, te nema pravnog interesa za prevencijom. Tada kondemnatorni zahtjev podrazumijeva isticanje zahtjeva za utvrđenjem da posoji povreda odnosa ili prava.<sup>11</sup>

### *Mjesto i uloga dostojanstva čovjeka u Njemačkom pravu*

Kao primjer uspješnog razvoja i zaštite ljudskih prava navodi se praksa tumačenja ustavnih odredbi od strane Ustavnog suda Njemačke tj. prva dva člana Ustava SRNj iz 1949. godine. Prvi član Ustava SR Njemačke utvrđuje dostojanstvo čovjeka kao neprikosnoveno, i obavezu državne vlasti da štiti i poštuje dostojanstvo svakog čovjeka. Drugi član Ustava SR Njemačke promovira pravo svakoga na slobodan razvoj sopstvene ličnosti, ukoliko se time ne krše prava drugih i ukoliko se ne postupa protivno ustavnom poretku ili pravilima morala. Stav drugi istog člana propisuje da svako ima pravo na život i tjelesni integritet.

Sloboda ličnosti je neprikosnovena. Zadiranje u ova prava može se urediti samo zakonom. U literaturi je zapažen značaj njemačkog pravnog stvaralaštva na izgradnji apstraktnih pojmova kakvi su dostojanstvo čovjeka i opšte pravo ličnosti.<sup>12</sup>

Tumačenja njemačkog ustavnog suda ukazuju na neprikosnovenost ustavnih garancija koje zakonodavna vlast više ne može mijenjati ili uskraćivati. Državna vlast je ograničena neprikosnovenim ustavnim vrijednostima, a najviša

<sup>9</sup> Parafrazirano prema: Račić, R., *ibid.*, 21.

<sup>10</sup> *Ibid.*, 21.

<sup>11</sup> *Ibid.*, 24.

<sup>12</sup> Saša Gaji, *Ljudska prava-pravno sistemski okvir*, Beograd 2011, 82.



vrijednost Ustava SRNj je dostojanstvo čovjeka koje ima prednost nad moćima državnog aparata.<sup>13</sup>

Ustavna garancija dostojanstva čovjeka spriječava tretiranje čovjeka kao objekta ili stavljanja čovjeka u položaj sredstva za ostvarenje nekih “viših” ili “društvenih”, “državnih” i dr. ciljeva. Čovjek je ličnost obdarena dostojanstvom i neotuđivim pravima.<sup>14</sup> Garancija dostojanstva ličnosti u njemačkom pravnom sistemu obuhvata tri funkcije zaštite ljudskih prava. Prva je zaštita fizičkog integriteta, tj. digniteta od povreda časti pojedinaca ili grupa.<sup>15</sup> Druga je zaštitna funkcija takva da se poštovanje svih ostalih prava i sloboda ličnosti izjednačava sa uvažavanjem ljudskog dostojanstva.<sup>16</sup> Na ovaj način se ljudsko dostojanstvo izjednačava sa “opštim pravom ličnosti”. Treća zaštitna funkcija je autentično obilježje sudske prakse najvišeg njemačkog suda i nije vezano za pojedinačna prava i slobode, već za ljudsko dostojanstvo kao “stub časti” na kojem počiva cjelokupni sistem zaštite ljudskih prava.<sup>17</sup>

Pored ovog “stuba časti” koji počiva na ustavnoj garanciji ljudskog dostojanstva kao najviše zaštićene vrijednosti, njemački sudovi su izgradili i drugi stub u vidu “opšteg prava ličnosti.” Time je dovršen proces tumačenja člana 823. Njemačkog Građanskog zakonika koji je garantovao zaštitu u slučaju povrede života, tijela, zdravlja, slobode, svojine ili “drugog prava”. Njemački sudovi su se dugo opirali da uvažavaju tužbene zahtjeve po kojima su čast i privatnost ta “druga prava”. To je trajalo sve dok Savezni sud SRNj, pod uticajem odredaba čl. 1 i 2. Njemačkog ustava iz 1949. godine nije zauzeo eksplicitan stav da je “lično pravo” pojedinca ono “drugo pravo” o kome je u pomenutom paragrafu NjGZ riječ.<sup>18</sup> Tako je “opšte pravo ličnosti” postalo zaštitnik cjelokupnog korpusa ličnih dobara i vrijednosti pojedinca i obuhvata život, fizički i psihički integritet, čast, ugled, privatnost, lične zapise, lik, glas, lične podatke, identitet, ime i sl.

Sva nabrojana posebna prava ličnosti ili pojedinačna lična prava su dijelovi “okvirnog prava”, “opšteg prava ličnosti”.

Prema tumačenju njemačkog ustavnog suda, “opšte pravo ličnosti”, kao “matično pravo”, obezbjeđuje zaštitu ličnim dobrima onda kada sud ne može da obezbijedi neposrednu zaštitu pojedinih ličnih dobara zbog toga što pravni poredak ne sadrži eksplicitne garancije pojedinačnih, specifikovanih, prava ličnosti. U takvim slučajevima, u svrhu zaštite, sud se može pozvati na “opšte pravo ličnosti” i upustiti se u zaštitu bilo kojeg povrijeđenog ličnog dobra kao poje-

---

<sup>13</sup> Ibid., 85.

<sup>14</sup> Ibid., 87.

<sup>15</sup> Ibid., 89.

<sup>16</sup> Ibid., 91.

<sup>17</sup> Ibid., 94.

<sup>18</sup> Ibid., 95.

načnom, konstitutivnom elementu čovjekove ličnosti.<sup>19</sup> Zbog takvog stava i upli-va ustavnih normi i tumačenja Ustavnog suda, sudovi su mogli da iskoriste kapacitet “opšteg prava ličnosti” u funkciji popunjavanja pravnih praznina, nesmetano se upuštajući “u korak s vremenom” i prateći sve aspekte društveno-ekonomskog razvoja i njegovog uticaja na dostojanstvo i slobodu čovjekove ličnosti.

Afirmisanje njemačkog ustavnog garantovanja ljudskog dostojanstva se objašnjava porazom fašističko-nacističkih režima nakon završetka Drugog svjetskog rata i intencija tvoraca njemačkog Osnovnog zakona za raskidom sa totalitarnom prošlošću kroz afirmaciju ljudskog dostojanstva.<sup>20</sup> Odrednica o ljudskom dostojanstvu iz člana 1. Njemačkog Osnovnog zakona, “dragulj u kruni” njemačkog ustava, širi se u uporedno-pravnoj ustavnoj praksi, ali se i tamo gdje nije ustavna klauzula širi kao centralni pojam u rezonovanju ustavnih i vrhovnih sudova širom svijeta.<sup>21</sup>

Na prostorima bivše jugoslovenske države neprestano se ponavlja, u javnom prostoru, težnja da treba osigurati život dostojan čovjeka. Takav poziv nije novijeg datuma, ali je kod nas postao apel i vapaj koji odzvanja javnim prostorom.

*Ljudsko dostojanstvo-osnovni izvor prava ličnosti u Prednacrtu  
Građanskog zakonika Republike Srbije<sup>22</sup>*

Skoro je napisano da je za Srbiju najvažnije da obezbijedi obrazovanje i pravdu, a da je sve drugo manje važno odnosno da će se doći i do ekonomskog napretka ako se pravlada haos i anarhija koja zatire vjeru i nadu u pravdu.

Peta knjiga Prednacrt Komisije za izradu građanskog zakonika Republike Srbije sadrži predlog rješenja odredaba Opšteg dijela budućeg Građanskog zakonika. Mi smo se ovdje opredjelili za izlaganja iz Odsjeka 3. Odeljka 2. o Pravima ličnosti (čl. 80-87). Odredba člana 80. Pravo na dostojanstvo, “predsjedava” Odsekom 3. i predviđa, u stavu 1.: “Pravo na dostojanstvo ličnosti je neprikosnoveno i svi su dužni da ga poštuju.” Prava ličnosti su odvojeno propisana od Odseka 2. Odeljka 2. Prednacrt, koji uređuje dvije vrste subjektivnih prava: apsolutna i relativna subjektivna građanska prava. Tako se pokazuje da su Prava ličnosti prava *sui generis*. To se naročito odnosi na pravo na dostojanstvo. Ono što pravo na dostojanstvo Prednacrt postavlja kao matično pravo ličnosti vidi se iz odredbe člana 80. Stav 2. Prednacrt. Ova odredba predviđa da u Prava ličnosti spadaju: pravo na život, zdravlje i tjelesni integritet; pravo na slobodu; pravo na čast i ugled; pravo na ime; pravo na lični identitet; pravo na sopstvenu sliku; pravo na tajnost pi-

<sup>19</sup> Ibid., 96.

<sup>20</sup> Igor Milinković. Ljudsko dostojanstvo u oblastima bioetike i bioprava: aporije neupitnog, Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banja Luci, broj 36, 2014, str. 146.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Peta knjiga, Opšti deo, Beograd, 2013.

sama; pravo na glas; pravo na lični (privatni) život; pravo na psihički integritet; kao i na druga prava ličnosti utvrđena ustavom, međunarodnim konvencijama i posebnim zakonima.

Prava ličnosti se ne mogu poistovjetiti sa apsolutnim subjektivnim građanskim pravima, jer su bez objekta. Postoji shvatanje da su lična dobra objekti ličnih prava, te da ima dvije vrste objekata ličnih prava: ona koja su sastavni dio ličnosti (život, tijelo, dostojanstvo, čast i dr.) i druga koja su emanacija, opredmećenje ličnosti (foto, tonski i sl. zapisi).<sup>23</sup> Prava ličnosti su projektovana kao neotuđiva, te se ne mogu prometovati, ustupati niti nasljeđivati. Titular prava ličnosti ne može ga se odreći, ako bi to bilo protivno zakonu, javnom poretku ili moralu. Izlazi da su prava ličnosti urođena i neotuđiva.

Bez sumnje su autori Prednacrtu učinili veliki zaokret u pravcu afirmacije dostojanstva kao okvira za sva prava ličnosti. Povreda svakog od navedenih prava ličnosti ujedno je i povreda dostojanstva ličnosti. Sam pojam dostojanstva ličnosti ovako i dalje ostaje neodređen i nedefinisan. Radi se o prihvatanju koncepcije ljudskog dostojanstva kao opravdanja za priznavanje osnovnih ljudskih prava i sloboda na koje su svi ljudi samo zato što su ljudi i ovlašteni. Radi se o prihvatanju antropološke koncepcije o urođenom dostojanstvu svih članova ljudske zajednice. Za Kanta, kreatora najuticajnijeg koncepta ljudskog dostojanstva, dostojanstvo je nešto uzvišeno i neuporedivo: "U carstvu svrha sve ima ili neku cenu ili neko dostojanstvo. Ono što ima cenu takvo je da se na njegovo mesto može postaviti takođe nešto drugo kao njegov ekvivalent; naprotiv, ono što je uzvišenije od svake cene, ono što ne dopušta nikakav ekvivalent, dostojanstvo je."<sup>24</sup> Postoje klasifikacije koje pokušavaju da zaustave lutanja oko definisanja pojma zbog uočene neodređenosti, odsustvu čvrstog i nesumnjivog značenja pojma dostojanstva. Tako, po jednoj klasifikaciji, identifikuju se četiri vrste dostojanstva: dostojanstvo zasluža vezano za društveni položaj, dostojanstvo moralnog ugleda, dostojanstvo identiteta i univerzalno ljudsko dostojanstvo.<sup>25</sup> Na neodređenost upozoravaju beskraje rasprave unutar filozofske i pravno-filozofske misli, koje ne otklanjaju dileme sa kojima se može suočiti sudija koji bi nastojao standard ljudskog dostojanstva praktično primijeniti,<sup>26</sup> odnosno riješiti problem koji nastaje kada se obe strane u sporu, pozovu na vrijednost ljudskog dostojanstva.<sup>27</sup>

Nepotpunu pravnu zaštitu prava ličnosti Prednacrt u odrednici člana 82. priznaje i pravnim licima za ona prava ličnosti koja su primjerena prirodi pravnih lica i koja ih odvajaju i razlikuju od fizičkih lica, tj. koja ne proizilaze iz prirod-

---

<sup>23</sup> J. Vukotić: Lična prava i naknada neimovinske štete u slučaju njihove povrede, Pravni život, br. 10/2013, 746.

<sup>24</sup> Kant, Imanuel, Zasnivanje metafizike morala, Dereta, Beograd, 2008, str. 82.

<sup>25</sup> Igor Milinković, Ljudsko dostojanstvo u oblastima bioetike i bioprava: aporije neupitnog, 156.

<sup>26</sup> Ibid, 147.

<sup>27</sup> Ibid., 146.

nih svojstava čovjeka kao fizičkog odnosno prirodnog lica. Stav 1. Člana 82. Kaže o toj distinkciji između potpune zaštite ličnosti fizičkog lica i nepotpune zaštite pravnog lica slijedeće: "Fizičko lice uživa potpunu zaštitu svoje ličnosti". Ta formulacija ima i alternativu, koja glasi: "Ličnost čoveka (ljudskog bića) kao fizičkog lica uživa potpunu pravnu zaštitu." Ili, kako je lijepo kazano u odredbi stava 2. Člana 82. Prednacrt: *Pravno lice uživa zaštitu svih prava ličnosti, izuzev onih koja proizilaze iz prirodnih svojstava čoveka kao fizičkog lica (kao što su pol, godine života, srodstvo i sl.).*

Dileme oko određenosti odnosno neodređenosti pojačava odrednica člana 83. Prednacrt iz koje proizilazi da samo protivpravna povreda ličnosti uživa zaštitu. Postavlja se pitanje da li je protivpravnost i dalje uslov i za građansko-pravnu odgovornost, tj. za osnov naknade nematerijalne štete zbog povrede ličnih prava?<sup>28</sup> Ovdje se razrađuje kako povreda nije protivpravna ako je zasnovana na zakonitom pristanku povređenog ili na privatnom ili javnom interesu ili vrednosti. Ovo je upitno, jer je ljudsko dostojanstvo neprikosnovo (član 80. Stav 2.); ne može se ustupiti niti prelazi na nasljednike (član 81. Stav 1.); niko se ne može odreći prava ličnosti (član 81. st. 2. i 3) i prava ličnosti su urođena i neotuđiva (Alternativa stava 1. člana 81) Niko ne može da otuđi svoju slobodu niti da ograniči njeno vršenje, ako je to protivno zakonu, javnom poretku ili moralu, po odrednici člana 81. Stav 3. Prednacrt. Idući ovim putem vraćamo se na staru dilemu: dostojanstvo-pravo ili status? U literaturi se na dostojanstvo ličnosti različito gleda. Polazište je nesumnjivo u poimanju da su dostojanstvo, čast i ugled, različita lična dobra, ali da se iz praktičnih razloga teško mogu odvojeno tretirati.<sup>29</sup>

Najviša ljudska vrijednost je ljudsko dostojanstvo, koju svaki čovjek ima zbog toga što je ljudsko biće. Sva fizička lica su jednaka među sobom u dostojanstvu i pravima samim tim što su ljudska bića.<sup>30</sup> Svakom ljudskom biću pripada ljudsko dostojanstvo, što mu daje pravo da bude tretiran kao čovjek (individua), a ne stvar ili životinja, ili kao sredstvo za ostvarenje bilo čijih i bilo kojih "viših" ciljeva (državnih, nacionalnih, klasnih i sl.). Prema ovakvom određenju proizilazi da pravne konstrukcije, kao što je pravno lice, ne mogu imati dostojanstvo, odnosno da je to ekskluzivno svojstvo čovjeka kao ljudskog biće. Znači, ljudsko dostojanstvo je imanentna osobina fizičkog lica kao čovjeka, koja mu pripada uvijek, koje mu niko ne može poreći niti uskratiti, ni u kojem slučaju ili situaciji. Ljudska

<sup>28</sup> Vidi kod: M.Karanikić-Mirić: Krivica kao osnov deliktne odgovornosti lekara u građanskom pravu; Pravni život, br. 10/2013, str. 633, gdje se izlaže: "Ova teorijska konstrukcija odgovara onim pravnim sistemima koji uz tri uslova za zasnivanje subjektivne odgovornosti koje postavlja srpsko pravo- a to su šteta, uzročna veza i krivica-zahtevaju još i protivpravnost radnje kojom je pričinjena šteta. Takvo je, primera radi, nemačko pravo. (...) Međutim, u srpskom pravu protivpravnost štetne radnje ne predstavlja poseban uslov za zasnivanje deliktne građanskopravne odgovornosti-pa tako ni odgovornosti lekara."

<sup>29</sup> Gavella, Osobna prava I, 173.

<sup>30</sup> Ibid., 174.

jedinka je jedini ovlašten subjekt prava na ljudsko dostojanstvo i ovlaštena je ove attribute ljudskosti ličnosti uvijek uživati, a nije ovlaštena da ih se nikada odrekne. Znači da možemo preliminarno razlikovati ličnost od ljudskosti. "Ličnost" odnosno obilježje "lica" može imati i pravna konstrukcija kao što je pravno lice, ali "ljudskost" ne može imati kao ni dostojanstvo nijedna druga jedinka osim ljudske ličnosti.

Ljudsko dostojanstvo zaslužuje svako fizičko lice te se ono može kvalifikovati kao prirodno pravo, koje nije uslovljeno čovječijim psihičkim ili fizičkim, moralnim ili društvenim kvalitetima. Pravni pisci nas podsjećaju na odredbu paragrafa 16. AOGZ-a koja propisuje da "svaki čovjek ima prirodna prava, koja se poznaju samim razumom, i zato se on kao osoba ima smatrati."<sup>31</sup> Mi se ne možemo potpuno složiti da čast, ugled i dostojanstvo čine jedinstvo pojmova koji su pomiješani tako da se ne mogu izdvajati iz zajedničke cjeline. Mislimo, a praksa to potvrđuje, da se ugled može i dobiti i izgubiti, dok je dostojanstvo, uistinu, prirodno svojstvo, imanentno ljudskoj ličnosti. Zbog toga se ističe u literaturi da je ljudsko dostojanstvo ljudski (lični) status, a ne pravo. Zbog toga ljudsko dostojanstvo nemaju pravna lica.<sup>32</sup>

Ljudsko dostojanstvo je preduslov svih prava, svih ljudskih prava i prava ličnosti. Zbog toga ga možemo smatrati i statusom i ne možemo se složiti sa stavom koji glasi: "Svjesni da je naziv pravo na dostojanstvo, čast i ugled suviše dugačak i suviše opisan da bi mogao dobro igrati ulogu pravnog termina, mi ćemo se služiti kraćim (i uobičajenim) nazivom-pravo na čast i ugled."<sup>33</sup> Ako pođemo od hipoteze da je pravo na ljudsko dostojanstvo, status, a ne pravo, postavlja se pitanje kako zaštititi status? Statusna prava određuju opšti pravni položaj lica, kao što je pravna i poslovna sposobnost, rođenje, smrt, srodstvo, državljanstvo, bračno stanje i sl. U statusne stvari ulaze i prava ličnosti. O statusnim stvarima staraju se organi uprave koji evidentiraju statuse i izdaju javne isprave u vezi sa statusom lica. Dio statusnih stvari uređuje sud u vanparničnom postupku.<sup>34</sup> Teško je prihvatiti odrednicu člana 83. Prednacrtu koja predviđa zaštitu od protivpravnog ponašanja ako se ona ne dovede u vezu sa pravom na naknadu štete kao indirektnom sankcijom povrede ljudskog dostojanstva kada je povredom ličnog prava došlo i do prouzrokovanja štete. Ako je dostojanstvo, slijedeći Kantovo učenje, neprocjenjivo onda se obračunavanje naknade ne javlja kao naknada štete već kao novčana kazna.

Procjena povrede ljudskog dostojanstva prevazilazi uobičajene standarde poznate iz obligacionog prava. Upravo jedan primjer iz njemačkog pravnog iskustva o zaštiti dostojanstva na to ukazuje. U jednom slučaju, Ustavni sud Njemačke

---

<sup>31</sup> Ibid., 24.

<sup>32</sup> Ibid., 175.

<sup>33</sup> Ibid., 174.

<sup>34</sup> Pravna enciklopedija 2, 1985, Beograd, "Savremena administracija", str. 1597.

je stavio van snage odredbu Zakona o bezbjednosti avio-saobraćaja koja bi omogućavala vojsci da obori svaki avion koji se koristi za izvođenje terorističkih napada. U odluci Ustavnog suda Njemačke iz februara 2006. godine, ističe se da je ova zakonska odredba inkompatibilna sa garancijom prava na život iz odredbe člana 2. stav 2. Njemačkog Ustava, a u vezi sa garancijom dostojanstva čovjeka iz člana 1. Osnovnog zakona. Ovakva odredba omogućava državi da ljude koji se nalaze u letilici, a koji ne učestvuju u izvršenju zločina terorizma, liši života u cilju spašavanja drugih ljudi. Na ovaj način taoci u avionu stavljeni su u poziciju objekta, a vrijednost koju za sebe posjeduju kao ljudska bića im se odriče.<sup>35</sup> Znači, dostojanstvo je vrijednost koju svako za sebe posjeduje kao ljudsko biće.

Za definisanje pojma dostojanstva korisno je upotrebiti tzv. "objekt-formulu" po kojoj je negiranje čovjekovih imanentnih vrijednosti i njegovo stavljanje u položaj sredstva, odnosno objekta radi ostvarenja određenih ciljeva nedopustivo sa stanovišta ustavne garancije ljudskog dostojanstva.<sup>36</sup> Čovjek se ne može svesti u status pukog objekta, tako da je dostojanstvo status pojedinca obdarenog dostojanstvom i neotuđivim pravima. Kao što je odredba člana 80. Prednacrta potcrtala pravo na dostojanstvo u stavu 1. i prava iz dostojanstva u stavu 2., ostavila je dostojanstvo nedefinisano. Međutim, tako postupa i član 1. Povelje o ljudskim pravima UN kada izriče stav: "Sva ljudska bića rađaju se slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima." Po svemu izlazi da se povreda dostojanstva projektuje kao povreda prava ličnosti. Da li je dostojanstvo jedno od prava ličnosti ili nosač odnosno okvir za sva prava ličnosti, ili status odnosno najviša ljudska vrijednost, ono zaslužuje zaštitu i kao pravo ličnosti. Kao što smo vidjeli, u Njemačkom poslijeratnom ustavno-sudskom iskustvu, ljudsko dostojanstvo je bazična vrijednost na kojoj počiva sistem zaštite ljudskih prava i ne svodi se, kao što je u jugoslovenskoj krivičnopravnoj i građanskopravnoj regulativi bio slučaj svođenja na neposrednu zaštitu časti, već i na zaštitu ostalih prava i sloboda, te se uz ovaj "stub časti" u Njemačkoj formiralo i "opšte pravo ličnosti". Ova tendencija se kroz rješenja Prednacrta GZ RS zagovara i u srpskom pravu. Da parafraziramo, sama čovječnost je dostojanstvo, dostojanstvo je ličnost, iznad svih drugih bića svijeta, koja nisu ljudi. Ono što je uzdignuto iznad svake cijene, što nema nikakav ekvivalent, to ima dostojanstvo, koje ima bezuslovnu i neuporedivu vrijednost i riječ "poštovanje" jedini je dolični oblik cijenjenja.<sup>37</sup>

Pravni instrumenti građansko pravne zaštite prava ličnosti su: zahtjev za zabranu protivpravne povrede prava ličnosti ako ona neposredno predstoji; zahtjev utvrđivanje protivpravne povrede, zahtjev za prestanak povređivanja koje je u toku; zahtjev za uzdržavanje od budućih povreda; zahtjev za uklanjanje posljedica učinjenih povreda; zahtjev za naknadu materijalne ili nematerijalne štete; zahtjev

<sup>35</sup> Gajin., op. cit., 87.

<sup>36</sup> Vladimir V. Vodinelić, Pravo na ljudsko dostojanstvo, Zbornik PFZ, 39 (5-6), 726.

<sup>37</sup> Ibid., 725.

za objavljivanje informacije; zahtev za objavljivanje ispravke ili sudske ili druge odluke nadležnog organa.<sup>38</sup>

Prednacrt predviđa i privremene mjere koje mogu biti preventivne, represivne ili garancijske.<sup>39</sup> U svakom slučaju, ukazala se prilika da se pravo na dostojanstvo formira kao opšte pravo ličnosti, kao osnovna garancija nepovredivosti integriteta ličnosti, pa tako i svih ličnih prava, bilo da su ona enumeracijom navedena kao posebna prava ličnosti ili nisu ni navedena, jer tada opšte pravo ličnosti služi za popunjavanje praznina i potpunu zaštitu ličnosti ne čekajući potez zakonodavca da propiše posebno prava ličnosti i odredi mu sadržinu.

### *Pravo na eutanaziju kao naličje prava na dostojanstvo ličnosti*

Ovdje moramo učiniti digresiju i napomenu dovodeći u vezu odrednicu o pravnoj prirodi prava ličnosti sa odrednicom člana 87. Prednacrtu Opšteg dijela GZ RS. U ovoj odrednici Prednacrtu zagovara se legalizacija i dekriminalizacija eutanazije, kao saglasnog i dobrovoljnog prevremenog prekida života. Jedno od polja na kojima je dostojanstvo izloženo najozbiljnijim iskušenjima jesu bio-medicinske metode i biogenetički eksperimenti in vivo, počev od vantjelesne oplodnje, manipulacije genima ili genetskim inženjeringom, kloniranjem, kao postupcima koji gaze ljudsko dostojanstvo i relativizuju njegovu vrijednost pod izgovorom napretka i boljitka.<sup>40</sup> U prvom planu je napredak, ugroženost čovjekovog dostojanstva predstavlja gubitke pri napredovanju<sup>41</sup>. Ako je obaveza poštovanja ljudskog dostojanstva ona najveća obaveza za svakoga, tada je to obaveza i za samog subjekta, da sam ne ugrožava sopstveno dostojanstvo, ali i za sve druge. To je u prvom redu obaveza za državu koja, kada kao zakonodavac uređuje društvene odnose vodi računa da normiranjem uzme u obzir ljudsko dostojanstvo i promoviše normativna rješenja u skladu sa dostojanstvom a ne suprotno. Nije dopustivo koristiti metode ili rješenja koja čovjeka svode na objekt, ali je, s druge strane, nedopustivo ne postići normativna rješenja koja pomažu čovjeku da izađe iz ponižavajućeg, neljudskog, nehumanog položaja ili stanja u koje je zapao protivno svojoj volji ili bez volje. Nepovredivost dostojanstva čovjekove ličnosti ima i svoju stranu u smislu koje čovjeku treba obezbjediti življenje dostojno čovjeka. Znači pored sekundarne zaštite ili postuliranih zaštitnih mehanizama, postoje neki dijelovi u koje još uvijek nije zašla zakonodavna volja kojima bi se dozvolilo voljno zadiranje u život nedostojan čovjeka usljed nepovoljnih zdravstvenih okolnosti. U tom kontekstu, u oblasti bio-etike i bio-prava imamo još uvijek neraspriječene kontroverze na tradicionalnu temu legalizacije abortusa i njegove zloupotrebe,

---

<sup>38</sup> Član 85. Prednacrtu GZ RS.

<sup>39</sup> Član 86. Prednacrtu GZ RS.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> Ibid., 720.

do legalizacije eutanazije i mogućnosti njene zloupotrebe. Ako je za protivnike abortus-ubistvo, to je za protivnike eutanazije ova posljednja asistirano samoubistvo. U kontekst se ovdje pod dostojanstvo uvlači i pojam autonomije. Pristalice abortusa samo majci daju autonomiju izbora, a uskraćivanje izbora smatraju atakom na njeno dostojanstvo. S druge strane, protivnici ljudsko dostojanstvo pripisuju i fetusu. Nadalje su razvijene debate o opravdanosti pomoći ljekara pri samoubistvu, što se promovise kao "dostojanstvena smrt". Autonomija nalaže da se teško oboljelim omogući sloboda izbora do okončanja vlastitog života, a lišavanje te mogućnosti značilo bi lišiti ih dostojanstva. Protivnici koncepta legalizacije eutanazije ističu da upravo legalizacija znači podrivanje dostojanstva starih, nemoćnih i umirućih ljudi.<sup>42</sup> Belgija je 2002. Dozvolila eutanaziju za starije od 18 godina, a 2014. Je ukinula dobnu granicu za eutanaziju. U 2012. Zabilježeno je 1.432 slučaja eutanazije u Belgiji. U Belgijskom zakonodavstvu predviđeno je pet uslova za eutanaziju: posljednji stadij neizlječive bolesti, konstantni nesnosni bolovi, više puta ponovljen zahtjev djeteta za eutanazijom, provjera psihijataru o uviđanju djetetovog značenja eutanazije i pristanak roditelja.<sup>43</sup>

Mi bi se složili da je iznalaženje balansa između dostojanstva ličnosti i autonomije ličnosti izazov pred kojim je savremena etička i pravna misao. Ali ovo nas vraća na početak, na zadatak koji nije još uvijek urađen, a to je napor ka utvrđivanju prirode i pojma ljudskog dostojanstva. Da parafraziramo, na taj način bi bile sužene koordinate unutar kojih bi se tražili odgovori na ova i druga bioetička pitanja, te da se spriječi da u raspravama koje se tiču dostojanstva kao pobjednik izade najglasnija i najvještija strana.<sup>44</sup>

Određena iskustva sa korištenjem ljudskog tijela, organa i tkiva u svrhu liječenja postoje u Srbiji. Na osnovu međunarodne regulative stvoren je unutrašnji pravni okvir kojim je pravno regulisano doniranje, transplantacije organa, ćelija i tkiva u Srbiji.<sup>45</sup> Regulativa je očito proizašla harmonizacijom sa Konvencijom o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine u vezi presađivanja organa i tkiva ljudskog porijekla Savjeta Evrope iz 1997. godine sa Dodatnim Protokolom uz Konvenciju iz 2002. godine.<sup>46</sup> Ovim međunarodnim aktima zasnovani su principi kojih se pridržava i zakonodavstvo Srbije<sup>47</sup> i dalje ih razrađuje, a koji podrazumijevaju da se dostojanstvo i identi-

<sup>42</sup> Milinković, I.: op.cit. 160.

<sup>43</sup> Prema izvještaju "Blic", 15. Februar 2014. godine.

<sup>44</sup> Prema: Milinković, I.: op.cit. 162.

<sup>45</sup> Vidi više: prof. dr Slobodanka Konstantinović-Vilić, Pravno regulisanje doniranja, transplantacije organa, ćelija i tkiva u Srbiji, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. LIX, str. 27–49.

<sup>46</sup> Ibid., 28.

<sup>47</sup> Zakon o transplantaciji organa Republike Srbije ("Službeni glasnik RS", broj 72/09); Zakon o transplantaciji ćelija i tkiva Republike Srbije ("Službeni glasnik RS", broj 72/09).



tet svake osobe garantuju, bez diskriminacije; da se poštuje integritet, ostala lična prava i slobode; da je zabranjen komercijalni motiv i pristup ovim intervencijama, sticanje finansijske dobiti i trgovina. Ovo specijalno zakonodavstvo sadrži načela, opšte i posebne uslove za preduzimanje intervencija koje zadiru u integritet i dostojanstvo čovjeka, jer se čovjekovo tijelo koristi kao sredstvo za liječenje. Između ostalog, neophodan je pismeni pristanak davaoca, koji mora biti punoljetno, duševno zdravo i poslovno sposobno lice, tako da maloljetnici i duševno oboljela lica nisu u stanju da daju takav pristanak. Motiv davanja je od pravnog značaja, jer može biti samo humane prirode, iz razloga solidarnosti i nesebičnog pružanja pomoći, bez naknade.<sup>48</sup> Moguć je i odustanak davaoca, a nužan je i pristanak primaoca. Zanimljivo je pitanje tzv. "pretpostavljenog pristanka", kada je pacijent u besvjesnom stanju i nije u mogućnosti da da pristanak. Tada je prepušten ljekarskoj savjesti, kada je ljekar taj koji odlučuje da je takav zahvat jedino rješenje i ako vjeruje da bi se pacijent, da je pri svijesti, saglasio sa takvim zahvatom.<sup>49</sup> Ovo, specijalno, zakonodavstvo sadrži i odredbe o krivičnim djelima u vezi sa transplantacijom organa, ćelija i tkiva koja se sastoje u prisiljavanju pacijentata, prodaji, kupovini ili organizovanju komercijalne aktivnosti, kao i učestvovanje u presađivanju, ako pacijent nije dao pismeni pristanak.

#### ZAKLJUČAK

Opšti deo Građanskog zakonika Republike Srbije sadrži odredbu člana 3. koja nosi naslov "savjesnost i poštenje" koje je proklamovano kao vrhovno načelo zakonika. Primjena savjesnosti i poštenja ne može se isključiti ili ograničiti. Ako sada pokušamo povezati odredbe o dostojanstvu, kao osnovnom ličnom pravu, sa savjesnošću i poštenjem, ove dvije odredbe su u međusobnoj interakciji, tako da se čovjekovo tijelo može koristiti kao *sredstvo* u savremenoj medicini na način i pod uslovima propisanim posebnim zakonom, a u krajnjem slučaju i bez pristanka primaoca organa koji je prepušten ljekarskoj savjesti. Prema odredbi člana 4. Opšteg dijela Prednacrtu GZ RS, savjesnost i poštenje se pretpostavlja. Suprotno je dužan da dokazuje oponent. Drugi stav, koji savjesnim smatra lice koje nije znalo ili konkretno nije moglo znati za činjenice ili okolnosti od bitnog značaja za ostvarivanje ili zaštitu određenog građanskog prava, ne odgovara pojmu savjesnosti ljekara te je potrebno izvršiti pozitivno definisanje savjesnosti odnosno nesavjesnosti. "Uvodnim i opštim odredbama" Prednacrtu GZ RS obuhvaćeno je i pravilo o tumačenju zakona, sadržanom u odredbi stava 2. člana 12, po kojem, poseban zakon ne može biti u suprotnosti sa načelima zakonika i njegovima imperativnim odredbama. Time je uspostavljen hijerarhijski poredak pravnih normi, koji je uvijek bio u opasnosti, jer se posebnim zakonima zaobilazio opšti

---

<sup>48</sup> Ibid., 39.

<sup>49</sup> Ibid., 40.

propis, odnosno propis koji uređuje jednu oblast društvenih odnosa. Izuzetak potvrđuje pravilo a ne može da ga zaobilazi ili isključuje, čime nesavjesni zakonodavac ugrožava pravnu državu odnosno vladavinu prava kada mu ovi principi smetaju u ostvarenju uskih političkih interesa.

U načelnim odredbama, koje su uvodne u Opštem delu GZ RS, nema takvo-ga koje bi služilo kao opravdanje uvođenju prava na eutanaziju. Teorija prirodnog prava uči da postoje određena načela ljudskog ponašanja koja čekaju da budu otkrivena ljudskim razumom i sa kojima ljudski zakoni moraju biti usklađeni da bi bili važeći.<sup>50</sup> Pored toga, prihvaćeni društveni moral ne čini takav uticaj na pravo u pogledu odobravanja prava na eutanaziju bilo kroz zakonodavstvo ili sudsku praksu.<sup>51</sup> Ostaje pravni pozitivizam, ostaje zakonodavčeva volja da donosi pravo, pa i pravo na eutanaziju.<sup>52</sup> S jedne strane je volja zakonodavca, a s druge strane je razumom otkriveno ljudsko, prirodno pravo s kojim pozitivni zakon mora biti usklađen da bi bio važeći. Volja zakonodavca mora da u demokratskom društvu izvire iz volje građanu koju zakonodavna vlast reprezentuje. Nesumnjivo je da razne društvene snage imaju podijeljene stavove po pitanju prava na eutanaziju.<sup>53</sup>

Prema Hartu postoje barem dvije oznake koje pravna načela razlikuju od pravnih pravila: prvo je stepen opštosti, jer su načela široka, uopštena, nespecifična i izgledaju kao skup pravila.<sup>54</sup> I kao druga oznaka razlikovanja je u tom što načela upućuju na cilj, svrhu, pravo ili vrijednost.<sup>55</sup> Nama je prihvatljiv i stav Dvornika izražen kroz polemiku sa Hartom,<sup>56</sup> po kojem se načela razlikuju od pravila zbog dimenzije težine, a ne važenja, i zato što u slučaju sukoba sa drugim načelom veće težine jedno od načela može da bude odbačeno ili potisnuto u drugi plan, s tim što će i dalje egzistirati i biti korisno i upotrebljivo u drugim slučajevima kada može da pobijedi u konkurenciji s nekim drugim načelom manje težine.<sup>57</sup> Slijedom ovih izlaganja, čini se da u pogledu hijerarhije odnosno sistematike izlaganja u Nacrtu GZ RS pravo na dostojanstvo ima veću specifičnu težinu od načela savjesnosti i poštenja.

<sup>50</sup> Hart, H.: Pojam prava, Beograd, "Službeni glasnik"-Pravni fakultet, 2013, 244.

<sup>51</sup> Ibid., 260.

<sup>52</sup> Ibid., 113.

<sup>53</sup> Određene bolesti drastično ukazuju svje grozno lice kojem nema lijeka. Takva je amiotrofična lateralna skleroza ili Lajmova bolest koje pogođene progresivno lišavaju ljudskog dostojanstva. S druge strane, po starim pravilima koja su oduvijek postojala u Srpskoj pravoslavnoj crkvi, doniranje organa se nikad nije prihvatilo.

<sup>54</sup> Hart, H.: op. cit., 314.

<sup>55</sup> Ibid., 313.

<sup>56</sup> Ibid., 316.

<sup>57</sup> Ibid.

BRANKO MORAIT, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law Banja Luka  
University of Banja Luka

THE RIGHT TO THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON  
IN THE PRELIMINARY DRAFT OF THE CIVIL CODE  
OF OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In a modern civil law system, in Serbian countries, we have started to follow since the creation of civil codes in the Slav south (Serbian civil code and Montenegrin general property code), through the adoption of the Yugoslav Torts and Contract Act, Basic property law relations Act and other acts, a dominant place is ascribed to civil law principles.

Only today, when it is important to realise the idea of renewing and reaffirming civil code in Republic of Serbia, do legal principles acquire their true value. The greatest significance is ascribed to the principle of fairness and honesty as the supreme legal principle. A special place is assigned to the rights of the human person, especially to the right of dignity of the human person, which is irrefutable, and includes all rights of the human person, recognised by law and duly codified. The subjects of law, individual and legal entity, who allege a breach of the right to the human person, will have to prove that such right is codified and recognised as such by the civil code, constitution, international conventions and special acts.



## ZAŠTITA USTAVNIH VREDNOSTI U GRAĐANSKOM PRAVU KROZ NAČELO DOBRE VERE

### NAČELO DOBRE VERE – ZAŠTITA USTAVNIH VREDNOSTI U GRAĐANSKOM PRAVU

Ustavna prava predstavljaju objektivne ljudske vrednosti, važeće u svim oblastima prava. Ona bi trebala predstavljati osnovne vrednosne smernice i kod upotrebe normi građanskog prava, naročito kroz tumačenje načela dobre vere (*bona fide*).<sup>1</sup> Međutim, ovakvo stajalište dugo vremena nije bilo prihvaćeno jedno-glasno. Naime, postojala je jaka istorijska razlika između privatnog i javnog prava naročito u kontinentalnim pravnim sustavima gde građansko pravo (u tom smislu naročito ugovorno pravo) tradicionalno smatraju kao ono, koje je imuno na delovanje ustavnih prava (znači autonomno). Međutim, danas se sve više priča o pojavi – tzv. *konstitucionalizaciji građanskog prava* (*constitutionalization of private law*). Kod toga se radi o poimanju da građansko pravo nije (više) autonoman (i kao posledica sasvim nezavisan) sustav za odlučivanje o pravednosti između

---

Dr Boštjan Tratar, generalni državni pravobranilac Republike Slovenije, Ljubljana, i docent Fakulteta za državne i evropske studije.

<sup>1</sup> Cit. prema: Irene Kull: Principle of Good Faith and Constitutional Values in Contract Law, u: *Juridica International*, VII/2002, str. 142–148. Uporedi takođe Magdolna Sič: Trajne vrednosti rimskog prava, v: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, let. 43, 3–4/2006, str. 383–401; Tafaro Sebastiano: Osnovne napomene o bona fides i kontraktima, u: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, vol. 40, br. 3/2006, str. 73–105; Vladimir Vuletić: Od bona fides do načela savjesnosti i poštenja, u: *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/2010, st. 258–287 i Jadranka Osrečak: Poredbenopravni prikaz načela savjesnosti i poštenja, u: *Zagrebačka pravna revija*, br. 1/2014, str. 53–77.

privatnopravnih subjekata (ugovornih stranaka), nego treba da odražava takode vrednosti (vrednostne smernice), kako one proizlaze iz ustava (osobito iz ustavnih prava).<sup>2</sup> Posledica ovog poimanja jeste da uloga ustavnih prava čiji zadatak je bio izvorno zaštita slobode pojedinca, nasuprot posezanja države (tj. kao obrambena prava nasuprot države, prava negativnog statusa), nije više ograničena samo na vertikalne odnose (između države i pojedinca već se širi takođe i u horizontalne pravne odnose u odnosu između samih privatnopravnih subjekata).

Građansko pravni odnosi naročito ugovorni odnosi gube imunost od delovanja ustavnih prava.<sup>3</sup> Smits takođe utvrđuje značajno povećavanje uticaja ustavnih prava u oblasti ugovornog, odštetnog i stvarnog prava. Međutim, on istovremeno navodi da bi bila takva konstitucionalizacija građanskog prava zajedno korisna i plemenita.<sup>4</sup>

*Konstitucionalizacija građanskog prava* (“*constitutionalization of private law*”) *opredeljuje se* kao povećan uticaj ustavnih prava na odnose između privatnopravnih subjekata (tzv. horizontalni pravni odnosi). Međutim, ne smemo zaboraviti da su izvorno ustavna prava stvorena da regulišu odnos između države i pojedincima (znači u vertikalnim pravnim odnosima). Ustavna prava čine sadržaj nacionalnih ustava i međunarodnih ugovora (kao što je npr. EKČP), a mogu da budu i nepisana.<sup>5</sup> Smits smatra da je takvo poimanje konstitucionalizacije građanskog prava preširoko. Naime, nije moguće negirati činjenice da su celu debatu o konstitucionalizaciji građanskog prava, kako se ona razvila u predhodnih nekoliko decenija, izazvali uglavnom teoretičari građanskog prava, koji su zanemarili razvijene javnopravne doktrine o “horizontalnom delovanju ustavnih prava” te o “pozitivnim dužnostima države”. Naime, ove dve pomenute doktrine bave se potpuno istim problemom kao što je konstitucionalizacija građanskog prava, samo iz drugog ugla.<sup>6</sup>

S druge strane, treba utvrditi na koje načine mogu ustavna prava delovati na građanskopravne odnose. Načini delovanja ustavnih prava na građansko pravo ne zavise samo od oblasti prava (npr. ugovorno, odštetno, stvarno pravo) ili od toga, ko upotrebljava ustavna prava (zakonodavac, sudovi), nego i od metoda tumače-

<sup>2</sup> To se ogleda naročito kod posezanja ustavnih prava u ugovornu slobodu stranaka (privatnopravnu autonomiju), koja se poima kao jedan od osnovnih stubova privatnog prava (čak i na razini ustavnog prava).

<sup>3</sup> Tako O. Cherednychenko: *The Constitutionalization of Contract Law: Something New under the Sun?* (2004), str. 1.

<sup>4</sup> Vidi: J. Smits: *Private Law and Fundamental Rights: A sceptical View*, u: T. Barkhuysen/S. Lindenbergh (ur.): *Constitutionalization of Private Law* (2006), str. 9. O problematici takođe: M. Venegas Grau: *Derechos fundamentales y derecho privado – Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomia privada* (2004), str. 17 i sled.

<sup>5</sup> Vidi: J. Smits, op. cit., str. 9 i sled.

<sup>6</sup> Vidi: J. Smits, op. cit., str. 10.

nja. Smits navodi nekoliko primera.<sup>7</sup> U oblasti ugovornog prava uticaj je ustavnih prava posebno evidentan u slučajevima tzv. oneroznih (teretnih, naplatnih), jednostranih ugovora. Ustavna prava (kao što je npr. sloboda sklapanja ugovora i ljudsko dostojanstvo) možemo upotrebiti za utvrđivanje nevažnosti (ništavnosti) određenog ugovora za slabiju ugovornu stranku. U tom smislu najpoznatiji je slučaj *Bürgschaft* nemačkog Saveznog ustavnog suda.<sup>8</sup> U navedenom slučaju je banka biznismenu odobrila kredit u iznosu od 100.000 DEM (približno 50.000 EUR) pod uslovom da njegova kćerka (tada stara 21 godina) prihvati ličnu jemstvo za taj dug. Tako je ona i učinila. Tokom potpisivanja ugovora o jemstvu (bankarski zvaničnik joj je rekao samo to, da mora potpisati ugovor za potrebe bankarske dokumentacije i da time ne preuzima nikakve značajnije obaveze. Nekoliko godina kasnije je njen otac otišao u stečaj. Banka je od kćerke zatražila naplatu 100.000 DEM. Ona je odbila platiti dug i navela da nije znala da će potpis ugovora značiti ovakvu posledicu. Nemački Savezni sud (*Bundesgerichtshof*), koji je u Nemačkoj najviši sud za građanske sporove smatrao je, da je jemstvo važeće. Uz to je navelo da je ugovor ipak ugovor, kojeg treba poštovati. Međutim, kćerka je uspela ustavnom žalbom pred nemačkim Saveznim ustavnim sudom – u žalbi je tvrdila da su građanski sudovi kršili nemački ustav (GG), naročito njezino pravo na ljudsko dostojanstvo (1. član) i privatnopravnu autonomiju (2. član). Sud je u presudi naveo da u ovom kontekstu uvek treba imati u vidu kćerkin osobni položaj: ona je bila neobrazovana, većinu vremena nezaposlena, a u vreme kad je radila, nije zaradila više nego 1.150 DEM (500 EUR). Ako bi potvrdili valjanost ugovora, onda bi kćerka (kao podnositeljica ustavne žalbe) ostala na minimumu svoje zarade čitav svoj život jer bi samo mesečne kamate na iznos od 100.000 DEM iznosile 708 DEM (350 EUR). Nemački Savezni ustavni sud je u tom slučaju, pozivajući se na posredno delovanje ustavnih prava proizlazio iz ideje da mora građanski sud intervenisati na osnovi generalnih klauzula građanskog prava (dobra vera, poštenje), ako bi strukturno neravnotežje, u pogledu na ugovornu snagu dovelo do jednostranog oneroznog ugovora. Ako građanski sud ne bi odlučio na ovaj način, prema Ustavnom sudu bi kršio ljudsko dostojanstvo (kojeg garantira 1. član Nemačkog ustava – GG). U takvim slučajevima dakle, ustavna prava utiču na građanskopravne odnose “rafinirano” – deluju indirektno, tj. kroz tumačenje normi građanskog prava (u saglasnosti sa ustavnim pravima). Generalne klauzule i neodređeni pojmovi građanskog prava (dobra vera, poštenje, dobar moral itd.) dobivaju svoj sadržaj iz ustavnih prava. Međutim, to znači upotrebu ustavnih prava u građanskopravnim odnosima. Ovakva doktrina indirektnog delovanja ustavnih prava na građanskopravne odnose (tzv. indirektni *Drittwirkung*) prihvaćena

---

<sup>7</sup> Prema J. Smits, op. cit., str. 11–14.

<sup>8</sup> BVerfGE 89, 214 (*Bürgschaft*); presuda od 19. oktobra 1993.

je sada ne samo u Nemačkoj, nego takođe u Holandiji, u Udruženom Kraljevstvu i u Južnoafričkoj Republici.

Međutim, postoji i drugi način na kojeg ustavna prava deluju na ugovorno pravo.<sup>9</sup> Ustavna prava naime, ne kažu samo kako da se tumače norme građanskog prava, nego se mogu upotrebiti i kao međaši ugovorne slobode na direktan način. Ugovornu slobodu možemo smatrati kao ustavno pravo iako kao takvo nije sadržano (određeno) u ustavu,<sup>10</sup> ali je opšte prihvaćeno da jeste ovo (ustavno) pravo ograničeno sa strane drugih ustavnih prava kao npr. slobodom govora, verskom slobodom, pravom na telesni integritet itd. Uopšteno važi da ugovor, kojim se neko odrekne verskoj slobodi nije moguće ostvariti (realizovati), jer znači kršenje ustavnog prava. U holandskom slučaju *Protestant Association v. Hoogers*<sup>11</sup> dao je vlasnik, zemljište u najam pod uslovom da će najemnik ostati aktivan u protestanskoj crkvi. Posle nekoliko godina se je najemnik priključio jehovinim svedocima pa je zbog toga vlasnik zemljišta raskinuo ugovor o najmu. Sud je u navedenom slučaju smatrao, da se mora uslov u ugovoru poimati kao kršenje verske slobode, prema tome ove ugovorne norme nije moguće ostvariti (priznati).

U oblasti odštetnog prava uticaj je ustavnih prava na odnose građanskog prava drugačiji. Tradicionalno je odštetno pravo povezano sa uticajem ustavnih prava (već) zbog činjenice da su tzv. prava ličnosti tradicionalno zaštićena kroz odštetno (deliktno) pravo. Kršenja telesnog integriteta ili privatnosti, tipični su primeri kršenja ljudskih prava kao i sramotno ponašanje. Osobito u oblasti odštetnog prava, imaju ustavna prava veliki uticaj jer je odštetno pravo u velikoj meri kogentno pravo, pretežno povezano sa opštim interesom. Danas su ustavna prava često upotrebljena u odštetnom pravu sa namerom utvrđivanja šta je saglasno sa ljudskim dostojanstvom, a šta nije. To je posebice očigledno u slučajevima, gde se radi o složenim moralnim pitanjima (npr. pitanja oko abortusa). Nemačka, engleska i holandska jurisprudencija se npr. poziva na opšti argument ljudskog dostojanstva u vezi sa opštim pravom ličnosti kod procene, da li imaju roditelji zdravog deteta odštetni zahtev nasuprot osobe koja je bila odgovorna za rođenje deteta. Kod odgovora na pitanje, možemo li u takvim primerima priznati neimovinsku odštetu, iako u zakonu nije određena, moramo se pozivati na prava ličnosti žrtve. U oblasti stvarnoga prava je postupak konstitucionalizacije pretežno povezan sa zaštitom, koju pruža 1. član Prvog protokola ka EKČP.<sup>12</sup> U pretežnoj meri se sudovi u privatnopravnim odnosima retko pozivaju na zaštitu prava vlasništva prema domaćem ustavu.

<sup>9</sup> Tako J. Smits, op. cit., str. 11–14.

<sup>10</sup> Ugovorna sloboda znači dio opšteg prava ličnosti.

<sup>11</sup> Apelacioni sud *Arnhem, presuda od 25. oktobra 1948, Nederlandse Jurisprudentie( 1949) 331.*

<sup>12</sup> »Svako fizičko i pravno lice ima pravo na neometano uživanje svoje imovine. Niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i općim načelima međunarodnog prava.«



## DVOSMERNE RAZVOJNE TENDENCIJE U GRAĐANSKOM PRAVU

U vreme nastanka ustavnih prava ne bi bilo moguće zamisliti diskusije o srazmerju među ustavnim pravom (tj. ustavnim pravima) i građanskim pravom, zbog toga jer su ustavna prava prvobitno formirana kao prava/slobostine nasuprot države i drugim javnim organima (tj. kao obrambena prava, prava negativnog statusa).<sup>13</sup> Nacionalni ustavi država, izraz su *teorije konstitucionalizma*, tj. doktrine koja određuje granice državi u odnosu pojedinaca do vlasti. Ograničenje uloge ustavnih prava, izključivo na vertikalne pravne odnose između pojedinaca i države (tj. na javno pravo), išlo je složno sa oštrom analitičkom i istorijskom podelom na javno i privatno pravo, u kontinentalnom pravnom sustavu. Ustavna prava garantiraju sferu u kojoj su pojedinci u načelu slobodni, tj. oslobođeni svakog državnog nadzora. S time ustavna prava, na neki način, podupiru razlikovanje dve oblasti prava (tj. javnog i privatnog prava), i s time (s jedne strane) *garantiraju autonomiju u privatnom pravu*. Ako u tom sustavu priznajemo ustavnim pravima (samo) klasičnu funkciju (tj. obrambenu funkciju) kao dio javnog prava, onda ustavna prava u tom smislu (još) ne stvaraju nikakvih efekata na građansko pravo.<sup>14</sup>

U savremenom građanskom pravu postoje danas dve usporedni, međutim nasuprotnosmerni razvojni tendenciji.<sup>15</sup> S jedne strane radi se o sve većem uticaju ustavnih prava na građansko pravo, naročito u oblasti ugovornog prava, što pokazuju navedeni slučajevi nemačkog Saveznog ustavnog suda. Radi se o već spomenuti konstitucionalizaciji privatnog (građanskog) prava. Ideja tog razvoja jeste *da građansko pravo nije neki zatvoreni sustav koji reguliše građanskopravne odnose, nego je on u potpunosti podređen vrednostnom sustavu ustavnih prava*. Posledica takve razvojne tendencije jeste, dovođenje u pitanje oštre analitičke i istorijske podele u kontinentalnom pravnom sustavu na javno i privatno pravo. Holandski i engleski slučajevi u sudskoj praksi s druge strane, pokazivaju da se i unutar građanskog prava pokazuju tendencije ka više socialno orientisanom građanskom pravu. Naime, to se pokazuje i u sve veći zaštiti slabijih (ugovornih) stranaka, tj. naročito u ugovornom pravu. Suština takve tendencije jeste da ugovorna stranka, u različitim fazama ugovornog života, ne sme brinuti samo za sopstven (ugovorni) interes, nego takođe za opravdan interes suprotne stranke. Drugim rečima, stranka nije više odgovorna samo za sebe, nego i za suprotnu (ugovornu) stranku. U tom kontekstu govore neki pravni teoretičari o tzv. *“consumerization”* građanskog prava (za razliku od *“commercialization”*). Među glavnim indikatorima ove druge razvojne tendencije jeste razvoj npr. različitih obaveznosti informisanja, ne

---

<sup>13</sup> Vidi: O. Cherednychenko: *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party* (2007), str. 51.

<sup>14</sup> Vidi O. Cherednychenko, op. cit., str. 52. Vidi takođe: M. Venegas Grau, op. cit., str. 142 i sl.

<sup>15</sup> Prema O. Cherednychenko, op. cit., str. 4–5.

samo u potrošačkom pravu, nego i u opštem ugovornom pravu na podlozi načela dobre vere. Takve sklonosti ka interesom nasuprotne ugovorne stranke ne bi si mogli ni zamisliti u 19. veku kada je preovladavala doktrina *laissez-faire*.<sup>16</sup>

#### ODNOS IZMEĐU USTAVNIM PRAVIMA I GRAĐANSKIM PRAVOM

Danas ne postoji više tako jaka podela na javno i privatno pravo, odnosno ne postoji izolacija građanskog prava od ustavnog. Građansko pravo je naime u toku razvoja, postepeno gubilo vlastit imunitet od delovanja ustavnih prava (i s time takođe prostor privatnopravne autonomije). Stepem tog razvoja omogućava danas tvrdnju, da se ne radi više o pitanju da li ustavna prava deluju na građansko pravo ili ne, nego koliko daleko se je proširio ovaj utecaj te mogućnosti i granice posezanja ustavnih prava na građanskopravno područje. Temeljno pitanje dakle danas jeste, na kakav način su ustavna prava povezana sa građanskim pravom.<sup>17</sup>

U pogledu na obim delovanja ustavnih prava u odnosima među privatnopravnim subjektima (odnosi građanskog prava) može doći ili do odnosa *subordinacije (podređenosti) građanskog prava ustavnim pravima* ili do *komplementarnosti među ustavnim pravima i građanskim pravom*.<sup>18</sup> *Subordinacija* građanskog prava ustavnim pravima znači položaj, gde odnos među strankama građanskopravnog odnosa nije više sadržajno uređen samo sa građanskim pravom (“*private law*”), nego takođe (ili pre svega) sa ustavnim pravima (“*fundamental rights law*”). Ustavna prava mogu vezati privatnopravne subjekte direktno ili indirektno. Ustavna prava su ona koja određuju odnos među privatnopravnim subjektima; uloga građanskog prava je ograničena (samo) na obezbeđivanje sredstva za postizanje delovanja ustavnih prava u građanskom pravu. Postojeće građansko pravo trebamo u tom slučaju ne samo tumačiti u svetlu ustavnih prava (i tamo sadržanih vrednosnih smernica), nego takođe i odgovarajuće promeniti ako ono nije usaglašeno sa ustavnim pravima. Činjenica da su se ustavna prava “uvukla” u građansko pravo, prema logici građanskog prava nije uvek dovoljno da bi obezbedili saglasnost sa ustavnim pravima jer pitanje, što jeste u ponašanju stranke građanskopravnog odnosa u saglasnosti sa ustavnim pravima, nije više sadržajno određeno građanskim pravom, nego ustavnim pravima. Dakle, u pogledu na navedeno, ustavna prava ne samo da utiču (*influence*) na građansko pravo, nego ga (na neki način) i uređuju (*govern*) time što uživaju prednost nad vrednostima građanskog prava. U tom smislu podređenost (subordinacija) građanskog prava ustavnim pravima u sadašnjom kontekstu, ne znači da je u hierarhiji normi, građansko pravo formalno podređeno ustavnim pravima, kao višim normama. Ova činjenica je nesporna. To znači pre svega, da ustavna prava vrše potpunu (*total*) kontrolu

<sup>16</sup> O. Cherednychenko, op. cit., str. 4–5.

<sup>17</sup> O. Cherednychenko, op. cit., str. 4–5.

<sup>18</sup> Prema O. Cherednychenko, op. cit., str. 53–54.

nad građanskim pravom, time što (slabe) njegovu mogućnost regulisanja odnosa među privatnim subjektima, na podlozi sopstvene dogmatike i time građansko pravo menjaju, u alat za prodor ustavnih prava. U sporovima ugovornog prava npr. ovo znači, da možemo građanskopravnu autonomiju ograničiti direktno na podlozi ustavnih prava (tj. bez ugovornog prava), tj. s time da (kroz ustavna prava) sadržajno utičemo na rezultat spora. Nužna posledica prihvatanja takvog modela razlikovanja među javnim i građanskim pravom, je nestanak građanskoga prava.<sup>19</sup>

Suprotno, *komplementarnost* među ustavnim pravima i građanskim pravom znači da iako zauzimaju ustavna prava više mesto u hierarhiji normi, to ne vodi do substitucije građanskog prava (koje uređuje građanskopravne odnose) stranaکا sa ustavnim pravima. U tom slučaju građansko pravo ne gubi svoje mogućnosti regulisanja odnosa među građanskopravnim subjektima prema sopstvenoj logici. S odnosom komplementarnosti, očuvamo privatnopravnu autonomiju. Privatnopravni subjekti (stranke) nisu vezani na ustavna prava, njihovi odnosi su formalno i sadržajno uređeni normama građanskog prava. U tom modelu ustavna prava utiču (*influence*) na građansko pravo; u tom slučaju je građansko pravo ono koje određuje kako da se vrednosti sadržane u ustavnim pravima (vrednostne smernice) izraze. Drugim rečima, to znači da ustavna prava utiču na građansko pravo, ali istovremeno i građansko pravo utiče na ustavna prava, na isti način kao sto ustavna prava utiču na njega.

U pogledu pitanja da li su građanski sudovi dužni razvijati građansko pravo na način, da bude usaglašen sa ustavnim pravima, možemo razlikovati dva oblika u kojima se može razviti komplementarni odnos među ustavnim pravima i građanskim pravom. S jedne strane može takav odnos proizlaziti od strane građanskih sudova, koji upotrebljavaju ustavna prava kao izvor inspiracije kada utvrđuju sadržaj otvorenih normi građanskog prava (generalnih klauzula, neodređenih pravnih pojmova), iako tu ne postoji izričita obaveza takvog delovanja. U tom slučaju možemo govoriti o tzv. *spontanjoj komplementarnosti među ustavnim pravima i građanskim pravom* ("*spontaneous complementarity*"), koja nastane osobito radi potrebe građanskih sudova da razpolazu izvorom inspiracije, kada dopunjavaju konkretni sadržaj generalnih klauzula i neodređenih pravnih pojmova građanskog prava. Osnovna karakteristika ovog tipa komplementarnosti jeste, da sudovi razpolazu diskrecijom, da li će u slučaju potrebe uzimati u obzir ustavna prava (i u njima sadržane vrednostne smernice) kod (raz)rešavanja sporova među privatnopravnim subjektima. Spontana komplementarnost među ustavnim pravima i građanskim pravom ostavlja diobu na javno i privatno pravo, nedotaknuto. Ali, s druge strane, ako su sudovi obavezni razvijati građansko pravo na način koji je usaglašen sa vrednostima sadržanima u ustavnim pravima (tzv. vrednostne smernice), te ove vrednosti ugrađivati u građansko pravo, možemo govoriti o tzv.

---

<sup>19</sup> Vidi: O. Cherednychenko, op. cit., str. 53–54.

obaveznoj komplementarnosti (“obligatory complementarity”) među ustavnim pravima i građanskim pravom. U tom slučaju je građansko pravo skladno sa ustavnim pravima samo ako uzima u obzir uticaj vrednosti koje su sadržane u ustavnim pravima te jih absorbira. Kako da se to odvija, pitanje je građanskog prava samog. Zakonodajna grana vlasti ima u oblasti građanskog zakonodavstva, jednako kao građanski sudovi, polje široke diskrecije, kod pitanja kako da u građansko pravo uključi vrednosti, polazeće iz ustavnih prava (kao vrednostnih smernica). U slučaju obavezne komplementarnosti među ustavnim pravima i građanskim pravom, se podela na javno i privatno pravo još uvek očuva.<sup>20</sup>

#### RAZLOZI PROTIV POSEZANJA USTAVNIH PRAVA U OBLAST GRAĐANSKOG PRAVA

U pogledu na sve veće/jače posezanje ustavnih prava u razrješavanje građanskopravnih sporova su se pojavila takođe i stajališta koja to ne odobravaju. Protiv posezanja ustavnih prava u građanskopravno područje navode se tri razloga.<sup>21</sup>

Prvi razlog, zašto bi bila upotreba ustavnih prava u građanskom pravu ograničena, jeste da bi se nalazio u samoj teoriji indirektnog delovanja ustavnih prava u horizontalnim pravnim odnosima. Doktrina indirektnog delovanja ustavnih prava znači da mogu ustavna prava delovati (u građanskopravnim odnosima) samo kroz norme građanskog prava. Međutim, to u biti znači da imaju građanskopravne norme prednost pred ustavnim pravima. Građansko pravo možemo tumačiti u svetlu ustavnih prava, ali nije nužno da to i učinimo – norme građanskog prava ostaju odlučujuće za presudu spora među strankama. Drugačiji pogled bio bi kontraproduktivan – što bi značilo, ako postojeće norme građanskog prava, koje štite vlasništvo, zamenimo sa novim pravilima koja temelje na ustavnim odredbama o zaštiti vlasništva? Ako postoji spor među dva suseda mogli bi spor s jedne strane rešiti pozivanjem na njihovo ustavno pravo na vlasništvo. Međutim, to bi bio korak nazad, jer bi sa time negirale postojeće odredbi građanskog (npr. stvarnoga) prava u pogledu (među)susedskih odnosa, u pogledu buke itd. Suština doktrine indirektnog delovanja ustavnih prava je da su (već) postojeće norme građanskog prava u velikoj meri izraz vrednosti koje su sadržane u ustavnim pravima (kao vrednostnih smernica), te da je (kao posledica) potrebno upotrebiti norme građanskog prava, a ne ustavna prava. Navedeno znači da pozivanje na ustavna prava ne bi dodalo ništa posebno i novo.<sup>22</sup> Interesantnu ilustraciju navedene situacije predstavlja slučaj nemačkog Saveznog ustavnog suda u predmetu *Bürgschaft*.<sup>23</sup> Nemački Savezni ustavni sud bio je mišljenja da bi trebao građanski

<sup>20</sup> Ibidem, str. 53–54.

<sup>21</sup> Prema J. Smits, op. cit., str. 15–21.

<sup>22</sup> Ibidem, str. 15.

<sup>23</sup> BVerfGE 89, 214 (*Bürgschaft*); presuda od 19. oktobra 1993.

sud jednostavno upotrebiti norme građanskog prava i kod toga uzimati u obzir ustavne vrednosti, koje su nadređene privatnom pravu. Sud bi imao sve potrebne instrumente, npr. u klauzuli dobre vere i poštenja, koja je već sama po sebi izraz ustavnih vrednosti. Ako bi sud odlučio odgovarajuće, ne bi ni bilo potrebno posezati prema ustavu. To potvrđuje i sudska praksa drugih zemalja koja je slična slučaju *Bürgschaft*. Holandska sudska praksa je npr. pokazala da bi banka jednostavno trebala obavestiti kćerku o riziku prijema jemstva. Ovaj razlog subsidiarnosti objašnjava da je već građansko pravo ono, koje sadrži vrednosti iz ustavnih prava u smislu pravednosti među privatnopravnim subjektima. Uz navedeno, *Smits* navodi reči sudije *Kentridgea* sa Ustavnog suda Južnoafričke Republike, koji kaže da, neka važi kao opšti princip, da gde god možemo rešiti bilo kakav spor, građanski ili krivični bez upotrebe ustavnih normi, neka se tako i uradi.<sup>24</sup>

Drugi razlog za skepticizam kod upotrebe ustavnih prava u građanskom pravu postoji u tzv. *difuznom karakteru ustavnih prava* – ustavna prava ne daju dovoljne usmerenosti za rešenje određenog spora. Uzimati moramo u obzir da ako privatnopravni subjekt posegne za zaštitu sa ustavnim pravima (npr. pravo na privatnost), može suprotna stranka skoro uvek posegnuti za drugim ustavnim pravom (npr. pravom na slobodu govora). U predmetu *Bürgschaft*<sup>25</sup> kćerka bi mogla posegnuti za pravom na ljudsko dostojanstvo ili za pravom na realizaciju privatnopravne autonomije; u svojoj obrani se je banka pozivala na vlastitu privatnopravnu autonomiju odnosno ugovornu slobodu. Vrlo je teško u takvom slučaju razrešiti koliziju ustavnih prava.<sup>26</sup> Naime, istina jeste da su oba prava među privatnopravnim subjektima izrazi onoga, što smatramo kao društvene norme – vrednosti su takođe privatnopravna autonomija kao i ljudsko dostojanstvo. U odnosu među privatnopravnim subjektima često je nejasno koja vrednost neka prevaga i o tome nije moguće odlučivati (samo) na razini ustavnih prava. Uravnoteženje tih prava u slučaju konflikta između dvoje privatnopravnih subjekata tipičan je zadatak građanskog prava. Ograničene smernice kod rešavanja sporova sa strane ustavnih prava možemo ilustrirati slučajem u vezi sa rođenjem deteta. *Smits* je mišljenja da je pojam ljudskog dostojanstva ili deteta kao “vrednosti i dobre stvari” nužno otvoren pojam. On može da bude važan na putu traženja odgovarajućeg rešenja spora, ali nikad ne može da bude odlučujući argument za odluku u predmetu. Dobar primer za ovo su različita rešenja najviših sudova. Moguća bi bila žalba, da izabrani primer u pogledu na neželjeno rođenje nije najprimerniji, jer je verovatno “ljudsko dostojanstvo” najviše neodređeno, tj. (sadržajno) otvoreno ustavno pravo; međutim, ako su u spor uključena još i druga ustavna prava, onda ova kažu način za rešenje spora. Ovakvo je stajalište ipak pogrešno, što možemo ilustrovati pozivanjem na konflikt između više specifičnih ustavnih pra-

---

<sup>24</sup> J. Smits, op. cit., str. 15–21.

<sup>25</sup> BVerfGE 89, 214 (*Bürgschaft*); presuda od 19. oktobra 1993.

<sup>26</sup> J. Smits, op. cit., str. 17.

va npr. slobodu štampe i privatnost. U sličnom slučaju naime odlučio je nemački i holandski sud. U oba primera radi se o počinitelju krivičnog dela, koji je bio osuđen na dugotrajnu kaznu zatvora. Za vreme optužbe je bio primer izuzetno interesantan za javnost, pa su zbog toga bile slike počinitelja objavljene u nacionalnim novinama. Nekoliko godina posle postupka postavilo se je pitanje da li objava fotografija krši pravo na privatnost počinitelja. Holandski *Hoge Raad* je u tom sukobu prava na privatnost i prava na slobodu štampe odlučio u prilog prava na privatnost.<sup>27</sup> Nemački Savezni ustavni sud je u sličnom primeru s druge strane bio mišljenja da ima sloboda štampe prednost.<sup>28</sup> U pogledu na navedeno *Smits* sklapa da ustavna prava nikako ne daju građanskom pravu odgovarajuća usmerenja za rešavanje građanskopravnih sporova.<sup>29</sup>

Ranije navedeni razlozi koji govore protiv razširivanja ustavnih prava u oblast građanskog prava tehničke su prirode – kod njih se radi o ulozi ustavnih prava kod odlučivanja o predmetu pred sudovima. Treći razlog, zašto je ( bi bila) uloga ustavnih prava u građanskom pravu ograničena je sadržajne prirode. U načelu naime negira da bi bili građanskopravni subjekti vezani na ustavna prava. Svako drugačije poimanje značilo bi kršenje autonomije građanskopravnih subjekata. U pogledu na ovaj sadržajni pogled, moramo prvo pogledati na razlikovanje među privatnim i javnim pravom iz istorijske perspektive i kasnije predstaviti nekoliko primera. Funkcija ustavnih prava tesno je povezana sa podelom na javno i privatno pravo (kako je to već poslednjih 200 godina). *Montesquieu* je bio među prvima, koji su uspostavili takvu oštru diobu. Razlikovao je među privatnom sferom, koju regulisu *lois civiles*, te javnom sferom, koju regulisu *lois politiques*. Subjekti u privatnoj sferi (građanskopravni subjekti) imaju drugačije interese nego država. Slobodna sfera za građanskopravne subjekte može se pojaviti samo uz diobu ovih dve sfera. Posledica toga jeste da građanskopravni subjekti nisu dužni pratiti javni interes – oni su autonomni i mogu birati što je pravedno. To im omogućava građansko pravo. U javnoj sferi međutim, možemo građanskopravne subjekte prinuditi ka poštivanju odluka, iako oni to ne žele (s njima se ne slazu), što je opravdano, ako su te odluke demokratski legitimne. Prema ovom tradicionalnom poimanju, imaju ustavna prava funkciju zaštite (privatne sfere) nasuprot javnoj sferi (takođe od mešanja javne i privatne sfere) – država ne sme intervenisati uvek kad javni interes tako zahteva. Ustavna prava štite ovu sferu slobode. Osobito *John Locke* je uspostavio teoriju o ustavnim pravima kao neotuđivim pravima nasuprot države. Iz navedenog proizlazi da je u prirodi ustavnih prava, da kontroliraju državnu snagu. Obezbeđivanje ustavnih prava u građanskopravnim odnosima, u pogledu na navedeno, nije jednako osnovano, kao što je to nasuprot državi (dakle u funkciji ustavnih prava kao obrambenih prava). To objašnjava za-

<sup>27</sup> Presuda od 21. januara 1994.

<sup>28</sup> *BVerfGE* 35, 202.

<sup>29</sup> J. Smits, op. cit., str. 15–21.

što građanskopravni subjekti nikada nisu neposredno vezani na ustavna prava. U suštini, to je bit teorije o posrednom delovanju ustavnih prava u horizontalnim pravnim odnosima – građanskopravni subjekti su vezani na vrednosti koje su sadržane u ustavnim pravima (vrednostne smernice), koja su takođe dio građanskopravnog uređenja. To je razlog da se moraju privatnopravni subjekti ponekad i podrediti načelu jednakosti ili zaštiti privatnosti koji tvore dio vrednosti koje moramo ostvariti i među privatnopravnim subjektima.<sup>30</sup>

Savremenu verziju ovog suštinskog razlikovanja među javnim interesom i privatnim pravom dao je *Ernst J. Weinrib* – za njega je suštinsko oštro razlikovanje među pravom i politikom i time među korektivnom i distributivnom pravednosti. Distributivna pravednost je dom političkog – država mora poštiovati ustav. Korektivna pravednost s druge strane, nema veze sa kolektivnim ciljevima – nema druge namere građanskog prava, nego jednostavno te da je građansko pravo. Pitanje sada jeste da li sadašnja sudska praksa potpuno poštuje to razlikovanje među privatnim pravom i javnim interesom (javnim pravom). Poznati su slučajevi kada se npr. neko odriče ustavnim pravima zbog neke koristi. U slučaju *Protestant Association v. Hoogers*<sup>31</sup> budući se najemnik slagao sa time da se neće odricati svojoj veri u zamenu za najemni ugovor. Opšti stav jeste, da takvog ugovora nije moguće realizirati – iako bi najemnik promenio veru, najamni ugovor ostao bi na snazi (važec). Međutim, postavlja se pitanje da li je takav stav pravilan. Ustavno pravo na versku slobodu je pravo koje možemo ostvarivati nasuprot države; međutim, u građanskopravnim odnosima bi versku slobodu uvek upoređivali sa drugim ustavnim pravima, npr. sa ugovornom slobodom (privatnopravnom autonomijom). Bilo bi suviše paternalistički ako bi smatrali da sasvim poslovno sposobna osoba nikad ne može ugovorno raspolagati sa svojim ustavnim pravima. Ako se može neko ugovorno dogovoriti sa lekarom o određenoj operaciji, time dozvoljava zahvat u telesni integritet; zašto onda ne bi bilo dozvoljeno da se može neka osoba npr. odricati određenom verskom uverenju u javnom životu. Naravno to ne znači da se može sa ugovornim dogovorima uvek odricati određenim ustavnim pravima. *Ako je jasno, da je bila osoba, koja se odrekla nekim svojim ustavnim pravima, u zavisnom položaju, potrebno joj je pružati zaštitu.* Ako se neka radnica ugovorno veže poslodavcu da neće zatrudniti, radi se o ništavnom ugovoru – iznad ekonomskih interesa poslodavaca, preovlađuju lična prava radnice. Postoje takođe primeri kada se je moguće ugovorom odreći ustavnim pravima. U građanskopravnim odnosima su odlučujuće vrednosti pravednog društva, a ove vrednosti mogu prouzrokovati da u *određenim primerima ugovorna sloboda (privatnopravna autonomija) vredi više nego ostala ustavna prava.*<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Ibidem, str. 19.

<sup>31</sup> Apelacioni sud Arnhem, presuda od 25. oktobra 1948, *Nederlandse Jurisprudentie* (1949), 331.

<sup>32</sup> J. Smits, op. cit., str. 20.

Smits konačno navodi da skepticizam u pogledu na upotrebu ustavnih prava u oblasti sporova građanskog prava ne sme voditi stranaka od funkcija, koje ustavna prava još uvek očuvaju. Radi se o dve funkcije koje ustavna prava mogu ostvariti u oblasti građanskog prava.<sup>33</sup>

Prva funkcija je bila već spomenuta – *ustavna prava mogu služiti kao izvor inspiracije u pogledu na pitanje, šta bi bilo pravedno društvo* i to takođe među građanskopravnim subjektima. To znači i suštinu teorije o posrednom delovanju ustavnih prava na građanskopravnom području – vrednosti polazeće iz ustavnih prava odražavaju se normama pojedinog društva i time predstavljaju značajan izvor za saznanje kako rešiti građanskopravni spor. Međutim, to ne znači da možemo građanskopravni spor rešiti na podlogi ustavnih prava. Ustavna prava su za ovu svrhu suviše pojmovno te vrednostno otvorena. Ako bi neko ustavna prava u sporu upotrebio neposredno, to bi vodilo samo do toga da bi se suprotna stranka mogla isto tako pozivati na neko drugo ustavno pravo u sopstvenu korist. U pogledu na navedeno, bilo bi bolje, da bi koliziju među ustavnim pravima, odnosno vaganje među njima, rešile već norme građanskog prava.<sup>34</sup>

Druga funkcija ustavnih prava jeste u tome, da one *mogu služiti kao upozoravajući znak sudovima da je u opasnosti ljudsko dostojanstvo*. Pozivanje na kršenje ustavnih prava jedne osobe nasuprot druge osobe, može objasniti koliko je stvar ozbiljna. U slučaju *Bürgschaft*<sup>35</sup> je išlo za savet sudu da bi bila egzistencijalna podloga kćerke ugrožena ako bi u pogledu na sopstven finacijski položaj trebala platiti oceve dugove. Ako bi bilo njezino lično jemstvo realizirano, kćerki bi mesečno ostalo samo 200 EUR za život. U pogledu na činjenicu da kćerka za vreme potpisivanja ugovora nije bila svesna posledica potpisivanja ugovora o jemstvu, bilo je ugroženo njeno humano postojanje. Pozivanjem na ustavna prava, bio je dostignut retorički efekat – sud je bio upozoren na značajnost stvari. Međutim, to ne znači, da neka sud na navedenom gradi svoju odluku. U pogledu na gore navedene tri razloge to bi bila sopstvena naloga građanskog prava.<sup>36</sup>

## ZAKLJUČAK

U građanskom pravu postoje dvosmerne razvojne tendencije. S jedne strane radi se o povećanom uticaju ustavnih prava na građansko pravo, osobito u oblasti ugovornog prava. Ideja ovog razvoja je da građansko pravo nije zatvoren sistem, koji reguliše privatnopravne odnose, nego je ono u potpunosti podređeno sistemu vrednosti ustavnih prava. S druge strane, iz savremene sudske prakse proi-

<sup>33</sup> Ibidem, str. 21, 22.

<sup>34</sup> Ibidem, str. 22.

<sup>35</sup> BVerfGE 89, 214 (Bürgschaft); presuda od 19. oktobra 1993.

<sup>36</sup> Videti: J. Smits, op. cit., str. 15–21.



zlazi da pokazuje građansko pravo samo tendencije ka više socialno usmerenom građanskom pravu. Ovo rezultira npr. u većoj zaštiti slabijih ugovornih stranaka. U tom smislu, ugovorna stranka nije odgovorna samo za spostvene ugovorne interese nego isto tako i za legitimne interese nasuprotne ugovorne stranke. Ovakvu tendenciju u građanskom pravu engleska teorija naziva pojmom "conumeration".

U zavisnosti od stepena delovanja ustavnih prava na građansko pravo, pravimo razliku između odnosa subordinacije (podređenosti) građanskog prava ustavnim pravima ili odnosa komplementarnosti između ustavnih prava i građanskim pravom. Podređenost (subordinacija) građanskog prava ustavnim pravima naime znači položaj u kome odnos između stranaka građanskopravnog odnosa nije sadržajno regulisan samo sa građanskim pravom, nego takođe i ustavnim pravima. U tom smislu, ustavna prava vežu privatnopravne subjekte direktno ili indirektno. Rezultat takvog poimanja je da ovim nestaje razlika između javnog i privatnog prava. Nasuprot tome, komplementarnost između ustavnih prava i građanskoga prava znači, da iako uživaju ustavna prava u hierarhiji normi najviše mesto, to ne dovodi do podređenja građanskog prava ustavnim pravima. Dakle, u tom slučaju građansko pravo ne gubi svoje mogućnosti regulisanja odnosa između privatnopravnih subjekata prema sopstvenoj logici. Ovakvo poimanje čuva privatnopravnu autonomiju (ugovornu slobodu) građanskog prava. Teorija pravi razliku između tzv. spontane komplementarnosti između ustavnih prava i građanskim pravom (ovo postoji u slučaju kad sudovi upotrebljavaju ustavna prava kao izvor inspiracije za sadržajno popunjavanje generalnih klauzula građanskog prava) i obavezne komplementarnosti kada su sudovi dužni tumačiti građansko pravo na način koji je u skladu sa vrednostima koje proizlaze iz ustavnih prava kao tzv. vrednostnih smernica.

Međutim, postoje i neki razlozi protiv posezanja ustavnih prava u oblast građanskog prava. Prvi razlog postoji u teoriji indirektnog delovanja ustavnih prava u horizontalnim pravnim odnosima. Prema ovoj teoriji, ustavna prava mogu delovati između privatnopravnih subjekata isključivo kroz norme građanskog prava. U suštini to znači da imaju norme građanskog prava prednost nad ustavnim pravima. Suština indirektnog delovanja ustavnih prava postoji u ideji da su već postojeće norme građanskog prava izraz vrednosti koje proizlaze iz ustavnih prava. To znači da se u parnici moraju koristiti norme građanskog prava, a ne ustavna prava. Drugi razlog postoji u *difuznom karakteru ustavnih prava* – ustavna prava naime, ne pružaju adekvatne orijentacije za rešavanje sporova. Npr. kako ljudsko dostojanstvo tako i privatnopravna autonomija (ugovorna sloboda) su ustavne vrednosti pa prema tome pitanje, koja vrednost neka prevlada (pobedi) u određenom sporu, često nije jasno i o tome nije moguće odlučivati na razini ustavnih prava. Treći razlog ima suštinsku prirodu i on već u principu negira vezanost privatnopravnih subjekata na ustavna prava, jer bi ovakvo stajalište bilo protiv privatnopravne autonomije (ugovorne slobode) privatnopravnih subjekata.

BOŠTJAN TRATAR, Ph.D.,  
Assistant professor, General State Attorney  
of the Republic of Slovenia

## PROTECTION OF CONSTITUTIONAL VALUES IN PRIVATE LAW THROUGH PRINCIPLE OF GOOD FAITH

### Summary

There are bi-directional tendencies of development in civil law. The impact of constitutional rights on the private law, in particular in the field of contractual law is increasing. The idea of such development is that private law is no longer a closed system that regulates private law relations, but it is rather entirely subordinated to the system of values of the constitutional rights. On the other hand the case law presents that the private law itself, shows tendencies towards more social oriented private law, which is pointed out in greater protection of weaker contractual parties. In this regard the contractual party isn't responsible only for his/her own contractual interests, but also for legitimate interests of the opposite contractual party. Such tendency is in English theory called "*consummation*". According to the extent of effects of constitutional rights on the private law it can come either to the relation of subordination of private law or to the relation of complementarity between constitutional rights and private law. Subordination of private law of the constitutional rights means the position where the relation between parties of private law relation isn't regulated only by the private law but rather also by the constitutional rights. In this case the constitutional rights bind private law subjects either directly or indirectly. The consequence of such comprehension is that the distinction between public and private law is disappearing. On the contrary, the complementarity between constitutional rights and private law means, that although constitutional rights enjoy the highest place in the hierarchy of legal norms this doesn't lead to the subordination of private law of the constitutional rights. In this case the private law doesn't lose its own capability to regulate the legal relations between private law subjects by its own logic. Such comprehension preserves the private law autonomy (freedom of contracts) of civil law. It is distinguished between the spontaneous complementarity between constitutional rights and private law (when the courts – notwithstanding the obligation – use the constitutional rights as a source of inspiration when interpreting general clauses of private law) and the compulsory complementarity when the courts are obliged to interpret the private law in a manner that is in accordance with the constitutional values as a value guidelines. There are also some reasons that the constitutional rights should not interfere with/in private law. The first reason is already in the theory of indirect effecting of constitutional rights in horizontal legal relations. According to this theory the constitutional rights can effect the private law relations only through private law provisions. Essentially this means that the provisions of private law possess the priority to the constitutional rights. The essence of the indirect effecting of constitutional rights is the idea that already the existing provisions of private law signify the expression of values from the constitutional rights that means that in a court dispute the provisions of private law should be used but not constitutional rights. The second reason is in diffuse character of constitutional rights – the constitutional rights don't give us satisfactory orientation for dispute resolving. Both human dignity as well as private law autonomy (freedom of contracts) are (constitutional) values. Therefore, a question which value should prevail in a dispute often isn't clear and could not be answered at the level of human rights. The third reason is of the substantive nature. It denies in principle the binding of the private law subjects to the constitutional rights because such point of view would be against private law autonomy (freedom of contracts) of private law subjects.

VLADIMIR VULETIĆ

**STO SEDAMDESET GODINA GRAĐANSKOG ZAKONIKA  
ZA KNJAŽEVSTVO SRBSKO I NJEGOVA ULOGA  
U EVROPSKOJ PRAVNOJ TRADICIJI**

**– Vječna zublja vječne pomrčine, nit' dogori niti svjetlost gubi –**

Vlada Republike Srbije je 16. novembra 2006. godine obrazovala Komisiju istaknutih pravnih stručnjaka<sup>1</sup> sa zadatkom da izrade nacrt Građanskog zakonika.<sup>2</sup> Ustavni osnov pronađen je u odredbama koje se tiču obaveze Republike Srbije da uredi i obezbedi zaštitu sloboda i prava čoveka i građanina,<sup>3</sup> da uredi i obezbedi svojinske i obligacione odnose i zaštitu svih oblika svojine, kao i druge ekonomske i socijalne odnose od opšteg interesa.<sup>4</sup> Ustavne odredbe prema kojima građani i porodice imaju pravo na socijalnu zaštitu, čije se pružanje zasniva na načelima socijalne pravde, humanizma i poštovanja ljudskog dostojanstva,<sup>5</sup> za-

---

Dr Vladimir Vuletić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Ovaj članak je nastao kao rezultat istraživanja u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu "Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU (pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekti)".

<sup>1</sup> Za predsednika ove komisije imenovan je akademik Slobodan Perović. Članovi su, između ostalih, i profesori Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu Miodrag Orlić, Oliver Antić, Mirko Vasiljević, Marina Janjić-Komar.

<sup>2</sup> Službeni glasnik RS, 104/06

<sup>3</sup> Čl. 97, st. 2. Ustava RS

<sup>4</sup> Čl. 97, st. 7. i 8. Ustava RS

<sup>5</sup> Čl. 69, st. 1. Ustava RS

jemčenje mirnog uživanja svojine i drugih imovinskih prava stečenih na osnovu zakona, kao i prava na nasleđivanje,<sup>6</sup> prava na zaključenje braka i ravnopravnost supružnika, sloboda odlučivanja o rađanju, prava deteta, prava i dužnosti roditelja, posebno porodice, majki, samohranih roditelja i dece,<sup>7</sup> poslužile su Komisiji kao neophodan pravni okvir njenog delovanja.

Nakon više od šezdeset godina bez jedinstvene građanske kodifikacije, Komisija se suočila sa opsežnim i složenim zadatkom redefinisiranja i pravnog zaokruživanja u celinu parcijalnog i u znatnoj meri neusklađenog pozitivnog zakonodavstva u građanskopravnoj materiji. Ne manje složen zadatak bilo je usklađivanje nacionalnih zakonskih rešenja sa ratifikovanim međunarodnim konvencijama, direktivama i standardima Evropske unije.

Poput Tribonijana, Justinijanovog najumnijeg pravnika, nosioca titule *magister sacri palatii*,<sup>8</sup> predsednika komisije koja je donosila *Corpus Iuris Civilis*, a koji je sam priznavao da je dobio "do očajanja težak zadatak",<sup>9</sup> predsednik naše komisije mogao je da konstatuje sličan zaključak. U prethodnih više od pola veka, abrogiranjem celokupnog do tada važećeg pravnog sistema, od strane novih revolucionarnih vlasti,<sup>10</sup> Srbija je donosila posebne zakone iz građanskopravne materije. Međutim, uprkos činjenici da je u tom poslu, a pre svega zaslugom velikih profesora Konstantinovića i Perovića, dobila izvanredan Zakon o obligacionim odnosima, osavremenjivanje aktuelnih rešenja, analiza i usklađivanje na unutrašnjem ali i na planu savremenih evropskih tokova, postalo je kategorički imperativ.

Sticaj okolnosti je nalagao da Srbija, iako četvrta zemlja u Evropi koja je dobila građanski zakonik, danas biva u docnji u odnosu na ostale evropske države. Deluje po malo ironično da se sve to dešava u godini u kojoj obeležavamo 170 godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika. Ni nakon bezmalo dva veka od njegovog donošenja, ne prestaju žive rasprave o karakteru, kvalitetu i pravnim domašajima Građanskog zakonika za Knjaževstvo Srbiju, donetog na Blagovesti 11. (25.) marta 1844. godine. Osim činjenice da je ovim zakonikom Evropa dobila svoju četvrtu modernu kodifikaciju, koju je iznedrila mala, borbom za oslobodjenje od Turaka i nacionalnu državu iznurena Srbija, Srpskim građanskim zakoni-

<sup>6</sup> Čl. 58-59. Ustava RS

<sup>7</sup> Čl. 62-66. Ustava RS

<sup>8</sup> Justinijan je u pohvalama Tribonijanu isticao da je ovaj u pripremi za svoj poduhvat proučio preko 2000 knjiga, P. Stein "Medieval Rediscovery of the Roman Civil Law", *The Civilian Tradition and Scots Law* (eds. D.L.C. Miller, R. Zimmermann), Duncker&Humblot, Berlin 1997, 73.

<sup>9</sup> O. Stanojević, *Rimsko pravo*, Beograd 2003, 113.

<sup>10</sup> To je učinjeno poznatim Zakonom o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije iz 1946. godine, Službeni list FNRJ, br. 86/46, 105/46, 96/47.

kom (SGZ) je pravno sankcionisana i potvrđena neprikosnovenost privatne svojine, ponovljeno i potvrđeno ukidanje feudalnih odnosa, prošireno i ujednačeno tržište i proglašena potpuna sloboda ugovaranja.<sup>11</sup>

Premda je ovaj zakonik tekovina ustavobraniteljske vlade, ideja za donošenjem jedne kodifikacije rodila se gotovo istovremeno sa pokušajima da Srbija dobije ustav.<sup>12</sup> Uporedo sa političkim previranjima i neminovnim promenama, intenziviran je i rad na donošenju kodifikacije.

Nakon početnih inicijativa i prvih nesigurnih koraka u ostvarivanju ideje donošenja građanske kodifikacije u Srbiji,<sup>13</sup> rad na ovom obimnom poslu poveren je prečanskom Srbinu Jovanu Hadžiću. Ova svestrana i jedna od najobrazovanijih ličnosti svog vremena,<sup>14</sup> radio je predano na tekstu budućeg građanskog zakonika. Izvanredno pravničko obrazovanje i široka kultura duha, omogućili su mu da u ovom poslu daleko nadmaši svoje prethodnike i Srbiji podari tekst zakonika koji će snazi ostati čitav jedan vek.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Dragoš Jevtić, Dragoljub Popović, *Narodna pravna istorija*, Beograd 2003, 88, Ružica Guzina "Istorijski osvrt na karakter i značaj Srpskog građanskog zakonika od 1844. godine", *Istorijski glasnik*, 2/1949, 29. i dalje.

<sup>12</sup> Poznato je pismo Vuka Karadžića Milošu Obrenoviću u kojem apeluje da bi "narodu valjalo dati pravicu ili kako se to danas u Evropi obično govori konstituciju". Pri tom, on akcentuje nacionalni karakter budućeg ustava insistirajući na tome da to ne treba da bude ni francuska, ni engleska, ni grčka ideja. Svestan je, pri tom, da je ustav osnov za donošenje i budućih kodifikacija, jer "kakogod se ne može kuća niti kaka druga zgrada načiniti dok joj se najpre temelj ne postavi", Vukovo pismo Knezu Milošu od 12/24 aprila 1832. godine, *Sabrana dela Vuka Karadžića*, knjiga 15, *Istorijski spisi I*, Beograd 1969, 187.

<sup>13</sup> Po nalogu Miloša Obrenovića, 1829. godine formirana je tzv. Zakonodelna komisija, predvođena Grkom Georgijem Zaharijadesom, koja je imala za cilj da, prevodeći strane zakone, Srbiji pripremi građanski zakonik. Međutim, taj pokušaj delimičnog prevoda Francuskog građanskog zakonika (*Code Civile*) završio je neslavno. Ne vladajući dovoljno ni francuskim ni srpskim jezikom, a nemajući ni formalno pravničko obrazovanje, Zaharijades je ostao upamćen po lošem i neupotrebljivom tekstu za koji je i Miloš komentarisao: "...da je s početka i kojekako, ali je posle sve gore i gore, da ja ne znam ili su ti ljudi koji su te zakone pisali bili pijani ili sasvim ludi.", Slobodan Jovanović, *Političke i pravne rasprave*, Beograd 1908, 72. Kao slikovito svedočanstvo lošeg pravnčkog rezonovanja i potpunog nerazumevanja smisla građanskopravnih instituta, ostao je Zaharijadesov prevod "hipoteke" u "apoteka", a "servituta" u "ropstvo", S. Jovanović, 71.

<sup>14</sup> Školovao se u Budimpešti i Beču, a na ovom potonjem je stekao i doktorat. Poznavanje klasičnih jezika, svestrano obrazovanje i pravnička kultura, omogućavali su mu da se bavi i filozofijom, književnošću (pod pseudonimom Miloš Svetić) i lingvistikom, konzervativno ostajući do kraja oštar i uporan protivnik reforme srpskog jezika koju je sproveo Vuk Karadžić. Bio je i jedan od osnivača i prvi predsednik Matice Srpske i dopisni član Društva Srpske Slovesnosti i Srpskog Učenog Društva. Više u Miraš Kičović, *Jovan Hadžić (Miloš Svetić)*, Novi Sad 1930.

<sup>15</sup> Srpski građanski zakonik je formalno ukinut 1946. godine, voljom revolucionarnih vlasti donošenjem poznatog Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije. Do današnjeg dana, Srbija nema svoju građansku kodifikaciju, premda je odlukom Vlade Republike Srbije 2006. godine formirana Komisija za donošenje Građan-

Međutim, polemike u vezi sa istinskim kvalitetom i doprinosom Hadžićevog teksta započele su gotovo nakon samog njegovog objavljivanja. Smatrajući ga isprva suviše liberalnim, kasnije suviše konzervativnim, retke su u Srbiji bile pohvale kakve su izricane u austrijskoj javnosti.<sup>16</sup> Neretko se isticalo da ovaj zakonik nije ništa drugo do skraćena verzija Austrijskog građanskog zakonika, posebno imajući u vidu izlaganje i raspored materije u njemu.<sup>17</sup>

Za Srbiju su, istini za volju, od interesa bila dva građanska zakonika, francuski *Code Civil* iz 1804. godine i austrijski *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* iz 1811. godine. Zajedno sa najstarijim pruskim *Länderrecht* iz 1794. godine,<sup>18</sup> ove tri građanske kodifikacije se obično u literaturi nazivaju "kodifikacijama prirodnog prava".<sup>19</sup> Kao i u ostalim zemljama Evrope<sup>20</sup> i u Srbiji je donošenje kodifikacije tesno bilo povezano sa izgradnjom nacionalne države. To se posebno odnosi na Nemačku u kojoj je rad na donošenju građanske kodifikacije odmah postala stvar od velikog praktičnog i simboličnog značaja nakon stvaranja nemačkog Rajha.<sup>21</sup> Međutim, do trenutka kada je nemački *Bürgerliches Gesetzbuch* stupio na snagu 1. januara 1900. godine, gotovo sve države južne, centralne i istočne Evrope imale su svoje kodifikacije građanskog prava.

U najvećem broju slučajeva francuski *Code Civil* predstavljao je glavnu inspiraciju. Primenjivan je u Belgiji, a brzo je postao osnov za holandski *Burgerlijk Wetboek* iz 1838. godine. Od njega su pošli i Italijani u izradi svog *Codice Civi-*

---

skog zakonika Srbije. Ova komisija, kojoj predsedava prof. dr Slobodan Perović, u završnoj je fazi izrade prednacrt teksta.

<sup>16</sup> Tako je Jozef Unger u bečkom parlamentu 1891. godine čak blagodario Bogu zbog postojanja ovog zakonika, *Austrijski građanski zakonik* (prevod i predgovor Dragoljuba Arandelovića), Beograd 1906, 4.

<sup>17</sup> Materija je u SGZ izložena u uvodu i tri dela, baš kao i u AGZ. Međutim, ovakav stav je podložan kritici čak i letimičnim pogledom na tekst Srpskog građanskog zakonika. Premda ne uvek visokog kvaliteta, neke odredbe, a posebno one o porodičnoj zadruzi, nasleđivanju ženske dece i pravu preče kupovine, originalni su doprinosi Hadžićevog rada.

<sup>18</sup> Vidi zanimljivu modernu analizu ove kodifikacije u A. Schwenninge *Die Entstehung der Einleitung des Preussischen Allgemeinen Landrecht von 1794*, München 1993, G. Dilcher "Die janusköpfige Kodifikation - das preußische Allgemeine Landrecht und die europäische Rechtsgeschichte", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (ZEuP) 1994, 446.

<sup>19</sup> F. Wieacker, *A History of Private Law in Europe*, Oxford 1995, 257, R. Zimmermann "Codification: History and Present Significance of an Idea", *European Review of Private Law*, 95, P. LeGrand "Strange Power of Words: Codification Situated", *Tulane European and Civil Law Forum*, New Orleans 1994, 9.

<sup>20</sup> F. Wieacker "Der Kampf des 19. Jahrhunderts um die Nationalgesetzbücher", *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung* 1974, 79, R. Schulze "Vom Ius commune zum Gemeinschaftsrecht", *Europäische Recht und Verfassungsgeschichte* 1991, 18.

<sup>21</sup> M. John, *Politics and Law in Late Nineteenth Century Germany*, Oxford University Press, 1989, 27.

le iz 1865. godine koji je donet svega četiri godine nakon što je formirana Kraljevina Italija. Francuski građanski zakonik inspirisao je i Portugalce i Špance u donošenju svojih *Código Civil* iz 1867. odnosno 1889. godine. Rumuni su, donoseći svoj građanski zakonik 1865. godine, takođe pošli od ideja Napoleonove kodifikacije.<sup>22</sup> S druge strane, Srbija je svoj građanski zakonik donela po ugledu na austrijski. Međutim, početne aktivnosti na izradi kodifikacije ukazuju da je i Srbija crpela inspiraciju iz ideja Napoleonovog kodeksa. Ličnost Jovana Hadžića, njegova konzervativnost i okrenutost austrijskom pravu, čini se da su prevagnuli u korist novog izvornika koji će opredeliti pravnu sudbinu srpskog Miloševog kodeksa. Jovan Hadžić je bio jedan od najobrazovanijih Srba svog vremena.<sup>23</sup> Prema pisanju Jelene Danilović, latinski je naučio još u ranoj mladosti a ljubav prema ovom jeziku i starogrčkoj i rimskoj istoriji i književnosti, ispoljavao je tokom čitavog života.<sup>24</sup> Sledstveno ovome, valja stati uz pitanje koje Danilović retorički postavlja: zar je moguće da Hadžić, pri izradi zakonika, pred sobom, pored drugih knjiga, stručne literature i teksta AGZ-a, nije pred sobom mogao imati i Justinijanova Digesta, ili bar stručni literaturu iz oblasti rimskog prava, klasičnog ili pandektnog?<sup>25</sup>

Odgovor na ovo pitanje možda, donekle, daje Vladimir Vodinelić, pedantno nabrajajući latinske termine u Srpskom građanskom zakoniku: intabulacija, fideikomis, legat, sekvestar, asignacija, prenotacija, kurator, retencija, korealnost, supstitucija, cesija, kompenzacija...<sup>26</sup> Kao doktor nauka peštanskog i bečkog univerziteta, njegova široka pravna erudicija ovde je mogla da se ispolji u svom punom obimu. Čini se da ovi pojmovi ne mogu biti samo plod transponovanja normi Austrijskog građanskog zakonika, već, u dobroj meri, poznavanje rimskog prava u celosti i želja da se njegovim rešenjima nađe mesto u našem zakoniku. Tako je, uzмимо za primer, kupac u obavezi da prodavcu isplati određeni deo cene na ime kapare, koja, poput rešenja u rimskom i srednjovekovnom srpskom pravu ima karakter potvrđivanja ugovora i obaveza stranaka (*arhha confirmatoria*), a u slučaju *arhha poenitentialis* kao odustanice:

---

<sup>22</sup> Vidi više u R. Zimmermann *The Civil Law in Civil Codes, The Civilian Tradition and Scots Law, Aberdeen Quincentenary Essays*, Berlin 1997, 259-261.

<sup>23</sup> Bio je poliglota, piše Jelena Danilović, i, pored ostalog, odlično je vladao grčkim i naročito latinskim jezikom, J. Danilović, "Srpski građanski zakonik i rimsko pravo", *Sto pedest godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika (Zbornik radova sa naučnog skupa)*, Beograd 1996, 49.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Tako i J. Danilović, 49-50.

<sup>26</sup> V. Vodinelić, "Sto pedest godina kasnije: šta je još živo u Srpskom građanskom zakoniku?", *Sto pedest godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika (Zbornik radova sa naučnog skupa)*, Beograd 1996, 390.

Gaj veli: “Quod saepe arrae nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arra conventio nihil proficiat, set ut evidentius probari possit convenisse de pretio.”<sup>27</sup> Slično kaparu definiše i Dušanovo zakonodavstvo. Tako Aleksandar Solovjev ukazuje da je najbolji dokaz o postojanju kapare u srednjovekovnoj srpskoj prodaji sam njen naziv – *aravon* (*aravun*).<sup>28</sup>

U SGZ odredbe su na identičnoj liniji: “Ako se pri zaključenju ugovora za znak tvrde ugovora i za sigurnost izvršenja kapara da, pa se krivicom jedne strane ugovarajuće ugovor ne bi ispunio, onda nevinna strana može zadržati kaparu, ili ako je ova dala kaparu, ima pravo po svojoj volji ili da kriva strana kaparu udvojenju vrati, ili voli da se izvrši ugovor, ili ako to ne može biti, nakndau da učini.”<sup>29</sup>

Ovako definisanu kaparu, kao odustanicu, poput rimske koncepcije, naš građanski zakonik naziva pišmanlukom: “Ako se ugovor zaključuje na odustanicu ili pišmanluk, tj. ako se opredeli nešto, koje onaj platiti ima, koji bi pre izvršenja odustao od ugovora, tj. koji bi se popišmanio, onda takav mora ili držati ugovor, ili pišmanluk platiti.”<sup>30</sup>

Istini za volju, i AGZ kaparu definiše na isti način. Tako član 909. AGZ posebno obrađuje tzv. odustanicu (*Der Vertrag gegen Reugeld*)<sup>31</sup>, te se može zaključiti da obe strane imaju dve mogućnosti na raspolaganju: ili da ugovor ispune ili da od njega odustanu. Ukoliko neka strana odluči da ispuni ugovorne odredbe (potpuno ili delimično), gubi pravo na odustanicu.<sup>32</sup> Ukoliko se, međutim, strana odluči da odustane od ugovora, mora platiti odustanicu, a druga strana mora prihvatiti taj novčani iznos i ne može zahtevati prinudno izvršenje ugovora, jer je već ranije ugovorena ova mogućnost.<sup>33</sup> To, što se ovaj institut identično definiše u austrijskom i srpskom građanskom zakoniku, nije, čini se, dokaz pravnog tran-

<sup>27</sup> D. 18.1.35. (*Gaius libro decimo ad edictum provinciale*).

<sup>28</sup> Reč je prevodu Sintagme grčke reči, odnosno reči *arrae* Justinijanovog Kodeksa, dok se u dalmatinskim statutima XIII – XIV govori uvek *arrae*. Činjenica da je u srpskom jeziku do početka 19. veka živela vizantijska reč *appaβov* u raznim oblicima (arauna, raona, ravna), dok nije bila istisnuta od italijanske reči kapara, te je ta činjenica najbolji dokaz da su u starom srpskom pravu bile primljene odredbe vizantijskog prava o prodaji u onom obliku, u kojem su sačuvane u srpskim prevodima Prohirona i Vlastareve Sintagme, A. Solovjev, *Zakonodavstvo Stefana Dušana, cara Srba i Grka*, Beograd 1991, 418 – 419.

<sup>29</sup> SGZ, § 550.

<sup>30</sup> SGZ, § 551.

<sup>31</sup> “Ako se pri zaključenju ugovora odredi suma koju mora da plati jedna ili druga strana u slučaju ako hoće pre ispunjenja ugovora od istoga da odustane, onda je ugovor zaključen na odustanicu. U ovom se slučaju mora ili ugovor ispuniti, ili odustanica platiti”, AGZ, § 909 (prevod D. Arandelovića).

<sup>32</sup> “Ko ugovor ma samo i delimično ispuni, ili ko primi ono, što je drugi ma samo i delimično radi ispunjenja učinio, ne može više odustati, baš i kad bi hteo platiti odustanicu”, *Ibid*.

<sup>33</sup> Za razliku od AGZ-a, Nemački građanski zakonik (*Bundesgesetzbuch, BGB*), nešto drugačije definiše kaparu. U ovom zakoniku, kapara predstavlja samo znak da je ugovor zaključen i nema funkciju odustanice, što ukazuje da strana koja je ili dala kaparu ili ju je primila, nema pravo



splanta. Upravo suprotno! Oba moderna zakonika, nesumnjivo, temelje baštinu rimskog prava, srpski građanski zakonik čak linijom sredovekovnog srpskog prava direktno oslonjenog na klasična rimska rešenja. Ako bi se primenila Votsonova teza, onda je reč o "višestepenom i multimerovskom pravnom transplantu": od "domaćina rimskog prava", transplantirano je, pravim smerom, "pravno tkivo" u Dušanovo zakonodavstvo, pa u Srpski građanski zakonik, a, drugim, bočnim smerom, transplant je unet i od Austrijskog građanskog zakonika. Čini se da je ideja suprotna. Ove sličnosti, deluje, nisu posledica bilo kakve transplantacije, nego zajedničkog pravničkog mišljenja (*communio opinio doctorum*) zasnovanog na izvoristu rimskog prava.

Srpski građanski zakonik poslužio je, čini se, i mkao inspiracija novom talasu nastajanja građanskih zakonika na tlu Evrope. Donošenje Nemačkog građanskog zakonika podstaklo je novu reviziju Austrijskog građanskog zakonika, koja je izvršena u tri faze tokom Prvog svetskog rata, što je inspirisalo i Grke za kodifikacijom svog građanskog prava. Tako se i Grčki građanski zakonik donet 1940. (stupio na snagu 1946. godine) smatra delom nemačke pravne porodice.<sup>34</sup> Istoj pravnoj porodici pripada i Švajcarski građanski zakonik iz 1907. godine, premda se mora priznati da je deo koji se odnosi na obligacione odnose iz 1911. godine, u mnogim aspektima originalna tvorevina.<sup>35</sup> Švajcarska iskustva uticala su na Italijane prilikom sastavljanja novog građanskog zakonika iz 1942. godine a da nisu načinili radikalnan raskid sa francuskom pravnom tradicijom.<sup>36</sup> Tome valja dodati i uticaj švajcarskog prava na Turski građanski zakonik, oličenog u njegovom glavnom redaktoru, kao švajcarskog učenika.

U savremenom dobu, uprkos nekim pesimističnim naznakama početka "dekodifikacije",<sup>37</sup> donošenje građanskih zakonika i dalje je veoma intenzivno. Više od pedeset evropskih država kodifikovalo je svoje građansko pravo od 1945. godine do danas. Jedan od skorijih primera u Evropskoj uniji je Holandija. Premda su neki delovi ove kodifikacije doneti 1970, 1976. i 1991. godine, ključne odredbe su stupile na snagu 1992. godine.<sup>38</sup> Mnoge države Istočne Evrope su, na-

---

da odustane od ugovora uz uslov odustanice: ili da kaparu izgubi ili da plati njen dvostruki iznos, BGB, § 336.

<sup>34</sup> R. Zimmermann (1997), 261.

<sup>35</sup> Detaljnije o međusobnim uticajima nemačkog i švajcarskog građanskog zakonika u R. Gmür, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin 1965, P. Caroni "Die Schweizer Romanistik im 19. Jahrhundert", *Zeitschrift für Neuere Rechtgeschichte* 1994, 240-258.

<sup>36</sup> G. Cian "Funfzig Jahre italiencher codice civile", *ZEuP* 1993, 120.

<sup>37</sup> U tome se posebno ističu N. Irti *Letà della decodificazione*, Napoli 1989. i R. Sacco "Codificare: modo superato di legiferare?" *Rivista di diritto civile* 1983, 117.

<sup>38</sup> T. Mayer-Maly, J. W. Pichler "Renaissance der Idee der Kodifikation", *Contributions in Franz Bydliński* 1991, 114-129.

kon pada Berlinskog zida, pristupile ambicioznom poduhvatu rekodifikacije svojih nacionalnih zakonika.

I u međunarodnoj praksi sličan je zamajac. Bečka konvencija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine, smatra se važnom kodifikacijom međunarodnog trgovinskog prava, koju je do danas ratifikovalo oko četrdeset država. Na tlu Evropske unije, Evropski parlament je pozvao na pripremu zakonika za čitavo evropsko privatno pravo.<sup>39</sup> Međunarodni Institut za unifikaciju privatnog prava objavio je 1994. godine Načela međunarodnih privrednih ugovora, dok se 1995. godine pojavilo štampano izdanje prvog dela Principa evropskog ugovornog prava, koje je priredila Komisija za evropsko ugovorno pravo, predvođena Ole Landom.<sup>40</sup>

Evropska građanska pravna tradicija započinje rezultatima škole u srednjovekovnoj Bolonji, ponovnim otkrićem i intelektualnim probom ideja iz Justinijanovih Digesta. Činjenica je da je ovaj najvažniji i najvredniji deo Justinijanovog zbornika mogao u većoj meri udahnuti novi život rimskom pravu.<sup>41</sup> Rukopis koji je Bolonja koristila u XII veku, u stvari potiče iz VI veka, tada čuvan u Pizi, a 1406. godine prenet u Firencu, gde predstavlja dragulj u zbirci Lavrentinske biblioteke.<sup>42</sup> Mada ima naznaka da su Digesta delom bila poznata već školi u Paviji, budući da je u Ekspoziciji profesori iz Pavije pominju oko 1070. godine, kao i jednom italijanskom zborniku kanonskog prava iz 1080. godine u kojem se 93 fragmetna pominju u odeljku *Collectio Britannica*,<sup>43</sup> čini se da je tek škola u Bolo-

<sup>39</sup> O ovome više u W. Tilmann "Eine Privatrechtкодifikation für die Europäische Gemeinschaft?" u P.C. Müller-Graff *Gemeinsames Privatrecht in die Europäischen Gemeinschaft* 1993, 485, i u "Zweiter Kodifikationbeschluss des Europäischen Parlaments", *ZEuP*, 1995, 534.

<sup>40</sup> Detaljnija analiza u R. Zimmermann "Konturen eines europäischen Vertragsrechts", *Juristenzeitung* 1995, 477, i u "Die "Principles of European Contract Law"" *ZEuP* 1995, 864.

<sup>41</sup> Značaj Digesta zanimljivo, kritički sagledavajući *Corpus Iuris Civilis*, oslikava Rading u svom pismu univerzitetskom profesoru Hejstingsu Rašdalu: "Digesta su bila jedina knjiga iz koje su srednjovekovni studenti mogli da dobiju kvalitetno znanje iz rimskog prava. Institucije su bile tek običan udžbenik. Kodeks se satoji od pojedinačnih, nedovoljno povezanih odredaba. Novele, pak, nisu nepovezane, ali su sastavljene preopširno, isuviše apstraktno, i, koliko pomažu toliko i odmažu čitaocu. Bez Digesta rimsko pravo nikada ne bi moglo da osvoji svet, samo je u njima mogao da se nađe pravi duh rimskog prava. Ljudi nikada ne bi u nekoj drugoj knjizi pronašli toliko entuzijazma za proučavanje, jer tek u Digestama se spoznaje šta je to kvalitetna pravna rasprava, precizna i tačna definicija.", C. Radding, *The Origins of Medieval Jurisprudence, Pavia and Bologna*, New Haven 1988, 180.

<sup>42</sup> U vezi s prirodom ovog rukopisa postoje oprečna mišljenja. Rading tvrdi da je reč o verziji nazvanoj *Vulgata* odnosno *Litera bononiensis*, i potiče iz firentinskog, ne neposredno, nego putem izgubljenog arhetipa, C. Radding, 182, dok Stein smatra da je u pitanju verzija *Secundus* koja je prepisana krajem XI veka, P. Stein, "Medieval Rediscovery of the Roman Civil Law", *The Civilian Tradition and Scots Law* (eds. D.L.C. Miller, R. Zimmermann), Duncker&Humbolt, Berlin 1997, 78.

<sup>43</sup> B. Paradisi, "Il giudizio di Martiri: alle origini del pensiero giuridico bolognese", *Rediconti dell' Accademia dei Lincei (Scienze Morali)*, 1994, 335. Stanojević navodi prvi slučaj citiranja Justinijanove kodifikacije, doduše bez navođenja izvora, iz 1060. godine, dok je 1076. godine u sporu žite-

nji dublje i analitičnije sagledala svu vrednost Digesta. Ovo tim pre jer je rimsko pravo delatnošću ove škole polako počelo da dobija autoritet za sudove i praktičnu primenu, započetu već radom škole u Paviji. Praktična vrednost rimskog prava inicirala je dolazak brojnih mladih ljudi iz Zapadne Evrope u Bolonju i druge italijanske gradove (u prvom redu u Padovu i Sijenu) kako bi učili rimsko pravo. Verovatno je da su to činili baš imajući u vidu mogućnost upotrebe stečenog znanja u sudskoj praksi, a ne samo teorijsko opšte obrazovanje. Time je rimsko pravo, nakon dužeg vremena, ponovo postalo pravni okvir za regulisanje i lokalne trgovine, neformalnih sporazuma, velikim međunarodnim trgovačkim poduhvatima. Rad bolonjske i škole glosatora u velikoj meri zaslužni su za razvoj evropskog građanskog prava temeljenog na rimskom. Pre njih kružili su razni nezvanični zbornici, nudeći raznolika rešenja, kao što su odluke crkvenih saveta, mišljenja svetih otaca, papski dekreti, fragmenti iz Biblije, pa se nije znalo šta je nečije mišljenje, a šta pravo. Red u oblast kanonskog prava uveden je tek proglašenjem Gracijanovog dekreta oko 1140. godine. Međutim, poznavanje privatnog prava postalo je nemoguće bez poznavanja rimskog prava. Kod god je želeo ozbiljno da se bavi privatnim pravom, smatralo se da bi bio bolji i uspešniji ako poznaje Digesta.<sup>44</sup>

Kontinuitet pravnog razvoja i uticaj srednjovekovnog *ius commune* manje je očigledan u velikim građanskim kodifikacijama XIX veka. Ima pisaca koji otvoreno ističu da “ne veruju da je savremeno pravo zaista izraslo od starog prava, već ga smatraju nečim novim, stvorenim prema potrebama današnjeg dana i suverene volje modernog zakonodavstva”.<sup>45</sup> S obzirom da kodifikacija sadrži sveobuhvatan i zatvoren sistem pravnih pravila, omogućava se autonomni prostor za njihovo tumačenje. Posebno je ova tendencija napuštanja ideje *ius commune* izražena u nemačkom pravu, nakon donošenja Nemačkog građanskog zakonika.

Ovom građanskom kodifikacijom “pamćenje pandektističkog učenja, kao jednog od najvećih dostignuća nemačkog pravnog uma”<sup>46</sup> vrlo brzo je bledele. Savinji, Jering, Dernburg i Vinšajd, sve ređe se citiraju, pogotovu ranija literatura *ius commune* i rimski izvori. Deluje da je NGZ okončao “drugi život” rimskog prava, jer su pravници sve više proučavali zatvoreni krug pravila kodifikacije, bez uticaja teškog tereta moranja da se proceni kako bi se rimska pravna pravila i

---

lja Sigicija pored Firence sa obližnjim manastirrom, zabeležen slučaj pozivanja na Digesta, O. Stanojević, 126.

<sup>44</sup> Novi problemi i pravni sporovi nastali usled razvoja gradova i privrede, potreba sekularnih vladara i crkvenih velikodostojnika, zahtevali su dodatno angažovanje pravnika. Razna običajna i partikularna feudalna pravila nisu imala adekvatne odgovore. Možda to nije imalo u potpunosti ni rimsko pravo, ali je posedovalo mudre savete i argumente koji su mogli da dovedu do rešenja, E. Cortese, *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma 1992, 96.

<sup>45</sup> H. Planitz, *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, tom 1, München 1924, 16.

<sup>46</sup> R. Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law; Civilan Tradition Today*, Oxford 2001, 34.

dalje mogla primenjivati. Proces koji je otpočeo i neretko nazvan “emancipacija-odvajanje rimskog od modernog prava”<sup>47</sup> platio je danak pravnoj nauci. Nemačka pravna nauka je, kako to Cimerman jasno potvrđuje, prestala da bude istorijska nauka.<sup>48</sup> Time je smisao kontinuiteta razvoja prava u potpunosti izgubljen.

Međutim, deluje, prema stavu nekih autora, da osnovna ideja sastavljača Nemačkog građanskog zakonika nije bila u osnovi raskid sa rimskim pravom<sup>49</sup>, niti da se načini neki novi početak kao potpuni prekid sa prošlošću. Baš suprotno, cilj je bio da se uključe i konsoliduju pravna dostignuća vekova, koja su zasnovana na pandektističkom učenju.<sup>50</sup> NGZ je zamišljen kao okvir za Savinijjevo progresivno organsko učenje<sup>51</sup>, koje je, samo po sebi, bilo organski proizvod građanske tradicije.<sup>52</sup> Baš u ovom duhu Vrhovni sud Nemačke počeo je da primenjuje i tumači odredbe NGZ-a.<sup>53</sup> Sledstveno ovome, važno je istaći da donošenjem modernih evropskih građanskih kodifikacija nije nastala nova era u istoriji evropskog građanskog prava. Ako se izuzme pruski Landrecht, sve ostale kodifikacije poznate su po svojoj fleksibilnosti koja im je, u velikoj meri, pomogla da odole izazovima vremena. Deluje kao da su njihovi redaktori ozbiljno primili čuveno Portalovo za-pažanje kako je zadatak zakonodavca da utvrdi samo “opšta pravna načela” (*par de grandes vues*). Ono treba da uspostavi takva načela koja se satoje uglavnom od opštih smernica i da iznegne zalaženje u dublju analizu svakog pojedinačnog pitanja koje može eventualno da iskrсне. Time je primena zakona postala deo posla koji obavljaju sudije i pravnici “*penetre de l’esprit general des lois*”.<sup>54</sup> Na taj način je stvoren prostor za ujedinjenje zakonodavstva i pravne nauke, teorije i prakse, a ne za sukob među njima. Rezultat toga je, čini se, opšteprihvaćena činjenica da zakonik mora biti vitalan, da mora ići u korak sa vremenom, kroz aktivno i kreativno sudsko tumačenje i doktrinarno usavršavanje.<sup>55</sup>

<sup>47</sup> H. Planitz, 24.

<sup>48</sup> R. Zimmermann, (2001), 35.

<sup>49</sup> NGZ, smatraju Drobniig i Knitel nije bio radikalna tačka preokreta u nemačkoj pravnoj istoriji, niti je njegovo donošenje samo po sebi okončalo ulogu pandektistike, U. Drobniig, *Private Law in the European Union*, The Hague 1996, 136; R. Knütel “*Ius commune und Romisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union*” *Juristische Schulung* 1996, 211.

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> Tako o kontinuitetu *ius commune* i francuskog *Code Civil* pogledati J. Gordley “*Myths of the French Civil Code*” *42 American Journal of Comparative Law* 1994, 459 i dalje.

<sup>53</sup> Nastavio je da primenjuje rimsku *exceptio doli*, da u konkretnim slučajevima prihvata ili odbija načela *culpa in contrahendo* i *clausula rebus sic stantibus*, R. Knütel, (1996), 217.

<sup>54</sup> K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to comparative law*, Oxford Clarendon Press 1984, 92.

<sup>55</sup> O. Behrends, *Das Bündnis zwischen Gesetz und Dogmatik und die Frage der Dogmatischen Rangstufen*, Berlin, 2002, 35.

Međutim, i pored donošenja nacionalnih kodifikacija građansko pravo nastavlja svoju neminovnu evoluciju. U suštini, reč je o evoluciji građanskopravne tradicije Evrope, jer i pored toga što su sudska tumačenja i doktrinarno usavršavanje doveli u stvarnosti do pojave nekih neobičnih obrta u nacionalnim građanskim pravima, sve kodifikacije imaju isti pravni osnov. Već je ukazano na oklonost da nemački redaktori nisu uopšte imali nameru da građanski zakonik predstavlja “početak od nule” i raskid sa prošlošću. Čini se upravo suprotno: njihova intencija bila je konsolidacija savremene verzije rimskog prava, oličene u pandektističkoj pravnoj doktrini. Zato možda i nije pogrešno reći da je Nemački građanski zakonik, u stvari, akt istorijske pravne škole.<sup>56</sup>

Francuski *Code Civil* ideje je baštiniio na radovima Dome i Potjea<sup>57</sup>, a sličan koncept prihvata i Austrijski građanski zakonik.<sup>58</sup> Moglo bi se konstatovati da *ratio naturalis* prirodnog prava nije u suprotnosti sa *ratio scripta* rimskog prava. Naprotiv, čini se da su ove dve ideje u svojoj osnovi komplementarne. Sličnosti u pojedinim rešenjima posledica su tzv. zajedničkog pravničkog mišljenja čiji su temelj rezultati rimskog prava usvojeni i prošireni srednjovekovnim *ius commune*. U tom kontekstu mogu se navesti brojni primeri u oblasti obligacionog prava koji reljefno svedoče ovom stavu. Tako sva pravila o ništavosti pravnih poslova u građanskim zakonicima imaju izvorište u konstituciji imperatora Teodosija *Lex non dubium*,<sup>59</sup> koji je uveo zabranu svih transkacija *contra bones mores* već ranije usvojenu od strane rimskih pravnika i imperatora.<sup>60</sup> Međutim, pažljivijom analizom građanskih modernih zakonika, moguće je utvrditi neke od “varijacija na temu”. Tako se Švajcarski zakonik o obligacijama odnosi na “ugovore sa protivpravnim sadržajem”,<sup>61</sup> a Nemački građanski zakonik na “pravne akte koji krše zakonsku zabranu”.<sup>62</sup> Francuski i Italijanski građanski zakonici povezuju ništavost protivpravnih i nemoralnih ugovora sa svojim čuvenim konceptom kauze, koja, prema Cimermanu potiče iz srednjovekovne pravne nauke, iako se nastanak vezuje za dva fragmenta iz Digesta.<sup>63</sup> Nemački, Austrijski i Švajcarski građanski zakonik sadrže posebne odredbe koje se bave zelenaškim transakcijama,<sup>64</sup> a AGZ

---

<sup>56</sup> P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, Berlin 1966, 291.

<sup>57</sup> P. Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge 2005, 114.

<sup>58</sup> R. Schulze “Myths of the French Civil Code”, *American Journal of Comparative Law* 1994, 459.

<sup>59</sup> *Nov. Theod.* 9.

<sup>60</sup> R. Zimmermann, *The Law of Obligations - Roman Foundations on Civilian Traditions*, Oxford University Press 1995, 697.

<sup>61</sup> Čl. 20 Švajcarskog zakonika o obligacijama.

<sup>62</sup> Čl. 134. Nemačkog građanskog zakonika.

<sup>63</sup> R. Zimmermann (1997), 267.

<sup>64</sup> Čl. 138 NGZ, čl. 879 AGZ, čl. 21 ŠZO.

i dalje predviđa rimski institut *laesio enormis*, takođe izveden iz jedne od imperatorskih konstitucija Teodosija.<sup>65</sup> S druge strane Napoleonov kodeks ne predviđa samo transakcije zabranjene zakonom i suprotne načelu savesnosti i poštenja, nego i one suprotne javnom poretku.<sup>66</sup> Holandski građanski zakonik sadrži sličnu odredbu.<sup>67</sup> Većina zakonika navodi da su takvi ugovori ništavi. Međutim, nemačko pravo pokazuje nešto veći stepen fleksibilnosti kada su ovakvi ugovori u pitanju. Takvi ugovori su ništavi, osim ako se zakonom ne utvrdi drugačije.<sup>68</sup> Slično pravilo važi i u holandskom pravu.<sup>69</sup> Ovaj fleksibilan pristup u potpunosti korespondira sa pravilom rimskog prava pre nego što je Teodosije doneo *Lex Non dubium*.

Vidljivo je da se u odredbama Građanskog zakonika za Knjaževstvo Srbiju pojavljuju rešenja koja su ili veoma slična ili gotovo identična rešenjima koja predviđa Francuski građanski zakonik. U našoj literaturi se sreće interesantan pokušaj da se te sličnosti u celosti nabroje,<sup>70</sup> čime se težilo ukazati na vidljiv uticaj ovog zakonika na građansku kodifikaciju Srbije. Međutim, ključno pitanje time nije razjašnjeno. Otkuda u jednom "pravnom transplantu" austrijske kodifikacije primesa iz francuske? Da li je, možda, Hadžić koristio i rad koji je učinila Zaharijadesova komisija? Nije li, u tom slučaju, verovatno da je koristio i Justinijanova Digesta? Uostalom, rimsko pravo je recipirano i u ovim građanskim kodifikacijama, čime je našlo svoje nezaobilazno mesto.

Možda je preambiciozno očekivati da je Jovan Hadžić koristio sve raspoložive izvore, uporednopravnu građu i pozakonjene narodne običaje, kako bi stvorio pažnje vredan zakonik. A moguće je da je upravo na toj ideji počivala njegova namera. Nije li Građanski zakonik za knjaževstvo Srbiju, u stvari, ništa drugo do izdanak zajedničkog pravničkog mišljenja (*communis opinio doctorum*) temeljenog na rezultatima i domašajima rimskog prava, od klasične jurisprudencije, preko Justinijana, srednjovekovnog *ius commune*, rimsko-kanonskog prava, pa sve do modernih evropskih građanskih kodifikacija koje su ovaplotile ove ideje?

Hadžić je, čini se, koristio onu istu univerzalnu i svestremensku pravnu gramatiku i logiku Gaja, Ulpijana, Pavla, Irnerija, Bartola iz Sasoferata, Balda Ubalija, baštinio ideje Tome Akvinskog, bio inspirisan Savinijem i Jeringom. Taj i takav Hadžić, takvog obrazovanja i erudicije, nije samo puki prepisivač i tran-

<sup>65</sup> C. 4.44.2

<sup>66</sup> Čl. 1133. Code Civil.

<sup>67</sup> Čl. 3:40 I Holandskog građanskog zakonika.

<sup>68</sup> Čl. 134. NGZ.

<sup>69</sup> Čl. 3:40 II Holandskog građanskog zakonika.

<sup>70</sup> Borislav Blagojević, *Uticaj francuskog Građanskog zakonika na srbijanski Građanski zakonik*, Beograd 1940.

splanter, a Srpski građanski zakonik mnogo više od pokušaja da mu se nametne epitet-žig pravnog transplantata austrijskog građanskog zakonika. Ovaj zbornik je, sto sedamdeset godina kasnije, možda, najbolji dokaz njegove vrednosti, specifične originalnosti i najfinijeg pravničkog promišljanja utemeljenog na izvorištu rimskog prava. Građanski zakonik za Knjaževstvo Srbiju je, nakon više od veka i po, iznova aktuelan, posebno u raspravama u radu na donošenju nove moderne građanske kodifikacije Republike Srbije. Odavanje počasti i priznanja četvrtom građanskom zakoniku Evrope počast je i njegovom redaktoru, narodu i državi koja je cenila važnost jednog ovakvog poduhvata.

Vrednost ove kodifikacije nastale kao plod recepcije rimskog prava tokom srednjeg veka u Evropi i Srbiji, izgrađenog zajedničkog pravničkog mišljenja koje je postalo pravnički esperanto, danas je ništa manja nego u vreme njegovog donošenja. Stoga su Njegoševe mudre reči još jedan pokazatelj stamenosti i postojanosti istinskih vrednosti: Vječna zublja vječne pomrčine, nit' dogori, niti svjetlost gubi.

VLADIMIR VULETIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

170 YEARS OF THE CIVIL CODE OF THE PRINCIPALITY OF SERBIA,  
AND ITS ROLE IN THE EUROPEAN LEGAL TRADITION  
– Eternal fire of eternal darkness, neither burns out nor loses light –

Summary

In the year marking the 170th anniversary of the adoption of the Civil Code of the Principality of Serbia, our country faces appalling fact that, although the fourth European country which gave birth to its Civil Code, today is one of the few countries without one.

On the other hand, the efforts of the Commission for the preparation of Civil codification of the Republic of Serbia, founded by the Government of the Republic of Serbia in 2006, yielded results, and the Commission, in the year of the Great Jubilee almost completed work on this challenging task.

The Author attempts in this paper to highlight the contribution of Serbian civil codification of 1844 in the European legal tradition, embodied in the ideas and achievements of Roman law, medieval *ius commune*, and community of legal opinions (*communis opinio doctorum*) to which the main editor of this Code Jovan Hadzic belonged.

In his efforts, the Author points out and analyzes the numerous examples that clearly confirm the basic premise that the legal traditions is the thread that binds by centuries upheld solutions of the Roman jurisprudents and ideas of modern jurists. In this regard, the Civil Code of the Principality of Serbia has a special place of honor.





NINA PLANOJEVIĆ

## DRŽAVINA U NACRTU EVROPSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA I U PREDNACRTU GRAĐANSKOG ZAKONIKA SRBIJE

### U V O D

Rezolucijama iz 1989.<sup>1</sup> i 1994.<sup>2</sup> godine Evropski parlament inicirao je rad na unifikaciji privatnog prava Evropske unije (u daljem tekstu: EU). Evropska komisija je takođe dala doprinos ovom procesu nizom dokumenata<sup>3</sup>. Rad na Evropskom građanskom zakoniku, uz mnogo argumenata za i protiv ove inicijative<sup>4</sup>, započeo je 1998. godine od strane posebne Studijske grupe<sup>5</sup> na čelu sa nemačkim profesorom Kristijanom fon Barom (Christian von Bar). Studijska grupa je suksesor Komisije za Evropsko ugovorno pravo (tzv. Landove komisije), čiji je rad rezultirao poznatim Principima evropskog ugovornog prava (PECL).

Fon Barova studijska grupa se, međutim, prihvatila mnogo obimnijeg zadatka od Landove. Njen cilj je unifikacija ne samo ugovornog prava EU, već i niza drugih oblasti – kako obligacionog, tako i ostalih grana građanskog i privatnog

---

Dr Nina Planojević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

<sup>1</sup> Rezolucija o radu na ujednačavanju privatnog prava država članica.

<sup>2</sup> Rezolucija o harmonizaciji određenih sektora privatnog prava država članica.

<sup>3</sup> Saopštenje o evropskom ugovornom pravu iz 2001. (COM (2001) 398 final); Plan aktivnosti i Akcioni plan (u formi saopštenja) iz 2003. (COM (2003) 68 final) itd.

<sup>4</sup> Na ovu temu više: D. Nikolić, Harmonizacija i unifikacija građanskog prava – Elementi za strategiju razvoja pravne regulative, Novi Sad, 2004, str. 118.

<sup>5</sup> Study Group on a European Civil Code (SGECC).

prava uopšte. U saradnji sa tzv. Acquis grupom<sup>6</sup>, Studijska grupa je počela izradu pravila budućeg Evropskog građanskog zakonika, ali ne za sve grane građanskog prava istovremeno, već za one oblasti za koje se procenilo da su sazreli uslovi za unifikaciju. Ovaj rad, koji će činiti sastavni deo budućeg Evropskog građanskog zakonika (u daljem tekstu: nacrt EGZ), nazvan je nacrtom Zajedničkog referentnog okvira (Draft of Common Frame of Reference, u daljem tekstu: DCFR), ima karakter akademskog dokumenta i sadrži definicije, principe i model-pravila za izabrane oblasti. Ciljevi ovog dokumenta su mnogobrojni, a najznačajniji su: olakšanje rešavanja problema iz ove oblasti, obezbeđivanje koherentnosti evropskog građanskog prava, njegove neformalne harmonizacije<sup>7</sup>, kao i reforme komunitarnog i nacionalnih pravnih sistema<sup>8</sup>.

Da bi obavila ovaj ozbiljan zadatak, Studijska grupa je oformila specijalizovane timove koji će raditi na svakoj od desetak oblasti koje su predmet regulative. Tako je nastala i tzv. Salzburška grupa, sa zadatkom da izradi nacrt pravila iz oblasti stvarnog prava koja se tiču sticanja, prestanka i zaštite svojine na pokretnim stvarima. U ovaj projekat ona je uključila i regulativu nekih pitanja u vezi državnine. Svoj rad Salzburška grupa započela je 2001. godine, a okončala krajem 2008. i početkom 2009. godine, u kojoj je obelodanjena i konačna verzija nacrtu uniformnih pravila iz ove oblasti. Projekat Salzburške grupe sadržan je u osmoj knjizi DCFR.<sup>9</sup> Predmet naših razmatranja u ovom radu biće način na koji je Salzburška grupa regulisala državinu (izuzimajući odredbe o zaštiti državnine).

Za analizu baš ovog instituta opredelila su nas, pored njegove važnosti, još dva razloga. Prvo, evidentne su značajne razlike u regulativi državnine između pojedinih nacionalnih pravnih sistema EU; pa je interesantno videti na koji način ih je Salzburška grupa prevazišla. Drugi, još važniji razlog je u tome što je i u Srbiji u toku rad na novom Građanskom zakoniku, a državina je jedan od instituta koji je nedavno regulisan<sup>10</sup>. S obzirom na činjenicu da je Srbija zainteresovana za član-

<sup>6</sup> Research Group on Existing EC Privace Law.

<sup>7</sup> O ovoj temi više: R. Vukadinović, Uvod u institucije i pravo Evropske unije, Kragujevac, 2008, str. 162–168.

<sup>8</sup> O tome više: T. Đurđić, Predugovorna odgovornost prema ZOO i Pravilima evropskog ugovornog prava, Pravni sistem Srbije i standardi EU i Saveta Evrope, knj. IV, Kragujevac, 2009, str. 426–428.

<sup>9</sup> Svaka knjiga DCFR obuhvata unifikovana pravila za oblast građanskog prava na kojoj je određeni tim radio: smernice kako koristiti tekst DCFR-a; ugovore i druge pravne poslove; ugovorne i vanugovorne obaveze i ovlašćenja iz oblasti DCFR-a; posebne vrste ugovora; posloводство bez naloga; štetu i deliktnu odgovornost; neosnovano obogaćenje; sticanje i prestanak prava svojine na pokretnostima; pravo obezbeđenja na pokretnostima; trust law...

<sup>10</sup> Opšti deo prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije, u kome su sadržana rešenja o državnini, objavljen je u okviru knjige 5 2013. godine.

stvo u EU, neosporna je važnost harmonizacije nacionalnog prava sa evropskim. Stoga je cilj našeg rada ne samo predstavljanje rešenja o državini iz nacrtu EGZ; već i njihova komparacija sa rešenjima iz prednacrtu novog Građanskog zakonika (u daljem tekstu: Prednacrt) – kako bismo utvrdili u kojoj je meri Srbija imala u vidu evropski model državine, sa kojim treba harmonizovati rešenja nacionalnih pravnih sistema i reformisati ih. Da bismo ostvarili navedeni cilj, u nastavku rada ćemo najpre izložiti sadržinu rešenja o državini iz nacrtu EGZ i Prednacrtu, kao i pozitivnopravna srpska rešenja; a zatim izvršiti njihovo poređenje i komentisanje – na osnovu čega ćemo izvesti zaključak o njihovoj usklađenosti. Pitanja koja ćemo razmatrati su: mesto odredbi o državini u navedenim dokumentima; pojam, koncept i vrste državine; i detencija.

## MESTO ODREDBI O DRŽAVINI

1. *Regulativa nacrtu EGZ.* – U nacrtu budućeg Evropskog građanskog zakonika, odnosno DCFR - a, državina je regulisana, kao što je rečeno, u okviru VIII knjige pod nazivom “Sticanje i prestanak svojine na pokretnostima”<sup>11</sup> – što je deo materije koja spada u oblast stvarnog prava. Međutim, državina nije uređena na jednom mestu u ovoj knjizi, već su odredbe o zaštiti državine odvojene od ostalih odredbi o državini. Tako su pojam i vrste državine i detencija regulisani u I glavi, pod nazivom „Opšta pravila”, u drugoj sekciji pod nazivom “Definicije”. Ovoj materiji posvećena su 4 člana (VIII.-1:205 – VIII.-1:208). Zaštita državine regulisana je u VI glavi pod nazivom “Zaštita svojine i državine”, u drugoj sekciji pod nazivom “Zaštita same državine”. Ovoj materiji posvećena su takođe 4 člana (VIII.-6:201 – VIII.-6:204) i ona neće biti predmet naših razmatranja, jer obim rada to ne dozvoljava.

2. *Regulativa Prednacrtu i Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa*<sup>12</sup> (u daljem tekstu: ZOSPO). – U Prednacrtu državina je regulisana u okviru V knjige pod nazivom “Opšti deo”<sup>13</sup>, u delu II pod nazivom “Posebne odredbe”. Sva pitanja u vezi državine uređena su na jednom mestu, u okviru odeljka 7. pod nazivom “Državina”. Odeljak o kome je reč čini 31 član (čl. 149–179), koji su raspoređeni u 3 odseka pod naslovima: “Pojam i vrste”, “Sticanje i prestanak” i “Zaštita državine”.

U pozitivnom pravu Srbije, sva pitanja u vezi državine regulisana su takođe na jednom mestu, u glavi V ZOSPO pod nazivom “Državina”, sa 12 članova (čl. 70–81).

---

<sup>11</sup> Naslov originala je: “Acquisition and loss of ownership of goods”.

<sup>12</sup> Sl. list SFRJ 6/80, 36/90; Sl. list SRJ 29/96; Sl. glasnik RS 115/2005.

<sup>13</sup> Građanski zakonik Republike Srbije (prednacrt), knj. 5, Opšti deo, Beograd, 2013.

3. *Komparacija i komentar.* – Na osnovu iznetog već na prvi pogled možemo konstatovati da je državina u Prednacrtnu regulisana sa mnogo više odredbi - što znači detaljnije; i u tri tematske celine u okviru istog odeljka - što znači preglednije nego u nacrtu EGZ i ZOSPO.

Regulativu svih pitanja u vezi državine na jednom mestu, uključujući i njenu zaštitu – što čine ZOSPO i Prednacrt - smatramo prikladnijim pristupom od regulisanja ovih pitanja odvojeno, što je učinjeno u knjizi VIII nacrta EGZ. Studijska grupa za izradu EGZ je kod regulative državine očigledno išla istom logikom kao i kod regulative svojine na pokretnostima. Naime, odredbe o svojini su podeljene tako, da zaštita svojine čini posebnu celinu u odnosu na odredbe o sticanju i prestanku svojine, što je u redu; ali je neobično što su i odredbe o zaštiti državine, zajedno sa odredbama o zaštiti svojine, smeštene u tu posebnu celinu (već pomenuta VI glava pod nazivom “Zaštita svojine i državine”). Ostale odredbe o državini smeštene su u sekciju pod nazivom “Definicije”. Ovakva regulativa državine otežava snalaženje čitaocu, kome dok razgleda sadržaj ove knjige ne pada baš odmah na pamet da regulativu državine traži među definicijama, a ostatak regulative među odredbama o zaštiti svojine (i državine) – što opet otvara pitanje da li to znači da se svojina i državina štite istim tužbama? Odgovor na ovo pitanje je negativan, ali pošto ono nije predmet našeg rada zasad bismo konstatovali da odvajanje odredbi o državini u dve zasebne celine, od kojih je jedna u prvom, a druga u šestoj glavi nacrta EGZ nije bilo idealno rešenje.

Ono po čemu se Prednacrt značajno razlikuje i od nacrta EGZ i od ZOSPO je što državinu reguliše u okviru opšteg dela, a ne u okviru stvarnog prava. Doduše, sistematika nacrta EGZ je specifična i uslovljena opredeljenjem Studijske grupe da se regulišu najpre oblasti koje su po njenoj proceni sazrele za unifikaciju, pa nema ni klasičnog opšteg dela iz pandektne sistematike niti je oblast stvarnog prava uređena u celini, ali je državina ipak regulisana u okviru knjige čiji je naziv “Sticanje i prestanak svojine na pokretnostima” - dakle u okvirima dela stvarnog prava koji je prvi sazeo za unifikaciju, pa je prvi i regulisan. Pozicija državine u opštem delu Prednacrta razlikuje se ne samo od nacrta EGZ i ZOSPO, već i od novih regulativa država – bivših jugoslovenskih republika<sup>14</sup>, ali i od nacionalnih regulativa mnogih drugih evropskih država. Još je važnije da navedeno opredeljenje Prednacrta nije u skladu ni sa domaćom pravnom tradicijom, počev od Srpskog građanskog zakonika (u kome su odredbe o državini smeštene između odredbi o stvarima i svojini, u delu o stvarnim pravima) do ZOSPO.

<sup>14</sup> O tome videti i kod: D. Medić, Neki aspekti državine u pravu Republike Srpske (pojam, funkcije, koncepcija, oblici, subjekti i objekti), Zbornik radova sa savetovanja “Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i prakse”, Neum, 2012; N. Gavella i dr., Stvarno pravo, Zagreb, 1998.

Komisija za izradu Građanskog zakonika ovakvo rešenje obrazlaže konstatacijom da državina "...predstavlja opšti institut koji je relevantan za sve oblasti građanskog zakonika, a ne samo za deo o stvarno-pravnim odnosima"<sup>15</sup>. Iako je navedeni stav Komisije tačan, po našem mišljenju ima osnova i za drugačije viđenje ovog pitanja. Naime, iako državina stvari jeste preduslov za realizaciju i nekih drugih subjektivnih građanskih prava (pored stvarnih prava), činjenica je da broj tih drugih prava nije veliki: to su obligaciona prava i to samo ona čiji je posredni objekat stvar. Njihov neposredni objekat su uvek ljudske radnje. Lična prava i prava intelektualne svojine nisu povezana sa državinom. To znači da državina ipak nije institut koji je povezan sa svim granama građanskog prava i da joj mesto ne mora biti u opštem delu.

Drugi argument u prilog stava da državina nije od podjednakog značaja za sve grane građanskog prava i da nije nužno da bude u opštem delu jeste taj što je predaja državine stvari modus samo za sticanje stvarnih prava na pokretnostima. Ni jedno drugo pravo ne stiće se predajom državine. Pored toga, ako bi državina ostala u okvirima opšteg dela, onda bi deo koji bude uređivao stvarno pravo ostao na neki način (nelogično) okrnjen. Naime, u njemu bi bilo regulisano registrovanje prava na nepokretnostima, kao modus sticanja stvarnih prava na njima; ali ne bi bila regulisana državina, čija je predaja modus sticanja stvarnih prava na pokretnostima. Tako bi stvarno pravo ostalo okrnjeno za državinu, a opšti deo nepotrebno i mimo evropske i domaće pravne tradicije opterećen njom. Po našem mišljenju, ostaje otvoreno pitanje da li postoji dovoljno argumenata za to.

## POJAM I KONCEPT DRŽAVINE

1. *Regulativa nacrtu EGZ.* – S obzirom na činjenicu da EU čine članice sa različitom pravnom tradicijom (anglosaksonskom i evropskokontinentalnom); kao i sa razlikama u nacionalnim regulativama – jasno je da zadatak Studijske grupe da izvrši unifikaciju pravila o državini nije bio lak. Da bi se izborila sa ovim problemom, Salzburška grupa je dogovorila primenu specifične metodologije<sup>16</sup> za formulisanje svih pravila iz knjige VIII, pa i pravila o državini. Naime, njen rad se zasnivao (slično Landovoj komisiji) na komparativnom pristupu i na analizi i poređenju informacija o aktuelnoj regulativi u nacionalnim pravnim sistemima EU. Te informacije članovi radne grupe nisu pribavljali samostalno. Svaka članica EU imenovala je svog eksperta, koji je na osnovu upitnika dobijenog od strane radne grupe bio zadužen za sastavljanje izveštaja o sadržini pozitivnog prava date

---

<sup>15</sup> Građanski zakonik Republike Srbije (prednacrt), knj. 5, Opšti deo, Beograd, 2013, str. 10.

<sup>16</sup> Više o tome: <http://www.uni-graz.at/bre1www/tom/page16/page16.html>

države za oblast o kojoj je reč. Tako je polazna tačka rada Salzburške grupe bila analiza i komparacija rešenja članica EU, sa utvrđivanjem sličnosti i razlika među njima; ali nacrt unifikovanih pravila grupa nije sastavljala po "kvantitativnom", formalnom kriterijumu. Drugim rečima, pojedina rešenja su usvajana ne zato što su zastupljena u većem broju država, već zbog svog kvaliteta i snage argumenata koji govore njima u prilog<sup>17</sup>. Tako su ponekad usvajana većinska, ponekad manjinska rešenja, a ponekad su formulisana i nova pravila, koja ne postoje ni u jednoj članici EU.

Nezavisno od toga što je u nekim članicama EU usvojen subjektivni koncept državine, primenom navedene metodologije Studijska grupa se u nacrtu EGZ opredelila da model za unifikaciju bude moderan, objektivni koncept državine. Naime, prema članu VIII. – 1:205, st. 1 državina je fizička kontrola (vlast) na stvarima<sup>18</sup>, nezavisno od toga da li je direktna ili indirektna. To znači da je za postojanje državine dovoljna sama fizička vlast i da je irelevantno da li određeni subjekat ima pravo na tu vlast ili ne<sup>19</sup>; a ako ima pravo irelevantno je o kom je pravu reč i da li postoji volja da se stvar drži kao svoja ili ne.

2. *Regulativa Prednacrt i ZOSPO.* – Prednacrt pojam državine određuje u čl. 149 na isti način kao nacrt EGZ: kao faktičku vlast na stvari. To znači da i on usvaja objektivni koncept državine. Isti koncept državine bio je zastupljen i u ZOSPO, s tim što njegova regulativa nije započinjala pojmom, već vrstama državine. Nezavisno od toga što je i iz čl. 70 ZOSPO, koji uređuje vrste državine, jasno da je državina faktička vlast na stvari, regulative Prednacrt i nacrt EGZ, koje uređivanje državine započinju njenom definicijom, smatramo preciznijim i jasnijim.

Izrazi "faktička vlast" (koji koristi Prednacrt) i "fizička vlast/kontrola" (koji koristi nacrt EGZ) su gotovo istog značenja, mada nam se čini da je izraz "faktička vlast" za nijansu primereniji ako je u pitanju državina svih vrsta stvari (pokretnih i nepokretnih) od izraza "fizička vlast".

## VRSTE DRŽAVINE

1. *Regulativa nacrt EGZ.* – Nacrt EGZ poznaje i reguliše dve podele, odnosno četiri vrste državine.

<sup>17</sup> Više o tome: <http://www.uni-salzburg.at/pls/portal/docs/1/761172/PDF>

<sup>18</sup> Član VIII. – 1:205 glasi: "(1) Possession, in relation to goods, means having direct physical control or indirect physical control over the goods."

<sup>19</sup> O pojmu državine: V. V. Vodinelić, Šta se štiti u posesornom postupku? – O pojmu i prirodi državine (poseda), "Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku – izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe", LIBER AMICORUM Mihajlo Dika, Zbornik radova u čast 70. rođendana prof. dr. sc. Mihajla Dike, Zagreb, 2013.

Prva je podela na direct i indirect possession, tj. na direktnu i indirektnu državinu u doslovnom prevodu na srpski jezik, odnosno na neposrednu i posrednu državinu – što su termini koji su odomaćeni kod nas pa ćemo nadalje koristiti njih.

Druga je podela na possession by owner-possessor i possession by limited-right-possessor, odnosno na državinu svojinskog držaoca i državinu držaoca sa ograničenim pravom. Reč je o podeli za koju se kod nas koriste različiti nazivi, tj. o podeli na svojinsku i upotrebnu<sup>20</sup>; samostalnu i nesamostalnu<sup>21</sup>; samostalnu i izvedenu<sup>22</sup>; državinu stvari i državinu prava<sup>23</sup>; ili svojinsku i nesvojinsku državinu<sup>24</sup> – zavisno od autora koji o njoj piše. Ipak, moramo napomenuti da jedan deo pravne teorije zastupa stav da svi ti nazivi označavaju istu podelu, dok drugi deo teorije<sup>25</sup> podelu na državinu stvari i državinu prava izdvaja kao zasebnu i izvedenu prema drugačijem kriterijumu – o čemu će biti reči u nastavku rada. Mada ni jedan od navedenih izraza nije ni sasvim odgovarajući ni sasvim neprihvatljiv, za potrebe ovog rada opredelićemo se za termine svojinska i nesvojinska državina koji su korišćeni i u Prednacrtu i koji, po našem mišljenju (pored termina samostalna i nesamostalna državina), najpotpunije odražavaju suštinu ove podele.

2. *Regulativa Prednacrtu i ZOSPO.* – Prednacrt reguliše više vrsta državine nego nacrt EGZ. Pored podele na neposrednu i posrednu i na državinu stvari i prava (odnosno svojinsku i nesvojinsku državinu – što su termini koji se u Prednacrtu (čl. 151) koriste kao termini sa istim značenjem kao i državina stvari i prava), Prednacrt poznaje i podelu na individualnu državinu (državina jednog lica) i sudržavinu. Prednacrt definiše i kvalitete državine, tj. zakonitost i savesnost državine, kao i njeno sticanje i prestanak. Ali, pošto nacrt EGZ ova pitanja ne reguliše, razmatraćemo samo pitanja u vezi državine koja regulišu i nacrt EGZ i Prednacrt, kako bismo mogli da izvršimo komparaciju, a to znači samo prve dve podele državine.

Istini za volju, nacrt EGZ ipak uređuje savesnu državinu, ali u vezi održaja, uz naznaku da se definicija ovog kvaliteta državine odnosi samo na taj kontekst (čl. VIII.-4:101). Stoga je nećemo detaljnije razmatrati, ali ćemo napomenuti da je ovaj kvalitet državine u nacrtu EGZ i Prednacrtu slično definisan.

---

<sup>20</sup> D. Stojanović, *Stvarno pravo*, Beograd, 1980.

<sup>21</sup> N. Gavella, *Posjed stvari i prava*, Zagreb, 1990, str. 30.

<sup>22</sup> N. Planojević, *Stvarno pravo u praksi*, Kragujevac, 2012, str. 43.

<sup>23</sup> O ovoj podeli više: O. Stanković–M. Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1994, str. 34-36; D. Lazarević, *Državina – pojam, oblici i zaštita*, Beograd, 2010, str. 72 i dr.

<sup>24</sup> Ovakva terminologija koristi se u Prednacrtu.

<sup>25</sup> N. Gavella, *Posjed stvari i prava*, Zagreb, 1990, str. 23, 30 i 32.

*Neposredna i posredna državina*

1. *Regulativa nacrta EGZ.* – Neposredna državina definisana je čl. VIII.-1:205, st. 2 nacrta EGZ kao direktna fizička vlast na stvari, a to je vlast koju vrši držalac lično ili posredstvom detentora, koji je vrši u ime držaoca. Posredna državina definisana je čl. VIII.-1:205, st. 3 nacrta EGZ kao indirektna fizička vlast na stvari, a to je vlast koja se vrši posredstvom druge osobe, tj. držaoca ograničenog prava (limited-right-possessor).

2. *Regulativa Prednacrta i ZOSPO.* – Prema čl. 150 Prednacrta, neposredna državina je državina stvari koju ima svako lice koje neposredno vrši faktičku vlast na njoj. Posredna državina je državina stvari koju ima lice koje faktičku vlast na njoj vrši preko drugog lica, kome je po osnovu plodouživanja, zakupa, čuvanja, usluge ili drugog pravnog posla dalo stvar u neposrednu državinu (prva alternativa); odnosno preko drugog lica, koje ima neposrednu državinu iz bilo kakvog pravnog osnova – što je druga alternativa za definiciju posredne državine koju Komisija predlaže. Na isti način ove vrste državine definiše i ZOSPO. Prednacrt reguliše i mogućnost stepenaste posredne državine, predviđajući da ako u slučaju postojanja neposredne i posredne državine na istoj stvari neposredni držalac preda stvar u državinu trećem licu, onda dotadašnji neposredni držalac u pogledu te stvari stiče položaj posrednog držaoca (čl. 150, st. 3).

3. *Komparacija i komentar.* – Kao što se iz iznetog može videti nacrt EGZ i Prednacrt na skoro isti način definišu *neposrednu državinu*, s tim što je formulacija koju koristi nacrt EGZ potpunija i preciznija. Naime, pored određenja da je neposredni držalac lice koje stvar ima u direktnoj fizičkoj vlasti, što čini i Prednacrt, nacrt EGZ predviđa da neposredna državina postoji ne samo kada fizičku vlast držalac vrši lično, već i kada to čini posredstvom detentora. Mišljenja smo da bi bilo važno i korisno da se navedeno preciziranje nađe i u Prednacrtu.

Definicije *posredne državine* iz nacrta EGZ i Prednacrta su jezički različite, ali suštinski identične. Pri tom, jezičku formulaciju iz druge alternative Prednacrta smatramo prikladnijom ne samo od prve alternative, već i od formulacije koju koristi nacrt EGZ, jer je najjasnija, najšira i jezički najlepša, ako se tako može reći. Naime, mišljenja smo da nabranjanja nisu baš najsrećniji izbor za tekst građanskog zakonika (“...po osnovu plodouživanja, zakupa, čuvanja, usluge ili drugog pravnog posla...”), ako se nešto može reći i uopšteno, bez nabranjanja. Takođe smatramo da je najfleksibilnije, najšire i suštini posredne državine najbliže ako se posredni držalac odredi kao lice koje ima neposrednu državinu iz bilo kakvog *pravnog osnova* (druga alternativa iz Prednacrta); umesto vezivanja neposredne državine samo za pravni posao (prva alternativa iz Prednacrta, što je i



rešenje ZOSPO<sup>26</sup>); odnosno umesto formulacije “držalac ograničenog prava” iz nacрта EGZ. Nacrt EGZ u narednim članovima definiše šta se podrazumeva pod držaoцем ograničenog prava, tako da taj izraz nije neodređen i o tome će biti reči kod naredne podele državine na svojinsku i nesvojinsku, ali smo mišljenja da je formulacija druge alternative Prednacrtu ipak najbolja.

Što se tiče stava 3, čl. 150 Prednacrtu koji uređuje mogućnost stepenaste posredne državine – ne smatramo ga neophodnim, jer je i bez njega jasno da takva mogućnost postoji, ali nema smetnji ni da on ostane tamo gde jeste. Ali, prethodno se treba generalno odlučiti za način regulative materije građanskog zakonika ili bar konkretnog instituta, tj. da li će regulativa biti detaljna ili opštija – pa donetu odluku dosledno primeniti pri uređivanju svih pitanja. Naime, ako se iz definicije neposredne državine izostavi da se ona može vršiti lično ili posredstvom detentora, kao nešto o čemu se može posredno zaključiti povezivanjem odredbi o državini i detenciji – onda treba izostaviti i uređivanje mogućnosti stepenaste posredne državine, jer se i o tome može zaključiti na osnovu definicije posredne državine. Poenta je u tome da ne ostavlja dobar utisak regulativa koja određena pitanja u vezi državine uređuje do najsitnijih detalja, a druga uopšteno, jer stvara nesklad i deluje kao nešto što nije rađeno sistematično i planski.

Ako se treba opredeliti između detaljnije i uopštenije regulative, bez obzira na to što je prednost opštije regulativa u tome što se izbegava pretrpanost zakonika, što duže može da traje i što se lakše može prilagoditi novonastalim okolnostima kroz odgovarajuće tumačenje – mi smo ipak pristalica detaljnijeg pristupa, koji smatramo primerenijim stepenu naše pravne kulture. To ulaženje u detalje ne bi trebalo da bude baš onakvo po kakvom je nemački zakonodavac postao čuven, ali mišljenja smo da nam ipak treba detaljnija i preciznija regulativa državine od one iz ZOSPO.

### *Svojinska i nesvojinska državina*

1. *Regulativa nacrtu EGZ.* – Svojinska državina definisana je čl. VIII.-1:206 nacrtu EGZ kao vršenje direktne ili indirektne (posredne ili neposredne) fizičke vlasti na stvari sa namerom da to činimo kao vlasnik. Nesvojinska državina definisana je čl. VIII.-1:207 nacrtu EGZ i ona podrazumeva vršenje fizičke vlasti na stvari od strane držaoца koji na njoj ima ograničeno pravo, a koji je: a) lice, koje ima nameru da fizičku vlast vrši u sopstvenom interesu i nalazi se u određenom pravnom odnosu sa svojinskim držaoćem, koji mu daje (od koga izvodi) pravo da

---

<sup>26</sup> Smatra se da je odredba ZOSPO-a o pravnom poslu kao jedinom osnovu neposredne državine preusko formulisana i da bi je trebalo shvatiti tako, da neposredna državina može nastati iz svakog pravnog osnova. (O tome više: N. Gavella, Posjed stvari i prava, Zagreb, 1990, str.28-29)

drži stvar; ili b) lice, koje fizičku vlast vrši sa namerom da to čini kao (kako bi činio) svojinski držalac (dakle ne vrši fizičku vlast u svom interesu); i u određenom je ugovornom odnosu sa svojinskim držaocem, koji držaocu sa ograničenim pravom daje pravo da zadrži stvar, dok mu on (svojinski držalac) ne plati sve troškove (naknade)<sup>27</sup>. Po nacrtu EGZ nesvojinski držalac može biti posredni ili neposredni držalac (čl. VIII.-1:207, st. 2).

2. *Regulativa Prednacrti i ZOSPO.* – Prema čl. 151 Prednacrti, državinu stvari, tj. svojinsku državinu ima lice koje se prema njoj ponaša kao vlasnik; dok državinu prava, tj. nesvojinsku državinu ima lice koje se prema stvari ponaša kao da ima neko pravo uže od prava svojine (prva alternativa); odnosno koje ima stvar u državini bez želje da je ima kao svoju i priznaje višu pravnu vlast posrednog držaoca, što je alternativa dva za definisanje nesvojinske državine. Komisija razmišlja i o dodavanju dva nova stava kojima se uvodi pretpostavka da držalac ima svojinsku državinu, dok se ne dokaže suprotno; i da je svojinski držalac pokretne stvari njen vlasnik – što smatramo prikladnim rešenjima. ZOSPO nije definisao svojinsku i nesvojinsku državinu, pa je dobro što je to Prednacrtom učinjeno.

Jedino pravo na kome je kod nas moguća državina, što je regulisano čl. 152 Prednacrti na isti način kao i u ZOSPO, je pravo stvarne službenosti. Njega bi u skladu sa predlozima iz naše pravne teorije<sup>28</sup> možda trebalo dopuniti predviđanjem još jednog prava čija bi državina bila moguća, a to je državina prava na upotrebu određenih energija (električne, toplotne, itd.). Iako je sudska praksa pronašla zaobilazni put<sup>29</sup> da pruži zaštitu licima kojima je povređena državina prava na upotrebu energija o kojima je reč, možda bi bolje bilo zakonikom im priznati, pored državine prava stvarne službenosti, i državinu ovog prava.

Kao što smo već napomenuli, u delu pravne teorije podela državine na državinu stvari i prava i na svojinsku i nesvojinsku državinu ne smatra se jednom

<sup>27</sup> Tekst čl. VIII.-1:207, st. 1 u originalu glasi: "(1) A "limited-right-possessor" is a person who exercises physical control over the goods either: (a) with the intention of doing so in that person's own interest, and under a specific legal relationship with the owner-possessor which gives the limited-right-possessor the right to possess the goods; or (b) with the intention of doing so to the order of the owner-possessor, and under a specific contractual relationship with the owner-possessor which gives the limited-right-possessor a right to retain the goods until any charges or costs have been paid by the owner-possessor."

<sup>28</sup> D. Stojanović, *Stvarno pravo*, Beograd, 1980. i ostala izdanja.

<sup>29</sup> Posledica koncepcije ZOSPO – a po kojoj je u našem pravu moguća državina samo prava stvarne službenosti je da državina prava na isporuku i upotrebu električne energija, vode, plina itd. ostaje bez zaštite od smetanja, jer su ove stvari u državini isporučilaca, a ne korisnika. Sudska praksa problem je rešila tako što zaštitu državine ovih prava od smetanja pruža *kroz zaštitu državine objekta (stvari) čijoj funkciji ta isporuka služi* (smatra se da je tada povređen npr. državina kuće u kojoj se voda, struja i sl. stvari konzumiraju). O tome više: N. Gavella, nav. delo, str. 21-22.

istom podelom (što, rekli bismo, iz sadašnje formulacije teksta Prednacrtu proizilazi), već dvema različitim podelama. Prema ovom stavu<sup>30</sup>, efektivna državina se, prema kriterijumu objekta faktičke vlasti, najpre deli na državinu stvari i državinu prava; a zatim se državina stvari deli na svojinsku i nesvojinsku (samostalnu i nesamostalnu) državinu - što je povezano sa objektivnim konceptom državine<sup>31</sup>. Svojinski (samostalni) držalac ne priznaje, a nesvojinski (nesamostalni) priznaje tuđu "višu" vlast na stvari i svoju faktičku vlast iz nje izvodi. Akcenat je na tome da su i svojinski i nesvojinski držalac - držaoci stvari, a ne prava. Državina prava znači, prema stavu o kome je reč, trajnije stanje u socijalnim odnosima pravnih subjekata, a ne mehanički odnos osobe prema stvari<sup>32</sup>, u kome držalac faktički vrši sadržaj nekog prava podobnog za državinu (kod nas samo prava stvarne službenosti). Navedeno razgraničenje nije neosnovano i trebalo bi ga imati u vidu pri konačnom oblikovanju i preciziranju teksta Prednacrtu. Naime, ako državinu prava poistovetimo sa nesvojinskom, nesamostalnom državinom (što indirektno proizilazi iz čl. 151 Prednacrtu), a zatim pravo stvarne službenosti označimo kao jedino pravo na kome je kod nas moguća državina (čl. 152), postavlja se pitanje gde svrstati držaoce stvari po osnovu obligacionih i drugih ograničenih stvarnih prava? Oni nisu držaoci prava, pa ispada da nisu ni nesvojinski držaoci, ako je državina prava istovremeno i nesvojinska državina, a državina stvari svojinska državina - što je zaključak na koji nas može navesti sadašnja formulacija čl. 151 Prednacrtu<sup>33</sup>. Zato bi na njoj možda još trebalo poraditi.

3. *Komparacija i komentar.* - Iz navedenog proizilazi da su definicije svojinske državine iz nacrtu EGZ i Prednacrtu iste.

Što se tiče nesvojinske državine, regulativa nacrtu EGZ domaćem pravniku zvuči komplikovano, ali je njena suština da u ulozi nesvojinskog držaoца mogu biti samo držaoci koji na stvari imaju neko ograničeno pravo (dakle uže od svojine, svejedno da li je ono obligaciono ili stvarno), a to su dve kategorije lica. *Prvo*, to je lice koje vrši (neposrednu ili posrednu) fizičku vlast na stvari u sopstvenom interesu (a ne za drugog, kao što to čini detentor); ali po osnovu prava na državinu, koje izvodi iz *pravnog odnosa* u kome se nalazi sa svojinskim držaoцем. Iz

---

<sup>30</sup> N. Gavella, nav. delo, str. 23, 30 i 32.

<sup>31</sup> Više o tome: D. Stojanović, nav. delo.

<sup>32</sup> N. Gavella, nav. delo, str. 32-34.

<sup>33</sup> Član 151 Prednacrtu glasi: «*Državina stvari (svojinska državina) i državina prava* Stav 1: Državinu stvari (svojinsku državinu) ima lice koje se prema stvari ponaša kao vlasnik. Stav 2: Državinu prava ima lice koje se prema stvari ponaša kao da ima neko pravo uže od prava svojine. *Varijanta 1*: Stav 2 menja se tako da glasi: Ko ima stvar u državini bez želje da je ima kao svoju i priznaje višu pravnu vlast posrednog držaoца, nesvojinski je držalac. *Varijanta 2*: Dodaju se dva nova stava koja glase: Pretpostavlja se da držalac ima svojinsku državinu, dok se ne dokaže suprotno. Pretpostavlja se da je svojinski držalac pokretne stvari njen vlasnik.»

navedene formulacije proizilazi da se taj pravni odnos ne mora uvek zasnivati na ugovoru, već može i na zakonu (retencija, zakonsko založno pravo itd.), ali po komentatorima nacrtu EGZ taj odnos mora biti punovažan<sup>34</sup>. Reč je, dakle, o posrednom državinskom odnosu<sup>35</sup>, s tim što u ulozi posrednog držaoca mora biti svojinski držalac. Po nacrtu EGZ nesvojinski držalac može biti posredni ili neposredni držalac. Sličnom rezultatu vodi i formulacija druge alternative čl. 151 Prednacrta (po kojoj nesvojinski držalac drži stvar bez želje da je ima kao svoju i priznaje višu pravnu vlast posrednog držaoca) - koja nam se čini prikladnijom od prve i bližom rešenju nacrtu EGZ. Razlika između regulative nacrtu EGZ i druge alternative Prednacrta je u tome što se Prednactrom ne precizira da u ulozi posrednog držaoca treba da bude svojinski držalac.

Prva alternativa Prednacrta, međutim, stvara utisak da nesvojinski držalac može, ali i ne mora imati pravo na državinu uže od svojinskog, već je dovoljno da se prema stvari ponaša kao da ima takvo pravo, svedjedno da li ga stvarno ima ili ne. Dakle, rečca "kao" ovde može stvoriti dilemu, pa je bolje zaobići je. Usvajanjem ove alternative Prednacrta bi se možda povećala razlika između regulative nacrtu EGZ i Prednacrta, pa smo mišljenja da treba usvojiti drugu alternativu, kao jasniju i precizniju.

*Drugo*, prema nacrtu EGZ nesvojinski držalac može biti i lice koje se prema stvari ponaša kao svojinski držalac (dakle ne vrši fizičku vlast u svom interesu) i to na osnovu ugovornog odnosa sa svojinskim držaocem, iz koga izvodi pravo da stvar zadrži – dok mu svojinski držalac ne plati dugovane troškove.

Na osnovu pažljive analize može se uočiti nekoliko razlika između prve i ove kategorije nesvojinskih držalaca iz nacrtu EGZ. Prva razlika je u tome, što se odnos između svojinskog i ove kategorije nesvojinskih držalaca uvek zasniva na ugovoru. Naime, dok se u prvom slučaju odnos između svojinskog i nesvojinskog držaoca naziva *pravnim*, u ovom slučaju taj se odnos naziva *ugovornim*. Prema komentatorima nacrtu EGZ ugovor mora biti punovažan, a nesvojinski držalac stiče pravo na državinu koje je lično (obligaciono)<sup>36</sup>. Druga razlika je što prva kategorija nesvojinskih držalaca ima nameru da fizičku vlast vrši u sopstvenom interesu (iako priznaje posrednog svojinskog držaoca); dok kategorija nesvojinskih držalaca o kojoj govorimo to ne čini u svom interesu, već fizičku vlast na stvari

<sup>34</sup> Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law. Edited by Christian von Bar and Eric Clive, Volume 5 - elektronsko izdanje, str. 4355.

<sup>35</sup> Razlikovanje posredne i neposredne državine može, ali ne mora uvek da se podudara sa razlikovanjem svojinske i nesvojinske državine. I nesvojinska državina može biti posredna.

<sup>36</sup> Nav. delo, str. 4356.

vrši u interesu svojinskog držaoca sa kojim se nalazi u ugovornom odnosu<sup>37</sup>. Jedini sopstveni interes ove kategorije nesvojinskih držalaca je finansijski – vrše fizičku vlast na stvari radi naplate troškova i naknade od svojinskog držaoca. Komentatori nacрта EGZ skladištara navode kao primer ove vrste nesvojinskih držalaca. Konačno, ako svojinski držalac ne plati naknade i troškove koje ovoj kategoriji nesvojinskih držalaca duguje, oni su ovlašćeni da stvar zadrže u svojoj fizičkoj vlasti (posrednoj ili neposrednoj), s tim što ni tada ne postaju svojinski držaoci, već, rekli bismo, postaju nesvojinski držaoci iz prve kategorije, koji sada stvar drže (zadržavaju) kao npr. titulari prava retencije ili zakonskog založnog prava. Na osnovu iznetog se vidi da je ispravna konstatacija komentatora nacрта EGZ da u kontekstu knjige VIII nema praktičnih posledica razlikovanja između prve i druge kategorije nesvojinskih držalaca. Oni navode da je njihovo razgraničavanje učinjeno jedino u cilju preciznog definisanja koja lica spadaju u nesvojinske držaoce, a koja ne<sup>38</sup>. Po našem mišljenju, možda je ovo razlikovanje bilo nepotrebno, jer je u ovaj kontekst unelo više nejasnoće i teškoća pri razumevanju<sup>39</sup>, nego preciznosti, pa bi bolje bilo ovaj član drugačije formulisati.

#### DETENCIJA

1. *Regulativa nacрта EGZ.* – Nacrt EGZ pored pojma državine i držaoca poznaje i definiše i detenciju i detentora. Po čl. VIII.-1:208 detentor<sup>40</sup> je lice koje ispunjava dva uslova: - da vrši direktnu fizičku vlast na stvari u ime svojinskog ili nesvojinskog držaoca (bez namere kakvu ovi držaoci imaju u pogledu fizičke vlasti koju vrše i bez postojanja određenih pravnih ili ugovornih odnosa iz čl. VIII.-1:207 (član koji se tiče svojinske i nesvojinske državine o kome je bilo reči)); i - da mu držalac može dati obavezujuća uputstva u pogledu upotrebe stvari u njegovom, držaočevom interesu. U ulozi detentora se, po nacrtu EGZ, mogu naći tri kategorije lica: - lice, zaposleno kod svojinskog ili nesvojinskog držaoca (ili osobe koja vrši sličnu funkciju); - lice, kome su ovi držaoci iz praktičnih razloga dali fizičku vlast na stvari; i – lice, koje se slučajno našlo u položaju da vrši direktnu fizičku vlast na stvari za držaoca, ako ono to zaista i čini za držaoca.

2. *Regulativa Prednacrtu i ZOSPO.* – Prednacrt ima dve opcije za čl. 154, u kome definiše detentora. Suština obe varijante je da se detentorom smatra lice koje vrši faktičku vlast na stvari za drugo lice (držaoca) i dužno je da postupi po njegovim uputstvima; s tim što se prvom alternativom ovog člana precizira i po kom osnovu detentor vrši faktičku vlast za držaoca: po osnovu radnog ili sličnog

---

<sup>37</sup> Nav. delo, str. 4355.

<sup>38</sup> Nav. delo, str. 4356.

<sup>39</sup> Videti fusnotu 27 ovog rada, u kojoj je naveden originalni tekst ovog člana.

<sup>40</sup> U nacrtu EGZ za detentora se koristi izraz "possession-agent".

odnosa ili u domaćinstvu. Na gotovo identičan način detentor je definisan i u čl. 71 ZOSPO, s tim što termin detentor ili neki drugi odgovarajući termin za ovo lice nije pomenut – što je propust koji je Prednacrtom ispravljen. Inače, Prednacrt umesto reči detentor koristi reč iz srpskog jezika – pritežalac, što smatramo adekvatnim opredeljenjem.

Kao dilemu u vezi regulative detencije Komisija iznosi i pitanje: da li Prednacrtom (čl. 155) treba predvideti da se pretpostavlja da lice koje počne da stvar drži kao detentor - da je i nadalje drži u tom svojstvu; uz mogućnost obaranja ove pretpostavke suprotnim dokazom, koji se ne može zasnivati na promeni namere detentora ili član treba brisati? Iako nacrt EGZ i ZOSPO ne regulišu ovo pitanje, mišljenja smo da je ovaj član Prednacrtu koristan i da bi ga trebalo zadržati.

3. *Komparacija i komentar.* – Iz navedenog se može zaključiti da nacrt EGZ i Prednacrt na skoro isti način definišu *uslove* koje jedno lice mora ispunjavati da bi se smatralo detentorom. Po oba propisa ono mora imati faktičku/fizičku vlast na stvari i pridržavati se, u postupanju sa njom, uputstava koje dobija od držaoaca. Razlika je u tome što po nacrtu EGZ fizička vlast detentora mora biti direktna (neposredna), dok Prednacrt, kao ni ZOSPO, to ne predviđa. Rešenje nacrtu EGZ smatramo preciznije formulisanim, pa bi ga trebalo prihvatiti i u Prednacrtu. Naime, pošto je čl. 150 Prednacrtu predviđeno da se faktička vlast može *vršiti na dva načina*, neposredno i preko drugog lica, iz sadašnjeg teksta Prednacrtu može se steći utisak da detencija podrazumeva svaku faktičku vlast, kako onu koju detentor vrši neposredno, tako i onu koju vrši preko drugog.

Nacrt EGZ se od Prednacrtu razlikuje i po tome što predviđa da detentor ne može imati nameru da fizičku vlast vrši kao vlasnik, svojinski ili nesvojinski držalac; niti treba da sa držaoцем, u čije ime vrši fizičku vlast, bude u pravnom/ugovornom odnosu na kome se temelji nesvojinska državina. Detentor je u drugačijem odnosu sa držaoćem. Iako to na neki način proizilazi i iz regulative Prednacrtu i izraza „vrši faktičku vlast za drugo lice”, navedeno preciziranje iz nacrtu EGZ nije nepotrebno, jer doprinosi jasnom i nedvosmislenom razumevanju položaja detentora. Možda je ovakva, detaljna regulativa detencije iz nacrtu EGZ, čiji je cilj da ne ostane ni najmanja sumnja u pogledu pitanja ko je detentor, a ko držalac, uslovljena i činjenicom da nacionalne regulative članica EU sada detenciju uređuju različito<sup>41</sup> i da zato model za buduću harmonizaciju mora biti što jasniji.

Nacrt EGZ se od Prednacrtu razlikuje i u pogledu definisanja *kruga lica* koja se mogu naći u ulozi detentora. Krug tih lica je po nacrtu EGZ širi, pa on tu pored lica zaposlenih kod držaoća uvršćuje i lica koja to nisu, ali im je fizička vlast na stvari od strane držaoća poverena iz praktičnih razloga ili se stvar o kojoj je reč slučajem našla u njihovoj fizičkoj vlasti. Ukoliko Prednacrt bude usvojen s pr-

<sup>41</sup> Nav. delo, str. 4294.

vom alternativom čl. 154, kojom je određen osnov po kome detentor vrši faktičku vlast za držaoca kao radni ili slični odnos ili u domaćinstvu, onda je rešenje nacrt EGZ adekvatnije, jer je činjenica da u stvarnosti detencija može nastati i na načine koji su njime predviđeni, ali Prednacrtom nisu: slučajem ili poveravanjem stvari drugome u fizičku vlast od strane držaoca iz praktičnih razloga. Ove situacije nisu državina i treba da bude jasno da je tu reč o detenciji, pa bi Prednacrt trebalo dopuniti u tom smislu. Ove situacije se ne bi mogle podvesti pod odnos sličan radnom, koji navodi Prednacrt, jer slučajna fizička vlast na stvari koju vršimo za drugog, tj. držaoca nije odnos sličan radnom odnosu.

Ukoliko, međutim, Prednacrt bude usvojen sa drugom alternativom čl. 154, onda navođenje situacija o kojima je reč u Prednacrtu ne bi bilo neophodno. Naime, druga alternativa čl. 154, st. 1 glasi: „Nema državinu lice (pritežalac) koje vrši faktičku vlast na stvari za drugoga i koje ima obavezu da se ponaša po njegovim uputstvima.” Ovakva formulacija, bez ograničavanja detencije samo na situacije kada se faktička vlast na stvari vrši za drugog po osnovu radnog ili sličnog odnosa ili u domaćinstvu, dovoljno je široka da se pod nju mogu podvesti i slučajevi kada je stvar određenom licu predata u faktičku vlast iz praktičnih razloga ili se slučajem našla kod detentora. Zato bi po našem mišljenju trebalo ili Prednacrtom preuzeti rešenje nacrt EGZ ili zadržati drugu alternativu čl. 154, st.1 Prednacrt, koja je dovoljno široka da obuhvati sve situacije vršenja faktičke vlasti na stvari za drugog uz poštovanje njegovih uputstava, koje se mogu pojaviti u praksi.

## ZAKLJUČAK

S obzirom na to je zainteresovana za članstvo u EU, Srbija mora imati u vidu i mnogobrojne obaveze koje će joj to članstvo doneti, a pre svega obavezu usklađivanja svojih propisa sa propisima EU. Kada su u pitanju propisi iz oblasti građanskog prava, dobro je što se u Srbiji rad na novom građanskom zakoniku u nekim segmentima poklapa sa radom na nacrtu EGZ, pa se sadržine ovih regulativa mogu uporediti, a domaće pravo i uskladiti sa modelom koji bi državama EU trebalo da posluži kao putokaz za reformu i harmonizaciju sopstvenog pravnog sistema.

Na osnovu poređenja odredbi o državini iz nacrt EGZ i srpskog Prednacrt, koje je u radu izvršeno, možemo konstatovati da načelno razlike između ovih regulativa nisu velike. Ono što je najvažnije jeste da i Prednacrt i nacrt EGZ usvajaju isti, objektivni koncept državine sa svim njegovim konsekvencama, tako da je državina u oba dokumenta definisana na isti način. To važi i za posrednu državinu, dok bi definiciju neposredne državine iz Prednacrt bilo korisno dopuniti preciziranjem da je to neposredna faktička vlast na stvari koju držalac vrši lično ili posredstvom detentora – što Prednacrt ne predviđa. Kada je u pitanju podela

državine na svojinsku i nesvojinsku, razlike između ovih regulativa postoje samo u vezi nesvojinske državine, s tim što bi one, po našem mišljenju, bile manje ako bi se prihvatila druga alternativa stava 2, čl. 151 Prednacrt, po kojoj je nesvojinski držalac lice, koje ima stvar u državini bez želje da je ima kao svoju i priznaje višu pravnu vlast posrednog držaoca.

Što se tiče detencije, njeno razgraničenje od državine i uslovi koje detentor mora ispunjavati su i u nacrtu EGZ i u Prednacrtu regulisani na isti način; ali je krug lica koja se mogu smatrati detentorima šire i po našem mišljenju adekvatnije određen u nacrtu EGZ. Da bi rešenja nacrtu EGZ i Prednacrtu po ovom pitanju bila harmoničnija, smatramo da bi trebalo usvojiti drugu varijantu stava 1, člana 154 Prednacrt, koja može obuhvatiti sve situacije koje nacrt EGZ određuje kao detenciju i po kojoj je pritežalac lica, koje vrši faktičku vlast na stvari za drugoga i koje ima obavezu da se ponaša po njegovim uputstvima.

Pošto nacrt EGZ, izuzev zaštite državine čije razmatranje nije bilo predmet našeg rada, ne reguliše ostala pitanja u vezi državine koje reguliše Prednacrt, tj. ostale vrste državine, njene kvalitete, sticanje i prestanak - nije bilo uslova da odredbe Prednacrtu iz ovog domena uporedimo sa nacrtom EGZ.

NINA PLANOJEVIĆ, Ph.D.,  
Associate Professor, Faculty of Law  
University of Kragujevac

## POSSESSION IN THE DRAFT OF EUROPEAN CIVIL CODE AND IN PRELIMINARY DRAFT OF SERBIAN CIVIL CODE

### Summary

The subject of this paper is the overview, analysis and comparison of the ways in which possession is regulated in the draft of European Civil Code (Draft of Common Frame of Reference, book VIII) and in preliminary draft of Serbian Civil Code. Since Serbia is interested in EU membership which, among other things, assumes the obligation to harmonize national and European regulations, the goal of the author's review is to determine whether the solutions presented in future Serbian law regulating possession conform with the provisions from the draft of European Civil Code; and whether and how they should be modified. Hence, the author analyzes the following issues: the position of provisions on possession in these legal acts; the term, concept and types of possession; and detention. In the final part of the paper the author concludes that future national and European regulations are harmonized to a great extent and proposes the ways how to harmonize those that are different.



## JOŠ JEDNOM O ZADUŽBINARSTVU

### OTKUP ZADUŽBINSKE IMOVINE

Epilog jedne od mnogobrojnih zadužbina Luke Čelovića-Trebinjca<sup>1</sup> je stigao u vidu sudske presude najvišeg suda kojom su konačno Univerzitet u Beogra-

---

Jelena Borovac, sudija Vrhovnog kasacionog suda.

<sup>1</sup> Luka Čelović Trebinjac je rođen 1854. godine u okolini Trebinja, a sa nepunih 18 godina je došao u Beograd gde je umro 15. avgusta 1929. godine u svojoj kući u Ul. Kraljevića Marka br. 1. Bavio se trgovinom. Bio je veliki dobrotvor Beogradskog univerziteta. Sahranu je na najsvečaniji način organizovao Beogradski univerzitet, prema testamentu, jedini pokojnikov naslednik. Posle njegove smrti je pronađen testament iz 1911. kao i Osnovno pismo o osnivanju Zadužbine Luke Čelovića - Trebinjca od 23. decembra 1925. godine. U Osnovnom pismu Luka Čelović zahvaljuje "Bogu i svim dobrim prijateljima koji mu pomogše da stekne svoje imanje u Srbiji koja ga je primila za svog građanina, uveren da nauka i privredni rad uz negovanje mladog naraštaja najbolje obezbeđuju kulturnu i političku budućnost naroda". Prema želji ostavioca, ovom zadužbinom će rukovati Odbor sastavljen od rektora, koji je ujedno i predsednik Odbora, prorektora, dekana i prodekana svih fakulteta Beogradskog univerziteta. Zadužbini odmah predaje svoje imanje u Javorskoj ulici br. 7 i 9, po tapiji br. 19431, a ostalo imanje će se priključiti fondu Zadužbine posle ostaviočeve smrti. Samo čist prihod Zadužbine može da se koristi, troši i upotrebljava za naučne potrebe i ciljeve Univerziteta, a osnovni kapital ne sme ni u kom slučaju da se smanji. Pravila o rukovanju Zadužbinom i o raspoređivanju čistog prihoda izradio je Univerzitetski savet Beogradskog univerziteta. Ta se pravila mogu menjati samo svake desete godine. Na sve zadužbinske zgrade, na svu opremu, kao i na naučna dostignuća štampana iz ovih fondova treba da se stavi vidna oznaka "Zadužbina Luke Čelovića - Trebinjca". Zadužbinu Luke Čelovića - Trebinjca činili su: 1. jedan plac sa kućom u ul. Javorskoj br. 7 i 9; 2. dvospratna kuća u ul. Kraljevića Marka br. 1 koja ima 4 stana i 4 dućana u parteru; 3. palata na uglu ul. Karadorđeve br. 65 i Zagrebačke br. 1 u kojoj su 24 stana sa 3 lifta i 6 dućana sa 3 teretna lif-

du i Zadužbina ostali bez imovine u vidu jednog četvorosobnog stana. Na III sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda Srbije održanoj 01.04.2014. godine, sudije tog odeljenja su većinom glasova odlučile da presuda bude otpravljena iz suda

#### PREDMET I TOK PARNICE

Parnica se vodila dugi niz godina po tužbi Univerziteta u Beogradu i Zadužbine Luke Čelovića-Trebinjca protiv tužene Opštine Savski Venac sa sedištem u Beogradu i tužene J.B.Lj. iz Beograda. Predmet parnice je bio utvrđenje ništavosti ugovora o otkupu četvorosobnog (zadužbinskog) stana u zgradi u ulici Kraljevića Marka broj 1 u Beogradu, zaključen između Opštine Savski Venac kao prodavca i J.B.Lj. kao kupca. Parnica je dovršena pravnosnažnom presudom kojom je usvojen tužbeni zahtev tužilaca, a Vrhovni sud Srbije je odbio reviziju tuženih. Preobražaj se dogodio sa odlukom Ustavnog suda i odlukom Vrhovnog kasacionog suda donetoj u izvršenju odluke Ustavnog suda prilikom ponovnog odlučivanja o revizijama tuženih. Nakon činjeničnog stanja izložićemo celokupan tok parnice i predstaviti odluke sudova.

*Činjenice:* Zgrada u ulici Kraljevića Marka br. 1 U Beogradu u kojoj se nalazi četvorosoban stan, predmet spora, je zadužbina Luke Čelovića-Trebinjca, koja je bila vlasnik navedene nepokretnosti, do donošenja odluke nadležnih organa o nacionalizaciji ove zgrade, kada je postala društvena svojina. Tužena Opština Savski Venac od 30.09.1971. godine ima pravo korišćenja i raspolaganja na toj nepokretnosti u društvenoj svojini. Tužena J.B.Lj. je bila nosilac stanarskog prava na ovom stanu. Tužena Opština Savski Venac kao prodavac i tužena J.B.Lj. kao kupac su 21.04.1992. godine zaključili ugovor o otkupu stana i sticanju svojine na navedenom stanu, na osnovu kojeg je dozvoljena i uknjižba prava svojine u korist tužene J.B.Lj. Tužilac Univeritet u Beogradu je 10.04.1995. godine doneo odluku da se obnovi rad zadužbine Luke Čelovića-Trebinjca, a Ministarstvo kulture je 24.07.1995. godine, odobrilo obnavljanje rada zadužbine. Rešenjem je konstatovano da je zadužbinu osnovao Luka Čelovć-Trebinjac 23.12.1925. godine, da je cilj zadužbine pomaganje i ostvarivanje naučnih ciljeva Univerziteta u Beogra-

---

ta; 4. palata duž cele Zagrebačke ulice u koju ulaze brojevi 3, 5, 7 i 9 i Bosanske (danas Gavrila Principa) ul. br. 16. Ova zgrada ima 31 stan i 7 dućana sa 4 teretna lifta. Ove palate su postale vlasništvo Zadužbine početkom 1930. godine kada je Zadužbina raspolagala velikom sumom novca. Sav prihod od ovih imanja upravnik Zadužbine je svakog meseca predavao upravi Beogradskog univerziteta. Taj prihod je 1930. godine mesečno iznosio prosečno oko 260.000 ondašnjih dinara, što je u vreme teške ekonomske krize bila i te kako značajna svota za Univerzitet, ukoliko se ima u vidu da je tada plata redovnog profesora, ministra ili generala iznosila oko 5.000 dinara. (Preuzeto iz: Univerzitetska biblioteka "Svetozar Marković", Beograd, Luka Čelović, veliki dobrotvor Beogradskog univerziteta, Katalog izložbe, Beograd 2004).

du i nagrađivanje najboljih naučnih radova studenta Univerziteta u Beogradu, da zadužbinom upravlja zadužbinski savet Univerziteta i da je imovina zadužbine u društvenoj svojini i čini je između ostalog i zgrada u ulici Kraljevića Marka broj 1 u Beogradu, kao i da se sredstva zadužbine mogu koristiti samo ostvarivanju ciljeva zadužbine.

*Odluke sudova:* I. Drugi opštinski sud u Beogradu je presudom<sup>2</sup> utvrdio da je ništav ugovor o otkupu četvorosobnog stana ukupne površine 122 m<sup>2</sup>, koji je zaključen između Opštine Savski Venac kao prodavca i J.B.Lj. kao kupca, overen pred Drugim opštinskim sudom u Beogradu 07.05.1992. godine, da je ništavana uknjižba prava svojine na spornom stanu, pa je naloženo zemljišno-knjižnom odeljenju Drugog opštinskog suda u Beogradu da izvrši njeno brisanje i uspostavljanje zemljišno-knjižnog stanja kao pre uknjižbe. Određena je i privremena mera zabranom tuženoj J.B.Lj. da otuđi stan do okončanja predmetnog spora, a zemljišno-knjižnom odeljenju Drugog opštinskog suda u Beogradu je naređeno da ovu privremenu meru upiše u zemljišno-knjižni uložak, kao i da zabeleži predmetni spor.

II. Okružni sud u Beogradu je presudom<sup>3</sup> odbio kao neosnovane žalbe tuženih i potvrdio je navedenu presudu Drugog opštinskog suda u Beogradu.

III. Odlučujući o reviziji tužene J.B.Lj. izjavljenoj protiv presude Okružnog suda u Beogradu, Vrhovni sud Srbije je presudom<sup>4</sup> odbio kao neosnovanu njenu reviziju u odnosu na meritorni deo presude, a odbacio kao nedozvoljenu u delu koja se odnosi na odluku o privremenoj meri. Odbio je i reviziju tužene Opštine Savski Venac.

*Razlozi za usvajanje tužbenog zahteva:* U obrazloženju presude, Vrhovni sud Srbije je naveo da su pravilno nižestepeni sudovi zaključili da tužena Opština Savski Venac nije imala pravo da navedenu nepokretnost otuđi iz društvene svojine prodajom tuženoj J.B.Lj.. Zauzeo je stanovište da je pravilno primenjena odredba člana 13. stav 1. i stav 3. Zakona o zadužbinama, fondacijama i fondovima<sup>5</sup> (važećim u vreme otkupa) kojima je regulisano da se sredstva zadužbine, fondacije i fonda mogu koristiti isključivo u svrhe i na način koji je odredio osnivač, a da se oblik u kome se nalaze sredstva zadužbine, fondacije i fonda, koji su u društvenoj svojini, mogu izmeniti, bez izmena karaktera svojine, samo ako bi se na taj način sačuvala vrednost sredstava i obezbedilo lakše i duže ostvarenje ciljeva tih institucija.

---

<sup>2</sup> Presuda broj P 5493/04 od 16.06.2006. god.

<sup>3</sup> Presuda Okružnog suda u Beogradu broj Gž 13570/06 od 16.aprila 2008. godine

<sup>4</sup> Presuda Vrhovog suda Srbije broj Rev 59/09 od 19.01.2009. godine

<sup>5</sup> "Službeni glasnik SRS" br.59/89

I nižestepeni i revizijski sud su se u obrazloženju pozvali na odredbu člana 103. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima, te su zaključili da je sporni ugovor o otkupu stana ništav, jer je zaključen protivno prinudnim propisima o pravnom režimu imovine zadužbine. Kao posledica te ništavosti je nastala i ništavost uknjižbe prava svojine tužene J.B.Lj. na spornom stanu. Okružni sud je u obrazloženju naveo da je Zakon o zadužbinama, fondacijama i fondovima *lex specialis* u odnosu na Zakon o stambenim odnosima koji je u to vreme bio na snazi i prema čijim odredbama je zaključen sporni ugovor o otkupu stana. Cenjena je i činjenica da je zadužbina obnovljena nakon otkupa, 1995. godine i činjenica da je u vreme otkupa zemljišno-knjižni nosilac prava korišćenja bila Opština Savski Venac. Međutim, prevagnula je činjenica da je na spornom stanu postojao specifičan oblik svojine, jer predstavlja deo imovine zadužbine za koju je njen osnivač odredio svrhu korišćenja.

IV. *Ustavni sud Republike Srbije* je odlukom<sup>6</sup> usvojio ustavnu žalbu J.B.Lj. izjavljenu protiv navedene presude Vrhovnog suda Srbije i utvrdio je da je podnositeljki ustavne žalbe povređeno pravo na imovinu zajemčeno odredbom člana 58. stav 1. Ustava Republike Srbije. Poništena je presuda Vrhovnog suda Srbije i naloženo je Vrhovnom kasacionom sudu da ponovo odluči o reviziji podnositeljke ustavne žalbe izjavljene protiv presude Okružnog suda u Beogradu broj Gž 13570/06 od 16. aprila 2008. godine. U tački pet obrazloženja odluke je između ostalog navedeno da je u vreme kada je Zakon o stanovanju stupio na snagu (02.08.1992. godine), podnositeljka ustavne žalbe već bila vlasnik stana, da se na navedeni ugovor o otkupu stana ne mogu primeniti odredbe člana 17. Zakona o stanovanju, kojima je propisano da se od otkupa izuzima stan koji se nalazi u zadužbini ili koji je pripadao zadužbini, koja bi mogla da nastavi sa ostvarivanjem ciljeva, radi kojih je osnovana, već odredbe Zakona o stambenim odnosima iz 1990. godine, koji je važio u vreme zaključenja navedenog ugovora, a koji nije predviđao citirani izuzetak od otkupa stana predviđen Zakonom o stanovanju. Ustavni sud je ocenio da je Opština Savski Venac kao nosilac prava korišćenja i raspolaganja na navedenom stanu mogla da dozvoli otkup stana podnositeljki ustavne žalbe, odnosno da sa njom zaključi ugovor o otkupu tog stana. Ustavni sud je dalje utvrdio da se na navedeni ugovor ne mogu primeniti ni odredbe Zakona o zadužbinama, fondacijama i fondovima, kojima su uređeni uslovi za osnivanje zadužbine, upravljanje zadužbinom i uslovi na način prestanka njihovog postojanja. Ovo stoga što je tek obnavljanjem rada zadužbine 24.07.1995. godine ponovo uspostavljen subjektivitet zadužbini, a što ne znači i vraćanje imovine koju je ona nekad posedovala, niti se na navedeni ugovor mogu primeniti odred-

<sup>6</sup> Odluka Ustavnog suda broj UŽ 466/2009 od 2.11.2011. god.

be člana 103. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima, budući da nije protivan prinudnim propisima. Imajući u vidu navedeno Ustavni sud je ocenio da stanovišta i dati razlozi u osporenim presudama zbog čega je utvrđena ništavost ugovora i uknjižbe prava svojine podnositeljke na navedenoj nepokretnosti, nisu ustavno-pravno prihvatljivi, jer se iz relevantnih propisa ne može izvesti zaključak o pravnoj utemeljenosti izraženog stava da je tužbeni zahtev osnovan. Zbog toga je po oceni Ustavnog suda podnositeljka ustavne žalbe osporenim presudama uskraćena za imovinu koja predstavlja njeno pravo svojine na stanu. "Na taj način je podnositeljki ustavne žalbe povređeno pravo iz člana 58. stav 1. Ustava, pa je Ustavni sud saglasno odredbi člana 89. stav 1. Zakona o Ustavnom sudu ("Službeni glasnik RS", br. 109/07) usvojio ustavnu žalbu i odlučio kao u izreci. Ustavni sud je ocenio da su u konkretnom slučaju posledice učinjene povrede prava takve prirode da se mogu otkloniti samo poništajem osporene presude Vrhovnog suda Srbije, kako bi Vrhovni kasacioni sud doneo novu odluku o reviziji podnositeljke ustavne žalbe, te saglasno odredbi člana 89. stav 2. Zakona o ustavnom sudu odlučio kao u tački 1. izreke".

V. *Vrhovni kasacioni sud* je je doneo presudu<sup>7</sup> kojom je postupio po nalogu Ustavnog suda i ponovo odlučio o revizijama tuženih izjavljenim protiv presude Okružnog suda u Beogradu, tako što je preinačio presudu Okružnog suda u Beogradu i presudu Drugog opštinskog suda u Beogradu i odbio tužbeni zahtev kojim su tužioci tražili da se utvrdi da je ništav ugovor o otkupu četvorosobnog stana u ulici Kraljevića Marka broj 1, koji je zaključen izeđu Opštine Savski Venac kao prodavca i J.B.Lj. kao kupca, kao i zahtev da se utvrdi da je ništava uknjižba prava svojine na stanu u korist J.B.Lj. izvršenog na osnovu rešenja Drugog opštinskog suda u Beogradu. U obrazloženju presude, Vrhovni kasacioni sud se pozvao na odredbu člana 6. Zakona o stambenim odnosima iz 1990. godine, ocenio je da nije relevantan Zakon o zadužbinama, fondacijama i fondovima koji je bio na snazi u vreme zaključenja spornog ugovora o prodaji stana iz društvene svojine zato što tada zadužbina Luke Čelovca-Trebinjca nije postojala, jer je rad zadužbine obnovljen tek 24.07.1995. godine, a tada je stan već bio imovina tužene J.B.Lj., pa da nema mesta primeni člana 13. ovog zakona, u pogledu promene svojine na sredstvima zadužbine. Dalje je naveo da je u vreme zaključenja ugovora (21.04.1992. godine) i overe spornog ugovora o otkupu stana (07.05.1992. godine), kao i u vreme sporne uknjižbe (19.06.1992. godine), na snazi bio Zakon o stambenim odnosima, i da stoga ugovor o otkupu predmetnog stana zaključen između tuženih Opštine Savski Venac kao nosioca prava raspolaganja (prodavac) i J.B.Lj. kao nosioca stanarskog prava (kupac) nije protivan prinudnim propisima,

---

<sup>7</sup> Rev1 92/2013 od 25.09.2013. god.

pa nema mesta primeni člana 103. ZOO. Uknjižba prava svojine na stanu tužene J.B.Lj. je izvršena na osnovu valjanog pravnog posla, pa nema uslova za utvrđenje ništavosti tog upisa.

Pošto je sudeće veće donelo novu odluku o reviziji tuženih, predmet je iznet na I sednicu Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda u 2014. godini, radi upoznavanja sudija sa odlukom, a saglasno zaključku donetom na IV sednici Građanskog odeljenja održanoj 02.04.2012. godine. Na toj sednici nije doneta odluka da li da se predmet otpravi iz suda ili vrati veću da još jednom razmotri revizije tuženih jer su mišljenja sudija bila podeljena. Na III sednici održanoj 1.04. 2014. godine je većinom glasova sudija Građanskog odeljenja doneta odluka da se predmet Rev 1 92/2013. otpravi iz suda.

#### ZAKONSKA REGULATIVA IZ STAMBENE OBLASTI RELEVANTNA ZA PRESUĐENJE

Za rešenje ove parnice je ključni bio Zakon o stambenim odnosima<sup>8</sup> i činjenica da je Univerzitet u Beogradu obnovio rad zadužbine Luke Čelovića-Trebinjca nakon otkupa, tek 1995. godine. Razmotrićemo oba razloga.

Zakon o stambenim odnosima iz 1990. godine koji je prvi put uveo mogućnost otkupa društvenih stanova je značajan po tome što je sa njim započela stambena reforma i faktički postepeno uvođenje tržišnih odnosa u stambenoj oblasti.

Zakonom o stambenim odnosima je bilo propisano da nosilac stanarskog prava, zakupac stana i članovi njegovog porodičnog domaćinstva mogu u celini ili u idealnim delovima da kupe stan u društvenoj svojini koji koriste, da zaključenjem ugovora o kupovini stana kupac ima obavezu da u roku od 30 dana podnese zahtev za upis prava svojine i teret hipoteke u zemljišne knjige, odnosno druge javne knjige o evidenciji nepokretnosti, kada stiče pravo svojine (član 6. stav 1. i 7).

“Zakon o stambenim odnosima i podzakonski akti doneseni na osnovu ovog zakona, primenjivani su u praksi nešto više od dve godine, jer su prestali da važe stupanjem na snagu Zakona o stanovanju<sup>9</sup>. U primeni ovog zakona, javnost je bila izuzetno zainteresovana za otkup stambenih zgrada i stanova u društvenoj svojini. Kao rezultat suprotstavljenih interesa učesnika u ovom postupku i nedovoljno jasno definisane regulative u otkupu je došlo do niza nedostataka i nedoslednosti u primeni zakonskih rešenja koja su zbog raznih tumačenja i odsustva jasnog i čvrstog tumačenja nadležnih organa dovele do pojave velikih razlika kada je u pitanju određivanje prodajne vrednosti stanova. Na osnovu iskustva

<sup>8</sup> “Službeni glasnik SRS”, broj 12/90, 47/90 i 55/90 i “Službei glasnik RS”, broj 3/90 i 7/90.

<sup>9</sup> “Službei glasnik RS”, broj 50 od 25.07.1992. godine, 76/92, 84/92, 33/93, 53/93, 67/93, 46/94, 47/94, 48/94, 44/95, 49/95, 16/97, 46/98, 26/01 i 101/05) stupio na snatu 02.08.1992. god.

u primeni zakona i započete transformacije svojinskih odnosa uočeni su mnogi nedostaci i nedoslednosti koji proizilaze iz nedovoljno jasnih zakonskih rešenja ili nedostataka u regulisanju određenih pravnih pitanja, što je rezultiralo i promenom Zakona o stambenim odnosima i donošenjem Zakona o stanovanju<sup>10</sup>.

Ni jednom odredbom Zakona o stambenim odnosima nisu propisani izuzeci od otkupa.

Izuzeci od otkupa su propisani tek Zakonom o stanovanju, pa se od otkupa po odredbama ovog zakona izuzima stan koji se nalazi u zadužbini, odnosno koji je pripadao zadužbini koja bi mogla da nastavi sa ostvarivanjem ciljeva radi kojih je osnovana, zgradi podignutoj ili kupljenoj iz sredstava datih ili sakupljenih za dobrotvorne i druge društvene korisne svrhe (legati, pokloni, sakupljeni priloz i slično) ili reprezentativnoj zgradi koja se koristi za potrebe državnih organa i organa lokalne samouprave. Ministarstvo nadležno za poslove kulture utvrđuje koji stanovi se nalaze u zadužbini, odnosno koji su pripadali zadužbini koja bi mogla da nastavi sa ostvarivanjem ciljeva, radi kojih je osnovana. Zaduzbina može obnoviti rad, ako su njeni ciljevi mogući i ako se prihodima od stanova koji su pripadali zadužbini mogu ostvarivati ti ciljevi. Zakupci na neodređeno vreme stanova koji su pripadali zadužbinama koje do isteka roka od šest meseci od dana stupanja na snagu ovog zakona ne obnove rad, odnosno koje ne otpočnu sa ostvarivanjem svojih ciljeva, imaju pravo da otkupe stanove, pod uslovima utvrđenim ovim Zakonom. Ministarstvo kulture utvrđuju zadužbine koje do roka propisanim stavom 1. ovog člana nisu obnovile rad, odnosno nisu otpočele sa ostvarivanjem svojih ciljeva. Zakupnine za stanove koji pripadaju zadužbi koja je obnovila rad u skladu sa zakonom se uplaćuju toj zadužbini (član 17. stav 1. tačka 4. i stavovi 5–8).

Budući da je otkup društvenih stanova bila privilegija nosilaca stanarskog prava da pod beneficiranim uslovima kupovine postanu vlasnici stanova, a da su davaoci stanova na korišćenje imali različitu praksu koje stanove mogu dati u otkup, a koje izuzeti, mnogi od tih spornih slučajeva su se našli pred sudovima. Sporni su bili stanovi i zgrade koje su promenile vlasnike po osnovu nacionalizacije, konfiskacije, stanovi koji su stavljeni pod zaštitu države kao spomenici kulture, stanovi koji su bili potrebni za neophodne namene (stanovi u okviru škole, železničkih stanica, domova zdravlja) te službeni stanovi. Nakon stupanja na snagu Zakona o stanovanju, dileme u vezi sa nacionalizovanim stanovima su razrešene tako da se ti stanovi mogu prodavati budući da su taksativno pobrojani slučajevi koji se stanovi izuzimaju od prodaje po zakonu. Mnogo je primera sudske prakse u kojima su nosioci stanarskog prava nakon što su odbijeni sa za-

---

<sup>10</sup> R. Rajaković, Komentar Zakona o stanovanju, Službeni glasnik, Beograd 1995 (str. 13 i 14).

htevom za otkup stana od strane davaoca stana na korišćenje, svoja prava ostvarivala u vanparničnom postupku za donošenje rešenja koje zamenjuje ugovor o otkupu stana. Primerice: Rešenjem Vrhovnog suda Srbije u Beogradu<sup>11</sup> je odbijena kao neosnovana revizija predlagača izjavljena protiv rešenja Okružnog suda u Beogradu<sup>12</sup>, kojim je predlagač tražio da sud donese rešenje kojim će zameniti ugovor o otkupu stana broj 3 u ulici R. broj 9 u Beogradu na prvom spratu sa protivnikom predlagača Medicinski fakultet-Univerzitet u Beogradu (i Republike Srbije kao umešača na strani protivnika predlagača). Drugim rešenjem Vrhovnog suda Srbije<sup>13</sup> je takođe odbijena kao neosnovana revizija predlagača izjavljena protiv rešenja Okružnog suda u Novom Sadu<sup>14</sup> kojim je pravnosnažno odbijen predlog predlagačice kojim je tražila utvrđenje prava na otkup stana u društvenoj svojini koji se nalazi u stambenoj zgradi u Novom Sadu, u ulici G. broj 3. U oba ova primera predlog je odbijen sa pozivom na odredbu člana 17. stav 1. tačka 4. Zakona o stanovanju, jer je utvrđeno da se radi o nekretnini izuzetnoj od otkupa, te da nema osnova da se u vanparničnom postupku donese rešenje koje zamenjuje ugovor o otkupu stana. U prvom primeru se radilo o zadužbini Milana Vukićevića od 04.07.1941. godine sa ciljem unapređivanja zdravstva na Univerzitetu, a u drugom predmetu je se radilo o zadužbini kojoj pripadaju stanovi koji se nalaze u zgradi Fonda Mandićevog, osnivača Todora i Perside Mandić, sa ciljem prosvete. Obe zadužbine su bile obnovile rad.

*Propisi o zadužbinama, fondovima i fondacijama  
i Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju*

Zakon o zadužbinama, fondacijama i fondovima<sup>15</sup> (1989) je donet pre nego što će započeti reforma u stambenoj oblasti stupanjem na snagu Zakona o stambenim odnosima (1990). U članu 1. ovog zakona je propisano da se njime utvrđuju uslovi za osnivanje zadužbine, fondacije i fonda, ciljevi radi kojih se oni mogu osnovati, upravljanje zadužbinom, fondacijom i fondom i uslovi i način prestanka njihovog postojanja. S obzirom na vreme kada je zakon donet on ne sadrži nikakva ograničenja u pogledu zabrane otuđenja zadužbinske imovine koja je bile predmet nacionalizacije. Zabrana otuđenja i opterećenja imovine koja je oduzeta zadužbinama u periodu od 1945. godine do donošenja Zakona kojim se uređuje

<sup>11</sup> Rev 659/07 od 05.04.2007. god.

<sup>12</sup> Rešenje broj Gž 7310/06 od 20.11.2006. god.

<sup>13</sup> Rev 618/07 od 05.04.2007. god.

<sup>14</sup> Gž 5480/05 od 04.10.2006. god.

<sup>15</sup> "Službeni glasnik SRS" broj 59/89.



vraćanje oduzete imovine i naknade za oduzetu imovinu, je propisana sada važećim Zakonom o zadužbinama i fondacijama<sup>16</sup> (članom 70). To je jedina odredba koja se odnosi na nacionalizovane zadužbine i u odnosu na mnogu već otuđenu imovinu je zakasnela.

U vreme osnivanja zadužbine Luke Ćelovića-Trebinjca (1925 i 1929) je važio Zakon o zadužbinama Kraljevine Srbije iz 1912. godine, ali je vremenski pretežno radila i ostvarivala cilj zbog kojeg je osnovana za vreme važenja Zakona o zadužbinama iz 1930. godine.<sup>17</sup> Ovim zakonom je propisano da je zadužbina (zaklada, fond, zavod) ustanova kojom se namenjuje izvesna imovina nekoj trajnoj svrsi (paragraf 1). Zaduzbina osnovana po propisima ovog Zakona je pravno lice. Njena imovina se ne može ni na što drugo upotrebiti osim na ono, čemu je i kako namenjena (paragraf 13).

Budući da se ni jedan zakon o zadužbinama nije bavio pitanjem statusom starih (ugašenih) zadužbina pa tako ni zaštitom i vraćanjem imovine zadužbinama značajan propis je Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju<sup>18</sup>, na koji se odviše dugo čekalo. Ovaj je zakon šansa za vraćanje oduzete imovine nekim zadužbinama ili njenim pravnim slednicima (član 5. stav 1. tač. 2), ali ne i konkretnog stana zadužbinskom fondu Luke Ćelovića-Trebinjca. Ovo zato što je zakon propisao da sticalac imovine koji je nakon podržavljenja imovine, u skladu sa zakonom stekao pravo svojine ostaje vlasnik i držalac stvari i njegova stečena prava ne smeju biti povređena (član 10).

“Zadužbini ne može biti vraćena njena bivša oduzeta imovina koja je danas u svojini fizičkih i pravnih lica jer jedno od osnovnih načela restitucije je načelo zaštite stečenih prava. Mnoge zadužbinske zgrade i stanovi su u međuvremenu dobili novog vlasnika čije je pravo svojine legitimno i stečeno u skladu sa zakonom, te bivši vlasnici ne mogu očekivati prirodni povraćaj već samo novčano obeštećenje. Tako, zakonodavac je, u nameri da razreši dugogodišnje dileme oko otkupa zadužbinskih stanova, u neizvesnoj situaciji kad se godinama iščekivalo donošenje zakona o denacionalizaciji, a njega nije bilo ni na pomolu, dozvolio otkup tih stanova i time učinio dobru stvar za zakupce tih stanova, a lošu za zadužbine. Ma koliko u datoj situaciji to bilo razumljivo, činjenica je da su tako prirodna restitucijska prava zadužbina osujećena i da one za svoju imovinu mogu dobiti samo novčano obeštećenje što je značajno nepovoljnije.”<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> “Službeni glasnik RS” br.88/2010, 99/2011

<sup>17</sup> “Službene novine Kraljevine Jugoslavije” broj 150/1930 od 11.07.1930. godine

<sup>18</sup> “Službeni glasnik RS” br. 72/2011

<sup>19</sup> V. Todorović, *Pravni život*, br. 10/13, II Tom, str. 469.

*Gašenje i obnova zadužbine Luke Čelovića-Trebinjca*

*Nacionalizacija:* Iz rešenja Komisije za nacionalizaciju NOO Savski Venac i rešenja Komisije za nacionalizaciju pri Narodnom odboru Grada Beograda od 5.02.1962. godine, proizilazi da je zgrada u ulici Kraljevića Marka broj 1 u Beogradu vlasništvo zadužbine Luke Čelovića-Trebinjca, nacionalizovana i da je 26.12.1958. godine prešla u društvenu svojinu po Zakonu o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta. U obrazloženju navedenih rešenja je naznačeno da je razlog za nacionalizaciju bio taj što se radilo o zgradi koja po članu 12. stav 2. Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta nije mogla da se nalazi u svojini građansko-pravnog lica. Iz rešenja Opštine Savski Venac od 30.09.1971. godine prizilazi da je Opština Savski Venac donela odluku da se odredi kao organ korišćenja i raspolaganja na nepokretnosti u društvenoj svojini u ulici Kraljevića Marka broj 1, u Beogradu. U obrazloženju je navedeno da je odluka doneta na osnovu člana 4. Zakona o uknjiženju nepokretnosti u društvenoj svojini.

Jasno se vidi da je Komisija za nacionalizaciju imovinu zadužbine svrstala u kategoriju građansko-pravnog lica (imovina privatnog karaktera), ne dajući bilo kakav značaj institutu zadužbine. Lišenjem imovine, zadužbine više nisu mogle da ostvaruju ciljeve zbog kojih su osnovane pa su se gasile jedna za drugom nakon mera eksproprijacije i nacionalizacije. Tako je ugašena i zadužbina Luke Čelovića-Trebinjca.

“Stavljajući pitanje pripadanja, dakle prava svojine, ispred cilja zadužbine, komisije za nacionalizaciju su propustile mogućnost da dođu do ispravnog zaključka o pravnoj prirodi zadužbine i mogućnosti da zadužbinska imovina bude nacionalizovana, jer, ako se ispusti iz vida svrha radi koje je zadužbina osnovana i za čije postizanje je osnivač namenio imovinska sredstva, osobenost zadužbine kao pravne ustanove se gubi, nestaje njena najvažnija differentia specifica i ona se poistovećuje sa ostalim sopstvenicima od kojih se inače razlikuje. Pošto nisu ispitivali društvenu korist cilja zbog kojeg je zadužbina osnovana i nisu istraživali kome ta imovina služi, što su sve elementi koji sačinjavaju pravni pojam zadužbine, državni organi koji su sprovođili nacionalizaciju došli su do pogrešnog stanovišta da zadužbinska imovina ima privatni karakter, pa je nacionalizovana kao i svaka druga privatna imovina”<sup>20</sup>

*Obnova:* Univerzitet u Beogradu je 10.04.1995. godine doneo odluku da se obnovi rad zadužbine Luke Čelovića-Trebinjca i doneo je njen Statut, a Ministarstvo kulture je 24.07.1995. godine odobrilo obnavljanje rada zadužbine. Ovim re-

<sup>20</sup> M. Orlić, “Pravna analiza eksproprijacije i nacionalizacije univerzitetskih zadužbina”, monografija, Beograd 1988.

šenjem je naznačeno da je zadužbinu osnovao Luka Čelović-Trebinjac 23.12.1925. godine, da je cilj zadužbine pomaganje ostvarivanja naučnih ciljeva Univerziteta u Beogradu i nagrađivanje najboljih naučnih radova studenata Univerziteta u Beogradu, da zadužbinom upravlja Zaduzbinski Savet Univerziteta u Beogradu, da je imovina zadužbine u društvenoj svojini i da je čini zgrada u ulici Kraljevića Marka broj 1 Beograd (i druga imovina pobrojana u rešenju), kao i da se sredstva zadužbine mogu koristiti samo u ostvarivanju ciljeva zadužbine. Zaduzbina je 24.07.1995. godine upisana u registar zaduzbina pri Ministarstvu kulture RS pod rednim brojem 62.

#### *Lični stav*

S obzirom na to da su osnovni elementi zadužbine imovina zadužbine i njen cilj, nakon nacionalizacije u kojoj su zadužbine lišene imovine, one su faktički prestale da vrše svoju funkciju, jer bez imovine one nisu mogle da ispune cilj i prestale su da rade. Podsticaj da zadužbine obnove rad je upravo član 17. Zakona o stanovanju iz 1992. godine. Takav podsticaj je mogao doći sa Zakonom o stambenim odnosima iz 1990. godine kada je započeo otkup stanova i na taj način prelazak društvene imovine u privatnu, ali je izostao. Da li zbog volje ili propusta zakonodavca? Čini se zbog propusta budući na opštu ocenu da taj zakon nije bio valjan pa je već nakon dve godine donet novi. Zato se dogodilo da su mnoge zadužbine, kao što je slučaj i sa zadužbinom Luke Čelovića-Trebinjca, obnovile rad kasnije, nakon što su neki stanovi i zgrade već bili otkupljeni u periodu dvogodišnjeg važenja Zakona o stambenim odnosima.

Za konkretni stan je zakasnela odredba o izuzimanju stanova od otkupa sadržana u Zakonu o stanovanju iz 1992. godine. Međutim, još je više zakasnio Pravilnik o utvrđivanju stanova koji se izuzimaju od otkupa u zgradama zaduzbina koje bi mogle obnoviti rad<sup>21</sup> koji je doneo ministar kulture 27.04.1994. godine. Ovim Pravilnikom je od otkupa izuzeto 166 zaduzbinskih stanova i poslovnih i drugih prostorija zatečenih u času prestanka rada zaduzbine. Pod rednim bojem 28. je od otkupa izuzeta zaduzbina Luke Čelovića-Trebinjca u ul. Kraljevića Marka br. 1, KO Savski Venac; cilj: pomaganje naučnih ciljeva i drugih potreba beogradskog univerziteta.

Čini se da činjenica da je zaduzbina obnovila rad nakon otkupa stana nije trebala da ima takav značaj pri rešavanju ustavne žalbe sticaoca stana od strane Ustavnog suda i rešavanju revizije od strane Vrhovnog kasacionog suda. Navedeni su, napred, zakonski propisi i hronologija njihovog donošenja koja je uticala na to da su zaduzbine počele da obnavljaju rad tek nakon donošenja Zakona o

---

<sup>21</sup> "Službeni glasnik RS", br. 29/94, 41/94, 63/94.

stanovanju. U periodu koji je predhodio donošenju ovog zakona nije bilo reči o vraćanju imovine zadužbinama, izuzimanju od otkupa i obnovi rada zadužbina, a bez vraćanja imovine zadužbinama, nije ni bilo razloga da zadužbine obnavljaju rad. U suštini otkup zadužbinskih stanova /nepokretnosti je podstakao obnavljanje rada zadužbina. Postavlja se pitanje da li bi odluke Ustavnog suda i Vrhovnog kasacionog suda bile drugačije da je ova zadužbina obnovila rad pre otkupa pri činjenici da Zakon o stambenim odnosima nije propisao izuzetke od otkupa zbog čega su oba suda u odlukama naveli da je otkup legitiman i da zato ugovor o otkupu nije ništav.

Bez obzira na činjenicu što Zakon o stambenim odnosima nije imao listu izuzetaka (izričitu zabranu) od otkupa stanova, nije se smelo dozvoliti da imovina zadužbina bude predmet otkupa. Taj zakon nije propustio da napravi izuzetak od otkupa samo stanova koji su bili iz zadužbina već nije izuzeo ni bilo koje druge koji su novim stambenim zakonom izuzeti. Prema tome, radilo se o pravnoj praznini koja je omogućavala njeno popunjenje sagledavanjem pravne prirode zadužbinarstva i širih interesa. Na način kako je odlučeno je povređena sama pravna priroda zadužbinarstva jasno odslikana kroz reči Luke Čelovića-Trebinjca: "Samo čist prihod Zaduzbine može da se koristi, troši i upotrebljava za naučne potrebe i ciljeve Univerziteta, a osnovni kapital ne sme ni u kom slučaju da se smanji." Otkupom stana iz imovine zadužbine osnovni kapital ne samo da je smanjen već je nestao. Ustuknuo je pred praktičnim pogodnostima otkupa na koji način je i pravo otkupa stana prodrlo u materiju u kojoj mu nije mesto. Moralo se imati u vidu prilikom presuđenja da država nije odustala od zadužbinarstva jer je nakon nacionalizacije i nestanka predratnih zadužbina donet 1972. Godine Zakon o zadužbinama, fondacijama i fondovima<sup>22</sup>, potom 1989. godine zakon sa istim nazivom i sada važeći 2010. godine. Samo postojanje Zakona o zadužbinama je trebalo da predstavlja ozbiljnu branu otkupu zadužbinskih stanova bez obzira na činjenicu što se ti zakoni nisu bavili starim ugašenim zadužbinama i njenom oduzetom imovinom. Potrebno je naglasiti da u konkretnoj parnici nije nikada bilo ugroženo pravo na dom nosioca stanarskog prava već se borba vodila oko vlasništva.

Čini se da se i sada dogodilo slično kao i 1958. godine. Kao što je tada Komisija za nacionalizaciju zanemarila cilj zadužbine i kome je zadužbina bila namenjena, tako su isto postupili i Ustavni sud i Vrhovni kasacioni sud. Zato je došlo do zaključka da je povređeno imovinsko pravo otkupiooca stana, a ne imovinsko pravo zadužbine. A radi se o specifičnim svojinama. Otkupilac stana je do svojine došao putem beneficiranog položaja jer je bio nosilac stanarskog prava na zaduž-

<sup>22</sup> "Službeni glasnik SRS" br.48/72, 1/83, 23/86.

binskom stanu i platio je beneficiranu otkupnu cenu stana, a zadužbinska imovina je specifična zbog cilja kome je namenjena. U proporciji tih prava nikako nije mogla da se da prednost zaštiti imovinskog prava otkupioaca stana.

*Posledice:* Posle Drugog svetskog rata i nacionalizacije, pored toga što je 1972. godine donet Zakon o zadužbinama i kasniji zakoni, zadužbinarstvo kod nas nije doživelo renesansu. Zato ohrabruje činjenica da se poslednjih godina nastavlja tradicija zadužbinarstva, pa Univerzitet ima nekoliko aktivnih novoosnovanih fondova iz kojih se stipendiraju i nagrađuju studenti. To su: Fondacija “Sestre Bulajić”, Fondacija “Mr ph Ljubica Vojteh Dragičević i ing.oec Nikola Dragičević”, Legat “Danice i Ivana Feofilaktov” i Fondacija Koste Migrića<sup>23</sup>. Izloženi pravni stavovi najvišeg suda zasnovani na odluci Ustavnog suda, prema ranijoj zadužbini svakako neće biti podsticaj za ideje zadužbinarstva.

JELENA BOROvac  
Judge, Supreme Court of Cassation

#### MORE ON ENDOWMENT PHILANTHROPY

##### Summary

The author wishes by presenting judgments of courts deciding on the nullity of a contract on the repurchase of a particular apartment from a legacy, to contribute to the topic on which esteemed authors have already written and have explained in their papers the terminology and essence of the legal nature of endowment philanthropy. The paper presents positions of courts expressed in judgments determining the nullity of the contract on the repurchase of an apartment from the legacy, as well as the position of the Constitutional Court in the decision establishing the violation of property rights of the apartment repurchaser.

Finally, the position of the Supreme Court of Cassation that conditions for the nullity of the contract have not been fulfilled is presented. The author has expressed their personal opinion on this legal matter based on the highly moral values of endowment philanthropy.

---

<sup>23</sup> Sajt Univerziteta u Beogradu, [www.bg.ac.rs/sr/univerzitet/zaduzbine.php](http://www.bg.ac.rs/sr/univerzitet/zaduzbine.php), pretraga 22.07.2014. god.



RADOMIR PRELEVIĆ

## PRILOG O DVA TERMINA U PREDNACRTU GRAĐANSKOG ZAKONIKA REPUBLIKE SRBIJE

### U V O D

Pored velikih tema koje nužno nameće svaki projekat kodifikacije građanskog prava a posebno kad je u pitanju kodifikacija građanskog prava Republike Srbije, postoji i mogućnost malih doprinosa, o kakvima će biti riječ u ovom radu. U pitanju su dva vrlo kratka termina od kojih je prvi akuzativ zamjenice od imenice šteta, a drugi je sintagma “neprocjenjiva stvar”, za koje nalazimo da im treba posvetiti odgovarajuću pažnju. Kod rasprave o prvom terminu od pomoći će nam biti gramatika srpskog jezika, a kod drugog kako pravila književnog jezika, tako i logika.

Opravdanje za ovu malu jezičku raspravu nalazimo u tome što ovaj zakonski tekst pored pravnog, kao primarnog supstrata, više nego što je to slučaj kod ostalih zakonskih tekstova, sadrži i naglašen jezički supstrat i to u tolikoj mjeri da se može uzeti kao vrstan primjer, tzv. lijepe književnosti. To svojstvo pravnih propisa o obligacionim odnosima kod nas je sasvim utvrđeno Skicom za Zakonik o obligacijama i ugovorima profesora Mihaila Konstatinovića od 1969. godine i iz nje nastalim Zakonom o obligacionim odnosima od 1978. godine. Od ovog zakona se očekuje nastavak ove tradicije, uključujući i poboljšanja izražajne forme gdje je to moguće.

---

Dr Radomir Prelević, advokat u Podgorici..

*Varljivi akuzativ*

U drugoj knjizi Prednacrti – Obligacioni odnosi, u čl. 167, st. 1 stoji: “Ko drugome prouzrokuje štetu dužan je naknaditi *je*, ukoliko ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivice.” Na isti način postupljeno je u članu 175 st. 1, koji glasi: “Ko u slučaju dozvoljene samopomoći prouzrokuje štetu licu koje je izazvalo potrebu samopomoći, nije dužan naknaditi *je*”.

Dakle, u oba slučaja korišćena je riječ *je* kao akuzativ od zamjenice *ona*, koja je korišćena umjesto imenice *šteta*.

U brojnim zakonskim tekstovima, kako domaćim tako i stranim, za objekat na ovom mjestu korišćena je riječ “*je*”, o čemu navodimo nekoliko primjera:

i. Profesor Mihailo Konstatinović, u čl. 123 st. 1 Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima, piše: “ko drugome prouzrokuje štetu svojom krivicom dužan je naknaditi *je*”;

ii. U Zakonu o obligacionim odnosima Jugoslavije stoji: “Ko drugome prouzrokuje štetu dužan je naknaditi *je*, ukoliko ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivice”<sup>1</sup>;

iii. U Zakonu o obveznim odnosima Republike Hrvatske stoji: “Tko drugome prouzroči štetu, dužan je naknaditi *je*, ako ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivnje”<sup>2</sup>;

iv. Na isti način se izražava i Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore: “Ko drugome prouzrokuje štetu, dužan je da *je* naknadi, ukoliko ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivice”<sup>3</sup>;

v. Švajcarski Zakon o obligacijama, u prevodu na srpski jezik, identično glasi: “Ko drugome protivpravno prouzrokuje štetu, bilo namerno, bilo iz nehata ili nepažnje, dužan je da *je* naknadi”<sup>4</sup>;

vi. Takođe, na isti način izražava se i Građanski zakonik Poljske, od 1964. godine: “Ko svojom krivicom prouzrokuje drugome štetu, dužan je da *je* naknadi”<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Zakon o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 57/89 i Službeni list SRJ, br. 31/93, čl. 154 st. 1.

<sup>2</sup> Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/2005, članak 1045.

<sup>3</sup> Zakon o obligacionim odnosima, Službeni list Crne Gore, br. 47/2008, čl. 148 st. 1.

<sup>4</sup> Švajcarski Zakon o obligacijama od 30.03.1911. godine sa izmjenama i dopunama izvršenim do 01.01.1976. godine, u izdanju Instituta za uporedno pravo, serija E – br. 57, Savremena administracija Beograd 1976, čl. 41 st. 1, preveli, dr Marija M Toroman i dr Svetislav T Randelović, sa predgovorom prof. Dr Mihaila Konstatinovića.

<sup>5</sup> Građanski zakonik Narodne Republike Poljske od 1964. godine, čl. 415, preveo dr Franjo Knih, u izdanju Instituta za uporedno pravo, serija E – br. 42, Beograd, 1966. godine.



Sasvim drugačije je ovaj akuzativ – akuzativ zamjenice *ona* za imenicu šteta naveden kod Valtazara Bogišića, koji, umjesto dvosmislenog akuzativa *je*, koristi jednoznačni akuzativ *ju*: “Ko god, kakvim nezakonitim djelom, učini ili uzrokuje kome kakvu štetu, dužan *ju* je, ukoliko se ocijeniti može, potpuno namiriti, ne samo kad je djelo zlom namjerom učinjeno, nego i kad se zgodilo po nemaru ili od objesti”<sup>6</sup>.

Postoje primjeri u zakonskim tekstovima kad se na mjesto o kome je riječ ne koristi zamjenica već neposredno imenica “šteta”, i to:

i. U Građanskom zakoniku Italije stoji: “Svaka zlonamerna ili nehatna radnja, koja drugima prouzrokuje neopravdanu štetu, obavezuje onoga ko je radnju izvršio na naknadu štete” (2947)<sup>7</sup>

ii. Na sličan način objekat označava imenicom šteta i Građanski zakonik Rusije: “Štetu pričinjenu ličnosti ili imovini građanina, kao i štetu pričinjenu organizaciji, naknađuje u punom obimu lice koje je štetu prouzrokovalo”<sup>8</sup>.

Proizilazi da se u vrlo ozbiljnoj formi postavlja pitanje da li na ovom mjestu akuzativ zamjenice *ona* za imenicu šteta treba upotrijebili riječ *je* ili riječ *ju*, kako je to jedini radio Valtazar Bogišić. Za odgovor na ovo pitanje moramo se služiti gramatikom srpskog jezika. Tako, prema Rečniku srpskohrvatskog književnog i narodnog jezika (Srpska akademija nauke i umjetnosti, Beograd 1973. god) i Rečniku srpskog jezika (Matica srpska, Novi Sad, 2007. god) upotrijebljena riječ “je” za objekat na navedenom mjestu ima dva značenja i to:

Prvo,

je = enklitički oblik za treće lice jednine od glagola jesam, odnosno enklitički oblik trećeg lica jednine supletivnog prezenta glagola “biti” prema naglašenom “jest(e)”;

I drugo,

je = enklitički akuzativ od zamjenice “ona”, odnosno enklitički genitiv i akuzativ od zamjenice “ona”.

Kao što se vidi upotreba riječi “je” za označavanje objekta na navedenom mjestu unosi veliki stepen neodređenosti u ovu pravnu normu, tj. sankciju u njoj čini nejasnom, s obzirom da riječ “je” može biti oblik kako glagola tako i lične zamjenice. Ukoliko se za objekat na ovom mjestu ne želi koristiti riječ šteta ili nje-

---

<sup>6</sup> Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru, od 1888. godine, čl. 570 st. 1, Valtazar Bogišić, Izabrana djela, Podgorica- Beograd 2004.

<sup>7</sup> Italijanski građanski zakonik od 1942. godine, čl. 2043, u izdanju Instituta za uporedno pravo serija E – br. 37, Beograd, 1964. godine, preveo dr Vaso Radmilović

<sup>8</sup> Građanski zakonik RSFSR od 1964. godine, čl. 444 st. 1, u izdanju Instituta za uporedno pravo serija E – br. 39, Beograd, 1965. godina, preveo dr Jakov Radišić.

na zamjenica, naravno u akuzativu, onda je umjesno da se umjesto dvosmislenog “je” koristi riječ “ju”, koja je enklitički oblik akuzativa zamjenice ona za imenicu *šteta* i koja nema nijedno drugo značenje.

U prilog tezi o dvosmislenosti akuzativa *je* od zamjenice *ona* za imenicu *šteta* govori i primjer akuzativa zamjenice *ona* za imenicu *šteta* iz Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije, knjiga druga – Obligacioni odnosi, i to u čl. 172 st. 2: “Ko drugom prouzrokuje štetu u stanju prolazne nesposobnosti za rasuđivanje, odgovoran je za *nju*, izuzev ako dokaže da nije svojom krivicom dospao u to stanje”.

### *Procjena neprocjenjivog*

Pravni termin “neprocjenjive stvari” iz čl. 141 stav 2. Opšteg dela Prednacrtu navodi na raspravu i to naročito kad se dovede u vezu sa definicijom pojma “imovina” iz člana 89. Opšteg dela Prednacrtu. Naime, ako imamo u vidu da se jezički supstrat pravnog termina “neprocjenjive stvari” sastoji u tome da se vrijednost stvari te vrste ne može izraziti u novcu tj. procijeniti, onda proizilazi da prava na toj vrsti stvari ne spadaju u imovinu. A takav ishod niti je legalan, niti ga zakonodavac želi, budući da su stvarna prava u njihovoj cjelini eminentna predstavi imovine.

Pojam procjenjivih i neprocjenjivih stvari određen je članom 141. opšteg dijela Prednacrtu na sledeći način: “Procjenjive su one stvari čija se vrijednost može izraziti u novcu. Ostale stvari su neprocjenjive”.

Naša pažnja je usmjerena na drugi stav ovog člana koji određuje pojam neprocjenjive stvari. Taj pojam je određen na negativan način u odnosu na pojam procjenjivih stvari, a jedini kriterijum za razlikovanje neprocjenjivih od procjenjivih stvari jeste (ne) mogućnost izražavanja u novcu njihove vrijednosti.

Naravno, podjela stvari na procjenjive i neprocjenjive ima ustaljenu tradiciju u građanskim kodifikacijama i upravnoj nauci. Tako je, u Justinijanovoj Digesti, u osmom poglavlju koje se odnosi na podjelu i svojstva stvari našla mjesto Ulpijanova sentenca: *Res sacra non recipit aestimationem*.<sup>9</sup> (Sveta stvar nije podložna procjenjivanju), dakle u pitanju je neprocjenjiva stvar.

Takođe, i Predosnova građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju poznaje pravnu podjelu stvari na procjenjive i neprocjenjive: “Procjenjive su stvari one čija se vrijednost može odrediti upoređivanjem s drugim stvarima u prometu; ovamo dolaze i službe, ručne i umne radnje. One pak stvari, čija se vrednost

<sup>9</sup> Justinijanova Digesta, prva knjiga, JP “Službeni glasnik”, Beograd, 1997, str. 156-157, § 5.

ne može odrediti nikakvim upoređivanjem sa drugim stvarima u prometu, zovu se neprocjenjive.<sup>10</sup>

A prije Predosnove, pojam neprocjenjive stvari, po ugledu na Austrijski građanski zakonik od 1811. godine, sadrži i Srpski građanski zakonik od 1844. godine, koji ovu vrstu stvari naziva i BESCENE: “kojih se stvari cena ispitati i opredeliti može po vrednosti drugih stvari, one se zovu procenjive, inače su neprocjenjive ili bescene”.<sup>11</sup>

O zastupljenosti ove podjele stvari u pravnoj nauci navodimo primjer jednog savremenog udžbenika Građanskog prava u kome se precizira da za razliku od procjenjive stvari koje imaju “upotrebnu i prometnu vrijednost” tj. mogu se izraziti u novcu, “neprocjenjive stvari su one čija se vrijednost ne može odrediti upoređivanjem sa drugim stvarima u prometu. Međutim i neprocjenjive stvari mogu imati afekcionu vrijednost ( fotografija dragog pokojnika, pismo koje predstavlja dragu uspomenu)<sup>12</sup>.”

Dakle, jasno je da pojam “neprocjenjive stvari” egzistira bez ikakvog prigovora i sumnje kako u pravnim izvorima tako i pravnoj nauci.

Međutim, ipak postoji jedan aspekt logičkog, a, u izvjesnoj mjeri, i jezičkog karaktera, koji dovodi u pitanje semantičku vrijednost sintagme “neprocjenjive stvari”. To se jasnije uočava kad se ima u vidu pojam “imovina” koji prethodno utvrđuje Prednacrt Opšteg dela Građanskog zakonika u članu 89: “Imovinu subjekata građanskih prava čine sva prava i obaveze koje se mogu izraziti u novcu”. Ako se ima u vidu stvar kao objekat subjektivnog prava, onda bi u imovinu mogla da uđe samo procjenjiva stvar, jer se po članu 141. Prednacrtu Opšteg dela njena “vrednost može izraziti u novcu”. Ali, neuspješan će biti pokušaj da u imovinu subjekta građanskog prava istovremeno uvrstimo i pravo na neprocjenjivoj stvari zato što se citiranoj odredbi čl. 141. st.2. Prednacrtu njena vrijednost ne može izraziti u novcu, pa ne zadovoljava uslov iz čl. 89 Prednacrtu po kome imovinu čine, kad su u pitanju stvarna prava, samo pravo na procjenjivim stvarima. Ovdje treba primijetiti da izvjesnost u ovu raspravu ne unosi zakonska definicija stvari iz člana 131. Opšteg dela Prednacrtu i to zbog svoje indiferentnosti: “Stvar je materijalni deo prirode koji se nalazi u vlasti fizičkog ili pravnog lica i na kome može postojati pravo svojine ili drugo pravo”.

Naravno da ova rasprava o sintagmi “neprocjenjive stvari” ima samo teorijsku vrijednost, s obzirom na njegovu petnaestovjekovnu upotrebu, ali se i pored

---

<sup>10</sup> Predosnova Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju, Beograd, 1934, § 337.

<sup>11</sup> Srpski građanski zakonik od 1844.godine, § 193.

<sup>12</sup> Rašović dr Zoran P., Građansko pravo-Uvod”, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Podgorica, 2009.str. 120.

toga nameće potreba njegovog ozbiljnog preispitivanja. Pri tome misli se prvenstveno na pronalaženje takvog jezičkog ekvivalenta koji će omogućiti da i laiku prilikom čitanja zakona bude jasno da iste ulaze u pojam imovine iz čl. 89 pete knjige – opšti deo Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije.

#### ZAKLJUČAK

I ovaj rad potvrđuje drevno pravilo da zakonodavac treba da misli kao filozof, a da se izražava kao običan građanin, i da je sasvim moguće da od tog pravila odstupaju pravni termini o kojima je bilo riječi. Tako, može se zaključiti da u čl. 167 st. 1 i čl. 175 st. 1 druge knjige – Obligacioni odnosi Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije, umjesto dvosmislenog akuzativa **je**, treba koristiti jednoznačni akuzativ *ju* zamjenice ona za imenicu šteta.

Takođe, smatramo da sintagmu *neprocjenjive stvari* treba kritički preispitati kako bi čitaocu bilo očiglednije da i takve stvari spadaju u pojam imovina.

## JAVNA SVOJINA I SRODNI OBLICI

– Sličnosti i razlike –

### JAVNA SVOJINA

#### Opšti pojam

Javna svojina u svojoj suštini sastoji se od dva elementa, jedan je javni, javnopravni (državni, upravni), a drugi je svojinski (akti pripadnosti, raspolaganja).

Javnopravni element odnosno razlikovanje javne od privatne svojine može se izraziti na različite načine i o tome nema saglasnosti u pravnoj teoriji. Privatna svojina izražava i štiti pojedinačnu, privatnu korist, dok javna svojina obezbeđuje javne interese. Javna svojina reguliše se normama koje imaju prinudni karakter (imperativne norme), dok u slučaju privatne svojine primenjuju se dispozitivne norme. U javnopravnim odnosima učestvuje država kao javnopravni subjekt, dok u odnosima privatne svojine subjekti su privatna lica. U slučaju javne svojine jedna strana (država, javnopravni subjekt) pojavljuje se kao imalac vlasti, *imperiuma* pa su zato to odnosi subordinacije, a kod privatne svojine postoje odnosi jednakosti, kordinacije. Javna svojina vrši se, realizuje i štiti preko javnih, upravnih akata i sredstava, a privatna svojina to postiže putem akata i tužbi građanskog prava (pravni poslovi, petitorne i posesorne tužbe).<sup>1</sup> Bitno je da se istakne da prisustvo pomenutih kriterijuma za razlikovanje javne od privatne svojine ne zna-

---

Dr Rajko Jelić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> V. Vodinelić, *Građansko pravo, uvodne teme*, Beograd 1991, 109; vid.: *Leksikon građanskog prava*, odrednica. "Privatno pravo", Beograd 1996.

či automatsko opredeljivanje za jedan ili drugi svojinski oblik. U nekim situacijama jedan kriterijum nije dovoljan, pa se mora koristiti u sadejstvu sa drugima. U drugim situacijama kada je prisutno mešovito dejstvo različitih elemenata, tačno razgraničenje može se izvršiti tek na osnovu utvrđivanja pretežnog sadržaja tih svojinskih oblika. (javni interes, privatna korist).

Javna svojina kao i svaka druga svojina predstavlja punu vlast nad nekom telesnom stvari, kao potpuno potčinjavanje jedne stvari, potpuno pravno gospodarenje tom telesnom stvari.<sup>2</sup> “Odnosno kao pravna veza kakve telesne stvari sa licem”.<sup>3</sup> U tom smislu, svojinsko pravo je opšta vlast na telesnoj stvari. Ono je postavljeno, da daruje svakojaku moć nad stvari koju dopušta priroda i pravo.<sup>4</sup> Svojina označava da je za nekog neka stvar njegova, to znači hoće da se kaže, da je njegova volja merodavna u pogledu svih njenih odnosa.<sup>5</sup> Svojina se izražava i oblikuje putem zakona, ali ona nije samo to, što ne znači da bi ukidanjem zakona ova kategorija nestala. Pravo preko zakona i drugih pravnih akata izražava, utvrđuje i obezbeđuje svojinu i svojinske odnose kao faktičke (ekonomske) odnose. Kako će se izraziti svojina, i koji će se tipovi svojinskih odnosa utvrditi zavisi od postojeće političke i socijalne organizacije društva i ljudskih potreba, a ovi su determinisani stepenom razvoja proizvodnih snaga i odnosa.<sup>6</sup>

Javna svojina može se izraziti kao najšira neposredna pravna vlast na stvari (*dominium*) čime se težište postavlja na odnos subjekt-objekt što bi bila unutrašnja strana svojine, ali pravi smisao ovog instituta dobija se u dinamici pravnih odnosa u pravnom prometu kao pripadnost dobara određenom subjektu (*proprietas*) što bi bila spoljna, društvena dimenzija svojine. Ipak javna svojina pored toga, ima određena svojstva koja čine da se razlikuje od drugih oblika svojine. Do toga može doći usled različitih okolnosti. Pre svega, javna svojina omogućava da se ostvari javna svrha, cilj ili namena u obavljanju javnih delatnosti, a to se postiže putem javnih, upravnih akata što dovodi do toga da se raspolaganje i zaštita javnih dobara ostvaruju javnopravnim sredstvima i merama. Subjekti javne svoji-

<sup>2</sup> Puchta, *Pandekten*, Leipzig, 1856, 72.

<sup>3</sup> A. Brinz, *Pandekten*, I Band, Erlangen, 1884, 130.

<sup>4</sup> H. Dernburg, *Pandekten*, prevod, 1900, 483.

<sup>5</sup> Windsheid *Pandekten* I Bn Frankfurt 1906167. slično: L. Arnsts smatra da je sopstvenost pravo potpune vlasti koja nekom licu nad nekom telesnom stvari pripada i po kome se može reći, da mu stvar u celosti pripada, da je njegovoj volji uopšte i sasvim potčinjena na koje se može pozvati tužbom protiv svakog onog koji bi ga sprečavao u vršenju te vlasti, *Pandekten*, prevod, 1900. 291.

<sup>6</sup> E. Lavlejev navodi plejadu mislilaca po kojima zakon stvara svojinu, *Svojina i njeni prvobitni oblici*, Beograd, 1899, 500 i dalje. Slična tvrdnja o poreklu svojine može se naći i u delu Tome Živanovića koji razlikuje dve vrste društvenih odnosa: jedne koje pravo stvara (svojinski odnos) i druge koje pravo nalazi kao postojeće (npr. roditeljski odnos) *Sistem sintetične pravne filozofije*, III t. Beograd, SANU 1959, 71.

ne poseduju posebnu mogućnost *imperium* da potčine druge subjekte u pravnom odnosu tako da se ovaj odnos ispoljava kao javnopravni odnos u užem smislu. U drugom slučaju, javna svojina je mešovita pravna kategorija ispoljava se kao koegzistencija javne i privatne vlasti koja se vrši putem javnih i građanskopravnih akata. Objekti ovog vida javne svojine su javna dobra u širem smislu što znači, da su to po svojoj prirodi pokretne i nepotrene stvari građanskog prava, ali pošto im je svrha javnopravna potpadaju pod javnopravni režim. Konačno, javna svojina ispoljava se i kao neposredna pravna vlast na stvarima sa ovlašćenjima *usus, fructus i abusus*, ali i tada je modifikovana javnopravnim elementima, npr. upravljanje se vrši na javnopravni način ili se pripadnost stvari omogućava primenom javnopravnih sredstava i mera.

### *Javna svojina u našem pravu*

Ovaj oblik svojine reguliše *Zakon o javnoj svojini Republike Srbije* od 2011. god.<sup>7</sup> Zakonodavac razlikuje oblike javne svojine prema subjektima. Tako u našem pravu postoji javna svojina odnosno državna svojina koju čini pravo svojine Republike Srbije, zatim pravo svojine autonomne pokrajine odnosno pokrajinska svojina i pravo svojine jedinica lokalne samouprave – opštinska ili gradska svojina. Zakonodavac je ograničio upotrebu termina “državna svojina” samo na pravo svojine Republike Srbije da bi u daljem tekstu koristio isključivo termin “javna svojina” za sve navedene svojinske oblike. Na ovaj način, nagoveštava se nov pristup u regulisanju tradicionalnih pravnih kategorija.<sup>8</sup> Prema objektu odnosno pravnoj sadržini razlikujemo javnu svojinu prirodnih dobara, javnu svojinu dobara u opštoj upotrebi, javnu svojinu sredstava koje koriste organi i organizacije Republike Srbije, autonomne pokrajine i jedinica lokalne samouprave, ustanova, javnih agencija i drugih organa.<sup>9</sup> Zakon o javnoj svojini je neka vrsta osnovnog ili ustavnog zakona što znači da odredbe drugih zakona kojima se uređuje režim stvari u javnoj svojini ne mogu biti u suprotnosti sa ovim zakonom. Koncept javne svojine formulisan je u odredbi gde se kaže da na sticanje, prestanak, vršenje i zaštitu prava javne svojine primenjuju se odredbe zakona kojima se uređuje pravo privatne svojine. Odstupanja od klasičnog koncepta prava privat-

---

<sup>7</sup> *Službeni glasnik RS* br. 7/2011 čl. 2.

<sup>8</sup> U našoj ne mnogo bogatoj pravnoj literaturi u vezi sa ovim tipom svojine koristi se termin “državna svojina” da izrazi složen svojinski oblik koji sadrži javnopravna i stvarnopravna ovlašćenja, obaveze i odgovornosti, videti: R. Jelić, *Posebni oblici prava svojine*, Nomos, Beograd 1999, 11 i dalje; Z. Tomić, “O državnoj imovini i državnoj svojini u pravu SR Jugoslavije”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2-3/1996. 155. *Leksikon građanskog prava*, Beograd, 1996. odrednica. “Državna svojina”.

<sup>9</sup> Čl. 3. ZJS RS.

ne svojine predviđena su samo na osnovu ovog zakona, ili izuzetno i drugih propisa i akata.<sup>10</sup>

Pravo javne svojine podložno je ograničenjima. Prvo, namena stvari u javnoj svojini određuje se zakonom ili odlukom nadležnog organa donete na osnovu zakona, odnosno drugog propisa ili opšteg akta.<sup>11</sup> Drugo, pojačana je odgovornost u odlučivanju o upotrebi i raspolaganju javnim dobrima. Predviđene su obaveze da svako ko odlučuje o stvarima u javnoj svojini, ko ih koristi ili njima upravlja dužan je da postupa kao dobar domaćin i odgovoran je za to u skladu sa zakonom.<sup>12</sup> Treće, zakonodavac taksativno nabraja šta čini javna dobra u užem smislu i to su: prirodna bogatstva, dobra u opštoj upotrebi, mreže u javnoj svojini, vodno zemljište i vodni objekti u javnoj svojini, zaštićena prirodna dobra u javnoj svojini kulturna dobra u javnoj svojini, nepokretnosti koje koriste organi Republike, pokrajine i jedinice lokalne samouprave, objekti, oružje i oprema namenjena odbrani i državnoj i javnoj bezbednosti.<sup>13</sup> Posebna ograničenja prava svojine javnopravnih subjekata proizilaze kao posledica služenja javnom interesu. To su: nemogućnost prinudnog izvršenja, nemogućnost sticanja prava putem održaja, nemogućnost zasnivanja hipoteke, nemogućnost otuđenja većine dobara iz javne svojine.<sup>14</sup>

Javnu svojinu mogu činiti i druge pokretne i nepokretne stvari koje ne služe za obavljanje poslova i zadataka državnih organa i javnih službi. To su stvari koje nemaju javnu namenu, već služe za obavljanje privredne delatnosti i označavaju se u pravnoj teoriji kao fiskalna ili finansijska imovina.<sup>15</sup> Ovde se primenjuje pravni režim koji važi za privatnu svojinu dok su ograničenja prilično sužena i opšteg su karaktera.<sup>16</sup> Tako na osnovu važećih propisa možemo zaključiti da javna svojina ima dva oblika: 1) javna svojina u užem smislu koja za objekat ima javna dobra gde su ograničenja javnopravnog karaktera izrežena u velikoj meri, ali se ipak ovaj oblik svojine pravno uobličava kao ograničeno pravo svojine; 2) javna svojina u širem smislu koja za objekat obuhvata sva ostala dobra po režimu bliska stvarima u privatnoj svojini. Pravno uobličavanje javne svojine u našem pravu kao subjektivno pravo odnosno kao neposredna vlast na stvari blisko je nemač-

<sup>10</sup> Čl. 3. ZJS RS.

<sup>11</sup> Čl. 3. ZJS RS.

<sup>12</sup> Čl. 3. ZJS RS.

<sup>13</sup> Čl. 9, 10, 11 i 12. ZJS RS.

<sup>14</sup> Čl. 16 i 17. ZJS RS.

<sup>15</sup> L. Kostić, *Administrativno pravo Kraljevine Jugoslavije* III knjiga 312; R. Jelić, *Posebni oblici prava svojine*, 62.

<sup>16</sup> Ovaj oblik svojine trpi ograničenja koja se odnose na namenu stvari i odgovornost u odlučivanju o korišćenju i upravljanju iz čl. 5 i 6. ZJS RS.



kom neoliberalnom konceptu javne svojine. Takav pristup izaziva mnoga pitanja i dileme. Može se postaviti pitanje da li se celokupan javnopravni sadržaj ovog oblika svojine može izraziti na osnovu nekoliko ograničenja (nemogućnost prinudnog izvršenja, nemogućnost održaja i nemogućnost hipoteke)? Da li se sticanje javnih dobara može svesti na originarno i derivativno sticanje prava, posebno da li se može objasniti nacionalizacija, eksproprijacija, sticanje i prestanak putem upravnog akta i sl.? Da li se zaštita javnih dobara može ostvariti primenom državninskih i svojinskih tužbi, npr. ugrožavanje ili oštećenje javnog puta ili sredstva naoružanja? Ako sve to imamo u vidu, onda bi ispravniji pristup bio onaj koji javnu (državnu) svojinu sagledava kao skup najširih ovlašćenja i ograničenja države i nosilaca javne vlasti na javnim dobrima odnosno pokretnim i nepokretnim stvarima. Svojinski prerogativi ispoljavaju se kao skup javnopravnih ovlašćenja i ograničenja na javnim dobrima ili kao najšira neposredna pravna vlast na pokretnim i nepokretnim stvarima odnosno kao splet ovlašćenja i obaveza raznovrsnog karaktera.<sup>17</sup>

## PRAVO SVOJINE

### *Pravno uobličavanje prava svojine*

U pravnoj teoriji formirala su se shvatanja koja ne priznaju sopstveniku ovlašćenja na stvari, ona ne čine ovlašćenja na stvari, ne postoji pozitivan sadržaj prava svojine. Normativan sadržaj prava svojine sastoji se u ovlašćenju sopstvenika da statuire obaveze nečinjenja u odnosu na sva ostala lica u pravu. Sama činjenica da sopstvenik raspolaze stvarima prema svom nahodanju nije rezultat normativnog poretka, već samo posledica negativnih okolnosti, da mu nikakve pravne norme ne zabranjuju upotrebu stvari. To dalje znači, da normativno posmatrano pravo svojine sadrži ovlašćenje isključenja, dok se za ovlašćenje raspolaganja stvarima upotrebljava teleološko tumačenje pravnih normi. Pravo svojine dodeljuje najšire ovlašćenje, da se ostalim subjektima u pravu zabrani delovanje na određenu stvar, odnosno apsolutno pravo isključenja, dok kod ostalih stvarnih prava ova zabrana se iscrpljuje u određenom pravnom limitiranom obimu uticaja na stvar.<sup>18</sup>

“Pravo svojine je jedna, od pravnog poretka podeljena, društvena kvalifikacija jednog lica u pogledu određenog dobra. Ovlašćenja prema stvari ne sačinjavaju nikako samu građu subjektivnog prava svojine. Ta ovlašćenja postoje nezavisno od svojine. Pravo svojine znači definitivnu potvrdu ovlašćenja prema stvari:

---

<sup>17</sup> R. Jelić, *Posebni oblici prava svojine*, 11 razlikuje tri oblika svojine ili komponente javne (državne svojine): 1) U javnopravnom smislu; 2) mešoviti pojam svojine; 3) građansko-pravna dimenzija.

<sup>18</sup> J. Aicher, *Das Eigentum als subjektives Recht*, Berlin 1975., 32 i 33.

ono štiti ovlašćenja i obavlja ih može se reći kao neki zaštitni oklop.”<sup>19</sup> Pravo svojine je pravni odnos i njegove karakteristike leže u samom odnosu. Odnos vlasnika prema stvari je posledica prava svojine: to je faktički odnos, to je laička realnost svojine. Za svojinu je najznačajnije da neko dobro pripada jednom licu kao njegovo, da može s njim raspolagati faktički ili pravno. O pravu svojine se mora prosuđivati na osnovu kvaliteta volje njenog titulara u odnosu na druge nosioce prava.<sup>20</sup> Međutim, u građanskopravnoj teoriji prevlađuju shvatanja koja suštinu subjektivnih stvarnih prava vide u neposrednoj pravnoj vlasti na stvari. Tako su još pandektisti svojinu shvatali kao punu vlast nad nekom telesnom stvari, kao potpuno potčinjavanje jedne stvari, potpuno pravno gospodarenje tom telesnom stvari,<sup>21</sup> odnosno kao pravna veza kakve telesne stvari sa licem.<sup>22</sup> Svojinsko pravo je opšta vlast na telesnoj stvari. Ono je postavljeno da daje svakojaku moć nad stvari koju dopušta priroda i pravo.<sup>23</sup> To je skup svih prava koja pripadaju jednom licu prema nekoj stvari.<sup>24</sup>

“U pravnom smislu, svojina je pravna, tj. zakonom priznata vlast raspolaganja ili gospodarenja izvesnom telesnom stvari. A u pojmu raspolaganja ili gospodarenja prisutna je karakteristika da je ono neograničeno i da su drugi iz toga isključeni. Kod svojine je bitno da subjekt raspolaže samom substancom stvari, da je može utrošiti, pa onda razume se i svim koristima ili plodovima raspolagati što se od te stvari mogu imati, može i drugom ustupiti, baš po tom svom pravu raspolaganja suštinom stvari.”<sup>25</sup> Svojina bi, dakle bila, pravo izvlačiti iz kakve stvari sve njene koristi, sem izričito izuzetih. Sva druga stvarna prava sastoje se u pravu iz izvesne stvari izvući jednu ili čitav niz koristi, ali individualno određenih. Bitna

<sup>19</sup> S. Živadinović, 76. U istraživanju izraza *plena in re potestas* ili shvatanja da je svojina potpuna vlast na stvari ističe se da se u rimskim tekstovima ovaj termin koristi za označavanje elastičnosti svojine, odnosno da se pokaže da sa prestankom službenosti plodouživanja vlasnik stvari stiče potpunu vlast. S druge strane, i definisanje svojine kao pravne vlasti ima isključivo komparativan karakter, jer se time, po ovom autoru, ukazivala razlika u odnosu na državinu kao faktičku vlast, 141 i 142, *doktorska teza* Pr. fakultet Beograd.

<sup>20</sup> R. Kovačević Kuštrimović, “Definisanje prava svojine”, *Pravni život* 10/86, 991, 992. U tom smislu M. Milošević smatra: da pravni karakter pripadanja ne ogleda se u odnosu vlasnika prema predmetu svojine, jer je on ostao neposredan i faktički, već u posredovanju njegove pristupačnosti drugim članovima društva, 24, *doktorska teza* Pr. fakultet Beograd.

<sup>21</sup> Puchta, *Pandekten*, Leipzig, 1856., 72.

<sup>22</sup> Brinz, *Pandekten*, I Band, Erlangen, 1884, 130.

<sup>23</sup> H. Dernburg, *Pandekte*, prevod, 1900, 483.

<sup>24</sup> L. Arnts, *Pandekte*, prevod 1980., 285. Pojam svojine se ovde izvodi iz pojma stvarnog prava.

<sup>25</sup> M. Jovanović, “Svojina, njen pravni i socijalno-politički značaj”, poseban otisak *Arhiva za pravne i društvene nauke* 1921., 147.

razlika između svojine i ostalih stvarnih prava baš i jeste u tome, što je kod svojine pravo služiti se stvarju pravilo, dok je kod ostalih stvarnih prava izuzetak. Titular ma kog drugog stvarnog prava ne može nikada pretendovati ni na šta drugo sem na koristi od stvari, koje specificuju njegovo pravo.<sup>26</sup> U našoj novijoj pravnoj literaturi, definisanje prava svojine je uglavnom deskriptivno. Pravni pojam svojine izvodi se iz nabrojanja zakonskih ovlašćenja, pa bi se pravo svojine svodilo na ovlašćenja korišćenja i slobodnog raspolaganja,<sup>27</sup> odnosno ovlašćenja držanja, korišćenja i raspolaganja.<sup>28</sup> Drugi, polaze od prisvajanja kao polazne osnove za ekonomski pojam svojine dok je za pravo svojine bitno postojanje pravnih ovlašćenja.<sup>29</sup>

### *Pozitivnopravni pojam prava svojine*

Pored istraživanja svojine u pravnoformalnom smislu, potrebno je osvrnuti se i na svojinu u pravnosadržinskom značenju. To podrazumeva analizu konkretnih pravnih normi u građanskim zakoncima. Pravo svojine zauzima značajno mesto u gotovo svim građanskim kodeksima.

Međutim, uporednom analizom zapažamo da je način regulisanja ovog pravnog instituta različit, tako da nema istovetnog regulisanja ni jednog pitanja kao što su: pojam, sadržina, predmet, sticanje ili ograničenja prava svojine. Razlike u regulisanju rezultat su različitih puteva društveno-istorijskog razvoja, stepena društveno-ekonomskog razvoja, kulturnog nasleđa i stanja društvene i pravne svesti. Ipak, zajedničko svim građanskim zakoncima je da se pravo svojine shvata kao apsolutno pravo, ili najšira neposredna pravna vlast na stvari ili pravna mogućnost uticaja na stvar i izvlačenja svih koristi.

U tom smislu, najeksplicitniji je Francuski građanski zakonik od 1804. god. koji predviđa da je "svojina pravo koje dopušta korišćenje stvari na neograničen način pod uslovom da se ona ne vrši za ciljeve protivno zakonu i uredbama."<sup>30</sup> Sličnu odredbu sadrži i Italijanski građanski zakonik od 1942. god. koji kaže: "da vlasnik ima pravo uživanja i raspolaganja stvarima na najapsolutniji način, u granicama obaveza predviđenih pravnim poretkom i u skladu sa njima."<sup>31</sup> Nešto drukčije, ali u istom pravcu i uz naglašavanje zabrana trećim licima ide i Austrijski građanski zakonik od 1811. god. po kome: "posmatrana kao pravo, svojina je

---

<sup>26</sup> Ž. Perić, *Stvarno pravo*, 1922., Beograd, 16.

<sup>27</sup> A. Gams, *Stvarno pravo*, Beograd, 1980, 38.

<sup>28</sup> O. Stanković, M. Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd 1986., 86; D. Stojanović, *Stvarno pravo*, Beograd 1976, 39.

<sup>29</sup> V. Spaić, *Građansko pravo*, Sarajevo 1971, 478.

<sup>30</sup> Čl. 544. FGZ.

<sup>31</sup> Čl. 832. IGZ.

ovlašćenje da se suštinom i koristima neke stvari po svojoj volji raspolaže i svaki drugi od toga isključi”<sup>32</sup> kao i Švajcarski građanski zakonik od 1907. god. koji daje sledeću definiciju: “ko je vlasnik jedne stvari može u granicama pravnog poretka njom raspolagati po svom nahođenju. On ima pravo da je zahteva od svakog ko je nezakonito drži i da otkloni svako bespravno uticanje na stvar.”<sup>33</sup> Takođe, i Grčki građanski zakonik od 1940. god. određuje pojam i sadržinu prava svojine tako što “vlasnik stvari može, pod uslovom da time ne dolazi u sukob sa zakonom i pravima trećih lica, da raspolaže stvarima po svojoj volji.”<sup>34</sup> Nemački građanski zakonik od 1896. god. propisao je da “vlasnik može ukoliko se tome ne protivi zakon ili prava trećih upotrebljavati stvar po svome nahođenju i iz upotrebe isključiti svakog trećeg.”<sup>35</sup>

Srbijanski građanski zakonik od 1844. god. proklamuje “da je svaki Srbin savršeni gospodar svojih dobara, tako da je on vlasan, ova po svojoj volji uživati, s njima po volji raspolagati i svakoga otuda isključiti naravno po propisu zakona.”<sup>36</sup> Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru od 1888. god. daje definiciju svojine kao “najprostranije vlasti koju zakon nad nekom stvarju priznaje”<sup>37</sup> da bi opseg i sadržinu prava svojine izrazio na sledeći način: “ko god ima vlastinu kakve stvari, bilo pokretne bilo nepokretne ima pravo: da je drži, da se njome služi i da je uživa, da od nje uzimlje sve plodove i dohotke, da brani da se njome niko preko njegove volje ne bi služio, iz njegove mu je držine uzeo, ili mu držinu na koji drugi način spriječio. Vlasnik može stvarju raspolagati po volji: na nju dati drugome kakvo stvarno ili dugovinsko pravo, ili je sasvim drugome ustupiti, može uraditi s njome što ga je god volja: sve to razumije se ukoliko time tuđa prava ne vredi ili naročiti zakon ne prestupa.”<sup>38</sup> Međutim, u delu VIII pomenutog zakonika koji obuhvata pravničke izreke, narodnim rečima data je jezgrovita definicija svojine: “kažeš li o kakvoj stvari moja je to je najviše što kazati možeš.”<sup>39</sup> Na području bivše Jugoslavije Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima izražava pravo svojine opi-

<sup>32</sup> Čl. 354. AGZ.

<sup>33</sup> Čl. 641. ŠGZ.

<sup>34</sup> Čl. 1000. GGZ.

<sup>35</sup> Čl. 903. NGZ.

<sup>36</sup> Čl. 211. al. 2. SGZ Ž. Perić, 14, 15. opravdano stavlja zamerke ovoj definiciji i to iz više razloga: 1) da je čl. 211. pobrkao stvari i prava; 2) da je dao jednu nepravničku definiciju svojine; 3) da je čl. 211. ograničio pravo svojine samo na Srbina. Uspelija definicija data je u čl. 216. po kojoj: “ko je gospodar od stvari kakve taj ima pravo upotrebljavati i uživati je, i svaku korist od nje vući; a i po svojoj volji neupotrebiti, ne uživati, sa svim ili od časti na drugoga preneti”.

<sup>37</sup> Član 831. OIZ.

<sup>38</sup> Član 91. OIZ.

<sup>39</sup> O. Stanković; M. Orlić, *Stvarno pravo* 92. izražena je misao da je ovo najuspelija definicija u čitavom uporednom pravu i da se slikovitošću i jezgrovitošću može meriti sa narodnim izrekama.

sno, nabranjem ovlašćenja “Vlasnik ima pravo da stvar drži, da se njome koristi i da njome raspolaže u granicama određenim zakonom.”<sup>40</sup>

Nije sporno je, da građanski zakonici 19 veka predstavljaju sublimaciju klasnih interesa buržoazije, koja je kao pobjednička klasa požurila da izrazi i učvrsti svoj položaj u društvu. U tom smislu, i građansko pravo kao nadgradnja nad proizvodnim odnosima koji poprimaju robni karakter nosi pečat klasne obojenosti. Marksistička teorija jasno je ukazala na klasnu suštinu prava, a time i građanskog prava. Politički i ekonomski zahtevi buržoazije našli su svoj izraz i u pravnim normama navedenih građanskih zakonika.

Međutim, bilo bi teorijski nepotpuno pojam i normativan sadržaj prava svojine objašnjavati isključivo kao težnju buržoazije, da učvrsti svoj klasni titulus ili kao instrumente za ostvarivanje profita. Ovaj funkcionalistički pristup u svojoj ekstremnoj varijanti negira građanskom pravu sopstveni entitet i pod formom uspostavljanja “društvene dimenzije prava” isključuje se pozitivan sadržaj prava svojine. Formalnopravne karakteristike prava svojine moguće je sagledati upotrebom pravnog metoda i objasniti ih pomoću drugih pravnih pojmova i kategorija. Otuda nam se čini preteranim shvatanje da postrevolucionarni zakonodavci definišući svojinu kao “pravo da se stvari koriste i da se njima raspolaže na najapsolutniji način” time manje izražavaju jedan civilistički koncept, a daleko više jedan društveno-politički program, u kojem je svojina trebalo da ima ulogu titulusa klasnog položaja.<sup>41</sup> Toj tvrdnji se protivi i činjenica, da pojam i struktura prava svojine onako kako su izraženi u buržoaskim građanskim zakonikima ne predstavljaju originalnu tvorevinu. Ovlašćenja *jus utendi, fruendi et abutendi* postojala su i pre kapitalizma, a i socijalistički građanski zakonici su gotovo na isti način regulisali klasično pravo svojine odnosno na sličan način izrazili subjektivna prava na stvarima u socijalističkoj svojini.

### *Sličnosti i razlike prava svojine i javne svojine*

Zajednički imenitelj za ova dva pravna instituta je da oni u svojoj suštini predstavljaju svojinske zajednice, varijante svojinskog prisvajanja. To znači, da se taj svojinski odnos ispoljava u najširoj neposrednoj pravnoj vlasti na stvari, ali i u mogućnosti da se treća lica isključe od moguće dostupnosti objekata svojine, što bi u pozitivnom smislu predstavljalo da samo sopstvenik može raspolagati stvarju. Ukupnost tih odnosa upućuje na onoga kome stvar pripada, ko je krajnji gospodar stvari. Međutim, svojinski odnos može se regulisati na različite načine shodno potrebama i interesima. Javna svojina je daleko složeniji svojinski oblik i to se ispoljava u različitim segmentima ove pojave.

---

<sup>40</sup> Čl. 3 st. 1. ZOSPO.

<sup>41</sup> M. Milošević, 87; slično i M. Vuković, 202.

Subjekti prava svojine su fizička i pravna lica dok su subjekti javne svojine država i javnopravni kolektiviteti kao što su: Republika Srbija, autonomna pokrajina, jedinice lokalne samouprave, javna preduzeća i zavisna društva. Ovi subjekti se razlikuju od drugih sopstvenika jer u obavljanju svojih prava i dužnosti vrše javnopravnu vlast (*imperium*). Kako se razlikuju funkcije tih subjekata kao i obim i struktura te vlasti tako mogu postojati različiti modaliteti javne svojine. Dvostruki karakter javne svojine može se uočiti i kod objekata jer njih čine stvari u građanskopravnom smislu, ali u većoj meri javna dobra koja po svojoj prirodi i nameni mogu biti različita. Drugačiji je svojinski režim dobara u opštoj upotrebi od režima prirodnih dobara ili režima sredstava naoružanja i sl.

Pravni sadržaj javne svojine sačinjavaju raznorodna ovlašćenja i obaveze. Najvećim delom to su javnopravna ovlašćenja i obaveze kojima se ostvaruju javni interes, cilj, delatnost. U ovom slučaju, javnopravni subjekti vrše svojinsku vlast putem javnopravnih (upravnih) akata. Npr. upotreba nekog javnog dobra – prirodnog dobra, sredstava naoružanja vrši se u javnom interesu javnopravnim sredstvima, a tako je i kada se radi o prenosu javnog dobra sa jednog subjekta na drugog. Ima slučajeva kada javnopravni subjekti svojinsku vlast vrše primenom klasičnih svojinskih ovlašćenja – *usus*, *fructus* i *abusus*. Tada je država u poziciji običnog subjekta građanskog prava. Država samostalno odlučuje kakav će položaj imati i koju vrstu ovlašćenja i obaveza rukovodeći se potrebama i interesima utvrđenim na jedan opšti način (zakonom ili drugim aktom). Država čak može u određenoj meri raspolagati javnim dobrima putem akata građanskog prava (pravni poslovi) ako je to neophodno za ostvarivanje komercijalnog, imovinskog interesa. Kako je ovaj mehanizam podesniji, da reguliše tu vrstu odnosa može se očekivati veća primena građanskog prava u ovoj oblasti odnosno neka vrsta “komercijalizacije javnih dobara”:

Pravo svojine i pravo javne svojine mogu da nastanu ili prestanu na iste načine koji se u građanskom pravu označavaju kao originarno i derivativno sticanje. Međutim, javna svojina može nastati ili prestati i putem javnopravnih (upravnih) akata i mera. Shodno tome, postoji građanskopravna zaštita ovih oblika svojine koja se ostvaruje putem petitornih i posesornih tužbi radi zaštite imovinskih vrednosti i interesa. Dok s druge strane, javnopravna zaštita ima za cilj zaštitu javnopravnih interesa, javne službe, delatnosti i sl. i ostvaruje se putem javnopravnih sredstava i mera u upravnom postupku ili upravnom sporu. Javna svojina ima još jedan dodatni vid zaštite koji se ispoljava u obavezi javnog pravobranioca da kontroliše poštovanje zakonskih odredbi u vezi sa sticanjem i prestankom javne svojine (pitanje cene, postupak).

Postojanje raznovrsnih mera i sredstava zaštite, prisustvo različitih subjekata zaštite može da navede na misao da je javna svojina u većoj meri zaštićena u odnosu na klasično pravo svojine. Ipak praksa pokazuje suprotno tj. da se svojini-

ski interes potpunije ostvaruje u okviru instituta prava svojine. Nije pomogla ni česta promena ili dopuna propisa koji regulišu sticanje i prestanak javne svojine. Suština problema je u tome što su država i drugi javnopravni kolektiviteti samo formalnopravni nosioci svojinskog titulsa, pa se svojinski interes ne ostvaruje na potpun i pravi način. Javnopravni subjekti su organizacioni oblici koji predstavljaju društvo, narod ili građane u celini, pa samim tim nema nekog konkretnijeg subjekta koji bi prepoznao svoj svojinski interes. Nasuprot tome, kod prava svojine bez obzira kako je organizovano čak i kod pravnih lica kao što su korporacije sa mnogo zaposlenih lica mogu se uočiti konkretniji subjekti, jedan ili više njih sa tačno određenim svojinskim interesima pa će upotreba, raspolaganje i zaštita biti potpuniji i efikasniji.

## DRUŠTVENA SVOJINA

### *Opšti pojam društvene svojine*

Društvena svojina u najopštijem smislu, predstavlja svojinu celog društva. Međutim, ovaj svojinski oblik terminološki i pojmovno vezuje se za kategoriju "društvo", a sa gledišta prava pravni subjektivitet mogu imati fizička i pravna lica. To bi značilo, da su stvari koje čine objekte društvene svojine podjednako dostupne svim subjektima datog društva, odnosno svi pripadnici neke društvene zajednice (fizička i pravna lica) mogu dobra u društvenoj svojini pod jednakim uslovima da upotrebljavaju i njima da raspolazu.<sup>42</sup> Ako je neka stvar u društvenoj svojini to znači, da posredstvom određenih normi podjednako pripada svim subjektima koji čine to društvo.<sup>43</sup>

U praksi, postoje dobra koja su podjednako dostupna pripadnicima određenih društvenih zajednica (država), ali i čitavom stanovništvu u planetarnom sistemu. Npr. vazduh koji udišemo svima je podjednako dostupan, a tako je i sa sunčanom energijom i nekim drugim prirodnim dobrima. Ova materijalna dobra nisu u režimu društvene svojine zato što ih ima u izobilju, pa su izvan sfere normativnog regulisanja, što znači i van bilo kojeg svojinskog režima. S druge strane, ako bi nastala nestašica vazduha ili sunčane energije ova dobra bi postala predmet normativnog regulisanja, a time i od značaja za svojinu. Suština svakog oblika svojine je da posredstvom određenih normi omogući prisvajanje dobara kojih ima u ograničenom obimu, pa tako, postaju značajna za pripadnike društva. Međutim, postoji jedan broj stvari koje su podjednako dostupne svima a nema ih u

---

<sup>42</sup> Moguć je i drugačiji pristup gde se kao glavni reprezent društva određuje država, ali u tom slučaju, bez obzira kako ta država bila demokratska i izražavala interese svoga naroda, radnika, građana, društvena svojina se identifikuje sa državnom svojinom.

<sup>43</sup> Pod pojmom "društvo" može se uzeti u obzir državna zajednica bez obzira da li se radi o saveznoj ili unitarnoj državi, kao i nedržavne tvorevine kao: pleme, rodovi i drugi oblici organizovanja.

izobilju i objekti su pravne regulative. Tu spadaju: parkovi, ulice, trgovi, vode, putevi, groblja i sl. Svaki subjekt može upotrebljavati ove stvari, ali je način prisvajanja propisan od strane države. Regulativa države nema za cilj da stvori odnos pripadništva stvari u korist određenih lica, već naprotiv, da omogući dostupnost dobara svima pod jednakim uslovima. Radi se o stvarima u opštoj upotrebi (*res sotmunes omnium*), koje poznaju sva društva, antička i savremena. Upotreba ovih stvari je do te mere socijalizovana pa pošto nema privatizacije, odnosno isključivanja drugih lica da čine određene aktivnosti, osim onih ograničenja koja su istovetna za sve, iz ovog ugla, može se govoriti o društvenoj svojini u pravom smislu. Ipak, ove stvari su u režimu državne javne svojine, jer se država javlja kao krajnji gospodar, koji ima određenu mogućnost raspolaganja ovim dobrima.

Društvenu svojinu čine materijalna dobra koja imaju vrednost za pripadnike društva kao što su: sredstva preduzeća, razne vrste zemljišta, stambene i poslovne zgrade i prostorije i sl. Društvena svojina bi značila jednak pristup različitih subjekata društvenim sredstvima odnosno društveni karakter prisvajanja što u krajnjoj instanci vodi ukidanju svojinskog režima i odnosa isključivosti koji ga prati. Da bi jedna stvar bila društvena u strogom značenju te reči, to podrazumeva da je svako od nas može upotrebljavati i sa njom raspolagati.

Međutim, pravni propisi su predviđali da ta stvar pripada određenom subjektu, i da je ono jedino ovlašćeno da raspoláže njome ili ako treće lice posegne za protivpravnim prisvajanjem te stvari, podigne tužbe analogno klasičnim svojinskim tužbama. Nedovoljnost određenih materijalnih dobara, kao i potrebe prakse uslovile su da se putem državne regulative takve stvari podvedu pod svojinski režim, stvaranjem odnosa isključivosti (pripadništva). U takvoj situaciji dolazi do nesklada pojma i termina "društvena svojina", koji treba da znači da svojini na određenim stvarima ima celo društvo, odnosno svi njegovi članovi i onoga što ovaj pojam u praksi predstavlja kao skup ovlašćenja, ali i obaveza društvenih subjekata prema stvarima koja čine društvena sredstva.<sup>44</sup>

Pojam društvene svojine u najopštijem smislu neprimenljiv je u praksi, jer je nemoguće obezbediti svim subjektima u društvu da budu imaoi ovlašćenja upotrebe, pribiranja plodova i raspolaganja materijalnim dobrima kojih nema u dovoljnim količinama, tako da se ne mogu zadovoljiti potrebe svih subjekata zajednice u istoj meri.

<sup>44</sup> Nemoguće je da svojina u isto vreme bude i svojina - pravo neograničenog raspolaganja i društvena, tj. da celo društvo ima svojinu, R. Lukić, "Oko društvene svojine", *Društvena svojina u Jugoslaviji*, Pravni fakultet, Beograd, 1986, str. 92. Društvenu svojinu ruši i pojava nezaposlenosti jer nezaposlen čovek nema nikakva prava u odnosu na društvena sredstva. R. Lukić, "O organizovanosti društvene svojine u smislu njenog naziva", *Teorijsko-metodološki problemi društvene svojine*, Pravni fakultet, Beograd 1984.



*Pravni (uži) pojam društvene svojine*

U pravnom smislu, društvena svojina je tip svojine koji po formalnopravnim obeležjima predstavlja ograničeno pravo svojine društvenih subjekata dok po unutrašnjim karakteristikama preko upravljačkih prava izražava podružljivi karakter prisvajanja i upravljanja, a time i nov položaj radnika u procesu rada, i drugim društvenim odnosima. U građanskom pravu, društvena svojina predstavlja najšire subjektivno stvarno pravo u imovini društvenih subjekata.

U tom smislu, društvena svojina predstavlja objektivnim pravom priznatu najširu neposrednu pravnu vlast na stvarima, koja se sastoji iz više različitih pravnih ovlašćenja za razliku od užih stvarnih prava (službenosti, založno pravo). Potrebno je naglasiti da je društvena svojina pravna vlast, da bi se ukazalo na razliku u odnosu na raspolaganje ili gospodarenje stvarima koja nisu pravno zasnovana, tj. gde postoji samo faktička vlast. Ne može da se kaže da je društvena svojina kao subjektivno pravo, potpuna, apsolutna ili neograničena vlast na stvari. Ovi izrazi ne koriste se više ni za klasično pravo svojine, a ako su u upotrebi, vrše se dodatna objašnjenja pomenutih termina. Shvatiti svojinu kao apsolutno ili neograničeno pravo u smislu, da se ne vodi računa o interesima društva ili pravima trećih lica, vodilo bi raspadu ili uništenju društvene zajednice.<sup>45</sup>

Subjekt prava društvene svojine ima najpotpuniju pravnu vlast na stvari, što bi značilo da se vlast prostire u svojoj ukupnosti na stvar. Za razliku od klasičnog prava svojine, pravna vlast koja proizilazi iz društvene svojine je ograničenog obima, to je pravna pretpostavka koja nastaje na osnovu zakona ili zakonskog ovlašćenja.<sup>46</sup>

Ipak, i pored mnogobrojnih ograničenja, subjektivno pravo društvenih subjekata, kao i pravo svojine apsolutnog je karaktera u strogo određenom smislu: 1) ono je apsolutno, jer deluje erga omnes (prema svima), ali to nije neka posebna pravna karakteristika ovog prava, jer postoji i kod drugih subjektivnih prava (stvarna, lična prava); 2) ono je apsolutno, jer je to sva pravna vlast koja se može imati na stvari, ali je zbog mogućih nesporazuma pogodnije reći da je to relativno najšira i najpotpunija pravna vlast na stvari u društvenoj svojini. Subjektivno pravo društvene svojine tj. osnovno stvarno pravo, koje pravni poredak priznaje društvenim subjektima nije uvek istog obima. U zavisnosti od značaja pojedinih stvari za društvo, varira širina i sadržaj ovlašćenja ovog prava. Kod manje značaj-

---

<sup>45</sup> Jering je davno iskazao da nema takve apsolutne svojine koja bi bila slobodna od svih obzira prema celini, prema ukupnom društvu, a istorija se postarala da narodima tu istinu utera u glavu; *Geist des Romischen Rechts*, I bn (cit nach 9 Aufl.) 1953, 7.

<sup>46</sup> Kod prava svojine važi pravilo, svojinska vlast je neograničena, to je pravna pretpostavka, jer svako ograničenje mora biti izričito predviđeno zakonom.

nih stvari broj ograničenja je manji, pa je i obim vlasti širi, dok kod stvari od šireg društvenog interesa (nekretnine), ta ograničenja su sve izraženija, pa se i mogućnost imaoca prava da utiče na stvar, sužava. Ipak, i tada, kada su ovlašćenja imaoca prava prilično ograničena, još uvek se radi o relativno najširoj pravnoj vlasti u odnosu na druga, uža stvarna prava (službenosgi, založno pravo) na istoj stvari.

Društvena svojina neće se ukinuti ukoliko imaocu prava prestanu pojedina ovlašćenja, na osnovu prava drugih lica (zakup, službenost) ili na osnovu opšteg pravnog propisa. Međutim, ukoliko nestanu pomenuta ograničenja, subjektivno pravo na stvari u društvenoj svojini uspostavlja se u obimu koji je postojao pre nastanka ograničenja. Ova karakteristika uočena je kod klasičnog prava svojine i naziva se "elastičnost svojine" ili "pravo povrata", ili "*jus recadentiae*."<sup>47</sup>

Izložena analiza potvrđuje polaznu tezu, da je društvena svojina u građanskom pravu jedan oblik ograničenog prava svojine, čiji su titulari društveni subjekti (društvena pravna lica), a objekti određena vrsta stvari.

Međutim, izraziti društvenu svojinu kao pravo svojine ili kao imovinsko-pravnu vlast na stvari ukazuje samo na jedan segment društvene svojine, doduše veoma važan, jer predstavlja pravnu nadgradnju robnonovčanih tokova. Potpuno sagledavanje društvene svojine kao pravne kategorije moguće je uključivanjem druge, "društvene" dimenzije, koja se pravno izražava preko samoupravnih prava ili prava neposrednih učesnika u procesu rada. Na ovaj način, ispoljava se autentičan smisao društvene svojine, po kome se ovakav svojinski oblik bitno razlikuje od klasičnog prava svojine, a to je društveni karakter upravljanja i prisvajanja zasnovanim na radu i radnom doprinosu.

Društvena svojina kao poseban oblik svojine sadrži kompleks upravljačkih prava koja su odvojena od svojinskih ovlašćenja (*usus, fructus, abusus*) i to uzrokuje višestruke karakteristike.

Prvo, imalac ovlašćenja upotrebe i raspolaganja je društveno pravno lice, a subjekti upravljačkih prava su radnici kao samostalni subjekti prava, koji čine personalni substrat pravnog lica.<sup>48</sup>

Drugo, titulari upravljačkih prava stiču i gube ta prava u procesu rada tj. zasnivanjem ili prestankom radnog odnosa, nezavisno od sudbine svojinskih ovlašćenja pravnog lica.

Treće, upravljačka prava radnika daju društvenoj svojini specifičan smisao, po kome se ona razlikuje od klasičnog prava svojine. Dok privatna svojina izražava i štiti pre svega privatni, pojedinačni interes, društvena svojina omogućava

<sup>47</sup> L. Arnts, *Pandekte*, prevod, Beograd 1890, 298; isto: H. Dernburg, *Pandekte*, prevod, 1890, 486.

<sup>48</sup> Društveno pravno lice je ono pravno lice čija su sredstva u društvenoj svojini za razliku od građansko pravnog lica čija su sredstva u režimu prava svojine.

ostvarivanje šireg interesa, odnosno preko novog načina upravljanja, socijalizuje se prisvajanje kao i raspodela dobiti.

Četvrto, društvena svojina, predstavlja složeniji oblik svojine jer podrazumeva pluralitet subjekata prava (radnici, pravno lice), zatim različite osnove prisvajanja (rad, svojina) kao i nivoe prisvajanja, prisvajaju radnici na osnovu rada i radnog doprinosa, ali i pravno lice na osnovu prava svojine. Peto, društveno pravno lice kao titular prava svojine u spoljnim odnosima zasniva građanskopravne odnose, dok u unutrašnjim odnosima, radnici kao subjekti samoupravnih prava mogu zasnivati odnose neimovinske prirode.

Svaki radnik individualno odlučuje o upotrebi i raspolaganju društvenim sredstvima, ali ti akti na nivou pravnog lica predstavljaju imovinskopravne akte te organizacije i čine sadržinu jednog osnovnog stvarnog prava. Samoupravna prava pored upravljanja preduzećem, obuhvataju organizaciju proizvodnje, odlučivanje o razmeni proizvoda i usluga, odlučivanje o upotrebi društvenih sredstava, raspoređivanje dobiti i drugo. Pošto se radi o pravima društvenopolitičkog karaktera, ukoliko se i odnose ia upotrebu i raspolaganje stvarima u društvenoj svojini tu se samo izražava nov proces odlučivanja. Neposredno prisvajanje (upotreba, raspolaganje) stvari ostvaruje se posredstvom imovinskih (stvarnih) prava pravnih lica. Zajednički interes izražen je preko osnovnog stvarnog prava pravnog lica, a samoupravna prava radnika javljaju se kao način vršenja pomenutog prava organizacije.

### *Sličnosti i razlike društvene svojine i javne svojine*

Problem javnopravnih elemenata u okviru društvene svojine ispoljava se na različite načine. Raniji pravni propisi predviđali su važne funkcije čiji su nosioci državni organi a one su se direktno ili indirektno odnosile na upravljanje ili prisvajanje društvenih sredstava. To su funkcije planiranja, regulisanja ekonomskih odnosa i privrednih tokova, okviri raspodele prihoda do oblika neposrednog prisvajanja dela dobiti preduzeća. Ta mnogobrojna ovlašćenja i funkcije države u odnosu na društvena sredstva navela je pojedine teoretičare da državu smatraju ekonomskim subjektom društvene svojine pri čemu se ne isključuje ni pravni subjektivitet države na stvarima u društvenoj svojini.<sup>49</sup> Zatim, bilo je shvatanja koja su isticala da subjekt društvene svojine može biti samo država jer je društvo kao kategorija apstrakcija i pravno se može izraziti jedino preko države.<sup>50</sup> Da zabuna bude veća navodi i činjenica da u jednoj fazi razvoja socijalizma najviši pravni

---

<sup>49</sup> I. Maksimović, *Teorija osnove društvene svojine*, Beograd 1975., 108 i 109.

<sup>50</sup> P. Rastovčan, "Prilog pitanju kodifikacije", *Arhiv za pravne i društvene nauke* 34/1954. 319; V. Jokanović, "Socijalistička svojina u FNRJ", *Arhiv za pravne i društvene nauke* 3/1952.

akti su klasičnu državnu svojину označavali kao poseban oblik društvene svojine. Konačno, najjači argument da je društvena svojina, oblik državne svojine je onaj kojim se ističe uloga države u postupku privatizacije društvenih preduzeća gde se država javlja kao krajnji sledbenik prava i obaveza po prestanku imovine društvenih subjekata.

Izloženi argumenti kojima se podupiru stavovi o izjednačavanju ovih svojinskih oblika podložni su kritičnom razmatranju. Prvo, ranije prisustvo države u upravljanju, korišćenju i raspolaganju društvenim sredstvima nije dovoljna činjenica da bi mogli da smatramo da je država subjekt društvene svojine. Isto tako, država reguliše i pravo svojine, pri čemu pojedina ovlašćenja mogu biti prilično ograničena (zemljište, kulturna dobra). Obim javnopravnih elemenata u takvim slučajevima nije ništa manji nego kada se radilo o stvarima u društvenoj svojini, pa još uvek govorimo o pravu svojine, a ne o nekoj "javnopravnoj svojini" čija je titular država. Postojanje mnogobrojnih javnopravnih obaveza mogu se odrediti kao ograničenja prava svojine ili osnovnog prava na stvarima u društvenoj svojini.

Drugo, teškoće u objašnjavanju pojma, prirode i subjekata društvene svojine, ne znače da ovu kategoriju treba izjednačiti sa državnom svojinom. Tadašnja pravna regulativa ukazuje da se radi o svojinskim oblicima koji se razlikuju po subjektima sadržini, zaštiti i sl. Isto tako, bilo bi nemoguće teorijski objasniti konstrukciju da je država subjekt "javnog" prava svojine na objektima društvene svojine, a privredne organizacije su subjekti jednog osnovnog stvarnog prava gotovo identičnog prava svojine na istim stvarima.

Treće, nastojanje da se iz ideološko-političkih razloga državna svojina u zakonodavstvu nazove posebnim oblikom društvene svojine ne znači da se radi o identičnim svojinskim oblicima. Analizom tadašnjih propisa uočavaju se suprotnosti koje se ispoljavaju u različitim pravcima.

Četvrto, naglašeno prisustvo države u postupku prestanka (privatizacije) društvene svojine, treba razlikovati od onoga šta je društvena svojina predstavlja tokom svog postojanja u pravnoj teoriji, zakonodavstvu, sudskoj i drugoj praksi. A to je da se radilo o specifičnom svojinskom obliku gde su svojinske funkcije bile podeljene između zaposlenih radnika i njihovih organizacionih oblika društveno-pravnih lica.

Društvena svojina izražava, utvrđuje i obezbeđuje interes koji označavamo kao "društveni", dok javna (državna) svojina omogućava ostvarivanje "javnog" interesa. To će uticati na različito pravno uobličavanje ovih svojinskih oblika. Subjekti društvene svojine su radnici i njihova pravna lica, dok kod javne svojine to su javnopravni subjekti – država i njeni kolektiviteti. Objekti društvene svojine su društvena sredstva, pokretne i nepokretne stvari a kod javne svojine to su

javna dobra. Pravna sadržina ovih svojinskih oblika je bitno različita – društvena svojina se sastoji od upravljačkih prava zaposlenih radnika i stvarnopravnih ovlašćenja pravnih lica, dok javna svojina se ispoljava preko javnopravnih ovlašćenja i obaveza. Na kraju, zaštita ovih svojinskih oblika može se vršiti tužbama građanskog prava kao što su posesorne i petitorne tužbe dok ono što je specifično u tim svojinskim zajednicama štiti se putem društvene zaštite odnosno javnopravnim sredstvima i merama.

Društvena i javna svojina u odnosu na privatnu svojinu predstavljaju složenije svojinske zajednice gde se stvarni sopstvenik teško utvrđuje. Kod privatne svojine i kada se javlja u vidu korporacijske, akcionarske svojine krajnji vlasnici su individualni deoničari, akcionari koji su nosioci svojinskih funkcija. Nasuprot tome, društvena i javna svojina imaju formalnopravne subjekte državu, zaposlene, društvena preduzeća ali ne postoji konretan, individualizovan titular koji objekte tih oblika svojine doživljava kao svoje, kao da mu stvarno pripadaju (*res mea est*). Zbog toga, privatna svojina u stvarnosti pokazuje se kao efikasniji, funkcionalniji i pravno zaštićeniji oblik svojine tako da u odnosima gde postoji konkurencija ovih tipova svojine, prednost treba dati institutu koji efikasnije funkcioniše u praksi.

## ZADRUŽNA SVOJINA

### *Pojam*

Zadružna svojina predstavlja jedan od oblika prava svojine koji ima određene karakteristike u odnosu na druge svojinske zajednice.<sup>51</sup> Posmatrano spolja, zadružna svojina formalnopravno predstavlja najširu neposrednu pravnu vlast sa ovlašćenjima upotrebe, pribiranja plodova i ovlašćenjem pravnog i faktičkog raspolaganja dok po unutrašnjim svojstvima ima dodirnih tačaka sa drugim institutima kao što su: zajednička, društvena i slični oblici svojine. Posebnost ovog oblika prava svojine nastaje kao rezultat potrebe da se ljudi udruže radi ostvarenja ekonomskih, socijalnih i kulturnih potreba i ispoljava se u različitim pravcima. To su pre svega subjekti – zadruge i zadružne organizacije kao posebna pravna lica. Takođe i pravna sadržina zadružne svojine podložna je ograničenjima, a način vršenja ovlašćenja zasniva se na principima dobrovoljnosti i solidarnosti, demokracije, ekonomskog učešća, jednakog prava upravljanja, i sl. Zadružna svoji-

---

<sup>51</sup> R. Đurović, “Zadruge i zadružna svojina”, *Pravni život* 11-12/1992., 1611, *Enciklopedija imovinskog prava i preva udruženog rada*, III tom “Zadružna svojina”, *Leksikon građanskog prava* “Zadružna svojina”.

na nastaje od udela zadrugara, članarine, radom i poslovanjem zadruge i na druge načine.<sup>52</sup>

### *Sličnosti i razlike javne i zadružne svojine*

Zadružna i državna svojina mogu imati dodirnih tačaka na nekoliko načina. Prvi je istorijskog karaktera i to u periodu nastanka socijalističke Jugoslavije, politički stav tadašnjeg rukovodstva bio je da zadruge treba da postanu čvrst oslonac radnog naroda i da se uključe u opšti državni privredni plan. Članovi seljačke radne zadruge bili su dužni da u zadrugu unesu svu svoju zemlju izuzev okućnice. Zemlja u zadružnoj svojini nije mogla više da pređe u privatnu svojinu ni po kom osnovu.<sup>53</sup> Otuda su pravni teoretičari koji su izučavali zadrugu i zadružnu svojinu ovog perioda lako dolazili do zaključka da je u pitanju oblik državne svojine.<sup>54</sup> Međutim, ovaj tip zadruge brzo je bio napušten donošenjem novih propisa.<sup>55</sup> Drugi momenat je osnivanje zadružnih preduzeća od strane javnopravnih tela u nekim zemljama. Ova preduzeća se razlikuju od ostalih zadružnih oblika po tome što rezultat privredne delatnosti ne pripada učesnicima tog pravnog lica, niti se aktivnosti sprovode u interesu učesnika privredne delatnosti, tj. nosioci preduzeća nisu korisnici njegovih glavnih delatnosti. Uprava takvog preduzeća formira se prinudnim putem, upravnim aktom i praćena je birokratskom strukturom.<sup>56</sup> U pravim zadrugama članovi dobrovoljno ulaze ili istupaju iz zadruge odnosno formiraju unutrašnje organe i obavljaju delatnost u svom interesu. Ovakva preduzeća su samo po formi ili vrsti delatnosti bliska zadružnim organizacijama. U suštini, to su pravna lica javnog prava kao što su javna preduzeća ili ustanove u čijem poslovanju je državna svojina dominantan svojinski oblik.

Konačno, važeći propisi Republike Srbije prenose javnopravna ovlašćenja na pojedine subjekte zadružne svojine kao što su zadružni savezi. To su samostalne, interesne i stručno-poslovne organizacije koje se osnivaju radi unapređivanja delatnosti zadruge i zaštite zajedničkih interesa. U tom cilju ovi subjekti donose opšta pravila kojima se uređuju primena zadružnih principa i druga pitanja od značaja za poslovanje zadruga, vrše revizorsku i nadzornu funkciju. Posebnost zadružne svojine nije umanjena poveravanjem vršenja navedenih javnopravnih

<sup>52</sup> Zakon o zadrugama SRJ, *Službeni list SRJ* 41/1996, 12/98, Zakon o zadrugama Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* 101/2005, 34/2006.

<sup>53</sup> Čl. 6, 7, 8, 62, 69. Zakona o zemljoradničkim zadrugama, *Službeni list FNRJ* 49/1949.

<sup>54</sup> N. Pašić, 74-75.

<sup>55</sup> Uredba o imovinskim odnosima i reorganizaciji seljačkih radnih zadruga, *Službeni list FNRJ* 14/1953.

<sup>56</sup> G. Marković, *Zadruge i njihov razvoj u Velikoj Britaniji, Nemačkoj, Švajcarskoj, Danskoj i Jugoslaviji*, Beograd 1937, 36.

ovlašćenja. Zadružna svojina je pravo svojine zadruga ili udruženih zadrugara koji su dobrovoljno uneli određene udele i po prestanku zadruga mogu ih povući. Ovaj oblik svojine stvaraju određene grupacije ljudi radi poboljšanja ekonomskog i socijalnog položaja. Altruistički, humani i demokratski principi bitno utiču na pravno uobličavanje ovog tipa svojine. To je "ciljna" ili "namenska" svojina i dok obavlja tu funkciju ima izvesna obeležja različita od drugih oblika svojine. Zadružna svojina razlikuje se od javne svojine u mnogim segmentima. Ono što ih razlikuje su: subjekti, imaoci ovlašćenja, pravna sadržina je bitno različita kao i pravna priroda većeg dela ovlašćenja, a samim tim pravna zaštita je daleko složenija i raznovrsnija u slučaju javne svojine.

RAJKO JELIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law,  
University of Belgrade

## PUBLIC PROPERTY AND RELATED FORMS

### Summary

Public property and the right of property represent property associations which express the most direct legal power on effects and the possibility for third parties to be excluded from possible availability of property objects. However, public property is a far more complex form of property, having as subjects the state and public collectives, which have public-legal authorisation on public goods and obligations for the fulfillment of public practice. Although social property and public property express general collective interests they represent different forms of property. Subjects of social property are workers and their legal subjects, that is, society on the whole, having managing rights on social assets, mobile and immobile effects, as well as real-legal authorisation for the appropriation of material goods, while public property contains public-legal authorisation and obligations which are executed through public legal acts. Co-operative property is the right of property of corporations or corporate unions which willingly enter specific shares that may be withdrawn upon closure. This form of property is created by specific groups of population to provide for a better economic and social status, so therefore, this collective property differs from public property by the subjects, the legal context as well as the means of legal protection.





VLADIMIR TODOROVIĆ  
SINIŠA RAJIĆ  
DANIJELA KOŽUL

## RESTITUCIJA I EKSPROPRIJACIJA

### U V O D

Otvaranjem procesa vraćanja oduzete imovine bivšim vlasnicima postavilo se pitanje da li treba restituisati i eksproprianu imovinu, odnosno da li eksproprijacija spada u isti korpus rekvizicijskih mera kao što su to konfiskacija i nacionalizacija i oduzimanje poseda kroz agrarnu reformu.<sup>1</sup> Posebno, pitanje je kakav je restitucijski tretman eksproprijacije u kontekstu tzv. opšte restitucije i konfesionalne restitucije, koje su uređene u dva posebna zakona. Ono što eksproprijaciju već na prvi pogled izdvaja od posleratnih mera deproprijetacije nepokretnosti jesu činjenice da je ona uvek bila zaseban pravni institut, da je uređena posebnim zakonom, da je obavezno predviđala isplatu naknade eksproprijatu, kao i da nije imala karakter imovinske odmazde i stepen ideološke kontaminacije kao što je slučaj kod konfiskacije, agrarne reforme i nacionalizacije. U svojinskopравnom ambijentu jugoslovenske socijalističke države, posle 1945. godine, eksproprijacija je bila mera državne prinude kojom je oduzimana privatna nepokretna imovina u “državnom”, “opštem” ili “javnom” interesu, za svrhe izgradnje objekata i infra-

---

Vladimir Todorović, Agencija za restituciju Republike Srbije, Beograd.

Mr Siniša Rajić, Agencija za restituciju Republike Srbije, Beograd.

Danijela Kožul, Agencija za restituciju Republike Srbije, Beograd.

<sup>1</sup> Termin “eksproprijacija” korišćen je i u nekim drugim propisima kojima je vršeno oduzimanje imovine, poput npr. Zakona o agrarnoj reformi i kolonizaciji, ali mi ćemo se za potrebe ovog rada ograničiti samo na eksproprianu imovinu shodno Osnovnom zakonu o eksproprijaciji i potonjim zakonima o eksproprijaciji.

strukture za opšte potrebe, kao što su: škole, bolnice, stambene zgrade, javni putevi, cevovodi, ali u nekim slučajevima i fabrike u društvenom vlasništvu. Institut eksproprijacije, kao mera oduzimanja privatne imovine u javnom interesu, uz adekvatno obeštećenje eksproprijata – vlasnika, je poznat u svim pravno organizovanim državama i u svim vremenima, jer je to uglavnom jedini način da se realizuju i izgrade važni objekti čiji značaj premašuje uski privatni interes vlasnika jedne zemljišne parcele. U socijalizmu, pak, nesiguran i ideološki obeležen privatni vlasnik bio je izložen raznim, mnogo grubljim, merama deproprijetacije: konfiskaciji, sekvestraciji, nacionalizaciji, pa je duh tih mera činio i da eksproprijacija u nekim vremenima poprimi nacionalizatorski oblik, da bude produžena nacionalizacija, jer se, praktično, s jedne strane, vrlo ekstenzivnim tumačenjem tzv. opšteg interesa, moglo eksproprijisati svašta i svakome, a s druge strane, eksproprijatu je isplaćivana u pojedinim periodima vrlo skromna, često simbolična, naknada, i mada zvana i “pravična”, bila je često ispod tržišne vrednosti eksproprijisane nepokretnosti.

U poređnopravno gledano, restitucija se odnosi, ne samo na nacionalizovanu, konfiskovanu i drugu bez volje vlasnika oduzetu imovinu, već i na imovinu koja je oduzeta primenom propisa o eksproprijaciji. Slovenački Zakon o denacionalizaciji (član 3.) predviđa da su korisnici prava na denacionalizaciju i lica kojima je imovina podržavljena primenom Osnovnog zakona o eksproprijaciji iz 1947. godine. Isto predviđa i hrvatski zakon u članu 2. stav 1. tačka 11. U Crnoj Gori pravo na restituciju eksproprijisane imovine priznaje se samo u odnosu na imovinu koja je eksproprijisana do 15. februara 1968. godine kao dana stupanja na snagu izmena i dopuna Zakona o eksproprijaciji. U makedonskom Zakonu o denacionalizaciji (član 1a) predviđena je mogućnost vraćanja i eksproprijisane imovine ako nisu ispunjeni uslovi za njeno vraćanje prema odredbama o eksproprijaciji.

U aktuelnom procesu restitucije u Srbiji eksproprijacija ima relativno ne-definisan tretman. Zakon o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama iz 2006. godine ne pominje eksproprijaciju, ali je i ne isključuje. Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju iz 2011. godine predviđa mogućnost obeštećenja eksproprijata za imovinu oduzetu na osnovu propisa o eksproprijaciji koji su se primenjivali do 15. februara 1968. godine, a u određenim slučajevima i do 14. juna 1973. godine. Ta neujednačenost i nedovoljna preciznost postojećih restitucijskih zakonskih rešenja, uz činjenicu da je eksproprijacija, za razliku od konfiskacije i nacionalizacije, i danas živi pravni institut, da pravo na eksproprijacionu naknadu ne zastareva, da zbog loše evidencije i nepotpune arhive može doći do dupliranja naknade po osnovu eksproprijacije i restitucije, da jedno isto lice može biti i eksproprijat i restituent, kao i otvorenih praktičnih pitanja da li je eksproprijaciona naknada, u određenom slučaju, utvrđena, isplaćena i primljena, da li je ta naknada “pravedna”, “pravična”, “tržišna” ili “prometna” i ko će i kako to utvrditi, te kako izvršiti njeno uračunavanje u restitucijsku kompenzaciju..., već daju dovoljno razloga za pravno suočavanje restitucije i eksproprijacije.

## EKSPROPRIJACIJA I DRUGE MERE ODUZIMANJA PRIVATNE SVOJINE

Eksproprijacija je oblik oduzimanja ili ograničenja privatne svojine na nepokretnostima iz razloga javnog interesa, uz materijalno obeštećenje dotadašnjeg vlasnika. To je pravni institut mešovitog karaktera, sa elementima građanskog i upravnog prava, gde ipak pretežu ovi drugi, posebno kad je reč o utvrđivanju javnog interesa i nadležnosti. Postupak eksproprijacije ima tri faze: a) donošenje odluke o utvrđivanje javnog interesa, b) donošenje rešenja o eksproprijaciji i c) utvrđivanje naknade za ekspropriisanu nepokretnost. Eksproprijacija se ne sprovodi, ako se oduzimanje nepokretnosti može izvršiti sporazumom države i vlasnika nepokretnosti, u kom slučaju se zaključuje građansko-pravni posao (ugovor o prodaji). U protivnom, aktivira se proces eksproprijacije u cilju prinudnog prenosa prava svojine ili drugog prava. Učesnici u postupku eksproprijacije su korisnik eksproprijacije (eksproprijant) i vlasnik nepokretnosti (eksproprijat), kao i država (eksproprijator) u vidu državnih organa koji utvrđuju javni interes i imaju određenu ulogu u postupku (vlada, opštine, nadležna ministarstva, katastar, građanski sudovi, poreska služba i dr).

Eksproprijacija može imati za predmet prenošenje pune svojine na nepokretnim dobrima (potpuna eksproprijacija). Ekspropriisano zemljište i objekti na njemu prelaze u društvenu, odnosno sada javnu svojinu, a korisnik eksproprijacije ima pravo da koristi ekspropriisane nepokretnosti i to za svrhu radi koje je eksproprijacija izvršena. Drugi oblik eksproprijacije je tzv. nepotpuna eksproprijacija koja se pojavljuje u dva vida: kao ustanovljenje službenosti (*servitus*) na nepokretnosti (pravo prelaza, prevoza, crpljenja vode, postavljanja vodovodnih cevi, postavljanje objekata za prenos i razvođenje električne energije i dr.), i kao zakup na zemljištu na određeno vreme. Nepotpunom eksproprijacijom ne dira se u pravo svojine eksproprijata, već samo korisnik eksproprijacije stiče pravo da se odnosnom nekretninom koristi za svrhu radi koje je eksproprijacija izvršena. Do faktičke eksproprijacije dolazi kada se na zemljištu grade zgrade, putevi, infrastrukturni ili drugi objekti od javnog i opšteg interesa, iako ne postoji odluka o eksproprijaciji. Vlasnik zemljišta koje je faktički, ali ne pravno ekspropriisano, ima pravo na naknadu jednako kao i drugi eksproprijati. Naime, nezavisno od modaliteta, svaka eksproprijacija je oduzimanje ili ograničenje prava svojine, što podrazumeva obavezu eksproprijanta da eksproprijatu isplati odgovarajuće obeštećenje srazmerno prestanku ili uskraćenosti njegovih svojinskih prava.

U svim zakonima o eksproprijaciji od 1945. godine do danas, predmet eksproprijacije mogle su da budu samo nekretnine u privatnom vlasništvu. Nekretnine koje su bile u društvenom vlasništvu nisu mogle biti predmet eksproprijacije, a kada je bilo potrebno radi izgradnje objekta ili izvođenja radova od opšteg interesa da se prenese pravo korišćenja zemljišta u društvenom vlasništvu, vršen je tzv. administrativni prenos prava korišćenja. Predmet eksproprijacije mogle su biti (i mogu) sve nepokretnosti u privatnoj svojini: poljoprivredno zemlji-

šte, građevinsko zemljište, šume i šumsko zemljište, kao i zgrade i drugi objekti svih oblika, vrsta i namena. U posleratnom periodu eksproprijisana je imovina ne samo fizičkih lica, već i nepokretna imovina svih drugih nedržavnih i nedruštvenih pravnih lica (tzv. građanskopravna lica), kao što su udruženja, fondacije, verske zajednice. Postojanje javnog interesa (opšteg interesa, javne koristi) je osnovni preduslov za eksproprijaciju. Nekretnina se može eksproprijisati tek pošto je na način određen propisima Zakona o eksproprijaciji odlukom nadležnog organa utvrđeno da postoji javni interes za izgradnju objekta odnosno za izvođenje drugih radova na toj nekretnini. Javni interes utvrđuje državni organ, a on po pravilu postoji kada se grade objekti u oblasti obrazovanja, zdravstva, socijalne zaštite, kulture, saobraćajne, energetske i komunalne infrastrukture, objekti za potrebe državnih organa i dr.

Naknada za eksproprijaciju treba da je takva da omogući restituisanje vrednosti svojinske pozicije pojedinca pogođene eksproprijacijom i utoliko se ona razlikuje od naknade štete po građanskom pravu, koja obuhvata kako stvarnu štetu tako i izgublenu dobit<sup>2</sup>. Naknada se određuje sporazumno kod nadležnog organa uprave, koji je dužan da posle pravnosnažnosti rešenja o eksproprijaciji bez odlaganja zakaže i održi usmenu raspravu za sporazumno određivanje naknade za eksproprijisanu nepokretnost. Ako se sporazum o naknadi ne postigne najkasnije u roku od dva meseca od dana pravnosnažnosti rešenja, isto se sa spisima dostavlja osnovnom sudu, na čijem području se nepokretnost nalazi, da on odmeri naknadu. Ukoliko nadležni organ ovako ne postupi, raniji vlasnik eksproprijisane nepokretnosti može inicirati pokretanje postupka (vanparničnog) za utvrđivanje naknade pred nadležnim sudom. Visina naknade nije uvek bila tržišna, što eksproprijaciju i dovodi u vezu sa restitucijom, o čemu će još biti reči. Pored naknade u gotovom novcu, postoji i naknada u obliku davanja u vlasništvo druge nekretnine.

Vlasnici zemljišnih parcela nad kojima je izvršena faktička eksproprijacija imaju pravo na naknadu koja bi inače bila isplaćena za navedeno zemljište prema važećem Zakonu o eksproprijaciji. U međuodnosu eksproprijacije i restitucije, vrlo je važno istaći da pravo na naknadu za eksproprijisanu nepokretnost ne zastareva, odnosno ne primenjuju se odredbe o zastarelosti iz Zakona o obligacionim odnosima. Ali, ako je naknada odlukom ili poravnanjem utvrđena, takvo potraživanje zastareva u opštem zastarnom roku od 10 godina.

U odnosu na druge mere oduzimanja prava svojine, eksproprijacija je prinudna mera oduzimanja, kao što su to i konfiskacija i nacionalizacija, ali se od njih značajno razlikuje. Uprošćeno rečeno, konfiskacija je kazneno-pravno oduzimanje imovine, nacionalizacija je političko-privredno oduzimanje, dok je eksproprijacija ekonomsko-socijalno oduzimanje imovine. Eksproprijacija se razlikuje od konfiskacije, jer je konfiskacija posledica krivičnog dela ili bar administrativ-

<sup>2</sup> Dr Dragoljub D. Stojanović: "Stvarno pravo", Beograd, 1987.

nih prekršaja, dok se eksproprijacija vrši u javnom/opštem interesu. Konfiskacija je sporedna ili glavna kazna i stoga je bez naknade, dok je eksproprijacija uvek sa naknadom. Konfiskacijom se uništava svojinska pozicija konfiskata, dok je eksproprijacija određena objektivnim ciljem i njom se stvara jedna nova svojinska pozicija, u opštem interesu<sup>3</sup>. Kada govorimo o razlikama eksproprijacije i nacionalizacije treba istaći da se nacionalizacija odnosi na čitavu jednu granu privrede, a eksproprijacija na pojedine nepokretnosti, čak i onda ako se ekspropriše čitav jedan kompleks zemljišta. Dakle, nacionalizacija se uvek odnosi na svu imovinu ili na određeni deo imovine jednog lica, dok se eksproprijacija odnosi na konkretnu stvar.<sup>4</sup> Učinak potpune eksproprijacije bitno je različit i u odnosu prema učinku nacionalizacije građevinskog zemljišta. Naime, nacionalizacijom građevinskog zemljišta, zgrada koja može biti u vlasništvu građana ne sledi pravnu sudbinu nacionalizovanog zemljišta. Ona ostaje u njegovom vlasništvu, sa pravom besplatnog korišćenja zemljišta koje pokriva zgradu i zemljišta koje služi za redovnu upotrebu zgrade, sve dok na tom zemljištu postoji zgrada.

#### RESTITUCIJSKA PRAVA EKSPROPRIJATA

Iako i neki drugi ranije doneti restitucijski zakoni<sup>5</sup> imaju dodirnih tačaka sa eksproprijacijom, odnosno utvrđivanjem naknade na način kako je to propisano u Zakonu o eksproprijaciji, mi ćemo se u ovom radu fokusirati na restitucijska prava eksproprijata u danas dva "aktuelna" zakona: Zakonu o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama<sup>6</sup> i Zakonu o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju<sup>7</sup>, koji po tom pitanju nemaju ista rešenja.

#### *Restitucijska prava eksproprijata na osnovu Zakona o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama*

Zakonom o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama propisano je u članu 1. da se istim uređuju uslovi, način i postupak vraćanja imovine koja je na teritoriji Republike Srbije oduzeta od crkava i verskih zajednica... primenom propisa o agrarnoj reformi, nacionalizaciji, sekvestraciji i drugih propisa koji su doneseni i primenjivani u periodu od 1945. godine, kao i svim drugim aktima kojima je vršeno oduzimanje te imovine, bez tržišne naknade. Pod

---

<sup>3</sup> Op. cit.

<sup>4</sup> Dr Andrija Gams: Osnovi stvarnog prava, Beograd, 1971.

<sup>5</sup> videti član 6. stav 8. i član 9. stav 3. Zakona o načinu i uslovima priznavanja prava i vraćanju zemljišta koje je prešlo u društvenu svojinu po osnovu poljoprivrednog zemljišnog fonda i konfiskacijom zbog neizvršenih obaveza iz obaveznog otkupa poljoprivrednih proizvoda - "Službeni glasnik RS", br. 18/1991, 20/1992 i 42/1998.

<sup>6</sup> "Službeni glasnik RS", br. 46/2006.

<sup>7</sup> "Službeni glasnik RS", br. 72/2011 i 108/2013.

“drugim propisima”, pored onih o agrarnoj reformi i nacionalizaciji koji su u členu 1. Zakona navedeni, mogu se smatrati i propisi koji su regulisali eksproprijaciju. Da bi određeno lice, pa i eksproprijat, imalo pravo na restituciju po ovom zakonu neophodno je da je imovina oduzeta bez tržišne naknade. Oduzimanje bez naknade ili uz naknadu koja je bila niža od tržišne je *conditio sine qua non* prava na restituciju crkava i verskih zajednica. S tačke gledišta eksproprijata, u ovom slučaju crkve i verske zajednice, moguće je nekoliko situacija.

1. *Ako je naknada utvrđena i isplaćena.* – U slučaju kad je naknada utvrđena i isplaćena, treba voditi računa o tome kada je naknada utvrđena, jer od toga zavisi i da li je bila tržišna ili ne, te sledstveno tome da li crkva ili verska zajednica kao eksproprijat ima pravo na vraćanje imovine ili pravo na naknadu za oduzetu imovinu (u vidu druge odgovarajuće imovine ili u novcu).

*Osnovnim zakonom o eksproprijaciji*<sup>8</sup> iz 1947. godine bila je u členu 11. propisana naknada u visini prosečne prometne vrednosti koju imovina ima na dan procene. Naknadu je bio u obavezi da plati eksproprijant, a to su pored države mogle biti i zadruge, zadružne i druge organizacije (član 5). Kad je imovina eksproprijisana u korist države naknada je određivana u novcu, obveznicama i davanjem u svojinu druge nepokretnosti. Obveznice nisu zaživele u praksi, a ni bliže regulisane, pa je članom 113. Zakona o eksproprijaciji iz 1957. godine propisano da ako je naknada određena u obveznicama, da će se iznos te naknade isplatiti u gotovom novcu. Dakle, pretpostavka je, doduše oboriva, da je naknada isplaćena ekproprijatima u periodu važenja tog zakona bila tržišna, pa eksproprijat ne bi mogao da ostvari pravo na vraćanje eksproprijisane imovine ili na naknadu za istu shodno Zakonu o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama.

*Zakonom o eksproprijaciji*<sup>9</sup> iz 1957. godine bilo je propisano da se naknada određuje u novcu, a eksproprijant je mogao predložiti da ista bude u ustupanju prava na drugoj nepokretnosti. Tako je za npr. poljoprivredno zemljište naknada bila propisana u iznosu od petostrukog do desetostrukog jednogodišnjeg katarstarskog prihoda sa tog zemljišta, što samo po sebi ne znači da ta naknada nije mogla biti i tržišna<sup>10</sup>, utoliko pre jer je novelom tog zakona iz 1962. godine bilo propisano da se naknada određuje najviše do iznosa tržišne cene takvog zemljišta. Stoga bi u postupku restitucije pred Agencijom za restituciju u svakom slučaju ponaosob trebalo utvrditi da li je isplaćena naknada bila tržišna, te ako nije, ekproprijat, kao podnosilac zahteva za restituciju, bi imao pravo na vraćanje eksproprijisane nepokretnosti, a ako vraćanje *in natura* nije moguće, pravo na naknadu, s tim da bi se u ovom slučaju isplaćena naknada za eksproprijisanu nepokretnost uračunavala u obračun naknade po členu 19. stav 1. Zakona o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama. Smatra se da je naknada za

<sup>8</sup> “Sužbeni list FNRJ”, br. 28/1947.

<sup>9</sup> “Službeni list FNRJ”, br. 12/1957.

<sup>10</sup> član 35. stav 1.

eksproprišanu nepokretnost isplaćena ukoliko je eksproprijant bio uknjižen u zemljišnim knjigama nakon eksproprijacije.<sup>11</sup> Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o eksproprijaciji<sup>12</sup>, koji je stupio na snagu 15. februara 1968. godine, uvođi se termin “pravična naknada” (član 1), a kao jedan od kriterijuma za određivanje ekspropriacione naknade ograničeno se pominje i tržišna cena nepokretnosti (član 12), što znači da se pravična naknada ne može apriori poistovetiti sa tržišnom cenom, već to treba utvrditi u svakom pojedinom slučaju.

U republičkim zakonima, *Zakonu o eksproprijaciji*<sup>13</sup> iz 1973. godine, i *Zakonu o eksproprijaciji*<sup>14</sup> iz 1984. godine, takođe se pominje termin “pravična naknada”. Kod poljoprivrednog zemljišta naknada se izričito vezuje za tržišnu cenu, dok se naknada za građevinsko zemljište određivala prema utvrđenom procentu u odnosu na prosečnu vrednost stambenog prostora u društvenoj izgradnji, a za građevinske objekate prema građevinskoj vrednosti objekata, i mogla je biti manja ili veća od tržišne vrednosti. Zakonom o eksproprijaciji iz 1984. godine bila je propisana obaveza (član 71. stav 1.) eksproprijanta da isplati naknadu eksproprijatu u roku od 15 dana od dana prijema pravosnažne odluke o određivanju naknade, dok je stavom 4. propisano pravo eksproprijata i na kamatu za period od dana stupanja u posed eksproprijanta, ali ne pre 15. februara 1968. godine. Eksproprijant je mogao da se uknjiži kao vlasnik samo ako je dostavio dokaz da je naknada isplaćena.

Prema tome, u periodu važenja ta dva zakona (1973–1990), treba poći od pretpostavke da je naknada za ekproprišanu poljoprivredno zemljište bila u visini tržišne cene, kao i da je naknada isplaćena ako je eksproprijant bio uknjižen na eksproprišanu nepokretnosti. Za ostale vrste nepokretnosti pretpostavka isplate tržišne cene ne važi, već se mora utvrđivati u svakom konkretnom slučaju.<sup>15</sup>

U Ustavu Republike Srbije iz 1990. godine bilo je u članu 63. proklamovano da eksproprijat ima pravo na pravičnu naknadu za eksproprišanu nepokretnost, koja ne može biti niža od tržišne cene te nepokretnosti. Kao posledica toga, iste

---

<sup>11</sup> Prema članu 66. stav 1. Zakona o eksproprijaciji, eksproprijant nije mogao da se uknjiži kao vlasnik ukoliko prethodno nije platio naknadu eksproprijatu. U pravnoj teoriji ima i suprotnih gledišta – videti: Đuro Pavić, Jadranko Crnić, Franjo Duić: “Prava na nekretninama”, II knjiga, Zagreb, 1969. godine.

<sup>12</sup> “Službeni list SFRJ”, br. 5/1968 i 7/1968 - ispravka.

<sup>13</sup> prečišćen tekst objavljen u “Službenom glasniku SRS”, br. 47/1977, sa isprawkama i izmenama i dopunama u br. 6/1978 i 27/1978.

<sup>14</sup> “Službeni glasnik SRS”, br. 40/1984.

<sup>15</sup> Imajući u vidu da je gradsko građevinsko zemljište nacionalizovano ex lege još 1958. godine stupanjem na snagu Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta, kao i izgrađeno građevinsko zemljište izvan užih građevinskih reona, ako je nacionalizovan objekat na istom, to je eksproprijacija građevinskog zemljišta bila manjeg obima od eksproprijacije poljoprivrednog zemljišta.

godine, Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o ekproprijaciji<sup>16</sup> propisana je tržišna cena za sve eksproprisanu nepokretnosti, osim za gradsko građevinsko zemljište gde se naknada vezuje za prosečnu lokalnu tržišnu cenu tog zemljišta što opet ne mora da znači da isplaćena naknada nije bila tržišna, već to treba utvrditi u svakom pojedinom predmetu, dok za ostale nepokretnosti važi oboriva pretpostavka da je isplaćena naknada bila u visini tržišne cene nepokretnosti, pa sledstveno tome ekproprijat ne bi imao pravo na vraćanje imovine ili na naknadu za istu. Važećim Zakonom o ekproprijaciji<sup>17</sup> iz 1995. godine je u članu 1. propisano da naknada za eksproprisanu nepokretnost ne može biti niža od tržišne, što znači da ekproprijati kojima je naknada utvrđena prema ovom zakonu ne bi imali pravo na vraćanje imovine ili na naknadu, ako se ista ne može vratiti *in natura* shodno Zakonu o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama.

2. *Ako naknada nije utvrđena.* – Ukoliko je imovina eksproprisanu, a naknada nikad nije utvrđena, što neće biti tako čest slučaj<sup>18</sup>, ekproprijat ima pravo da mu se naknada utvrdi prema odredbama važećeg Zakona o ekproprijaciji, jer je u članu 72. stav 2. istog propisano da će se postupak određivanja naknade za eksproprisanu nepokretnost, u kome do dana stupanja na snagu ovog zakona nije zaključen sporazum o naknadi, odnosno nije doneta pravosnažna sudska odluka, okončati po odredbama ovog zakona. To dalje znači da će naknada biti utvrđena prema tržišnoj ceni eksproprisanu nepokretnosti. Vrhovni sud Srbije u svom rešenju Gzz 101/96 od 2. oktobra 1996. godine konstatuje da “postupak za određivanje naknade za eksproprisanu nepokretnost sud pokreće i vodi po službenoj dužnosti, a ne po predlogu ranijeg sopstvenika eksproprisanu nepokretnosti. Raniji sopstvenik eksproprisanu nepokretnosti ne čini nikakav propust nepodnošenjem zahteva za određivanje pravične naknade, već se radi o propustu organa koji ovaj postupak vodi po službenoj dužnosti, tako da pravo na naknadu za eksproprisanu nepokretnost ne zastareva, već može zastariti samo potraživanje koje je utvrđeno na osnovu tog prava”. U ovakvim situacijama, kad naknada nije utvrđena, trebalo bi prekinuti postupak pred Agencijom za restituciju i uputiti podnosioca zahteva (eksprijajata) da pred mesno nadležnim osnovnim sudom inicira pokretanje postupka za određivanje naknade za eksproprisanu nepokretnost. Po okončanju postupka utvrđivanja naknade zahtev treba odbiti kao neosnovan, jer će ekproprijat dobiti tržišnu naknadu za eksproprisanu nepokretnost. U suprotnom, ekproprijat bi mogao da paralelno ostvari pravo pred sudom i Agencijom za restituciju i tako dva puta dobije naknadu za eksproprisanu nepokretnost. Ovakav stav ne odstupa od stava Upravnog suda koji u svojim presudama 9U. 3151/13

<sup>16</sup> “Službeni glasnik RS”, br. 6/1990.

<sup>17</sup> “Službeni glasnik RS”, br. 53/1995 i 20/2009.

<sup>18</sup> Još je članom 26. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o ekproprijaciji iz 1968. god. (“Službeni list SFRJ”, br. 5/1968 i 7/1968 - ispravka) bilo propisano da će se postupak za određivanje naknade za eksproprisanu nepokretnost sprovesti i naknada odrediti po ovom zakonu ako na dan stupanja na snagu istog (15. februara 1968. god.) ne postoji pravosnažno rešenje o naknadi.



od 27. maja 2013. godine i 8U. 3147/13 od 12. septembra 2013. godine konstatuje da je Agencija za restituciju “nadležna da odlučuje o svakom zahtevu crkve ili verske zajednice podnetom za vraćanje imovine ili obeštećenje na osnovu Zakona o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama”, pa i u slučaju kad se potražuje imovina koja je ekspropisana od crkve ili verske zajednice, ali time ne ograničava Agenciju za restituciju da postupak u ovakvim slučajevima prekine do okončanja postupka određivanja naknade za ekspropisiranu nepokretnost. Kod rešenja donetih na osnovu Osnovnog zakona o eksproprijaciji naknada je bila određivana u samom rešenju kojim je imovina ekspropisana<sup>19</sup>, pa se ovakvi slučajevi neće odnositi na imovinu ekspropisiranu na osnovu tog zakona.

3. *Ako je naknada utvrđena, ali nije isplaćena.* – Ako je naknada utvrđena, a iz nekog razloga nije isplaćena, mala je verovatnoća da bi eksproprijatu naknada bila isplaćena imajući u vidu mogućnost isticanja prigovora zastarelosti potraživanja<sup>20</sup>, budući da je naknada utvrđena pre više od 10 godina. Naravno, treba nesumnjivo utvrditi da eksproprijatu naknada nije isplaćena. Ako je eksproprijatu utvrđena naknada, a nije isplaćena, trebalo bi u postupku utvrditi da li je eksproprijat iskoristio svoja Ustavom i zakonima garantovana prava, a pre svega pravo da pred sudom zahteva ispunjenje obaveze od strane eksproprijanta, jer su rešenje o naknadi kao i sporazum o naknadi imali i imaju snagu izvršne isprave<sup>21</sup>. Pored toga, ponekad su sami eksproprijati odbijali da prime naknadu za ekspropisiranu nepokretnost. Kako *ignorantia legis non excusat*, to bi i ovakve situacije trebalo poistovetiti sa situacijama kad je naknada utvrđena i isplaćena, pa zavisno od vremena kad je ista utvrđena zavisi i pravo eksproprijata na vraćanje imovine ili na naknadu za ekspropisiranu imovinu shodno Zakonu o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama. Ako utvrđena naknada nije bila tržišna i ako imovina ne može da se vrati *in natura*, shodno članu 19. stav 1. Zakona o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama naknada utvrđena eksproprijatu po zakonima o eksproprijaciji se uračunava u obračun naknade po navedenom restitucijskom zakonu.

4. *Ako se radi o tzv. faktičkoj eksproprijaciji.* – Ako je imovina faktički oduzeta od imaoa prava svojine bez sprovedenog postupka eksproprijacije, odnosno odluke nadležnog organa<sup>22</sup>, tako što je npr. na zemljištu u njegovoj svojini napravljena ulica, dotadašnji imalac prava svojine se upodobljuje sa eksproprijatom i ima pravo na naknadu za faktički ekspropisiranu nepokretnost. Tako ako je npr. nepokretnost faktički ekspropisana 50-ih godina XX veka dotadašnji “sopstvenik nepokretnosti ima pravo na naknadu za ekspropisiranu (oduzetu) nepokret-

---

<sup>19</sup> Shodno članu 29. nisu donošena dva akta: jedan o eksproprijaciji i drugi o naknadi.

<sup>20</sup> Videti član 379. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>21</sup> Još je Zakonom o eksproprijaciji iz 1957. godine u članu 61. stav 2. bilo propisano da rešenje o naknadi ima snagu izvršnog naslova.

<sup>22</sup> Organa jedinice lokalne samouprave nadležnog za imovinsko-pravne poslove.

nost koja je oduzeta iz njegove državine bez sprovedenog postupka eksproprijacije ili nacionalizacije, pri čemu pravo na naknadu ne zastareva.”<sup>23</sup> Apelacioni sud u Beogradu u svojoj presudi Gž 14159/10 od 11. aprila 2011. godine navodi da “do faktičke eksproprijacije dolazi usled propusta opštine koja dozvoljava izgradnju objekata od javnog interesa na zemljištu koje nije formalno eksproporisano. Takva praksa dovodi do ugrožavanja i povrede subjektivnih građanskih prava fizičkih i pravnih lica na zemljištu i drugim nepokretnostima. Kroz institut faktičke eksproprijacije štite se vlasnici ili korisnici zemljišta u odnosu na opštinu i druge državne organe koji sami ili preko trećih lica (krajnjih korisnika) organizuju izgradnju javnih i drugih dobara na zemljištu koje nije formalno eksproporisano.” Kako lica kojima je imovina faktički eksproporisana imaju pravo na naknadu za eksproporisanu nepokretnost<sup>24</sup>, koja nije utvrđena, te kako to pravo ne zastareva, trebalo bi postupak restitucije pred Agencijom za restituciju prekinuti i uputiti crkvu ili versku zajednicu da iniciraju pokretanje postupka za utvrđivanje naknade za faktički eksproporisanu nepokretnost pred mesno nadležnim osnovnim sudom, te nakon pravnosnažnosti sudske odluke odbiti zahtev za vraćanje imovine ili naknadu za oduzetu imovinu u postupku restitucije. U suprotnom, eksproprijat bi mogao da paralelno ostvari pravo pred sudom i Agencijom za restituciju i tako dva puta dobije tržišnu novčanu naknadu za faktički eksproporisanu nepokretnost.

5. *Deeksproprijacija i restitucija.* – Mogućnost deeksproprijacije bila je propisana još Zakonom o eksproprijaciji iz 1957. godine i od tada je prisutna u svim dosadašnjim zakonima, bilo da su rokovi za podnošenje zahteva računati od dana pravnosnažnosti rešenja o eksproprijaciji ili od dana pravnosnažnosti odluke o naknadi, odnosno od dana zaključenja sporazuma o naknadi. Tako je članom 34. stav 3. Zakona o eksproprijaciji iz 1957. godine bilo propisano da se može poništiti pravnosnažno rešenje o eksproprijaciji ako eksproprijant u roku od dve godine od dana pravnosnažnosti istog nije izvršio, prema prirodi objekta, znatnije radove na objektu radi čije izgradnje je izvršena eksproprijacija, dok je stavom 4. istog člana bilo propisano da eksproprijat zahtev za deeksproprijaciju može podneti i po isteku roka od dve godine, sve dok eksproprijant ne izvrši znatnije radove. Dakle, mogla bi da se desi situacija da je eksproprijat npr. krajem 50-ih ili 60-ih godina XX veka podneo zahtev za deeksproprijaciju, da mu je vraćeno pravo svojine na prethodno eksproporisanoj nepokretnosti (npr. poljoprivrednom zemljištu) i da je tada ponovo kao imalac prava svojine na tom zemljištu preneo na osnovu pravnog posla pravo svojine na drugo lice, a da nekoliko decenija kasnije podnese zahtev za restituciju shodno Zakonu o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama ili Zakonu o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju. Stoga je u situacijama kad se radi o zahtevima kojima se traži vraćanje ek-

<sup>23</sup> videti presudu Vrhovnog suda Srbije Rev 831/05 od 21. decembra 2006. godine.

<sup>24</sup> I Apelacioni sud u Novom Sadu u svojoj presudi Gž 1926/12 od 21. maja 2012. godine navodi da “vlasnik faktički eksproporisano zemljišta ima pravo na naknadu za eksproporisanu nepokretnost, bez obzira što formalno rešenje o eksproprijaciji nije doneto.”

sproprisane imovine neophodno ispitati da li je eventualno rešenje o eksproprijaciji kasnije poništeno i eksproprijatu vraćeno pravo svojine ili ne. Overeni prepisi zemljišno-knjižnih uložaka u kojima je eksproprišana imovina bila upisana, kao i akti kojima raspolažu organi jedinica lokalne samouprave nadležni za imovinsko-pravne poslove i istorijski arhivi u ovom slučaju predstavljaju nezaobilazne dokaze koji se u postupku restitucije moraju pribaviti i ceniti prilikom odlučivanja o zahtevu.

*Restitucijska prava eksproprijata na osnovu  
Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju*

Za razliku od Zakona o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama, Zakonom o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju je pravo na vraćanje imovine ili obeštećenje propisano samo za imovinu koja je oduzeta na osnovu propisa koji su taksativno navedeni u članu 2. ovog zakona, gde se pominje i Osnovni zakon o eksproprijaciji. Članom 6. stav 2. Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju propisano je da bivši vlasnik ima pravo na vraćanje imovine, odnosno obeštećenje, u skladu sa ovim zakonom za imovinu oduzetu na osnovu propisa o eksproprijaciji koji su se primenjivali do 15. februara 1968. godine, ako bivšem vlasniku na ime naknade za eksproprišanu imovinu nije ustupljena druga nepokretnost u svojinu, stanarsko pravo ili drugi oblik najšire pravne vlasti. Stavom 3. istog člana propisano je da bivši vlasnik nema pravo na vraćanje imovine, odnosno obeštećenje, u skladu sa ovim zakonom za imovinu oduzetu na osnovu propisa o eksproprijaciji koji su se primenjivali posle 15. februara 1968. godine, za koju je određena naknada u novcu ili drugim stvarima ili pravima. Dakle, ovaj restitucijski zakon pravi razliku između eksproprijacije izvršene do 15. februara 1968. godine i eksproprijacije izvršene nakon 15. februara 1968. godine, kao dana stupanja na snagu Zakona o izmenama i dopunama Zakona o eksproprijaciji<sup>25</sup>, kojim je uvedena "pravična naknada". Bez obzira da li je eksproprijatu naknada isplaćena ili ne i bez obzira da li je ona eventualno bila tržišna<sup>26</sup>, eksproprijat ima pravo na osnovu ovog restitucijskog zakona na vraćanje imovine *in natura* ili na obeštećenje u novcu, osim ukoliko mu kao naknada nije ustupljena druga nepokretnost u svojinu, stanarsko pravo ili drugi oblik najšire pravne vlasti. Taj drugi oblik najšire pravne vlasti može biti pravo korišćenja na nepokretnosti (pre svega na gradskom građevinskom zemljištu). Dakle, Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju omogućava eksproprijatu da dva puta ostvari pravo na novčanu naknadu, jednom u postupku određivanja naknade po propisima o eksproprijaciji i jednom u postupku restitucije ili pravo na novčanu naknadu u postupku određivanja naknade za eksproprišanu nepokretnost i pravo na vraćanje

---

<sup>25</sup> "Službeni list SFRJ", br. 5/1968 i 7/1968 - ispravka.

<sup>26</sup> Podsećamo, Osnovnim zakonom o eksproprijaciji iz 1947. godine bila je propisana naknada u visini prosečne prometne vrednosti koju imovina ima na dan procene (član 11).

imovine *in natura* u postupku restitucije (ako postoje i drugi zakonski uslovi za naturalno vraćanje imovine), jer je u članu 14. stav 1. Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, za razliku od Zakona o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama, propisano da se naknada koja je na osnovu propisa iz člana 2. ovog zakona isplaćena bivšem vlasniku (i eksproprijatu) u novcu ili hartijama od vrednosti ne uzima u obzir pri utvrđivanju prava na vraćanje imovine i obeštećenje.

Nasuprot tome, eksproprijat koji je kao naknadu za eksproprisani stambeni objekat dobio na ime naknade stanarsko pravo na stanu u društvenoj svojini nema pravo po Zakonu o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju na vraćanje eksproprisane nepokretnosti ili na obeštećenje. Ali, nosilac stanarskog prava je to pravo mogao i da izgubi ako su on, njegov braćni drugi ili maloletni članovi njegovog porodičnog domaćinstva stekli u svojinu porodičnu stambenu zgradu ili stan u istoj ili susednoj opštini ili gradu, a koji je odgovarao njihovim potrebama. Dakle, po principu "imaš kuću, vrati stan" eksproprijat je mogao i da ostane bez prava koje mu je dato kao naknada za eksproprisanu nepokretnost. Pored toga, ako nakon smrti nosioca stanarskog prava nije bilo članova porodičnog domaćinstva sa kojima bi se zaključio ugovor o korišćenju stana u društvenoj svojini, ugovor bi se zaključivao sa drugim licima, odnosno to pravo nije ulazilo u eksproprijatovu zaostavštinu. Članom 6. stav 3. Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju propisano je da eksproprijat nema pravo na vraćanje imovine i obeštećenje za imovinu eksproprisanu po propisima koji su se primenjivali nakon 15. februara 1968. godine, za koju je određena naknada u novcu ili drugim stvarima ili pravima. *Argumentum a contrario*, ako za imovinu eksproprisanu u periodu od 15. februara 1968. godine do 14. juna 1973. godine nije utvrđena naknada, eksproprijat ima pravo na vraćanje imovine i obeštećenje po ovom restitucijskom zakonu. Tačnije, eksproprijat za ovaj period ima *ius optionis*, jer može da bira između podnošenja zahteva Agenciji za restituciju i iniciranja pokretanja postupka pred sudom za određivanje naknade za eksproprisanu nepokretnost u skladu sa članom 72. stav 2. Zakona o eksproprijaciji<sup>27</sup>. Zašto samo do 14. juna 1973. godine? Zato što su u članu 2. stav 1. tačka 29. Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju navedeni svi brojevi službenih listova u kojima je objavljen Zakon o eksproprijaciji iz 1957. godine, sa izmenama i dopunama, ispravkama i prešišćenim tekstom i koji zakon je važio do stupanja na snagu republičkog Zakona o ek-

<sup>27</sup> Kako Zakon o eksproprijaciji propisuje tržišnu naknadu za eksproprisanu nepokretnost, a Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju propisuje obeštećenje tako da će isto biti određeno množenjem osnovice obeštećenja (jednaka tržišnoj vrednosti) sa koeficijentom koji će odrediti Vlada Republike Srbije i koji maksimalno može iznositi 1 (videti čl. 31, 32. i 35. Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju), koje će većim delom biti isplaćeno u obveznicama, u periodu od 5–15 godina, počevši od 2015. godine, to je za eksproprijate bolje, ako imovina ne može da se vrati *in natura*, da iniciraju pokretanje postupka pred sudom za određivanje naknade za eksproprisane nepokretnosti.

sproprijaciji<sup>28</sup> 15. juna 1973. godine. Kako Zakon o eksproprijaciji iz 1973. godine, kao i potonji zakoni koji regulišu eksproprijaciju nisu navedeni u članu 2. Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, to eksproprijati kojima je imovina oduzeta na osnovu nekog od ovih zakona nemaju pravo na vraćanje imovine ili obeštećenje, bez obzira što im naknada nije određena, već pravo na naknadu mogu da ostvare samo na osnovu člana 72. stav 2. Zakona o eksproprijaciji pred mesno nadležnim osnovnim sudom.

Zanimljivo je i da je “razdelnica” od 15. februara 1968. godine vezana za propise koji su do tada bili na snazi, a na osnovu kojih je imovina oduzeta. Prvo, i pre i posle navedenog datuma, na snazi je bio Zakon o eksproprijaciji iz 1957. godine, koji je sa izmenama i dopunama važio od 28. marta 1957. godine pa do 14. juna 1973. godine, budući da je 15. juna 1973. godine na snagu stupio republički Zakon o eksproprijaciji. Drugo, “razdelnica” je određena na osnovu rešenja o eksproprijaciji, a ne na osnovu rešenja o utvrđivanju naknade ili sporazuma o naknadi. Tako može da se desi da je imovina eksproprijsana, primera radi, u decembru 1967. godine, a da je naknada određena u aprilu 1968. godine ili kasnije. U takvoj situaciji, eksproprijat bi imao pravo na vraćanje imovine ili obeštećenje po Zakonu o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, iako mu je naknada određena na isti način kao i licima kojima je imovina eksproprijsana nakon 15. februara 1968. godine i naknada određena po tim propisima. Ovo pak može da dovede do diskriminacije eksproprijata kojima su nepokretnosti eksproprijsane i naknada utvrđena nakon 15. februara 1968. godine u odnosu na eksproprijate kojima je imovina eksproprijsana do 15. februara 1968. godine, ali je naknada utvrđena tog dana ili kasnije<sup>29</sup>. Štaviše, gledajući odredbe st. 2. i 3. člana 6. Zakona o vraća-

---

<sup>28</sup> “Službeni glasnik SRS”, br. 22/1973.

<sup>29</sup> Ustavni sud u svom rešenju Iuz 429/2011 od 18. aprila 2013. godine odbacujući inicijativu za ocenu ustavnosti odredbi čl. 4. i 8. Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju konstatuje: “Navedene odredbe Zakona se osporavaju iz razloga što su, po mišljenju podnosioca inicijative, lica koja imaju pravo na vraćanje imovine po ovom zakonu stavljena u neravnopravan položaj u odnosu na druge kategorije lica, koja ostvaruju pravo na vraćanje imovine po drugim propisima. Po pitanju kršenja načela zabrane diskriminacije iz člana 14. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Ustavni sud je pošao od shvatanja Evropskog suda za ljudska prava, prema kome se pravo, koje proističe iz člana 14. Evropske konvencije i odnosi se na uživanje prava i sloboda predviđenih istom konvencijom, bez ikakve diskriminacije, krši onda kada države ugovornice različito tretiraju lica koja se nađu u analognim situacijama, a da se pritom ne navedu objektivna i razumna opravdanja. Međutim, po shvatanju Evropskog suda za ljudska prava, ovo pravo prekršeno je i onda kada države ugovornice bez objektivnog i razumnog opravdanja ne tretiraju različito ljude koji se nalaze u bitno različitim situacijama. Stoga, Ustavni sud smatra da se lica koja ostvaruju pravo na vraćanje imovine po drugim propisima nalaze u bitno drugačijim situacijama koje su uređene tim propisima, kao što je to, primera radi, u slučaju vraćanja poljoprivrednog zemljišta, u odnosu na lica koja ostvaruju pravo na vraćanje imovine ili obeštećenje po osporenom Zakonu, pa se stoga ne može smatrati da se ove kategorije lica nalaze u neravnopravnom položaju, jer bi, naprotiv, jednako postupanje u različitim situacijama značilo suštinsku neravnopravnost u ostvarivanju prava koje je u pitanju.”

nju oduzete imovine i obeštećenju možemo primetiti da pravo na vraćanje imovine ili obeštećenje imaju i oni eksproprijati kojima je imovina eksproprisana 15. februara 1968. godine, iako je na taj dan već stupio na snagu Zakon o izmenama i dopunama Zakona o eksproprijaciji kojim se uvodi pravična naknada, ali ne i eksproprijati kojima je imovina eksproprisana 16. februara iste godine, ako im je utvrđena naknada, jer su u stavu 3. člana 6. upotrebljene reči "posle 15. februara 1968. godine", što znači od 16. februara pa nadalje. Rekli bismo da se ovde, najverovatnije, radi o nespretnoj formulaciji navedenih odredbi Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, koji ima dosta pravno-tehničkih nedostataka.

Vraćanje faktički eksproprisane nepokretnosti ili davanje obeštećenja za istu nije moguće na osnovu Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, jer je u članu 42. stav 4. tačka 3. navedenog zakona propisano da podnosilac zahteva uz isti mora da dostavi i odluku o oduzimanju imovine, koju je shodno stavu 7. istog člana dužan dostaviti odmah prilikom podnošenja zahteva, jer se u suprotnom zahtev shodno članu 43. stav 1. odbacuje kao neuredan. Kako kod faktičke eksproprijacije nije formalno doneta odluka o eksproprijaciji nepokretnosti, to bi zahtev eksproprijata u takvom slučaju trebao bio odbačen kao neuredan od strane Agencije za restituciju, dok eksproprijat naknadu za faktički eksproprisane nepokretnost može ostvariti u skladu sa Zakonom o eksproprijaciji pred nadležnim sudom, o čemu je već bilo reči.

Kad je u pitanju deeksproprijacija, sve što je rečeno u delu koji se odnosio na crkve i verske zajednice kao ekproprijate važi i za eksproprijate kojima je dato pravo na vraćanje imovine ili obeštećenje po Zakonu o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju.

#### IZUZIMANJE IZ POSEDA NACIONALIZOVANOG GRAĐEVINSKOG ZEMLJIŠTA I RESTITUCIJA

Izuzimanje iz poseda se od eksproprijacije razlikuje u tome što se kod eksproprijacije oduzima pravo svojine, dok se kod izuzimanja radi o oduzimanju prava korišćenja na nepokretnosti koja je pre toga nacionalizovana i ostavljena bivšem vlasniku na korišćenje do "privođenja nameni". Pre "privođenja nameni" organ nadležan za imovinsko-pravne poslove jedinice lokalne samouprave donosio je rešenje o izuzimanju nepokretnosti iz poseda, a nakon toga je posebnim rešenjem određivana naknada za izuzetu nepokretnost. Naknada za izuzimanje neizgrađenog građevinskog zemljišta iz poseda se određivala po propisima o eksproprijaciji<sup>30</sup>. Stoga, kad su u pitanju crkve i verske zajednice kao bivši vlasnici imovine koja im je nakon nacionalizacije izuzeta iz poseda, treba utvrditi da li je ova naknada bila tržišna ili ne, po pravilima o kojima je već bilo reči. Fizička lica i zadužbine kao bivši vlasnici ne bi imali pravo na vraćanje imovine i/ili obešteće-

<sup>30</sup> Član 46. stav 1. Zakona o nacionalizaciji najmanih zgrada i građevinskog zemljišta.

nje ako im je imovina izuzeta iz poseda nakon 15. februara 1968. godine, ako im je utvrđena naknada za izuzetu nepokretnost.

Naknada za izuzimanje nacionalizovanog gradskog građevinskog zemljišta pripada sopstveniku samo ako mu ranije nije isplaćena. Ako naknada nije određena, bivši vlasnik ili njegov zakonski naslednik mogu podneti zahtev za utvrđivanje i isplatu naknade nadležnom osnovnom sudu i dobiti tržišnu novčanu naknadu za izuzetu nepokretnost, a paralelno voditi postupak restitucije, što može dovesti do toga da podnosiocu zahteva bude u oba postupka isplaćena naknada, ili da bude isplaćena naknada shodno Zakonu o eksproprijaciji i vraćena imovina u postupku restitucije. Stoga ove mogućnosti treba imati u vidu i te činjenice uvek ispitati. Ne treba ispustiti iz vida ni činjenicu da je nakon nacionalizacije građevinskog zemljišta bivši vlasnik mogao preneti pravo korišćenja na treća lica do 15. februara 1968. godine<sup>31</sup>, npr. na osnovu ugovora o prodaji, a da kod Agencije za restituciju podnese zahtev za vraćanje nacionalizovane nepokretnosti, kao što je bilo slučajeva<sup>32</sup>. Stoga je odredbom člana 23. stav 8. Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju propisano da bivši vlasnik koji je preneo pravo korišćenja na neizgrađenom građevinskom zemljištu na treće lice nema pravo na vraćanje i obeštećenje u skladu sa ovim zakonom.

#### ZAKLJUČAK

Vraćanje imovine bivšim vlasnicima je jedna specifična svojinska inverzija, različita od svega do sada viđenog u svojinskim odnosima. Država je do sada uvek uzimala i prisvajala, bilo da je konfiskovala, rekvirirala, kontribuirala, nacionalizovala, eksproprijovala, ali se nije odričala i lišavala svoje imovine. Kroz restituciju ona prvi put "daje" svoju imovinu, tj. vraća je onima od kojih ju je oduzela. Sličnost sa dodeljivanjem državne zemlje agrarnim interesentima samo je prividna, jer su potpuno drugačiji pravni, politički, ekonomski, socijalni, pa i moralni razlozi i motivi.

Od svih mera prinudnog oduzimanja i podržavljenja, odnosno područstvljenja privatne imovine, koje su preduzimate bez obeštećenja privatnog vlasnika, ili sa simboličnim obeštećenjem, ili sa naknadom koja nikada nije isplaćena, jedino je eksproprijacija uvek praćena naknadom koja se isplaćuje eksproprijatu. U postupku restitucije kao aktivno legitimisana stranka može se pojaviti i bivši vlasnik eksproprijisane imovine sa zahtevom da mu se vrati oduzeta imovina, da mu se isplati novčana naknada za oduzetu imovinu ili da mu se isplati novčana razlika između primljene i tržišne naknade. Za razliku od drugih mera oduzimanja imovine (kroz agrarnu reformu, konfiskaciju, nacionalizaciju), koje su bile jedno-

---

<sup>31</sup> videti član 5. saveznog Zakona o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera ("Službeni list SFRJ", br. 5/1968).

<sup>32</sup> Siromašne školske sestre d' Notr dam Zrenjaninske biskupije Rimokatoličke crkve.

strane, prinudne i po pravilu bez naknade, eksproprijacija provedena u Republici Srbiji nakon 1945. godine bila je praćena više ili manje ekvivalentnom naknadom koja je isplaćivana eksproprijatu. Utoliko je restitucija ekspropriisane imovine složenija, jer se u postupku vraćanja te imovine mora utvrditi ne samo akt oduzimanja, već, još više i teže, akt ranije utvrđene i izmirene ekspropriacione naknade, njena adekvatnost sa aspekta restitucije i kompariranje i eventualno uračunavanje tih kompenzacionih davanja u restitutionu naknadu.

Iz većine zakona o eksproprijaciji sledi pretpostavka da je ekspropriaciona naknada bila tržišna, ili "pravična", kao i da se podrazumeva da je naknada isplaćena eksproprijatu ukoliko je eksproprijant upisao svoje pravo iz eksproprijacije (pravo svojine, pravo zaloge i dr.) u javne knjige. Dakle, u postupku restitucije, teret suprotnog dokazivanja leži na podnosiocu zahteva, koji može dokazivati da naknada nije bila tržišna, ili da mu uopšte nije ni isplaćena. Pri tome restitucijski organ treba da se rukovodi pravilom da ako o naknadi povodom izvršene eksproprijacije uopšte nije odlučeno, postupak po zahtevu treba prekinuti i uputiti podnosioca na vanparnični postupak, jer se radi o nedovršenoj eksproprijaciji, a pravo na ekspropriacionu naknadu ne zastareva.

VLADIMIR TODOROVIĆ

SINIŠA RAJIĆ, LL.M.

DANIJELA KOŽUL

Agency for Restitution of the Republic of Serbia

## RESTITUTION AND EXPROPRIATION

### Summary

By opening the process of returning confiscated property to former owners the question was posed whether it should be restituted the expropriated property, or whether expropriation belongs to the same body of requisition measures such as confiscation and nationalization and taking off the possession by the land reform. Both the current law on restitution, concerning the return of confessional property and other private property, including that possibility. Unlike other measures of confiscation of property, that were unilateral, coercive and usually without compensation, the expropriation carried out in the Republic of Serbia after 1945 was accompanied by more or less equivalent compensation that was paid to expropriator. Insofar, the restitution of expropriated property is complicated, because in the process of returning the property must be established not only the act of seizure, but, more difficult, act of previously established and settled expropriation compensation, its adequacy in terms of restitution and comparison and possibly including these compensatory benefits in restitution compensation. In the process of restitution the burden of opposite proof is to the claimant, who can prove that the compensation was not market, or that he was not even paid. Thereby, the authority of restitution should be guided by the rule that if it was not decided about the compensation regarding the expropriation, the procedure should be discontinued at the request and direct the claimant to extrajudiciary procedure, because it is an unfinished expropriation, and a right to expropriation compensation does not expire.



*DURĐE NINKOVIĆ*

## **NEPRAVEDNI ZAKONI – NACIONALIZACIJA I RESTITUCIJA**

Prilikom vršenja svoje zakonodavne delatnosti država je na prvom mestu dužna da se pridržava načela savesnosti i poštenja. Ukoliko sama država krši načelo savesnosti i poštenja onda ne samo što daje loš primer građanima, nego podriva same temelje na kojima počiva.

Zakoni moraju biti pravedni, a pravda je jednako postupanje s jednakim stvarima a nejednako postupanje s nejednakim stvarima srazmerno njihovoj nejednakosti, i davanje svakome ono što mu pripada, kako navodi prof. Božidar Marković u svome delu “O Pravednom Pravu”. Iz rimskog prava nasledili smo neprevaziđenu maksimu: “Honeste vivere, neminem laedere, quiusque suum contribuere” koja posle toliko vekova predstavlja temelj savremene civilizacije i modernog prava.

Naša država je u periodu od 1945. godine pa sve do 1970. godine donela 41. zakon o oduzimanju privatne imovine (prvi je bila odluka AVNOJ-a o prelazu u državnu svojinu neprijateljske imovine, o državnoj upravi nad imovinom nepri-  
sutnih lica i o sekvestru nad imovinom koju su okupatorske vlasti prisilno otuđile, Sl. list DFJ, br. 2/1945, a poslednji u nizu bio je prečišćen tekst Osnovnog zakona o iskorišćavanju poljoprivrednog zemljišta objavljen u Službenom listu FNRJ, br. 14/1970).

---

Durđe Ninković, advokat u Beogradu.

Nekima od tih zakona vršeno je oduzimanje bez ikakve naknade, drugima je bilo predviđeno davanje naknade po specijalnim propisima koji nikada nisu bili doneti, a na osnovu treće grupe zakona, gde naročito spadaju zakoni o ek-sproprijaciji, bila je određena i sprovedena minorna isplata naknade.

Ako se opet pozovemo na Rimsko pravo videćemo da je privatna svojina nad nepokretnostima, naročito zemljom, bila neprikosnovenena i mogla je da se prenese na drugoga putem prodaje ili poklona u posebnoj formi gde bi prodavac pred svedocima uzeo grumen zemlje u ruke pružio ga kupcu i strane ugovornice bi izgovarale obavezne reči: "Spondesne" i "Spondeo".

U svojoj Besedi sa Kopaonika 2007. godine pod naslovom "Sloboda i prirodno pravo" profesor Slobodan Perović na strani 679. izvodi zaključak "da je sloboda ograničena samo pravednim zakonima, a ne i onim zakonima koji izriču grubu diskriminaciju ljudi s obzirom na njihove razlike po rođenju ili legitimnom ubeđenju (razlike u pogledu rase, boje, pola, jezika, veroispovesti, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili društvenog porekla, imovine i drugih srodnih okolnosti). Zatim profesor ukazuje na Radbruchovu formulu "zakonskog neprava i nadzakonskog prava" kojom je konstatovao da postoje pravedni i nepravedni zakoni, s tim što nepravedni zakoni mogu biti podnošljivo nepravedni i nepodnošljivo nepravedni.

Ako sada analiziramo nabrojanih 41. zakona koje je donela naša država možemo uz primenu Radbruchove formule sa sigurnošću reći da su oni nepodnošljivo nepravedni. Iznenaduje činjenica da nijedan od 41-og zakona "revolucionarne pravde" nije opozvan do danas, tako da oni i u sadašnje vreme važe kao pozitivno pravo.

Pošto nisu ukinuti, a kako su u potpunoj suprotnosti sa današnjim shvatanjem pravde i prava u svetu oličenim u francuskoj Deklaraciji prava čoveka i građanina iz 1789 koja izdvaja slobodu, svojinu, sigurnost i otpor ugnjetavanju i Univerzalnoj deklaraciji o pravima čoveka, doneta pod okriljem Ujedinjenih Nacija koju je potpisala naša država, a koja "posebno predviđa pravo svakoga da poseduje imovinu, sam ili u zajednici sa drugima, i da niko ne sme biti samovoljno lišen svoje imovine" (citirano prema gore navedenoj besedi profesora S. Perovića). Dakle pošto ti zakoni nisu ukinuti pojavila se politička potreba da se novim zakonima njihovo dejstvo izmeni, ublaži ili delimično ukine.

Tako je 30. maja 2005. godine donet Zakon o prijavljivanju i evidentiranju oduzete imovine. Taj zakon je nečuven primer nepoštenja kako se država poigrava sa svojim državljanima. Desetine hiljada ljudi je sakupljalo dokumentaciju uz plaćanje raznih taksi i advokatske pomoći, ispunjavalo formulare i trudilo se da ih pre isteka roka preda Direkciji za imovinu Republike Srbije. Za to su dobili uredne potvrde sa datumom predaje i brojem pod kojim se predmet vodi. Dokumen-

tacija je stajala u Direkciji par godina, a onda je iznenada svakome podnosiocu vraćena prijava zajedno sa priložima uz objašnjenje da to ništa ne važi i da su se ljudi džabe trudili i nadali.

Zakonu o prijavljivanju i evidenciji sledio je 17. aprila 2006. godine Zakon o rehabilitaciji “lica koja su bez sudske ili administrativne odluke ili sudskom ili administrativnom odlukom lišena, iz političkih ili ideoloških razloga, života, slobode ili nekih drugih prava...”. Član 5. Zakona glasi: “Rešenjem kojim usvaja zahtev za rehabilitaciju sud utvrđuje da je odluka koja je bila doneta protiv rehabilitovanog lica ništava od trenutka njenog donošenja i da su ništave sve njene pravne posledice, uključujući i kaznu konfiskacije imovine.”

Uz donošenje rešenja o usvajanju zahteva za rehabilitaciju sudovi su, u skladu sa zakonom, donosili i rešenje kojim su ukidali kaznu konfiskacije imovine. Međutim, kada su se potomci rehabilitovanih lica obratili ostavinskim sudovima sa zahtevom da se novopronađena imovina raspodeli između naslednika sudovi su odbijali da donesu ostavinsko rešenje i upućivali naslednike da se obrate kasnije ustanovljenoj Agenciji za restituciju. Uzaludno je bilo ukazivanje da se ukidanjem kazne konfiskacije imovine ima smatrati da je ona ukinuta “*ex tunc*”, dakle kao da nikada nije bila doneta, pa samim tim da je imovina celo vreme bila svojina rehabilitovanog lica poništenom nezakonitom odlukom samo izuzeta iz njegovog poseda.

Najzad, odbijajući da primene deo odluke o rehabilitaciji kojim se ukida kazna konfiskacije imovine ostavinski sudovi protivzakonito nastavljaju sa krivičnim progonom rehabilitovanog lica i nadalje primenjuju krivičnu sankciju konfiskacije mada je ona sudskom odlukom donetom na osnovu zakona poništena.

Naopakim redom pre donošenja Zakona o vraćanju oduzete imovine 2001. godine donet je Zakon o privatizaciji. Jedan primer nepoštovanja načela savesnosti i poštenja je član 15. Zakona o privatizaciji pod naslovom “Sredstva za nacionalizovanu imovinu” koji glasi: “Kad postupak privatizacije obuhvata imovinu oduzetu od fizičkih i pravnih lica primenom propisa o oduzimanju imovine na teritoriji Republike Srbije, a koja je određena posebnim propisom kojim se uređuju pitanja vezana za vraćanje imovine (u daljem tekstu: nacionalizovana imovina), vrednost te imovine biće nadoknađena bivšim vlasnicima isključivo iz novčanih sredstava koja za te namene obezbeđuje Republika Srbija.”

Tako formulisan član 15. Zakona o privatizaciji predstavlja nastavak svih zakona o oduzimanju privatne imovine bez pravične naknade koje su komunističke vlasti donosile od 1945. godine do 1970. godine. Umesto da se imovina vrati vlasnicima ili, ukoliko to nije moguće, prvo isplati pravična naknada pa tek onda pristupi prodaji, država postupa nepošteno i prodaje tuđu imovinu. Da-

kle ustanovljava se princip suprotan svim poznatim pravnim normama da se tuđa imovina može prodati.

Ovde bi mogla da se napravi jedna opaska: zakoni od 1945. do 1970. godine su oduzimali privatnu svojinu i pretvarali je u “narodnu imovinu” oslanjajući se na ideologiju komunizma. Sada član 15. oduzima “definitivno” privatnu imovinu da bi omogućio njenu prodaju drugim privatnim fizičkim licima i privatnim preduzećima bez ikakvog pozivanja na ideologiju ili neki politički ideal ili pravni osnov.

Zakon o vraćanju imovine i obeštećenju je još jedan primer nepoštenog zakona čiji sadržaj je u potpunoj suprotnosti sa naslovom.

Na prvom mestu treba istaći da Agencija za restituciju nije nezavisna od kontrole Ministarstva finansija, dok su odluke Direkcije za restituciju koja je osnovana po Zakonu o vraćanju imovine crkvama i verskim zajednicama podložne samo tužbi i preispitivanju zakonitosti pred Upravnim sudom. Dakle na putu restitucije imovine oduzete građanima postavljene su dve prepreke: Ministarstvo finansija kome se izjavljuje žalba i Upravni sud kome se može podneti tužba protiv rešenja Ministarstva finansija. Za to nema nikakvog razloga osim da naša država neiskreno pristupa denacionalizaciji, jer se na taj način odlučivanje o vraćanju produžava za najmanje godinu dana koliko je potrebno da Ministarstvo i Upravni sud donesu svoje odluke.

Članom 10 pod naslovom “Načelo zaštite sticaoca” stečena prava lica koje je steklo “podržavljenu” imovinu u skladu sa zakonom ne smeju biti povređena. Na taj način je onemogućeno vraćanje u naturalnom obliku svih nacionalizovanih stanova koji su prodati stanarima, kao i druge imovine koja je prodana privatnim licima uz poštovanje tada važećih zakona.

Član 18. nabraja izuzetke od vraćanja u naturalnom obliku u 12. tačaka od kojih tačka broj 11) glasi: “u drugim slučajevima utvrđenim ovim zakonom”. Tačka 9) zabranjuje vraćanje nepokretne imovine koja je prodana u postupku privatizacije. Izuzetaka od vraćanja ima toliko da je skoro nemoguće pronaći značajniju imovinu koja se po zakonu može vratiti.

Osim toga članom 19. određeno je odlaganje prenosa državine, tako da vlasnik vraćene imovine ne može stupiti u posed “u periodu koji je neophodan za prilagođavanje poslovanja”. Član 20. odlaže vraćanje poseda zakupljene imovine za tri godine, poljoprivrednog zemljišta sa višegodišnjim zasadima za 20. godina, a 40. godina za vinograde. Dakle, vlasnik vinograda nema izgleda da za svoga života dočeka stupanje u posed. Isto tako veliki broj ograničenja postoji za vraćanje građevinskog zemljišta, poljoprivrednog zemljišta, stambenih i poslovnih objekata.

Obeštećenje u novcu se utvrđuje tako što ukupno obeštećenje za oduzetu imovinu jednoga vlasnika ne može preći 500.000 evra. I taj iznos je ograničen budžetom od dve milijarde evra za celokupno obeštećenje. Kada se prikupe svi zahtevi za vraćanje koji se imaju isplatiti u novcu njihova vrednost će se staviti u odnos sa predviđene dve milijarde pa će se tako utvrđenim koeficijentom određivati naknada u novcu. Dakle niko neće dobiti ni blizu maksimuma, nego će i za najveću imovinu slediti naknada od dvadesetak hiljada evra. U skladu sa članom 35. novčana naknada će se isplatiti u obveznicama koje glase na evre i dospevaju u roku od 15. godina.

Dakle, kao što se iz izloženog vidi, vraćanje oduzete imovine je ograničeno na sve moguće načine tako da Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju predstavlja svoju antitezu i svodi se na zakon o okončanju postupka oduzimanja privatne imovine.

Ukoliko zakoni nisu zasnovani na idealima poštenja i savesnosti postoje sudovi koji mogu nepravilno dejstvo tih zakona ublažiti, pa čak i sasvim onemogućiti. Međutim sudovi u Srbiji se strogo drže slova zakona ne upuštajući se u njihovu pravičnost ili zasnovanost na moralu. Tako je Ustavni sud odbacio inicijativu za ocenjivanje ustavnosti člana 15. Zakona o privatizaciji; ostavinski sudovi ne prihvataju odluke viših sudova o poništenju konfiskacije; Upravni sudovi vraćaju nezakonite odluke Ministarstvu finansija na ponovno odlučivanje umesto da donesu odluku u punoj jurisdikciji.

Kada sudovi primenjuju zakone koji ne zadovoljavaju standarde poštenja i pravde, onda se snižavaju sudski kriterijumi za odlučivanje i u ostalim predmetima koji ne podležu nepravедnim zakonima. Tako se srozava nivo pravednosti u svim presudama, a time opada poverenje naroda u zakone i sudove.

Profesor Perović u citiranoj Besedi kaže: "Razume se da je najbolji način oslobođenja od ovakvih zakona njihovo ukidanje od strane nadležnog zakonodavnog tela. Međutim, ako se takvi zakoni "uporno" održavaju na snazi, onda, čini se, sud ne bi mogao formalno da odbije njihovu primenu, ali ono što mora da učini je, da putem ciljne interpretacije takve zakone "privede razumu" i da ih, tako interpretirane, primeni na način kako to odgovara nespornim načelima racionalnog (umnog) prirodnog prava koja su danas dobila potpuni legitimitet u kodifikatorskim aktima međunarodne zajednice, aktima koji su u najvećem delu postali sastavni deo unutrašnjeg pravnog poretka....".

Loši i nepravedni zakoni uzrokuju lošu upravu i loše sudstvo, a loša uprava i loše sudstvo sprečavaju razvoj ekonomije i time umanjuju bogatstvo naroda. To je prikazano u srednjevekovnoj Gradskoj većnici u Sijeni: na jednome zidu nalazi se freska sa ljudima u dronjcima, sasušanim žitom, ovcama i kravama kojima su is-pale kosti i naziv te freske je "Loša vlast". Na zidu sa suprotne strane nalazi se fre-

ska sa ljudima u bogatoj odeći, žitom koje buja, debelim ovcama i kravama, a naziv te freske je "Dobra vlast".

Dakle, dobri i pravedni zakoni zasnovani na prirodnom pravu su uslov ekonomskog napretka našeg društva, takvi zakoni sa dobro organizovanom državnom upravom i efikasnim i pravičnim sudstvom su najbolja odbrana od smanjenja broja stanovnika u našoj zemlji i garant srećnog i mirnog života građana.

ĐURĐE NINKOVIĆ  
Lawyer, Belgrade

## UNJUST LAWS – NATIONALIZATION AND RESTITUTION

### Summary

In the law giving function the government is obliged to follow principle of honesty and justice. In our country between 1945. and 1970. there were passed 41. laws on nationalization and confiscation of the private property. Under the most of them no compensation was ever paid, and the small number provided for derisory compensation. None of these laws have been revoked, and they are still to be found active on the statute books. Because they are in contravention with the Universal Declaration of Human Rights and other international conventions signed by Serbia providing protection for ownership of private property, the government of Serbia, instead of abolishing unjust legislation, opted for passing of several laws restituting confiscated and nationalized property to the owners. However, these laws are very restrictive so that only small portion of the government held assets will be returned to owners. To add to existing injustices the government first passed the law on "privatization" which provides for sale of confiscated private assets leaving owners only with the hope of meagre compensation. Instead of relieving the injustice the courts are applying strictly unjust. Laws.

MIRJANA VULIĆ

## EKSPROPRIJACIJA I URBANA KOMASACIJA

– Sličnosti i razlike –

### U V O D

Predmet našeg istraživanja su sličnosti i razlike između eksproprijacije i urbane komasacije. Zakonom o planiranju i izgradnji data je samo definicija urbane komasacije. Uslove i način sprovođenja urbane komasacije utvrdiće Vlada Republike Srbije. U dosadašnjoj praksi eksproprijacija je bila jedina mera kojom je država intervenisala na građevinskom zemljištu, u nameri da obezbedi zemljište za javne namene i da sprovede urbanističke planove. Uvođenjem urbane komasacije država dobija još jedno sredstvo za sprovođenje urbanističkih planova i pribavljanje građevinskog zemljišta za javne namene. Da bismo utvrdili sličnosti i razlike između ova dva instituta analizirali smo pojmove eksproprijacije, komasacije i urbane komasacije, sa posebnim osvrtom na pojam i definiciju urbanističkog plana.

Vlada Republike Srbije nije donela podzakonske akte, tako da se urbana komasacija još uvek ne sprovodi. U nedostatku naših propisa, prikazali smo urbanu komasaciju u Republici Hrvatskoj koja je regulisana Zakonom o prostornom uređenju i izgradnji iz 2007. godine.

### *Eksproprijacija*

U pravnoj teoriji eksproprijacija se definiše kao “prinudni prelaz nepokretnosti iz privatne u društvenu (državnu) svojinu u opštem interesu i uz naknadu”<sup>1</sup>,

---

Mirjana Vulić, pomoćnik direktora JP “Preduzeće za izgradnju grada Kragujevca”.

<sup>1</sup> Dr O. Stanković, Dr M. Orlić, “Stvarno pravo”, Beograd 1999. god.

ili kao “oduzimanje prava svojine na nepokretnosti uz pravičnu naknadu u opštem interesu i njen prelazak u društvenu svojinu”<sup>2</sup>.

Istorijski posmatrano, institut eksproprijacije do I svetskog rata predstavljao je oduzimanje i prelazak privatne svojine u javnom interesu, upravnim aktom, na jedno preduzeće od opšte koristi uz potpunu naknadu. Privatna svojina uživala je punu zaštitu, a državni zahvati u privatnu svojinu bili su vrlo retki. Bivšem vlasniku u slučaju eksproprijacije pripadala je, kao naknada, puna vrednost nepokretnosti zajedno sa pripatcima i plodovima. Potpuna naknada bila je jednaka razlici imovine pre i posle eksproprijacije.

Posle Prvog svetskog rata povećava se broj državnih zahvata u privatnu svojinu u javnom interesu. Država, da bi ublažila sve veći sukob između eksploatatora i eksploatisanih, intrveniše u oblasti privrede, kulture, stanovanja. Smanjuje se sloboda korišćenja i raspolaganja predmetima privatne svojine. Eksproprijacija sada može da se vrši osim upravnim aktom i na osnovu zakona, a bivšem vlasniku više ne “pripada puna naknada”, već odgovarajuća naknada za eksproprijisanu nepokretnost. Umesto interesa pojedinca, kao titulara privatne svojine, sve više dolazi do izražaja opšti interes zajednice. Povećanje broja stanovnika u gradovima, odnosno urbanizacija, obavezuje državu da obezbedi i reguliše život u urbanim područjima. Država gradi objekte od opšteg interesa: puteve, pruge, škole, bolnice, trgove, biblioteke.

Neposredno posle Drugog svetskog rata eksproprijacija je u našoj zemlji bila jedna od mera promene svojinske strukture. Danas je eksproprijacija akt pribavljanja dobara u javnom interesu uz naknadu ranijem vlasniku. Eksproprijacija je način sticanja svojine za državu i način prestanka, odnosno ukidanja, prava svojine za ranijeg vlasnika.

Postupak eksproprijacije regulisan je Zakonom o eksproprijaciji<sup>3</sup>. Zakon ne definiše izričito pojam eksproprijacije, pa je u članu 1. navedeno: “Nepokretnosti se mogu eksproprijisati ili se svojina na njima može ograničiti samo u javnom interesu utvrđenom na osnovu zakona, uz naknadu koja ne može biti niža od tržišne”. Eksproprijacija se vrši za potrebe Republike Srbije, grada, opštine, javnih preduzeća i fondova, kao i za potrebe privrednih društava sa većinskim državnim kapitalom osnovanih od strane Republike Srbije, grada ili opštine. Sva navedena pravna lica mogu da budu korisnici eksproprijacije.

Sam postupak eksproprijacije odvija se u dve faze. U prvoj fazi se utvrđuje javni interes. Korisnik eksproprijacije podnosi predlog za utvrđivanje javnog interesa za eksproprijaciju. Predlog se podnosi Vladi preko Ministarstva nadležnog za poslove finansija. Uz predlog se podnose podaci o nepokretnosti čija se eksproprijacija traži, vrsta objekta, odnosno vrsta radova, čija je izgradnja predviđena na

<sup>2</sup> Dr D. Stojanović, “Stvarno pravo”, Beograd 1987. god.

<sup>3</sup> Sl. glasnik RS, br. 53/95.



određenom zemljištu, izvod iz odgovarajućeg planskog akta (urbanistički plan) kojim je predviđena izgradnja planiranog objekta.

“Vlada može utvrditi javni interes za eksproprijaciju ako je ksproprijacija nepokretnosti neophodna za izgradnju objekata u oblasti: obrazovanja, zdravstva, socijalne zaštite, kulture, vodoprivrede, sporta, saobraćajna, energetske i komunalne infrastrukture, objekte za potrebe državnih organa i organa teritorijalne autonomije i lokalne samouprave, objekte za potrebe odbrane zemlje, kao i za izgradnju stanova kojima se rešavaju stambene potrebe socijalno ugroženih lica.” (član 20. ZOE). Vlada rešenjem odlučuje o predlogu za utvrđivanje javnog interesa. Protiv rešenja Vlade nezadovoljna strana može pokrenuti upravni spor kod nadležnog suda.

Po pravnosnažnosti rešenja o utvrđivanju javnog interesa započinje druga faza postupka eksproprijacije. Predlog za eksproprijaciju podnosi korisnik eksproprijacije nadležnoj opštinskoj upravi na čijoj teritoriji se nalazi nepokretnost predložena za eksproprijaciju. U predlogu moraju da budu naznačeni: podaci o korisniku eksproprijacije, podaci o nepokretnosti čija se eksproprijacija traži, podaci o sopstveniku te nepokretnosti, kao i svrha radi koje se predlaže eksproprijacija. Uz predlog se prilažu sledeći dokazi: 1) Izvod iz katastra nepokretnosti ili drugih javnih knjiga u kojima se upisuju prava na nepokretnosti, koji sadrže podatke o nepokretnosti za koju se predlaže ksproprijacija; 2) Overen izvod iz odgovarajućeg planskog akta donetog u skladu sa propisima (urbanistički plan); 3) Rešenje o utvrđivanju javnog interesa za eksproprijaciju; 4) Garancija poslovne banke na iznos dinarskih sredstava potrebnih za obezbeđenje naknade za eksproprišanu nepokretnost, kao dokaz da je korisnik eksproprijacije obezbedio sredstva na ime naknade za eksproprišanu imovinu.

O eksproprijaciji nadležna opštinska uprava odlučuje rešenjem. Protiv rešenja može se izjaviti žalba ministarstvu nadležnom za poslove finansija. Protiv drugostepenog rešenja moguće je voditi upravni spor.

### *Komasacija*

U pravnoj teoriji komasacija se definiše na sledeći način: “Komasacija (grupisanje) zemljišta sastoji se u tome što se na određenom području (tzv. komasacionom području) iz postojećih manje ili više sitnih i nepravilnih parcela formira jedna opšta masa (komasaciona masa), koja se zatim u vidu manjeg broja ali većih i pravilnijih parcela deli istim vlasnicima”.

Komasacija je prema tome i način prestanka (na parcelama unetim u komasacionu masu) i način sticanja svojine (na parcelama dobijenim iz komasacione mase). Pri raspodeli zemljišta iz komasacione mase vodi se računa da svaki učesnik komasacije dobije što bolje zaokruženo zemljište, približno iste vrednosti a po mogućstvu iste kulture i približno jednakog položaja. Ukoliko je zemljište do-

bijeno iz komasacione mase veće ili manje vrednosti od onog unetog u komasacionu masu, razlika se iplaćuje odnosno uplaćuje u novcu<sup>4</sup>. Istorijski gledano, komasacija se na našem području uvek sprovodila na poljoprivrednom zemljištu.

O potrebi uređivanja poljoprivrednih poseda komasacijom prvi put je ukazao Knez Miloš u “Ukazu knjaza Miloša upraviteljskom sovjetu”. Međutim, prvi ozbiljniji koraci učinjeni su tek 1901.godine kada je prof. Andonović izradio “Projekat Zakona o izvršenju komasacije poljoprivrednih imanja u Kraljevini Srbiji”. Navedeni projekat bio je uređen po uzoru na bavarski zakon o komasaciji, ali na žalost ovaj zakon nije donet<sup>5</sup>.

Prvi zakon u ovoj oblasti biće donet 70 godina kasnije pod nazivom “Zakon o arondaciji i komasaciji poljoprivrednog i šumskog zemljišta”<sup>6</sup>. Ovim Zakonom se u II poglavlju reguliše komasacija i ova mera se definiše kao “uređenje zemljišne teritorije poljoprivrednog i šumskog zemljišta u cilju stvaranja većih i pravilnijih zemljišnih parcela kako bi se omogućila ekonomičnija obrada zemljišta i stvorili povoljniji uslovi za razvitak naselja poljoprivrednog karaktera”.

Zakonom su nadalje članovima od 23. do 58. regulisani uslovi pod kojima se pokreće komasacija, ko podnosi predlog, ko su učesnici, postupak komasacije, procenjivanje i raspodela poljoprivrednog zemljišta. Na osnovu ovog Zakona doneto je “Uputstvo o načinu vršenja geodetsko-tehničkih radova i utvrđivanje vrednosti zemljišta u postupku komasacije”<sup>7</sup>. Ovim uputstvom detaljnije su se propisivale geodetsko-tehničke radnje neophodne kako za pripremu, tako i za sprovođenje komasacije. S obzirom da je komasacija bila mera za uređivanje korišćenja poljoprivrednog zemljišta, propise o komasaciji sadržali su i zakoni koji regulišu poljoprivredno zemljište: Zakon o korišćenju poljoprivrednog zemljišta iz 1981. godine i Zakon o poljoprivrednom zemljištu iz 1989. godine.

Zakon o poljoprivrednom zemljištu koji je donet 2006. godine<sup>8</sup> i danas je na snazi i reguliše postupak komasacije na poljoprivrednom zemljištu.

Odredbom člana 2. Zakona pojam komasacije se definiše na sledeći način: “Komasacija obuhvata planske, organizacione, pravne, ekonomske i tehničke mere koje se sprovode u cilju ukрупnjavanja i poboljšanja prirodnih i ekonomskih uslova na zemljištu”.

U delu Zakona pod naslovom “Uređenje poljoprivrednog zemljišta” odredbama članova 31. do 47. regulisan je postupak komasacije na poljoprivrednom

<sup>4</sup> “Stvarno pravo”, autori dr Obren Stanković i dr Miodrag Orlić, Beograd 1999. god.

<sup>5</sup> “Komasacija u Srbiji 1860-2003” – monografija, izdavač Republički geodetski zavod, Beograd 2003. god.

<sup>6</sup> Službeni glasnik SRS, br. 47/74.

<sup>7</sup> Sl.glasnik SRS, br. 3/77.

<sup>8</sup> Sl.glasnik RS, br. 62/2006, 65/2006, ... 41/2009.

zemljištu. Zakonom je tačno propisano u kojim slučajevima može da se vrši komasacija (član 31).

Postupak komasacije pokreće skupština lokalne samouprave određivanjem teritorije katastarskih opština koja se uređuje komasacijom i donošenjem programa komasacije uz saglasnost Ministarstva poljoprivrede. Na osnovu programa komasacije donose se načela komasacije i izrađuje tehnička dokumentacija (projekti). Odluku o sprovođenju komasacije donosi skupština jedinice lokalne samouprave i istovremeno obrazuje komisiju za komasaciju.

Zakonom se propisuje minimalan broj članova komisije i precizira da predsednik komisije mora da bude diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom, a da članovi komisije moraju da budu diplomirani inženjeri poljoprivrede, geodezije, arhitekture (ili prostornog planiranja) i tri predstavnika učesnika komasacije. Komisija obrazuje podkomisije za komasacionu procenu zemljišta, podkomisiju za procenu vrednosti dugogodišnjih zasada i objekata, a po potrebi i druga stručna tela. Vlasnici poljoprivrednog zemljišta koje je predmet komasacije su učesnici komasacije i oni mogu formirati Odbor za komasaciju koji može da zastupa interese učesnika ali ne odlučuje o njihovim pravima. Kada je u pitanju raspodela komasacione mase treba istaći da se posebno izdvaja zemljište za zajedničke potrebe. Odredbom člana 38. se propisuje: "U postupku komasacije se obezbeđuje zemljište za izgradnju objekata za potrebe naselja (za izgradnju mreže poljskih puteva, sistema za odvodnjavanje i navodnjavanje, za komunalne i druge potrebe naselja).

Zemljište iz stava 1. ovog člana obezbeđuju učesnici komasacije srazmerno unetoj površini u komasacionu masu, odnosno unetoj vrednosti zemljišta i to bez naknade". Kada se iz komasacione mase izdvoji deo za zajedničke potrebe, preostala komasaciona masa se deli tako da "svaki vlasnik, odnosno korisnik zemljišta dobija iz komasacione mase zemljište odgovarajuće vrednosti, a po mogućnosti iste katastarske kulture i udaljenosti od naselja, kao i položaj koji pruža približno jednake mogućnosti u poglednu načina obrade koji je imao pre komasacije. Pri raspodeli zemljišta iz komasacione mase svaki učesnik komasacije mora da dobije zemljište pravilnijeg oblika i na manjem broju mesta nego što je uneo u komasacionu masu ukoliko je uneo zemljište na dva ili više mesta (član 40)".

Prvostepeno rešenje o raspodeli komasacione mase donosi Komisija. Protiv ovog rešenja može se izjaviti žalba Ministarstvu nadležnom za poslove poljoprivrede. Među pozitivnim propisima postoji još jedan zakon kojim je regulisana komasacija. To je Zakon o državnom premeru i katastru<sup>9</sup>.

U glavi V pod naslovom "Državni premer" definisan je komasacioni premer. Članom 53. komasacioni premer se definiše kao geodetski radovi koji se izvode u postupku uređenja zemljišne teritorije komasacijom. Podaci iz komasa-

---

<sup>9</sup> Sl.glasnik RS, br. 72/09.

cionog premera čine elaborat premera i koriste se za osnivanje, odnosno obnovu katastra. Međutim, u istom članu se navodi da se ovaj premer radi u skladu sa Zakonom o poljoprivrednom zemljištu.

### *Urbana komasacija*

“Urbana komasacija (u daljem tekstu: komasacija) je postupak po kome se u komasacionom području postojeće katastarske parcele, koje se zbog svoje površine, oblika, položaja, neodgovarajućeg pristupa na površinu javne namene ili iz drugih razloga ne mogu racionalno urediti i koristiti, pretvaraju u građevinske parcele. U postupku komasacije, koji se sprovodi u javnom interesu, vrši se preraspodela novoformiranih građevinskih parcela vlasnicima ranije postojećih katastarskih parcela, uz istovremeno rešavanje imovinsko-pravnih odnosa i obezbeđivanje građevinskog zemljišta za izgradnju objekata i površina javne namene (čl.109. A)”.

“Odluku o pokretanju postupka komasacije na određenom području donosi skupština jedinice lokalne samouprave (čl. 109.B)”.

Analizom ova dva člana Zakona o planiranju i izgradnji dolazimo do sledećih zaključaka: 1) Urbana komasacija je postupak po kome se u komasacionom području postojeće katastarske parcele pretvaraju u građevinske parcele; 2) Vrš se u javnom interesu; 3) Vrš se preraspodela novoformiranih građevinskih parcela vlasnicima ranije postojećih katastarskih parcela; 4) U postupku komasacije rešavaju se istovremeno sa preraspodelom i imovinsko-pravni odnosi; 5) Urbanom komasacijom se obezbeđuje zemljište za izgradnju objekata i površina javne namene; 6) Odluku o pokretanju postupka donosi jedinica lokalne samouprave; 7) Za urbanu komasaciju mora da postoji urbanistički plan. Ovo nije izričito navedeno, ali formiranje građevinskih parcela i zemljišta za javne namene može da se izvrši samo na osnovu urbanističkog plana.

Postoji još jedan član Zakona o planiranju i izgradnji kojim se Vlada Republike Srbije obavezuje da bliže uredi postupak urbane komasacije. Prateći propisi još uvek nisu doneti.

### *Urbanistički plan*

Prvi preduslov i za eksproprijaciju i za komasaciju je postojanje odgovarajućeg planskog akta, odnosno odgovarajućeg urbanističkog plana. Prema Zakonu o planiranju i izgradnji, planski dokumenti su prostorni i urbanistički planovi.

Prostorni planovi su: 1) Prostorni plan Republike Srbije; 2) Regionalni prostorni plan; 3) Prostorni plan jedinice lokalne samouprave i 4) Prostorni plan područja posebne namene. Prostorni planovi imaju prvenstveno strateško-razvojnu funkciju, donose se za duži vremenski period i ne mogu direktno da se primenjuju.

Urbanistički planovi su: 1) Generalni urbanistički plan; 2) Plan generalne regulacije i 3) Plan detaljne regulacije.

Generalni urbanistički plan je zakonom definisan kao “strateški razvojni plan, sa opštim elementima prostornog razvoja”. Radi se o planu opšteg karaktera koji ne može direktno da se primenjuje. Planovi generalne i detaljne regulacije su planovi koji se direktno primenjuju, odnosno na osnovu njih može da se izda građevinska dozvola i na osnovu njih se vrši i eksproprijacija.

Za našu temu su bitni planovi detaljne regulacije.

“Plan detaljne regulacije se donosi za delove naseljenog mesta, uređenje neformalnih naselja, zone urbane obnove, infrastrukturne koridore i objekte i područja za koja je obaveza njegove izrade određena prethodno donetim planskim dokumentom (čl. 27. Zakona o planiranju i izgradnji).”

Obavezni sastavni delovi urbanističkih planova su: 1) pravila uređenja; 2) pravila građenja; 3) grafički prilog.

U pravilima uređenja se definišu uslovi komunalnog uređenja određenog prostora određivanjem mreže saobraćajne i druge infrastrukture, određivanjem zemljišta za javne namene i zemljišta koje služi za izgradnju drugih objekata. Pravilima građenja određuje se: vrsta i namena objekata koji se mogu graditi u pojedinačnim zonama, uslovi za formiranje građevinskih parcela, najveći dozvoljeni stepen izgrađenosti građevinske parcele, najveća dozvoljena visina i spratnost objekta, uslovi i način obezbeđivanja pristupa javnoj parceli.

Grafički prilog plana se uvek radi na overenom katastarskom planu, odnosno overenom katastarsko-topografskom planu. To je u suštini grafički prikaz pravila uređenja i pravila građenja. U rangu urbanističkih planova ovaj plan je najniži, ali po svojoj sadržini najdetaljniji plan. Na osnovu plana detaljne regulacije izdaju se lokacijska i građevinska dozvola za izgradnju objekata (članovi 57. i 135. Zakona o planiranju i izgradnji). Na osnovu ovog plana Vlada Republike Srbije utvrđuje javni interes za eksproprijaciju nepokretnosti (čl. 20. Zakona o eksproprijaciji). Ovaj plan će biti i uslov za urbanu komasaciju. Urbanistički plan je od izuzetnog značaja i zbog toga što on, odnosno urbanističke potrebe koje su izražene u njemu, predstavlja vrstu javno-pravnog ograničenja prava svojine na nepokretnosti.

“Ograničenja privatne svojine zbog urbanističkih potreba spadaju u krug uobičajenih ograničenja koja poznaju i pravni sistemi zemalja tržišne privrede a nastala usled posebne organizacije života u urbanim sredinama. Pravo svojine u sebi sadrži tri elementa prava: pravo da se stvar drži, da se koristi i da se njome raspoláže. Urbanističke potrebe izražene kroz urbanističke planove mogu da ograniče bilo koji od tri elementa prava svojine. Vlasnik objekta ne sme objekat da nadgradi, dogradi, da mu promeni namenu (pretvori stambeni prostor u poslovni prostor) ukoliko to nije predviđeno urbanističkim planom. Ukoliko vlasnik gradi nov objekat, gradiće na način kako to propisuje urbanistički plan u pogledu

položaja na parceli, spratnosti, veličine. To znači da vlasnik svoju nepokretnost ne može da koristi na način kako on želi, već na način kako je propisano. Iz ovog jasno sledi da urbanistički planovi imaju karakter imperativnih propisa. Urbanistički planovi utiču i na tržišnu vrednost nepokretnosti, čime se zadire u ekonomsku suštinu svojine.

Prolazak mreže komunalnih instalacija preko poseda ugrožava državinu vlasnika i nameće mu obavezu da trpi ometanje svoje državnine zbog održavanja komunalnih instalacija.

U pogledu raspolaganja, odnosno otuđenja svojine, urbanistički plan može da oteža promet, odnosno da ograniči krug potencijalnih kupaca nepokretnosti. Ne direktno, već indirektno, tako što može da predvidi da se na mestu gde se nalazi porodična kuća, gradi benzinska pumpa, tržni centar ili višespratnica, pa vlasnik porodične kuće potencijalnog kupca može da nađe samo među investitorima koji mogu da grade takve objekte. Ograničenja privatne svojine u urbanim sredinama su neminovna zbog specifičn organizacije života i stalne potrebe da se ostvari sklad između razvoja društva, privrede, ekologije i organizacije prostora.<sup>10</sup> Ako se urbanističkim planom određuje obim i sadržaj prava svojine na nepokretnosti, sa razlogom se postavlja pitanje koliko vlasnik nepokretnosti može da utiče, odnosno učestvuje, u donošenju urbanističkog plana. Zakonom o planiranju i izgradnji predviđen je javni uvid kao način da se šira javnost, odnosno zainteresovana lica upoznaju sa sadržajem urbanističkog plana.

“Izlaganje planskog dokumenta na javni uvid oglašava se u dnevnom i lokalnom listu i traje 30 dana od dana oglašavanja (čl. 50. Zakona o planiranju i izgradnji). Sva zainteresovana lica mogu da stave primedbe, a komisija za planove je dužna da donese odluku po svakoj primedbi. Nakon javnogvida, plan se upućuje skupštini jedinice lokalne samouprave u čijoj je nadležnosti donošenje svih urbanističkih planova.

Javni uvid kao način upoznavanja šire javnosti sa donošenjem urbanističkog plana uveden je Zakonom o planiranju i uređenju prostora i naselja 1995. godine<sup>11</sup>. u prethodnom periodu pre usvajanja urbanističkog plana organizovale su se javn rasprave u mesnim zajednicama na zborovima građana. Javna rasprava se obavezno organizovala u mesnim zajednicama čije područje obuhvata urbanistički plan. Na ovaj način zainteresovana lica su mogla da saznaju u kojoj meri će urbanizam uticati na njihova imovinska prava i da u tom smislu stavljaju primedbe ili predloge.

Prema važećem zakonu javnost se u proces izrade plana uključuje tek u fazi razmatranja nacрта plana, odnosno u fazi kad se organ nadležan za donoše-

<sup>10</sup> M. Vulić, “Ograničenje prava svojine na nepokretnosti urbanističkim potrebama”, *Pravni život*, br. 10/2003.

<sup>11</sup> Sl. gl. RS, br. 44/95.

nje plana već opredelio za plansko rešenje. Eventualne primedbe i predlozi tokom javnog uvida ne mogu da utiču na izmenu koncepta urbanističkog plana, iz čega može da se zaključi da se javni uvid sprovodi samo formalno. Treba napomenuti da, istovremeno sa uvođenjem javnog uvida, menja se i način utvrđivanja javnog interesa Zakonom o ekspropriaciji iz 1995. godine.

Urbanistički plan je do 1995. godine nosio u sebi javni, odnosno opšti, interes za ekspropriaciju. Lokalna samouprava je utvrđivala javni interes donošenjem urbanističkog plana. Zakonom o ekspropriaciji iz 1995. godine utvrđivanje javnog interesa prelazi u nadležnost Vlade Republike Srbije. Urbanistički plan više nije dokaz o postojanju javnog interesa, već se njime dokazuje da je na određenoj nepokretnosti planirana izgradnja površina i objekata javne namene.

### *Sličnosti i razlike*

Na osnovu pozitivnih propisa koji regulišu postupak ekspropriacije, komasaciju poljoprivrednog zemljišta i urbanu komasaciju možemo utvrditi sličnosti i razlike između ova dva pravna instituta. To ćemo uraditi analizom deset bitnih elemenata koja su zajednička za oba ova pravna instituta.

1) Svrha – ekspropriacijom država pribavlja nepokretnosti radi izgradnje objekata i površina javne namene; urbanom komasacijom se vrši preoblikovanje i preraspodela građevinskih parcela i obezbeđivanje građevinskog zemljišta za izgradnju objekata i površina javne namene.

2) Uslovi za sprovođenje – postojanje odgovarajućeg urbanističkog plana preduslov je i za ekspropriaciju i za urbanu komasaciju. Urbanistički plan donosi jedinica lokalne samouprave.

Postojanje javnog interesa je neophodno i za ekspropriaciju i za urbanu komasaciju. Međutim, ovde postoji velika razlika između ova dva postupka.

Javni interes za ekspropriaciju nepokretnosti utvrđuje Vlada Republike Srbije na predlog korisnika ekspropriacije. Urbanistički plan se prilaže kao dokaz o neophodnosti ekspropriacije radi izgradnje određenog objekta javne namene. Protiv rešnja Vlada RS o utvrđivanju javnog interesa dozvoljeno je vođenje upravnog spora. Javni interes za urbanu komasaciju utvrđuje jedinica lokalne samouprave koja istovremeno i donosi urbanistički plan. To znači da opština javni interes utvrđuje urbanističkim planom, odnosno urbanistički plan nosi u sebi javni interes.

Utvrdjivanje javnog interesa urbanističkim planom nije novina u našoj zakonodavnoj praksi. Javni, ili opšti, interes za ekspropriaciju nepokretnosti sve do 1995. godine utvrđivan je urbanističkim planom, odnosno utvrđivala ga je opština donošenjem urbanističkog plana. Donošenjem Zakona o ekspropriaciji 1995. godine utvrđivanje javnog interesa prešlo je na Vladu Republike Srbije.

Obezbeđenje novčanih sredstava za isplatu naknade za ekspropriisanu nepokretnost uslov je za početak postupka eksproprijacije. S obzirom da država u postupku urbane komasacije obezbeđuje zemljište za javne namene trebalo bi predvideti obavezu obezbeđenja novčanih sredstava radi isplate naknade.

3) Postupak eksproprijacije pokreće korisnik eksproprijacije, koji može da bude: Republika Srbija, grad, opština, javno preduzeće ili privredno društvo sa većinskim državnim kapitalom. Odluku o pokretanju postupka urbane komasacije donosi skupština jedinice lokalne samouprave.

4) Postupak eksproprijacije vode opštinske uprave nadležne za imovinsko-pravne poslove, što predstavlja njihov redovan posao.

Urbanu komasaciju, pretpostavljamo, vodiće posebno formirane komisije, kao što je to slučaj sa komasacijom poljoprivrednog zemljišta.

5) Naknada za ekspropriisanu nepokretnost određuje se u novcu prema tržišnoj vrednosti ekspropriisane nepokretnosti.

Ovaj princip bi trebalo da važi i za urbanu komasaciju.

6) Troškovi postupka – u postupku eksproprijacije sve troškove snosi korisnik eksproprijacije. U te troškove spadaju: troškovi pripreme dokumentacije (izrada urbanističkog plana, listovi nepokretnosti, katastarski planovi), troškovi upravnog postupka, sudski troškovi u upravnom sporu i u vanparnici, naknade advokatima za zastupanje.

Pitanje troškova postupka urbane komasacije je dosta složeno pitanje obzirom da bi troškove trebalo raspodeliti na sve učesnike.

7) Sudska zaštita – u postupku eksproprijacije obezbeđena je sudska zaštita. Nezadovoljna stranka može dva puta da pokrene upravni spor. Prvi put protiv rešenja Vlade o utvrđivanju javnog interesa, a zatim i protiv rešenja o eksproprijaciji nepokretnosti. O naknadi za ekspropriisanu nepokretnost odlučuje redovni sud u vanparničnom postupku, ukoliko se pred organom uprave ne zaključi sporazum o naknadi. Pa ukoliko se vlasnik nepokretnosti protivi eksproprijaciji i koristi sva raspoloživa pravna sredstva, postupak eksproprijacije traje najmanje pet godina.

Zakonom o poljoprivrednom zemljištu<sup>12</sup> propisano je da je protiv rešenja Komisije za komasaciju dozvoljena žalba Ministarstvu nadležnom za poslove poljoprivrede.

8) Ulazak u posed nepokretnosti – Prema Zakonu o eksproprijaciji u posed nepokretnosti korisnik eksproprijacije ulazi po pravnosnažnosti odluke o naknadi. Dakle, u posed nepokretnosti ne može da se uđe na osnovu pravnosnažnog rešenja o eksproprijaciji, već na osnovu pravnosnažnog rešenja o naknadi za ekspropriisanu nepokretnost.

9) I eksproprijacija i komasacija predstavljaju meru, odnosno sredstvo za sprovođenje urbanističkog plana. Treba naglasiti da urbanistički planovi uvek

---

<sup>12</sup> Sl. glasnik RS, br. 62/2006.



imaju isti sadržaj propisan zakonom bez obzira da li se on radi za potrebe eksproprijacije ili komasacije.

10) Eksproprijacija se uvek vrši u korist države, odnosno nekog od korisnika eksproprijacije. Eksproprijacija je način sticanja svojine na nepokretnosti za državu. Ali ona je i način prestanka prava svojine za vlasnika nepokretne imovine.

Komasacija se vrši prvenstveno u korist vlasnika nepokretne imovine da bi im se omogućilo racionalnije korišćenje. Komasaacijom se vrši preraspodela građevinskog zemljišta između vlasnika nepokretnosti, pa je ona istovremeno i osnov sticanja i osnov prestanka prava svojine za učesnike komasacije. Za državu komasacije je osnov sticanja prava svojine na zemljištu za javne namene.

Pre nego što pređemo na zaključna razmatranja prikazaćemo zakonska rešenja urbane komasacije u Republici Hrvatskoj.

### *Urbana komasacija u Republici Hrvatskoj*

Jedna od zemalja u okruženju koja već ima urbanu komasaciju je Republika Hrvatska. Republika Hrvatska urbanu komasaciju definiše Zakonom o prostornom uređenju i izgradnji koji je donet 6. aprila 2007. godine.

U članu 2. ovog zakona gde se daje značenje pojmova data je definicija urbane komasacije: "Urbana komasacija je postupak spajanja čestica građevinskog zemljišta u jednoj celini i njezina podjela na građevne i druge čestice u skladu sa detaljnim planom uređenja na području komasacije uz istodobno sređivanje vlasničkih i drugih stvarno-pravnih odnosa na tim zemljištu s ciljem podjele građevinskih čestica vlasnicima tog zemljišta razmjerno njegovoj površini i jedinici lokalne samouprave za potrebe površina javne namene".

Urbanu komasaciji posvećeno je čak 40 članova Zakona. Ciljevi komasacije prema hrvatskom zakonu su: preoblikovanje čestica građevinskog zemljišta u građevinske čestice; sređivanje vlasničkih i drugih stvarno-pravnih odnosa; omogućavanje jedinicama lokalne samouprave građenje i uređenje javnog zemljišta: izgradnja javnih puteva i komunalne infrastrukture.

Stranke u postupku su učesnici komasacije a to su vlasnici i nosioci drugih stvarnih prava na zemljištu koje je obuhvaćeno komasaacijom i jedinice lokalne samouprave. Postupak i područje komasacije određuje se prostornim planom uređenja opština ili grada ili urbanističkim planom a zahvat komasacije je zahvat detaljnog plana uređenja. Za sprovođenje postupka komasacije predstavničko telo županije, odnosno grada osniva "komasacijsko povjerenstvo" koje ima predsednika i četiri člana. Predsednik i članovi imaju svoje zamenike.

Predsednik i njegov zamenik su diplomirani pravnici i službenici su županije. Jedan član i njegov zamenik imenuju se iz reda službenika županije koji su diplomirani inženjeri arhitekture. Po jedan član i njegov zamenik imenuju se iz reda sudija županijskog suda koji imaju radnog iskustva u građansko-pravnim odnosi-

ma, iz reda službenika katastarskog ureda koji je diplomirani inženjer geodezije i iz reda članova opštinskog veća, odnosno predstavnika skupštine lokalne samouprave na čijem se području sprovodi komasacija.

Komasacijsko povjerenstvo radi na sednicama na kojim su prisutni svi članovi, a odlučuju većinom glasova.

Postoji i Državno komasacijsko povjerenstvo koje osniva Vlada. Povjerenstvo ima predsjednika i četiri člana. Predsednik i njegov zamenik imenuju se iz reda službenika Ministarstva koji su diplomirani pravници. Jedan član i njegov zamenik imenuju se iz reda službenika Ministarstva koji su diplomirani inženjeri arhitekture. Po jedan član i njegov zamenik imenuju se iz reda sudija Vrhovnog suda i iz reda službenika Državne geodetske uprave koji je diplomirani inženjer geodezije i reda članova lokalne samouprave na čijoj teritoriji se sprovodi komasacija.

Državno komasacijsko povjerenstvo odlučuje po žalbama protiv rešenja o komasaciji i drugih akata u vezi sa postupkom komasacije. Postupak komasacije pokreće jedinica lokalne samouprave. Uz zahtev se prilaže: detaljni plan uređenja; elaborat parcelacije za formiranje građevinskih i drugih parcela; potpuni podaci iz zemljišnih knjiga i posedovnih listova za zemljište koje je predmet komasacije; popis i stručni opis građevina i trajnih zasada koje je potrebno ukloniti radi komasacije i spisak parcela koje se promenom oblika i površina usklađuju sa detaljnim planom uređenja. Ukoliko su priloženi svi traženi dokumenti komasacijsko povjerenstvo donosi zaključak o sprovođenju komasacije. Zaključak se stavlja na javni uvid 15 dana. Na osnovu ovog zaključka sprovodi se i zabeležba u zemljišnoknjižnom sudu u zemljišnim knjigama i katastarskom uredu. U toku trajanja postupka komasacije, zasnivanje i prenos stvarnih prava moguć je samo uz saglasnost komasacijskog povjerenstva.

Prvi i najbitniji korak je utvrđivanje tržišne cene zemljišta koja se definiše na sledeći način: "Tržišna vrijednost zemljišta je vrijednost zemljišta izražena u cijeni koja se za komasirano zemljište na području komasacije ili sličnom susjednom području može postići na tržištu i koja ovisi o odnosu ponude i potražnje". Namena pojedinačnog zemljišta koje je predmet komasacije određena detaljnim planom uređenja ne može biti od uticaja na utvrđivanje iznosa tržišne vrednosti zemljišta u svrhu isplate naknade u novcu (član 157).

Sledeći korak je utvrđivanje stranaka u postupku i utvrđivanje stvarnog stanja nekretnina. Sve stranke se pozivaju lično da bi se izjasnile o svim činjenicama, kao i da se upoznaju sa svrhom i pravnim posledicama komasacije. Iz komasacione mase prvo se izdvaja zemljište za građenje i uređenje građevina i uređaja komunalne infrastrukture, za objekte zdravstva, obrazovanja, za izgradnju upravnih i drugih javnih građevina potrebnih za obavljanje poslova državne uprave, i to se zemljište dodeljuje jedinici lokalne samouprave. Preostalo zemljište se dodeljuje učesnicima komasacije.

Za razliku između površine zemljišta koja je predmet komasacije i površine koju je učesnik komasacije dobio plaća se naknada u novcu prema tržišnoj vrednosti komasiranog zemljišta. Za zemljište koje je dodeljeno u vlasništvo jedinici lokalne samouprave ranijem vlasniku sledi naknada u novcu u visini tržišne cene komasiranog zemljišta. Naknada u novcu koja pripada učesniku komasacije uvek se umanjuje za iznos troškova komasacije koje plaćaju svi učesnici.

Rešenje o komasaciji objavljuje se u dnevnom listu i stavlja se na oglasnu tablu županije trideset dana. Nakon isteka roka izlaganja svakoj stranci se dostavlja izvod iz rešenja o komasaciji. Nezadovoljna stranka ima pravo žalbe Državnom komasacijskom povjerenstvu u roku od petnaest dana od dana dostavljanja. Data je mogućnost da nakon odluke drugostepenog organa nezadovoljna strana može u vanparničnom postupku tražiti utvrđivanje tržišne vrednosti zemljišta. Pravosnažno rešenje o komasaciji sa elaboratom parcelacije i dokazima o plaćenju naknadi dostavljaju se zemljišno-knjižnom sudu i katastru na sprovođenje.

Zakon o prostornom uređenju i gradnji proglasio je sprovođenje postupka urbane komasacije od interesa za Republiku Hrvatsku. U skladu sa ovim načelom Zakonom je vrlo detaljno regulisan postupak urbane komasacije.

#### ZAKLJUČAK

Na osnovu uporedne tabele uočavamo sledeće sličnosti između eksproprijacije i urbane komasacije: 1) Oba pravna instituta su instrumenti za prelazak građevinskog zemljišta u državnu svojinu radi izgradnje površina i objekata javne namene; 2) Uslovi za sprovođenje oba postupka su: postojanje odgovarajućeg urbanističkog plana koji donosi skupština jedinice lokalne samouprave i postojanje javnog interesa; Oba pravna instituta su instrumenti za sprovođenje urbanističkog plana.

Razlike između eksproprijacije i komasacije su: 1) Primarni i jedini cilj eksproprijacije je sticanje prava svojine države na nepokretnosti radi izgradnje objekata i površina javne namene, kod urbane komasacije ovo je drugorazrdni cilj. Primarni cilj urbane komasacije je preoblikovanje i preraspodela građevinskih parcela vlasnicima ranije postojećih katastarskih parcela radi racionalnijeg komunalnog uređivanja i korišćenja; 2) Postupak utvrđivanja javnog interesa se bitno razlikuje. Javni interes za eksproprijaciju nepokretnosti utvrđuje Vlada Republike Srbije rešenjem, na predlog korisnika eksproprijacije. Protiv rešenja Vlade dozvoljeno je vođenje upravnog spora. Javni interes za vođenje postupka urbane komasacije utvrđuje skupština jedinice lokalne samouprave. 3) Postupak eksproprijacije pokreće korisnik eksproprijacija koji može da bude: država, grad, opština, javna preduzeća i fondovi, kao i privredna društva sa većinskim državnim kapitalom. Postupak komasacije pokreće isključivo skupština jedinice lokalne samouprave.

Bitni elementi za sprovođenje urbane komasacije koje Vlada Republike Srbije treba da reguliše donošenjem podzakonskih akata su: 1) Šta su troškovi postupka urbane komasacije; 2) Ko snosi troškove postupka urbane komasacije; 3) Metodologija utvrđivanja novčane vrednosti građevinskog zemljišta u komasacionom području; 4) Obezbeđenje sudske zaštite; 5) Ko je obveznik plaćanja naknade za promenu namene iz poljoprivrednog u građevinsko zemljište, u slučaju da se urbanom komasacijom promeni namena zemljišta; 6) Ko je obveznik plaćanja poreza na promet apsolutnih prava u slučaju preraspodele i rešavanja imovinsko-pravnih odnosa između vlasnika zemljišta u području urbane komasacije; 7) Kako se rešava problem različitih vrsta svojinskih ovlašćenja na komasacionom području u postupku preraspodele građevinskih parcela. Na građevinskom zemljištu sada postoje tri vrste prava: pravo korišćenja, pravo dugoročnog zakupa i pravo svojine.

MIRJANA VULIĆ  
Assistant Director, The City of Kragujevac  
Building Company

## EXPROPRIATION AND URBAN LAND CONSOLIDATION SIMILARITIES AND DIFFERENCES

### Summary

While passing the regulations we must bear in mind the primary goal of urban land consolidation which is reshaping and redistribution of newly formed building lots to the owners of prior cadastral lots in order to rationalize the usage and better utility infrastructure. Urban land consolidation isn't supposed to be the substitute for expropriation. Local government units should be the only means and manner of obtaining building lots for public usage.

## VRSTE ZEMLJIŠNOG DUGA KAO REALNOG SREDSTVA OBEZBEĐENJA

### U V O D

U odnosu na ostale oblike realnih sredstava obezbeđenja<sup>1</sup>, hipoteka se do sada dokazala kao tradicionalno najvažniji oblik, zbog trajnosti i velike vrednosti nepokretnosti, kao predmeta zaloge. Međutim, princip akcesornosti hipoteke modernim tržištima predstavlja veliku smetnju,<sup>2</sup> koja vidno smanjuje njenu prometnu sposobnost.<sup>3</sup>

Potreba za efikasnijim, fleksibilnijim, samostalno prometljivim sredstvima realnog obezbeđenja potraživanja, podstakla je zakonodavce u mnogim evropskim zemljama (pa i u našem okruženju) da preispitaju potrebu proširenja postojećih akcesornih sredstava stvarnog obezbeđenja – neakcesornim. Najinteresantnijim za “preuzimanje” zasad se čini institut zemljišnog duga koji poznaje nemačko pravo,<sup>4</sup> zatim švajcarsko, u nešto izmenjenom vidu – kao rentno pi-

---

Aleksandra Pavićević, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

<sup>1</sup> U uporednom pravu to su: zemljišni i rentni dug, pismo o dugu i rentno pismo, fiducijarni prenos prava svojine u cilju obezbeđenja..., kao i eurohipoteka.

<sup>2</sup> N. Gavella, *Uloga hipoteke u osiguranju vjerovnika i aktiviranju dužnikove imovine*, Pravo u gospodarstvu, vol. 34, br. 7-8/95, str. 537.

<sup>3</sup> N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković, *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, str. 732.

<sup>4</sup> Nemački građanski zakonik (internet adresa: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/)). U daljem tekstu NGZ.

smo<sup>5</sup>, a do skoro ga je poznavalo i pravo Slovenije.<sup>6</sup> Ipak, u zemljama u tranziciji, osim nedostatka pravne tradicije, postoji i bojazan od neakcesornih sredstava obezbeđenja – kao nedovoljno pravno bezbednih po dužnika, što se smatra glavnim razlogom što još uvek vode “život u seni”.<sup>7</sup> Ipak, uočeni nedostaci hipoteke i istovremeno, praktične prednosti zemljišnog duga, nameću pitanje potrebe za uvođenjem novog specifičnog oblika stvarnopravnog obezbeđenja i u domaćem pravu.<sup>8</sup>

S obzirom na iznetu problematiku, cilj rada je da ispitamo da li je neakcesorni zemljišni dug adekvatna dopuna akcesornoj hipoteci i u domaćem pravu. S obzirom na činjenicu da je institut zemljišnog duga veoma kompleksan i da se može analizirati iz više različitih aspekata, predmet istraživanja u ovom radu ograničili smo na vrste zemljišnog duga sadržane u uporednom pozitivnom pravu.

Osnovni cilj rada je pokušaj da ocenimo svrsishodnost uvođenja ovog instituta u srpsko pravo *de lege ferenda*, naročito s osvrtom na prednosti i nedostatke svake pojedine vrste. U hipotezi opredeljenja za uvođenje zemljišnog duga u buduće pravo Srbije, cilj je da preciziramo *uslove* pod kojima bi ono bilo opravdano, tj. da opredelimo vrste zemljišnog duga koje se u našim uslovima čine optimalnim, s obzirom na važnost očuvanja načela pravne sigurnosti. Ovo pitanje smatramo naročito aktuelnim u sadašnjem trenutku, s obzirom na rad na kodifikaciji stvarnog prava Srbije koji je u toku, i uopšte, na izradi budućeg Građanskog zakonika Srbije.

Nacrtom zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Srbije iz 2006.<sup>9</sup> regulisan je jedan oblik neakcesornog sredstva obezbeđenja – realni dug. Stoga je naše nastojanje da ovim radom ocenimo adekvatnost predloženog rešenja, i eventualno, damo doprinos u postavljanju pravnog okvira ovog novog pravnog instituta.

<sup>5</sup> Švajcarski građanski zakonik (internet adresa: <http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/210.en.pdf>). U daljem tekstu ŠGZ.

<sup>6</sup> Zemljišni dug je bio regulisan u čl. 192-200 Stvarnopravnog zakonika Slovenije “Uradni list Republike Slovenije” 87/2002, u daljem tekstu SPZ Zakon o spremah Stvarnopravnega zakonika - SPZ-a (Uradni list RS, št. 91/13 z dne 5.11.2013). Zemljišni dug je osim u Sloveniji uveden i u pravu Mađarske i Estonije, a planirano je njegovo uvođenje *de lege ferenda* u Poljskoj, Federaciji BiH i Srbiji.

<sup>7</sup> T. Meyer, *Kvaziakcesornost zemljišnog duga u njemačkom pravu*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 3, Mostar, 2005, str. 421.

<sup>8</sup> M. Živković, *O uvođenju tzv. neakcesornih založnih prava na nepokretnostima u pravo Srbije*, Zbornik radova Aktuelna pitanja građanske kodifikacije, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, 2008, str. 195.

<sup>9</sup> Ka novom stvarnom pravu Srbije – Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Srbije (Auf dem Wege zu einem neun Sachenrecht Serbiens), Beograd, 2007.

## POJAM ZEMLJIŠNOG DUGA

Zemljišni dug (*Grundschild*)<sup>10</sup> se u pravnoj teoriji najsažetije određuje kao: pravo da se iz vrednosti opterećene nepokretnosti naplati određena suma novca.<sup>11</sup> Ovakav pojam izveden je iz § 1191 NGZ, u kojem je titular ovog prava nazvan *poveriocem zemljišnog duga*,<sup>12</sup> ovlašćenim da zahteva sudsku prodaju opterećene nepokretnosti i da iz vrednosti ostvarene prodajom *naplati iznos zemljišnog duga*.

Iako na prvi pogled navedeno zakonsko određenje zemljišnog duga podseća na određenje hipoteke,<sup>13</sup> slažemo se sa stavom da je već u njemu primetna suštinska karakteristika ovog pravnog instituta: neakcesornost.<sup>14</sup> I realizacijom hipoteke se takođe isplaćuje iznos novca “iz nekretnine”, ali isključivo “radi namirenja potraživanja koje poveriocu pripada”.<sup>15</sup> Zemljišni dug ne zavisi od potraživanja: “on iz samog sebe daje pravo na namirenje iz vrednosti zemljišta”, tj. kod njega je “pravo otuđivanja nepokretnosti – samosvrha bez ikakvih preduslova”.<sup>16</sup> Upravo ova samostalnost ga razlikuje od hipoteke, kod koje su uslovi namirenja hipotekarnog poverioca: dospelo potraživanje, dužnička docnja i poveriočev izbor načina namirenja.<sup>17</sup> Pri tom, naziv instituta, kome je očigledan uzor bio nemački zemljišni dug, u tekstu domaćeg Nacrta je *realni dug* - što je u delu pravne teorije ocenjeno kao “smelo”<sup>18</sup>. Ipak, predloženi naziv nam se čini možda čak terminološki adekvatnijim, s obzirom da predmet zemljišnog duga nije nužno svojina na zemljištu, već i zgrada, poseban deo zgrade, suvlasnički udeo, ali i druga opteretiva prava na nepokretnosti.<sup>19</sup>

<sup>10</sup> U prevodu sa nemačkog jezika “dug koji opterećuje zemljište”, R. Hansen – Kokoruš, J. Matešić, Z. Pečur – Medinger, M. Znika, Deutsch – Kroatisches Universalwörterbuch, Zagreb, 2005.

<sup>11</sup> M. Živković, *Hipoteka i zemljišni dug*, Promene stvarnog prava u Srbiji, Mogućnosti reforme u okviru regionalnog razvoja u jugoistočnoj Evropi, Beograd, 2004.

<sup>12</sup> Grundschildgläubiger.

<sup>13</sup> Uporediti paragrafe: 1113. i 1191. NGZ; Videti i: Čl. 2 Zakona o hipoteci Republike Srbije: “Hipoteka je založno pravo na nepokretnosti, koje ovlašćuje poverioca da, ako dužnik ne isplati dug o dospelosti zahteva naplatu potraživanja obezbeđenog hipotekom iz vrednosti nepokretnosti, pre običnih poverilaca i pre docnijih hipotekarnih poverilaca, bez obzira u čijoj se svojini nepokretnost nalazi.” Zakona o hipoteci, Sl. glasnik RS, br. 115/2005.

<sup>14</sup> T. Meyer, *op. cit.*, p. 422; D. Medić, *Novo stvarno pravo Republike Srpske*, Banja Luka 2011, str. 72.

<sup>15</sup> § 1113 NGZ.

<sup>16</sup> H. Westermann, *Sachenrecht*, Karlsruhe, 1960.p. 565.

<sup>17</sup> Videti: N. Planojević, *Stvarno pravo u praksi*, Kragujevac, 2012, str. 369.

<sup>18</sup> Ulrich Drobnič, dostupno u knjizi: *Ka novom stvarnom pravu Srbije – Nacrt zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima*, Beograd, 2007, str. 164.

<sup>19</sup> Čl. 606 i čl. 607 Nacrta.

Na osnovu navedenog, zemljišni dug možemo definisati kao “ograničeno stvarno pravo na tuđoj (ili sopstvenoj) nepokretnosti neakcesornog karaktera, koje kao sredstvo obezbeđenja ili u nekoj drugoj funkciji ovlašćuje titulara da po njegovoj dospelosti iz vrednosti opterećene stvari naplati određeni novčani iznos (iznos zemljišnog duga)”.

Ovakav pojam realnog (zemljišnog) duga odredili smo utvrđivanjem šireg roda ovog pojma (*genus proximum*) kao stvarnog prava, i to najčešće prava obezbeđenja. Sadržina ovog prava je pravo na unovčenje, kao i kod hipoteke, ali s bitnim osobenostima. Otud, vrsna razlika (*differentia speciffica*) pojma zemljišnog duga u odnosu na hipoteku i druga stvarna prava obezbeđenja je: 1) neakcesornost u nastanku, trajanju, prenosu i prestanku; 2) mogućnost vršenja više funkcija, ne isključivo obezbeđujuće, zavisno od volje lica koje zemljišni dug konstituše (poklon, unos udela u privredno društvo, čuvanje prvenstvenog ranga i sl).

Nacrtom je ovaj pojam dopunjen pravom sledovanja: posebnim pravom naplate koje postoji “bez obzira na promenu vlasnika nepokretnosti i bez obzira kod koga se ona nalazi”.<sup>20</sup> Ipak, uvođenje prava sledovanja u definiciju ovog pojma čini nam se suvišnim, s obzirom da je reč o pravu koje čini sadržinu ovog instituta, a ne deo pojmovnog određenja.

#### VRSTE ZEMLJIŠNOG DUGA

Cilj pregleda oblika zemljišnog duga je izvođenje zaključka o svrsishodnosti svake vrste i usklađenosti prakse, a sve u cilju eventualnog preuzimanja u buduće srpsko pravo. U nemačkom zakonodavstvu postoji najviše vrsta zemljišnog duga, te će nam ono biti polazište za analizu, kao i komparaciju sa švajcarskim rešenjem. U NGZ je do skoro izričito bio regulisan samo vlasnički zemljišni dug, dok je ostale vrste sistematizovala pravna teorija, tumačeći odredbe ovog zakona, naročito - shodnom primenom odredaba o hipoteci. Vrste zemljišnog duga koje pominju nemački autori moguće je razvrstati u grupe primenom 3 različita kriterijuma: 1) *prema svrsi*: obezbeđujući i izolovani zemljišni dug; 2) *prema načinu nastanka i prenosa*: knjižni i u obliku pisma; 3) *prema licu u čiju korist se zasniva*: svojinski i nesvojinski.

Podvrstom zemljišnog duga smatra se i *rentni dug*<sup>21</sup> koji je specifičan po tome što ne glasi na jednokratni novčani iznos, već na redovno ponavljajuća novčana dospeća. Pandan ovoj vrsti u švajcarskom pravu je rentno pismo (Gült).<sup>22</sup> Ova vrsta zemljišnog duga neće biti predmet našeg daljeg izlaganja, zbog svoje re-

<sup>20</sup> Videti: čl. 597 Nacrta.

<sup>21</sup> Rentni dug je u NGZ uređen § 1199-1203. U SPZ rentni dug nije normiran.

<sup>22</sup> Čl. 847-853 ŠGZ odnose se samo na rentno pismo.



lativno male upotrebne vrednosti u praksi.<sup>23</sup> Ipak, ova vrsta realnog duga predviđena je Nacrtom,<sup>24</sup> uz napomenu da se na rentni dug shodno primenjuju odredbe o realnom dugu. Takođe, nećemo podrobnije analizirati ni *pojedi-načni*, *zajednički*<sup>25</sup> i *amortizacioni* zemljišni dug, s obzirom na shodnu primenu odredaba o vrstama hipoteke.<sup>26</sup> Stoga će predmet naše dalje analize biti 6 najvažnijih vrsta zemljišnog duga u nemačkom pravu, sledeći navedene kriterijume, pri čemu je važno napomenuti da se zemljišni dug može konvertovati iz jedne vrste u drugu.

## PODELA PREMA NAČINU NASTANKA I PRENOSA

### *Knjižni zemljišni dug*

Kriterijum prve podele zemljišnog duga je formalne prirode: baziran na shodnoj primeni odredbe § 1116 NGZ o hipoteci, kao mogućnosti zasnivanja u vidu pisma (*Briefgrundschuld*) ili knjižnog prava (*Buchgrundschuld*). Ovu podelu poznaje nemačko pravo, tekst Nacrta,<sup>27</sup> a od skoro i švajcarsko pravo. Izuzetak je bivša slovenačka regulativa koja nije predviđala institut knjižnog zemljišnog duga.<sup>28</sup> Ukoliko prilikom konstituisanja prava zemljišnog duga to nije izričito isključeno, pretpostavka nemačkog zakonodavca je da je zasnovano pravo u obliku pisma što ne isključuje mogućnost transformisanja iz jednog oblika u drugi.<sup>29</sup> Dakle, osnovna ideja je činjenje zemljišnog duga prometljivim, što se na prvi pogled čini nedostatkom knjižnog modaliteta.

Ovaj pojavni oblik zemljišnog duga nastaje trenutkom upisa u zemljišne knjige, što je zajedničko za obe forme. Razlika je vidljiva kod prenosa knjižnog zemljišnog duga: putem uknjižbe cesionara, a realizacija prava je garantovana upisom svakog narednog sticaoca prava zemljišnog duga u javnom registru. Nuž-

---

<sup>23</sup> Upotreba rentnog duga redukovana je uglavnom na obezbeđenje potraživanja plaćanja rente. Navedeno prema: D. Medić, nav. delo, str. 189

<sup>24</sup> Čl. 643 Nacrta *rentni dug* je regulisan na sledeći način: "Ako dugoprimac ima pravo periodične naplate određenog iznosa novca iz vrednosti nepokretnosti (pravo rentnog duga), dugodavac je ovlašćen da dugoprimcu svagda, po isteku roka od 6 meseci od svoje izjave o naplativosti rentnog duga, isplati novčani iznos ukupne vrednosti rentnog duga, naznačen u javnom registru."

<sup>25</sup> Zajednički realni dug je onaj koji se zasniva na više nepokretnosti, ma kom vlasniku pripadale, pri čemu dugoprimac može ceo realni dug da naplati iz jedne ili više opterećenih nepokretnosti, po svom izboru. Videti: Čl. 600 Nacrta:

<sup>26</sup> Videti: M. Živković, nav. delo, str. 211

<sup>27</sup> Videti: čl. 597 stav 2 Nacrta

<sup>28</sup> Brisani čl. 194 stav 2 SPZ. U slovenačkom pravu hipoteka može biti isključivo knjižna, a zemljišni dug je mogao biti isključivo u obliku pisma, za razliku od nemačkog prava u kome oba instituta mogu postojati u obe forme. D. Medić, *Zemljišni dug kao neakcesorno sredstvo obezbeđenja potraživanja na nekretninama*, Pravni život, br. 10/2006, str. 607.

<sup>29</sup> *Ibid.* Shodna primena § 1116 NGZ.

nost svakog sledećeg upisa kao načina sticanja, čini prenosivost ovog oblika zemljišnog duga – usporenom, što je očigledno smetnja u praksi. Njegovom prednošću smatramo očuvanje publiciteta, kao i garanciju pravne sigurnosti i načela poverenja u javne knjige.

### *Zemljišni dug u obliku pisma*

Razlike zemljišnog duga u obliku pisma u odnosu na knjižni zemljišni dug su sledeće: 1) *zasnivanje* ovog prava u vidu pisma prati i dodatna radnja: osim sporazuma i upisa u zemljišnu knjigu, neophodno je i izdavanje i predaja pisma poveriocu zemljišnog duga (§ 1117 NGZ). Zapravo, momentom uknjižbe zemljišni dug nastaje - kao knjižni vlasnički, s tim što se pretvara u pismeni momentom predaje pisma zemljišnog duga novom titularu, najčešće poveriocu određenog potraživanja.<sup>30</sup> 2) *prenos* pisma zemljišnog duga odvija se vanknjižno - pismenom izjavom o prenosu i predajom hartije od vrednosti sticaocu, za razliku od knjižnog zemljišnog duga, čiji se prenos vrši obaveznom uknjižbom sticaoca. 3) *realizacija* prava: kod otkaza i opomene, kao i kod naplate prava u sudskom postupku, isplatu ovog zemljišnog duga može zahtevati samo onaj na koga je pismo preneseno i to uz prezentaciju pisma.<sup>31</sup>

Pismo zemljišnog duga nemačkog prava predstavlja javnu ispravu, a u pravnoj teoriji smatra se nepravom *obligacionopravnom hartijom od vrednosti na ime*,<sup>32</sup> kod koje pravo na hartiju prati pravo iz hartije. Budući inkorporisan u zemljišno pismo, zemljišni dug se prenosi po pravilima koja važe za prenos hartija od vrednosti na ime – građanskopravnom cesijom, pa je i sticanje prava povezano sa predajom hartije.<sup>33</sup>

U nekadašnjem slovenačkom pravu pismo zemljišnog duga je bilo koncipirano kao *stvarnopravna hartija od vrednosti po naredbi*, putem čijeg prenosa se prenosi i zemljišni dug. Svojestvo zakonitog poverioca ovog prava dokazivalo se

<sup>30</sup> Reinicke/Tiedtke, *Kreditsicherung*, str. 334. Navedeno prema: M. Powlakić, *Zemljišni dug u usporednom pravu*, Zbornik pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1/2005., str. 236.

<sup>31</sup> Sva navedena pravila izvode se primenom odredaba o hipoteci: § 1117, 1163 abs. 2, 1154, 1069 BGB. V. K. H. Schwab, H. Prütting, 261. Navedeno prema: M. Živković, nav. delo, str. 212; M. Powlakić, nav. delo, str. 236.

<sup>32</sup> Novi nemački zakon o založnom pismu Pfandbriefgesetz iz 2005. uređuje izdavanje hartija od vrednosti sa pokrićem u hipotekarnim tražbinama. Pfandbrief je obeznicna, tj. hartija od vrednosti sa pokrićem u tražbinama iz hipotekarnih kredita kojom se njen izdavalac obavezuje da, po dospeću potraživanja isplaćuje nominalne iznose vlasnicima hartija. Videti: M. Lazić, *Prava realnog obezbeđenja*, str. 159.

<sup>33</sup> Videti: D. Stojanović, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 2000, str. 405. Prenos prava iz hartije bez prenosa stvarnog prava na hartiji je bez značaja, pošto se pravo bez isprave ne može naplatiti.

vlasništvom na pismu i neprekinutim nizom indosamenata.<sup>34</sup> Prednost ove hartije od vrednosti je i njeno svojstvo izvršnog naslova,<sup>35</sup> što znatno olakšava postupak naplate poverioca. U poređenju sa nemačkim rešenjem, bivše slovenačko nam se čini bižim suštini, jer je u ovu hartiju zaista upisano jedno stvarno pravo, a ne obligaciono. Osim toga, prometljivija je hartija po naredbi nego na ime.

Zanimljivo je da se prema Nacrtu, u situaciji postojanja razlike u sadržini zemljišne knjige i pisma, prednost se daje sadržini pisma,<sup>36</sup> što zapravo znači *odstupanje od načela pouzdanja zemljišnih knjiga*.<sup>37</sup> Iz zemljišnih knjiga se saznaje da je zemljište opterećeno zemljišnim dugom i za koji iznos, ali ne i na koga je pismo preneto.<sup>38</sup> Čini se da se na ovaj način dovodi u pitanje poverenje u zemljišne knjige, kao i pravna sigurnost koja je, s druge strane, garantovana knjižnom formom.

*Ratio legis* pismene forme je koncept lake cirkulacije ovog prava sadržanog u pismu zemljišnog duga, zbog čega se zakonskom dispozitivnom normom i pretpostavlja ova forma, ukoliko voljom zasnivaoca nije isključena.<sup>39</sup> Pismo se smatra pogodnijim u praksi, zbog: 1) brzog vanknjižnog prenosa – predajom zemljišnog pisma novom poveriocu; 2) zagarantovane anonimnosti ovlašćenog lica.<sup>40</sup> Pravni pisci ističu da se na ovaj način ekonomska vrednost nekretnine može bukvalno držati u novčaniku te da je njome moguće vršiti plaćanje u bilo kom trenutku.<sup>41</sup> Poverilac pisma zemljišnog duga (najčešće hipotekarna banka) u svako doba može da unovči pismo prodajom na berzi i dobije zagarantovanu kamatu.<sup>42</sup> Nesumnjivo je, dakle, da se na ovaj način postiže željeni efekat aktiviranja vredno-

---

<sup>34</sup> D. Medić, *Zemljišni dug kao neakcesorno sredstvo obezbeđenja potraživanja na nekretninama*, str. 608.

<sup>35</sup> Brisani čl. 199 stav 2 SPZ.

<sup>36</sup> Videti čl: 621 stav 6 Nacrta.

<sup>37</sup> Jauernig, BGB, § 1140 Rn 2, str. 1124. Navedeno prema: M. Pvlakić, nav.delo

<sup>38</sup> Ako lice E konstituiše zemljišni dug u vidu pisma u korist lica C, on ne može znati na osnovu zemljišnih knjiga da li je i koliko dugo C poverilac ovog prava. C može da prenese zemljišni dug predajom pisma novom titulara, pa se svaki pravni sledbenik mora prema licu E legitimisati pismom zemljišnog duga radi naplate. E želi da za svoje preduzeće dobije veći kredit od banke. Pošto još ne zna koja banka će mu odobriti kredit, da bi izbegao da konkurencija sazna kome on duguje, na sebe upiše svojinski zemljišni dug u obliku pisma. Kad pronađe banku C koja mu odobrava kredit, on prenosi na banku i predaje joj pismo zemljišnog duga, čime svojinski oblik pretvara u tuđ (strani) zemljišni dug. Primer preuzet od: D. Stojanović, *Stvarno pravo*, Kragujevac, 1998, str. 247.

<sup>39</sup> Shodna primena § 1116 NGZ.

<sup>40</sup> D. Medić, *Pravo obezbeđenja potraživanja*, Banja Luka, 2013, str. 187; D. Stojanović, *Stvarno pravo*, Kragujevac, 1998, str. 247.

<sup>41</sup> Brehm, Berger, str. 296. Navedeno prema: A. Dežman, *Zemljišni dug*, *Pravni život*, br. 10/2005, str. 616.

<sup>42</sup> D. Stojanović, B. Pavićević, *Pravo obezbeđenja kredita*, Beograd, 1997, str. 238.

sti imovine i mobilizuje promet pravima obezbedjenja,<sup>43</sup> omogućavanjem daljeg olakšanog prometa ove vrste kapitala. Ipak, nemački pravni pisci nisu jednoglasni u oceni koja od ove dve vrste zemljišnog duga u praksi ima više prednosti. Za razliku od ranije vladajućeg stava da je oblik pisma pravilo – kao prometnija forma,<sup>44</sup> u teoriji se ističe da se u novijoj bankarskoj praksi (kao tipičnom poveriocu zemljišnog duga) – sve više koristi knjižni oblik, usled nezainteresovanosti za prometnu sposobnost pisma.<sup>45</sup> Razlog ovome je sadržina ugovora o svrsi osiguranja, kojim bankama nije dozvoljen prenos zemljišnog duga, te im forma pisma nije primamljiva, za razliku od prednosti koje im knjižna forma pruža: manji troškovi, promene koje ne moraju biti upisane u pismu, izbegavanje problema oko čuvanja pisma.<sup>46</sup> Za razliku od nemačkog zakonodavca, doskorašnje slovenačko pravo je predviđalo isključivo ovaj oblik zemljišnog duga,<sup>47</sup> uz dodatnu razliku što se u SPZ pismo zemljišnog duga tretiralo kao *pravu hartiju od vrednosti po naredbi*, uz svojstvo izvršne isprave.<sup>48</sup> Ova dva poslednja svojstva poseduje i pismo realnog duga u koncepciji Nacrta<sup>49</sup>, uz detaljnu regulativu u pogledu: organa nadležnog za sačinjavanje ove hartije od vrednosti i njene sadržine.<sup>50</sup> U švajcarskom pravu pismo o dugu je uvek hartija od vrednosti – jer se prava koja utelovljava ne mogu ni vršiti ni preneti osim posredstvom hartije. Ona može da glasi na ime, uključujući i ime vlasnika opterećene nepokretnosti (svojinsko pismo o dugu), ali i na donosioca.<sup>51</sup> *Zemljišni dug na donosioca (Inhabergrundschuld)* predstavlja posebnu vrstu zemljišnog duga koji postoji isključivo u formi pisma. Na njega se primenjuju odredbe o obveznicama na donosioca, pa ga prenos predajom čini prometno “najsposobnijim”, ali u praksi nedovoljno rasprostranjenim.<sup>52</sup>

Upoređujući različita rešenja ove forme zemljišnog duga, najbližnja su rešenja Nacrta i bivše rešenje slovenačkog zakonika: 1) priznato svojstvo hartije od vrednosti ovom obliku zemljišnog duga: 2) precizno opredeljena vrsta hartije od

<sup>43</sup> N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković, *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, str. 732.

<sup>44</sup> Jauernig, BGB, § 1192 Rn 2, str.1113. Navedeno prema: M. Povlakić, nav. delo, str.

<sup>45</sup> M. Živković, nav. delo, str. 212.

<sup>46</sup> M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, *Stvarnopravni zakonik s komentarjem*, Ljubljana, 2004, str. 799.

<sup>47</sup> Brisani čl. 199 SPZ.

<sup>48</sup> M. Živković, nav. delo, str. 213.

<sup>49</sup> “Pismo realnog duga je hartija od vrednosti po naredbi u kojoj je utelovljeno pravo realnog duga, čiji je prvi imalac dugodavac” (Čl. 621 stav 1); “Naplativo pismo realnog duga je izvršna isprava” (Čl. 621 stav 4).

<sup>50</sup> Videti: čl. 621 Nacrta.

<sup>51</sup> Čl. 432 ŠGZ.

<sup>52</sup> V. J. Wilhelm, 2007, Rn 1477, p. 580. Navedeno prema: M. Živković, nav. delo, str. 213.

vrednosti, a time i način njenog prenosa. Iz gore iznetih razloga, to rešenje smatramo i primerenim potrebama prakse.

#### PODELA PREMA KRITERIJUMU SVRHE

##### *Obezbeđujući zemljišni dug*

Ova vrsta zemljišnog duga rezultat je podele prema *kriterijumu njegove svrhe*: bilo da se tek zasniva ili prenosi prethodno konstituisani zemljišni dug (tzv. svojinski). Termin *osiguravajući zemljišni dug* (*Sicherungsgrundschuld*) je nastao u nemačkoj bankarskoj praksi, a tek izmenama NGZ iz 2008. je postao zakonska kategorija, uređena na drugačiji način u odnosu na izolovani zemljišni dug.<sup>53</sup> Tekstom Nacrta je ovaj oblik realnog duga izričito normiran uz *mogućnost upisa njegove ograničavajuće svrhe u javnom registru i pismu realnog duga*, kao i upisa podataka o obezbeđenom potraživanju.<sup>54</sup> Sam naziv upućuje na obezbeđujuću svrhu, čime se donekle vrši “distanciranje” od neakcesorne prirode ovog stvarnog prava. Ova vrsta je “najmanje neakcesorna”, ako se tako možemo izraziti, jer se najviše približava dejstvima akcesornosti (koje samo ostvaruje drugačijim sredstvima). Svrha ovog modaliteta zemljišnog duga i hipoteke je gotovo ista, razlikuje se samo način na koji je zakonom uređen odnos između ovih prava i potraživanja.<sup>55</sup> Iako neakcesoran, obezbeđujući zemljišni dug se posredstvom ugovora o svrsi osiguranja dovodi u vezu sa pravnim odnosom iz koga proizilazi potraživanje - povodom čijeg obezbeđenja je i nastao, te uslovljava dozvoljenost vršenja ovog prava dospelošću i obimom obezbeđenog potraživanja.<sup>56</sup> Tako je pravnim poslom sa strogo obligacionim pravnim dejstvom uređivan odnos isključivo između saugovarača, pri čemu u slučaju prenosa prava zemljišnog duga - sticalac nije stupao u ovaj odnos *inter partes*.<sup>57</sup>

Pravni pisci ističu da je obeležje fiducijarnosti ugovora o svrsi osiguranja ozbiljno dovedeno u pitanje nakon najnovijih izmena NGZ kojima je, faktički, sporazumu o obezbeđenju dato dejstvo *erga omnes*, dakle bez upisa u javnom registru. Osnovna odlika fiducijarnog pravnog posla je interno pravno dejstvo, koje se ovde transformiše u apsolutno – mogućnošću isticanja prigovora iz ugovora o svrsi osiguranja svim trećim licima.<sup>58</sup> Na ovaj način, vlasnik opterećene nepokret-

---

<sup>53</sup> D. Softić Kadenić, *Između akcesornosti i neakcesornosti*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, L III/2010, str. 398.

<sup>54</sup> Videti: čl. 602 stav 1 i stav 2 Nacrta.

<sup>55</sup> H. Westermann, *op. cit.*, p. 566.

<sup>56</sup> Videti: čl. 602 stav 3, 4, 5.

<sup>57</sup> H. Westermann, *op. cit.*, p. 815; H. Gaberdiel, *Kreditsicherung durch Grundschulden*, 7 neu bearbeitete Aufl, Deutsche Sparkassen Verlag, Stuttgart, 2004. p. 562.

<sup>58</sup> Ovo je jedno od najviše diskutovanih pitanja u nemačkoj doktrini.

nosti biva zaštićen od (ranije realne) mogućnosti dvostruke naplate. U slučaju nezakonitog namirenja od strane sticaoca obezbeđujućeg zemljišnog duga, predviđena je naknada štete dužniku po osnovu objektivne odgovornosti, bez obzira na krivicu.<sup>59</sup> Međutim, opasnosti sada biva izložen primalac obezbeđenja. Iako savestan (ne zna i ne može znati da otuđilac prava zemljišnog duga nije bio ovlašćen da njime raspolaže), mora da trpi prigovore koje bi vlasnik nepokretnosti mogao da podnese prenosiocu (tzv. “akcesornost u realizaciji zemljišnog duga”).<sup>60</sup> Ovo pitanje smatramo važnim, jer se tiče “opasnosti” od neakcesornosti zemljišnog duga, što je njegova najveća prednost, ali i najveća mana u odnosu na hipoteku.

Čini nam se da ova koncepcija, ma koliko kompleksno zvučala, očigledno služi svrsi, što nemačka praksa uporno dokazuje, iako je teorijski teško “uklopiva”. Možemo zaključiti da se ovakvim krajnjim ishodom – obezbeđujući zemljišni dug znatno približio akcesornoj hipoteci, u korist vlasnika nepokretnosti. Smatramo da je time otklonjena najveća bojazan od ovog pravnog instituta u zemlji – čiji zakonodavci razmišljaju o preuzimanju zemljišnog duga u svoje sisteme. U teoriji se ističe da je zemljišni dug tako postao pravno bezbedniji čak i od hipoteke,<sup>61</sup> što ga čini vrlo prihvatljivim za recepciju i u drugačijim pravnim sistemima od nemačkog.

S druge strane, u pravnoj teoriji iznet je stav (kao komentar rešenja Nacrta) da budućem srpskom pravu “nisu potrebna komplikovana posebna pravila o obezbeđujućem zemljišnom dugu”.<sup>62</sup> Tako se ističe kao suvišna – ugovorom uspostavljena akcesornost obezbeđenog potraživanja (u situaciji postojanja hipoteke, kao već “izgrađenog instrumenta”), na način kojim se krše pravila za apstraktni zemljišni dug. Umesto ovog tipa realnog duga, predlaže se<sup>63</sup> pretvaranje zemljišnog duga u hipoteku i obrnuto. Očigledno je da se u prilog, ali i protiv uvođenja zemljišnog duga u domaći pravni sistem mogu istaći valjani argumenti. Razlog protiv je, pre svega, činjenica da naša sudska praksa nikada nije stvorila zemljišni dug, za razliku od fiducijarnog prenosa svojine, što je pokazatelj nepostojanja realne potrebe za njim u praksi. Ovaj institut je “veštački” preuzet iz stranog prava, pa možemo postaviti pitanje: da li je adekvatnije preuzeti zemljišni dug samo u čistoj formi, kao isključivo neakcesorno sredstvo obezbeđenja, u situaciji postojanja akcesorne hipoteke?

U tom smislu, prethodno naveden predlog pokazuje “osećaj” za drugačiji pravni sistem od nemačkog, za domaćeg sudiju kome bi ovaj institut bio potpuna nepoznanica, a naročito opasnost za laika, koji se može i pokajati zbog izabranog

<sup>59</sup> M. Živković, nav. delo, str. 235.

<sup>60</sup> M. Živković, nav. delo, str. 260.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> U. Drobnič, Ka novom stvarnom pravu Srbije, nav. delo, str. 167.

<sup>63</sup> *Ibid.*

sredstva realnog obezbeđenja. Iz tog ugla posmatrano, autonomija volje pojedinca dolazi do izražaja kroz mogućnost pretvaranja neakcesornog zemljišnog duga u akcesornu hipoteku. Polazeći od specifičnih društvenih okolnosti u našoj zemlji (stanje prethodno zapostavljane hipoteke u uslovima netržišne privrede), uvođenje radikalno drugačijeg sredstva obezbeđenja može značiti normiranje odnosa koji su ispred svog vremena. Osim toga, ova komplikovana pravila o činjenju neakcesornog sredstva obezbeđenja kvaziakcesornim, biće svakako izazov za primenu u praksi.

Međutim, brojni su i argumenti u prilog uvođenja obezbeđujućeg realnog duga: autonomija volje obligacionog prava, sloboda disponiranja ugovorenim, fiducijarno dejstvo ugovora o svrsi osiguranja – koji u slučaju da nije upisan u javnoj knjizi pruža ugovaračima znatno veći stepen slobode u kreiranju ugovornog odnosa, željenu diskreciju i slobodno raspolaganje. S obzirom da je veza zemljišnog duga i potraživanja koje on obezbeđuje – voljom stranaka, a ne zakonom uređena,<sup>64</sup> smatramo da posredno činjenje sredstva obezbeđenja zavisnim od obezbeđenog potraživanja, iako slično – nije i ne može biti istovetno zakonskoj akcesornoj prirodi hipoteke, pa ni u izmenjenoj koncepciji. Ovu pojavu pojedini autori označavaju kao “*apsolutizovanje obligacionog odnosa*”, koje poprma dejstvo – nalik erga omnes,<sup>65</sup> što smatramo adekvatnim određenjem. Na ovaj način, kvaziakcesornost zemljišnog duga i teorijskipravno i praktično, opravdano koegzistira sa akcesornom hipotekom i “ponudu” sredstava obezbeđenja čini raznovrsnijom i zavisnom isključivo od potreba korisnika. Licu nezadovoljnom prvobitnim izborom prava obezbeđenja, ostaje mogućnost njegovog pretvaranja u hipoteku, čime realni dug postaje klasično akcesorno sredstvo obezbeđenja, potpuno zavisno od potraživanja kao glavnog prava, u svom nastanku, postojanju, prenosu i prestanku.

#### *Izolovani zemljišni dug*

Primenom kriterijuma svrhe, možemo izdvojiti i drugu vrstu, tzv. *izolovani zemljišni dug* (*Isolierte Grundschuld*)<sup>66</sup>. U pravnoj teoriji se on često naziva dogmatski “čistom” formom zemljišnog duga,<sup>67</sup> budući da se valjano zasniva iako ne pretpostavlja potraživanje.<sup>68</sup> Ovo svojstvo ga očigledno čini “najneakcesornijom” vrstom zemljišnog duga, ako se akcesornost može stepenovati, koja je, kako zaključujemo, u momentu zasnivanja, uslovno, “sama sebi cilj”, tj. svrha mu može

---

<sup>64</sup> H. Westermann, Sachenrecht, str. 807.

<sup>65</sup> M. Živković, nav. delo, str. 265.

<sup>66</sup> Pre zakonskih izmena u NGZ ovaj modalitet je bio jedina normirana vrsta zemljišnog duga § 1196. Danas je eksplicitno zakonom predviđen i obezbeđujući zemljišni dug.

<sup>67</sup> Renicke/ Tiedke, Kreditsicherung, str. 333; O. M. Die Eurohypothek, str. 31. Navedeno prema: M. Povelkić, nav. delo, str. 237.

<sup>68</sup> D. Medić, nav. delo, str. 605.

biti naknadno određena. U teoriji se određuje kao “onaj koji u određenom momentu ne obavlja ni jednu funkciju, odnosno koji obavlja funkciju koja nije obezbeđenje potraživanja”.<sup>69</sup> U trenutku njegovog osnivanja ne zaključuje se paralelno ugovor o svrsi osiguranja ili svrsi uopšte, kao objašnjenje cilja njegovog nastanka. Ipak, on može biti osnovan uz posebnu klauzulu: npr. samo u cilju očuvanja ranga. Titular takvog zemljišnog duga je ograničen u smislu prenosa i naplate.<sup>70</sup>

Namera vlasnika nepokretnosti može biti opterećenje svog zemljišta izolovanim zemljišnim dugom da bi na neko drugo lice preneo određenu imovinsku vrednost. U nemačkoj pravnoj teoriji se navodi da takav slučaj postoji kada: dužnik ugovori sa svojim poveriocima da će se oni naplatiti samo iz vrednosti određene nekretnine na kojoj je ovo pravo konstituisano, a ne iz dužnikove celokupne imovine; ili kada vlasnik želi da nekome pokloni jedan deo vrednosti na svom zemljištu (npr. otac kćerki daje miraz konstituisanjem zemljišnog duga)<sup>71</sup> ili da unese u imovinu privrednog društva kao svoj stvarni ulog.<sup>72</sup> Očigledno je osnovna prednost izolovanog zemljišnog duga – nesputanost titulara u raspolaganju, kao i u realizaciji ovog stvarnog prava,<sup>73</sup> ali i veći broj mogućnosti i pravnih formi za raspolaganje svojom imovinom. Pri tom, iako nastao kao izolovani, zemljišni dug može postati obezbeđujući, uz svrhu dodeljenu putem naknadno zaključenog ugovora o svrsi osiguranja ili nekoj drugoj svrsi (npr. miraz).

Pravni pisci naglašavaju da je ovaj oblik zemljišnog duga u praksi zapravo vrlo redak, zbog čega ga pojedini autori označavaju “statističkom greškom”,<sup>74</sup> u odnosu na obezbeđujuću formu, kao dominantnu. Ipak, njegova važnost je u neograničenoj neakcesornosti, naspram kvaziakcesornosti obezbeđujućeg zemljišnog duga – ako dugodavcu tako više odgovara. Naročita prednost je njegov diskretan prenos - u hipotezi konstituisanja zemljišnog duga u vidu pisma: prenos se odvija van zemljišne knjige, što mu omogućava držanje u tajnosti naročito pred “konkurencijom”.<sup>75</sup>

<sup>69</sup> D. Medić, Pravo obezbeđenja potraživanja, str. 192.

<sup>70</sup> Prvom titularu izolovanog zemljišnog duga vlasnik opterećene nepokretnosti može isticati prigovore iz zaključenog ugovora, ali ne i savesnom sticaocu istog.

<sup>71</sup> Baur/Stürner, *op. cit.*, p. 506.

<sup>72</sup> Brehm, Berger, str. 297, navedeno prema: A. Dežman, nav. delo, str. 617.

<sup>73</sup> Međutim, izolovani zemljišni dug može se osnovati i uz poseban fiducijarni ugovor kojim se precizira njegova svrha: npr. radi očuvanja ranga u zemljišnoj knjizi. Ovaj modalitet izolovanog zemljišnog duga titulara ovog prava ograničava (obligacionopravnim mehanizmom) u pogledu prenosa ili naplate. Ipak, u slučaju nesavesnog prenosa ovakvog izolovanog zemljišnog duga na trećeg savesnog sticaoca vlasnik opterećene nepokretnosti ne može prema njemu isticati prigovore (zbog njihove obligacionopravne prirode). M. Povlakić, nav. delo, str. 237.

<sup>74</sup> M. Živković, nav. delo, str. 221.

<sup>75</sup> Baur/ Stürner, *op. cit.* p. 506.



## PODELA ZEMLJIŠNOG DUGA PREMA TITULARU

### Svojinski zemljišni dug

Ova vrsta zemljišnog duga očigledno ukazuje da ovaj institut ne spada nužno u *iura in re aliena*. Specifičnost nekadašnjeg slovenačkog prava<sup>76</sup> je da je zemljišni dug jedino i mogao nastati kao vlasnički, osim prilikom konvertovanja hipoteke u zemljišni dug, kada izuzetno nastaje kao nesvojinski.<sup>77</sup> Nemačko pravo, švajcarsko i Nacr<sup>78</sup> eksplicitno dozvoljavaju njegovo osnivanje. Svojinski zemljišni dug nastaje na sopstvenoj nepokretnosti, na dva načina:

1) *Inicijalni, tj. izvorni nastanak*. Vlasnik nepokretnosti jednostranom izjavom volje pred zemljišnoknjižnim sudom osniva zemljišni dug u svoju korist na sopstvenoj nepokretnosti, upisom u zemljišnu knjigu (uz izdavanje pisma). U ulozi poverioca *vlasničkog zemljišnog duga* (*Eigentümergegrundschuld*) je isključivi vlasnik opterećene nepokretnosti - od samog nastanka ovog prava. Pošto još uvek nema obezbeđujuću svrhu, ovaj zemljišni dug nastaje kao izolovani, pri čemu mu može biti određena svrha realne garancije naknadno nastalog potraživanja. Prenosom na drugo lice (zemljišnog duga ili svojine na opterećenoj nekretnini) on se pretvara u *nevlasnički*, pri čemu može ostati izolovani ili postati osiguravajući,<sup>79</sup> što zavisi od njegove namene.

Sve ove potencijalne konverzije iz jednog oblika u drugi potvrđuju osnovnu prednost izvornog svojinskog zemljišnog duga: prilagođavanje novonastalim potrebama njegovog titulara: mogućnost prenosa, zalaganja zemljišnog duga<sup>80</sup>, obezbeđenja potraživanja njime ili jednostavno – činjenja vidljivim svoje uvećane kreditne sposobnosti, solventnosti, kao i očuvanje dobrog ranga. Ipak, u pravnoj teoriji se ističe da vlasnički zemljišni dug ima opravdanja samo ako se osniva uz izdavanje pisma: u cilju jednostavnog prenosa na poverioca i uz garantovanje diskrecije, usled nevidljivosti u zemljišnoj knjizi nakon predaje pisma poveriocu.<sup>81</sup> Ovo je ujedno i potvrda osnovne *razlike zemljišnog duga u nastanku* u odnosu na akcesornu hipoteku, koju nije moguće upisati u javni registar nepokretnosti pre ili nezavisno od postojanja potraživanja čijem obezbeđenju služi. Zemljišni dug

---

<sup>76</sup> Brisani čl. 194 stav 2 SPZ. Vlasnički zemljišni dug se konvertuje u nevlasnički prenosom na treće lice – poverioca, uz saglasnost vlasnika opterećene nepokretnosti.

<sup>77</sup> Brisani čl. 194 stav 3 SPZ. Tada je zemljišni dug inicijalno nevlasnički – uspostavljen u korist predašnjeg hipotekarnog poverioca.

<sup>78</sup> Čl. 599 Nacrta: “Realni dug može se zasnovati u korist vlasnika opterećene nepokretnosti kao dugoprimca”.

<sup>79</sup> M. Pvlakić, nav. delo, str. 237.

<sup>80</sup> Videti: § 1179 NGZ. Nemački pravni pisci ističu da se na zalaganje zemljišnog duga primenjuju se pravila o zalaganju potraživanja, ali zbog nedoumica u vezi sa tačnim obimom ovlašćenja zalagoprimca – ređe se primenjuje u praksi. V. K. H. Schwab, H. Prütting, str. 289.

<sup>81</sup> D. Medić, Pravo obezbeđenja potraživanja, Banja Luka, 2013, str. 188.

nastaje samostalno i bez obzira na obezbeđujuću svrhu koju će kasnije eventualno dobiti.

2) *Naknadni nastanak*. Najčešće su dve situacije. Prva je konsolidacija, tj. spajanje zemljišnog duga i isključive svojine na opterećenoj nepokretnosti u jednom licu.<sup>82</sup> Za razliku od hipoteke, kod zemljišnog duga ona nije materijalni razlog njegovog gašenja. Drugi slučaj<sup>83</sup> je zapravo najčešći način nastanka svojinskog zemljišnog duga – prestanak potraživanja obezbeđenog hipotekom. Tada se, po mišljenju nekih autora, praktično dešava zakonska konverzija iz akcesorne hipoteke u neakcesorni zemljišni dug.

U teoriji se ističe i niz situacija nastanka tzv. “*privremenog svojinskog zemljišnog duga*”:<sup>84</sup> u slučaju zasnivanja hipoteke za potraživanje koje još uvek nije nastalo ili uopšte nije nastalo;<sup>85</sup> kada je hipoteka u obliku pisma upisana u registar, ali hipotekarno pismo još nije predato hipotekarnom poveriocu;<sup>86</sup> kod zasnivanja hipoteke za nepunovažno potraživanje, itd. Može nastati i u slučaju sporazumnog ukidanja hipoteke, ali i u situaciji u kojoj vlasnik nepokretnosti dobrovoljno (u cilju izbegavanja prinudne prodaje) isplati poveriocu iznos zemljišnog duga i subrogira se u ulogu poverioca zemljišnog duga.<sup>87</sup>

Pravni pisci navode da ova uloga zemljišnog duga odgovara ulozi raspolaganja neizbrisanom hipotekom u austrijskom pravu i njemu srodnim: mogućnost brisanja, zadržavanja stečenog zemljišnog duga kao svojinskog ili opcija prenošenja na drugog (sa ili bez pretvaranja u hipoteku).<sup>88</sup> Time se ostvaruje ideja fiksnog ranga, onemogućavanjem napredovanja u rangu kasnije upisanih poverilaca (u sistemima klizećeg ranga hipoteke).

Svojinski zemljišni dug, na koji god način nastao – izvorno ili naknadno, predstavlja *samostalno pravo* koje ne sledi pravnu sudbinu svojine na stvari, tj. *ne pripada svakodobnom vlasniku opterećene nepokretnosti*, ako pravnim poslom nije drugačije predviđeno.<sup>89</sup> Pravom svojinskog zemljišnog duga može se raspolagati zasebno od raspolaganja nepokretnošću na kojoj je ovaj stvarni teret uspostavljen, zato što je njegov titular uvek individualno određen.<sup>90</sup>

<sup>82</sup> U slučaju konsolidacije kod hipoteke kao založnog prava, u domaćem pravu – posledica je prestanak hipoteke, koja ne može postojati na sopstvenoj nepokretnosti. Ovo je moguće npr. nasleđivanjem § 1177 NGZ.

<sup>83</sup> Videti: M. Živković, nav. delo, str. 215.

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> Npr. ugovoreni zajam nije nastao § 1163 stav 1 tačka 1 NGZ.

<sup>86</sup> § 1163 stav 2 NGZ.

<sup>87</sup> § 1143 NGZ.

<sup>88</sup> M. Živković, Akcesornost založnih prava na nepokretnosti, Beograd, 2010, str. 220.

<sup>89</sup> Čl. 616 Nacrta.

<sup>90</sup> H. Westermann, Sachenrecht, Karlsruhe, 1960.

U NGZ su predviđene dve specifičnosti svojinskog zemljišnog duga: 1) u pogledu realizacije zemljišnog duga; 2) u pogledu pravila o kamatama.

1. *Prva osobenost* proizilazi iz § 1197 NGZ: sve dok je vlasnik nepokretnosti ujedno i titular prava zemljišnog duga, on *ne može vršiti prinudnu javnu prodaju* opterećene nepokretnosti u cilju unovčenja. *Ratio* ove zakonske odredbe je dvojak: a) isti ekonomski rezultat vlasnik može postići prodajom nepokretnosti na tržištu<sup>91</sup>; b) u zaštiti lošije rangiranih založnih poverilaca od prouzrokovanja štete.<sup>92</sup> U suprotnom bi vlasnik nepokretnosti vodeći izvršni postupak za sopstveno namirenje – vršio zloupotrebu svog prava, kao titular boljeg ranga. Tako se svrha svojinskog zemljišnog duga za razliku od nesvojinskog redukuje na “statičnu fazu”, bez “dinamične” - realizacije namirenja.<sup>93</sup>

2. *Druga osobenost* tiče se *kamata* koje ne pripadaju vlasniku sve dok je zemljišni dug svojinski.<sup>94</sup> U teoriji se ovo argumentuje državinom i korišćenjem nepokretnosti od strane njenog vlasnika, što isključuje kamate kao vid korišćenja na koje titular zemljišnog duga već ima pravo kao titular prava svojine.<sup>95</sup> Ipak, pridružujemo se stavu onih autora koji ovo pitanje smatraju spornim, jer se ne čini smislenim prvo dozvoliti svojinski zemljišni dug, pa onda titularu uskratiti koristi od njega.

#### *Nesvojinski zemljišni dug*

Tuđi, tj. “strani” zemljišni dug (*Fremdgrundschuld*) je forma koja se konstituiše kao stvarno pravo na tuđoj stvari, tj. ne postoji identitet između titulara zemljišnog duga i vlasnika opterećene nepokretnosti. Pošto ga možemo negativno definisati kao sve one oblike zemljišnog duga koji nisu svojinski, za njega ne važe prethodno izneta pravila o nemogućnosti prinudnog namirenja i o kamatama.

Ovaj zemljišni dug takođe može nastati dvojako: *inicijalno* ili *naknadno*. Prvi način podrazumeva upis u korist trećeg lica kao prvog titulara ovog prava u zemljišnoj knjizi, dok drugi nastaje - prenosom svojinskog zemljišnog duga na drugo lice (obično u nameri obezbeđenja određenog potraživanja).<sup>96</sup> S obzirom na lako pretvaranje iz jednog oblika u drugi, razlika između svojinskog i nesvo-

---

<sup>91</sup> A. Dežman, nav. delo.

<sup>92</sup> D. Stojanović, B. Pavićević, Pravo obezbeđenja kredita, Beograd, 1997, str. 295. R. Vrenčur, *Zemljiški dug*, Revizor: revija o reviziji, letn. 19, št. 2/2008.

<sup>93</sup> Nazivi ovih dveju faza koriste pojedini pravni pisci u kontekstu realizacije hipoteke. Vide ti: M. Lazić, *Realizacija prava namirenja hipotekarnog poverioca*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 1994-1995, str. 153-154.

<sup>94</sup> § 1197 NGZ.

<sup>95</sup> Videti: M. Živković, nav. delo, str. 217.

<sup>96</sup> R. Vrenčur, et alia, Stvarnopravna zavarovanja, IARS, Maribor, 2001, str. 140.

jinskog modaliteta vidna je samo prilikom njihovog konstituisanja, a prevashodno je ekonomskog i teorijskopravnog značaja.<sup>97</sup>

Nesvojinski zemljišni dug predviđen je u svim analiziranim regulativama osim u nekadašnjoj slovenačkoj, što takvo rešenje čini izuzetkom od pravila. U bivšem slovenačkom pravu, uprkos načelnoj nemogućnosti zasnivanja nesvojinskog zemljišnog duga, postojao je jedan izuzetak: mogućnost da zemljišni dug, kao nevlasnički, zasnuje u svoju korist prethodni hipotekarni poverilac, uz pribavljenu saglasnost vlasnika opterećene nepokretnosti, pretvaranjem svoje hipoteke u jedan ili više zemljišnih dugova.<sup>98</sup>

### ZAKLJUČAK

Zadatak domaćeg zakonodavca je da u budućem stvarnom pravu Srbije obezbedi dovoljno širok i pravno bezbedan pravni okvir modernih realnih sredstava obezbeđenja, među kojima vidimo i zemljišni dug kao neakcesorno sredstvo obezbeđenja. I to ne kao zamenu akcesorne hipoteke, već samo njenu *funkcionalnu dopunu*: sa drugačijom ulogom u odnosu na hipoteku, ali i koja istu funkciju (obezbeđujuću) ostvaruje na drugačiji način.

Realni dug je u Nacrtu *regulisan detaljno i sveobuhvatno* (sa 49 članova), na temelju iskustava stranih regulativa i prakse, u skladu sa činjenicom da je u pitanju: potpuno novo realno pravo obezbeđenja na našem prostoru; nepoznato u srpskoj pravnoj tradiciji; za domaćeg pravnika neobično i smelo, ali ujedno, sposobno da zadovolji potrebe poslovne, naročito kreditne prakse. Nacrtom je realni dug regulisan kao novo realno sredstvo obezbeđenja potraživanja osobeno po svojstvu neakcesornosti u nastanku, postojanju, prenosu i prestanku u odnosu na potraživanje (koje eventualno obezbeđuje). Ovo smatramo adekvatnom kontraargumentacijom stava o zemljišnom dugu kao "teorijski neuklopivom u domaćem sistemu založnih prava", jednostavno zato što on *i nije založno pravo (čak ni kada vrši funkciju obezbeđenja)*. Prema opšteprihvaćenom stavu domaće pravne teorije,<sup>99</sup> postoje 4 načela založnog prava: akcesornosti, oficijelnosti, nedeljivosti i specijalnosti.<sup>100</sup> Prvo i najvažnije među njima - akcesornost kod zemljišnog duga izostaje, što ga izdvaja u posebnu vrstu sredstava obezbeđenja.

<sup>97</sup> A. Dežman, *Zemljišni dug*, Pravni život, br. 10/2005, str. 615.

<sup>98</sup> Brisani čl. 194 stav 3 SPZ. U teoriji se naglašavala nemogućnost obrnute konverzije u bivšem slovenačkom pravu: zemljišnog duga u hipoteku, za razliku od nemačkog prava.

<sup>99</sup> Cf. M. Vedriš, P. Klarić, *Građansko pravo*, Zagreb, 2004, crp. 330. Ovi autori izdvajaju kao peto načelo založnog prava: načelo neodvojivosti "založnog prava od zaloge kao svog objekta".

<sup>100</sup> O. Stanković, M. Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1996, str. 239-247; N. Planojević, *Stvarno pravo u praksi*, Kragujevac, 2012, str. 289; D. Medić, *Založno pravo*, Banja Luka, 2002, str. 33; I. Babić, *Osnovi imovinskog prava*, Beograd, 2008, str. 288; A. Gams, *Osnovi stvarnog prava*, Beograd, Beograd, 1971, str. 182.

Svojsvom neakcesornosti je otvoren prostor za brojne  *dodatne funkcije* realnog duga u odnosu na isključivo obezbeđujuću ulogu hipoteke. Neke od njih su: 1) samostalno zasnivanje realnog duga; 2) pravno raspolaganje određenom imovinskom vrednošću iz određene nepokretnosti (prenos – npr. poklon, zalaganje), pa i nasleđivanje iste – kao samostalne; ili 3) jednostavno - čuvanje ranga zarad eventualnog obezbeđenja budućeg potraživanja (jednog ili svih, između istih ili različitih lica). Time se poboljšava sopstvena imovinska pozicija, ističe solventnost, omogućava brzo, lako dobijanje budućeg kredita pod povoljnijim uslovima (sa nižim kamatama).

Ova poslednja funkcija realnog duga u varijanti svojinskog zemljišnog duga u formi pisma, predstavlja možda i najveću prednost ovog sredstva osiguranja u odnosu na hipoteku. Odlike ovog prava su: diskretnost; neznanje trećih lica za postojanje kredita i za zaduženost titulara ovog prava; prometljivost, tj. nesputano cirkulisanje u pravnom prometu – u najrazličitije svrhe. Sve ove uloge čine zemljišni dug znatno funkcionalnijim od hipoteke, čime sugerišu potvrđan odgovor na postavljeno pitanje svrsishodnosti njegovog uvođenja, paralelno uz institut hipoteke.

Prethodno navedene, različite funkcije realnog duga, po našem mišljenju, opravdavaju uvođenje u buduće pravo Srbije - svih  *vrsta zemljišnog duga* koje poznaje nemačko pravo. Nasuprot ovome, bivše slovenačko rešenje poznavalo je samo vlasnički (ne i ne vlasnički) i samo pismeni (ne i knjižni oblik zemljišnog duga). Pritom, celokupna regulativa zemljišnog duga u slovenačkom pravu čini nam se sažetom i nepotpunom, što je mogući uzrok nevelike primene instituta zemljišnog duga u praksi te zemlje. Novi, dotad nepoznati institut mora, po našem mišljenju, biti detaljno regulisan u zakonu zemlje koja ga prvi put uvodi u domaći pravni sistem, što je zahtev, koji je Nacrtom u mnogo većoj meri – ostvaren. U prilog našem stavu govore i nedavne izmene švajcarskog prava, koje je, po ugledu na nemačko rešenje, prošireno knjižnim oblikom, kao dotad nepoznatom formom. Očito je da svaka od pomenutih vrsta zemljišnog duga ima svojih prednosti, zbog čega i treba da bude deo grupe sredstava obezbeđenja na nepokretnostima. Raznovrsni izbor stvarnih sredstava obezbeđenja sa više različitih modaliteta, opravdava činjenica da u trenutku donošenja zakona nije moguće precizno predvideti koje će sredstvo obezbeđenja imati najveću primenu. To je pitanje koje će zavisiti od potreba poslovne prakse, koje su promenljive. Zadovoljenje različitih potencijalnih potreba tržišta će s vremenom profilisati najadekvatnije sredstvo, baš kao što je bio slučaj u Nemačkoj – gde je uprkos davanju zakonske prednosti hipoteci, praksa ipak favorizovala zemljišni dug.

Kao posebna vrsta zemljišnog duga, Nacrtom je regulisan  *obezbeđujući zemljišni dug*, za koji važe posebna pravila, s obzirom na osobeno svojstvo –  *kva-ziakcesornosti* (ugovorom uspostavljene akcesornosti). U cilju zaštite položaja dužnika zemljišnog duga, u situaciji njegovog odvojenog prenosa, važno je uvesti

opštu suprotstavljivost prigovora svakom trećem licu (sticaoocu), koji pokuša da realizuje zemljišni dug. Omogućavanjem dejstva *erga omnes* ovoj pravnoj činjenici, mogućnost savesnog sticanja zemljišnog duga od strane trećeg – je praktično isključena, što smatramo adekvatnom zaštitom.

Jedino “otvoreno” pitanje, koje bi možda moglo biti predmet drugačijeg regulisanja jeste – eventualno: 1) *ograničenje kruga dugoprimaca ili 2) dugoprimaca ovlašćenih na vansudsku prodaju*.<sup>101</sup> Prihvatanje prve opcije čini nam se neusklađenim sa savremenim pravom obezbeđenja, koje ne sadrži ograničenje u pogledu subjekata, u smislu da nema sredstava obezbeđenja rezervisanih samo za banke.<sup>102</sup> Ipak, prednost prihvatanja ovakvog rešenja bila bi garancija očuvanja *bona fides* dugoprimca – banaka i drugih finansijskih institucija, koje uživaju opšte poverenje. One ne bi zloupotrebile ovaj odnos budući da su: zainteresovane da očuvaju svoj profesionalni ugled, a istovremeno su pod konstantnim nadzorom države. Ovakvo rešenje ne sreće se u uporednom pravu, ali smatramo da može biti korisna alternativa, makar u prvoj fazi uvođenja realnog duga u domaće pravo, u cilju prevencije potencijalnih zloupotreba u praksi.

ALEKSANDRA PAVIĆEVIĆ BA  
Teaching assistant, Faculty of Law  
University of Kragujevac

## TYPES OF LAND DEBT AS A KIND OF REAL COLLATERAL

### Summary

The issue of this work is an analyses of the types of land debt, that are regulated in comparative law, particularly in German and Swiss law. By comparative analysis of the characteristics of individual kinds of the real security rights in these regulations, the author determines the advantages and disadvantages of each form. Regarding to its multifunctional purpose, determined by the particular form, and the intrinsic capacity of non-accessory concept of this security right, the author advocates the legal regulation of land debt in Serbian law *de lege ferenda* by accepting all previously developed forms of this institute in German law. The author concludes that the land debt, contained in 6 main types, represents one new, non-accessory security right, in the role of a functional addition to accessory mortgage in future Serbian law.

---

<sup>101</sup> Drugo navedeno ograničenje, predlagano u teoriji, je licenciranje banaka kao preduslov sticanja ovlašćenja na vansudsku prodaju nepokretnosti. Time bi interesi dugodavca svakako bili šire zaštićeni, ali je mana ovog ograničenja - bitno sužavanje mogućnosti vansudske prodaje, koja često, kao efikasnija od sudske - ubrzava, pojednostavljuje realizaciju realnog duga i konačno - koja u skladu je sa voljom saugovarača.

<sup>102</sup> M. Powlakić, Organizacija i funkcija registara za prava osiguranja na pokretnim stvarima u Jugoistočnoj Evropi, Evropski pravnik, 1/2008

## ERISTIČKA DIJALEKTIKA U KONCEPTU EVROHIPOTEKE

### U V O D

Pojam dijalektika (*dialektiké*) prvi je upotrebio Platon za dijalog u kome se putem teze i antiteze, pitanja i odgovora, dolazi do istine o jednom stanju stvari.<sup>1</sup> Antički i srednjevekovni filozofi koristili su pojmove logika i dijalektika kao sinonime.<sup>2</sup> Pruski filozof Artur Šopenhauer je analizirajući Aristotelovu analitiku utvrdio da se njegova stvarna logika bavi čistom formom tvrđenja, kao priprema za dijalektiku koja se bavi sadržinom ili materijom tvrđenja.<sup>3</sup> Šopenhauer je

---

Srdan Stojilković, sudijski saradnik Privrednog suda u Požarevcu.

<sup>1</sup> Artur Šopenhauer, *Eristička dijalektika ili umeće kako da se uvek bude u pravu objašnjeno u 38 trikova*, Novi Sad, 2007, str. 51, 91.

<sup>2</sup> Možda najbolju definiciju dijalektike u srednjem veku postavio je Alkuin određivši je kao razumnju disciplinu traženja, određivanja i izlaganja, koja takođe ovladava mogućnošću razlikovanja istinitog od lažnog, *Migne Patrologia Latina*, 952D–953A. Hegel je na svom prvom akademskom kursu iz filozofije prava na Univerzitetu u Hajdelbergu (*Heidelberg*) dijalektiku definisao kao metodski obrazložen duh protivrečnosti, koji živi u svakom čoveku, a taj dar obelodanjuje svoju veličinu u razlikovanju istinitog od lažnog, George Wilhelm Friedrich Hegel, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, Frankfurt am Main, 1830, § 11.

<sup>3</sup> Šopenhauer je ukazao na razlikovanje logike (*logiksesthai* – razmišljati) od dijalektike (*dialegesthai* – razgovarati, voditi dijalog). Aristotel je pojam dijalektike definisao u Platonovom smislu, ali je prvi ukazao i na njena negativna značenja obuhvaćena u sofistici, eristici i peirastici. Sva-ki dijalektičar je po Aristotelu borac za istinu, zbog čega dijalektika predstavlja nauku nad naukama. Po Šopenhaueru dijalektičar (eristički) je onaj ko u polemici ne zna da li je u pravu ili nije, ali mu je stalo jedino do toga da bude u pravu, vid. A. Šopenhauer, *nav.delu*, str. 8, 90–92.

erističku dijalektiku (*dialectica eristica*) definisao kao umeće vođenja prepirke i to na način da se uvek bude u pravu, bez obzira na objektivnu istinu, koja je zapravo predmet logike.<sup>4</sup>

Danas se u svakodnevnom govoru pod pojmom dijalektika smatra veština razgovaranja, bilo sa drugima ili sa samim sobom, kao i veština naučnog raspravljanja.<sup>5</sup> Neke naučne rasprave u sebi sadrže pogrešne premise, sa kojih se logičkim putem dolazi do veoma argumentovanih zaključaka.<sup>6</sup> Međutim, ukoliko su polazne tačke rasprave netačne, onda se indukcijom dolazi do zaključaka koji iako logični, nisu saobrazni objektivnoj istini, koja treba biti cilj svake naučne rasprave.<sup>7</sup> Dosadašnji radovi o konceptu evrohipoteke objavljeni u Srbiji, kao i pretežni deo radova na kontinentu o ovoj temi, gotovo su u potpunosti zasnovani na stavovima i metodama raspravljanja iz literature koja zagovara ovaj koncept bez ikakvih rezervi.<sup>8</sup> Cilj ovog rada jeste spoznaja istine o konceptu evrohipoteke, korišćenjem dijalektičkog metoda i ukazivanjem na potencijalno (ne)svesno korišćenje metoda erističke dijalektike od strane pobornika ovog koncepta.

<sup>4</sup> A. Šopenhauer, *nav.delo*, str. 5–9.

<sup>5</sup> Vid. Milan Vujaklija, *Leksikon stranih reči i izraza*, Beograd 1986, str. 218.

<sup>6</sup> Pogrešni sudovi su česti, ali su pogrešni zaključci veoma retki, jer je redak nedostatak prirodne logike, A. Šopenhauer, *nav.delo*, str. 8.

<sup>7</sup> Zadatak erističke dijalektike po Šopenhaueru jeste izlaganje i analiza trikova u polemici kako bismo ih prepoznali i pobili u stvarnim, konkretnim raspravama. Šopenhauer zato erističku dijalektiku vidi kao intelektualnu veštinu mačevanja, stavljajući jasna razgraničenja iste u odnosu na logiku i sofistiku, A. Šopenhauer, *nav.delo*, str. 10–11.

<sup>8</sup> Pretežni deo objavljenih radova sa temom evrohipoteke zasnovan je na polaznim tačkama rasprava koje je postavilo nemačko Udruženje fanbrif banaka (*Verband Deutcher Pfandbriefbanken – VDP*) i istaknuti pravници ovog udruženja poput Otmara Štokera (*Otmar Stöcker*). Naša teorija konceptu evrohipoteke prišla je se ulogom promotera, jer u svojim radovima u potpunosti prihvata mišljenja i ideje tvorca koncepta. Vid. Slavica Miletić, *Harmonizacija regulative hipotekarnog tržišta Srbije sa EU*, doktorska disertacija, Univerzitet Singidunum, Beograd 2012, str. 39 i dalje.; Miroslav Lazić, Dragana Vujović, Eurohipoteka, *Pravni život* 10/2013, str. 479–496. Profesor Miloš Živković je u svojoj disertaciji objavljenoj u delu *Akcesornost založnih prava na nepokretnostima*, Beograd 2010, sproveo odličnu teorijsku diskusiju o konceptu evrohipoteke koristeći i dela koja kritikuju ovaj koncept (izuzev sa područja sistema opšteg prava), ali je u potpunosti prihvatio metod raspravljanja po uputstvima tvorca i promotera koncepta evrohipoteke Otmara Štokera i VDP. Otmar Štoker je još 2005 godine postavio kao cilj svih budućih istraživanja o konceptu evrohipoteke analizu različitih vidova akcesornosti koje je on podelio na 5 vrsta: 1. akcesornost u nastanku, 2. akcesornost u obimu, 3 akcesornost u pripadanju, 4. akcesornost u prestanku 5. akcesornost u realizaciji. O jednako postavljenom metodu istraživanja efekata akcesornosti upor. Otmar Stöcker, “The Eurohypothech – Accessoriness as legal dogma?”, u: Agnieszka Drewicz Tulodziecka, (ed), “Basic Guidelines for a Eurohypothech”, Warsaw 2005, str. 46, 52; Otmar Stöcker, Rolf Stürner (red.), *Flexibility, Security and Efficiency of Security Rights over Real property in Europe Volume III*, Berlin 2010, str. 44.; Miloš Živković, *Akcesornost založnih prava na nepokretnostima*, Beograd 2010, 48, 313–343.



## KONCEPT EVROHIPOTEKE

Iako je ideja o stvaranju koncepta univerzalnog stvarnopravnog sredstva obezbeđenja na nepokretnostima za teritoriju Evrope potekla još pre gotovo pola veka, pravnici nisu morali da posvećuju veliku pažnju neakcesornim sredstvima obezbeđenja, sve do posednjih desetak godina.<sup>9</sup> Savremene tehnike refinansiranja dugoročnih kredita putem kojih banke postaju likvidnije i vrše disperziju rizika podstiču promene u pravnim okvirima vezanim za obezbeđenje potraživanja. Bankari i pravnici koji se zalažu za uvođenje jedinstvenog evropskog hipotekarnog tržišta polaze od premise da je osnovni problem uvođenja u pravne okvire savremenih tehnika refinansiranja akcesornost hipoteke u odnosu na obezbeđeno potraživanje.<sup>10</sup> Zbog toga je kao osnova za evropsko sredstvo obezbeđenja na nepokretnostima uzet neakcesorni nemački zemljišni dug, bez obzira na izuzetno mali broj evropskih država koji je poznavao neakcesorna sredstva obezbeđenja.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Christoph U. Schmid, et al., *Real Property Law and Procedure in the European Union – General Report*, European University Institute, Florence 2005, str. 90.

<sup>10</sup> Sergio Nassarre-Aznar, Otmar Stöcker, “Eurohypothec and Eurotrust: Future Instruments of a Pan-European Mortgage Market”, u: Jan Job de Vries Robbé, Paul U. Ali (eds.), *Innovations in Securitisation Yearbook 2006*, Alphen aan den Rijn, 2006, str.113.; Forum Group on Mortgage Credit European Commission, *Excerpts from the Recommendations of the Forum Group on Mortgage Credit*, u: A. Drewicz Tulodziecka, (ed.), “Basic Guidelines for a Eurohypothec”, str. 75

<sup>11</sup> Pored Nemačke neakcesorna sredstva obezbeđenja na nepokretnostima tradicionalno su zastupljena u Švajcarskoj, dok su ih neke države u tranziciji uvele u svoj okvir poslednjih desetak godina poput Mađarske, Slovenije, Estonije, ali ista nemaju značajnu primenu u praksi kao ni u Turskoj gde je još ranije transplantiran švajcarski institut pismo o dugu (*schuldbrief*). Vid. O. Stöcker, R. Stürner (red.), *nav. delo*, str. 22–23.; C. Schmid, et al., *nav. delo*, str.85. Ne sasvim tačan stav da neakcesorna sredstva dobijaju sve veći udeo u pravnim okvirima evropskih država iznosi se u članku M. Lazić, D. Vujović, *Eurohipoteka*, str. 482–484. U članku se iznosi podatak da su neakcesorna sredstva obezbeđenja tradicionalno zastupljena u Španiji, što nije tačan podatak (možda je reč o tehničkoj grešci jer su neakcesorna sredstva pored Nemačke tradicionalna samo još u Švajcarskoj). Poslednjom reformom maksimalne hipoteke u Španiji dozvoljeno je da se istom obezbeđuju i potraživanja na koja teču varijabilne kamatne stope, ali ona dalje nije neakcesorno sredstvo obezbeđenja, vid. Pedro Garido, *Real Property Law and Procedure in the European Union – Report from Spain*, European University Institute, Florence, 2005, str.36. Članak *Eurohipoteka* kao neakcesorno sredstvo obezbeđenja pominje i maksimalnu austrijsku hipoteku, što nije sasvim ispravan stav jer svaka hipoteka pa i maksimalna jeste akcesorno sredstvo obezbeđenja, obzirom da je suštinska razlika neakcesornih i akcesornih sredstava obezbeđenja (ne)postojanje akcesornosti u pripadanju, odnosno mogućnosti da različita lica budu imalac obezbeđenog potraživanja i stvarnopravnog sredstva obezbeđenja koje služi njegovoj naplati. Kod maksimalne hipoteke postoji vid odstupanja od načela specijalnosti hipoteke, što se po metodama postavljenim od strane Otmara Štokera i VDP podvodi kao odstupanje od akcesornosti u obimu obezbeđenog potraživanja. Navedeni članak pominje kao značajan korak ka uvođenju neakcesornosti u Evropi novi oblik francuske dopunjive hipoteke, ali se ispušta iz vida da ovaj oblik hipoteke nema ni iole značajnu primenu u Francuskoj. Maksimalne hipoteke u Belgiji i Španiji nisu neakcesorna sredstva obezbeđenja, već su istim uvedene šire mogućnosti

Anglosaksonski institut morgidž (*mortgage*) iako fiducijaran predstavlja striktno akcesorno sredstvo obezbeđenja potraživanja, kada se posmatra odnos između imaoca obezbeđenog potraživanja i imaoca sredstva obezbeđenja (akcesornost u pripadanju), te su britanci izrazili veoma negativan stav u pogledu neakcesornosti koncepta evrohipoteke smatrajući je samoubilačkim konceptom za uvođenje u pravni okvir.<sup>12</sup>

Koncept evrohipoteke predložen je prvi put nacrtom zakonskog teksta nemačkog Udruženja hipotekarnih banaka 1998. godine, koji je bio namenjen drža-

za obim obezbeđenih potraživanja, Vid. Otmar Stöcker, "Flexibility, Security and Efficiency of Security Rights over Real property in Europe", *Housing Finance International*, Autumn 2010, Brussels, 2010, str. 15. Više o francuskoj dopunjivoj hipoteci vid. M. Živković, *nav. delo*, str. 97–107, dok o nekorišćenju iste u Francuskoj vid. O. Stöcker, R. Stürner (red.), *nav. delo*, str. 23.

<sup>12</sup> Vid. Peter Sparkes, *European Land Law*, Oxford 2007, 401. Profesor Sparks o konceptu evrohipoteke doslovce na citiranoj stranici svog dela kaže: "A non-accessory charge will be the basis of the proposed European hypothec. This proposal is suicidal. Any pan-European mortgage instrument should be accessory and impose a formal linkage between the loan and security: only in that way are domestic borrowers properly protected". Kontinentalni pravници, posebno nemački pogrešno definišu morgidž kao funkcionalni ekvivalent hipoteke, obzirom da ovi instituti imaju malo šta zajedničkog. Reprezentativni primer nepravilnog korišćenja termina *mortgage* jesu radovi nemačkog Udruženja fanbrif banaka (VDP) i ekspertske grupe za prekogranično povezivanje registara nepokretnosti – EULIS (*European Land Information Service*) gde se pojam *mortgage* koristi kao zajednički termin za sva prava obezbeđenja na nepokretnostima, te se čak govori o akcesornom i neakcesornom morgidžu, Vid O. Stöcker, R. Stürner (red.), *nav. delo*, str. 10. Zvaničan prevod Nemačkog građanskog zakonika (BGB) na engleskom jeziku (Saveznog Minisatrstva Pravde Nemačke) hipoteku prevodi pogrešno terminom *mortgage* (§ 1113–1190), dok se zemljišni dug prevodi kao *land charge* (§ 1191–1203). Vid. tekst Nemačkog Građanskog zakonika na engleskom jeziku na internet stranici: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/german\\_civil\\_code.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf), 01.03.2014. Pogrešno definisanje morgidža kao funkcionalnog ekvivalenta hipoteke od strane nemačke teorije prihvatio je i deo naše, pa se tako dolazi i do diskusija da li je morgidž akcesorno sredstvo obezbeđenja što nije sporno pitanje, vid. M. Živković, *nav. delo* str. 17 fn. 4. Morgidž ima dvostruku pravnu prirodu jer je u istoj ispravi sjedinjeno stvarno sa obligacionim pravom, koja se ne mogu razdvojiti, te je morgidž potpuno akcesoran institut u pogledu titulara obezbeđenog potraživanja i stvarnog sredstva obezbeđenja. Više o institutu morgidž vid. Roger J. Smith, *Property Law*, London – New York, 1998, str. 538–581; Srđan Stojilković, "Vansudsko namirenje hipoteke", *Pravni život* 10/2013, str. 499–501. Više o kritici pogrešnog definisanja morgidža kao funkcionalnog ekvivalenta hipoteke i pogrešnoj terminologiji VDP i EULIS, vid. Vincent Sagaert, "Harmonization of security rights on immoveables: an ongoing story", u: Arthur S. Hartkamp, et. al. (ed.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, 2011, str. 1046; Sergio Nasserre-Aznar, *Looking for a model for a Eurohypothec*, Florence 2005, str. 7 fn. 11, članak dostupan na adresi: <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/Background%20Paper%20Eurohypothec.pdf>. Engleski pravници oštro kritikuju pogrešno i nedosledno korišćenje termina *mortgage*, što vide kao opasnost za preciznost pravne terminologije u svom pravnom okviru. Vid. P. Sparkes, *European Land Law*, str. 396, gde se doslovce kaže "Slack European translation will eventually destroy the precision of English property law".

vama u tranziciji centralne evrope.<sup>13</sup> Forum grupa za hipotekarni kredit Komisije Evropske Unije je 2005 godine u saradnji sa ekspertskim grupama Evrohipoteka, Eulis i Evropskim Univerzitetom iz Firence, sastavila *Osnovne smernice za Evrohipoteku*, sa ciljem uvođenja dodatnog instrumenta stvarnopravnog obezbeđenja potraživanja na nepokretnostima za članice Evropske Unije, koji je za svoju osnovu imao model nemačkog Udruženja hipotekarnih banaka iz 1998 godine.<sup>14</sup> Ciljevi proklamovani konceptom evrohipoteke jesu stvaranje jedinstvenog instrumenta za obezbeđenje panevropskih dugoročnih zajmova, kojim bi se mogle istovremeno opteretiti nekretnine u više država, stvaranje jedinstvenog hipotekarnog tržišta EU i uvođenje savremenih tehnika finansiranja.<sup>15</sup>

### *Problem dvostruke naplate*

Evrohipoteka je smernicama definisana kao neakcesorno sredstvo koje omogućava imao evrohipoteke da naplati određeni iznos novca iz opterećene nepokretnosti.<sup>16</sup> Sama definicija kazuje da svrha evrohipoteke ne mora biti obezbeđenje potraživanja iako je uobičajeno njeno korišćenje sa ugovorom o obezbeđenju. Ugovor o obezbeđenju je neformalan ugovor kojim se neakcesornom sredstvu obezbeđenja daje obezbeđujuća svrha, kako bi se sredstvo obezbeđenja ugovorom vezalo da služi obezbeđenju određenih potraživanja.<sup>17</sup> Iz ovoga proističe da suštinsko obeležje evrohipoteke jeste neakcesornost u pripadanju, odno-

---

<sup>13</sup> Vid. Hans Wolfsteiner, Otmar Stöcker, "Diskussionspapier: Nicht akzessorisches Grundpfand für Mitteleuropa", *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 4/14, 1998, str. 264 i dalje. Više o istorijatu ideje za stvaranjem zajedničkog sredstva obezbeđenja za evropsko tržište vid. M. Živković, str. 314–319.

<sup>14</sup> Vid. Agnieszka Drewicz Tulodziecka, (ed.), "Basic Guidelines for a Eurohypotheck", Warsaw 2005. Koncept evrohipoteke zapravo predstavlja razradu nemačkog instituta zemljišni dug (*grundschild*). Nacrt Nemačkog udruženja hipotekarnih banaka iz 1998. godine samo je donekle doraden i objavljen 2005. godine na engleskom jeziku kao Basic Guidelines for a Eurohypotheck (*Osnovne smernice za evrohipoteku*), O. Stöcker, R. Stürner (red.), *nav. delo*, str. 114. Koliki je uticaj nemačkog prava na model evrohipoteke govori ne samo činjenica da je bazu ovog modela uspostavilo nemačko Udruženje fanbrif banaka (ranije nemačko Udruženje hipotekarnih banaka, do donošenja *Pfandbriefgesetz* – Zakona o fanbrifima 2005. godine, kojim je zamenjen *Hypothekbankgesetz* – Zakon o hipotekarnim bankama iz 1900. godine) već i sastav komisija koje su sastavile model evrohipoteke gde je od 15 članova ovih komisija bilo 7 nemačkih stručnjaka. Vid. A. Drewicz Tulodziecka, (ed.), *nav. delo*, str. 9–10.

<sup>15</sup> S. Nassarre-Aznar, *nav. članak*, str. 2.

<sup>16</sup> Vid. čl. 2.1 Osnovnih smernica za evrohipoteku.

<sup>17</sup> M. Živković, *nav. delo*, str. 236. Ugovor o obezbeđenju kojim se uspostavlja kvaziakcesornost između stvarnog sredstva obezbeđenja i obezbeđenog potraživanja ili ugovor o zajmu (kada je uglavak o obezbeđenju njegov sastavan deo) predstavlja kauzu zasnivanja obezbeđujućeg zemljišnog duga, vid. O. Stöcker, *The Eurohypotheck – Accessoriness as legal dogma?*, str. 42–44.

sno mogućnost prenošenja evrohipoteke bez prenosa obezbeđenog potraživanja, kao kod nemačkog zemljišnog duga. Pobornici ovog koncepta smatraju da neakcesornost evrohipoteke ne predstavlja veću opasnosti od moguće dvostruke naplate jednog potraživanja iako imalac evrohipoteke i poverilac potraživanja obezbeđenog evrohipotekom mogu biti različita lica.<sup>18</sup> Autori koncepta evrohipoteke predvideli su dva potencijalna rešenja kako bi se rešio problem potencijalne dvostruke naplate.<sup>19</sup> Prvo jeste da dužnik ima pravo na naknadu štete od prenosioca evrohipoteke, ukoliko je ovaj prenese na treće savesno lice koje je realizuje i time dođe do dvostruke naplate (ukoliko dužnik isplati i obezbeđeno potraživanje svom obligacionom poveriocu).<sup>20</sup> Smatra se da su banke po pravilu likvidne institucije i dužnik će lako doći do povraćaja svoga novca ukoliko dođe do situacije da isti dug plati dva puta.<sup>21</sup>

Drugo rešenje jeste davanje ugovoru o obezbeđenju *erga omnes* dejstvo, kako bi se prigovori iz ugovora o obezbeđenju mogli istaći prema svakom imaocu evrohipoteke.<sup>22</sup> Zagovornici koncepta evrohipoteke čak ističu da je veća opasnost od dvostruke naplate potraživanja kod hipoteke nego u konceptu evrohipoteke ili

<sup>18</sup> O. Stöcker, *The Eurohypotheck – Accessoriness as legal dogma?*, str. 47–52.

<sup>19</sup> Vid. čl. 5.6. Osnovnih smernica za evrohipoteku.

<sup>20</sup> Ovaj predlog zapravo je postventivno rešenje za problem dvostruke naplate koja se već dogodila.

<sup>21</sup> Pobornici neakcesornih sredstava obezbeđenja situaciju u kojoj se klijent ne može obeštiti od svog poverioca jer ovaj u međuvremenu postane nelikvidan ne vide kao nedostatak instituta, već kao pogrešan izbor ugovorača od strane klijenta što po mom mišljenju nije nimalo akademsko (ali ni korektno) obrazloženje. Vid. C. Schmid, *et.al.*, *nav.delo*, str. 97. Ovom logikom moglo bi se obrazložiti i da je do dvostruke naplate došlo zbog pogrešne životne odluke klijenta da potpiše ugovor o kreditu, umesto da je tog dana otišao na pecanje. Iz današnje perspektive, nakon svetske ekonomske krize, plediranje za neakcesorna sredstva obezbeđenja kroz navode da je dužnik dovoljno zaštićen kroz ugovor o obezbeđenju, jer će u slučaju neopravdane (dvostruke naplate) moći da se na obligacionoj osnovi regresira od banaka koje su po pravilu likvidni zajmodavci, može se smatrati apsolutno neopravdanim imajući u vidu da je upravo ubrzana cirkulacija fiducijarnih sredstava obezbeđenja bila jedan od uzroka bankrota banaka sa prvoklasnim rejtingom, kao što je to slučaj sa *Lehman brothers*. Vid. Roger Claessens, “Ideje i inicijative od kada se dogodio kolaps Lehman brothers kompanije”, *Bankarstvo* 7–8/2009, str. 8–14.

<sup>22</sup> Ovakvo rešenje primenjeno je u reformi nemačkog zemljišnog duga 2008 godine, nakon što je u praksi došlo do velikog broja realizacije zemljišnog duga, iako su dužnici uredno izmirivali svoje obaveze iz ugovora o kreditu zbog kojih je uspostavljen zemljišni dug. Nekcesornost zemljišnog duga omogućava njegov prenos, bez prenosa potraživanja što nije moguće kod hipoteke (koja se može preneti samo sa prenosom obezbeđenog potraživanja), tako da poverilac zemljišnog duga i poverilac iz ugovora o zajmu (obezbeđenju) ne moraju biti isto lice. Kako bi sprečili ovu negativnu pojavu (dvostruku naplatu zemljišnog duga) nemci su morali izričito odrediti novim zakonom da ugovor o obezbeđenju potraživanja zbog kojeg je uspostavljen zemljišni dug ima stvarnopravno dejstvo. Vid. M. Živković, *nav. delo*, str. 254–255 fn. 314.

kod nemačkog zemljišnog duga. Tako tvorci koncepta Evrohipoteke iz nemačkog Udruženja fanbrif banaka pojašnjavaju da kod obezbeđujućeg zemljišnog duga prigovori iz ugovora o obezbeđenju imaju dejstvo *erga omnes*, te ne može doći do dvostruke naplate, jer sopstvenik nepokretnosti može svakom imaoцу zemljišnog duga istaći prigovor isplaćenog potraživanja.<sup>23</sup> Promoteri evrohipoteke smatraju da mogućnost dvostruke naplate nije problem (ne)akcesornosti, već pitanje regulisanja savesnog sticanja hipoteke, te je Otmar Štokler svojom dijalektikom (erističkom) došao do pogrešnog zaključka da je opasnost od dvostruke naplate veća kod austrijske (striktno akcesorne) hipoteke, u slučaju kada je obezbeđeno potraživanje izmireno, (ali nije još ispisano iz zemljišne knjige) nego kod neakcesornih sredstva obezbeđenja. Štokler smatra da ukoliko poverilac prenese potraživanje (koje je već izmireno) na treće savesno lice isto stiče hipoteku i može se naplatiti od vlasnika njenom aktivacijom što dovodi do dvostruke naplate istog potraživanja.<sup>24</sup> Međutim, ova rasprava nije sasvim tačna jer savesni sticalac obezbeđenog potraživanja koje je već bilo isplaćeno, stiče hipoteku koju ne može realizovati, obzirom da je u Austriji neophodna izvršna isprava kojom se utvrđuje visina i dospelost obezbeđenog potraživanja, kako bi se otpočela realizacija hipoteke. Savesni sticalac ovu izvršnu ispravu ne bi mogao steći jer bi dužnik još u parnici istakao prigovor isplaćenog potraživanja, tako da bi pravi efekat stečene hipoteke od strane savesnog sticaoca, na sopstvenika nepokretnosti bila „čisto stvarna odgovornost”, odnosno umanjeње kreditne sposobnosti imaoца nepokretnosti, jer bi u zemljišnoj knjizi stajao upis hipoteke, koja se suštinski ne bi mogla realizovati.<sup>25</sup> Tačni su navodi pobornika neakcesornih sredstva obezbeđenja da se prigovorima iz ugovora o obezbeđenju sa dejstvom *erga omnes* rešava problem mogućnosti dvostruke naplate ali se ovim otvora pitanje dejstva uvođenja obligacija sa apsolutnim dejstvom u konkretan pravni okvir, kao i problem kruga obezbeđenih potraživanja, jer je ugovor o obezbeđenju neformalan ugovor.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> O. Stöcker, R. Stürner (red.), *nav. delo*, str. 57.

<sup>24</sup> Vid. O. Stöcker, *The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?*, str. 50, fn. 47.

<sup>25</sup> Više o teorijskim raspravama o “čisto stvarnoj odgovornosti” kod savesnog sticanja hipoteke u Austriji Vid. Helmut Koziol, Rudolf Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Band I, Vienna 2002, str. 359; M. Živković, *nav. delo*, str. 131–133, 175–176.

<sup>26</sup> Ugovor o obezbeđenju se menja prostom saglasnošću volja ugovornih strana i nije potrebno njegove izmene unositi u registar, tako da prava iz obligacionog ugovora dejstvuju *erga omnes* bez upisa u registar i prema savesnom sticaocu neakcesornog sredstva obezbeđenja. Vid. Agnieszka Drewicz Tulodziecka, “The position of an owner of real estate which is encumbered with a non-accessory right to property, based on example of regulations in Poland”, u *Basic Guidelines for a Eurohypothec*, str. 59. Ovu vrstu obligacionog odnosa Miloš Živković naziva apsolutizovanim, postvaranim obligacijama, te smatra da bi se i pravo zakupa moglo odrediti na ovaj način, koje je *Nacrtom zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima* (NZS), čl. 2. t.5 određeno kao stvarno pravo, vid. M. Živković, 2010, str. 265 fn. 366, str. 348. Nacrt zakonika objavljen je u publikaciji: Ministarstvo prav-

## Krug obezbeđenih potraživanja kod Evrohipoteke

Evrohipoteka, kao ni njen uzor zemljišni dug ne moraju imati obezbeđujuću svrhu, iako je obezbeđujuća svrha po pravilu svrha ovog instituta, kako je to navedeno u Osnovnim smernicama.<sup>27</sup> Evrohipotekom se mogu obezbeđivati i nenovčana potraživanja što je izazvalo čuđenje i negativne reakcije engleskih

de Republike Srbije, *Ka novom stvarnom pravu Srbije*, Beograd 2007. Mogući uzrok regulisanja zakupa kao stvarnog prava u NZS jeste uticaj "Nacrta Zajedničkog Okvira iz 2008. godine (*Draft Common Frame of Reference - DCFR*), izrađenog od strane Studijske grupe za Evropski Građanski zakonik (*Study Group on a European Civil Code*) i Istraživačke grupe o privatnom pravu Evropske zajednice (*Research Group on EC Private Law*) koji predstavlja polaznu tačku za stvaranje Evropskog građanskog zakonika. Na evropskom nivou u ovoj oblasti veoma je zanimljiva diskusija profesora Pitera Sparksa u pogledu određenja zakupa u DCFR kao stvarnog prava. Sparks kritikuje DCFR jer je isti regulisao zakup pokretnih stvari, ali ne i zakup nepokretnosti, jer EU nije nadležna da reguliše pravo na nepokretnostima, te i sam DCFR izričito navodi da se njegove odredbe ne primenjuju na svojinu na nepokretnostima i prava obezbeđenja na nepokretnostima. Stav da je zakup stvarno pravo može uzrokovati rasparčavanje nacionalnih zakonodavstava u formi groznog nereda (gde bi došlo do kasapljenja nacionalnih zakona koji regulišu obligacije i stvarno pravo prema vrsti stvari: pokretnostima i nepokretnostima) i situacije da određena pravna pitanja ostanu neregulirana. Sparks pojašnjava da kupac stana u Engleskoj, za razliku od kupca kuće, ne može imati svojinsko pravo, već samo pravo dugoročnog zakupa – *leasehold*. Koncept prava na zemljištu u Engleskoj vuče korene iz feudalizma, po kome kruna ima potpunu svojinu nad svim zemljištem u Engleskoj, te ne postoji kontinentalni pojam svojine nad zemljištem, već koncept svojine prava nad zemljištem (koncept prava na prava), te se prava nad zemljištem u Engleskoj baziraju na držanju i pojmu "*estate*" koji određuje obim ovlašćenja i dužinu trajanja prava na nepokretnosti. Međutim na stanu se može imati samo pravo držanja – *leasehold*, čak i kada je zakup dugoročnog karaktera (period trajanja preko 21 godine, pa do 999 godina), ali ne i pravo držanja *fee simple* (*vrsta freehold slobodnog držanja*) koje je najbliže kontinentalnom pojmu svojine. Više o pravima na nepokretnostima u Engleskoj vid. Vid. R. Smith, *nav.delo*, str. 212–218; Peter Sparkes, *Real Property Law and Procedure in the European Union – Report from England and Wales*, Florence, 2005, str. 7–8, 23–24. Kada bi se na predloženi način po DCFR usvojio Evropski građanski zakonik koji bi isključivo regulisao materiju obligacionog prava na teritoriji EU, pojašnjava Sparks to bi uzrokovalo velike probleme u samoj Engleskoj (ali i u većini evropskih država jer je zakup pretežno regulisan kao obligaciono pravo) jer bi u pogledu regulisanja zakupa stanova nastao pravni vakum, te bi se morala sprovesti dodatna regulacija zakupa stanova kao stvarnog prava. Takvo rešenje profesor Sparks ne vidi kao razumno, te pretpostavlja da njegova Vlada nije toliko evrofanatična da uništava i kasapi svoj pravni sistem, da bi kasnije sačinjavala "pravne krpeže" zbog tehničkih nedostataka takozvanog "evropskog prava". Opširnije o ovoj diskusiji vid. Peter Sparkes, "European contract law: how to exclude land?" u: *James Devenney, Mel Kenny (eds.) The Transformation of European Private Law: Harmonisation, Consolidation, Codification or Chaos?*, Cambridge, 2013, str. 78–99. Više o pravnoj prirodi zakupa vid. Miodrag Orlić, *Pravna priroda zakupa*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 1974.

<sup>27</sup> Čl. 2.1. Osnovnih smernica za evrohipoteku. VDP je objavilo podatak da se u preko 90% slučajeva zemljišni dug konstituiše radi obezbeđenja potraživanja, vid. O. Stöcker, R. Stürner (red.), *nav. delo*, str. 46.

pravnik.<sup>28</sup> Evrohipoteka je za razliku od hipoteke neakcesorna u obimu u odnosu na obezbeđeno potraživanje, jer je imalac evrohipoteke ovlašćen da naplati iznos na koji je registrovana evrohipoteka, bez obzira na (ne)postojanje ili manji iznos obezbeđenog potraživanja.<sup>29</sup> Tako se smernicama pojašnjava da se iznos koji se naplaćuje evrohipotekom ne mora podudarati sa iznosom potraživanja iz ugovornog odnosa koje se obezbeđuje.<sup>30</sup> Takva je situacija i kod zemljišnog duga jer je imalac ovlašćen da naplati iznos na koji glasi zemljišni dug, te ukoliko imalac naplati iznos koji je viši od obezbeđenog potraživanja vlasnik može samo obligacionim putem tražiti razliku.<sup>31</sup>

U raspravama o evrohipoteci pitanje kamata je bitno zanemareno pri čemu se često navodi da na pravo evrohipoteke ne teče kamata, već samo na obezbeđeno potraživanje.<sup>32</sup> Tačno je da čl. 3.4. smernica određuje da evrohipoteka nije kamatonosna, međutim ako pažljivo uporedimo fusnote Osnovnih smernica utvrdićemo da je pitanje kamata na samo pravo evrohipoteke zapravo otvoreno. Fusnota 7 smernica kaže da su neki članovi grupe predložili da na evrohipoteku može teći kamata koja se mora registrovati, a u slučaju promenljive kamatne stope mora se registrovati njena maksimalna stopa, dok fusnota 13 smernica predviđa da ukoliko evrohipoteka nosi kamatu one mogu zastareti protekom vremena, ali ne i samo pravo evrohipoteke. Iz ovoga se može zaključiti da i same smernice imaju međusobno neusklađene članove 3.4. i čl. 6.2. u pogledu mogućnosti ugovaranja kamate na samo pravo evrohipoteke.<sup>33</sup> Naravno, ideja o kamati na stvarno pravo evrohipoteke došla je iz nemačkog prava gde kod zemljišnog duga teče kamata i na pravo zemljišnog duga, kao i na obezbeđeno potraživanje.<sup>34</sup> Međutim, u ovoj situaciji moraju se pažljivo analizirati ekonomski preduslovi za uvođenje kamate na stvarno pravo, obzirom da se u nemačkoj gotovo ne koriste u praksi vari-

---

<sup>28</sup> Vid. S. Nassarre-Aznar, *nav. članak*, str. 6.

<sup>29</sup> Vid. čl. 3.4. Osnovnih smernica za evrohipoteku. Neakcesornost se predstavlja kao značajna prednost evrohipoteke jer u slučaju ništavosti ugovora o zajmu ne dolazi do ništavosti evrohipoteke, za razliku od akcesornih sredstava obezbeđenja, Vid. C. Schmid, *et.al.*, *nav. delo*, str. 91.

<sup>30</sup> Vid str. 14 fn. 6 Osnovnih smernica za evrohipoteku.

<sup>31</sup> Ovo predstavlja način uspostavljanja ugovorne kvaziakcesornosti kod nekacesornih sredstva, za razliku od hipoteke gde zakonska akcesornost daje mogućnost poveriocu da iz hipoteke naplati iznos koji ne može biti viši od obezbeđenog potraživanja, vid. M. Živković, *nav. delo*, str. 245–246.

<sup>32</sup> Upor. M. Živković, *nav. delo*, str. 322. Pitanje kamata kod evrohipoteke nije ni spomenuto u doktorskoj disertaciji Slavice Miletić, kao ni u članku M. Lazić, D. Vujović, *Evrohipoteka*, ali bez obzira na to navedeni autori smatraju da će njenim uvođenjem u naš pravni okvir kamatne stope na hipotekarne kredite biti niže, iako za ovakvo predviđanje ne pružaju niti jedan argument.

<sup>33</sup> Upor. str. 14 fn. 6 i str. 18 fn. 13 Osnovnih smernica za evrohipoteku.

<sup>34</sup> Vid. M. Živković, *nav. delo*, 223.

jabilne kamatne stope, te je sporna i njihova dozvoljenost u sudskoj praksi.<sup>35</sup> Tako je i u Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima kod neakcesornog realnog duga predviđeno da se može ugovoriti da stvarno pravo realnog duga bude kamatonosno, kao kod nemačkog zemljišnog duga.<sup>36</sup>

Pitanje varijabilnih kamatnih stopa veoma je bitno u predstojećoj reformi našeg hipotekarnog prava, imajuću u vidu svetsku aferu nameštanja međubankarskih kamatnih stopa Libor i Euribor, koje predstavljaju osnovu za određivanje promenljivih stopa kod kredita u iznosu od više stotina biliona američkih dolara na svetskom finansijskom tržištu.<sup>37</sup> Zbog toga je neophodno sa velikom oprežnošću pristupiti liberalnim stavovima bankarskih institucija, koje predlažu da se hipotekom trebaju obezbeđivati sve vrste kamata u odnosima poverioca i dužnika. Tako Evropska banka za obnovu i razvoj predlaže da se u registru koji vodi pravnu evidenciju o nepokretnostima u kome se upisuje pravo hipoteke, upisuje samo visina glavnice obezbeđenog potraživanja, te da se u slučaju maksimalne hipoteke upisuje samo maksimalan iznos koji može dostići glavnica (kod budućih potraživanja ili kontokorentnog kredita).<sup>38</sup> EBRD u svom istraživanju, kojim pledira

<sup>35</sup> *Ibid.* Nemački građanski zakonik predviđa u § 1115 st. 1 obavezan upis visine kamatne stope u Zemljišnu knjigu kod hipoteke, te se ova odredba o kamati primenjuje i za zemljišni dug shodno § 1192 st. 2 BGB.

<sup>36</sup> Vid. čl. 585 st. 2 NZS.

<sup>37</sup> Više o prevari svetskih banaka sa Liborom i Euriborom, vid. Srđan Stojilković, "Nameštanje međubankarskih kamatnih stopa Libor i Euribor na svetskom finansijskom tržištu i potencijalne posledice na srpsko hipotekarno tržište", *Pravo i Privreda* br. 4–6/2014, str. 319–339.

<sup>38</sup> Vid. European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), *Mortgages in transition economies*, London 2007, str. 18–21. EBRD daje po mom mišljenju neracionalno obrazloženje za ovakav predlog u kome navodi da određenje maksimalnih stopa kod promenljive kamate ne donosi praktičnu korist, kao ni određenje maksimalnog iznosa koji se može naplatiti iz hipoteke, jer se ukupna visina potraživanja ne može predvideti u vreme zaključenja ugovora. Zbog toga je stav EBRD da su neakcesorna sredstva obezbeđenja potraživanja na nepokretnostima bolja, jer se kod njih može menjati obim obezbeđenog potraživanja bez ikakvih problema (obzirom da ne postoji akcesornost u obimu obezbeđenog potraživanja i prava unovčenja iz nekacesornog sredstva obezbeđenja). Sličan stav po pitanju maksimalne visine kamatne stope, kada na glavnica teče promenljiva kamatna stopa i određenja maksimalnog iznosa koji se u tom slučaju može naplatiti iz hipoteke promoviše i VDP, pojašnjavajući da je komplikovano sprovođenje upisa maksimalne kamatne stope kod varijabilne kamate, te da neakcesorna sredstva obezbeđenja jednostavno rešavaju ovaj tehnički problem, jer se u registru upisuje samo određen iznos koji poverilac može naplatiti bez obzira na visinu obezbeđenog potraživanja, vid O. Stöcker, R. Stürner (red.), *nav. delo*, str. 96. Kada se uporede stavovi EBRD iz 2007. godine i VDP iz 2010. godine sa kasnije otkrivenim prevarama banaka (tokom 2012, 2013. i 2014. godine pred američkim istražnim organima i telima EU) u pogledu Libora i Euribora može se smatrati neophodno potrebnim da se iznos maksimalne godišnje kamatne stope, kod obezbeđenih potraživanja na koja teče promenljiva kamata odredi jasnim upisom u registru. Štaviše, sasvim je opravdano i racionalno pitanje zabrane promenljivih kamatnih stopa na našem



za uvođenje evrohipoteke pogrešno argumentuje da je jedan od razloga uvođenja zemljišnog duga u Nemačkoj omogućavanje obezbeđenja potraživanja na koja teče varijabilna kamatna stopa.<sup>39</sup> Zemljišni dug je nastao u Nemačkoj još krajem XIX veka, dok su varijabilne kamatne stope nastale tek osamdesetih godina XX veka, gotovo vek kasnije, te nije moguće da su varijabilne stope uticale na nastanak zemljišnog duga u Nemačkoj.<sup>40</sup> Pored toga u nemačkoj bankarskoj praksi se ni danas ne koriste varijabilne kamatne stope, već isključivo fiksne kamatne stope, tako da se navodi iz istraživanja Evropske banke mogu svrstati u školski primer erističke dijalektike.<sup>41</sup>

Bankarske institucije plediraju da se na evropskom hipotekarnom tržištu omogući klauzula kojom se obezbeđuju sva postojeća i buduća potraživanja banke prema klijentu (*all money clause*) bez obzira na pravni osnov, koja se odnosi i na sve vrste bankarskih kamata kao i troškova namirenja.<sup>42</sup> Za ovakvo određenje kruga obezbeđenih potraživanja hipoteka nije odgovarajući institut, jer se istom mora odrediti makar pravni osnov potraživanja kod najfleksibilnijeg oblika-maksimalne hipoteke.<sup>43</sup> Ni u nemačkom pravnom okviru, kod neakcesornog

---

tržištu, vid. S. Stojilković, *Nameštanje međubankarskih kamatnih stopa Libor i Euribor na svetskom finansijskom tržištu i potencijalne posledice na srpsko hipotekarno tržište*, str. 334–339.

<sup>39</sup> Vid. EBRD, *nav. delo*, str. 18.

<sup>40</sup> Više o istorijskom razvoju zemljišnog duga u Nemačkoj vid. M. Živković, *nav. delo*, str. 194–203. Više o istorijatu nastanka varijabilnih stopa vid. S. Stojilković, *Nameštanje međubankarskih kamatnih stopa Libor i Euribor na svetskom finansijskom tržištu i potencijalne posledice na srpsko hipotekarno tržište*, str. 321–323.

<sup>41</sup> Nedavna svetska ekonomska kriza je imala više svojih uzročnika, ali je jedan od bitnijih bila manipulacija promenljivim kamatnim stopama, te su države koje ne koriste promenljive kamatne stope u znatno manjoj meri pogođene krizom. Nemačke banke u svojoj državi koriste gotovo isključivo fiksne kamate, vid. Markus Rudolf, Anthony Saunders, *Refinancing Real Estate Loans – Lessons to be Learned from the Subprime Crisis*, Berlin 2009, str.18, 30. Promenljive kamatne stope kod stambenih kredita su pretežne na području EU, izuzev Nemačke, Holandije, Belgije, i Francuske gde dominantno koriste fiksne kamate, što je pokazala nedavna izrada nacрта directive EU koja ima za cilj da se varijabilne kamatne stope stave pod regulaciju nakon utvrđenih brojnih zloupotreba. Vid. European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on indices used as benchmarks in financial instruments and financial contracts*, 2013, str. 82 fn. 110, dostupno na adresi: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SWD:2013:0336:FIN:EN:PDF>, 15.01.2014.

<sup>42</sup> Vid. EBRD, *nav. delo*, str. 18.

<sup>43</sup> Uglavak o obezbeđenju svih potraživanja između banke i klijenta (“*all money claims*”) je uobičajen u sistemu opšteg prava, a koji je indirektno transplantiran u naše hipotekarno pravo, podrazumeva da se stvarnopravnim sredstvom obezbeđenja obezbeđuju sva postojeća i buduća potraživanja u odnosu između banke i klijenta, bez obzira na njihov pravni osnov. Više o kršenju načela specijalnosti u pogledu obezbeđenog potraživanja u našem hipotekarnom pravu i “*all money claims*” klauzuli vid. S. Stojilković, *Vansudsko namirenje hipoteke*, str. 503–506; P. Sparkes, *Real Pro-*

zemljišnog duga, nije dozvoljeno široko određenje obima obezbeđenog potraživanja, kakav predlažu evropske bankarske institucije, kojim bi se obezbeđivala sva sadašnja i buduća potraživanja između poverioca i dužnika.<sup>44</sup> Koncept evrohipoteke ima za cilj da omogući preširok krug obezbeđenih potraživanja jer ugovor o obezbeđenju nema zakonom određenu obaveznu sadržinu, te je zbog toga i deo nemačke teorije predložio da evrohipoteka treba biti akcesorna u odnosu na potraživanje.<sup>45</sup> Zanimljivo je da se tvorcima koncepta evrohipoteke suštinski ne upušta u rasprave koje su izrečene ovom konceptu i predlozima da evrohipoteka treba biti akcesorna već u jednoj rečenici zaključuju da akcesorna sredstva obezbeđenja nisu podobna za savremene tehnike refinansiranja i nove oblike kreditiranja.<sup>46</sup> Zbog toga ćemo poseban deo rada posvetiti analizi da li su za savremene tehnike refinansiranja i uvođenje novih oblika kreditiranja zaista neophodna neakcesorna sredstva obezbeđenja na nepokretnostima.

### Vansudsko namirenje Evrohipoteke

Ukoliko dođe do naplate neosnovanog potraživanja ili potraživanja koje je veće u obimu od obezbeđenog dužnik će morati da se brani prigovorima iz ugovora o obezbeđenju ili će morati da pokreće parnicu za sticanje bez osnova kada se okonča realizacija koja je određena kao vansudska i koja se mora sprovesti u roku od godinu dana.<sup>47</sup> Imalac evrohipoteke treba dokazati u realizaciji samo da je imalac evrohipoteke, bez dokazivanja detalja u pogledu zajma, već samo da dostavi svoju evidenciju o stanju duga dužnika.<sup>48</sup> Teret dokazivanja da je dug manji ili da ne postoji je prebačen na dužnika, te je predviđeno da se postupak sprovodi

*erty Law and Procedure in the European Union – Report from England and Wales*, str. 72; Kenneth Reid, *Real Property law and Procedure in the European Union – Report from Scotland*, Florence 2005, str. 44, 48.

<sup>44</sup> Samo u izuzetnim slučajevima pod veoma restriktivnim uslovima nemačka sudska praksa dozvoljava ovu klazuzulu kada je reč o obligacionom dužniku – pravnom licu, koji je istovremeno i stvarni dužnik, vid. M. Živković, 243, fn. 262–264.

<sup>45</sup> Vid. Thomas Wachter, *Die Eurohypothec – Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken im Europäischen Binnenmarkt* (The Eurohypothec – cross-border loan security over real property in the European single market), *WM (Wertpapier Mitteilungen Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht*, 2/1999), str. 49 i dalje. Upor. M. Živković, *nav. delo*, str. 332–333; C. Schmid, *et al.*, *nav. delo*, str. 101.

<sup>46</sup> Tako VDP samo u jednoj rečenici pominje postojanje ideja da evrohipoteka bude akcesorna, ali da ovi predlozi ne trebaju biti prihvaćeni. Pored članka Vahtera iz 1999. godine (citiranog u prethodnoj fn. 45), pominje se i članak: *Mathias Habersack, “Die Akzessorität – Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrecht” u Juristen Zeitung (JZ) 18/1997*, str. 857 i dalje, kao i P. Sparkes, *European Land Law*, Oxford, 2007.

<sup>47</sup> Vid. čl. 8.1. Osnovnih smernica za evrohipoteku.

<sup>48</sup> Vid. čl. 8.2. Osnovnih smernica za evrohipoteku.

u celosti vansudski kao i mogućnost da se u žalbenoj fazi uključuje sud. Vansudsko namirenje evrohipoteke predstavlja jedno od retkih odstupanja u odnosu na nemački zemljišni dug jer se isti može realizovati isključivo u sudskom izvršnom postupku.<sup>49</sup> Vansudsko namirenje hipoteke bez ikakve uloge suda u kontinentalnoj Evropi moguće je samo u Srbiji i Ukrajini, dok je uobičajeno kod realizacije morgidža u sistemu opšteg prava.<sup>50</sup> Koliko je pak nemački zemljišni dug uticao na koncept evrohipoteke može se videti iz čl. 8.5. smernica za evrohipoteku, koji predviđa samostalnu izjavu dužnika kojom prihvata i ličnu odgovornost za određeni iznos potraživanja poverioca koja ima svojstvo neposredno izvršne isprave.<sup>51</sup>

#### AKCESORNOST I SAVREMENE TEHNIKE REFINANSIRANJA KREDITA

Zagovornici koncepta evrohipoteke ističu da je upravo akcesornost najveća prepreka savremenim kreditnim poslovima koji zahtevaju nove tehnike refinansiranja dugoročnih kredita.<sup>52</sup> Refinansiranje banaka vrši se izdavanjem dužničkih

<sup>49</sup> Zemljišni dug se u nemačkoj praksi konstituiše u obliku izvršne isprave, ali se postupak prodaje nepokretnosti mora sprovesti u sudskom izvršnom postupku shodno Zakonu o prinudnoj prodaji i prinudnoj upravi (*Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung: ZVG*). Zemljišni dug se sudskim putem realizuje i u državama koje su ga transplantirale kao što je to Slovenija, vid. Tomaž Kerestraš, "Zemljišni dug u novom stvarnopravnom uređenju Republike Slovenije", *Budimpeštanski simpozijum – Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope*, Bremen 2003, str. 144. Jedino je u Srbiji predloženo vansudsko namirenje zemljišnog (realnog) duga u NZS. Vansudsku realizaciju zemljišnog duga (vid. čl. 620 st. 4 i 622 NZS) smatraju izuzetno liberalnom čak i nemački stručnjaci, vid. Urluh Drobniig, "Mišljenje o nacrtu srpskog Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima", *Ka novom stvarnom pravu Srbije*, str. 166. Ova kritika predstavlja i indirektnu kritiku koncepta evrohipoteke, jer srpski realni dug predstavlja liberalniju formu zemljišnog duga, koji je baziran na konceptu evrohipoteke. Više o sudskom namirenju zemljišnog duga u Nemačkoj vid. M. Živković, *nav. delo*, str. 206.; Christian Hertel, Hartmut Wicke, *Real Property law and Procedure in the European Union – Report from Germany*, Florence 2005, str. 40 i dalje.

<sup>50</sup> Više o nemogućnosti namirenja stvarnih sredstava obezbeđenja vansudskim putem u Evropi osim u sistemu opšteg prava, vid. C. Schmid, *et. al.*, *nav. delo*, str. 93–94. Zanimljivo je da Srbija uz Holandiju (gde je izvršni postupak prepušten već duže od jednog veka privatnim izvršiteljima) predstavlja lidera u brzini namirenja hipoteke u roku od 6 meseci, vid. O. Stöcker, R. Stürner (red.), *nav. delo*, str. 81. Čak se ni u engleskoj privatna prodaja nepokretnosti kod instituta morgidž ne može sprovesti u ovako kratkom periodu kada se radi o nekretnini koja služi za stanovanje, jer postoji posebna zaštita korisnika finasijskih usluga, koja omogućava sudovima da u opravdanim situacijama (u slučaju bolesti, gubitka posla ili razvoda) odlože vansudsku prodaju i iseljenje korisnika kredita u periodu ne kraćem od 39 nedelja, pa do najdalje 2 godine. Vid. R. Smith, *nav. delo*, str. 568–569.

<sup>51</sup> Ovakva izjava uobičajena je kod zemljišnog duga (*schuldversprechen*) i dozvoljena shodno § 780–781 BGB, kako bi imalac imao mogućnost da potraživanje naplati i iz ostale imovine dužnika. Vid. C. Hertel, H. Wicke, *nav. delo*, str. 39.

<sup>52</sup> Vid. S. Nassarre-Aznar, O. Stöcker, *nav. članak*, str. 117, M. Živković, *nav. delo*, str. 326; M. Lazić, D. Vujović, *nav. članak*, str. 494–495; S. Miletić, *nav. delo*, str. 233–233.

hartija od vrednosti na osnovu skupa većeg broja dugoročnih kredita (pul kredita), koji su obezbeđeni nekim stvarnopravnim sredstvom.<sup>53</sup> Osnovna podela dužničkih hartija od vrednosti iz postupka refinansiranja na svetskom finasijskom tržištu vrši se prema kriterijumu da li kredit ostaje u bilansu banke ili se prenosi na posebno pravno lice čime se pored refinansiranja postiže i disperzija rizika, obzirom da banka u ovom slučaju više ne mora da brine o naplativosti kredita.<sup>54</sup>

Nemački fanbrifi (*založna pisma*) predstavljaju model refinansiranja gde banka na osnovu svojih kredita koji su obezbeđeni hipotekom ili zemljišnim dugom izdaje obveznice koje donose imaocu fiksnu kamatnu stopu pored vraćanja glavnice.<sup>55</sup> Kao podloga za fanbrife stoji pul kredita koji je dinamičan i raznovrstan, jer se u njemu nalaze dugoročni krediti obezbeđeni kako zemljišnim dugom, pismom o dugu, hipotekom ili morgidžom na nepokretnostima u više država.<sup>56</sup> Kod nemačkih dužničkih hartija od vrednosti – fanbrifa, krediti ostaju u bilansu banke, te banka izdavalac ostaje garant plaćanja po izdatim fanbrifima.<sup>57</sup> Fanbrifi su striktno zakonski regulisani u nemačkoj, te o njihovoj pravnoj valjanosti najbolje govori podatak da nije došlo kašnjenja u isplati obaveza prema investitorima u fanbrife u polednja dva veka.<sup>58</sup> Postupak refinansiranja dugoročnih kredita izdavanjem dužničkih hartija od vrednosti po modelu fanbrifa vršen je u

<sup>53</sup> Vid. Markus Rudolf, Anthony Saunders, *Refinancing Real Estate Loans – Lessons to be Learned from the Subprime Crisis*, Berlin 2009, str. 22.

<sup>54</sup> Tako je čak i predstavnik VDP Otmar Štokker pre svetske ekonomske krize potrebu za uvođenjem evrohipoteke pravdao novim tehnikama refinansiranja (angloameričke vrste) koje zahvaju da kredit izađe iz bilansa banke, Vid. S. Nassarre-Aznar, O. Stöcker, *nav. članak*, str. 122.

<sup>55</sup> U Nemačkoj postoje i fanbrifi koji se izdaju na bazi kredita koji su garantovani od strane država (§ 20 *Pfandbriefgesetz*), na bazi kredita gde je sredstvo obezbeđenja brod (§21 *Pfandbriefgesetz*) ili avion (§ 26 *Pfandbriefgesetz*), ali ove vrste fanbrifa nisu predmet rada, te pojam fanbrifa koristim u radu samo za dužničku hartiju od vrednosti na bazi kredita koji su obezbeđeni stvarnim sredstvom obezbeđenja na nepokretnosti. Nemački Zakon o fanbrifima (*Pfandbriefgesetz*) izričito svojim § 12 kaže da kao podloga za izdavanje fanbrifa mogu služiti hipotekarni krediti, dok je § 18 dozvoljeno izdavanje fanbrifa na osnovu kredita koji su obezbeđeni zemljišnim dugom. Kod podloga za fanbrife koriste se krediti sa fiksnom kamatnom stopom. Vid. M. Rudolf, A. Saunders, *nav. delo*, str. 18, 30; M. Živković, *nav. delo*, str. 202.

<sup>56</sup> Na ovaj način značajno se umanjuje kreditni rizik, jer je oko 11,5 % kredita koji su podloga za fanbrife odobreno van Nemačke, od čega je značajan obim kredita (1 milion evra za stambene kredite) obezbeđen striktno akcesornom hipotekom samo u Austriji. Vid. M. Rudolf, A. Saunders, *nav. delo*, str. 36. Zakon o fanbrifima § 13 dozvoljava da u pul za fanbrife ulaze krediti nemačkih banaka odobreni na području Evropske Ekonomske Zajednice, u Švajcarskoj, SAD, Kanadi i Japanu.

<sup>57</sup> M. Rudolf, A. Saunders, *nav. delo*, str. 23.

<sup>58</sup> Poslednje kašnjenje u isplati obaveza banaka po fanbrifima desilo se u Pruskoj nakon poraza u drugom Napoleonovom ratu 1807. godine. Vid. Otmar Stöcker, "Covered bond model in Europe: fundamentals on legal structures", *Housing International Finance*, Winter 2011, Brussels 2011, str. 33 fn. 11.

Srbiji sa uspehom pre više od jednog veka od strane Državne hipotekarne banke i Hipotekarne banke Trgovačkog fonda.<sup>59</sup>

Za razliku od nemačkih fanbrifa u sistemu opšteg prava postupak refinansiranja nije zakonski regulisan, već je prepušten tržištu u potpunosti. Kod anglosaksonskog modela refinansiranje se vrši postupkom sekjuritizacije tako što se krediti banke prenose na drugo pravno lice SPV (*special pupose vehicle*) koje izdaje morgidž hartije od vrednosti-MBS (*Mortgage Backed Securities*).<sup>60</sup> Kod MBS investitor ima manju pravnu sigurnost nego kod fanbrifa jer banka prenosom kredita na SPV gubi svoju pravnu vezu sa postupkom sekjuritizacije.<sup>61</sup> Kod MBS ne

---

<sup>59</sup> Koliko je bila razvijena svest tadašnjih srpskih bankara i pravnika o značaju refinansiranja najbolje će posvedočiti citat iz Trgovinskog glasnika Trgovačkog fonda: "Čim trgovački fond dostigne sumu od 500.000,00 dinara obrazovaće se Hipotekarna banka koja će taj novac plasirati uz hipotekarnu garanciju, a kada to učini, odmah može izdavati založnice (pfandbriefe) za isti iznos koliko je zajma odobreno. Na ovaj način hipotekarna banka će sa prikupljenim kapitalom od pola miliuna suštinski raditi sa kapitalom od milion dinara. Banka će založnice plasirati u zemlji i inostranstvu sa interesom od 6%, dok će prilikom odobravanja hipotekarnih zajmova srpskoj privredi ta sredstva plasirati pod interesom od 8%, te će čista dobit od 2% biti dovoljna za troškove banke". Vid. Trgovački Fond, *Spomenica dvadesetpetogodišnjice Trgovačkog Fonda i njegove Hipotekarne Banke 1903–1928*, Beograd 1929, str. 27–28, 51–52. Zakon o povlasticama Trgovačkog Fonda i njegove Hipotekarne Banke usvojen 1902. godine dozvolio je izdavanje hipotekarnih založnica (fanbrifa) Hipotekarnoj banci Trgovačkog fonda (§ 3).

<sup>60</sup> Morgidž hartije od vrednosti dobijaju se procesom sekjuritizacije, koji predstavlja postupak pretvaranja nelikvidnog sredstva (poput morgidž kredita u SAD) u likvidno sredstvo kojim se može trgovati na sekundarnom morgidž tržištu. Sekjuritizacija se postiže sakupljanjem većeg broja morgidž kredita u pul, koji banke prodaju drugom pravnom licu (takozvanom specijalnom pravnom licu (SPV – *special purpose vehicle*) koje se bavi isključivo emitovanjem i prodajom hartija od vrednosti koje su obezbeđene morgidžom). Na ovaj način banke prodaju potraživanja po nešto nižoj ceni, ali postaju likvidnije i smanjuju svoj rizik jer krediti izlaze iz bilansa banke, a pravno lice koje je otkupilo veći broj morgidž kredita (pul kredita), emituje i prodaje morgidž hartije od vrednosti (*Mortgage Backed Securites – MBS*) koje donose mesečne prihode investitorima. Najznačajniji učesnici na sekundarnom tržištu morgidž kredita u SAD jesu državne agencije Fredi Mek (*Federal Home Loan Mortgage Corporation – "Freddie Mec"*), Feni Mej (*Federal National Mortgage Association – "Fannie Mae"*) i Džini Mej (*Government National Mortgage Association – "Ginnie Mae"*). Više o sekjuritizaciji morgidž kredita u SAD i ulozi vladinih agencija vid. Michael Diamond, *Real Estate Law*, Albany–New York 1998, 173–176. Ekonomska teorija koristi termin sekjuritizacija i u širem smislu obuhvatajući pod istim i refinansiranje po nemačkom modelu koji svrstava u bilansnu sekjuritizaciju, dok anglo-američki model u vanbilansnu sekjuritizaciju. Vid. Gordana Juhas, "Sekjuritizacija kredita i uzroci hipotekarne krize", *Ekonomski pogledi* br. 1/2011, str. 102–103.

<sup>61</sup> Garant za plaćanje MBS u slučaju neisplate investitora je obično neka osiguravajuća kuća, dok je neosigurani MBS privlačio investitore višim prinostnim kamatnim stopama. Tokom 2007. godine 68% svih morgidž harija od vrednosti u SAD su garantovale Freddie Mec, Fannie Mae i Ginnie Mae, vid. M. Rudolf, A. Saunders, *nav. delo*, str. 27. Fredi Mek i Feni Mej su tokom svetske ekonomske krize zbog značajnih ekonomskih gubitaka (usled kupoprodaje MBS i isplatom obaveza po istim u postupku osiguranja kada SPV nije isplaćivalo investitore po MBS) stavljene pod prinudnu državnu upravu, te su kasnije i nacionalizovane. Aktuelne su parnice pred sudovima SAD po tužba-

postoji zakonski postavljen odnos između procenjene vrednosti opterećene nepokretnosti u odnosu na maksimalan iznos kredita koji se može odobriti (*Loan To Value-LTV ratio*), a koji u Engleskoj premašuje u praksi 110 %, dok je u SAD ovaj odnos kod MBS koji su osigurani na nivou od 90-95%.<sup>62</sup> Zakon o fanbrifima u § 14 određuje limit do koga se može odobiti kredit u odnosu na procenjenu vrednost nepokretnosti, koja služi obezbeđenju kredita, kako bi kredit bio podoban za refinansiranje, te se u nemačkoj maksimalno može odobriti kredit u iznosu od 60% vrednosti opterećene nepokretnosti kako bi kredit bio podoban da uđu u pul na osnovu kojeg se formiraju fanbrifi.<sup>63</sup> Bitnu razliku MBS u odnosu na fanbrife predstavlja činjenica da kod MBS u pul kredita ulaze i krediti sa varijabilnom kamatnom stopom, koja je uzrok mnogih nestabilnosti na tržištu. U Engleskoj je varijabilna kamatna stopa apsolutno dominantna, dok se u SAD kod stambenih kredita varijabilna kamatna stopa koristi statistički gledano kod četvrtine odobrenih kredita, te je pretežna stopa fiksna.<sup>64</sup> Međutim američko tržište je u obimu znatno veće, te bez obzira što je učešće kredita sa promenljivom kamatom manjeg udela oni su značajno doprineli svetskoj ekonomskoj krizi.<sup>65</sup>

Nesporno je da se najbolje sredstvo za refinansiranje dugoročnih kredita - fanbrifi mogu izdavati na bazi kredita obezbeđenih akcesornim sredstvom obezbeđenja, što sa uspehom čine nemačke banke.<sup>66</sup> Stubovi stabilnosti fanbrifa jesu striktna zakonska regulacija, visok nivo sigurnosti kao i fiksna kamatna stopa. Naše ranije hipotekarno pravo imalo je uspešno iskustvo sa refinansiranjem kredita bez neakcesornih sredstava obezbeđenja potraživanja, kao i striktan zakonski

---

ma Fredi Mek i Feni Mej protiv banaka, jer su banke prevarno nameštale vrednosti Libora kako bi ostvarivale što veći profit, vid. S. Stojilković, *Svetska afera nameštanja međubankarskih kamatnih stopa Libor i Euribor i potencijalne posledice na srpsko hipotekarno tržište*, str. 330–332.

<sup>62</sup> Kod neosiguranog MBS visina maksimalne pozajmice (*LTV ratio*) u odnosu na procenjenu vrednost nepokretnosti koja će služiti obezbeđenju kredita je i znatno viša. Vid. M. Rudolf, A. Saunders, *nav. delo*, str. 17, 43.

<sup>63</sup> Vid § 14 Zakona o fanbrifima. (*Pfandbriefgesetz*).

<sup>64</sup> M. Rudolf, A. Saunders, *nav. delo*, str. 19.

<sup>65</sup> Kašnjenje otplata rata po morgidž kreditu direktno utiče na priliv sredstava za isplatu obaveza investitorima po morgidž hartijama od vrednosti. Kako je u SAD poslednjih desetak godina odobran morgidž kredit sa hibridnom stopom (u kojoj najpre 2–3 godine teče fiksna kamatna stopa, a nakon tog perioda varijabilna koja se usklađuje sa vrednošću Libora) u znatno većoj meri nego u ranijem periodu, to je tokom 2005–2007. godine došlo do velikog zaostatka sa otplatom morgidž kredita, a kao posledica toga došlo je i do zaostatka u isplati investitora po MBS, pa potom i do svetske ekonomske krize.

<sup>66</sup> Vid. fn. 55–56. Epitet “najbolji” fanbrifi su zaslužili u nedavnoj svetskoj ekonomskoj krizi, kada je u vrhuncu krize tržište MBS opalo u velikoj meri (gotovo presušilo) dok je tržište fanbrifa beležilo rast. Vid M. Rudolf, A. Saunders, *nav. delo*, str. 64–65. Nakon krize Engleska i SAD se okreću sve više modelu refinansiranja po konceptu fanbrifa, vid. James Crosby, *Mortgage finance: final report and recommendations*, London, 2008, str. 43.

odnos maksimalne pozajmice u odnosu na vrednost nepokretnosti.<sup>67</sup> Može se zaključiti da stavovi o neophodnosti uvođenja neakcesornih sredstva obezbeđenja radi omogućavanja savremenih tehnike refinansiranja predstavljaju puku erističku dijalektiku.

Problemi koji se pojavljuju sa sindiciranjem kredita, kada više banaka odobravaju kredit jednom dužniku ili banka u kasnijoj fazi kreditnog odnosa proda deo potraživanja drugim bankama predstavljaju se nerešivim bez neakcesornih sredstva, što nije sasvim tačno.<sup>68</sup> Bankarima predstavlja problem kako da nakon podele potraživanja reše podelu sredstva obezbeđenja, te smatraju da je najbolje dozvoliti fiducijarno držanje sredstva obezbeđenja jedne banke u korist drugih po modelu anglosaksonskog trasta.<sup>69</sup> Problem sindiciranja može se rešiti jednostavnim putem upisom više hipotekarnih poverilaca u javnu knjigu sa srazmernim udelima, međutim bankarima problem predstavljaju složenosti pojedinih sistema, kao i plaćanje taksi.<sup>70</sup> Nemačka je ovaj problem rešila na jednostavan način uvođenjem registra refinansiranja u kome se registruje činjenica da se stvarnopravno sredstvo obezbeđenja u potpunosti ili u nekom obimu drži za drugoga (fiducijarno).<sup>71</sup> U registru refinansiranja moguće je upisati da jedna fanbrif banka fiducijarno drži u korist druge ne samo zajam obezbeđen zemljišnim dugom, već i potraživanja koja su obezbeđena akcesornom hipotekom.<sup>72</sup>

## ZAKLJUČAK

Većina država Evropske Unije ne želi ujednačavanje i promene svog hipotekarnog prava kao ni uvođenje trasta, bez obzira što je ovakvo postupanje u koliziji sa evropskim načelom o slobodi kretanja kapitala.<sup>73</sup> Usvajanje koncepta evrohi-

---

<sup>67</sup> Dorđe Pavlović, *Hipotekarno pravo u Kneževini Srbiji*, Beograd 1868, str. 160. Zakon o davanju novca pod interes iz kase Uprave Fondova (*Zbornik XV.136 od 24.8.1862 godine*) je propisivao *LTV ratio* na 50% po ugledu na nemačko pravo. Može se zaključiti da je naše hipotekarno pravo pre jednog veka bilo mnogo razvijenije nego savremeno.

<sup>68</sup> Vid. Forum Group on Mortgage Credit European Commission, *Excerpts from the Recommendations of the Forum Group on Mortgage Credit*, str. 75–77; M. Živković, *nav. delo*, str. 326–330.

<sup>69</sup> Tako se u radovima o evrohipoteci govori o istoj kao načinu rešavanja ovog problema bez uvođenja trasta u pojedne države u smislu Haške konvencije o trastu iz 1985 godine (*Convention on the law applicable to trusts and to their recognition*), vid. S. Nassarre-Aznar, O. Stöcker, *nav. članak*, 116 i dalje.

<sup>70</sup> Vid. A. Drewicz Tulodziecka, (ed), *Basic Guidelines for a Eurohypothec*, str. 35. Profesor Rid smatra da se sindiciranje kod akcesornog morgidža može rešiti jednostavno upisom više poverioca jednakog ranga sa udelom srazmernom iznosu potraživanja. Vid. K. Reid, *nav. delo*, str. 55.

<sup>71</sup> Vid §. 22a –22o Zakona o bankama (*Kreditwesengesetz*).

<sup>72</sup> S. Nassarre-Aznar, O. Stöcker, *nav. članak*, 137.

<sup>73</sup> S. Nassarre-Aznar, O. Stöcker, *nav. članak*, str. 115.

poteke u samoj EU ne može se očekivati obzirom da su mnoge članice EU izrazile značajne rezerve prema predloženom konceptu evrohipoteke.<sup>74</sup> Mišljenja o ovom konceptu su se kretala od toga da je njegovo uvođenje teško izvodivo ili onih koji misle da je prerano za usvajanje ovog modela, pa do britanaca koji smatraju da je ovaj model totalni promašaj.<sup>75</sup> Ideja evrohipoteke suštinski je propala na evropskom nivou jer se nakon Zelene knjige EU o hipotekarnom kreditu, koja je podržala nekacesornost evrohipoteke, došlo do situacije da se u Beloj knjizi o integraciji tržišta hipotekarnih kredita u EU iz 2007 godine evrohipoteka više ne pominje kao opcija.<sup>76</sup>

SRĐAN STOJILKOVIĆ, LL.M.,  
Assistant Judge, Commercial Court, Požarevac

## ERISTIC DIALECTIC IN MODEL OF EUROHYPOTHEC

### Summary

Modern techniques of refinancing long-term loans through which banks become more liquid and carry out risk dispersion encourage changes in the legal framework related to the security claims. Economists and lawyers who support the introduction of a single European hypothec market starts from the premise that the main problem of introducing in the legal framework of modern techniques refinance is accessoriness of hypothec in relation to the secured claim. The aim of this paper is cognition of the truth about concept of eurohypothec using the dialectical method and indicating on potential (un)consciously use of eristic dialectic method by proponents of this concept.

---

<sup>74</sup> Iako je ekspertska grupa "Evrohipoteka" koja je učestvovala u izradi modela evrohipoteke imala svoje sedište u Španiji, pretežni deo španskih sručnjaka bio je protiv uvođenja neakcesornog sredstva obezbeđenja na nepokretnostima, smatrajući ga nepotrebnim i nazadnim u odnosu na hipoteku. Vid. S. Nassarre-Aznar, *nav. članak*, str. 1 fn. 7. Pored značajnih rezervi o ovom konceptu veoma je sporno i pitanje nadležnosti same EU za regulisanje materije stvarnopravnih sredstava obezbeđenja potraživanja. Više o sukobu nadležnosti EU za ovu materiju shodno članu 295 Ugovora o Evropskoj uniji (Rimski ugovor), koji ograničava EU da interveniše u oblast prava obezbeđenja potraživanja na nepokretnostima, sa jednim od četiri osnovnih načela EU – slobodi kretanja robe i kapitala. Vid. V. Sagaert, *nav. članak*, str. 1045–1046; S. Nassare Aznar, *nav. članak*, str.14. U radovima objavljenim u Srbiji iznosi se sa stav da EU nesporno ima nadležnost da reguliše ovu materiju, bez ikakvog osvrta na ovu sasvim ozbiljnu diskusiju, vid. M. Lazić, D.Vujović, *nav. članak*, str. 493.

<sup>75</sup> Vid. V. Sagaert, *nav. članak*, str. 1061.

<sup>76</sup> Zelena knjiga EU jeste najveći domet koncepta evrohipoteke po rečima tvoraca ovog koncepta, ali se nakon iste evrohipoteka više ne pominje u aktima EU, te se može zaključiti da je došlo do definitivnog poraza ovog koncepta na nivou EU. Upor. S. Nassarre-Aznar, O. Stöcker, *nav. članak*, str. 117; M. Živković, *nav. delo*, str. 325.



## NAČELO POUZDANJA U KATASTAR NEPOKRETNOSTI

### U V O D

Načelo pouzdanja je jedno od najvažnijih načela zemljišnoknjižnog prava i njegovom doslednom primenom se otvaruje svrha postojanja pravnih evidencija o nepokretnostima (zemljišnih knjiga, a u našem pozitivnom pravu katastra nepokretnosti). Ovo načelo je izričito formulisano u Zakonu o državnom premeru i katastru<sup>1</sup>, na način što je propisano da su podaci o nepokretnostima upisani u katastar nepokretnosti istiniti i pouzdani i da niko ne može snositi štetne posledice zbog tog pouzdanja. U pravnim pravilima Zakona o zemljišnim knjigama<sup>2</sup> nije sadržana definicija načela pouzdanja ali se njegov sadržaj može izvesti uopštavanjem ostalih odredbi tog zakona.<sup>3</sup> Svrha ovog načela je da se savesni pribavilac prava svojine ili drugog stvarnog prava može pouzdati u zemljišne knjige (u našem pravu u katastar nepokretnosti – *prim. aut.*) i kada stanje u njima označeno nije istinito ili nije potpuno.<sup>4</sup> O načelu pouzdanja možemo govoriti u pozitivnom smislu – da ono što je upisano pravno postoji i u negativnom smislu – da ono što nije upisano i ono što je brisano pravno ne postoji. Shodno određenim shvatanji-

---

Dr Jasmina Vukotić, docent Univerziteta Privredna akademija, Novi Sad.

<sup>1</sup> Vid. čl. 63 Zakona o državnom premeru i katastru – ZDPK, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009, 18/2010 i 65/2013.

<sup>2</sup> Zakon o zemljišnim knjigama – ZZK, *Službene novine Kraljevine Jugoslavije*, br. 146/1930 i 281/1931.

<sup>3</sup> Vid. § 28 ZZK, kao i § 68–§ 75 ZZK (koji regulišu brisovnu tužbu i zabeležbu spora).

<sup>4</sup> Vid. Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd 1999, 332.

ma u pravnoj teoriji načelo pouzdanja se posmatra kao materijalna strana načela javnosti, koja ima svoju pozitivnu i negativnu stranu.<sup>5,6</sup> Da bi se sagledala dejstva načela pouzdanja potrebno je najpre analizirati šta je predmet pouzdanja (koji podaci sadržani u registru nepokretnosti<sup>7</sup> uživanju pouzdanje), zatim ko može da se pozove na primenu ovog načela i kada (a ko ne može i zašto), te koje pravne posledice može da proizvede njegova primena i od kada one nastupaju.

#### PREDMET POUZDANJA

Postavlja se pitanja u koje podatke sadržane u katastru nepokretnosti se može pouzdati treće savesno lice, da li samo u podatke o upisanim pravima ili i u činjenične podatke. Ovo pitanje je posebno značajno imajući u vidu da katastar nepokretnosti predstavlja jedinstvenu evidenciju o nepokretnostima i pravima na njima (kako faktičku, tako i pravnu evidenciju). Odredba čl. 63 ZDPK je nepotpuna i neprecizna. Prvo, u istoj se kaže da su podaci o nepokretnostima upisani u katastar nepokretnosti istiniti i pouzdani, ali se ne navodi koji su to podaci. Drugo, u čl. 73 ZDPK su navedene vrste upisa: upis nepokretnosti, upis stvarnih prava, predbeležba i zabeležba, a u čl. 74 je bliže određeno da se pod upisom nepokretnosti smatra upis podataka o parceli, objektu i posebnom delu objekta, te je određeno na osnovu kojih dokumenata se ti upisi vrše.<sup>8</sup> Posmatrajući ove zakonske odredbe može se zaključiti da su predmet pouzdanja svi podaci upisani u katastar nepokretnosti, i to kako pravni tako i faktički.

Međutim, ovakvo tumačenje je neprihvatljivo jer pouzdanje treba da uživaju samo podaci o pravnom stanju nepokretnosti. Svrsi ovog načela odgovara da se treće savesno lice može pouzdati u istinitost i potpunost upisanih prava i pravnih činjenica<sup>9</sup>. Pouzdanje u istinitost podrazumeva da upisano pravo postoji, da je upisani imalac njegov stvarni imalac, te da postoji u onom obimu i sa onim sa-

<sup>5</sup> Vid. Mirko Košutić, *Tumač k Zakonu o zemljišnim knjigama, te Zakonu o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga*, Zagreb bez godine izdanja, 36–37.

<sup>6</sup> Nasuprot tome, Čulinović je mišljenja da iz principa javnosti ne proizilazi da su upisi istiniti, te da načelo pouzdanja proizilazi iz osnovnog načela zemljišnih knjiga da su one potpun i tačan prikaz pravnog stanja neke nekretnine. Vid. Ferdo Čulinović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Beograd 1933, 32.

<sup>7</sup> Pod registrima nepokretnosti u ovom radu se imaju u vidu pravne evidencije nepokretnosti, u prvom redu zemljišne knjige i katastar nepokretnosti.

<sup>8</sup> Podaci o parceli se upisuju na osnovu elaborata premera odn. elaborata geodetskih radova i isprave za upi kada je to određeno zakonom, dok se podaci o objektu upisuju na osnovu elaborata premera odn. elaborata geodetskih radova. Podaci o posebnim delovima objekata upisuju se na osnovu tehničke dokumentacije na osnovu koje je izdata građevinska ili upotrebna dozvola ili na osnovu zemljišne knjige, knjige tapija, intabulacione knjige i knjige prodatih društvenih stanova sa hipotekom, akta nadležnog organa i elaborata geodetskih radova.

<sup>9</sup> Ovde se misli na relativna ograničenja raspolaganja, koja se podobna za upis.

držajem i rangom kako je upisano. Pouzdanje u potpunost podrazumeva da je upisano pravo potpuno tj. da ne postoji ono pravo koje nije upisano i ono pravo koje je brisano.<sup>10</sup> S druge strane, faktički podaci o nepokretnosti kao što su njen položaj, veličina, površina i sl. ne bi trebali da uživaju javno poverenje tj. pouzdanje (osim eventualno u izuzetnim slučajevima koji bi trebalo da budu definisani). Ovakav stav je je bilo izričito naglašeno u pravnim pravilima Zakona o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga<sup>11</sup> tako što je navedeno da zbirka katastarskih planova, koja predstavlja deo zemljišne knjige u širem smislu, služi samo za orijentaciju o položaju i obliku zemljišta.

U austrijskom pravu je ranije bilo prihvaćeno kao pravilo da podaci o položaju i granicama neke nepokretnosti ne uživaju javno poverenje. Ovo pravilo je donekle modifikovano Zakonom o premeru od 1968. godine, koji je predviđeo uvođenje opšteg katastra granica (*Grenzkataster*). Ukoliko pravo na nekoj nepokretnosti bude stečeno sa pouzdanjem u katastar granica onda se opseg stečene nepokretnosti upravlja ne prema prirodnim granicama već prema upisu u ovaj katastar<sup>12</sup>, odnosno ukoliko je katastarski plan sačinjen shodno granicama sadržanim u katastru granica sticalac je zaštićen načelom pouzdanja.<sup>13</sup> U nemačkom pravu činjenični podaci o nepokretnosti (geografski položaj, veličina, kultura, obradivost i sl.) ne uživaju poverenje, međutim poverenje uživaju podaci o graničnoj liniji između dve nepokretnosti<sup>14</sup> jer ovi podaci određuju sadržinu i obim prava svojine ili nekog drugog zemljišnoknjižnog prava.<sup>15</sup> U švajcarskom pravu takođe ne uživaju javno poverenje podaci koji su u potpunosti činjenične prirode (kao što su položaj, kultura, izgrađenost, procenjena vrednost), kao ni grani-

---

<sup>10</sup> Ovo posebno ima značaja kod postojanja nekog opterećenja na nepokretnosti jer se savešno treće lice može pouzdati u to da knjižno pravo koje stiče nije opterećeno nekim drugim stvarnim pravom (npr. hipotekom) ukoliko takva opterećenja nisu upisana ili su izbrisana. Isto bi trebalo da važi i za relativna ograničenja raspolaganja pod uslovom da nisu bila upisana ili bila poznata sticaocu.

<sup>11</sup> Vid. § 14 Zakona o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga, *Službene novine Kraljevine Jugoslavije*, br. 62/1931.

<sup>12</sup> Vid. Helmut Köziol, Rudolf Welsler, *Grundriß des bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht*, Wien 2006, 355–356. Ovi autori smatraju da će trebati puno vremena dok se novi katastar u potpunosti ne uvede. Takođe o ovome Vid. Martin Binder, *Sachenrecht*, Wien 2003, 238.

<sup>13</sup> Iro Gert, *Bürgerliches Recht, Band IV Sachenrecht*, Wien 2008, 45.

<sup>14</sup> Iz ovoga proizilazi da će savesni sticalac steći npr. svojinu i na delovima neke nepokretnosti koji u stvarnosti pripadaju susednoj nepokretnosti ako su u zemljišnoj knjizi oni označeni kao delovi nepokretnosti koja se otuđuje, sem ako nije drugačije dogovoreno između ugovornih strana.

<sup>15</sup> Vid. Manfred Eberhard Rinne, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München 2004, 296, Karl Heinz Schwab, Hanns Prütting, *Sachenrecht*, München 2003, 100–101, kao i Klaus Schreiber, *Sachenrecht*, Boorberg Verlag, Stuttgart 1993, 241 i Fridrich Lent, *Sachenrecht, ein Studienbuch*, München 1960, 58–59.

ce nepokretnosti u od strane kantona označenim oblastima gde se vrši pomeranje zemljišta.<sup>16,17</sup> S obzirom da se katastar nepokretnosti sastoji od elaborata katastarskog premera, zbirke isprava i baze podataka katastra nepokretnosti<sup>18</sup> postavlja se pitanje da li poverenje uživaju podaci u svim delovima katastra nepokretnosti ili je poverenjem obuhvaćena samo baza podataka katastra nepokretnosti (konkretnije pravna baza podataka). S obzirom da smatramo da pouzdanje mogu da uživaju samo podaci o pravnom stanju određene nepokretnosti, a ne i faktički podaci, iz toga proizilazi da pouzdanje treba da uživaju samo takvi podaci sadržani u bazi podataka katastra nepokretnosti, dok to ne bi važno za ostale delove katastra nepokretnosti. Zbirka isprava po pravilu ne bi trebala da bude predmet pouzdanja osim u slučaju kada sam upis upućuje na sadržinu isprava koje služe kao osnov za upis.

Sličan zaključak može se izvesti iz pravnih pravila Zakona o zemljišnim knjigama<sup>19</sup>, koja predviđaju da se u glavnu knjigu upisuje samo bitna sadržina knjižnih prava, te ukoliko se ova sadržina ne može ukratko izraziti onda je dopušteno pozvati se u glavnoj knjizi na određena mesta u ispravama koje služe kao osnov za upis, sa učinkom kao da su ova mesta upisana u samoj glavnoj knjizi. Iz navedene odredbe proizilazi da sadržina zbirke isprava može biti predmet pouzdanja samo u slučaju kada je u glavnoj knjizi izvršeno pozivanje na određena mesta u ispravama koje se nalaze u zbirci isprava, a da u ostalim slučajevima sadržina zbirke isprava nije predmet pouzdanja. U austrijskom pravu predmet pouzdanja može biti samo ono što je upisano u glavnoj knjizi i u spisku izbrisanih upisa, dok zbirka isprava može biti predmet pouzdanja samo u izuzetnim slučajevima.<sup>20</sup> U nemačkom pravu izuzetno predmet pouzdanja može biti sadržina isprava, ali u užem obimu nego u austrijskom pravu. Tako, sadržinu zemljišne knjige čine i dopuštena pozivanja na odobrenje za upis shodno § 874 BGB<sup>21,22</sup>, ali

<sup>16</sup> Vid. Art. 973 ZGB – *Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Obligationenrecht: Textausgabe, mit Anhängen, Querverweisen, Sachregister und Anmerkungen*, (Hrsg. Peter Gauch, Daniela Gmüder Perrig), Zürich 2008, 257.

<sup>17</sup> O javnom poverenju koje uživaju podaci koji služe utvrđivanju pravnih odnosa na nepokretnosti (posebno na planu označene granice) Vid. Peter Tuor, Bernhard Schnyder, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich 1986, 606.

<sup>18</sup> O sastavu katastra nepokretnosti, zbirci isprava i bazi podataka katastra nepokretnosti Vid. čl. 67, 69 i 70 ZDPK.

<sup>19</sup> Vid. § 6 ZZK.

<sup>20</sup> Vid. Walter Rechberger, Ludwig Bittner, *Grundbuchsrecht*, Wien 2007, 116.

<sup>21</sup> Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (Nemački građanski zakonik) – BGB, *RGBl*, S. 195, Neubekanntmachung vom 2. Januar 2002, *BGBI*, I S. 42, ber. S. 2909, 2003 I S. 738, poslednje izmene od 1. oktobra 2013, *BGBI*, I S. 3719.

<sup>22</sup> § 874 BGB predviđa da se, prilikom upisa nekog prava kojim se vrši opterećenje nepokretnosti, može za bliže određenje sadržine tog prava pozvati na odobrenje za upis, ukoliko zakon ne propisuje nešto drugo.

ne čini sadržina ostalih akata priloženih prilikom upisa.<sup>23</sup> U švajcarskom pravu je donekle drugačije jer se radi objašnjavanja i dopunjavanja upisa (određivanja sadržine i obima upisanog prava) mora voditi računa i o onome što je sadržano u ispravama (*Belegen*), a smeju se koristiti i druga sredstva za utvrđivanje sadržine određenog prava.<sup>24</sup>

#### SUBJEKTI U ČIJU KORIST DELUJE NAČELO POUZDANJA

Načelom pouzdanja ne mogu se koristiti sva lica. Za njegovu primenu od odlučujućeg značaja je savesnost lica koje se na ovo načelo poziva. Pretpostavka za punu primenu načela pouzdanja je da se treće savesno lice pože pouzdati u istinitost i potpunost pravnog stanja registra nepokretnosti, te da ne može trpeti štetne posledice usled svog pouzdanja u slučaju da stanje registra nepokretnosti nije istinito i potpuno. Pretpostavka savesnosti trećeg lica je oboriva pretpostavka jer druga strana može dokazivati suprotno.<sup>25,26</sup>

Postavlja se pitanje šta se podrazumeva pod savesnošću nekog lica, da li je dovoljno da se to lice pouzda samo u ono što je upisano u registar nepokretnosti (u našem pozitivnom pravu katastar nepokretnosti) ili je ono dužno da istražuje i faktičko stanje. Iz zakonske formulacije Zakona o državnom premeru i katastru čini se da se pouzdanje odnosi samo na pravno stanje sadržano u katastru nepokretnosti, te da nije potrebno vršiti i uvid u faktičko stanje određene nepokretnosti. Međutim, zakonska formulacija nije u potpunosti dorečena jer ne navodi bliže ni koji podaci o nepokretnostima su istiniti i pouzdani, niti koje lice neće trpeti štetne posledice usled pouzdanja u ove podatke.<sup>27</sup> Izraz “niko” upućuje na to da se svako lice može pozvati na istinitost i pouzdanost podataka o nepokretnosti upisanih u katastru nepokretnosti. Što se tiče lica koje se može pouzdati u pravno stanje određene nepokretnosti smatramo da bi se moralo izvršiti određenje i to sa jedne strane što bi se navelo da to može biti samo savesno lice, te da se savesnost odnosi samo na pravno stanje određene nepokretnosti kako je ono upisano u ka-

---

<sup>23</sup> M. E. Rinne, 295.

<sup>24</sup> Vid. P.Tuor, B. Schnyder, 603 i Franz Jenny, *Der öffentliche Glaube des Grundbuches*, Bern 1926, 139–140, koji proširuje delove zemljišnoknjižnog lista za konkretnu nepokretnost koji se moraju uzeti u obzir.

<sup>25</sup> Pretpostavku savesnosti trećeg lica treba razlikovati od pretpostavke tačnosti i potpunosti registra, koja je u slučaju savesnosti trećeg lica neoboriva pretpostavka, mada ovo shvatanje nije opšte prihvaćeno. Za nemačko pravo o ovome Vid. M. E. Rinne, 293–294.

<sup>26</sup> U Torensovom sistemu registracije prava na nepokretnostima sertifikat o registraciji sadrži u sebi neoborivu pretpostavku da postoji ono pravo koje je registrovano.

<sup>27</sup> O pitanju ko se može pouzdati u katastar nepokretnosti i o mogućim rešenjima V. Nina Planojević, “Načela katastra nepokretnosti u Srbiji i Republici Srpskoj”, *Pravna riječ*, br. 32/2012, 176.

tastru nepokretnosti,<sup>28</sup> a s druge strane, što bi se preciziralo u kojim slučajevima bi to lice bilo zaštićeno pouzdanjem.

Jedno od rešenja bi moglo biti rešenje prihvaćeno u nemačkom pravu da pretpostavka istinitosti i potpunosti registra deluje samo u korist sticaoca koji stiće na osnovu pravnog posla<sup>29</sup>, a ne i u korist sticaoca koji stiće po nekom drugom pravnom osnovu (npr. na osnovu nasleđivanja i sl.). Takođe, i u austrijskom pravu je načelom pouzdanja zaštićen samo singularni sukcesor (treće savesno lice) koji stiće na osnovu pravnog posla, s tim što se na načelo pouzdanja ne može pozvati onaj koji je neposredno stekao predmetno pravo na osnovu nevaljanog upisa, kao ni njegov univerzalni sukcesor. Iako zakon ne pravi razliku između trećeg savesnog lica koje stiće neko pravo sa naknadom ili bez naknade, shodno praksi Vrhovnog suda Austrije zaštitu uživa samo treće savesno lice koje je steklo neko pravo uz naknadu.<sup>30,31</sup> Što se tiče savesnosti sticaoca u nemačkom pravu je za ovu savesnost merodavna samo sadržina zemljišne knjige. Nesavesno je ono lice koje je znalo za netačnost zemljišne knjige, s tim što nije dovoljna gruba nepažnja. Takođe, za nesavesnost nije dovoljno da je ovo lice bilo upoznato sa činjenicama na kojima se zasniva netačnost zemljišne knjige već je potrebno da je ono iz tih činjenica izvuklo zaključak o netačnosti zemljišne knjige, iz čega proizilazi da relevantna pravna zabluda isključuje znanje sticaoca i pored toga što su mu bile poznate činjenice.<sup>32</sup>

U austrijskom pravu savestan je onaj kome uz valjanu brižljivost nije bila poznata nevaljanost upisa u glavnu knjigu, s tim što i laka nemarnost škodi.<sup>33</sup> Za razliku od nemačkog prava u austrijskom pravu neće biti dovoljan samo uvid u

<sup>28</sup> Ima i shvatanja da bi zakonsku odredbu trebalo dopuniti izričitim stavom da se nedostatak dobre vere ne može prigovoriti nikome samo iz razloga što nije istraživao faktičko stanje, a po ugledu na rešenja u hrvatskom pravu i u pravu Republike Srpske. Vid. Radenka Cvetić, "Jedinstvena evidencija nepokretnosti", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* br. 1–2/2008, 523 i N. Planojević, 176.

<sup>29</sup> U § 892 BGB je regulisano sticanje u dobroj veri na osnovu pravnog posla, a u § 893 BGB predviđena je shodna primena prethodnog paragrafa u još dva slučaja (kada je onaj čije je pravo upisano u zemljišnoj knjizi obavezan na osnovu tog prava na određene činidbe prema drugom licu koje je upisano kao imalac nekog drugog stvarnog prava, kao i na druga raspolaganja upisanog imao prava u korist savesnog sticaoca kojima nije osnov pravni posao).

<sup>30</sup> Vid. H. Koziol, R. Welser, 364.

<sup>31</sup> I u hrvatskom pravu je zaštićen samo savesni sticalac koji stiće na osnovu pravnog posla. Vid. čl. 122 st. 2 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima RH, *Narodne novine RH* br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09 i 143/12, kao i Petar Simonetti, *Rasprave iz Stvarnog prava*, 118–130.

<sup>32</sup> Vid. M.E. Rinne, 309, Hanns Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich, *BGB Kommentar*, Luchterhand, Köln 2009, 1782, te Fritz Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, München, 1978, 192.

<sup>33</sup> U švajcarskom pravu, slično austrijskom, savesno je ono treće lice kome stvarno stanje nije bilo ili nije moralo biti poznato i takvo lice je zaštićeno u sticanju određenog stvarnog prava koje je sposobno za upis. Vid. P.Tuor, B. Schnyder, 605.

zemljišnu knjigu ukoliko je u pravnom prometu uobičajeno da se izvrši faktički pregled nepokretnosti.<sup>34</sup> Austrijska sudska praksa ide još dalje, tako da u određenim slučajevima daje značaja vanknjižnom sticanju i savesnosti u odnosu na tu činjenicu.<sup>35</sup>

U našem pravu u periodu posle II svetskog rata savesnost je shvatana veoma široko, tako da nije bila dovoljna savesnost u odnosu na zemljišnoknjižno stanje već je bila potrebna savesnost i u odnosu na faktičko stanje određene nepokretnosti (sticalac treba da proveri najpre ko je upisan u zemljišnim knjigama kao vlasnik određene nepokretnosti, zatim da li je neko drugi podneo zahtev za upis po kome još uvek nije rešeno, da li je nastupila fikcija apsolutne tačnosti, te ko je u posedu predmetne nepokretnosti i po kom osnovu). Tako je u jednoj odluci Vrhovnog navedeno: "Sticalac nekretnine smatraće se savesnim ako se prilikom sticanja nekretnine osvedočio da se prenosilac nalazi u posedu otuđenih nekretnina. Nije dovoljno za pitanje ko se nalazi u posedu učiniti jedino uvid u zemljišne knjige i katastarski posedovni list."<sup>36</sup> Pitanje savesnosti sticaoca je posebno značajno u situacijama kada vlasnik zaključi više ugovora o prodaji iste nepokretnosti.<sup>37,38</sup> Tako je u jednoj odluci Vrhovnog suda Srbije navedeno: "Raniji kupac nepokretnosti jači je u pravu od docnijeg kupca koji se uknjižio na

---

<sup>34</sup> Vid. W. Rechberger, L. Bittner, 118–119.

<sup>35</sup> U jednoj odluci Vrhovnog suda Austrije (OGH) je navedeno sledeće: "zemljišnoknjižni sticalac jedne nepokretnosti ne može se pozvati na dobru veru prilikom svog sticanja kada činjenične okolnosti govore u prilog postojanja vanknjižnog sticanja nekog trećeg". Vid. odluku OGH 9.7.1963, 8 Ob 185/63, ÖJZ 1963 S. 572; navedeno prema: Hans Köhler, *Grundbuchrecht mit den einschlägigen Nebengesetzen und Erlässen*, Wien 1976, 27.

<sup>36</sup> Odluka Vrhovnog suda Srbije, Odeljenje u Novom Sadu, Rev. 525/65, Bilten Vrhovnog suda Srbije, br. 6, str. 27, odl. br. 37; navedeno prema O. Stanković, M. Orlić, 339.

<sup>37</sup> Veliki značaj za formiranje ovakve sudske prakse imao je zaključak sa savetovanja građanskih i građanskoprivrednih odeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda iz 1986. godine, objavljen u Biltenu sudske prakse Vrhovnog suda Srbije br. 3/1987. Više o sukobima pravnih osnova kod višestrukog otuđenja iste nepokretnosti i o primeni načela pouzdanja u našem pravu Vid. O. Stanković, M. Orlić, 334–339.

<sup>38</sup> "Kada su dva lica zaključila posebne pravne poslove radi sticanja prava svojine na istu nepokretnost, o jačem pravu sud odlučuje primenom načela savesnosti i poštenja i načela zabrane zloupotrebe prava. Kada su oba sticaoca savesni, a nijednom od njih nepokretnost nije predata u državinu niti je koji ishodio upis prava svojine u zemljišnu odnosno drugu javnu knjigu, jači pravni osnov ima raniji sticalac. Kada su oba sticaoca savesna jači pravni osnov ima onaj koji je ishodio upis u zemljišnu, odnosno drugu javnu knjigu jači je u pravu onaj sticalac kome je nepokretnost predata u državinu. Raniji savesni sticalac ima jači pravni osnov u odnosu na nesavesnog kasnijeg sticaoca. Ovo i u slučaju kada je otuđilac nepokretnost predao u državinu kasnijem nesavesnom sticaocu ili je nesavesni sticalac ishodio upis u zemljišnu, odnosno drugu javnu knjigu." Vid. Odluka Vrhovnog suda Srbije, Rev. 4559/93 od 15.12.1993. godine; navedeno prema: Radoslav Čosić, Tomislav Krsmanović, *Aktuelna sudska praksa iz građansko-materijalnog prava*, Beograd 2000, 79.

osnovu docnijeg ugovora o kupoprodaji, ako je docniji kupac<sup>39</sup> bio nesavestan tj. znao da postoji raniji ugovor o kupoprodaji.<sup>40</sup> U odluci Vrhovnog suda Jugoslavije je potencirana savestanost docnijeg kupca i u odnosu na državinu nepokretnosti<sup>41</sup>: “Prema svemu izloženom da bi kupac bio savestan i da bi bio jači u pravu od ranijeg sticaoca nepokretnosti, nije dovoljno da se osloni samo na zemljišne knjige, već je nužno da utvrdi i stanje poseda nepokretnosti koju kupuje.”<sup>42</sup> U jednoj novijoj odluci Vrhovnog suda Srbije savestanost sticaoca se uzima u obzir kao element za sticanje prava svojine i to samo u slučaju višestrukog otuđenja jedne nepokretnosti.<sup>43</sup> U obrazloženju ove odluke je navedeno: “S obzirom da je za sticanje prava svojine potrebno postojanje pravnog osnova... i načina sticanja (upisa), to savestanost kao pravna i moralna činjenica nije od značaja kod derivativnog sticanja prava svojine. Izuzetak je postojanje sukoba osnova kod višestrukog otuđenja i davanje prednosti savesnom drugom kupcu iako je prvi kupac upisao svoje pravo svojine u zemljišnoj knjizi. Ovaj izuzetak (da savestanost predstavlja element sticanja prava svojine) ima za cilj zaštitu poštenih kupaca kod višestrukog otuđenja koji su sve preduzeli kako bi se uverili da je prodavac istovremeno i vlasnik predmeta prodaje.”<sup>44</sup>

U vezi sa savestanošću sticaoca postavlja se i pitanja momenta do kada on treba da bude savestan, da li treba da bude savestan samo do momenta zaključenja pravnog posla, do momenta podnošenja zahteva za upis nadležnom organu koji vodi registar nepokretnosti ili mora da bude savestan sve do izvršenja upisa svoga prava u taj registar.

U našem pravu u periodu posle II svetskog rata sticalac je trebao da bude savestan kako u vreme zaključenja pravnog posla (*iustus titulus-a*), tako i u mo-

<sup>39</sup> U ovoj situaciji raniji kupac je zaključio samo ugovor o kupoprodaji, a docniji kupac ima i ugovor i izvršio je upis svog prava u zemljišnu knjigu.

<sup>40</sup> Odluka Vrhovnog suda Srbije, Gž. 1806/57 od 27. marta 1958. godine; navedeno prema: O. Stanković, M. Orlić, 335–336 i fn. 1142. Tako i u Odluci Vrhovnog suda Srbije, Rev. 242/84 gde je navedeno da “postoji nesavestanost kasnijeg kupca nepokretnosti u odnosu na ranijeg sticaoca iste nepokretnosti, čije pravo svojine nije bilo upisano u zemljišnu knjigu, ukoliko je kasniji kupac znao, ili je prema prilikama mogao znati, da je sopstvenik ove nepokretnosti ranije zaključio ugovor o kupoprodaji sa prvim kupcem.”

<sup>41</sup> Ovde je u pitanju situacija kadaraniji kupac ima nepokretnost u državini, a dugi kupac je ishodio upis u zemljišnu knjigu.

<sup>42</sup> Rešenje Vrhovnog suda Jugoslavije, Rev. 315/73 od 26. decembra 1973, Zbirka sudskih odluka (nova serija), knj. 1, odl. br. 26; navedeno prema: Miodrag Orlić, “Savestanost pri sticanju nepokretnosti”, *Pravni život* br. 2/80, 69–76.

<sup>43</sup> U ovoj odluci daje se prednost svesnost drugom kupcu čije pravo nije upisano u zemljišnu knjigu u odnosu na prvog kupca čije je pravo upisano.

<sup>44</sup> Odluka Vrhovnog suda Srbije, 1/04 od 19.4.2005. godine, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, br. 1/2005, str. 75–77.



mentu podnošenja zahteva za upis. Tako je u jednoj odluci navedeno: “U prometu nepokretnosti važi načelo javnosti i pouzdanja u javne knjige.

Međutim, ovim načelom može se koristiti samo onaj sticaatelj (kupac) koji je bio savestan kako u vreme zaključenog pravnog posla tako i u vreme prenosa svojine sticanjem u zemljišnoj knjizi.”<sup>45</sup> Pomenuta odluka koristi određenje “i u vreme prenosa svojine sticanjem u zemljišnoj knjizi” kao trenutak do koga mora da postoji savesnost sticaoca, ali smatramo da se to ne odnosi da savesnost mora postojati sve dok se ceo postupak upisa ne okonča već samo do momenta podnošenja zahteva za upis jer je u tom momentu sticalac uradio sve što je u njegovoj mogućnosti da izvrši upis svoga prava, te da njegova savesnost ne treba da zavisi od toga kada će nadležni organ koji vrši registraciju stvarno i izvršiti upis. Ovo posebno zbog toga što u praksi ovi postupci mogu dugo da traju, a to se ne može stavljati na teret sticaocu. Međutim, sudska praksa je u nekim odlukama stajala na stanovištu da savesnost sticaoca mora postojati sve do potpunog okončanja postupka upisa. Tako je u jednoj odluci navedeno: “Načelom pouzdanja u zemljišne knjige može se koristiti samo onaj sticalac koji je u vreme prenosa svojine upisom u zemljišne knjige postupao savesno. Prema tome, bitna je savesnost kupca u momentu sticanja prava svojine, a što nastupa stvarno uknjižbom toga prava u zemljišne knjige, a ne samo savesnost u momentu kupovine, odnosno u momentu podnošenja molbe radi uknjižbe toga prava.”<sup>46</sup>

U austrijskom pravu savesnost sticaoca mora postojati samo do momenta podnošenja zahteva za upis<sup>47</sup>, a što je u jednoj odluci izraženo tako da “svojina na otuđenoj nepokretnosti prelazi sa sticaoca već u momentu predaje molbe za upis zemljišnoknjižnom sudu (koji će ovaj sud tek kasnije odobriti i izvršiti)”<sup>48</sup>. Isto stanovište je zastupljeno i u hrvatskom pravu.<sup>49</sup> U nemačkom pravu je za savesnost merodavan momenat podnošenja zahteva za upis. Kada je zahtev za upis podnet pre postizanja stvarno pravne saglasnosti između prenosioca i sticaoca (*Einigung*) onda savesnost mora postojati sve do postizanja te saglasnosti odn. do momenta kada je sticalac preduzeo sve pretpostavke koje su u njegovoj moći

---

<sup>45</sup> Vrhovni sud Srbije, Odeljenje u Novom Sadu, Gž. 1366/65; navedeno prema: Dušan Stamenković, *Upisi u zemljišnu knjigu i katastar nepokretnosti – Priručnik za praktičnu primenu*, Beograd 1995, 84.

<sup>46</sup> Vrhovni sud Srbije, Odeljenje u Novom Sadu, Gž. 909/64; navedeno prema: *Ibid.*

<sup>47</sup> Vid. W. Rechberger, L. Bittner, 119.

<sup>48</sup> OGH (Vrhovni sud Austrije) 18.11.1959, 3 Ob 462/59, JBl 1960 S. 295; navedeno prema: H. Köhler, 27.

<sup>49</sup> Vid. Tatjana Josipović, “Zemljišnoknjižni sustav u Republici Hrvatskoj – obilježja, funkcije, reforma”, *Simpozijum u Cavtatu, Doprinosi reformi vanparničnog postupka u državama jugoistočne Evrope*, Edition Temmen, Bremen 2005, 60, gde je navedeno da “stjecatelj mora biti pošten kako u času sklapanja pravnog posla tako i u času zahtijevanja upisa u svoju korist”.

a koje vode do sticanja nekog stvarnog prava. Nesavesnot sticaoca nastala posle ovog momenta ne može škoditi sticaocu.<sup>50</sup>

#### PRAVNE POSLEDICE PRIMENE NAČELA POUZDANJA

Za sagledavanje dejstva načela pouzdanja bitne su posledice njegove primene tj. do čega može dovesti pouzdanje u registre nepokretnosti. Zakon o državnom premeru i katastru nepokretnosti kada definiše načelo pouzdanja kaže da niko ne može snositi štetne posledice zbog pouzdanja. Ova definicija je nepotpuna i nedorečena i u pogledu štetnih posledica, tako da se ne zna koje su to štetne posledice koje može da trpi onaj ko se pouzda u to da su podaci o nepokretnosti upisani u katastar nepokretnosti istiniti i pouzdani. Čini se da bi osnovna štetna posledica mogla da bude gubitak stečenog stvarnog prava na osnovu pouzdanja. Kako je pretpostavka za primenu načela pouzdanja da se pretpostavlja da je stanje u registru nepokretnosti potpuno i pouzdano (iako to u stvarnosti moža nije slučaj), onda striktnom primenom ovog načela savesno lice koje se pouzda u podatke sadržane u registru tj. koje se pouzda da su oni istiniti i potpuni iako u stvarnosti to nisu, te koje izvrši upis svog stvarnog prava u registar na osnovu vaļjanog pravnog osnova, ne može da bude lišeno tako stečenog stvarnog prava. U korist savesnog sticaoca deluje pretpostavka da je njegov pravni prethodnik zaista i stvarni imalac stvarnog prava koje je bilo upisano na njegovo ime (iako on to u stvarnosti nije jer je upis u korist pravnog prethodnika neistinit), te da je upisano pravo potpuno tj. da nije opterećeno pravima, teretima i ograničenjima koja nisu bila upisana u momentu kada je savesni sticalac zatražio upis svoga prava, niti je u tom momentu bio podnet zahtev za upis drugih prava, tereta i ograničenja, a o kome još uvek nije bilo rešeno.

U nemačkom pravu je ovo načelo najdoslednije sprovedeno, te ukoliko su ispunjeni svi uslovi za sticanje u dobroj veri nekog stvarnog prava<sup>51</sup> onda je to sticanje konačno<sup>52</sup> i to odmah nakon upisa tog prava u zemljišne knjige. Sticalac će steći stvarno pravo onako kako je ono upisano u zemljišnoj knjizi, zajedno sa svim njegovim sastavnim delovima i oslobođeno od svih neupisanih ili izbrisanih tereta.<sup>53</sup> U švajcarskom pravu sticanje određenog stvarnog prava od strane trećeg savesnog lica, uz ispunjenje zakonskih uslova, je konačno i ne može se napadati.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> Vid. M.E. Rinne, 311 i F. Baur, 193.

<sup>51</sup> Uslovi za sticanje u dobroj veri u nemačkom pravu su predviđeni u § 892 i § 893 BGB-a.

<sup>52</sup> Sticanje se smatra konačnim tako da kada sticalac u dobroj veri raspolaže kasnije ovako stečenim pravom, on njime raspolaže kao pravi vlasnik.

<sup>53</sup> Sticanje u dobroj veri deluje samo u korist savesnog sticaoca i otklanja samo nedostatke prava na strani otuđioca, dok ostale pretpostavke za sticanje prava moraju biti ispunjene (*Einigung* i *Eintragung* shodno odredbama BGB-a).

<sup>54</sup> Vid. P. Tuor, B. Schnyder, 606–607.

U austrijskom pravu pravne posledice sticanja na osnovu pouzdanja u zemljišne knjige ne nastupaju odmah nakon upisa, već tek nakon proteka određenog roka (3 godine) od dana zatraženog upisa u zemljišne knjige, nakon čijeg proteka nastupa fikcija apsolutne tačnosti zemljišne knjige. Shodno ovoj fikciji smatra se da je stanje u zemljišnoj knjizi tačno nakon proteka roka od 3 godine, iako u stvarnosti ne mora da bude tačno. U austrijskom pravu je predviđeno da nakon izvršenog upisa sud obaveštava zainteresovana lica o tome, te ukoliko ova lica smatraju da su njihova zemljišnoknjižna prava povređena mogu podneti brisovnu tužbu kojom se osporava izvršeni upis, i to tako što će u roku za rekurs (žalbu) zatražiti zabeležbu spora i u daljem roku od 60 dana podneti brisovnu tužbu. Međutim, ukoliko lice čije je knjižno pravo povređeno nevaljanim upisom nije bilo obavešteno o izvršenom upisu, ono ima pravo da podnese brisovnu tužbu protiv trećeg savesnog lica u roku od 3 godine od trenutka kada je zatražen upis koji se pobija. Po vladajućem mišljenju u austrijskoj pravnoj teoriji brisovna tužba je dozvoljena samo u slučajevima kada je upis bio nevaljan od početka, mada je izuzetno dozvoljena i u slučajevima kada je netačnost zemljišne knjige nastala naknadno (npr. održajem).<sup>55</sup> Sve dok održajem stečena prava ne budu upisana u zemljišnu knjigu treća savesna lica mogu steći stvarna prava na osnovu pouzdanja u zemljišnu knjigu. Da bi se sprečilo nastupanje pravnih posledica pouzdanja trećih savesnih lica u zemljišnu knjigu, lice koje je steklo neko stvarno pravo po osnovu održaja može istovremeno sa podnošenjem tužbe za utvrđenje takvog sticanja tražiti zabeležbu spora, koja ima dejstvo prema svim kasnije podnetim zahtevima za upis koji su joj suprotni.<sup>56</sup> Takođe, shodno § 824 ABGB zaštićeno je treće savesno lice koje je steklo neko stvarno pravo na osnovu pravnog posla sa pretpostavljenim naslednikom.<sup>57</sup>

U hrvatskom pravu pravne posledice poverenja u istinitost zemljišne knjige ne nastupaju odmah nakon sprovedenog upisa, za razliku od pravnih posledica poverenja u potpunost koje nastupaju odmah<sup>58</sup>. Zaštita poverenja u istinitost uslovljena je istekom roka za podnošenje brisovne tužbe tj. nastupanjem fikcije apsolutne tačnosti zemljišne knjige. Rokovi za podnošenje brisovne tužbe u hrvatskom pravu su regulisani na sličan načina kao u austrijskom pravu, tako da fikcija apsolutne tačnosti nastupa u roku od tri godine od dana traženja pobijanog upisa. U roku od 3 godine od pobijanog upisa (tačnije od podnetog zahteva za ovaj upis) vanknjižni nosioci prava na nepokretnostima mogu se zaštititi od

---

<sup>55</sup> Vid. Iro Gert, 125.

<sup>56</sup> Vid. Iro Gert, 123–127 i H. Koziol, R. Welsler, 364–366.

<sup>57</sup> Vid. Iro Gert, 127 i H. Koziol, R. Welsler, 337.

<sup>58</sup> Poštenu sticalac koji je postupao sa poverenjem u potpunost zemljišnoknjižnog stanja stiče zemljišnoknjižno pravo neopterećeno pravima, teretima i ograničenjima koja u času kada je u njegovu korist zatražen upis nisu bila upisana u zemljišnoj knjizi niti je iz zemljišne knjige bilo vidljivo da je zatražen njihov upis. Vid. T. Josipović, 58–59.

delovanja načela pouzdanja tako što će podneti brisovnu tužbu kojom će tražiti zaštitu svojih prava.

U našem zemljišnoknjižnom pravu pre uvođenja jedinstvene evidencije (shodno pravnim pravilima zemljišnoknjižnih zakona) brisovna tužba protiv nevaljanog upisa, rokovi za njeno podnošenje, te nastupanje fikcije apsolutne tačnosti zemljišnih knjiga bili su regulisani na isti način kao u austrijskom pravu. To znači da su pravne posledice načela pouzdanja nastupale nakon isteka roka za podnošenje brisovne tužbe<sup>59</sup> tj. nakon isteka 3 godine od zatraženog upisa.<sup>60</sup>

Za razliku od zemljišnoknjižnih zakona, shodno pozitivnim propisima koji regulišu katastar nepokretnosti nije jasno da li u ovom sistemu postoji fikcija apsolutne tačnosti katastra i kada ona nastupa s obzirom na činjenicu da brisovna tužba nije predviđena. U Zakonu o zemljišnim knjigama ta fikcija je postojala i stanje u zemljišnim knjigama smatralo se tačnim po proteku roka od 3 godine od dana podnošenja zahteva za određenu uknjižbu i nastupanje ove fikcije bilo je vezano za mogućnost podnošenja brisovne tužbe<sup>61</sup> protiv pobijane uknjižbe kojom je povređeno nečije knjižno pravo. Zakon o državnom premeru i katastru predviđa kao vid sudske zaštite vođenje upravnog spora protiv drugostepenog rešenja donetog u postupku osnivanja, obnove i održavanja katastra napokretnosti. Isti zakon predviđa da se po službenoj dužnosti vrši upis zabeležbe spora radi činjenja vidljivim da je upravni spor pokrenut.<sup>62,63</sup>

Takođe, ovaj zakon predviđa da se u postupku održavanja katastra nepokretnosti može po službenoj dužnosti ili po zahtevu stranke izvršiti ispravljanje utvrđenih grešaka, nedostataka i propusta u podacima o nepokretnostima u roku od 5 godina od dana upisa u održavanju katastra nepokretnosti ili u roku od 5 godina od početka njegove primene (kada je u pitanju osnivanje i obnova katastra nepokretnosti), te da se ispravljanju ne može pristupiti ukoliko nema saglasnosti lica koje je posle pogrešnog upisa upisalo svoje stvarno pravo smatrajući podatke

<sup>59</sup> Kada inače nastupa fikcija apsolutne tačnosti zemljišne knjige.

<sup>60</sup> Naravno drugo je pitanje praktičnog značaja ove fikcije jer je u našem posleratnom pravu savesnost shvaćana veoma široko, tako da nije bilo dovoljno da se treće savesno lice pouzda samo u zemljišnoknjižno stanje već je moralo da istražuje i vanknjižno stanje.

<sup>61</sup> Rokovi za brisovnu tužbu su bili predviđeni u § 70 i 71 ZZK i zavisili su od toga da li je podnosilac tužbe bio obavešten o izvršenom upisu ili nije. U slučaju da nije bio obavešten rok je iznosio 3 godine od dana zatražene uknjižbe koja se pobija i u tom roku brisovna tužba se mogla podneti i protiv trećeg lica koje je steklo dalje knjižno pravo na uknjiženom pravu u dobroj veri.

<sup>62</sup> Vid. čl. 180 ZDPK.

<sup>63</sup> Brisanje zabeležbe radi činjenja vidljivim da rešenje o upisu u katastar nije konačno i zabeležbe radi činjenja vidljivim da je protiv drugostepenog rešenja pokrenut upravni spor vrši se bez donošenja rešenja o brisanju. Vid. čl. 136 Zakona o državnom premeru i katastru nepokretnosti.

katastra nepokretnosti istinitim i potpunim u skladu sa načelom pouzdanja.<sup>64,65</sup> U pravnim pravilima Zakona o zemljišnim knjigama je takođe bila predviđena mogućnost ispravljanja učinjenih grešaka prilikom upisa i upisivanje odgovarajuće zabeležbe.<sup>66</sup> Sem toga, zakon o državnom premeru i katastru nepokretnosti u čl. 82 tač. 4 predviđa zabeležbu spora za utvrđivanje prava na nepokretnosti<sup>67</sup>, ali ova zabeležba spora nije kao u Zakonu o zemljišnim knjigama<sup>68</sup> vezana za podnošenje brisovne tužbe (koju Zakon o državnom premeru i katastru nepokretnosti ne predviđa). Nije ni predviđen rok za zabeležbu spora od dana zatraženog ili izvršenog pobijanog upisa, te se može zaključiti da roka i nema jer je propisivanje tog roka vezano za mogućnost podnošenja brisovne tužbe. Sem toga, zabeležba spora može se odnositi i na naknadnu netačnost katastra nepokretnosti (npr. usled održaja), te lice koje je steklo neko stvarno pravo na osnovu održaja može tražiti zabeležbu spora istovremeno sa podnošenjem tužbe za utvrđenje tog prava, sa dejstvom prema svim kasnijim suprotnim zahtevima za upis. Zabeležba spora u slučaju tužbe za utvrđenje nekog prava zbog održaja nema dejstvo prema trećim savesnim licima koja su upisala svoje pravo pre nego što je zahtev za upis zabeležbe stigao nadležnom organu.<sup>69</sup> Naša sudska praksa dozvoljava upis zabeležbe spora i u slučaju kada jedan bračni drug podnese tužbu za utvrđenje svog udela u bračnoj tekovini, a nepokretnost za koju se traži utvrđenje je upisana kao isključiva svojina jednog bračnog druga.<sup>70</sup>

Posmatrajući navedeno čini nam se da u sistemu katastra nepokretnosti nije regulisana fikcija apsolutne tačnosti ovog registra niti se o njenom postojanju može zaključiti iz ostalih odredbi Zakona o državnom premeru i katastru jer ovaj zakon prvo ne predviđa brisovnu tužbu protiv nevaljanog upisa, a drugo ne predviđa rok za upis zabeležbe spora za utvrđivanje prava na nepokretnosti, za razliku od Zakona o zemljišnim knjigama (gde je inače zabeležba spora bila vezana za

---

<sup>64</sup> Vid. čl. 137 ZDPK.

<sup>65</sup> V. R. Cvetić, *Savremena evidencija nepokretnosti*, Novi Sad 2009, 179, koja smatra da "kada su u pitanju greške, nedostaci i propusti o upisanim stvarnim pravima na nepokretnostima one se mogu ispraviti u roku od 3 godine od dana upisa u održavanju katastra nepokretnosti, ili u roku od 3 godine od dana početka primene katastra nepokretnosti. Nakon proteka navedenog roka nije moguće isticati netačnost upisa, što znači da nastupa fikcija apsolutne tačnosti."

<sup>66</sup> Vid. § 114 ZZK.

<sup>67</sup> Vid. čl. 82 ZDPK.

<sup>68</sup> Vid. § 68 ZZK.

<sup>69</sup> Shodno pravnim pravilima zemljišnoknjižnih zakona, ova zabeležba se odobrala na osnovu § 77 ZZK, a ne na osnovu odredaba koje su se odnosile na zabeležbu spora kada je podneta brisovna tužba.

<sup>70</sup> Tako je u rešenju Vrhovnog suda BiH, Gž. 1012/69 navedeno da je oznaka spora dopuštena u zemljišnoj knjizi i u slučaju kada se traži utvrđenje sticanja svojine po osnovu zajedničkog rada tokom bračne zajednice, kao i po osnovu zajedničkog rada vlasnika i njegovih potomaka. Navedeno prema: Svetislav Vuković, *Komentar Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa*, Beograd 2007, 193.

briso vnu tužbu i rokove za njeno podnošenje). Dalje, čini nam se da odredba Zakona o državnom premeru i katastru koja se odnosi na mogućnost ispravki grešaka, propusta i nedostataka u podacima o nepokretnostima i rok za tu ispravku ne bi mogla da dovede do zaključka o postojanju fikcije apsolutne tačnosti pravnog stanja katastra nepokretnosti po proteku u toj odredbi predviđenog roka jer se ova odredba odnosi na ispravke podataka o nepokretnostima, a ne na osporavanje uknjižbe usled povrede nečijeg knjižnog prava, što je slučaj kod brisovne tužbe. Stoga smatramo da bi bilo celishodno da se ZDPK izmeni i da se predvidi brisovna tužba<sup>71</sup>, koju je inače sadržavao prethodni Zakon o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima.<sup>72</sup>

### ZAKLJUČAK

Dosledno sprovedeno načelo pouzdanja je jedna od osnova uredno vođene i ažurne pravne evidencije o nepokretnostima. To podrazumeva da se smatra da su podaci koje ta evidencija sadrži istiniti i potpuni, iako u stvarnosti to možda nije slučaj i da savesno lice koje se pouzda u te podatke ne može snositi štetne posledice usled svog pouzdanja. Kako je odredba o načelu pouzdanja koju sadrži važeći Zakon o državnom premeru i katastru nepotpuna i neprecizna, to se analizom predmeta pouzdanja, lica u čiju korist ovo načelo deluje, te njegovih pravnih posledica pokušalo ukazati na određena rešenja koja bi trebalo prihvatiti u našem pravu a po ugledu na rešenja koja su prihvaćena u uporednom pravu, posebno u zemljama u kojima je načelo pouzdanja precizno regulisano i dosledno sprovedeno u praksi (Nemačka i Austrija).

JASMINA VUKOTIĆ, Ph.D.,  
Professor, University Business Academy, Novi Sad

### PRINCIPLE OF GOOD FAITH IN REAL ESTATE CADASTRE

#### Summary

The principle of good faith on the real rights record (in our positive law the real estate cadastre) is one of the fundamental principles on which this record is based. According to this principle, it is considered that the contents of these records is true and complete, and that the third party acting in good faith may rely on it in case that the information contained in it are not true and complete. The good faith means on the one hand confidence in the veracity and accuracy of record, ie. that registered legal is correct and on the other hand confidence in its entirety, ie. that there are not rights that are not listed or are deleted. In order to understand the effects of this principle, the paper firstly analyzes the object of the good faith, the persons who may rely on the information which contains real estate cadastre and legal consequences which this good faith can produce.

---

<sup>71</sup> Isti predlog Vid. kod R. Cvetić (2009), 175.

<sup>72</sup> Vid. čl. 106e–106ž Zakona o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima, *Službeni glasnik RS* br. 83/92, 53/93, 67/93, 48/94, 12/96 i 15/96.

MILOŠ STANKOVIĆ

## BRODSKO ZAVEŠTANJE U SRPSKOM PRAVU I U UPOREDNOM PRAVU

### U V O D

Zaveštalac je načelno slobodan da izabere formu u kojoj će izjaviti svoju poslednju volju, jer su sve ravnopravne u zakonu. Ipak, njegova sloboda zaveštanja je ograničena kada je reč o vanrednim i izuzetnim oblicima zaveštanja, jer je za njihovu punovažnost potrebno ispuniti i jedan dodatni zakonski uslov - da se zaveštalac nalazi u tačno određenim, vanrednim ili izuzetnim okolnostima koje zakon predviđa kao *conditio sine qua non* za njihovu upotrebu i koje su ujedno njihov *ratio legis*.<sup>1</sup> Jedna od javnih i vanrednih formi testamenata jeste i brodsko zaveštanje, predviđeno kako u srpskom, tako i u velikom broju uporednih zakonodavstava.<sup>2</sup>

---

Ms Miloš Stanković, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je nastao u okviru projekta "Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom Evropske unije (pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekti)", čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. Posebnu zahvalnost za podršku, korisne sugestije i kritike u pisanju rada dugujem prof. dr Oliveru Antiću i prof. dr Slobodanu Panovu, kao i kolegama Nataši Redžić, Aleksandru Markoviću i Marku Vranješuu.

<sup>1</sup> Nikola Gavella, Vlado Belaj, *Nasljedno pravo*, Zagreb 2008, 136-137.

<sup>2</sup> Holandski građanski zakonik u četvrtoj knjizi koja je posvećena naslednom pravu normira testament sačinjen na pomorskom (prekookeanskom) brodu ili u avionu, pri čemu se prva podvrsta ove, inače jedne od tri forme izuzetnog testamenta sačinjenog u hitnim prilikama, naziva i "Titanik testament". Wilbert D Kolkman, *Testamentary Formalities in the Netherlands, Comparative Succession Law Volume I – Testamentary Formalities* (eds. Kenneth G C Reid, Marius J de Waal and Reinhard Zimmermann), Oxford University Press 2011, 159.

Brodsko zaveštanje kakvo postoji u savremenim pravima nije proizvod rimske pravne misli i prakse. Međutim, to ne znači da u Rimskoj imperiji, koja je bila velika pomorska i trgovačka sila, nije bilo moguće sačiniti zaveštanje za vreme plovidbe galijama i brodovima. Još je Gaj Julije Cezar kao meru privremenog karaktera, omogućio vojnicima u legijama da raspolazu svojom ličnom imovinom kroz neformalno zaveštanje, da bi u vreme Trajanove vladavine ova mera bila proširena i na pomorsko osoblje koje bi se našlo na brodu.<sup>3</sup> Razlog ovoj privilegiji je bila činjenica što su vojnici i mornari bili "bolje upoznati sa oružjem nego sa knjigama i što je njihova nezainteresovanost za mirnodopske zakone bila proporcionalna njihovoj veštini sa oružjem". Brodsko zaveštanje veći značaj i savremeni oblik dobija tek nakon industrijskih revolucija u Evropi, intenziviranog razvoja trgovine i pomorskog saobraćaja, a posebno u 19. veku nakon pojave parobroda.<sup>4</sup> Stoga ne čudi što je ova zaveštajna forma bila predviđena u velikim građanskopravnim kodifikacijama sa kraja 18. i početka 19. veka, kakve su bile Napoleonov kodeks i Austrijski građanski zakonik.<sup>5</sup>

Međutim, jedna od karakteristika savremenih naslednopravnih legislatura jeste upadljivi gubitak značaja broskog zaveštanja. Od 21. juna 2004. godine austrijsko pravo više ne poznaje oblik zaveštanja koji je moguće sačiniti na brodu ili u mestima gde vlada kuga ili druge zarazne bolesti.<sup>6</sup> Zaveštanje sačinjeno na brodu više ne postoji u austrijskom pravu jer se smatra da ova zaveštajna forma nema smisla u modernom društvu, odnosno da je reformom izuzetnog zaveštanja omogućeno najširem krugu lica da testiraju u gotovo svim životnim situacijama.<sup>7</sup> U hrvatskom pravu vojni i broski testament više ne postoje "jer se pokazalo

<sup>3</sup> Edwin A. Wahlen, Soldiers' and sailors' wills: A proposal for federal legislation, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 15, No. 3 (Spring, 1948), 702-703; Andrew G. Lang, Privileged will – a dangerous anachronism, *University of Tasmania Law Review* (1985) 8(2), 166.

<sup>4</sup> Slavko Marković, *Nasledno pravo u Jugoslaviji*, Beograd 1978, 215.

<sup>5</sup> Kenneth G C Reid, Marius J de Waal and Reinhard Zimmermann, Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective, *Comparative Succession Law Volume I – Testamentary Formalities* (eds. Kenneth G C Reid, Marius J de Waal and Reinhard Zimmermann), Oxford University Press 2011, 453. U francusko pravo je ova zaveštajna forma uvedena izmenama Napoleonovog kodeksa iz 1893. godine, [http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=4E8A12B6A9F611B00A71DC7E127A568A.tpdjo17v\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006150180&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20060406](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=4E8A12B6A9F611B00A71DC7E127A568A.tpdjo17v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006150180&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20060406), pristup je ostvaren 1.7.2014. godine. Švajcarsko pravo ne poznaje brodsko zaveštanje, jer Švajcarski građanski zakonik iz 1907. godine kao jedinu privilegovanu formu testamenta predviđa usmeni testament pred dva svedoka, kada zaveštalac nije u mogućnosti da se služi nekom od redovnih formi testamentata. S. Marković, 211; Marija Toroman, Oblici testamentata u pravu evropskih zemalja, *Strani pravni život* 1-3/1996, 193.

<sup>6</sup> BGBl. I nr. 58/2004 (NR: GP XXII RV 471 AB 489 S. 62. BR: AB 7048 S. 710).

<sup>7</sup> Christiane C Wendehorst, Testamentary Formalities in Austria, *Comparative Succession Law Volume I – Testamentary Formalities*, (eds. Kenneth G C Reid, Marius J de Waal and Reinhard Zimmermann), Oxford University Press 2011, 246-248; Wolfgang Zankl, *Erbrecht, Mit Beispielen und aktueller Judikatur*, Wien 2008, 45.



da nisu potrebne niti su primjerene suvremenim okolnostima”.<sup>8</sup> Ni makedonskim Zakonom o nasljeđivanju iz 1996. godine nije predviđena forma brodskog zaveštanja.<sup>9</sup> Čak je i u italijanskom pravu brodsko zaveštanje gotovo iščezlo iz upotrebe i o njemu postoji neznatna sudska praksa.<sup>10</sup> S druge strane, kuriozitet je da je do stupanja na snagu Mađarskog građanskog zakonika 1960. godine, prema Aktu XVI iz 1876. godine i u mađarskom pravu postojalo “zaveštanje sačinjeno na brodu na otvorenom moru”.<sup>11</sup>

U nauci se iznose suprotstavljeni argumenti oko potrebe postojanja brodskog zaveštanja u modernom pravu. Brazilski pravници smatraju da ova forma testamenta nije potrebna, jer po njihovom mišljenju “lice koje je odgovorno uvek može da sačini zaveštanje i unapred”.<sup>12</sup> Ističe se i da lica koja za vreme putovanja naprasno požele da sačine zaveštanje to mogu da učine i u nekoj od privatnih formi testamentata, odnosno da u slučaju neposredne smrtne opasnosti ili izuzetnih okolnosti mogu da se služe izuzetnom formom zaveštanja. Ako im je ona iz bilo kog razloga nedostupna ili putnici žele da sačine zaveštanje u javnoj formi, zaključuje se da je o sačinjavanju neke od javnih formi zaveštanja trebalo da razmišljaju pre polaska na putovanje.<sup>13</sup> Protivnici ove argumentacije odgovaraju da ovakav način rezonovanja nije prihvatljiv, jer se lične i porodične okolnosti ponekada brzo i iznenada menjaju i da ih nije uvek moguće obuhvatiti redovnom formom zaveštanja.<sup>14</sup>

Nastojanja za ukidanjem neformalnih zaveštanja, kakvo je u *common law* i brodsko zaveštanje, postoje i u engleskoj pravnoj književnosti.<sup>15</sup> Prigovara se da se sa jedne strane proširuje krug izuzetnih situacija u kojima je mornarima dopu-

---

<sup>8</sup> N. Gavella, V. Belaj, 137, fn. 28.

<sup>9</sup> Nataša Stojanović, Oblici zaveštanja u srpskom pravu nekada i sada, *Srpsko pravo – nekada i sada*, (ur. Miodrag Mićović), Kragujevac 2007, 196.

<sup>10</sup> Alexandra Braun, Testamentary Formalities in Italy, *Comparative Succession Law Volume I – Testamentary Formalities* (eds. Kenneth G C Reid, Marius J de Waal and Reinhard Zimmermann), Oxford University Press 2011, 134.

<sup>11</sup> Lajos Vékás, Testamentary Formalities in Hungary, *Comparative Succession Law Volume I – Testamentary Formalities* (eds. Kenneth G C Reid, Marius J de Waal and Reinhard Zimmermann), Oxford University Press 2011, 265.

<sup>12</sup> Silvio Rodrigues, *Direito Civil*. vol 7: *Direito das Sucessões* (26 th edn by Yeno Veloso, 2003), 171, navedeno prema: Jan Peter Schmidt, Testamentary Formalities in Latin America with particular reference to Brasil, *Comparative Succession Law Volume I – Testamentary Formalities* (eds. Kenneth G C Reid, Marius J de Waal and Reinhard Zimmermann), Oxford University Press 2011, 111.

<sup>13</sup> Reinhard Zimmermann, Testamentary Formalities in Germany, *Comparative Succession Law Volume I – Testamentary Formalities* (eds. Kenneth G C Reid, Marius J de Waal and Reinhard Zimmermann), Oxford University Press 2011, 218; K. G C Reid, M. J de Waal and R. Zimmermann, 453.

<sup>14</sup> Patricia Critchley, Privileged wills and testamentary formalities: a time to die?, *Cambridge Law Journal*, 58(1), March 1999, 54.

<sup>15</sup> E. A. Wahlen, 714.

šteno njihovo sačinjavanje, a da sa druge strane, van kruga lica kojima bi trebalo dopustiti da koriste privilegovane forme nepravedno ostaju npr. kosmonauti, vatrogasci, specijalne policijske jedinice ili mineri.<sup>16</sup> Ipak, uprkos mnogim predlozima i nastojanjima za ukidanjem ili ograničenjem korišćenja forme broskog testamenta,<sup>17</sup> nijedna komisija koja je razmatrala takvu mogućnost to nije našla za potrebno, a objašnjenje se sastojalo u tome da je i dalje moguće predvideti ekstremne slučajeve u kojima bi bilo poželjno zadržati izuzetak od formalnosti u zaveštajnom pravu.<sup>18</sup>

I u srpskoj nauci se izražavaju ozbiljne sumnje u opravdanost daljeg postojanja broskog zaveštaja koje je u naše pravo po prvi put uvedeno Saveznim zakonom o nasleđivanju iz 1955. godine, a u gotovo nepromenjenom obliku u odnosu na važeće rešenje ova zaveštajna forma je predviđena i u Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije.<sup>19</sup> Razlozi tome su što Srbija nije pomorska sila, što u našem pravu postoji usmeno zaveštanje kao izuzetna forme testamenta,<sup>20</sup> ali i to što se ova zaveštajna forma skoro uopšte ne koristi u praksi.<sup>21</sup> Imajući u vidu navedene argumente, kao i rad Komisije na budućoj kodifikaciji građanskog prava u Republici Srbiji, koristeći se prevashodno normativnim, dogmatskim i uporedno-pravnim metodom, pokušaćemo da damo odgovor na pitanje o neophodnosti daljeg postojanja broskog zaveštaja u srpskom pravu i o mogućim pravcima reforme ovog instituta.

#### FORMA BRODSKOG ZAVEŠTANJA U SRPSKOM PRAVU

Uporednopravna analiza pokazuje da se u pogledu regulisanja broskog zaveštaja *grosso modo* razlikuju dve velike grupe prava, iako ono u svim pravnim sistemima predstavlja vanrednu ili izuzetnu zaveštajnu formu. Evropsko-kontinentalni pravni sistemi normiraju broski testament kao strogo formalni pravni posao, koji se po pravilu *mutatis mutandis* sačinjava po pravilima notarskog testamenta. U *common law* sistemima ovo zaveštanje je moguće sačiniti bez ispunjenja bilo kakvih formalnih uslova, odnosno poslednja izjava volje može da bude uči-

<sup>16</sup> A.R. Mellows, *The law of succession*, London 1973, 82; P. Critchley, 56; A. G. Lang, 178.

<sup>17</sup> Jack Lee Tsen Ta, A Place for the Privileged Will, *Singapore Law Review Vol. 15 (1994)*, 190-192.

<sup>18</sup> P. Critchley, 57.

<sup>19</sup> Jedina izmena se odnosi na činjenicu da će ubuduće brosko zaveštanje prestajati da važi 30 dana i "od iskrćavanja na kopno države u kojoj postoji diplomatsko-konzularno predstavništvo Republike Srbije. V. čl. 109. in fine IV knjige Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije. Vlada Republike Srbije – Komisija za izradu Građanskog zakonika, *Prednact – Građanski zakonik Republike Srbije, četvrta knjiga – Nasleđivanje*, Beograd 2011, 66-67.

<sup>20</sup> S. Marković, 215.

<sup>21</sup> N. Stojanović, 207; Zdravko Petrović, Oblici testamenta u našem pravu, *Pravna misao* 5-6/1991, Sarajevo 1991, 57.

njena u usmenom<sup>22</sup> ili pisanom obliku, pri čemu se ne zahteva da pismeno bude napisano ili potpisano u prisustvu svedoka, jer je cilj da svaki testament koji se sačinjava na moru bude "sačuvan" kao punovažan.<sup>23</sup> Obzirom na način na koji reguliše brodsko zaveštanje, srpsko pravo se svrstava u prvu grupu, ali sa značajnim osobenostima u odnosu na mnoge druge legislative iz evropsko-kontinentalnog pravnog sistema.<sup>24</sup>

U srpskom pravu, brodsko zaveštanje predstavlja javnu i vanrednu formu zaveštanja, kojoj Zakon o nasleđivanju Srbije poklanja svega jedan član. "Zaveštaocu može na jugoslovenskom brodu zaveštanje sačiniti zapovednik broda, po pravilima koja važe za sastavljanje sudskog zaveštanja", a ono "prestaje da važi po isteku trideset dana od dana povratka zaveštaoca u Saveznu Republiku Jugoslaviju."<sup>25</sup>

Zapovednik broda je dužan da zaveštaocu sačini zaveštanje čim testator to zatraži i čim zapovedniku to dozvole njegove redovne dužnosti na brodu.<sup>26</sup> On je najpre dužan da utvrdi zaveštaoćev identitet. Pored načina koji su za to predviđeni prilikom sačinjavanja sudskog zaveštanja, zaveštalcu svoj identitet može da dokaže i koristeći brodarsku ili pomorsku knjižicu, kao javnu ispravu koja sadrži fo-

<sup>22</sup> U najvećem broju kanadskih jurisdikcija ovo pravilo ne važi. Alberta law reform institute, 56.

<sup>23</sup> Ova pogodnost je mornarima i pomorcima neograničeno omogućena u pogledu dobara kojima mogu da raspolazu tek posle donošenja Navy and Marines (Wills) Act 13. avgusta 1953. godine, jer to do tada nisu mogli da čine u pogledu plata ili novčanih nagrada. John G. Ross Martyn, Stuart Bridge, Mika Oldham, *Theobald on wills*, London 2001, 55, fn. 33. Nezavisno od uslova za punovažnost broskog testamenta, za dokazivanje njegove sadržine se obično traži pisana izjava u koju treba da bude pretočena usmena izjava volje testatora i u kojoj treba da bude naveden datum zaveštaoćeve izjave i okolnosti u kojima je ona sačinjena, a koja treba da potvrdi da se u trenutku testiranja on nalazio na moru. U slučaju da je svoju poslednju volju zaveštalcu izjavio u pisanoj formi, zainteresovano lice mora da dokaže da je potpis na pismenu zaveštaoćev, ili ako pismeno nije potpisano da je rukopis kojim je napisano testatorov. Pravilo 18 Non-Contentious Probate Rules 1987.

<sup>24</sup> Za pregled regulisanja broskog zaveštanja u uporednom pravu videti: čl. 104-109 IV knjige Holandskog građanskog zakonika, Ian Sumner, Hans Warendorf, *Inheritance law legislation of the Netherlands, A translation of Book 4 of the Dutch Civil Code, procedural provisions and private international law legislation*, Antwerp – Oxford 2005, 45-47; čl. 1123-1127 Građanskog zakonika Ruske federacije, <http://www.russian-civil-code.com/PartIII/SectionV/Subsection1/Chapter62.html>; čl. 722-731 Španskog građanskog zakonika, <http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252168/DetalleInformacion.html>; Sergio Cámara Lapuente, Testamentary Formalities in Spain, *Comparative Succession Law Volume I – Testamentary Formalities* (eds. Kenneth G C Reid, Marius J de Waal and Reinhard Zimmermann), Oxford University Press 2011, 86; Čl. 988-998. Francuskog građanskog zakonika; par. 2250-2252 Nemačkog građanskog zakonika, [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/german\\_civil\\_code.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf). Pristup elektronskim bazama podataka je ostvaren 1.7.2014. godine.

<sup>25</sup> Član 108. stav 1. i stav 2. Zakona o nasleđivanju Srbije ("Službeni glasnik RS", br. 46/95). Uz određene stilske izmene u jezičkoj konstrukciji, brodsko zaveštanje je na identičan način bilo regulisano i u članu 71. Zakona o nasleđivanju SR Srbije iz 1974. godine. *Zbirka zakona iz naslednog prava u SFR Jugoslaviji*, priredio Oliver B. Antić, Beograd 1989, 133.

<sup>26</sup> Ljubica Mandić, Sudsko zaveštanje, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Prištini 1/2001*, Vranje 2001, 107.

tografiju.<sup>27</sup> Međutim, u tom slučaju bi mu bio potreban i jedan svedok identiteta, što će zaveštalcu teško obezbediti ako je putnik koji je samostalno, bez prijatelja ili članova porodice krenuo na putovanje.<sup>28</sup> To je primer kada ostvarivanje slobode zaveštanja u formi brodskog testamenta postaje faktički nemoguće, iako je pravno moguće. Zapovednik broda je dužan da ispita da li zaveštalcu poseduje aktivnu zaveštajnu sposobnost, da vodi računa da sadržaj njegove izjave poslednje volje bude u skladu sa prinudnim propisima, javnim poretkom i dobrim običajima i da upozna zaveštaoca sa odredbama o nužnom nasleđivanju.<sup>29</sup> Zaveštalcu prilikom izjave poslednje volje zapovedniku broda koji sačinjava zapisnik, može da se služi beleškama ili podsetnikom koji će mu omogućiti da jasnije i potpunije formuliše svoj testament, ali ne može takvo pismeno da čita, tj. da diktira njegovu sadržinu zapovedniku broda.<sup>30</sup> U nekim pravima se neizostavno zahteva da zaveštalcu sačini brodski testament na jeziku one zemlje čiju državnu pripadnost ima brod.<sup>31</sup> Obzirom da se po Zakonu o nasleđivanju Srbije ova zaveštajna forma sastavlja prema pravilima koja važe za sačinjavanje sudskog zaveštanja, moguće je da zaveštalcu sačini testament pred zapovednikom broda i na stranom jeziku, ali pod uslovom da na brodu može da nađe zakletog sudskog tumača i dva zaveštajna svedoka kojima je poznat i taj jezik, uz srpski kao službeni jezik.<sup>32</sup>

Zapovednik broda je dužan da naglasi u zapisniku koji vodi o sačinjavanju zaveštanja na koji način je utvrdio identitet zaveštaoca, da potvrdi da je u njegovom prisustvu zaveštalcu pročitao i potpisao izjavu poslednje volje koju mu je po njegovom kazivanju on sastavio, odnosno da mu je u prisustvu dva svedoka zapovednik pročitao sadržinu poslednje volje koju je zapisao po zaveštaočevom kazivanju, da ju je on potvrdio kao svoju i potpisao ili stavio na nju rukoznak, te da na kraju stavi datum sastavljanja testamenta.<sup>33</sup> Propust zapovednika broda da pre-

<sup>27</sup> Igor Mandić, Prava i dužnosti zapovednika broda u vezi sa Zakonom o nasleđivanju, *Pomorstvo 1956*, 438.

<sup>28</sup> Upravo je to imao u vidu austrijski, a po ugledu na njega i srpski zakonodavac iz 1844. godine kada je pojednostavio pravila za sačinjavanje zaveštanja na brodu, redukujući broj zaveštajnih svedoka, baš iz razloga što prilikom plovidbe često nije moguće obezbediti njihovo prisustvo.

<sup>29</sup> I. Mandić, 438.

<sup>30</sup> Lj. Mandić, 109.

<sup>31</sup> M. Toroman, 191. Prema par. 2250. Nemačkog građanskog zakonika volja treba da bude izjavljena na nemačkom jeziku, jer zakon izričito isključuje učešće tumača u postupku sačinjavanja brodskog zaveštanja. R. Zimmermann, 218.

<sup>32</sup> Kada se ovo ima na umu, jasno je da iako ova mogućnost pravno postoji u našem pravnom poretku, faktički je veoma teško očekivati njenu širu primenu.

<sup>33</sup> Ivo Grabovac, Oporuka sastavljena na Jugoslavenskom brodu, *Naše more 1/1958*, 33-34; I. Mandić, 438; M. Toroman, 191. Prema članu 1123. Građanskog zakonika Ruske federacije, kapetan broda je dužan da upozori zaveštaoca, svedoke i lice koje potpisuje zaveštanje u ime testatora da ne smeju da otkrivaju informacije koje se tiču sačinjavanja zaveštanja, njegove sadržine, izmene ili opozivanja, sve dok ne nastupi otvaranje zaostavštine. Ovakva obaveza kapetana je specifična za ru-

duzete radnje navede u zapisniku vode ništavosti brodskog testamenta.<sup>34</sup> Na testamentu su dužni da se potpišu i zapovednik broda i zapisničar, kao i svedoci identiteta, zaveštajni svedoci i sudski tumač ako su učestvovali u njegovom sačinjavanju, a naznačice se i njihovo svojstvo.<sup>35</sup> Ako se zapisnik o sastavljanju brodskog zaveštanja sastoji od više listova, zaveštalac će biti dužan da potpiše svaki list. Ako bi zaveštalac tokom putovanja brodom sačinio dva ili više brodskih zaveštanja koji su u međusobnoj koliziji, zapovednik broda bi opozivanje onog prethodnog morao da konstatuje na samom zaveštanju, ako se ono kod njega nalazi na čuvanju.<sup>36</sup>

S obzirom da je brodsko zaveštanje u srpskom pravu vanredna forma testamenta, ali da se sastavlja po pravilima koja važe za sudsko zaveštanje, postavlja se pitanje šta je njegova *differentia specifica* u odnosu na sudski testament?

Prvo, ona se ogleda u činjenici da se zaveštalac u trenutku testiranja nalazi u takvoj situaciji (na brodu) da ne može da ode do osnovnog suda ili diplomatsko-konzularnog predstavništva Republike Srbije u inostranstvu i iskoristi neku od redovnih formi zaveštanja. Uslov engleskog prava, da se zaveštalac "nalazi na moru", samo je na prvi pogled identičan ovom zahtevu u našem pravu. Njegovo značenje u engleskom pravu je u nužnosti da se zaveštalac nalazi u pomorskoj službi, pa bi njegovo zaveštanje bilo punovažno i ako je sačinjeno u luci,<sup>37</sup> što nije slučaj u srpskom pravu. Iako član 611. Italijanskog građanskog zakonika ne predviđa za punovažnost brodskog testamenta zaveštaočevu nemogućnost da testira u nekoj od redovnih formi, u nauci je zauzeto stanovište da činjenica da se zaveštalac nalazi na brodu sama po sebi nije dovoljna za sačinjavanje brodskog zaveštanja, odnosno da je neophodno i da je mogućnost korišćenja neke od redovnih formi nemoguća ili veoma otežana.<sup>38</sup> U grčkom pravu je brodsko zaveštanje izuzetna forma, kojom zaveštalac može da se služi kada se nalazi u "izuzetnim okolnostima", a to će biti slučaj kada ne postoje uobičajeni uslovi za sačinjavanje

---

sko pravo i ne postoji ni u srpskom, ni u mnogim drugim pravima. Zanimljivo je i pitanje kakva bi sankcija pogodila zaveštajne svedoke koji ne bi udovoljili obavezama na koju im je skrenuo pažnju zapovednik broda.

<sup>34</sup> Vrhovni sud Srbije Rev. 3137/90 od 8.1.1991.), navedeno prema Dragoslav Đokić, Svojeručno i sudsko zaveštanje, *Pravni informator* 3/2011, 45. Sličan je stav sudske prakse u pogledu sudskog testamenta – Pravno shvatanje Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije utvrđeno na sednici od 18. marta 1991, Presuda Okružnog suda u Čačku Gž. 975/04, od 15. septembra 2004, Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 1907/92, od 25. juna 1992, navedeno prema Oliver B. Antić, Dejan B. Đurđević, *Priručnik za nasledno pravo*, Beograd 2009, 177, 179-180.

<sup>35</sup> I. Grabovac, 34; I. Mandić, 438.

<sup>36</sup> Lj. Mandić, 111.

<sup>37</sup> J. G. Ross Martyn, S. Bridge, M. Oldham, 54.

<sup>38</sup> A. Braun, 135.

javnog, odnosno notarskog testamenta.<sup>39</sup> To znači da će na brodu koji plovi pod grčkom zastavom sačinjavanje brodskog testamenta biti moguće za vreme plovidbe, ali uz jedan važan izuzetak. Ako je predviđeno trajanje putovanja kratko, zaveštalac bi morao da navede valjane razloge zbog kojih želi da iskoristi baš ovu zaveštajnu formu, npr. ako mu se zdravstveno stanje na brodu pogorša, a udaljenost naredne luke i težina njegovog zdravstvenog stanja ukazuju da šanse da preživi nisu velike.<sup>40</sup> Ovi zahtevi su značajno različiti u odnosu na rešenje srpskog prava, gde je činjenica da se jedno lice nalazi na brodu dovoljna da bi moglo punovažno da sačini brodsko zaveštanje, nezavisno od toga kakve bile njegove subjektivne ili objektivne okolnosti. Takođe, nije neophodno da zaveštalac koji želi da sastavi brodski testament ne može da se služi redovnom formom zaveštanja, jer zapovednik broda uvek može da mu sačini i međunarodno zaveštanje. Potrebno je samo da je zaveštalac “izgubio vezu sa kopnom, tako da ne može koristiti drugi javni oblik zaveštanja”, osim međunarodnog zaveštanja, odnosno da u datom trenutku ne može da ode do osnovnog suda ili srpskog diplomatsko-konzularnog predstavništva u inostranstvu.<sup>41</sup>

Druga razlika između brodskog i sudskog testamenta u srpskom pravu se odnosi na lice koje kao nosilac javnih ovlašćenja učestvuje u postupku sačinjavanja zaveštanja (zapovednik broda, odnosno sudija osnovnog suda), a treća na vremensko ograničenje važnosti brodskog i neograničeno važenje sudskog testamenta.<sup>42</sup> Pažljivijom analizom moglo bi da se zaključi da je druga razlika uzrok, a treća razlika posledica svrstavanja brodskog testamenta u vanredne forme, jer vanredna ili privilegovana zaveštanja važe ograničeno vreme upravo zbog okolnosti u kojima se preduzimaju i usled razlika u formalnim zahtevima koje se traže u odnosu na redovne forme testamenata. Kako se u našem pravu jedina razlika sastoji u ovlašćenom licu koje zaveštanje sastavlja, nameće se pomalo neugodan zaključak da zakonodavac nema puno poverenje u zapovednika broda kao lice kome je poverio sačinjavanje brodskog testamenta, jer iako on mora da preduzme sve radnje i u potpunosti postupi po proceduri po kojoj to čini i sudija osnovnog suda, zaveštanje će ipak imati ograničeno vremensko važenje. Kada je reč o posebnim okolnostima u kojima se zaveštalac ovom formom koristi, rekli smo da se one iscrpljuju u činjenici da se testator nalazi na brodu i da faktički ne može da

<sup>39</sup> *Basic concepts of Greek civil law*, translated and edited by Youlika Kotsovolou Masry, Athens 2005, 484.

<sup>40</sup> Primer naveden prema: *European succession laws*, Second edition, (ed. David Hayton), London 2002, 276.

<sup>41</sup> Oliver Antić, *Nasledno pravo*, Beograd 2011, 296.

<sup>42</sup> Dejan B. Đurđević, *Institucije Naslednog prava*, Beograd 2010, 141; I. Mandić, 439. Pojednostavljeni element forme, koji se iscrpljuje u činjenici da je nosilac javnih ovlašćenja kapetan broda a ne notar i da kapetan broda ne mora da ispuni uslove koji se traže za notara, postoji i u holandskom pravu. Sve što je potrebno jeste da zaveštanje bude sačinjeno u pisanoj formi i da bude potpisano od strane zaveštaoca, dva svedoka i kapetana broda. W. D. Kolkman, 159.

se koristi drugom javnom formom zaveštanja osim međunarodnom. Zakon o nasleđivanju Srbije ne zahteva postojanje opasnosti po život, nemogućnost korišćenja redovnom testamentarnom formom, niti bilo koju drugu vanrednu okolnost koja bi navela jedno lice na pomisao o neposrednoj opasnosti po život ili o gubitku aktivne zaveštajne sposobnosti.<sup>43</sup> U tom smislu, brodsko zaveštanje je redovno javno zaveštanje na moru, jezeru ili reci, a tumačenjem zakonskog propisa je očigledno da je jedina prava vanredna okolnost oličena u ovlašćenom licu za njegovo sačinjavanje. Ovo je i Blagojevićev stav, koji govoreći o vanrednim zaveštanjima kao "srednjem obliku" u klasifikaciji između redovnih i izuzetnih, jer po formi odgovaraju redovnim a po vremenskoj važnosti izuzetnim testamentima, ističe i jednu posebnost vanrednih formi "koja upravo i čini da se ova forma testamenta može nazvati vanrednom, da pri njihovom sastavljanju učestvuje kao javni organ lice kome to nije redovno službeno poslovanje, već samo vanredno, po potrebi, mada ono može katkad biti i po nuždi (zapovednik broda ili vojne starešine određene vrste)."<sup>44</sup> Tome u prilog govori i činjenica da bi bilo koji drugi redovni oblik u kojem bi zaveštalc sačinio testament na brodu, pa i međunarodni (sic!) vremenski neograničeno važio. Dakle, ako se vanredne okolnosti sastoje samo u krugu ovlašćenih lica za njegovo sačinjavanje i njegovom vremenskom važenju, a nemaju za posledicu pojednostavljenu formu, onda se postavlja pitanje da li ovakav testament treba da ima ograničeno vremensko trajanje, posebno imajući u vidu da bi međunarodno zaveštanje, koje je takođe ovlašćen da sačini zapovednik broda i čiji su formalni elementi blaži u odnosu na brodsko zaveštanje, neograničeno važilo?

Iako obim slobode zaveštanja u jednom pravnom poretku zavisi od broja zaveštajnih formi koje pojedincima stoje na raspolaganju, on je određen i formalnim uslovima koji su propisani za punovažnost svake od njih. Kao što vidimo, zapovednik broda ne samo što bi detaljno morao da poznaje proceduru sačinjavanja testamenta, već bi morao da zna i koja lica zbog relativne ili apsolutne nepodobnosti ne bi mogla da budu zaveštajni svedoci. Međutim, u delu nauke se ističe da sastavljanje zaveštanja nije redovna dužnost zapovednika broda, pa mu "se mogu potkrasti eventualne griješke tokom sastavljanja oporuke".<sup>45</sup> Iz ove konstatacije proističe nešto mnogo značajnije. Uz tako složene formalne zahteve koje treba da ispuni zapovednik broda,<sup>46</sup> opravdano je pitanje u kojoj meri se ostvaru-

---

<sup>43</sup> To uostalom i jesu razlike između vanrednih i usmenog kao izuzetnog zaveštanja. D. B. Durđević, 141.

<sup>44</sup> Borislav T. Blagojević, *Nasledno pravo SFRJ sa osvrtom na prava drugih država*, Beograd 1964, 239.

<sup>45</sup> I. Mandić, 439.

<sup>46</sup> Zbog nepoznavanja procedure od strane srpskih konzularnih predstavnika, čest je slučaj da su diplomatsko-konzularna zaveštanja rušljiva, pa se postavlja pitanje šta tek treba očekivati u pogledu sastavljanja brodskih zaveštanja. O. Antić, 292, fn. 751.

je pravno-politički cilj da se i licima na brodu omogući služenje javnim formama testamenta. Ako bi se zapovedniku broda "potkrala greška" prilikom sastavljanja zaveštanja, pa bi zaveštalac bio u životu i posle isteka roka od 30 dana od povratka na srpsko kopno, to ne bi imalo nikakve pravne posledice, jer bi se svakako smatralo da zaveštanje nikada nije ni bilo sačinjeno. Međutim, ako bi zaveštalac preminuo na brodu ili u roku od 30 dana od povratka na naše tlo, u tom slučaju bi jedno javno zaveštanje, u koje je po prirodi stvari zaveštalac mogao da ima puno pouzdanje i poverenje, bilo rušljivo usled propusta organa kome je dato javno ovlašćenje da ga sačini, a Republika Srbija bi bila dužnik naknade štete nakon parnice koju bi pokrenula lica koja bi imala povoljniji naslednopravni položaj da zaveštanje nije poništeno. Stoga je u bivšem sovjetskom pravu bilo propisano da zaveštalac po dolasku u sovjetsku luku ili pristanište nije morao da preduzima nikakve dalje radnje za potvrđivanje testamenta pred notarom ili za pravljenje novog testamenta, jer je sastavljanje zaveštanja pred zapovednikom broda imalo istu pravnu važnost i proizvodilo ista pravna dejstva kao da je sačinjeno i pred notarom.<sup>47</sup> Usložnjavanje forme vanrednog testamenta ne ide u prilog brodskog zaveštanja koje bi trebalo da karakteriše privilegovana forma. Troškovi sastavljanja brodskog zaveštanja mogu da budu veoma veliki, naročito kada je potrebno učestće zakletog sudskog tumača, a i pored svega toga testament ima ograničeno vremensko važenje. Najzad, zapovednik broda je ovlašćen da sačini jednom licu i međunarodno zaveštanje, kao redovnu, javnu i vremenski neograničeno važeću zaveštajnu formu. Sve ove činjenice nameću pitanje da li je možda bolje ukinuti ili drugačije normirati brodsko zaveštanje, tako da važi neograničeno kao u sovjetskom pravu, ili predvideti da važi ograničeno, ali uz pojednostavljivanje njegove forme?

#### POJEDINI ELEMENTI FORME NEOPHODNI ZA PUNOVAŽNOST BRODSKOG ZAVEŠTANJA

##### *Kada se može sačiniti? Na brodu ili na moru?*

U pogledu prilika, odnosno mesta na kome je moguće sačiniti brodsko zaveštanje, u uporednom pravu se razlikuju dva pristupa. Prema prvom, koji prihvata i srpsko pravo, zaveštanje je u suštini moguće sačiniti samo na domaćem brodu za vreme plovidbe, dok je prema drugom, prihvaćenom u anglo-saksonskom pravu, to moguće učiniti "na moru", pri čemu se ekstenzivnim tumačenjem od strane sudova domen ovog pravila proširio i na situacije kada je brod ukotvljen u luci.

U najširem smislu, brod je najekonomičnije prevozno sredstvo, plovni objekat namenjen prevozu ljudi i stvari na moru i na unutrašnjim vodama.<sup>48</sup> U za-

<sup>47</sup> Étude sur la forme du testament dans le droit comparé, 195.

<sup>48</sup> Miodrag Trajković, *Pomorsko pravo*, Beograd 2000, 23.



konskoj terminologiji “brod je brod unutrašnje plovidbe, pomorski brod, tehnički plovni objekt, ribarski brod, kao i nepokretna platforma”,<sup>49</sup> odnosno “brod je brod unutrašnje plovidbe i rečno-morski brod osim ratnog broda”.<sup>50</sup>

Brodsko zaveštanje je moguće sačiniti na srpskom pomorskom, jezerskom i rečnom brodu,<sup>51</sup> nezavisno od toga da li plovi na otvorenom moru, u srpskim ili u teritorijalnim vodama neke druge države.<sup>52</sup> Stoga je termin “pomorski testament”, koji se koristi u uporednom pravu i delu naše nauke manje adekvatan. U doktrini je zauzeto shvatanje da lica koja se nalaze na vojnim brodovima mogu da sačinjavaju i vojno i brodsko zaveštanje.<sup>53</sup> Iako se obe zaveštajne forme sačinjavaju prema pravilima koja važe za sudski testament, razlikovanje u konkretnom slučaju nije beznačajno, jer treće lice u prisustvu vojnog starešine može da sačini vojni testament, ali ne može brodski u prisustvu zapovednika broda.<sup>54</sup> S druge strane, brodski testament se nesumnjivo može sačiniti na putničkom, turističkom, trgovačkom, carinskom ili brodu predviđenom za naučna ispitivanja.<sup>55</sup>

Prema principu o zastavi broda, brod se smatra eksteritorijalnim delom naše državne teritorije. Iako je pravo i dužnost srpskog broda da vije srpsku zastavu (zastavu srpske trgovačke mornarice), u slučaju da plovi teritorijalnim vodama druge države ili da se na njemu nalaze šef neke druge države ili njeni visoki diplomatski predstavnici, u skladu je sa međunarodnim običajem da se na brodu istakne i zastava te druge države.<sup>56</sup> Da bi brod uopšte dobio državnu pripadnost, on mora da bude izgrađen i stavljen u plovidbu, a samo izuzetno i brodovi u gradnji na zahtev vlasnika mogu da budu upisani u upisnik i dobiju državnu pripadnost, pod uslovom da se grade u srpskom brodogradilištu.<sup>57</sup> Srpsku državnu pripadnost ima brod koji plovi pod srpskom zastavom, tj. brod koji je registrovan u

---

<sup>49</sup> Član 3. stav 1. tačka 2. Zakona o državnoj pripadnosti i upisu plovila (“Službeni glasnik RS”, br. 10/2013).

<sup>50</sup> Član 4. stav 1. tačka 3. Zakona o plovidbi i lukama na unutrašnjim vodama (Službeni glasnik RS br. 73/10 i 121/12).

<sup>51</sup> O. Antić, 296; Dušan Rašković, *Oblici oporuka po Zakonu o nasljeđivanju, Naša zakonitost*, Zagreb 1956, 347.

<sup>52</sup> I. Grabovac, 33.

<sup>53</sup> Oliver B. Antić, Zoran M. Balinovac, *Komentar Zakona o nasljeđivanju*, Beograd 1996, 354.

<sup>54</sup> Dimitrije Čeranić, *Rušljivost zavještanja zbog povrede oblika*, master rad odbranjen na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, Beograd 2007, 57.

<sup>55</sup> Milan Kreč, Đuro Pavić, *Komentar Zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom*, Zagreb 1964, 219.

<sup>56</sup> Član 8. stav 2. i član 37. stav 2. Zakona o pomorskoj plovidbi i član 6. stav 2. Zakona o državnoj pripadnosti i upisu plovila; M. Trajković, 26.

<sup>57</sup> B. Jakaša, 78. Član 4. stav 1. tačka 7. Zakona o plovidbi i lukama na unutrašnjim vodama: ““Brod u gradnji” je brod od momenta polaganja kobilice ili sličnog postupka gradnje do momenta upisa u upisnik brodova.”

Srbiji upisom u srpski upisnik brodova (upis ima konstitutivni karakter) i kojem je izdat privremeni plovidbeni list.<sup>58</sup> Nije moguć upis broda u srpski upisnik ako je o već upisan u neki upisnik u inostranstvu, jer brod može da ima samo jednu državnu pripadnost.<sup>59</sup> Državna pripadnost broda unutrašnje plovidbe se dokazuje brodskim svedočanstvom, a pomorskog broda upisnim listom. Ove isprave sadrže sve podatke iz knjige upisnika brodova u koju je brod upisan, a izdaje ih lučka kapetanija na osnovu svedočanstva o sposobnosti broda za plovidbu, odnosno lučka kapetanija koja je izvršila upis broda u upisnik. To su najznačajnije brodske isprave (sve brodske isprave pripadaju kategoriji javnih isprava).<sup>60</sup>

Pojam luka se koristi u pomorskom saobraćaju, a pojam pristanište u saobraćaju koji se odvija na unutrašnjim plovnim putevima.<sup>61</sup> Luka je "vodni i sa vodom neposredno povezani kopneni prostor sa objektima namenjenim za pristanjanje, sidrenje i zaštitu plovnih objekata, kao i ukrcavanje i iskrcavanje putnika i robe."<sup>62</sup>

Određivanje prilika u kojima može da se sastavi brodsko zaveštanje u *common law* kroz formulaciju "na moru", ne tumači se strogo jezički, pa su punovažni bili i zaveštanje sačinjeno na reci (*In the Goods of Patterson* (1898) 79 LT 123) ili zaveštanje koje je sačinio mornar na brodu trajno uktovljenom u luci u Portsmutu (*In the Goods of McMurdo* (1868) LR 1 P. & D. 540).<sup>63</sup> Sudovi širokim tumačenjem pojma "na moru" danas omogućavaju da ostanu punovažna i brodska zaveštanja koja se sačinjavaju kada je pravna pomoć dostupna a ne postoji neposredna opasnost za život po zaveštaoca, što nije u skladu sa inicijalnim idejama zbog kojih je ova testamentarna forma uvedena u anglo-saksonska prava.<sup>64</sup> Drugi odeljak *Wills (Soldiers and Sailors) Act* iz 1918. godine je za potrebe ratne mornarice pojam "na moru" proširio kako bi omogućio njenim aktivnim pripadnicima da sačine privilegovano zaveštanje ne samo kada su na moru, već i "u takvim okolnostima da bi se smatralo da su na vojnoj dužnosti da su vojnici".<sup>65</sup> *Actual military service*, odnosno aktivna vojna služba podrazumeva da je vojnik *in expe-*

<sup>58</sup> Član 4. stav 1. tačka 9. Zakona o pomorskoj plovidbi i čl. 4. Zakon o državnoj pripadnosti i upisu plovila; D. B. Đurđević, 141; M. Trajković, 26.

<sup>59</sup> Član 18. Zakona o državnoj pripadnosti i upisu plovila. M. Trajković, 28; B. Jakaša, 74.

<sup>60</sup> Član 105. stav 2., 3., 4. i 5. Zakona o plovidbi i lukama na unutrašnjim vodama i član 37. Zakona o pomorskoj plovidbi; M. Trajković, 31; B. Jakaša, 87.

<sup>61</sup> M. Trajković, 32.

<sup>62</sup> Član 4. stav 1. tačka 22. Zakona o plovidbi i lukama na unutrašnjim vodama.

<sup>63</sup> Christopher Parker, Privileged wills : A timely reminder , *TACT – The Association of Corporate Trustees*, <http://www.trustees.org.uk/review-index/Wills-Privileged-wills---A-timely-reminder.php>, pristup ostvaren 1.7.2014. godine.

<sup>64</sup> J. Lee Tsen Ta, 182.

<sup>65</sup> J. G. Ross Martyn, S. Bridge, M. Oldham, 55.

*ditione*, tj. u stanju neposredno pred polazak u borbu ili akciju ili da je učesnik u borbi.<sup>66</sup> To znači da je svaki pripadnik ratne mornarice za vreme rata ovlašćen da se koristi ovom formom zaveštanja.<sup>67</sup> No, sudska praksa nastavlja sa liberalizacijom, pa se sada isto pravo koje je garantovano pripadnicima vojne mornarice pruža i pripadnicima trgovačke mornarice (In bonis Newland [1952] P. 71; In bonis Wilson [1952] P. 92; Re Rapley [1983] 1 W.L.R. 1069.).

Pitanje je da li bi i srpski državljani mogao da sačini punovažno brodsko zaveštanje na obali ili u srpskom pristaništu ili u luci u kojoj postoji konzularno predstavništvo Republike Srbije? Mišljenja smo da ne bi, jer zapovednik broda ima ovlašćenje da mu sačini ovo zaveštanje samo na brodu i to kada ne postoji fizička veza broda i srpskog kopna (dakle, kada se brod ne nalazi u srpskom pristaništu ili luci).<sup>68</sup> Izuzetak od ovog pravila bi bio u situaciji kada se brod nalazi u srpskom pristaništu, ali je spreman za plovidbu obzirom da je počeo sa primanjem putnika i ukrcavanjem robe.<sup>69</sup> Iako je u nauci nedvosmisleno prihvaćen stav da zaveštalac svoju poslednju volju može da izjavi u formi broskog testamenta kada se srpski brod nalazi u stranoj luci,<sup>70</sup> čini se da bi ponekad moglo da bude prihvaćeno i suprotno stanovište. Ako je *ratio legis* broskog zaveštanja u omogućavanju zaveštaocu da se koristi javnom formom testamenta u situacijama kada ne može da ode do suda i sačini zaveštanje u redovnoj javnoj formi, onda bi ciljnim tumačenjem isto pravilo moralo da važi i u pogledu konzularnog zaveštanja, kao takođe redovne i javne forme testamenta. Dakle, ako bi u stranoj luci postojalo diplomatsko ili konzularno predstavništvo Republike Srbije, i ako objektivne okolnosti slučaja ne bi govorile suprotno (npr. brod se ne zadržava u luci dovoljno dugo da bi zaveštalac mogao da ode do konzularnog predstavništva, ili bi to bilo skopčano sa nesrazmernim troškovima, ili je u luci elementarna nepogoda ili zaraza), mišljenja smo da ne bi trebalo smatrati punovažnim brodsko zaveštanje sačinjeno na srpskom brodu koji bi bio usidren u takvoj stranoj luci. U prilog našoj argumentaciji govori i rešenje Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije, kojim je predviđeno da se tridesetodnevna važnost broskog testamenta računa i "od iskrcavanja na kopno države u kojoj postoji diplomatsko-konzularno predstavništvo Republike Srbije."<sup>71</sup>

Rešenje za koje se zalažemo je predviđeno i u uporednom pravu. U francuskom i belgijskom pravu zaveštaoci mogu da se služe broskim testamentom

---

<sup>66</sup> C. Parker.

<sup>67</sup> Odeljak 2 Wills (Soldiers and Sailors) Act 1918; A.R. Mellows, 78.

<sup>68</sup> O. Antić, 296; S. Marković, 215; D. B. Đurđević, 141; Ilija Babić, *Nasledno pravo*, Beograd 2008, 132.

<sup>69</sup> B. T. Blagojević, 251.

<sup>70</sup> *Ibid*; D. Rašković, 346.

<sup>71</sup> Član 109. stav 2. IV knjige Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije, 66-67.

samo za vreme plovidbe otvorenim morem, dok se brod nalazi daleko od luke, odnosno domaće ili strane obale, ili od mesta gde bi testator mogao da izjavi poslednju volju u redovnoj formi.<sup>72</sup> U italijanskoj nauci je zauzeto stanovište da činjenica da se zaveštalac nalazi na brodu nije dovoljna za sastavljanje broskog zaveštanja, već da je neophodno i da je korišćenje neke od redovnih formi nemoguće ili veoma otežano, pa je otvoreno pitanje da li je primena ove testamentarne forme moguća na reci, jezeru ili u luci.<sup>73</sup> U nekim evropskim pravima se ide i korak dalje, pa se za punovažnost broskog testamenta zahteva da brod plovi u teritorijalnim vodama koje ne pripadaju državi zaveštaoca.<sup>74</sup>

### *Zaveštalac*

U srpskom pravu formu broskog zaveštanja mogu da koriste sva lica koja se nađu na brodu, pod uslovom da imaju aktivnu zaveštajnu sposobnost. Nije od značaja da li je reč o putnicima ili posadi broda, domaćim ili stranim državljanima,<sup>75</sup> ili čak slepom putniku, kome će zapovednik broda takođe sačiniti testament ako može da utvrdi njegov identitet.<sup>76</sup> Pod putnikom se po zakonu smatra "svako lice na plovilu, osim dece mlađe od jedne godine, lica zaposlenih na plovilu u bilo kom svojstvu i članova njihove porodice".<sup>77</sup> Kako se u Republici Srbiji za sastavljanje sudskog zaveštanja strancima ne traži postojanje reciprociteta sa strančevom državom, isto važi i za broski testament.<sup>78</sup>

U nekim stranim zakonodavstvima se krug lica koja mogu da sačine brosko zaveštanje određuje uže nego u srpskom pravu. To ukazuje da ove legistature privilegije vezuju ne za određene vanredne okolnosti u kojima ova zaveštajna forma može da se preduzme, nego za određene kategorije lica kojima ona stoji na raspolaganju, što je manje dobro rešenje. Tako ovim testamentom u engleskom pravu mogu da se služe "mornar ili pomorac koji se zateknu na moru". Prema *Wills (Soldiers and Sailors) Act* iz 1918. godine, mornarima ili pomorcima se sma-

<sup>72</sup> Član 988. Francuskog građanskog zakonika; Član 994. Belgijskog građanskog zakonika.

<sup>73</sup> A. Braun, 135. Rušnov je smatrao da je ranije dozvoljena forma zaveštanja na austrijskom brodu mogla da se sačini samo za vreme plovidbe morem, a ne i rekom. A. Rušnov, 63. Suprotno tome, iako se zaveštanje sačinjeno na brodu u poljskom pravu smatra izuzetnom formom zaveštanja koja se koristi u hitnim prilikama, da bi zaveštalac mogao da koristi ovu testamentarnu formu dovoljno je jednostavno da se nalazi na putovanju brodom. Fryderyk Zoll, *Testamentary Formalities in Poland, Comparative Succession Law Volume I – Testamentary Formalities* (eds. Kenneth G C Reid, Marius J de Waal and Reinhard Zimmermann), Oxford University Press 2011, 280.

<sup>74</sup> Videti detaljnije. M. Toroman, 191.

<sup>75</sup> O. B. Antić, Z. M. Balinovac, 353, 283; B. T. Blagojević, 251; D. Rašković, 346.

<sup>76</sup> S. Marković, 215.

<sup>77</sup> Član 4. stav 1. tačka 43. Zakona o pomorskoj plovidbi; član 4. stav 1. tačka 46. Zakona o plovidbi i lukama na unutrašnjim vodama .

<sup>78</sup> Lj. Mandić, 105.

traju svi pripadnici pomorskih snaga Njenog Veličanstva nezavisno od ranga, ako se u trenutku testiranja nalaze na moru.<sup>79</sup> Engleska sudska praksa je ekstenzivnim tumačenjem pojma pripadnika trgovačke ili ratne mornarice ovaj krug lica proširila i na barmena na brodu, mornara koji je zaposlen na palubi broda iako je ovaj trajno usidren u luci ženu koja je bila zaposlena kao daktilografkinja na brodu koji je plovio na liniji Liverpool – Njujork a koji je potopila jedna nemačka podmornica, ali i na medicinsku sestru koja je po ugovoru radila u brodskim bolnicama.<sup>80</sup>

Prema *Wills (Soldiers and Sailors) Act* iz 1918. godine, zaveštalcu ne mora da bude punoletan (da ima navršenu 21 godinu života) da bi mogao da testira privilegovanim formama zaveštanja (brodsko i vojno), već je dovoljno da je navršio 14 godina ako je reč o dečacima, odnosno 12 godina ako se radi o devojčicama.<sup>81</sup> Značajno je i pitanje ko bi imao javno ovlašćenje da sačini brodsko zaveštanje ako bi sam zapovednik broda želeo da izjavi poslednju volju u ovoj formi? Činjenica da je jedno lice zapovednik broda, ne bi smela da bude diskvalifikatorna da i ono sačini brodski testament ako to želi. Prema članu 1750. Grčkog građanskog zakonika, ako bi na ratnom brodu šef upravne službe želeo da sačini brodsko zaveštanje, on bi usmeno izjavio volju pred zapovednikom broda ili njegovim zamenikom, a sam zapovednik pred šefom upravne službe, ili ako bi to bilo nemoguće, onda pred licem koje bi u tom slučaju bilo njemu direktno potčinjeno prema pravilima službe. Na brodovima trgovačke mornarice, kapetanu broda bi u istoj situaciji testament mogla da sačine njemu neposredno podređena lica.<sup>82</sup> U španskom pravu, ako bi zaveštanje želeo da sačini blagajnik ratnog broda ili kapetan trgovačkog broda, ono bi moralo da bude potvrđeno od strane lica koja su ovlašćena da ih zamene.<sup>83</sup> Na francuskim brodovima će administrativni oficir sačiniti zaveštanje zapovedniku broda ili licu koje obavlja njegove dužnosti, a na onim brodovima gde nema administrativnog oficira, zapovedniku broda će sastaviti testament lica koje mu je neposredno podređeno prema pravilima službe.<sup>84</sup> Na drugim brodovima, testament će kapetanu, glavnom kapetanu ili kapetanu malog broda sačiniti lica koja su im neposredno podređena prema pravilima službe.<sup>85</sup>

---

<sup>79</sup> J. G. Ross Martyn, S. Bridge, M. Oldham, 54.

<sup>80</sup> *In the Estate of Knibbs*, (1962) 2 All E.R. 829; *In the Goods of M' Murdo* (1868), L.R. 1 P. & D. 540; *In the Goods of Hale* (1915) 2 I.R. 362. A.R. Mellows, 78-79; *In the Estate of Stanley* [1916] P.192. C. Parker.

<sup>81</sup> E. A. Wahlen, 707; J. G. Ross Martyn, S. Bridge, M. Oldham, 56.

<sup>82</sup> Étude sur la forme du testament dans le droit comparé, 101.

<sup>83</sup> Član 723. Španskog građanskog zakonika.

<sup>84</sup> Član 989. stav 1. Francuskog građanskog zakonika.

<sup>85</sup> Član 989. stav 2. Francuskog građanskog zakonika.

Zakon o nasljeđivanju Srbije ne predviđa rešenje za slučaj kada zapovednik broda želi da sačini brodsko zaveštanje. Međutim, izgleda da naši pozitivnopravni propisi ipak daju osnov za tumačenje da bi zapovedniku broda bio ovlašćen da sačini brodski testament najstariji oficir palube, jer se u njima izričito navodi da “u slučaju smrti, sprečenosti ili odsutnosti, zapovednika broda zamenjuje, sa svim njegovim ovlašćenjima, najstariji oficir palube”.<sup>86</sup> Uprkos tome, u budućoj kodifikaciji građanskog prava u Srbiji trebalo bi izričito regulisati i ovo pitanje po uzoru na rešenja koja postoje u uporednom pravu.

### *Zapovednik broda*

U srpskom pravu nosilac javnog ovlašćenja za sačinjavanje zaveštanja na brodu je zapovednik broda, dok se u uporednopravnim legislaturama češće koristi pojam kapetana broda, uz navođenje kruga lica koja su ovlašćena da ga tom prilikom zamene. Formulacija srpskog prava je bolja, jer vezivanjem ovlašćenog lica za rang, umesto za konkretan čin ili zaduženje na brodu, čini krug ovlašćenih lica za sačinjavanje brodskog zaveštanja potencijalno širim. Zapovednik broda je lice “koje na brodu nastupa kao vrhovni starješina brodskog kolektiva i u takvom svojstvu faktički zapovijeda brodom, vodi navigaciju i snosi svu odgovornost za uspješno putovanje”.<sup>87</sup> Stoga su naređenjima zapovednika u okviru njegovih funkcija dužni da se povinuju ne samo sve službe i članovi posade, već i sva druga lica koja se nađu na brodu.<sup>88</sup> Ako bi zapovednik umro, bio odsutan ili sprečen da obavlja svoje dužnosti, zamenio bi ga u svim njegovim ovlašćenjima po rangu najstariji oficir palube,<sup>89</sup> a ako bi sprečenost ili odsutnost zapovednika broda bila samo privremena, onda bi ga menjao samo u poslovima koji po svojoj prirodi ne trpe odlaganje.<sup>90</sup> Brodsko zaveštanje testatoru može da sačini zapovednik samo onog broda na kome on obavlja ovu svoju dužnost, ali ne i zapovednik nekog drugog broda, koji bi npr. u svojstvu putnika plovio na brodu na kome jedno lice želi da sačini testament.<sup>91</sup>

Postoji shvatanje da bi javno ovlašćenje za sačinjavanje brodskog zaveštanja trebalo dati i zameniku odn. pomoćniku zapovednika broda, tj. najstarijem oficiru palube, posebno u slučajevima kada je zapovednik broda zauzet obavljanjem

<sup>86</sup> Član 96. stav 5. Zakon o pomorskoj plovitbi i član 142. stav 3. Zakona o plovitbi i lukama na unutrašnjim vodama.

<sup>87</sup> I. Mandić, 439.

<sup>88</sup> Član 96. stav 2. i član 108. Zakona o pomorskoj plovitbi; član 150. Zakona o plovitbi i lukama na unutrašnjim vodama; B. Jakaša, 139-140.

<sup>89</sup> Član 96. stav 5. Zakona o pomorskoj plovitbi; član 142. stav 3. Zakona o plovitbi i lukama na unutrašnjim vodama.

<sup>90</sup> B. Jakaša, 140.

<sup>91</sup> D. Čeranić, 57.

drugih, prevashodno svojih redovnih dužnosti na brodu.<sup>92</sup> Ovo tim pre što je u praksi primećeno da ovu dužnost po pravilu obavlja sekretar broda, a zapovednik broda samo potpisuje zaveštanje.<sup>93</sup> Da ima osnova da ovo rešenje bude prihvaćeno i u srpskom pravu proističe i iz čl. 96. st. 5. Zakona o pomorskoj plovidbi i čl. 142. st. 3. Zakona o plovidbi i lukama na unutrašnjim vodama, u kojima se navodi da “u slučaju smrti, sprečenosti ili odsutnosti, zapovednika broda zamenjuje, sa svim njegovim ovlašćenjima, najstariji oficir palube”. Ipak, ovu mogućnost bi trebalo i izričito predvideti i u Građanskom zakoniku Republike Srbije, ali i proširiti krug slučajeva kada bi najstariji oficir palube bio ovlašćen da sačini testament za to zainteresovanom licu.

Slično rešenje postoji u uporednom pravu. Prema članu 611. Italijanskog građanskog zakonika, testament zaveštaocu osim zapovednika broda može da sačini i njemu neposredno podređeni oficir.<sup>94</sup> U španskom pravu, brodsko zaveštanje na ratnom brodu mora da potvrdi zapovednik broda ili lice koje obavlja njegove dužnosti, dok na trgovačkim brodovima zaveštanje mora da bude overeño od strane kapetana broda ili lica koje vrši njegove dužnosti.<sup>95</sup> Prema članu 1749. Grčkog građanskog zakonika, zaveštalc na grčkom brodu za vreme plovidbe morem može da sačini brodsko zaveštanje tako što će usmeno izjaviti volju pred šefom upravne službe ili, ako to nije moguće, pred zapovednikom broda ili njegovim zamenikom (ako je reč o ratnom brodu), odnosno, pred kapetanom ili njegovim zamenikom (ako nije reč o ratnom brodu).<sup>96</sup> U francuskom pravu, ako brod plovi morem, ili se zaustavio u stranoj luci u kojoj nije moguće uspostaviti komunikaciju sa diplomatskim ili konzularnim predstavnikom Francuske, na državnim brodovima testament će sačiniti administrativni oficir ili u njegovom odsustvu zapovednik broda ili lice koje obavlja njegove dužnosti. Na ostalim brodovima ovlašćena lica su kapetan, glavni kapetan ili kapetan malog broda uz pomoć glavnog oficira, ili u njihovom odsustvu, onaj ko obavlja njihove dužnosti.<sup>97</sup> Prema članu 4:101 Holandskog građanskog zakonika, licima koja putuju pomorskim brodom zaveštanje može da sačini kapetan broda ili prvi oficir, a ako je neko od ovih lica odsutno, onda lice koje je njihov zamenik.<sup>98</sup> Poljsko pravo javno ovlašćenje za sastavljanje brodske testamenta daje kapetanu broda i njegovom zameniku. I ne samo to, ono predviđa da će u slučaju njihove nemogućnosti da učestvuju u sačinjavanju ove forme, zaveštalc moći usmeno da izjavi svoju po-

---

<sup>92</sup> B. T. Blagojević, 252; I. Mandić, 439; I. Grabovac, 33.

<sup>93</sup> S. Marković, 215.

<sup>94</sup> Étude sur la forme du testament dans le droit comparé, 164.

<sup>95</sup> Član 722. stav 1. i stav 2. Španskog građanskog zakonika.

<sup>96</sup> Étude sur la forme du testament dans le droit comparé, 138-139.

<sup>97</sup> Član 988. Francuskog građanskog zakonika.

<sup>98</sup> I. Sumner, H. Warendorf, 45.

slednju volju koja bi proizvela pravno dejstvo čak i ako ne bi bili ispunjeni uslovi za punovažnost usmenog zaveštanja, odnosno da će brodsko zaveštanje biti konvertovano u punovažno usmeno zaveštanje ako bi kapetan broda ili njegov zamenik napravili grešku u postupku sastavljanja brodskog testamenta.<sup>99</sup>

Po restriktivnijem shvatanju, prvi ili najstariji oficir palube koji je preuzeo faktičko zapovedanje brodom jer usled objektivnih razloga zapovednik broda više nije u mogućnosti da obavlja svoju dužnost, mogao bi zaveštaocu da sačini zaveštanje, ali samo od trenutka kada je u brodski dnevnik unešena zabeleška da je on preuzeo zapovedanje brodom.<sup>100</sup> Čini se da je ovakva argumentacija neprikladna savremenim uslovima. I inače je interesantno pitanje kako bi zapovednik broda udovoljio svojoj dužnosti na ogromnim krstaricama, tzv. "kruzerima", koji predstavljaju čitave ploveće gradove, neretko sa par hiljada putnika. Da li je realno očekivati da samo jedno lice, kome to inače nije redovno zaduženje, odgovori ovom zadatku? Pitanje se usložnjava ako zamislimo situaciju u kojoj bi u kratkom vremenskom intervalu značajan broj putnika na "kruzeru" želeo da sačini brodsko zaveštanje, a u odnosu prema pitanju sigurnosti plovidbe i ispunjavanju redovnih dužnosti zapovednika broda.

Interesantna je i jedna pravna analogija. Prema članu 109. stav 1. Zakona o nasleđivanju, za vreme mobilizacije ili rata, licu koje je na vojnoj dužnosti zaveštanje može da sačini komandir čete i drugi starešina njegovog ili višeg ranga, ili neko drugi u prisustvu nekog od tih starešina, kao i svaki starešina odvojenog odreda. Postavlja se pitanje zašto zakonodavac normirajući vojno zaveštanje, kao vanrednu formu identičnu brodskom testamentu, propisuje znatno širi krug lica koja imaju ovlašćenje da učestvuju u njegovom sačinjavanju, odnosno zašto slično pravilo ne bi bilo izričito propisano i u pogledu brodskog zaveštanja? Ne vidimo snažan argument koji *a priori* podrazumeva da zapovednici broda bolje poznaju nasledno pravo u odnosu na vojne starešine.

#### POSTUPAK NAKON SAČINJAVANJA BRODSKOG ZAVEŠTANJA

U uporednom pravu je detaljno regulisan postupak koji sledi nakon sačinjavanja brodskog zaveštanja, odnosno u slučaju da zaveštalac umre na brodu. Procedura zavisi od toga da li je zaveštanje sačinjeno na ratnom brodu ili brodu trgovačke mornarice, da li brod najpre uplovljava u domaću ili u stranu luku, ali i od toga kakve su lične osobine zaveštaoca koji je izjavio poslednju volju na brodu. Celishodna rešenja prevdiđa italijansko pravo kada propisuje obavezu zapovednika broda da brodski testament uvek sastavi u dva primerka, dužnost da ga do dolaska u luku čuva među brodskim spisima, a da njegovu sadržinu zabeleži u

<sup>99</sup> F. Zoll, 280.

<sup>100</sup> I. Mandić, 439.



brodskom dnevniku ili dnevniku plovidbe i na spisku putnika.<sup>101</sup> Po Francuskom građanskom zakoniku, brodsko zaveštanje će biti sačinjeno u dva originalna primerka, a ako to nije moguće zbog zdravstvenog stanja zaveštaoca, to će biti konstatovano a umesto drugog primerka originala biće sačinjena službena kopija zaveštanja, koja će biti potpisana od strane ovlašćenih lica i svedoka pred kojima je zaveštanje sačinjeno.<sup>102</sup> Slično rešenje predviđa i belgijsko pravo.

Ako brod prvo treba da uplovi u stranu luku gde postoji diplomatsko ili konzularno predstavništvo države čiju pripadnost brod ima, zapovednik treba da dostavi diplomatskom ili konzularnom predstavniku kopiju testamenta ili jedan od dva originalna primerka isprave na kojoj je sačinjeno zaveštanje a koja po pravilu mora da bude zapečaćena, kao i sačinjenu belešku u brodskom dnevniku, a eventualno i spisak posade.<sup>103</sup> Lice koje predaje zaveštanje će obavestiti notara ili konzula i o eventualnoj smrti zaveštaoca na brodu, kao i svim informacijama kojima raspolaze, a naročito o prebivalištu ili poslednjem boravištu zaveštaoca.<sup>104</sup> Diplomatski ili konzularni predstavnik će sastaviti zapisnik u kojem će konstatovati da mu je predato brodsko zaveštanje, a koji će potpisati kako on tako i lice koje mu je zaveštanje predalo, i zajedno ga sa svom dokumentacijom poslati ministru saobraćaja, ministru mornarice ili ministarstvu pravde, zavisno od pojedinačnog prava. Ministarstvo će sačuvati jedan originalni primerak u svojoj arhivi,<sup>105</sup> a drugi će poslati notar u koga je označio zaveštalac, a ako je on propustio da to učini, onda notar u mestu zaveštaočevog boravišta ili njegovog poslednjeg stalnog prebivališta.<sup>106</sup> Slična procedura je predviđena ako brod uplovi u domaću luku, s tom razlikom što se preostali originalni primerak (a u nekim pravima i kopija dela brodskog dnevnika sa sadržinom zaveštanja) dostavljaju u zatvorenom i zapečaćenom kovertu nadležnim lučkim organima.<sup>107</sup> Na listi posade

---

<sup>101</sup> Član 612. Italijanskog građanskog zakonika; A. Braun, 135-136. I u grčkom pravu postoji obaveza zapovednika broda da o sastavljanju zaveštanja unese belešku u brodski dnevnik (član 1756. Grčkog građanskog zakonika), dok je članom 1890. Brazilskog građanskog zakonika i članom 724. Španskog građanskog zakonika normirano da se zaveštanje sačinjeno na brodu čuva u sefu kapetana broda. J. P. Schmidt, 112.

<sup>102</sup> Član 990. Francuskog građanskog zakonika.

<sup>103</sup> Član 725. stav 1. Španskog građanskog zakonika; član 991. Francuskog građanskog zakonika; član 991. Belgijskog građanskog zakonika; član 613. Italijanskog građanskog zakonika; član 1761. Grčkog građanskog zakonika; član 1890. Brazilskog građanskog zakonika. Étude sur la forme du testament dans le droit comparé, 142, 164-165; A. Braun, 136; J. P. Schmidt, 112.

<sup>104</sup> Član 1761. Grčkog građanskog zakonika.

<sup>105</sup> Član 725. stav 3. Španskog građanskog zakonika; Član 1761. Grčkog građanskog zakonika.

<sup>106</sup> Član 614. Italijanskog građanskog zakonika; A. Braun, 134. U francuskom pravu zaveštanje će biti poslato predsedniku notarske komore u opštini poslednjeg ostaviočevog prebivališta. Član 991. Francuskog građanskog zakonika.

<sup>107</sup> Član 992. Francuskog građanskog zakonika; Član 992. Belgijskog građanskog zakonika; Član 613. Italijanskog građanskog zakonika. Étude sur la forme du testament dans le droit comparé,

i putnika, u ime zaveštaoca biće stavljena napomena da je zaveštanje dostavljeno nadležnim organima.<sup>108</sup> Nešto drugačiji postupak je predviđen u holandskom i ruskom pravu, obzirom da je zapovednik broda dužan da što je moguće pre direktno, bez posredovanja ministarstva, pošalje testament u zatvorenom omotu Centralnom registru testamenata u Hagu,<sup>109</sup> odnosno u mesto prebivališta zaveštaoca preko pravosudnih organa, ili direktno nadležnom notaru ako je kapetanu broda poznato poslednje zaveštaočevo prebivalište.<sup>110</sup>

Zakon o nasleđivanju Srbije ne predviđa kakav će biti postupak sa brodskim zaveštanjem nakon što bude sačinjeno, iako ono može biti dato na čuvanje i zapovedniku broda.<sup>111</sup> To se međutim, ne podrazumeva iz same zaveštaočeve namere da mu zapovednik broda sastavi testament, već testator to treba izričito da zatraži.<sup>112</sup> U srpskom pozitivnom pravu, ovim pitanjem se bave zakoni kojima je regulisana unutrašnja i pomorska plovidba. "Zapovednik broda mora upisati činjenicu rođenja ili smrti lica nastalu na brodu u odgovarajuću brodsku knjigu, navodeći vreme kad je poslednju izjavu volje primio. Zapovednik broda dužan je da o činjenici rođenja i smrti i o primanju izjave poslednje volje sačini odgovarajuću brodsku ispravu i dostavi je najbližem diplomatskom, odnosno konzularnom predstavništvu Republike Srbije."<sup>113</sup> Identična pravila postoje i ako izjavu poslednje volje primi zapovednik broda unutrašnje plovidbe, s tim što on ima dužnost da zapisnik o njenom sačinjavanju dostavi najbližoj lučkoj kapetaniji u koju uplovi.<sup>114</sup> U slučaju ako bi zaveštalcu umro pre završetka putovanja brodom a testament ostao na čuvanju kod zapovednika, on će biti dužan ne samo da zaveštanje (odnosno zapisnik o sačinjenom zaveštanju) preda srpskom konzularnom predstavništvu u prvoj luci pristajanja u inostranstvu u kojoj takvo predstavništvo postoji, ili lučkoj kapetaniji prve luke pristajanja u Srbiji, već i da o svim ovim preduzetim radnjama sačini zabelešku u brodskom dnevniku.<sup>115</sup> Iako brodski dnevnik ima karakter privatne isprave,<sup>116</sup> sadržaj zapovednikovog upisa bi mogao u

---

preparée par l' Institut de droit comparé de Belgrade, Belgrade 1961, 102, 164-165; A. Braun, 136. Ako je zaveštanje sačinio stranac na španskom brodu, ministar mornarice će dostaviti zaveštanje ministru inostranih poslova, koji će ga proslediti dalje diplomatskim putem. Član 728. Španskog građanskog zakonika.

<sup>108</sup> Član 993. Francuskog građanskog zakonika.

<sup>109</sup> Član 4:106 stav 1 Holandskog građanskog zakonika; I. Sumner, H. Warendorf, 46.

<sup>110</sup> Član 1127. stav 3 Građanskog zakonika Ruske federacije.

<sup>111</sup> M. Kreč, Đ. Pavić, 220; I. Babić, 133.

<sup>112</sup> I. Mandić, 439.

<sup>113</sup> Član 104. stav 4. i stav 5. Zakona o pomorskoj plovidbi.

<sup>114</sup> Član 149. Zakona o plovidbi i lukama na unutrašnjim vodama.

<sup>115</sup> I. Mandić, 438; M. Kreč, Đ. Pavić, 220; Z. Petrović, 57; B. Jakaša, 141.

<sup>116</sup> M. Trajković, 30-31.

eventualnom sporu da olakša činjenicu postojanja brodskog zaveštanja i da bude od koristi prilikom utvrđivanja njegove sadržine. Ipak, trebalo bi i ove odredbe uneti u buduću kodifikaciju građanskog prava u Srbiji, dopuniti ih po uzoru na uporednopravna rešenja i tako objediniti sa normama koje regulišu brodsko zaveštanje.

#### VREMENSKO VAŽENJE BRODSKOG ZAVEŠTANJA

Punovažnost brodskog zaveštanja kao vanredne forme testamenta je u gotovo svim pravima vremenski ograničena. Najduže važi na Novom Zelandu, 12 meseci nakon što je sačinjeno ako je sačinjeno u usmenom obliku,<sup>117</sup> po 6 meseci od iskrcavanja na mesto na kome bi zaveštalac mogao da sačini neku od redovnih formi testamenta važi u francuskom pravu,<sup>118</sup> odnosno u holandskom pravu 6 meseci od prestanka situacije koja je predstavljala osnov da on sačini ovu formu zaveštanja.<sup>119</sup> U španskom pravu rok iznosi četiri meseca od trenutka kada se zaveštalac iskrcao na mesto na kome je mogao da sačini redovnu formu zaveštanja,<sup>120</sup> a najveći broj prava ovaj period ograničava na tri meseca. U belgijskom, grčkom i italijanskom pravu ovaj rok teče počevši od mogućnosti da zaveštalac sačini testament u redovnoj formi,<sup>121</sup> u nemačkom pravu ako su prošla tri meseca od njegovog sačinjavanja a zaveštalac je i dalje u životu (par. 2252 al. 1 Nemačkog građanskog zakonika), a u brazilskom pravu 90 dana od povratka zaveštaoca na kopno.<sup>122</sup> Izuzetak je englesko pravo u kome sačinjeni brodski testament važi vremenski neograničeno, pa čak i kada zaveštalac više nije u mogućnosti da koristi ovu formu jer su prestale okolnosti koje su mu to omogućavale.<sup>123</sup> Francusko i grčko pravo predviđaju obavezu ovlašćenog lica da odredbe zakonika koje govore o vremenskoj ograničenosti brodskog zaveštanja pročita zaveštaocu u prisustvu dva svedoka i da to konstatuje u zaveštanju.<sup>124</sup> Iako to nije njego-

---

<sup>117</sup> Alberta law reform institute, 61.

<sup>118</sup> Član 994. Francuskog građanskog zakonika.

<sup>119</sup> Član 4:107 Holandskog građanskog zakonika, I. Sumner, H. Warendorf, 47.

<sup>120</sup> Član 730. Španskog građanskog zakonika.

<sup>121</sup> Étude sur la forme du testament dans le droit comparé, 102-103, 166; Čl. 1758. st. 1 Grčkog građanskog zakonika; Čl. 615. Italijanskog građanskog zakonika. Basic concepts of Greek civil law, 485; A. Braun, 134.

<sup>122</sup> Član 1891. Brazilskog građanskog zakonika. J. P. Schmidt, 112.

<sup>123</sup> V. *Re Coleman* (1920) 2 I.R. 332; *Re Booth* (1926) P. 118; *In the Estate of Snow* (1963) 107 S.J. 216, navedeno prema J. G. Ross Martyn, S. Bridge, M. Oldham, 54, fn. 34; P. Critchley, 50. U sudskoj praksi je zabeležen slučaj da je privilegovano zaveštanje proglašeno 1926. godine, nakon četrdeset i pet godina od trenutka od kada je sačinjeno (*Re Booth* [1926] P. 118), J. Lee Tsen Ta, 183; A. G. Lang, 176.

<sup>124</sup> Član 996. Francuskog građanskog zakonika.

va zakonska dužnost, u nauci postoji stav da je i u našem pravu zapovednik broda obavezan da upozori zaveštaoca na vremensko ograničenje važnosti testamenta sastavljenog na brodu i da ga posavetuje da posle isteka tog perioda sačini novo zaveštanje.<sup>125</sup>

U srpskom pravu brodsko zaveštanje važi 30 dana od dana povratka zaveštaoca u Srbiju, odnosno iskrcavanja na srpsko kopno.<sup>126</sup> Pogrešno bi bilo računati ovaj rok od ulaska u srpske teritorijalne vode, jer testator ovu formu može da koristi i u srpskim teritorijalnim vodama, a “ako zaveštalac nadživi istek ovog roka, uzima se kao da brodski testament nikada nije ni bio sastavljen”.<sup>127</sup> O isteku roka sud vodi računa *ex officio*, što znači da će raspraviti zaostavštinu prema brodskom zaveštanju samo ako je lice koje ga je sačinilo umrlo na brodu ili u roku od 30 dana od iskrcavanja u srpskom pristaništu. Ako o tome postoji sporno činjenično pitanje, sud će uputiti stranku čije je pravo manje verovatno na parnični postupak.<sup>128</sup>

U pogledu računanja roka od 30 dana koji počinje da teče od dana povratka zaveštaoca na srpsko kopno, ističe se da nije važno kojim se prevoznim sredstvom zaveštalac vratio u Srbiju, odnosno da to ne mora neizostavno da bude brodom, već da to može biti i automobilom, avionom, vozom, pa čak i pešice.<sup>129</sup> Nama se ovakva argumentacija ne čini odgovarajućom. Smisao broskog zaveštanja je da se jednom licu omogući da sačini testament u javnoj formi onda kada ne može da sačini sudsko ili konzularno zaveštanje. Međutim, kada se zaveštalac više ne nalazi na vodi, kada više ne plovi, on može da ode do suda ili diplomatsko-konzularnog predstavništva i da sačini redovnu javnu formu testamenta u mestu u kome se nalazi. U prilog našem shvatanju govore i rešenja iz uporednog prava, jer u mnogim zakonodavstvima se vremensko važenje testamenta sačinjenog na brodu upravo računa od ponovne mogućnosti da se sačini zaveštanje u nekoj od redovnih formi. To je slučaj u belgijskom, grčkom, francuskom, španskom i italijanskom pravu.<sup>130</sup> Prednacrtom građanskog zakonika Republike Srbije je predviđeno slično rešenje, pa bi se tridesetodnevna važnost broskog testamenta računala i “od iskrcavanja na kopno države u kojoj postoji diplomatsko-konzularno predstavništvo Republike Srbije.”<sup>131</sup> Ipak, čini se da bi rešenje iz Prednacrtu bilo bolje ako bi se rok računao ne od iskrcavanja na kopno države u kojoj postoji naše

<sup>125</sup> I. Mandić, 439.

<sup>126</sup> Član 108. stav 2. Zakona o nasleđivanju Srbije.

<sup>127</sup> D. B. Đurđević, 142.

<sup>128</sup> M. Kreč, Đ. Pavić, 221.

<sup>129</sup> S. Marković, 216; I. Babić, 132.

<sup>130</sup> Član 1758. stav 1 Grčkog građanskog zakonika; Član 994. Francuskog građanskog zakonika; Član 730. Španskog građanskog zakonika; Član 615. Italijanskog građanskog zakonika.

<sup>131</sup> Član 109. stav 2. IV knjige Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije, 66-67.

diplomatsko-konzularno predstavništvo, već od iskrcavanja u stranu luku u kojoj takvo predstavništvo postoji. Predlog normiran u Prednacrtu podrazumevao bi nesrazmerne troškove ako bi luka u kojoj se zaveštalac iskrcao bila udaljena od mesta u kome se nalazi naše diplomatsko-konzularno predstavništvo, jer bi zaveštalac nakon trideset dana eventualno morao da prevali veliki put ne bi li “produžio” važnost svog zaveštanja. Ako bi se prihvatilo da brodsko zaveštanje u srpskom pravu važi 30 dana od povratka na naše kopno, nezavisno od toga kojim prevoznim sredstvom se zaveštalac vraća, mogla bi da se postave i sledeća pitanja: šta npr. ako bi se zaveštalac vratio u Srbiju posle 10 godina nakon sačinjavanja broskog zaveštanja ili šta ako se do svoje smrti nikada ne bi vratio iz strane luke u kojoj se iskrcao? Da li bi to onda značilo da bi se njegova zaostavština raspravila prema pravilima broskog testamenta, odnosno, da bi on odsustvom želje da se vrati u Republiku Srbiju “konvertovao” brodsko zaveštanje kao vanredno zaveštanje ograničenog trajanja u redovno i neograničenog trajanja? Takav pravni rezon suštinski bi doveo do pretvaranja broskog testamenta u testament sačinjen u inostranstvu, te bi se relevantnom smatrala činjenica povratka na teritoriju Republike Srbije, a ne dolaska na kopno gde je moguće testiranje prema pravilima Zakona o nasleđivanju Srbije, odnosno sačinjavanja redovnog zaveštanja, što nije *ratio legis* broskog testamenta.

U svim analiziranim pravima (osim u engleskom) zaveštanje sačinjeno na brodu ima vremenski ograničenu važnost. Razlozi za to se nalaze u pravnoj prirodi broskog testamenta. Mandić navodi da je cilj da se zaveštaocu koji želi ili mora da se koristi javnom formom zaveštanja omogućiti da to učini i na brodu, kada mu po prirodi stvari sud nije dostupan. Međutim, po njegovom mišljenju, povratkom na kopno, ta mogućnost “oživljava”, nestaje svrha koju je zakonodavac imao u vidu propisujući brodsko zaveštanje, a rok od 30 dana ostaje dovoljan da zaveštalac sačini redovnu formu javnog testamenta.<sup>132</sup> Ipak, argumentacija koju Mandić odmah potom razvija, ne ide u prilog onome što je prethodno rekao. “Ovim ograničenjem važnosti oporuke sastavljene od zapovjednika broda zakonodavac istodobno pruža veću garanciju oporučitelju za izvršenje njegove posljednje volje. Zapovjedniku broda, zbog njegove nedovoljne prakse u sudsko-građansko-pravnim poslovima, mogu se potkrasti eventualne griješke tokom sastavljanja oporuke, koje mogu biti od presudne važnosti prilikom izvršenja oporuke u slučaju oporučiteljeve smrti, a koje se mogu ukloniti, ukoliko postoje, sastavljanjem nove oporuke pred sudskim organom, koji ih po svojoj nadležnosti redovito i sastavlja.”<sup>133</sup> Nepoverenje u mogućnost zapovednika broda, kao organa kome je zakonom dato javno ovlašćenje za sačinjavanje zaveštanja da ovaj posao valjano obavi, ne može se korigovati kroz naknadni postupak u kome bi učestvovala sud. Ovakvo razmišljanje i praksa vode potpunoj pravnoj nesigurnosti i ako

---

<sup>132</sup> I. Mandić, 439.

<sup>133</sup> I. Mandić, 438.

bi se pokazali kao tačni, morali bi da imaju za posledicu ili izmenu elemenata forme ili ukidanje brodskog zaveštanja, a ne ograničenje njegovog trajanja, jer šta bi se desilo ako bi zaveštalac umro pre isteka ovoga roka?

Kao opravdanje vremenske ograničenosti brodskog zaveštanja navodi se i to "što sastavljanje testamenta na brodu, makar da je ono učinjeno pred zapovednikom broda, može biti vršeno u takvim okolnostima, a posebno u takvoj psihološkoj situaciji ostavioca, da se može postaviti pitanje da li bi on i u drugim prilikama i na drugom mestu sastavio testament upravo sa takvom sadržinom."<sup>134</sup> Slično razmišlja i Grabovac kada kaže da je "ograničenje doneseno u interesu samog oporučitelja, jer posebne okolnosti i izvanredno psihičko stanje uvjetovano eventualnim dužim izbivanjem, opasnostima kojima more obiluje, strahom, uzbudljivim događajima, kada ljudski život često visi o niti – sva ta nesvakidašnja atmosfera puna neizvjesnosti moguće je nagnala i utjecala na oporučitelja da načini testamenat, koji bi možda u drugim, normalnim okolnostima i na drugom mjestu imao i drugi sadržaj".<sup>135</sup> Čeranić je takođe mišljenja da "samo zavještanje nastaje u specifičnim prilikama, koje su često praćene strahom od iznenadne smrti usljed potonuća broda, pa i samo rasuđivanje zavještaoca je dosta specifično. Naravno, pitanje sposobnosti za rasuđivanje je nešto drugo, o čemu se posebno vodi računa u smislu postojanja zavještajne sposobnosti".<sup>136</sup> Mi nismo saglasni sa iznesenom argumentacijom, jer se vanrednost situacije u smislu postojanja proverljive i usled spoljnih okolnosti objektivne sumnje u srećan ishod putovanja nigde u zakonu ne navodi kao uslov za korišćenje formom brodskog testamenta. Brodsko zaveštanje bi bilo punovažno i ako bi zaveštalac u idealnim ličnim i spoljašnjim uslovima izrazio želju da ga sačini. Sva "vanrednost" se sastoji u činjenici da obzirom da se nalazi na vodi on ne može da sačini sudsko ili konzularno zaveštanje. Naprotiv, postojanje sumnji u sposobnost za rasuđivanje i razboritost zavještaoca bi (kao što Čeranić ispravno konstatuje) moglo da dovede do rušljivosti zaveštanja. Stoga je još manje opravdana i istom zaključku o relativnoj ništavosti testamenta vodi argumentacija da "je opravdano da vojni testament i ostali oblici vanrednog testamenta traju određeno vreme, budući da okolnosti utiču na volju tako da ona nije u potpunosti slobodna".<sup>137</sup> Iako je Babić ovde imao u vidu "jaka osećanja" pod kojima se zaveštava u ratu ili na brodu, ona se mogu podvesti samo pod motiv, a nikako pod pravnu prirodu volje koju izražava zaveštalac, a jedna od osnovnih osobina testamenta jeste da u skladu sa izmenjenim motivima, "do poslednjeg daha", može da se sačini ili opozove. Jedina prepreka tome je forma testamenta koja zbog vremena koje je potrebno za njeno preduzimanje, motivima daje "legitimitet", sprečavajući da ono što je rešeno bez obziljnog promišljanja postane

<sup>134</sup> B. T. Blagojević, 252.

<sup>135</sup> I. Grabovac, 34.

<sup>136</sup> D. Čeranić, 59.

<sup>137</sup> I. Babić, 116.

i sadržina zaveštanja. Ali, kako je u srpskom pravu forma broskog testamenta u osnovi identična formi redovnog, sudskog zaveštanja čini se da opravdanje za njeno vremensko ograničenje ne postoji.

## ZAKLJUČAK

Brodsko zaveštanje je forma vanrednog i javnog testamenta, koji zaveštaocu na srpskom brodu sastavlja zapovednik broda. Ona se u uporednom pravu uglavnom sačinjava po pojednostavljenom postupku za sastavljanje notarskog zaveštanja, dok se u srpskom pravu na njegovo sačinjavanje shodno primenjuju pravila koja važe za sudski testament, uz jedinu razliku koja se tiče lica (sudija, odnosno zapovednik broda) kome je dato javno ovlašćenje da učestvuje u postupku njegovog sastavljanja. U našem pravu brodski testament predstavlja "redovnu formu zaveštanja na brodu", za čije preduzimanje se ne zahteva postojanje nikakvih objektivnih ni subjektivnih vanrednih okolnosti na strani zaveštaoca. Jedini preduslov je da se brod ne nalazi u pristaništu ili luci ili da testator ne može na drugi način u tom trenutku da ode do suda ili diplomatsko-konzularnog predstavništva da sačini zaveštanje u redovnoj formi. Imajući u vidu i to da i pravna doktrina i sam zakonodavac pokazuju sumnju u mogućnost da zapovednik broda adekvatno odgovori svim složenim zahtevima forme broskog zaveštanja, a da je sa druge strane ovo lice u srpskom pravu ovlašćeno da sačini međunarodno zaveštanje čija je vremenska važnost neograničena, nema osnova da u budućoj građanskoj kodifikaciji Republike Srbije brodski testament ostane normiran na način na koji je to slučaj u našem pozitivnom pravu.

Prva mogućnost je da u skladu sa savremenim tendencijama u uporednom pravu, obzirom na neznatnu primenu u našoj praksi i garancijama koje za realizaciju slobode zaveštanja u svim okolnostima nudi usmeni testament, brodsko zaveštanje nadalje ne bude jedna od mogućih formi zaveštanja u srpskom pravu.

Druga mogućnost je da forma broskog testamenta bude pojednostavljena, te da ono načini tranziciju iz "nepravog" u "pravo" vanredno zaveštanje. U tom slučaju bi trebalo precizirati da ono važi 30 dana od povratka zaveštaoca brodom u našu luku ili pristanište, odnosno u luku ili pristanište u inostranstvu u kojoj postoji srpsko diplomatsko-konzularno predstavništvo.

Treća mogućnost je da se zadrže postojeći formalni zahtevi za ovaj oblik testamenta, ali da on važi vremenski neograničeno.

Ako se Komisija za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije opredeli za drugu ili treću mogućnost, brodski testament bi trebalo detaljnije regulisati nego što je to slučaj u Zakonu o nasleđivanju Srbije, odnosno objediniti na jednom mestu i izričito predvideti i one norme koje se supsidijerno i po analogiji primenjuju na sačinjavanje broskog zaveštanja, a koje su u srpskom pozitivnom pravu regulisane Zakonom o pomorskoj plovidbi, Zakonom o plovidbi i lukama na unutrašnjim vodama i Zakonom o državnoj pripadnosti i upisu plovila.

To znači da bi trebalo proširiti ovlašćenja zamenika zapovednika broda, odnosno najstarijeg oficira palube i dati mu mogućnost kako da sačini brodsko zaveštanje samom zapovedniku broda, tako i drugim licima koja bi za to izrazila želju. Drugo, propisivanje postupka koji bi usledio nakon sačinjavanja ove zaveštajne forme, tj. načina čuvanja testamenta od strane zapovednika broda, njegove obaveze prosljeđivanja brodskog zaveštanja sudu, ovlašćenom notaru ili srpskom diplomatsko-konzularnom predstavništvu i daljim obavezama ovih organa, popunilo bi postojeće pravne praznine i doprinelo pravnoj sigurnosti. Time bi brodsko zaveštanje doživelo svoju reafirmaciju u praksi, posebno u vremenu u kome će se razvijati i vođeni saobraćaj, a imajući na umu i trgovački i turistički i sportsko-rekreativni potencijal i značaj putovanja brodom.

MILOŠ STANKOVIĆ, Ms  
Assistant, Faculty of Law, University of Belgrade

#### A WILL ABOARD A SHIP IN SERBIAN LAW AND IN COMPARATIVE LAW

##### Summary

A will aboard a ship is a form of privileged and public testament, which is, to the testator on the Serbian ship, made by the commander of the ship. In comparative law, it is generally made through simplified procedure for the preparation of notary will, while in the Serbian law, for its making, the rules that are used in court testament are applied, the only difference being the person (judge or the commander of the ship) that is given public authorization to participate in the process of its making. In the Serbian law, a will aboard a ship represents “regular form of will on board,” for whose undertaking the existence of any objective or subjective extraordinary circumstances of the testator is not required. The only prerequisite is that the ship is not in harbour or port, or that the testator at the time by no means can go to court or diplomatic or consular mission to make a bequest in a regular form. Given these facts, as well as the fact that legal doctrine and the legislator itself show doubts about the possibility that the commander of the ship adequately responds to all the complex requirements that are needed for making a will aboard a ship, and that, on the other hand, this person in Serbian law is authorized to make an international will whose importance is of unlimited duration, there is no basis for the future civil codification of the Republic of Serbia for a will aboard a ship to remain standardized in the way it was done in Serbian positive law.

The first possibility is in line with contemporary trends in comparative law, through very slight usage in our practice and guarantees which for the realization of freedom of testation in all circumstances offers oral will, a will aboard a ship not be one of the possible forms of last will and testament in Serbian law anymore. Another possibility is that the form of a will aboard a ship be simplified, and that it makes the transition from the “unreal” to the “real” privileged will. It should be specified that it is valid for 30 days from the return of the testator on the ship in the Serbian harbour or port, i.e. the harbour or port abroad where there is our diplomatic and consular office.

The third option is to retain the existing formal requirements for this form of the last will, but to make it valid indefinitely, i.e. with no time limit. If the Commission for the making of the Civil Code of the Republic of Serbia opts for the second or third option, we think that the will



aboard a ship should certainly be regulated in more detail than it is currently the case in the Inheritance Act of Serbia, which means bringing together in one place and explicitly predicting those norms which are by subsidiarity and by analogy applied to the making of the will aboard a ship, and which are in Serbian positive law regulated by the Maritime Transport Act, Inland Waters Transport and Port Act, as well as the Act on State Identification and Registration of Vessels. This primarily means that we should expand the powers of a deputy commander of the ship, i.e. the oldest ship officer in rank and give him the opportunity to make a testament of the ship's captain, as well as others who would have the same wish.

Secondly, we believe that explicit prescription of the procedure that would follow the making of testamentary form, i.e. ways of keeping of the testament by the commander of the ship, his obligation of forwarding ship testament to the court, authorized notary or Serbian diplomatic and consular missions and further duties of these bodies, would fill the existing legal gaps and contribute to legal safety.



TAMARA ĐURĐIĆ-MILOŠEVIĆ

## RAZGRANIČENJE UGOVORA O NASLEĐIVANJU OD DRUGIH PRAVNIH POSLOVA

### U V O D

Sloboda zaveštajnog raspolaganja, kao i ugovorna sloboda predstavljaju izraz autonomije volje kao osnovnog principa građanskog prava. Iako ustanovljena kao princip, sloboda imovinskopravnog raspolaganja nije bezgranična. Ona je omeđena kako opštim ograničenjima u funkciji zaštite opšteg interesa, tako i konkretnim, individualnim ograničenjima koja svojevolljno nameće sebi pojedinac kao jedinka u društvu, stupajući u različite pravne odnose sa trećim licima. Sloboda zaveštajnog raspolaganja podrazumeva slobodu zaveštaoca da po svojoj slobodnoj volji vrši imovinskopravna raspolaganja za slučaj smrti, i to u formi zaveštanja. Nastala je gotovo istovremeno sa nastankom ugovorne slobode kao vidom raspolaganja imovinom za života, pa se zbog toga njen nastanak, geneza i obeležja posmatraju u komparaciji sa ugovornom slobodom.

Zaveštajna sloboda, međutim, predstavlja, samo jedan od mogućih vidova imovinskopravnog raspolaganja za slučaj smrti. U praksi se mogu sresti poklon za slučaj smrti, ugovor o nasleđivanju (u pravnim sistemima u kojima je dopušten), ugovor o budućem nasleđstvu. Ugovor o sadržini zaveštanja kao vid raspolaganja *mortis causa* predstavlja relikv prošlosti zbog direktnog suprostavljanja principu autonomije volje kao temeljnom principu zaveštajnog raspolaganja, i kao takav je odbačen od strane savremenog nasleđnopravnog poretka. Osnovna karakteristi-

---

Tamara Đurđić-Milošević, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

ka svih ovih pravnih poslova jeste upravo njihovo dejstvo koje se vezuje za činjenicu smrti.

Predmet ovog rada je ugovor o nasleđivanju kao jedan od instrumenata raspolaganja imovinom za slučaj smrti, koji je u središtu polemika savremene pravne doktrine zbog specifičnih obeležja koje inkorporira, od kojih su neka svojstvena pravnom poslu zaveštanja, a neka ugovoru kao kao osnovnom instrumentu raspolaganja *inter vivos*. Ugovor o nasleđivanju će biti posmatran komparativno u odnosu na zavešanje kako bi se uočili prednosti i nedostaci ugovora o nasleđivanju kao alternative u raspolaganju za slučaj smrti koja još uvek nije dopuštena pozitivnom pravu, potom će biti posmatran u odnosu na ostale obligacione ugovore koji su od značaja za naše nasledno pravo (pre svega ugovor o doživotnom izdržavanju i ugovor o ustupanju i raspodeli imovine za života), kao i u odnosu na poklon za slučaj smrti, kao preteče pravnih poslova raspolaganja imovinom za slučaj smrti. Cilj rada je da se kroz ovu komparativnu analizu ugovora o nasleđivanju i ostalih pravnih poslova raspolaganja imovinom definiše njegova pravna priroda, i ukaže na prednosti i nedostke koji pravdaju ili opovrgavaju potrebu njegovog uvođenja u naše nasledno pravo.

#### UGOVOR O NASLEĐIVANJU I ZAVEŠTANJE

Zajednička svojstva ugovora o nasleđivanju i zaveštanja se ogledaju pre svega u dejstvu *mortis causa*, jer se njihovo dejstvo vezuje za činjenicu smrti.<sup>1</sup> U oba slučaja naslednik ima položaj univerzalnog sukcesora i u momentu smrti stupa u pravni položaj svog prethodnik (ostavioca). Za sticanje nasledničkog svojstva i ugovorni i zaveštajni naslednik moraju ispunjavati određene uslove: da dožive momenat delacije, da su sposobni i dostojni za nasleđivanje, da se nisu odrekli nasledstva.

Sličnost se ogleda i u ličnom karakteru oba pravna posla. Zaveštanje je strogo lični pravni posao koji ne može biti sačinjen preko punomoćnika niti zastupnika, jer je preduslov nastanka punovažnog zaveštanja postojanje zaveštajne sposobnosti zaveštaoca. Ugovor o nasleđivanju se takođe smatra ličnim pravnim poslom koji može zaključiti potpuno poslovno sposobno lice, i kao takav ne može biti sačinjen preko punomoćnika.<sup>2</sup> Međutim, ukoliko ga zaključuje ograničeno poslovno sposobno lice, ovaj ugovor će biti punovažan ukoliko postoji saglasnost

<sup>1</sup> § 2279. Nemačkog građanskog zakonika (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB), koji predviđa shodnu primenu pravila za testamentalna raspolaganja na ugovorna raspolaganja za slučaj smrti.

<sup>2</sup> “Der Erblasser kann einen Erbvertrag nur persönlich schließen”(§ 2274 - *Persönlicher Abschluss*) BGB.

zakonskog zastupnika i organa starateljstva<sup>3</sup>. Ukoliko ograničeno poslovno sposobno lice raspolaže svojom zaostavštinom putem ugovora o nasleđivanju bez potrebne saglasnosti, onda se ovakvo raspolaganje smatra zaveštajnim i samim tim je opozivo.

Ugovor o nasleđivanju je kao i zaveštanje i strogo formalan i za njegov punovažni nastanak je predviđena forma notarski obrađene isprave.<sup>4</sup> Predmet ugovora o nasleđivanju je buduća zaostavština, dok predmet zaveštajno raspolaganja može biti samo imovina koja postoji u trenutku zaveštajnog raspolaganja i koja je u njegovoj svojini. Ugovor o nasleđivanju može biti zaključen i kao dobročin i kao teretni pravni posao, dok je zaveštanje uvek dobročin pravni posao.

U pogledu sadržine, ugovor o nasleđivanju delimično poklapa sa zaveštanjem (osim u delu koji se odnosi na teretno raspolaganje). Naime, sadržinu ugovora može činiti odredba o imenovanju naslednika, kao i legatara i korisnika naloga, a potom i odredbe o isključenju iz nasleđa, lišenju nužnog dela, kao i odredbe o sprovođenju poslednje volje ostavioca i sl. Razlika između ovih pravnih osnova sticanja nasledstva je u karakteru samih odredbi kojima zaveštalac kod zaveštajnog raspolaganja nije vezan, te može sadržinu zaveštanja menjati po svojoj volji i samo zaveštanje delimično ili u potpunosti opozvati.

Kod ugovora o nasleđivanju, ugovorni ostavilac je vezan pojedinim raspolaganjima koja imaju ugovorni karakter (imenovanje naslednika, legatara, određivanje naloga) i proizvode obligacionopravno dejstvo, te su jednostrano neopoziva.<sup>5</sup> Specifičnost ugovora o nasleđivanju u odnosu na tipične obligacione ugovore je ta što sadrži i jednostrana raspolaganja koja nemaju obligacionopravni karakter i samim tim ne vezuju ugovornog ostavioca, tj. opoziva su (isključenje ili lišenje nužnog dela, postavljanje izvršioca zaveštanja i sl.), te se u tom domenu ugovor o nasleđivanju i zaveštanje podudaraju. Od momenta otvaranja nasleđa ugovorni naslednik može da odbije da prihvati nasleđe po osnovu ugovora o nasleđivanju što se podudara sa dejstvom negativne nasledničke izjave kod zaveštanja. Najznačajnija razlika između ugovora o nasleđivanju i testamenta ogleđa upravo u tome što je testament opoziv pravni posao i zaveštalac ga može opozvati u bilo koje doba. Opozivost je osnovni element zaveštajne slobode te se normiranjem ugo-

---

<sup>3</sup> Vidi čl. 1095 Francuskog građanskog zakonika (dostupan na internet adresi: [http://lexinter.net/ENGLISH/civil\\_code.html](http://lexinter.net/ENGLISH/civil_code.html)), § 1250. Austrijskog građanskog zakonika (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - ABGB) (dostupan na internet adresi: [http://www.jusline.at/Allgemeines\\_Burgerliches\\_Gesetzbuch\\_\(ABGB\).html](http://www.jusline.at/Allgemeines_Burgerliches_Gesetzbuch_(ABGB).html)); u nemačkom pravu, ovo pravilo se primenjuje ukoliko se ugovor zaključuje između supružnika, pa je jedan od njih ograničeno poslovno sposoban – §2275 (2) BGB (dostupan na internet adresi: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb>, 20 avgust, 2014).

<sup>4</sup> Čl. 931 Francuskog građanskog zakonika; §1249 ABGB; §2276 BGB.

<sup>5</sup> §2278 BGB; vidi D. Đurđević, *Uvođenje ugovora o nasleđivanju u srpsko pravo*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 2, 2009, str. 196.

vornog nasleđivanja sloboda zaveštajnog raspolaganja dovodi u pitanje. Sa druge strane, ugovor o nasleđivanju vezuje ostavioca, ali to ne znači od on ne može biti opozvan. Ugovor o nasleđivanju je podređen pravilima ugovornog prava pa tako može biti opozvan saglasnim izjavama volja ugovornih strana. Može biti opozvan i jednostranom izjavom volje, ukoliko je takva mogućnost predviđena ugovorom, kao i u zakonom predviđenim slučajevima.

Jača pravna snaga ugovora o nasleđivanju u odnosu na zaveštanje proizilazi iz obligacionopravne prirode ugovora. S obzirom da se jedna ugovorna strana (ili obe kod recipročnih ugovora o nasleđivanju) obavezala u odnosu na svog saugovornika, bilo kakvo docnije raspolaganje koje bi protivurečilo sadržini ugovora ne bi bilo pravno valjano. Postavlja se pitanje da li se ovo "ograničenje" odnosi samo na raspolaganja imovinom za slučaj smrti, pošto se jedino njima može odrediti drugačiji naslednopravni položaj, ili pak i na raspolaganja za života, koja po svojoj prirodi mogu biti dobročina i teretna.

Kada je reč o raspolaganjima predmetom ugovora o nasleđivanju pravnim poslovima za života, sloboda ugovaranja nije ograničena. To znači da ugovorni ostavilac može otuđiti predmet ugovora o nasleđivanju, čime se smanjuje vrednost imovine koja će ući u zaostavštinu i samim tim oslabljuje položaj ugovornog naslednika.<sup>6</sup> Nemački zakonodavac npr. predviđa da se ugovorom o nasleđivanju ne ograničava pravo ugovornog ostavioca (zaveštaoca) da raspoláže svojom imovinom pravnim poslovima *inter vivos*.<sup>7</sup> Međutim, ukoliko je dobročino raspolagao (učinio poklon trećem licu) u nameri da naškodi ugovornom nasledniku, takvo raspolaganje se može pobijati, tako da nakon otvaranja nasleđa on može zahtevati povraćaj poklon u skladu sa odredbama koje se odnose na neosnovano bogaćenje.<sup>8</sup>

#### UGOVOR O NASLEĐIVANJU I UGOVOR O DOŽIVOTNOM IZDRŽAVANJU

Ugovor o doživotnom izdržavanju predstavlja posebnu vrstu obligacionopravnog ugovor s obzirom da se njime posredno oblikuje naslednopravni položaj naslednika.<sup>9</sup> Naslednopravno dejstvo ugovora o doživotnom izdržavanju ogleđa se u tome što imovina primaoca izdržavanja koja je obuhvaćena ugovorom ne

<sup>6</sup>

<sup>7</sup> Abschnitt 4, Erbvertrag, § 2286 - *Verfügungen unter Lebenden*, BGB.

<sup>8</sup> Abschnitt 4, Erbvertrag, § 2287 (1) - *Den Vertragserben beeinträchtigende Schenkungen*, BGB.

<sup>9</sup> Ugovor o doživotnom izdržavanju je takav ugovor kod kojeg se jedan ugovarač (davalac izdržavanja) obavezuje da do kraja života izdržava drugog ugovarača ili neko treće lice, a drugi ugovarač (primalac izdržavanja) se obavezuje da davaocu izdržavanja ustupi određene stvari i prava kao naknadu za pruženo izdržavanje. (S. Sforcan, *Nasledno pravo*, Kragujevac, 2009, str. 211)

ulazi u sastav zaostavštine i iz nje se ne mogu namiriti nužni naslednici. S obzirom na to da je ugovor o doživotnom izdržavanju "paranaslednog" karaktera, posebnu pažnju treba obratiti na njegovu razgraničenje u odnosu na ugovor o nasleđivanju koji je izričito zabranjen u našem naslednom pravu, a sa kojim se ugovor o doživotnom izdržavanju često poistovećuje (naročito ukoliko je ugovor o nasleđivanju zaključen kao teretni pravni posao, sa naknadom u obliku doživotnog izdržavanja).

Osnovna razlika između ugovora o nasleđivanju i ugovora o doživotnom izdržavanju se ogleda u tome što je ugovor o nasleđivanju, kao i zaveštanje, pravni posao *mortis causa* kojim se vrši raspolaganje zaostavštinom za slučaj smrti, dok je ugovor o doživotnom izdržavanju pravni posao *inter vivos* koji se zaključuje u cilju obezbeđenja doživotnog izdržavanja primaoca izdržavanja

U našem pravu, svojina nad stvarima i pravima koja su predmet ugovora o doživotnom izdržavanju prelazi u trenutku primaoočeve smrti na davaoca izdržavanja, te se može reći da u tom domenu ovaj ugovor proizvodi delom nasledno-pravno dejstvo, zbog čega se ističe da je paranaslednog karaktera (u nekim pravnim sistemima dopušteno je ugovaranja prenosa svojine i pre momenta delacije). Međutim, bez obzira na trenutak sticanja svojine na stvarima koje su predmet ugovora, on se kvalifikuje kao pravni posao *inter vivos* koji proizvodi dejstvo za života ugovornih strana, što se ogleda u obavezi izdržavanja koja se realizuje od trenutka zaključenja ugovora.<sup>10</sup> Dakle, ugovor o doživotnom izdržavanju, kao i ugovor o ustupanju i raspodeli imovine za života je po svojoj pravnoj prirodi obligacionopravni ugovor sa određenim specifičnostima.

Ugovor o nasleđivanju, s druge strane, predstavlja pravno posao za slučaj smrti, jer njegova stvarnopravna i naslednopravna dejstva nastupaju od momenta delacije, iako određena pravna dejstva može proizvoditi i za života ugovornih strana i to će biti slučaj kada je ugovorom predviđena obaveza na strani ugovornog naslednika.<sup>11</sup> Tako npr. ukoliko je ugovorom o nasleđivanju ugovorena i obaveza doživotnog izdržavanja ostavioca, onda se ovaj ugovor zaista u velikoj meri približava po svojim obeležjima ugovoru o doživotnom izdržavanju, pa su u pravnoj teoriji, naročito pre donošenja Zakona o nasleđivanju iz 1955. godi-

---

<sup>10</sup> N. Subotić-Konstantinović, *Ugovor o nasleđivanju*, *Enciklopedija imovinskog prava i udruženog rada*, Beograd, str. 557-558.

<sup>11</sup> U pravnoj teoriji postoje mišljenja da je ugovor o doživotnom izdržavanju po svojoj pravnoj prirodi pravni posao *mortis causa*, jer je prenos prava odložen sa davaoca na primaoca izdržavanja do trenutka smrti, kao i mišljenje da je u pitanju mešoviti ugovor (vidi A. Perkušić-B. Ivančić-Kačer, *(Ne)dopušteni naslednopravni ugovori ili ugovori naslednog prava ili paranasljedni ugovori u pozitivnom pravu Hrvatske*, *Pravni vjesnik*, 22(1-2), 2006, str. 135.

ne, ovi ugovori izjednačavani.<sup>12</sup> Ovakva vrsta ugovora o nasljeđivanju zastupljena je u mađarskom pravu, kao jedini njegov dopušten modalitet.<sup>13</sup>

Ugovor o doživotnom izdržavanju predstavlja dvostranoobavezujući, te-retni pravni posao koji je osnov za singularnu sukcesiju, jer se ovim ugovorom sa davaoca na primaoca izdržavanja prenose tačno određene stvari i prava koja moraju biti precizno definisana ugovorom. S obzirom da davalac izdržavanja ima položaj singularnog sukcesora, on ne odgovara za dugove primaoca izdržavanja, osim ukoliko nije izričito ugovoreno. Međutim, i u tom slučaju odgovara samo za dugove koji su postojali u momentu zaključenja ugovora, ne i za buduće dugove primaoca izdržavanja.<sup>14</sup>

Ugovor o nasljeđivanju, sa druge strane, može biti zaključen i kao jednostranoobavezujući i kao dvostarnoobavezujući pravni posao, dobročin ili teretan, a može biti osnov kako za univerzalnu tako i za singularnu sukcesiju (mada je češće osnov univerzalne sukcesije). Ugovornik-naslednik kod ugovora o nasljeđivanju ima položaj univerzalnog sukcesora, čak i ukoliko je vezan obavezom doživotnog izdržavanja druge ugovorne strane – ostavioca. On svoje nasledničko svojstvo sti-če u trenutku ostaviočeve smrti i stupa u njegov pravni položaja sa svim pravima i obavezama koje naslednorpavna univerzalna sukcesija podrazumeva. Za razliku od ugovora o nasljeđivanju, kod ugovora o doživotnom izdržavanju smrt primaoca izdržavanja predstavlja rok do kojeg je sticanje naknade za pruženu uslugu odloženo, ali smrt primaoca nije kauza tog sticanja.<sup>15</sup>

Ugovor o doživotnom izdržavanju je dugotrajan, aleatoran, formalan pravni posao zaključen s obzirom na lična svojstva ugovornih strana. Nesporno je da je i ugovor o nasljeđivanju formalni pravni posao, a može biti aleatornog karaktera, sa

<sup>12</sup> N. Subotić-Konstantinović, *Ugovor o nasljeđivanju...* str. 557.

<sup>13</sup> Ugovor o nasljeđivanju sadrži obavezu ugovorog naslednika da doživotno izdržava ugovornog ostavioca. Ovaj ugovor je fiducijarnog karaktera, sa trajnim izvršenjem ugovorenih obaveza; vidi Z.Csehi, *The Law of Succession in Hungary*, in: "The Law of Succession: Testamentary freedom" (M. Amderson and E. Arroyo i Amauelas), *European studies in Private Law*, 2011, p. 186.

<sup>14</sup> N. Stojanović, *Odnos ugovora o doživotnom izdržavanju i ostalih naslednopravnih ugovora*, u: "Ugovor o doživotnom izdržavanju", Niš, 1997, str. 111; N. Subotić-Konstantinović, *op. cit.*, str. 557; "Ugovor o doživotnom izdržavanju nije ugovor o nasljeđivanju nego ugovor o otuđenju uz naknadu svih nepokretnih i pokretnih stvari koje pripadaju imaoocu izdržavanja u vreme zaključenja ugovora, ili određenog dela tih stvari koje moraju biti navedene u ugovoru, čija je predaja davaocu izdržavanja odložena do smrti primaoca izdržavanja. Stoga, davalac izdržavanja ne odgovara za dugove primaoca, posle njegove smrti, izuzev ako je to bilo ugovoreno u ugovoru o doživotnom izdržavanju. Svi dugovi primaoca izdržavanja- ostavioca, terete naslednika i ukoliko ima imovine koja nije obuhvaćena ugovorom o doživotnom izdržavanju, i to samo do visine vrednosti nasledene imovine (Odluka Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1163/99 od 20. 04. 2000), vidi S. Svorcan, *Komentar zakona ...*, str. 444.

<sup>15</sup> N. Gavella, *Nasledno pravo*, Zagreb, 2008, str. 435.



trajnim izvršenjem ugovornih obaveza, ukoliko je ugovorom o nasleđivanju ugovorena i obaveza doživotnog izdržavanja ugovornog ostavioca ili nekog trećeg lica od strane ugovornog naslednika. U tom slučaju, ugovor o nasleđivanju nesumnjivo predstavlja pravni posao *intuitu personae* koji počiva na uzajamnom poverenju ugovornih strana, kao što je i ugovor o doživotnom izdržavanju. Ovaj modalitet ugovora o nasleđivanju proizvodi neka pravna dejstva i pre momenta ostaviočeve smrti (nastaje obaveza naslednika da izdržava ostavioca do njegove smrti), a prenos imovinskih prava kod obe vrste ugovora se odlaže do smrti primaoca izdržavanja, čime se ovi ugovori još više približavaju.

Jedno od ključnih obeležja koje olakšava razgraničenje ove dve vrste ugovora jeste razlika u pogledu njihovog predmeta. Predmet ugovora o doživotnom izdržavanju čine tačno određena, ugovorom jasno definisana imovinska prava koja pripadaju primaocu izdržavanja u vreme zaključenja ugovora, dok je predmet ugovora o nasleđivanju zaostavština (celokupna ili njen alikvotni deo) kao skup prava i obaveza podobnih za nasleđivanje u vreme otvaranja nasleđa ugovornog ostavioca.<sup>16</sup> Za razliku od ugovora o nasleđivanju koji se odnosi na stvari i prava koja pripadaju zaveštaocu u momentu smrti i kod kojeg ugovorni naslednik može steći neka buduća prava koja nisu postojala u momentu zaključenja ugovora, za ugovor o doživotnom izdržavanju je izričito propisano da “primalac izdržavanja ugovorom može obuhvatiti samo stvari i prava postojeća u trenutku zaključenja ugovora”<sup>17</sup>.

Kod ugovora o doživotnom izdržavanju, primalac izdržavanja za života ne može raspolagati stvarima i pravima koja su predmet ovog ugovora. Kroz ovo ograničenje slobode raspolaganja, osiguran je pravni položaj davaoca izdržavanja, što predstavlja prednost ugovora o doživotnom izdržavanju. Osim toga, davaocu izdržavanja stoje na raspolaganju različita sredstva obezbeđenja (hipoteka, zaloga i sl.), a svoja prava iz ugovora o doživotnom izdržavanju može upisati u javne knjige i tako obezbediti potraživanje koje ima prema primaocu izdržavanja.

Pravni položaj ugovornog naslednika kod ugovora o nasleđivanju nije u dovoljnoj meri zaštićen. Ugovorni zaveštalc ima mogućnost da, nakon zaključenja ovog ugovora, raspolaze svojom imovinom pravnim poslovima *inter vivos*, što može imati za posledicu smanjenje vrednosti njegove zaostavštine i izigrava-

---

<sup>16</sup> N. Stojanović, *Odnos ugovora o doživotnom izdržavanju i ostalih naslednopravnih ugovora*, u: “Ugovor o doživotnom izdržavanju”, Niš, 1997, str. 106.

<sup>17</sup> Čl. 194 st. 2 Zakona o nasleđivanju Republike Srbije (“Službeni glasnik RS”, br. 46/95, Odluka Ustavnog suda RS, IU br. 358/95- “Službeni glasnik RS”, 101/2003); u daljem tekstu: ZON. “Predmet ugovora o doživotnom izdržavanju mora biti u svojini primaoca izdržavanja u trenutku zaključenja tog ugovora” (Odluka Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1814/98 od 24.09.1998. god; vidi S. Svorcan, *Komentar zakona o nasleđivanju*, Kragujevac, 2004. str. 445); Raniji Zakon o nasleđivanju Srbije je predviđao da ugovorom o doživotnom izdržavanju kojim je ugovorena zajednica života može biti obuhvaćena i buduća imovina primaoca izdržavanja.

nje interesa ugovornog nasljednika. Ugovorni nasljednik do momenta nastupanja ostaviočeve smrti nema nikakvih prava na imovini ugovornog ostavioaca, niti svoja prava iz ugovora može obezbedeti na bilo koji način (osim ukoliko je reč o tretnom ugovoru o nasleđivanju<sup>18</sup>). Zbog toga je u nekim pravnim sistemima (npr. u nemačkom) posebnim pravilima dodatno zaštićen pravni položaj ugovornog nasljednika.<sup>19</sup>

S druge strane, pozitivna karakteristika ugovora o nasleđivanju je ta što prava nužnih nasljednika ne smeju biti povređena, baš kao ni kod zaveštajnog raspolaganja. Nasuprot tome, ugovor o doživotnom izdržavanju može biti iskorišćen kao sredstvo za izigravanje nužnih nasljednika te zaključen kao prividni, simulovani pravni posao, tim pre što je mogućnost njegovog zaključenja predviđena i za lica između kojih postoji zakonska obaveza izdržavanja. Na taj način se ugovorom o doživotnom izdržavanju posredno utiče na sastav zaostavštine tako što se "raspoređuje" u korist davaoca izdržavanja<sup>20</sup> i upravo u tom segmentu se prepoznaje prednost ugovora o nasleđivanju.

#### UGOVOR O NASLEĐIVANJU I UGOVOR O USTUPANJU I RASPODELI IMOVINE ZA ŽIVOTA

Ugovor o ustupanju i raspodeli imovine za života, kao i ugovor o doživotnom izdržavanju, predstavlja vrstu obligacionopravnog ugovora, koji proizvodi posredna naslednopravna dejstva<sup>21</sup> i po svojim karakteristikama takođe približava ugovoru u nasleđivanju. Naime, ugovorom o ustupanju i raspodeli imovine za života se, uslovno rečeno, odstupa od pravila da je raspolaganje naslednim pravom i nasleđem zabranjeno.<sup>22</sup> Njime se utiče na sadržinu zaostavštine nekog lica u trenutku njegove smrti, jer se unapred isključuje određena imovina iz zaostav-

<sup>18</sup> N. Subotić-Konstantinović, *op. cit.*, str.557.

<sup>19</sup> U nemačkom pravu ugovor o nasleđivanju ne ograničava pravo testatora da raspolaže svojom imovinom pravnim poslovima *inter vivos* (§2286 BGB). Međutim, ukoliko je testator učinio poklon trećem licu s namerom da naškodi ugovornom nasledniku, nakon otvaranja nasleđa on može zahtevati povraćaj poklona u skladu sa odredbama koje se odnose na povraćaj ili neosnovano bogaćenje (§2287(1) BGB). Na taj način se u određenoj meri štite interesi ugovornog nasljednika koji mogu biti u velikoj meri povređeni raspolaganjima za života od strane ugovornog ostavioaca.

<sup>20</sup> M. Powlakić-D. Softić Kadenić, *Da li je potrebno uvesti nove forme raspolaganja mortis causa u nasljedno pravo u Bosni i Hercegovini*, U: Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Neum, 2012, str. 187.

<sup>21</sup> Ugovor o ustupanju i raspodeli imovine za života predstavlja pravni posao kojim predak raspoređuje imovinu koja mu pripada u momentu zaključenja ugovora (celokupnu imovinu ili njen deo), licima koja bi prema pravilima zakonskog nasleđivanja bila pozvana da ga naslede u slučaju smrti, u momentu zaključenja ovog ugovora.

<sup>22</sup> B. Blagojević, *Nasledno pravo*, 1983, str. 304.

štine, u čemu se ogledaju nasledno-pravne posledice ugovora o ustupanju i raspodeli imovine za života kao ugovora prvenstveno obligaciono-pravnog karaktera. Naime, ovim ugovorom se postiže saglasnost između pretka i potomaka u pogledu raspodele imovine i na taj način posredno utiče na raspodelu zaostavštine. Imovina se raspoređuje u korist jednog ili više naslednika, a istovremeno se ostali naslednici koji se sa takvom raspodelom saglašavaju odriču svog udela u nasleđstvu (dobijajući pri tom odgovarajuću protivvrednost).

U teoriji se ističe da se zaključenjem ovog ugovora pre smrti ostavioca vrši neka vrsta prethodnog nasleđivanja ili anticipiranog nasleđivanja (*successio anticipata*)<sup>23</sup>, uz odricanje korisnika iz ugovora da posle smrti ostavioca ističu bilo kakve naslednopravne zahteve u pogledu imovine koja je predmet ugovora. U tom smislu, ugovor o ustupanju i raspodeli imovine za života ima za predmet odricanje od eventualnog budućeg naslednog prava na određenoj imovini (po pravilu uz naknadu i uz saglasnost zakonom određenih lica), što ga približava naslednopravnim ugovorima.<sup>24</sup>

Ovde je reč o raspolaganju imovinom za života i predmet raspolaganja nije buduća imovina, već stvari i prava koja pripadaju pretku kao ustupiocu u trenutku zaključenja ugovora. Međutim, kako se raspolaganje, odnosno ustupanje vrši u korist lica koja bi se na ostaviočevoj zaostavštini pojavila kao naslednici, ovaj ugovor dobija svoju naslednopravnu dimenziju uz ispunjenje dodatnih, zakonom propisanih uslova. S obzirom da bi imovina koja se ustupa verovatno predstavlja la zaostavštinu (ili deo zaostavštine) pretka kao ostavioca, ovaj ugovor se u doktrinarnim promišljanjima označava kao akt raspolaganja svojom zaostavštinom od strane ostavioca pravnim poslom *inter vivos* i istovremeno kao akt raspolaganja naslednim pravom od strane budućih naslednika (ili drugih lica koja bi stekla imovinsku korist na račun ostavioca).<sup>25</sup> Upravo u tom segmentu dejstva ugovora o ustupanju i raspodeli imovine je tačka podudaranja sa ugovorom o nasleđivanju.

U kontekstu ovih razmatranja, značajno je napomenuti da je Zakonom o nasleđivanju RS propisana ništavost ugovora kojim neko svoju imovinu ili njen deo ostavlja u nasleđe svom saugovaraču ili nekom trećem.<sup>26</sup> U skladu sa ovim pravilom o zabrani (ništavosti) ugovora o nasleđivanju propisana je "ništavost odredbe ugovora o ustupanju i raspodeli imovine za života kojom se predviđa raspodela dobara koja će se zateći u ustupiočevoj zaostavštini"<sup>27</sup>. Na taj način je

---

<sup>23</sup> O. Antić i Z. Balinovac, *Komentar zakona o nasleđivanju Beograd, 1996*, str. 478.

<sup>24</sup> B. Blagojević, *op. cit.*, str. 308.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Čl. 197 ZON.

<sup>27</sup> Čl. 185 st. 2 ZON.

predupređena mogućnost pretvaranja ugovora o ustupanju i raspodeli imovine za života u ugovor o nasleđivanju. Ukoliko ustupilac želi ugovorom obuhvatiti i naknadno stečenu imovinu, on mora novelirati postojeći ugovor o ustupanju i raspodeli imovine za života.

### *Ugovor o nasleđivanju i poklon za slučaj smrti*

Ugovor o nasleđivanju je značajno posmatrati u odnosu na poklon za slučaj smrti (*donatio mortis causa*) koji je njegov preteča u pravnoj genezi, kao što je preteča i zaveštajne forme raspolaganja imovinom. Poklon za slučaj smrti u rimskom pravu bio je shvaćen kao saglasnost volja poklonoprимca i poklonodavca o raspolaganju u korist poklonoprимca za slučaj poklonodavčeve smrti i po svojim karakteristikama predstavljao je pravni posao između poklona i zaveštanja odnosno legata. Njegova sličnost sa zaveštajnim raspolaganjem ogleda se opozivosti i dejstvu *mortis causa*, a sa ugovornim raspolaganjem u saglasnosti volja poklonoprимca i poklonodavca koja je preduslov punovažnog nastanka ovog ugovora.

U savremenom pravu, u zavisnosti od poimanja ovog pravnog instituta (ukoliko je dopušten), primanjaju se ili pravila koja regulišu zaveštajno nasleđivanje, ili ugovor o poklonu ili ugovor o nasleđivanju.<sup>28</sup> Tako npr. u švajcarskom pravu poklon za slučaj smrti predstavlja vrstu ugovora o nasleđivanju. Poklonodavac je vezan ugovorom i ne može raspolagati stvarima koje predstavljaju predmet ugovora, dok poklonoprимac ima pravo potraživanja prema poklonodavcu, a ne samo prosto očekivanje (nadu).<sup>29</sup> U austrijskom pravu, poklon za slučaj smrti može važiti ili kao zaveštanje (legat) ili kao ugovor. U prvom slučaju, moraju biti ispunjeni svi uslovi koji se zahtevaju za punovaža nastanak zaveštanja. U drugom slučaju, neophodno je da budu ispunjeni uslovi koji se traže za punovažnost ugovora o poklonu među živima i da se poklonodavac odrekao prava na opoziv. U francuskom pravu, poklon za slučaj smrti je normiran kao ugovor o poklonu, gde je neopozovist važno svojstvo ovog ugovora.<sup>30</sup>

Poklon za slučaj smrti se u srpskom pravu udaljava od *donatio mortis causa* kakav je postojao u rimskom pravu, i predstavlja po svojim dejstvima posmrt-

<sup>28</sup> M. Đurđević, *Ugovor o poklonu za slučaj smrti*, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1/2011, str. 255.

<sup>29</sup> M. Đurđević, *op. cit.*, str. 246.

<sup>30</sup> U francuskom pravu ugovor o nasleđivanju je dopušten kao izuzetak od zabrane zaključivanja ugovora o budućem nasleđstvu. Ovaj ugovor je mešovite pravne prirode i nalazi se između zaveštanja i poklona, ali zbog neopozovosti je bliži poklonima, te se supsidijerno na njega primenjuje odredbe kojima se reguliše poklon. (H. Mazeaud, *Lecons de Droit civil – rome quatrieme, Regimes matrimoniaux, Successions, Liberalites, Paris, 1963, 564.*)

ni poklon (*donatio post mortem*).<sup>31</sup> Dakle, iako je između poklonodavca i poklonoprimalca postignuta saglasnost da se prenos svojine na predmetu poklona vrši u trenutku poklonodavčeve smrti, smrt poklonodavca nije uslov da ugovor proizvede dejstvo. Naime, ugovorne strane su vezane ugovorom od trenutka zaključenja, od kog trenutka poklonoprimalac ima položaj poverioca, a poklonodavac položaj dužnika. S toga poklonoprimalac može zahtevati obezbeđenje svog potraživanja iz ugovora, jedino ne može zahtevati predaju poklona pre momenta delacije. Ukoliko poklonoprimalac ne nadživi poklonodavca, pravo potraživanja po osnovu ugovora o poklonu za slučaj smrti prelazi na naslednike poklonoprimalca po osnovu nasljeđivanja.

Poklon za slučaj smrti onako kako je shvaćen u savremenoj pravnoj doktrini je zapravo obligacionopravni ugovor koji ima karakteristike ugovora o poklonu sa odložnim rokom, te je u tom smislu neopoziv (osim u slučajevima kada je inače dozvoljen opoziv običnog, redovnog poklona od strane poklonodavca).

Predmet poklona za slučaj smrti, nije samo prosta nada ili očekivanje (kao kod ugovora o nasljeđivanju) već pravo potraživanja koje nastaje u trenutku zaključenja ugovora i za predmet ima tačno određenu stvar koja predstavlja poklon. Kod ugovora o nasljeđivanju predmet je zaostavština ili njen deo, ali se ne zna koje stvari i prava će biti predmet prenosa. U tom smislu, nije izvesno da li će i koja prava ugovorni naslednik steći u trenutku smrti svog saugovarača (jer ne postoji obaveza očuvanja imovine koja je predmet ugovora), a pravo potraživanja nastaje tek u momentu delacije ugovornog ostavioca.

Suštinska razlika između poklona za slučaj smrti i ugovora o nasljeđivanju je u njihovom dejstvu. *Donatio mortis causa* po savremenom shvatanju predstavlja pravni posao *inter vivos*, sa odložnim uslovom (rokom).<sup>32</sup> To znači da je prenos svojine na predmetu poklona odložen do trenutka smrti poklonodavca, s tim da ugovor proizvodi dejstvo, stvara prava i obaveze za ugovorne strane od trenutka nastanka. Ugovor o nasljeđivanju, sa druge strane karakteriše dejstvo *mortis causa*, kada ugovorni naslednik stiče nasledničko svojstvo i svojinu na stvarima koja čine zaostavštinu. Jedina obaveza koja nastaje i koja se istovremeno realizuje trenutkom zaključenja ugovora o nasljeđivanju jeste imenovanje naslednika. Ukoliko je ugovor o nasljeđivanju zaključen kao teretni pravni posao, onda može proizvesti dejstvo i pre momenta delacije (npr. izvršavanje obaveze doživotnog izdržavanja ili plaćanje doživotne rente), ali ne dolazi do naslednopravne sukcesije.

---

<sup>31</sup> M. Đurđević, *Ugovor o poklonu...* str. 255.

<sup>32</sup> U jednoj odluci Vrhovnog suda Hrvatske (SFRJ) iznet je stav da se poklon za slučaj smrti i ugovor o nasljeđivanju ne mogu izjednačiti. "Smrt darodavca je ovde uvjet ili rok do kojeg je odgođen učinak inače perfetkong pravnog posla, dok je kod ugovora o nasljeđivanju smrt disponentan dio činjeničnog stanja, tj. pravna činjenica bez koje pravni posao nije potpun". (Rešenje Vrhovnog suda Hrvatske Gž. 281/67, od 16. februara 1967, *Zbirka sudskih odluka*, knj. 12, sv. 1, str. 38)

## ZAKLJUČAK

U pravnoj teoriji je zastupljeno stanovište da sloboda raspolaganja imovinom bilo pravnim poslovima za života ili za slučaj smrti mora biti potpuna (osim ograničenja koja proizilaze iz ustanove javnog poretka i prava na nužni deo), zbog čega treba zabraniti bilo kakva vid ugovornog nasleđivanja. Međutim, sa razvojem svojinskopravnih odnosa jača i uloga privatne svojine, koja nameće potrebu uvođenja novih instrumenata raspolaganja imovinom *mortis causa*, kao što je ugovor o nasleđivanju.

Ugovor o nasleđivanju kao jedan vid raspolaganja imovinom za slučaj smrti trebalo bi da bude u funkciji uređenja naslednopravnih odnosa i slobode nasleđivanja. To znači da je osnovni cilj ugovora o nasleđivanju "planiranje nasleđstva", tj. definisanje kruga lica koja će se javiti u ulozi naslednika i uslova pod kojima će to svojstvo steći, a ne trgovina naslednopravnim položajem. U tom smislu, potpuno opravdanje ima predlog Radne grupe za pisanje Građanskog zakonika Republike Srbije, koja predlaže uvođenje ugovora o nasleđivanju između supružnika, čime bi bio osiguran naslednopravni položaj supružnika kao ugovornog naslednika. Ukoliko bi se kao korisnik iz ovog ugovora javljalo potomstvo, onda bi i njihov imovinskopravni položaj bio obezbeđen, te bi ugovor o nasleđivanju doprineo trajnijem vezivanju zaostavštine za članove porodice, što je u skladu sa tendencijom savrmenog naslednog prava da se zaštite interesi supružnika i članova uže porodične zajednice i na taj način ostvari osnovna funkcija ovog naslednopravnog instituta: očuvanje porodične imovine i obezbeđenje njenog kontinuiteta kroz generacije.

Ugovorom o nasleđivanju ugovorni ostavilac je vezan i ne može ga jednostrano opozvati (raskinuti), te se radi o voljnom ograničavanju zaveštajne slobode (slobode testiranja). Dakle, iako je ugovorno određivanje naslednopravnih dejstava izraz načela dispozitivnosti i izraz šire autonomije volje pojedinca, istovremeno se samovoljno ograničava sloboda zaveštajnog raspolaganja, jer ugovor vezuje ugovornog ostavioca i ne može se jednostrano raskinuti.

Nedostatak je ugovora o nasleđivanju što lako mogu biti izigrani interesi ugovornog naslednika, s obzirom na to da mogućnost raspolaganja imovinom koja je predmet ugovora pravnim poslovima za života od strane ugovornog naslednika nije ograničena, naslednopravna pozicija ugovornog naslednika nije osigurana, čime se ugovor o nasleđivanju još više udaljava od tipičnih obligacionopravnih ugovora.<sup>33</sup> Kod ugovora o nasleđivanju, ugovornog ostavioca jedino vezuje obaveza imenovanja saugovarača za naslednika, koja se ispunjava samim činom zaključenja ugovora.

<sup>33</sup> D. Đurđević, *Uvođenje ugovora o nasleđivanju...*, str. 189.

Zbog ovog nedostatka, neopozivost kod ugovora o nasleđivanju u uporednom pravu biva relativizirana u dva pravca. Pojedini pravni sistemi ovakvu odredbu normiraju kao dispozitivnu, što znači da je moguće ugovorom predvideti obavezu neotuđivanja imovine koja je predmet ugovora pravnim poslovima za života.<sup>34</sup> U suprotnom, ukoliko ova obaveza nije ugovorom ustanovljena, možemo govoriti o prikrivenoj opozivosti ugovora o nasleđivanju, čime se on približava zaveštajnom raspolaganju.<sup>35</sup>

Normiranjem ugovora o nasleđivanju mogu biti otklonjene negativne posledice ugovora o doživotnom izdržavanju, naročito u domenu zaštite nužnih naslednika. Takođe, modalitet ugovora o nasleđivanju kakav je zastupljen u mađarskom pravu, omogućava primaocu izdržavanja koji je istovremeno i ugovorni ostavilac, da obezbedi doživotno izdržavanje u svoju korist uz naknadu i istovremeno izvrši raspored zaostavštine za slučaj smrti.

Na kraju, ono što se navodi kao nedostatak ovog ugovora, istovremeno se ističe i kao njegova prednost. Nedostatak ugovora je ograničavanje slobode zaveštajnog raspolaganja kao manifestacije privatne autonomije pojedinca, ali je, posmatrano iz drugog ugla, istovremeno i prednost, jer se uvođenjem ugovora o nasleđivanju u naslednopravni sistem jedne države nesumnjivo doprinosi široj slobodi uređenja naslednopravnih posledica smrti, odnosno široj autonomiji volje pojedinca.

TAMARA ĐURĐIĆ-MILOŠEVIĆ, B.A.,  
Faculty of Law, University of Kragujevac

## DISTINCTION BETWEEN AN AGREEMENT ON INHERITANCE AND OTHER LEGAL DISPOSITIONS

### Summery

The subject of this paper is a contract of inheritance as an instrument of disposition of the property in case of death, which is in the focus of contemporary legal discussion because of the spe-

---

<sup>34</sup> Prema Nacrtu ZN FBiH, moguće je izvršiti zabaležbu ove ugovorne zabrane u javne knjige. Ovo rešenje su pisci Nacrta preuzeli iz austrijskog prava (vidi: M. Povelakić, *Da li je potrebno uvesti nove forme...*, str. 189).

<sup>35</sup> U Prednacrtu Građanskog zakonika RS predviđeno je pravo poklonodavca da jednostrano raskine ugovor, čime se ovaj ugovor približava pravnim poslovima raspolaganja za slučaj smrti, što je tačka podudaranja sa ugovorom o nasleđivanju sa kojim se u praksi često meša, a koji nije dopušten u našem pravu. (Prednacrt Građanskog zakonika RS, druga knjiga – Obligacioni odnosi, 2009, Beograd).

cific features that incorporates, some of which are similar to testamentary bequests, and some to a contract as a primary instrument of disposition inter vivos. Specific legal nature of the contract must necessarily be analyzed through comparative analysis with other legal dispositions that are of importance for the law of inheritance: primarily with a testament as the strongest legal basis of inheritance in our law, and then with contracts that have an indirect effect on inheritance (the contract of lifelong care and agreement on the transfer and distribution of assets for life), as well as with a gift in case of death as of a precursor of other forms of disposition of property mortis causa. The main aim of this work is to define the legal nature of inheritance contract, mainly through comparative analyze with other legal dispositions, as well as to determine its place and and justify its existence in the Inheritance legal system.



*JELENA VIDIĆ-TRNINIĆ,  
NOVAK KRSTIĆ*

## **NASLEDNOPRAVNE POSLEDICE ROĐENJA DETETA ZAČETOG BIOMEDICINSKI POTPOMOGNUTOM OPLODNJOM**

### U V O D

Rastuća infertilnost pojedinaca i parova nameće sve češću potrebu da se želja za decom zadovolji primenom nekog od brojnih postupaka biomedicinski potpomognutog oplodjenja.<sup>1</sup> Upotreba savremenih reproduktivnih tehnologija izaziva tektonske promene u pravu, pre svega u sferi porodičnopравnih odnosa, ali se one snažno reflektuju i na druge oblasti prava, samim tim i na nasleđivanje. Tradicionalni koncept roditeljstva postupci BMPO značajno menjaju, budući da se pretpostavke očinstva i materinstva kod začeca dece prirodnim putem, i začeca nekom od metoda BMPO, ne podudaraju. Kod začeca uz pomoć biomedicine, pravnim roditeljima deteta često se ne smatraju njegovi genetski roditelji, već se pretpostavke materinstva i očinstva zasnivaju na nekim drugim kriterijumima, što je kod prirodnog začeca izuzetak.

---

Dr Jelena Vidić-Trninić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

Novak Krstić, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad je rezultat istraživanja na projektu "Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo" (br. projekta 179079), koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije, koautora J. Vidić-Trninić, i projekta "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru" (br. projekta 179046), koji realizuje Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, koautora N. Krstića.

<sup>1</sup> U daljem radu biće korišćena skraćenica BMPO.

Naslednopravne konsekvence biomedicinski potpomognute oplodnje nastupaju samo ukoliko dete začeto nekom od metoda BMPO bude rođeno živo. Nasledna prava rođenog deteta u najvećoj meri oslanjaju se na rešenja iz porodičnopravnih propisa, kojima se reguliše materinstvo i očinstvo dece začete uz pomoć biomedicine. Ipak, pojedina pitanja, kada je reč o nasleđivanju, a koja zaslužuju da se na njih ukaže, ostaju otvorena. Osim toga, dopuštenost pojedinih metoda BMPO iziskuje i promenu postojećeg koncepta nasleđivanja i redigovanje pojedinih važećih regula, kako materijalnopravnih, tako i procesnopravnih.

Stoga, intencija ovoga rada jeste da najpre ukaže na naslednopravne posledice koje proističu iz začeca deteta metodama BMPO, dopuštenim u našim važećim propisima. Posthumna oplodnja i njene naslednopravne implikacije biće predmet posebne pažnje, naročito iz razloga što je ovaj postupak nedovoljno jasno regulisan u našem pravu, i što on, kada je reč o ostvarivanju naslednih prava prema roditelju preminulom pre detetovog začeca, predstavlja poseban izazov za legistatora. Konačno, premda je surogat materinstvo kod nas u ovom trenutku zabranjeno, intencije koje postoje u pogledu njegovog regulisanja, i rešenja koja su, s tim u vezi, predložena, opredelila su nas da sagledamo naslednopravna dejstva primene ovog postupka BMPO, kako iz ugla uporednog prava, tako i u pravu Republike Srbije *de lege ferenda*.

#### NASLEDNOPRAVNE POSLEDICE DOPUŠTENIH POSTUPAKA BMPO

*Ukratko o subjektima i dopuštenim postupcima BMPO.* – Začeće i rađanje uz biomedicinsku pomoć, u našem pravu, regulisano je Zakonom o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja iz 2009. godine.<sup>2</sup> Prema ovom zakonu, subjekti prava na postupak BMPO su, po pravilu, žena i muškarac koji se nalaze u braku ili vanbračnoj zajednici, a samo izuzetno žena bez partnera.<sup>3</sup> Pravo na postupke BMPO pripada supružnicima, odnosno, vanbračnim partnerima, kod kojih je nemoguće ostvariti začeće prirodnim putem, ukoliko lečenje neplodnosti nije moguće drugim medicinskim postupcima, a izuzetno i kod kojih je začeće prirodnim putem moguće, ukoliko se začetom uz BMPO sprečava prenošenje teških naslednih bolesti na dete. Ženi bez partnera, ovo pravo pripada samo radi lečenja neplodnosti, ako za to postoje naročito opravdani razlozi.<sup>4</sup>

Lečenje neplodnosti muškarca, prema ZBMPO, dopušteno je primenom svih medicinski poznatih postupaka lečenja, odnosno i homolognom i heterolo-

<sup>2</sup> "Sl. glasnik RS", br. 72/2009. U daljem tekstu: ZBMPO.

<sup>3</sup> Uslovi koje ova lica moraju ispuniti da bi ostvarili pravo na lečenje neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja, normirani su u čl. 26. ZBMPO.

<sup>4</sup> Videti: čl. 27. i čl. 26. st. 3. u vezi sa čl. 26. st. 1. ZBMPO.

gnom inseminacijom, dok je lečenje neplodnosti žene, ograničeno na donaciju jajne ćelije.<sup>5</sup> Primenom bilo kog od spomenutih dozvoljenih postupaka lečenja, zasniva se odgovarajući roditeljski odnos, a time i širi srodnički odnos, čime nastaju i odgovarajuća prava i obaveze koja iz ovakvih odnosa proizlaze. Među njima poseban značaj ima pravo na zakonsko nasleđivanje. Stoga se, kao važno pravno pitanje, nameće pitanje porodičnog statusa deteta rođenog u postupku BMPO, normirano odgovarajućim regulama o utvrđivanju i osporavanju očinstva i materinstva, koje su sadržane u ZBMPO i u Porodičnom zakonu.<sup>6</sup> Od načina na koji su ova pitanja regulisana, zavise i naslednopravne posledice rođenja deteta začetoj nekom od metoda BMPO, u smislu mogućnosti ostvarivanja uzajamnih zakonskih naslednih prava između deteta, s jedne strane, i subjekata prava na postupke BMPO, kao i određenog kruga njihovih srodnika, s druge strane. Osim toga, budući da PZ i ZBMPO, u pogledu pravne regulative pojedinih aspekata pitanja porodičnog statusa deteta začetoj u postupku BMPO, nisu usklađeni, to naslednopravne posledice začeca na ovaj način direktno zavise i od prethodnog odgovora na pitanje koji od ova dva zakona treba primeniti.

*Naslednopravne posledice postupaka homologne i heterologne inseminacije.*

– Ukoliko bi se na utvrđivanje i osporavanje očinstva deteta začetoj uz pomoć homologne ili heterologne inseminacije primenjivale odredbe PZ, pretpostavka o bračnom očinstvu muža, odnosno, vanbračnom očinstvu vanbračnog partnera majke, važila bi i u jednom i u drugom slučaju, nezavisno od toga da li je do začeca došlo upotrebom genetskog materijala muža, odnosno vanbračnog partnera majke ili upotrebom genetskog materijala nekog drugog muškarca.<sup>7</sup> Ocem deteta smatra se muž majke, odnosno njen vanbračni partner, ukoliko je za postupak BMPO dao pismeni pristanak, u kom slučaju se njegovo očinstvo ne može osporavati.<sup>8</sup> Ako muž majke nije dao pismeni pristanak na začecé uz pomoć biomedicine, mišljenja smo da je prihvatljivo tumačenje prema kojem će se muž majke smatrati ocem deteta, čak i u slučaju nepostojanja njegove pismene saglasnosti na

---

<sup>5</sup> Videti: čl. 40. ZBMPO.

<sup>6</sup> “Sl.glasnik RS”, br. 18/2005. U daljem tekstu: PZ.

<sup>7</sup> Ukoliko bi se na utvrđivanje očinstva deteta začetoj uz pomoć biomedicine primenjivale odredbe ZBMPO, pravna pretpostavka o bračnom, odnosno, vanbračnom očinstvu muža, odnosno, vanbračnog partnera majke, bila bi sužena samo na slučajeve homologne inseminacije. Osporavanje očinstva je zabranjeno, osim ukoliko postoji osnovana sumnja da nije otac deteta, odnosno da je postupak BMPO obavljen bez njegovih semenih ćelija (čl. 66. st. 1–2. ZBMPO). Vladajući je stav domaće doktrine da su norme ZBMPO o utvrđivanju očinstva i materinstva irelevantne, i da bez izuzetka treba primenjivati odredbe PZ, koji je za ovo pitanje *sedes materiae* i *lex specialis*. Videti: O. Cvejić-Jančić, Aktuelni izazovi biomedicinski potpomognute oplodnje, Pravni život, br. 10/2010, str. 22; M. Draškić: Biomedicinski potpomognuto oplodjenje, Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU, prilozi projektu 2012, Beograd, 2013, str. 228–229.

<sup>8</sup> Videti: čl. 58. st. 1–3. PZ. Muškarac koji se smatra ocem deteta može, shodno čl. 58. st. 4. PZ, osporavati svoje očinstvo samo ako dete nije začeto postupkom BMPO.

oplodnju uz biomedicinsku pomoć, a na osnovu opšteg pravila, odnosno pravne pretpostavke *Pater est quem nuptiae demonstrant*.<sup>9</sup> Pravo da osporava svoje očinstvo on bi imao samo ukoliko je do začeća deteta došlo semenim ćelijama donora, ali ne kada su upotrebljene njegove semene ćelije, imajući u vidu da je on tada prirodni otac deteta.<sup>10</sup> Ovo pravilo se, međutim, ne primenjuje na vanbračnog partnera, koji se u slučaju nepostojanja pismene saglasnosti za oplodnju uz biomedicinsku pomoć, neće smatrati ocem. Usled navedenog, do utvrđivanja njegovog očinstva, ukoliko je do začeća deteta došlo homolognom inseminacijom, može doći ili odlukom suda ili priznanjem, odnosno, isključivo priznanjem, ukoliko je do začeća deteta došlo heterolognom inseminacijom.

Kada je reč o naslednopravnim konsekvencama iznetih postupaka, dete začeto u postupku BMPO, nezavisno od toga čiji genetski materijal nosi, imaće pravo da zakonski nasleđuje muža, odnosno, vanbračnog partnera majke koji je dao saglasnost za biomedicinski pomognuto začeće, njegove ostale potomke, njegove pretke, kao i pobočne srodnike, na način i u granicama predviđenim Zakonom o nasleđivanju.<sup>11</sup> Isto važi i kada je do začeća došlo bez pismenog pristanka muža majke, u slučaju homologne inseminacije, kada je on genetski i pravni roditelj deteta, kao i kod heterologne inseminacije, ukoliko muž majke nije osporio očinstvo. Muž majke, u navedenim situacijama, odnosno vanbračni partner majke, koji je za začeće dao pristanak, i kada nije genetski otac deteta, imaće pravo da zakonski nasleđuje dete, pri čemu će ovu mogućnost imati i njegovi ostali potomci, preci i pobočni srodnici, na način i u granicama predviđenim u ZON-u.<sup>12</sup> Dete

<sup>9</sup> G. Kovaček-Stanić: Autonomija *versus* materijalna istina u komparativnom pravu o porodičnom statusu deteta, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3/2011, str. 217–218.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> "Sl.glasnik RS", br. 46/95 (u daljem tekstu: ZON). U tom smislu, muža, odnosno vanbračnog partnera majke, dete začeto uz postupak BMPO, imaće pravo da nasleđuje kao naslednik prvog naslednog reda, po sopstvenom pravu, a ostale pretke muža, odnosno vanbračnog partnera, moći će da nasleđuje po pravu predstavljanja. Ostale potomke muža, odnosno vanbračnog partnera majke, imaće pravo da nasleđuje kao naslednik drugog, odnosno trećeg naslednog reda, po *ius representationis*. Naposletku, određeni krug pobočnih srodnika muža, odnosno, vanbračnog partnera majke (njegovu braću i sestre i njihove prvostepene potomke, stričeve, ujake i tetke i njihove prvostepene potomke itd.), imaće pravo da nasleđuje kao naslednik drugog, odnosno, trećeg naslednog reda, po pravu predstavljanja. Videti: čl. 9. st. 1–2. i čl. 10–20. ZON-a.

<sup>12</sup> Muž, odnosno, vanbračni partner majke, dete začeto uz postupak BMPO, imaće pravo da nasleđuje kao naslednik drugog naslednog reda po sopstvenom pravu, dok će svi njegovi ostali potomci ovu mogućnost imati, takođe, kao naslednici drugog naslednog reda, ali po pravu predstavljanja. Svi preci muža, odnosno, vanbračnog partnera majke, dete začeto uz ovaj postupak, imaće pravo da nasleđuju kao naslednici trećeg, četvrtog i daljih naslednih redova, po sopstvenom pravu. Na kraju, pobočni srodnici muža, odnosno, vanbračnog partnera majke, mogućnost zakonskog nasleđivanja ovakvog deteta će imati isključivo ukoliko se radi o potomcima roditelja muža, odnosno, vanbračnog partnera majke, kao zakonski naslednici trećeg naslednog reda, a po pravu predstavljanja. Videti: čl. 10–20. ZON-a.

začeto uz primenu navedenih postupaka BMPO će imati zakonska nasledna prava prema vanbračnom partneru majke, kao i prema spomenutom krugu njegovih srodnika, čak i kada vanbračni partner majke nije dao pismenu saglasnost na oplodnju, ali samo pod uslovom da je njegovo očinstvo, u slučaju kada je primenjena homologna inseminacija, utvrđeno priznanjem ili sudskom odlukom, odnosno, priznanjem, u slučaju kada je primenjena heterologna inseminacija. Pod pretpostavkom ispunjenja navedenih uslova i vanbračni partner majke, kao i njegovi srodnici, imaće pravo zakonskog nasleđivanja deteta. S obzirom da je utvrđivanje očinstva muškarca koji je darovao semene ćelije zabranjeno,<sup>13</sup> to dete koje je začeto ovim postupkom BMPO, ne može nasleđivati niti muškarca koji je darovao semene ćelije, niti njegove srodnike, kao što ni oni ne mogu nasleđivati ovo dete, bez obzira na njihovu genetsku povezanost.

*Naslednopravne posledice donacije jajne ćelije.* – U slučaju kada su u postupku BMPO upotrebljene donirane jajne ćelije, majkom deteta začetog ovakvim postupkom smatraće se žena koja ga je rodila.<sup>14</sup> Zakonodavac je tako činjenici nošenja i rađanja deteta dao prvenstvo u odnosu na genetsko poreklo deteta.

Naslednopravne posledice ovakvog načina regulisanja utvrđivanja materinstva, ogledaju se u tome da će dete začeto uz primenu navedenog postupka, imati pravo da zakonski nasleđuje ženu koja ga je rodila, bez obzira što ne nosi njene genetske osobine, kao i njene ostale potomke, njene pretke i pobočne srodnike, na način i u granicama predviđenim u ZON-u.<sup>15</sup> Istovremeno, žena koja je rodila dete začeto ovim postupkom BMPO, bez obzira što nije njegova genetska majka, imaće pravo da zakonski nasleđuje ovo dete, pri čemu će ovu mogućnost imati i njeni ostali potomci, preci i pobočni srodnici, na način i u granicama predviđenim u ZON-u.<sup>16</sup> Nesporno je da dete začeto uz pomoć genetskog materijala žene donora, istovremeno ima pravo da zakonski nasleđuje i supružnika ili vanbračnog partnera žene koja nosi i rađa dete, čije genetske osobine svakako i nosi, a koji je dao svoju pismenu saglasnost za postupak BMPO. Stoga će dete ovo pravo imati i u odnosu na gore navedeni krug srodnika svog oca, koji su, u ovom slu-

---

<sup>13</sup> Videti: čl. 58. st. 5. PZ. Identično rešenje predviđa i čl. 66. st. 3. ZBMPO.

<sup>14</sup> Videti: čl. 57. st. 1. PZ, kao i čl. 65. st. 2. ZBMPO. O materinstvu u slučaju začeca uz biomedicinsku pomoć opširnije: G. Kovaček-Stanić, *Porodičnopravni aspekt biomedicinski potpomognutog oplodjenja*, Zbornik Matice srpske za društvene nauke, 2010, str. 421–422.

<sup>15</sup> Konkretna krug srodnika majke koje dete začeto doniranom jajnom ćelijom ima pravo da nasleđuje, identičan je krugu srodnika koje ono može da nasleđuje i u slučaju njegovog začeca postupkom homologne ili heterologne inseminacije, kao srodnike muža, odnosno vanbračnog partnera majke. Videti napomenu 11.

<sup>16</sup> Konkretna krug srodnika majke, koji imaju pravo da nasleđuju dete začeto doniranom jajnom ćelijom, identičan je krugu srodnika muža, odnosno vanbračnog partnera majke, koji imaju pravo da nasleđuju dete začeto postupkom homologne ili heterologne inseminacije. Videti napomenu 12.

čaju, svakako njegovi krvni srodnici. Pravo nasleđivanja navedenih lica dete će imati čak u hipotezi da supružnik žene koja je rodila dete začeto na ovaj način, nije dao svoju saglasnost za postupak BMPO, s obzirom da će se on u ovom slučaju smatrati ocem deteta, a na osnovu opšte pravne pretpostavke *pater est*, koje očinstvo, pri tom, ne može osporavati, jer je prirodni otac deteta. I obrnuto, supružnik žene koja je rodila dete začeto doniranom jajnom ćelijom, kao i njegovi napred navedeni srodnici, imaće pravo zakonskog nasleđivanja deteta začetog uz pomoć doniranog genetskog materijala, nezavisno od činjenice postojanja pismene saglasnosti supružnika za postupak BMPO. Međutim, pod pretpostavkom da vanbračni partner žene koja je rodila dete začeto na ovaj način, nije dao svoju pismenu saglasnost za postupak BMPO, do uzajamnog zakonskog nasleđivanja, između deteta, s jedne strane i vanbračnog partnera žene koja je rodila dete, kao i njegovih srodnika, s druge strane, može doći samo ukoliko je očinstvo vanbračnog partnera deteta utvrđeno priznanjem ili sudskom odlukom. Na kraju, treba naglasiti i da dete koje je začeto postupkom donacije jajne ćelije, nikada ne može nasleđivati ženu koja je darovala jajnu ćeliju, kao ni njene srodnike, kao što ni ona i njeni srodnici, ne mogu zakonski nasleđivati dete, s obzirom na to da se materinstvo žene koja je darovala jajnu ćeliju, ne može utvrđivati.<sup>17</sup>

#### NASLEDNOPRAVNA DEJSTVA SUROGAT MATERINSTVA

Surogat materinstvo je metod biomedicinski potpomognute oplodnje kod koga se surogat majka ugovorom obavezuje da će, nakon veštačke oplodnje, nositi i roditi dete, koje će po rođenju predati paru sa kojim je stupila u ugovorni odnos, uz ugovorenu naknadu ili bez naknade. Brojne dileme, pre svega etičke i pravne, prate ovaj postupak BMPO. One se kreću od toga da li surogaciju uopšte dopustiti, da li dozvoliti zasnivanje surogat materinstva samo na altruističkoj ili i komercijalnoj bazi,<sup>18</sup> šta je predmet ovakvog ugovora, šta se njime kupuje i prodaje, odnosno poklanja, kakva pravna dejstva proizvodi začeće i rođenje deteta, kao

<sup>17</sup> Videti: čl. 57. st. 2. PZ. Isto rešenje sadrži i čl. 65. st. 4. ZBMPO.

<sup>18</sup> U Australiji, Kanadi i Velikoj Britaniji dopuštena je samo altruistička surogacija, dok u SAD-u pravila o surogat materinstvu variraju od države do države, budući da je svaka od njih ovlašćena da dopusti ili zabrani surogaciju. U evropskom pravu prisutna je izrazita diverzifikacija rešenja. Dok pojedine države izričito zabranjuju surogat materinstvo (npr. Nemačka, Francuska, Italija, Slovenija, Austrija, Finska, Makedonija), druge dopuštaju pojedine vidove (Holandija, Grčka, Rusija, Ukrajina, Gruzija), ali su uslovi dopuštenosti i posledice surogat materinstva potpuno različiti od države do države. Ima i zemalja koje nemaju nikavu regulativu po ovom pitanju, te se čutanje zakonodavaca različito tumači. Većina država iz porodice evropsko-kontinentalnog prava, koja uređuju surogat roditeljstvo, dopuštaju samo ono zasnovano na nekomercijalnoj bazi, dok je u Izraelu, iz verskih razloga, dopuštena samo komercijalna surogacija. Detaljnije: D. R. Reilly, *Surrogate pregnancy: a guide for Canadian prenatal health care providers*, Canadian Medical Association Journal, 2007, vol 176, str. 483–485; K. L. Armour, *An Overview of Surrogacy Around the World*, *Nurse Womens Health*, June/July 2012, vol. 16, issue 3, str. 234.

i kakve posledice po dete izaziva kasnije saznanje da je začeto ovim metodom biomedicinske oplodnje.<sup>19</sup> Iako je postupak sam po sebi kontradiktoran, posebne pravne komplikacije mogu izazvati rođenje deteta sa urođenom manom, ili neželjenog pola, kao i rođenja neželjenih blizanaca, kada par odluči da odustane od ugovora, odnosno uzme samo jedno dete. Nisu retki ni slučajevi kada, usled snažne emocionalne vezanosti surogat majke za dete nakon njegovog rođenja, ona odluči da prekrši odredbe ugovora i zadrži dete. Ovakve situacije redovno dovode do dugotrajnih i mučnih sudskih postupaka, čiji ishodi opredeljuju porodično-pravni status deteta.

Nasledna prava deteta koje je rodila surogat majka uslovljena su zakonskom regulativom o materinstvu i očinstvu. Naročito značajan pravni problem je pluralizam, samim tim i neminovna fragmentacija materinstva, te za legislatora primarni izazov, ukoliko se surogacija dopusti, predstavlja opredeljenje žene koja će se smatrati majkom deteta, budući da savremeni pravni poretci prihvataju koncepciju po kojoj dete treba da ima samo jednu (pravnu) majku. Osnovna dilema je kom kriterijumu dati prevagu: sociološkom ili biološkom, odnosno genetskom. Pristupi mogu biti različiti. Majkom deteta može se smatrati žena koja ga je rodila ili nameravana majka, a ocem deteta muž žene koja ga je rodila, ili nameravani otac.<sup>20</sup>

Naši važeći propisi priklanjaju se dominantnom stavu uporednopravne legislative i izričito zabranjuju surogat materinstvo.<sup>21</sup> Ovakvo rešenje kritikovala su neka vodeća imena naše civilistike, ukazujući da je ustavnost ove regule upitna, a sama odredba diskriminatorna, s obzirom da ZBMPO dopušta sve vidove lečenja muške neplodnosti.<sup>22</sup> Zabrana surogat materinstva svakako je problematična, jer se van okvira prava stavlja jedina mogućnost da žena, koja može da proizvede jajnu ćeliju, ali ne može da iznese trudnoću i rodi dete, dobije dete koje nosi njene genetske karakteristike. U slučaju kada žena ne može ni da proizvede jajnu ćeliju, niti da iznese trudnoću, zabranom surogat materinstva par koji želi dete biva sprečen da dobije dete koje će genetski biti vezano makar za jednog partnera.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> O razlozima *pro et contra* za pravno uređenje surogat materinstva, kao i o pravnim i moralnim dilemama za dopuštenost komercijalnih ugovora o surogat materinstvu, opširnije: D. Micković, Ugovori o surogat materinstvu: pravni i etički aspekti, *Pravni život*, br. 10/2008, str. 433–437; D. Spar, *For Love and Money: The Political Economy of Commercial Surrogacy*, *Review of International Political Economy*, 2005, Vol. 12, No. 2, str. 295 i dalje.

<sup>20</sup> U postupku surogat materinstva mogu učestvovati i treća lica – žena ili muškarac koji doniraju svoje reproduktivne ćelije kako bi do začeca došlo. Ova lica nemaju pravni tretman oca ili majke deteta.

<sup>21</sup> Videti: čl. 65. st. 1. tač. 25. ZBMPO.

<sup>22</sup> O. Cvejić-Jančić, *op. cit.* str. 10-11.

<sup>23</sup> Surogat materinstvo moguće je i kada su oba partnera infertilna, pa surogat majka biva oplodnjena reproduktivnim materijalom drugog muškarca, a pojedine države priznaju pravo i homo-

S druge strane, Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, u delu kojim se regulišu porodični odnosi,<sup>24</sup> a koji je svetlost dana ugledao samo dve godine nakon donošenja ZBMPO, dopušta surogat materinstvo, i detaljno uređuje uslove za primenu ovog postupka i njegove porodičnopravne posledice. Ustanova surogat materinstva ruši temelje pretpostavke materinstva,<sup>25</sup> kao i pravila koje se odnosi na mogućnost utvrđivanja materinstva žene koja je dete rodila u sudskom postupku.<sup>26</sup> Prednacrt GZ menja tradicionalnu pretpostavku materinstva, propisujući da se u matične knjige, kao majka deteta, upisuje nameravana majka, a ne žena koja je dete rodila.<sup>27</sup> Suprug ili vanbračni partner nameravane majke upisuje se kao otac, bez obzira da li je i biološki otac deteta. Sadejstvo suda nije potrebno – za pravni status roditelja i dece odlučujuća je činjenica upisa u matičnu knjigu rođenih. Ovakvo rešenje, shodno kojem se sociološkom kriterijumu daje primat u odnosu na kriterijum rođenja deteta i genetskog porekla deteta,<sup>28</sup> predviđeno je bez obzira da li se radi o parcijalnoj (genetskoj) ili totalnoj (gestacijskoj) surugaciji.<sup>29</sup> Materinstvo deteta rođenog ovim putem ne može se osporavati, čak ni kada je surogat majka genetska majka deteta. Rešenja iz Prednacrt GZ svakako će izazvati mnogo pažnje i biti predmet kritičkih razmatranja.<sup>30</sup> Nama se, ipak, čini da ponuđena solucija pogađa srž surogat materinstva. Predajući dete paru kome se na to ugovorom obavezala, surogat majka odustaje od vršenja roditeljskog prava. Time se izbegava potreba da nameravani roditelji docnije usvoje dete. Tako što

seksualnim parovima da ovim putem dobiju dete (neke savezne države SAD-a i Australije, dok je u ovom trenutku u proceduri donošenje zakona kojim će tako što biti omogućeno i u Izraelu).

<sup>24</sup> Videti: čl. 60–67. Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, treća knjiga, Porodični odnosi, Beograd, jun 2011. U daljem tekstu: Prednacrt GZ.

<sup>25</sup> Član 57. PZ stipuliše da je majka deteta začetog uz biomedicinsku pomoć žena koja ga je rodila. Član 43. Prednacrt GZ propisuje da ova pretpostavka ne važi u slučajevima rađanja za drugog.

<sup>26</sup> Videti: čl. 44. st. 1. Prednacrt GZ.

<sup>27</sup> Videti: čl. 60. Prednacrt GZ.

<sup>28</sup> U nedostatku zakonskih rešenja, američki sudovi su pri utvrđivanju materinstva imali različite pristupe, dajući primarni značaj ili rađanju deteta, ili njegovoj genetskoj vezanosti za majku, te su i definisali tzv. genetsko i gestacijsko pravilo za određivanje materinstva. Sve je prisutniji stav da kao dominantan kriterijum za određivanje materinstva treba uzeti nameru ugovornih strana, sadržanu u ugovoru o surogat materinstvu. Ovim kriterijumom prvi put se rukovodio Vrhovni sud Kalifornije u slučaju *Johnson v. Calvert*, iz 1993. godine. E. Hisano, *Gestational Surrogacy Maternity Disputes: Refocusing on the Child*, 15 *Lewis and Clark Law Review*, 2011, str. 539–543.

<sup>29</sup> Parcijalna surugacija postoji kada je surogat majka istovremeno i genetska majka deteta. Kod totalne surugacije, surogat majka samo nosi i rađa dete koje nije genetski njeno.

<sup>30</sup> Mogućnost da pravni roditelji postanu muškarac i žena koji žele dete, poznato je u uporednom pravu, ali samo uz saglasnost surogat majke (Rusija), ili na osnovu odluke suda (Izrael, Velika Britanija), ne i na način kako se to predlaže u Prednacrtu GZ-a. U pojedinim državama, kao što je to npr. slučaj u Holandiji, surogat majka uvek se smatra majkom, ali otac-naručilac i njegova žena mogu usvojiti dete, čime se čitav postupak značajno usložnjava. Detaljnije: G. Kovaček-Stanić, *Porodično-pravni aspekti surogat materinstva*, *Pravni život*, br. 9/2001, str. 494–498.



bi neminovno izmenilo i regulativu u oblasti usvojenja, budući da je kod nas zabranjeno usvojiti krvnog srodnika u pravoj liniji. Predloženim rešenjem, šire posmatrano, anuliraju se i pravni problemi do kojih može doći kada se ovaj metod oplodnje koristi među bliskim srođnicima (slučajevi surogat materinstva među sestrama, odnosno između majke i kćeri, kada je surogat majka detetu istovremeno tetka, baba ili polusestra), čime se značajno komplikuju porodičnopravni i naslednopravni odnosi.<sup>31</sup>

Ukoliko predloženo rešenje bude oživotvoreno u budućem GZ, naslednopravne posledice surogacije ogledale bi se u uzajamnom pravu nasleđivanja deteta i roditelja upisanih u matičnu knjigu rođenih. Tako nešto važno bi bez izuzetka, nevezano da li su oba pravna roditelja istovremeno i biološka. Dete bi moglo nasleđivati i srođnike svojih roditelja, kao i oni njega, bez obzira da li je sa njima u krvnom srođstvu. Regulativa bi, možda, trebala da otkloni dileme da li priznati međusobno pravo zakonskog nasleđivanja između deteta i surogat majke, kada je ona njegova genetska majka. Čini se da, ako se posledice rađanja za drugog regulišu u GZ u predloženom vidu, u ovom trenutku ne treba ići toliko daleko.<sup>32</sup>

Smatramo da bi posebno trebalo regulisati sasvim realnu situaciju kada dete, iz nekog razloga, nameravani roditelji ne žele da uzmu nakon rođenja, a surogat majka želi da ga zadrži.<sup>33</sup> Mislimo da bi tada trebalo napraviti izuzetak, i materinstvo priznati surogat majci, nevezano da li se radi o gestacijskoj ili genetskoj surogaciji, te bi dete nasledna prava ostvarivalo u odnosu na nju i njene krvne srođnike. Pri tome bi se kao vrlo sporno javilo pitanje naslednih prava deteta u odnosu na nameravanog oca – ako je on istovremeno i genetski otac.

#### POSTHUMNA OPLODNJA I NASLEĐIVANJE

Posthumna oplodnja kontroverzan je postupak BMPO kojim se reproduktivni materijal preminule osobe koristi u svrhu prokreacije.<sup>34</sup> Vidovi ove oplod-

---

<sup>31</sup> Kodifikator, ipak, ostavlja otvorenim pitanje da li ovakav vid surogat materinstva u našem pravu zabraniti ili ograničiti samo na slučajeve gestacijske surogacije. Videti: alternativu uz čl. 62. Prednacrtu GZ.

<sup>32</sup> U stranoj literaturi nailazimo na stavove da dete ne mora da ima samo dva roditelja, već se, analiziranjem prednosti pluralizma roditeljstva, ukazuje da se time omogućava da lica koja zaista vrše roditeljsku dužnost legalizuju svoj status, iz čega bi proistekle značajne pravne posledice za roditelje i dete, porodičnopravne i naslednopravne. M. B. Jacobs, *Why Just Two? Disaggregating Traditional Parental Rights and Responsibilities to Recognize Multiple Parents*, Digital Commons at Michigan State University College of Law, 9 J.L. & Fam. Stud. 2007, str. 318 i dalje. Naše pravo daleko je od ovakvog poimanja roditeljstva u ovom trenutku.

<sup>33</sup> Prednacrt GZ predviđa dužnost nameravanih roditelja da preuzmu dete od surogat majke, bez obzira na osobine rođenog deteta (čl. 64. st. 2). I pored postojanja ove norme, jasno je da niko ne može nameravane roditelje primorati da uzmu neželjeno dete, jer bi tako nešto bilo direktno suprotno najboljem interesu tek rođenog deteta.

<sup>34</sup> R. Collins, *Posthumous Reproduction and the Presumption Against Consent in Cases of Death Caused by Sudden Trauma*, *Journal of Medicine and Philosophy*, 2005, vol. 30, issue 4, str. 431.

nje su raznovrsni. Oplodnja *post mortem* najčešće se vrši zamrznutim reproduktivnim ćelijama donora, ili jednog odnosno oba partnera koji su bili uključeni u postupak biomedicinski potpomognute oplodnje, po pravilu kada je dat pristanak za korišćenje oplodnih ćelija nakon smrti.<sup>35</sup> Ovaj vid BMPO moguć je i kada ne postoji ranije zamrznuti reproduktivni materijal, već se u kratkom roku nakon smrti oplodne ćelije uzimaju od umrlog, najčešće na zahtev partnera ili njegovih srodnika.<sup>36</sup> U postupku posthumne oplodnje može učestvovati i surogat majka, kada se u njeno telo unose oplodne ćelije preminule žene ili rani embrion, ili kada biva oplođena semenim ćelijama preminulog muškarca čija supruga, odnosno vanbračna partnerka, ne može da iznese trudnoću.<sup>37</sup> Kombinacija ova dva postupka BMPO bitno uslođnjava pravne posledice koje nastupaju rođenjem deteta.

Dopustiti oplodnju biološkim materijalom preminulog lica ili ne – pitanje je koje izaziva možda i veće polemike od surogat materinstva. Brojne dileme (moralne, pravne, pa i religiozne) stoje pred legislatorom, budući da posthumna inseminacija može proizvesti dalekosežne psihološke, pravne i ekonomske posledice ne samo po dete začeto ovim putem,<sup>38</sup> već i po članove porodice. Iz ugla prava, posthumna oplodnja otvara čitav niz pitanja koja u izvesnoj meri redefinišu uobičajene poglede na brak, roditeljstvo, nasleđivanje.<sup>39</sup> Stoga je veliko pitanje da li i koje vidove postmortalne inseminacije dozvoliti, i na koji način regulisati njihova pravna dejstva. Protiv posthumne oplodnje mogu se izneti brojni razlozi koji ukazuju na odsustvo njene društvene opravdanosti.<sup>40</sup> Uvažavamo stav da je interes svakog deteta da ima oba roditelja sa kojima će živeti, koji će ga voleti, starati se o njemu, vaspitavati, školovati... Ipak, ako sagledamo problem kroz prizmu najboljeg interesa deteta, jasno je da je u njegovom najboljem interesu da bude rođeno. Dopuštanjem posthumne oplodnje omogućava se rađanje novog života. Pred tim

<sup>35</sup> O razlozima i motivima za zamrzavanje oplodnih ćelija više: D. Micković, Posthumnata reprodukcija i nasledno pravo, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 61 (2), 2011, str. 523–524.

<sup>36</sup> Takve primere poznaje strana jurisprudencija. Primere iz prakse videti kod: J. Vidić, Posthumna oplodnja i njena naslednopravna dejstva, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3/2011, str. 554–556.

<sup>37</sup> U literaturi se navodi da ovakva mogućnost postoji i kada preminuli muškarac nije imao suprugu ili vanbračnu partnerku, pa npr. njegovi roditelji angažuju surogat majku da im rodi unuku. Detaljno o različitim vidovima oplodnje *post mortem* i njihovim posledicama: R. Zafran, Dying to be a Father: Legal Paternity in Cases of Posthumous Conception, *Houston Journal of Health Law & Policy*, Vol. 8, No. 1, 2008, str. 51–55.

<sup>38</sup> D. Micković, Posthumnata reprodukcija i nasledno pravo..., str. 526.

<sup>39</sup> B. Simpson, Making “Bad” deaths “Good”: The Kinship Consequences of Posthumous Conception, *Journal of the Royal Anthropological Institute*, 2001, Vol. 7, No. 1, str. 1.

<sup>40</sup> Više: D. Živojinović, Nasledna prava posthumno začete dece, *Pravni život*, br. 10/2005, str. 709.

argumentom svi ostali razlozi kojima se naglašavaju negativne posledice do kojih dovodi primena ovog vida BMPO, deluju neubedljivo.<sup>41</sup>

U našem pravu ZBMPO posthumnu oplodnju uzgred i neprecizno reguliše. Iz stilizacije odredbi nije dovoljno jasno da li za posthumnu oplodnju mogu biti upotrebljene samo oplodne ćelije preminulog donora, koji je za to dao pismeni pristanak,<sup>42</sup> ili je dopuštena i oplodnja supruge ili vanbračne partnerke zamrznutim semenim ćelijama njenog preminulog partnera, kada za to postoji njegova saglasnost.<sup>43</sup> Nama se čini da se regule ZBMPO mogu protumačiti u pravcu dopuštenosti i ovog vida posthumne oplodnje.<sup>44</sup> Ipak, ostaje nepoznanica da li se muškarac čije se oplodne ćelije koriste za posthumnu oplodnju može smatrati ocem deteta, s obzirom da u trenutku začeća brak, odnosno vanbračna zajednica, više ne postoji, jer je prestanak nastupio smrću partnera.

Smatramo da ovako značajan vid BMPO zaslužuje da bude precizno pravno uobličen, kako bi se izbegla različita tumačenja. Tu naročito mislimo na regulisanje korišćenja reproduktivnih ćelija nadživelog partnera u cilju dobijanja zajedničkog potomstva sa preminulim partnerom, uslove koji za to moraju biti ispunjeni, vreme u kome se začeće može izvršiti. Posebnu pažnju treba posvetiti regulisanju pravnih posledica ovakve oplodnje, koje se bitno razlikuju od slučaja kada do začeća deteta dolazi oplodnim ćelijama preminulog donora. S tim u vezi, za posthumnu oplodnju neophodan bi bio pristanak preminulog supružnika/vanbračnog partnera, dat u pismenoj izjavi overenoj pred sudom, u obliku javnobeležničkog zapisa<sup>45</sup> ili u zaveštanju, da se reproduktivne ćelije iskoriste radi dobijanja zajedničkog potomstva sa nadživelim partnerom.<sup>46</sup> Da li će reproduktivni

---

<sup>41</sup> I pored toga, u većini prava posthumna oplodnja je ili zabranjena, ili uopšte nije regulisana. U onim relativno malobrojnim zemljama koje je dopuštaju (SAD, Velika Britanija, Holandija, Austrija, Belgija, Španija, Grčka, Makedonija) uslovi za posthumno začeće i njegove pravne posledice različito su regulisane. Tako je i kad je o pravu deteta da nasledi svoje biološke roditelje reč, te su odgovore na mnoga neregulisana pitanja morali dati sudovi. Videti slučajeve *Estate of Kolacy*, iz 2000. godine i *Woodward v. Commissioner of Social Security* iz 2002. godine. Detaljnije: J. Vidić, *op. cit.*, str. 562–563.

<sup>42</sup> Videti: čl. 53. st. 3. ZBMPO.

<sup>43</sup> Član 58. st. 4. ZBMPO propisuje mogućnost upotrebe zamrznutih semenih ćelija, jajnih ćelija ili ranih embriona supružnika ili vanbračnih partnera i po proteku roka čuvanja, ako je lice od koga potiču reproduktivne ćelije ili rani embrion umrlo pre isteka roka, a dalo pismeni pristanak da se oplodne ćelije mogu koristiti i nakon njegove smrti, ili je to učinilo u zaveštanju. Zakon, međutim, ne kaže ništa ko može biti oplodjen ovim ćelijama.

<sup>44</sup> U tom smislu i: O. Cvejić-Jančić, *op. cit.*, str. 15–16.

<sup>45</sup> Videti: čl. 83. st. 1. tač. 11. Zakona o javnom beležništvu, "Sl. glasnik RS", br. 31/2011, 85/2012, 19/2013 i 55/2014 - dr. zakon.

<sup>46</sup> Upotreba oplodnih ćelija nakon smrti, bez saglasnosti preminulog, vodila bi narušavanju njegove reproduktivne autonomije, a dokazivanje postojanja želje i namere u tom pravcu, koja nije pismeno zasvedočena, moglo bi biti podložno raznim zloupotrebama. Više: A. R. Schiff, *Posthumous conception and the need for consent*, *Medical Journal of Australia*, 170(2), 1999, str. 53–54; B.

materijal biti iskorišćen nakon smrti ili ne, u dispoziciji je nadživelog partnera, koji u tom smislu ne može imati nikakvu obavezu.

Kada se radi o oplodnji semenim ćelijama muškarca, vreme u kome oplodnja može biti izvršena treba precizno odrediti.<sup>47</sup> Prvih nekoliko meseci nakon smrti partnera postmortalnu oplodnju ne treba dopustiti, kako nadživeli partner, zbog specifičnog emotivnog stanja u kome se nalazi, ne bi preneglio sa odlukom. Krajnji vremenski limit u kome može doći do začeca treba biti razumno određen, u cilju obezbeđenja pravne sigurnosti. Pri opredeljivanju ovog roka mora se uzeti u obzir i naslednopravni aspekt, i voditi računa o sigurnosti i izvesnosti u pravnom prometu u vezi sa raspodelom zaostavštine i ostvarivanjem naslednih prava ostalih naslednika preminulog. Stoga nam se čini da posthumnu oplodnju ne treba dozvoliti pre proteka 6 meseci, niti nakon 18 meseci od smrti lica čije reproduktivne ćelije imaju biti upotrebljene za oplodnju.

Kakve su naslednopravne reperkusije rođenja posthumno začetog deteta? Kada je do posthumnog začeca došlo oplodnim ćelijama preminulog donora, naslednopravne posledice identične su heterolognoj inseminaciji reproduktivnim materijalom živoga donora. Majkom deteta smatra se žena koja ga je rodila, a ocem njen supružnik ili vanbračni partner, ukoliko je dao pismeni pristanak za veštačku oplodnju. Dete svoja nasledna prava ostvaruje prema njima, kao i prema njihovim srodnicima koje može naslediti shodno pravilima ZON-a, ne i prema donoru čije gene nosi. Naravno, važi i obrnuto.

Značajno su drugačije implikacije kada se oplodne ćelije preminulog supružnika ili vanbračnog partnera koriste za začecanje deteta koje će imati genetske karakteristike oba partnera. Prema kome će dete moći da ostvaruje svoja nasledna prava zavisice prvenstveno od toga ko će se smatrati njegovim roditeljem. Mišljenja smo da kod ovog vida posthumne oplodnje, u svakom slučaju, prednost treba dati genetskom kriterijumu prilikom definisanja ko je majka, odnosno otac deteta. Ukoliko surogat materinstvo bude regulisano u našem pravu, na način predviđen Prednactrom GZ, prilikom upotrebe reproduktivnog materijala preminule žene, roditeljima posthumno začetog deteta smatraće se nameravani roditelji, koji su, po pravilu, i njegovi genetski roditelji, te bi dete svoja nasledna prava moglo

Bennett, Posthumous reproduction and the meanings of autonomy, Melbourne University Law Review, Vol. 23, No. 2, 1999, str. 305.

<sup>47</sup> Uparedno pravo poznaje različita rešenja: u Španiji genetski materijal može biti upotrebljen u roku od 12 meseci od smrti (videti: čl. 9. LEY 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, <http://www.boe.es/boe/dias/2006/05/27/pdfs/A19947-19956.pdf>). Isti vremenski rok predviđa i makedonski zakonodavac (videti: čl. 33. st. 2 Zakona za biomedicinski potpomognato oplodivanje, "Sl. vesnik na RM", br. 37/2008). U pravu Belgije, oplodnja ne može biti izvršena pre isteka roka od 6 meseci niti po proteku 2 godine od smrti lica čije oplodne ćelije treba da budu upotrebljene (videti: čl. 16. и čl. 44–45. PROJET DE LOI relatif à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gametes, <http://www.la-chambre.be/FLWB/pdf/51/2567/51K2567005.pdf>).

da ostvari prema njima, na način koji je u radu već pojašnjen. U slučaju posthumnog začeća partnerke oplodnim ćelijama preminulog supružnika/vanbračnog partnera, ocem deteta se bez izuzetka ima smatrati muškarac čije su semene ćelije korišćene za oplodnju, i koji je i biološki otac deteta, pod uslovom da se saglasio sa ovim vidom oplodnje. Ovako što važno bi i u slučaju da je žena pre rođenja deteta sklopila novi brak – njen supružnik ne bi se mogao smatrati ocem deteta.<sup>48</sup>

Po rođenju, detetu bi trebalo priznati pravo da nasledi svoje genetske roditelje – oca, odnosno majku (kod surogat materinstva), čijim je oplodnim ćelijama posthumno začeće. Za zakonodavca polazna premisa mora biti da se ne sme dozvoliti diskriminacija među decom u pogledu njihovih naslednih prava, prema načinu njihovog začeća. Važeći naslednopravni propisi kod nas, međutim, ne prepoznaju posthumno začeće decu kao naslednike svojih preminulih bioloških roditelja. U čl. 3. st. 2. ZON-a propisano je da ostavioca može naslediti dete samo ako je već bilo začeće u trenutku njegove smrti, i ako se rodi živo.<sup>49</sup> U domaćoj teoriji nailazimo na stav da ciljnim tumačenjem navedene fikcije o *nasciturusu* treba izvesti zaključak da dete ima pravo da nasledi svoga oca ako se rodi živo, bez obzira na trenutak začeća.<sup>50</sup> Suprotno ovom, postoji mišljenje da razlozi pravne sigurnosti oponiraju stavu o proširenju postojeće fikcije o začetku.<sup>51</sup> Mišljenja smo da je veliko pitanje da li bi domaći sudovi naslednikom oglasili *nondus conceptus-a* ako se živ rodi, i izražavamo ozbiljnu rezervu prema mogućnosti da se fikcija o *nasciturusu* šire tumači, budući da su važeće zakonske norme jasne.

Zalažući se za stav da detetu treba priznati pravo da nasledi svoje biološke roditelje, smatramo da je neophodno proširenje aktuelne fikcije o začetom, a nerođenom detetu. U Prednacrtu GZ učinjen je pokušaj u tom pravcu: “*Naslediti može i ostaviočevo dete koje nije rođeno u trenutku njegove smrti, ako se rodi živo*”.<sup>52</sup> Iako je namera kodifikatora ispravna, čini se da se predloženo rešenje može preusko protumačiti. Naime, važeće rešenje iz ZON-a omogućava bilo kom detetu, koje je začeće u vreme delacije i rodi se živo, da nasledi ostavioca, pri čemu

---

<sup>48</sup> U teoriji se mogu naći argumenti kojima se opravdava stav da se u ovakvoj situaciji ocem deteta ima smatrati supružnik majke, jer će on u stvarnom životu i imati ulogu roditelja. Videti: R. Zafran, *op. cit.*, str. 76 i dalje.

<sup>49</sup> Identično rešenje predviđa čl. 122. Zakona za nasledovanje (“Sl. vesnik na RM”, br. 47/96), te ni u Makedoniji posthumno začeća deca ne mogu naslediti roditelje preminule pre njihovog začeća. Ovakva neusklađenost naslednopravnih propisa sa pravilima o posthumnoj oplodnji kritikovana je u teoriji. Videti: Lj. Spirović Trpenovska, D. Micković, A. Ristov, *Naslednoto pravo vo Republika Makedonija*, Skopje, 2010, str. 61.

<sup>50</sup> Pravni položaj ostalih naslednika zavisio bi od njihove savesnosti. Savesnim bi se smatrali do momenta saznanja za posthumnu oplodnju, odnosno rođenje deteta. O. Antić, *Nasledno pravo*, Beograd, 2009, str. 72.

<sup>51</sup> Detaljnije o razlozima koji opravdavaju ovakvo stanovište: D. Đurđević, *Institucije naslednog prava*, Beograd, 2010, str. 61–62.

<sup>52</sup> Videti: čl. 3. st. 2. Prednacrtu GZ, četvrta knjiga, *O nasledivanju*, Beograd, jun 2011.

ono ostaviocu može biti i unuk, praunuk, brat, itd. Bitno je samo da bi bilo pozvano da nasledi u vreme delacije, da je bilo rođeno. I kod posthumne oplodnje trebalo bi priznati pravo detetu ne samo da nasledi svog preminulog roditelja, ako se rodi živo, već i ostale svoje srodnike, preminule pre njegovog rođenja, koje bi primenom prava predstavljanja nasledilo umesto umrlog roditelja (kada je srodnik preminuo nakon smrti detetovog roditelja, bez obzira da li je do začeća došlo pre delacije srodnika). Time se otvara mogućnost da dete nasledi bilo kog ostavioca, ukoliko bi po pravilima redovnog zakonskog nasleđivanja, izuzetno i na osnovu zaveštanja, bilo pozvano da nasledi.

Neophodno je regulisati i postupanje ostavinskog suda u slučaju posthumnog začeća deteta. Važeća pravila propisuju da kada sud sazna za postojanje začetka, o tome obaveštava organ starateljstva, a o pravima nerođenog deteta stara se jedan od njegovih roditelja, ako organ starateljstva ne odredi drugačije.<sup>53</sup> Budući da lice koje se stara o interesima deteta ne može pre njegovog rođenja dati nasledničku izjavu, sud je dužan da zastane sa postupkom dok se dete ne rodi,<sup>54</sup> ili dok ne dođe do prekida trudnoće. Identična pravila mogla bi se primeniti i kod posthumne oplodnje nakon začeća deteta. Međutim, kako sud da postupi ako tokom vođenja postupka još uvek nije došlo do začeća, a pismeni pristanak za korišćenje oplodnih ćelija *post mortem* postoji? Da li postupak nastaviti do obaveštenja da je do začeća došlo, ili zastati sa postupkom do obaveštenja da je nadživeli supružnik/vanbračni partner odustao od oplodnje, odnosno da oplodnja nije bila uspešna, a ako je bila uspešna – do rođenja deteta? Pri regulisanju ovog pitanja treba voditi računa da interesi deteta budu zaštićeni, ali i da budu uvaženi interesi ostalih naslednika, koji bi dugo mogli čekati na donošenje rešenja o nasleđivanju, usled čega bi njihova pravna pozicija bila nepovoljna. U literaturi se, kao eventualni način pomirenja ovih interesa, navodi mogućnost da se deo zaostavštine, koji bi mu po zakonu pripao, rezerviše za dete dok ne bude rođeno, a da se preostali deo zaostavštine raspodeli ostalim naslednicima. Ako se dete ne rodi živo, ili do začeća u zakonskom roku uopšte ne dođe, rezervisani deo zaostavštine raspodelio bi se ostalim naslednicima.<sup>55</sup> Kome god se od navedenih rešenja zakonodavac priklonio, ono mora biti precizno normirano, a interesi svih učesnika u postupku najpotpunije zaštićeni.

## ZAKLJUČAK

Nemogućnost dobijanja dece prirodnim putem jedan je od najznačajnijih i najbolnijih problema savremenog čoveka. Neslućeni razvoj reproduktivnih teh-

<sup>53</sup> Videti: čl. 112. Zakona o vanparničnom postupku, "Sl. glasnik SRS", br. 25/82 i 48/88 i "Sl. glasnik RS", br. 46/95 - dr. zakon, 18/2005 - dr. zakon, 85/2012, 45/2013 - dr. zakon i 55/2014.

<sup>54</sup> N. Stojanović, Nasledno pravo, Niš, 2011, str. 54.

<sup>55</sup> D. Micković, Posthumnata reprodukcija i naslednoto pravo..., str. 541.

nologija poslednjih decenija omogućava da taj problem bude prevaziđen. Sve je veći broj država koje proširuju spektar dopuštenih tehnika lečenja neplodnosti, pravno ih uokviruju i regulišu pravne posledice koje one proizvode. Humani karakter ovih metoda, i pored toga što izazivaju brojne etičke, psihološke i pravne dileme, učiniće da trend širenja dopuštenih postupaka biomedicinski potpomognute oplodnje bude nastavljen. Time bi se jasno poslala poruka da prednost uvek treba dati životu. Svaki čovek, koji bude rođen uz pomoć BMPO, najbolji je argument u prilog ovih metoda.

Savremene tehnike asistirane reprodukcije ostvaruju značajan uticaj na oblast prava. On je najvidljiviji u sferi porodičnopravnih odnosa, ali je njegova refleksija na ustanovu nasleđivanja nesumnjiva. Nasledna prava deteta začetog uz pomoć biomedicine uslovljena su normama porodičnog prava kojima se reguliše ko se smatra majkom, odnosno ocem deteta, pri čemu regulativa može biti različita za razne postupke BMPO. Dete začeto donacijom jajne ćelije, ili postupcima homologne, odnosno heterologne inseminacije, ostvaruje svoja nasledna prava prema ženi koja ga je rodila, jer se ona smatra njegovom majkom, kao i prema njenom supružniku, odnosno vanbračnom partneru, koji je pravni otac deteta, pod uslovom da je dao saglasnost za postupak biomedicinske oplodnje. Kod homologne inseminacije, dete će naslediti muža majke i kada nije dao pristanak da njegove semene ćelije budu upotrebljene za oplodnju supruge, jer bi se on, budući da je genetski otac deteta, smatrao i njegovim pravnim ocem na osnovu pretpostavke *pater vero*.

Surogat materinstvo, prema važećim propisima zabranjeno kod nas, jedina je šansa za mnoge parove da dobiju dete koje nosi genetske karakteristike oba partnera, ili barem jednog od njih. Intencija kodifikatora je, međutim, da ovaj vid lečenja ženske neplodnosti bude pravno uobličen. Uzimajući u obzir kompleksnost surogacije i brojna sporna pitanja koja legislator treba da uzme u obzir prilikom propisivanja valjanog i održivog pravnog okvira, čini se da je rešenje koje je predloženo u Prednartu GZ, po kome se u matičnu knjigu rođenih kao roditelji upisuju nameravani roditelji, a ne surogat majka (i eventualno njen partner), najbolje. Bude li usvojeno ovo rešenje, naslednopravne reperkusije surogacije ogledale bi se u mogućnosti deteta da *ex lege* nasledi samo pravne roditelje i njihove srodnike, ne i surogat majku, bez obzira da li je ona i njegova genetska majka.

Biomedicinski potpomognuta oplodnja reproduktivnim materijalom preminulog lica predstavlja još jedan metod BMPO koji izaziva mnogo pažnje i brojne dileme. Pravnom uobličenju posthumne oplodnje u našem pravu zakonodavac nije posvetio dovoljnu pažnju.

Naslednopravne konsekvence oplodnje genetskim materijalom živog i preminulog donora identične su. Međutim, kada se zamrznute oplodne ćelije preminulog supružnika, odnosno vanbračnog partnera, koriste za dobijanje zajedničkog potomstva sa nadživelim partnerom, prilikom definisanja ko su roditelji posthumno začetog deteta prednost treba dati genetskom kriterijumu. Posma-

trano iz ugla regulisanja naslednopravnih konsekvenci rođenja deteta začetog nekom od metoda BMPO, posthumna oplodnja, u slučaju opredeljenja da dete može da nasledi svoje roditelje, čijim je genetskim materijalom začeto nakon njihove smrti, predstavlja najveći izazov. Zahvat zakonodavca u postojeće materijal-nopravne i procesnopravne norme biće neophodan, kako bi se garantovalo pravo živo rođenog deteta da nasledi svog preminulog roditelja i njegove srodnike, bez obzira što nije bilo začeto u momentu njihove delacije, i omogućilo detetu da svoja prava efikasno ostvari u postupku za raspravljanje zaostavštine.

JELENA VIDIĆ TRNINIĆ, Ph.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad  
NOVAK KRSTIĆ, LL.M.,  
Assistant, Faculty of Law, University of Niš

#### INHERITANCE EFFECTS OF THE BIRTH OF A CHILD CONCEIVED IN THE PROCESS OF BIOMEDICAL ASSISTED REPRODUCTION

##### Summary

Strong development of reproductive technologies imposes the needs for biomedical assisted reproduction effects to be analyzed from the different aspects of law. Inheritance effects of the birth of a child conceived through biomedical, largely rely on rules of motherhood and fatherhood, regulated in family law. In this paper we firstly analyze inheritance consequences of the biomedical fertilization permitted in Serbian legislation. We also discussed the issue of succession effects of surrogacy, from the spot of the proposed solutions which should take place in future Serbian Civil Law Codification. The special attention we gave to inheritance effects of posthumous reproduction, because it is not clearly regulated in our contemporary law. The legal consequences of the birth of a child, that is conceived by genetic material of the deceased parent must be carefully regulated, and a child must be guaranteed the right to inherit its genetic parents, except in the case of the reproductive cells donation.



## KLAUZULA O POTPUNOSTI ISPRAVE

### U V O D

Velike kompanije, najčešće, priperemaju formularne, odnosno athezijske ugovore ili tzv. *boilerplate* standardizovane ugovore kojima se autonomija volje slabije ugovorne strane svodi gotovo na minimum. Ono što nas je navelo da više istražujemo u ovom radu su one uobičajene, kratke i naizgled jasne i naivne ugovorne odredbe koje dolaze na kraju obimnih i veoma kompleksnih međunarodnih trgovačkih ugovora pod naslovom “razno” (*miscellaneous*). Iskustvo pokazuje da iskusni pravnici, prvenstveno oni koji izrađuju standardizovane ugovore strukturisane na osnovu običajnog prava (*common law*), u slučaju spora, koriste upravo te ugovorne kaluzule kako bi dokazali da se jedna ugovorna strana (po pravilu slabija) otkazala od nekih od svojih osnovnih individualnih ugovornih prava ili da neka dejstva ugovarača ne proizvode nikakav pravni učinak. Zato, upotreba ovih ugovornih klauzula ne sme biti rutina, zbog toga što često ne odgovaraju duhu samog ugovora, a još manje pravnoj nameri ugovornih strana.

U ovom radu glavni fokus će biti stavljen na analizu pravne prirode klauzule o potpunosti isprave (*entire agreement clause*) kao jedna od klauzula koja u poslovnoj praksi izaziva najviše kontroverzi. Naime, anglo-američko poreklo ove kaluzule stavljeno u kontekstu kontinentalno-građanskog ugovornog prava postavlja puno pitanja, posebno sa aspekta pravnih posledica koje proizilaze njenim tumačenjem.

*Pravilo parol evidence rule.* – Sloboda ugovaranja, sigurnost i predvidljivost pravnog prometa su imperativ trgovačkog prometa. Ova načela nalaze različiti pravni izraz u zemljama koje potiču iz običajno-pravne (*common law*) i kontinentalno – građanske pravne tradicije (*civil law*), a odnose se na trgovačke ugovore, prvenstveno autonomne trgovačke prakse. Kada pismeni ugovor pruža jasan odgovor na svako pitanje, bilo preko jasnih reči, bilo preko jezičkih konstrukcija putem kojih razumnom dedukcijom se može doći do prave namere ugovarača, ugovor može predstavljati “potpuno razumevanje” - sam ugovor je dovoljan da se reši određeno pitanje.<sup>1</sup> Ipak, može se pojaviti situacija koja nije predviđena, niti uređena samim pismenim ugovorom. U ovim slučajevima javlja se pitanje kako i u kom obimu primeniti neka pravila koje mogu pomoći u uporednom pravu. Pri tome, pravi se razlika između situacije koje su prethodile samom zaključenju ugovora i situacije nastale nakon njegovog zaključenja. Postoje različiti pristupi i pravila u zemljama građanskopravne tradicije i u zemljama običajnopravne tradicije.

Krenuli bismo sa običajnopravnom tradicijom i njihovim pravilima.

*Situacije koje su prethodile samom zaključenju ugovora.* – U zemljama *common law*-a se najpre referiše na tzv. *parol evidence rule*. Radi se o pravilu koje štiti integritet i kredibilitet pismenog ugovora (isprave) putem sprečavanja mogućnosti da se prethodne usmene izjave, prethodna korespondencija ili druge pogodbe između ugovarača uzmu u obzir prilikom utvrđivanja sadržaja ugovora, iako, u suštini, su suprotni sadržaju pismenog ugovora.<sup>2</sup> Ukoliko je forma ugovora pismena po volji ugovarača i ukoliko ta forma predstavlja finalnu izjavu njihove namere i volje, sadržaj ugovora izražen u pismenoj formi se ne može menjati niti osporavati putem sporadičnih, nepredvidljivih dokaza. Cilj pravila je da promovise sigurnost prometa i pored toga što ta sigurnost “ponekad može biti na štetu pravde”.<sup>3</sup>

*Situacije nastale nakon zaključenja ugovora.* – Izjave, pogodbe, sporazumi i druge vrste relevantnog ponašanja koje nastaju nakon zaključenja pismenog ugovora se različito tretiraju u različitim zemljama običajnog prava. U američkom pravu one se ne smatraju kao deo *parol evidence rule* i zato se ne može sprečiti njihova primena pozivanjem na ovo pravilo. Za razliku od američkog, englesko pra-

<sup>1</sup> Vidi: Bjørnstad, Henrik Wærsted, Entire agreement clauses, dostupno na: [http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/anglo/essays/bjornstad\\_abstract.pdf](http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/anglo/essays/bjornstad_abstract.pdf) i Klotz, LL.B. James M. and Miller Thomson LLP, Canada, Modification to the Parol Evidence Rule by the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) dostupno na [http://apps.americanbar.org/intlaw/fall09/materials/Pribetic\\_Antonin%20I.\\_25\\_AP1030103025\\_CLEMaterials\\_sysID\\_1508\\_690\\_0.pdf](http://apps.americanbar.org/intlaw/fall09/materials/Pribetic_Antonin%20I._25_AP1030103025_CLEMaterials_sysID_1508_690_0.pdf)

<sup>2</sup> Vidi: Bjørnstad, *Ibid.*

<sup>3</sup> Vidi: *Ibid.*

vo ne dozvoljava da se ugovorne strane pozivaju na izjave, sporayume ili ponašanja nakon zaključivanja ugovora i da se time utiče na način tumačenja ugovora.<sup>4</sup>

*Klauzula o potpunosti isprave (entire agreement clause)*. – I pored toga što ne postoji bukvalni prevod klauzule *entire agreement clause* na makedonskom, na srpskom jeziku ili na nekom od lokalnih jezika, smatramo da bi najbliži prevod *entire agreement clause* bio “klauzula o potpunosti isprave”, koja, sa svoje strane, se može sresti u zakonima o obligacionim odnosima u zemljama u regionu. Ipak, pored naziva, može se reći da postoje suštinske razlike u sadržaju same klauzule u zemljama običajnog i kontinentalnog, građanskog prava.

Prilikom definisanja sadržaja svog ugovora, često, ugovorne strane žele da “zamrzu” svoj konačni ugovor u pismenoj formi. Klauzula pomoću koje se vrši ovaj proces zamrzavanja se naziva klauzula o potpunosti isprave (*entire agreement clause, whole agreement clause, merger clauses or integration clause, four corner clause, integralite des conventions, accord complet, Vollstiindigkeitsklauseln*).<sup>5</sup> Ipak, smatra se da američki izraz “klauzula o spajanju ili integraciji” (*merger or integration clause*) najbolje reflektuje značenje i sadržaj ove klauzule.<sup>6</sup>

Primer klauzule o potpunosti isprave:<sup>7</sup> “This contract, including all the schedules attached hereto which represent an integral part hereof and have been signed by the parties, constitutes the entire agreement between the parties.”<sup>8</sup> Iako na prvi pogled jednostavna, klauzula o potpunosti isprave može vršiti nekoliko funkcija<sup>9</sup>: isključenje prividnih (simuliranih ugovora, *side letters, contre-lettres*); isključenje prethodnih ugovora kako bi se izbeglo da u isto vreme koegzistira-ju različiti ugovori; isključenje predugovornih dokumenata; isključenje pismenih ili usnih predstavljanja (*representations*)<sup>10</sup>; isključenje opštih uslova (blokirajuće

---

<sup>4</sup> Vidi: CISG-AC Opinion no 3, Parol Evidence Rule, Plain Meaning Rule, Contractual Merger Clause and the CISG, 23 October 2004. Rapporteur: Professor Richard Hyland, Rutgers Law School, Camden, NJ, USA, dostupno na: <http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1094&context=pilr>, u daljem tekstu: “CISG-AC Opinion no 3”. Savetodavni savet Konvencije Ujedinjenih Nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (The International Sales Convention Advisory Council - CISG-AC) je privatna inicijativa podržana od Instituta za međunarodno trgovačko pravo pri Pace University School of Law i Centra za studije trgovačkog prava (Centre for Commercial Law Studies) pri Queen Mary, University of London. Njegova uloga je da podrži razumevanje CISG i da promoviše i pomogne u uniformnom tumačenju same Konvencije.

<sup>5</sup> Vidi više: Fontaine Marcel and Filip De Ly, *Drafting International Contracts, An Analysis of Contract Clauses*, Transnational Publishers, Inc., 2006, str. 129-130)

<sup>6</sup> Vidi *Ibid.* str. 129-130.

<sup>7</sup> Vidi *Ibid.*

<sup>8</sup> Vidi *Ibid.*

<sup>9</sup> Vidi *Ibid.* str. 130-131.

<sup>10</sup> Ponekad se uloga klauzule o potpunosti isprave svodi na sprečavanje mogućnosti bilo koje ugovorne strane da se poziva na ništavost ili rušljivost ugovora na bazi pogrešnog predstavljanja

klauzule - *blocking clauses*<sup>11</sup>), isključenje budućih ugovora ili dokumenta.<sup>12</sup>Zbog same njene multifunkcionalnosti, preporučuje se da se prilikom unošenja ove klauzule u ugovoru imaju u vidu sve njene funkcije i koja funkcija odgovara pravnoj nameri i volji ugovornih strana. Sama klauzula o potpunosti isprave vuče svoje korenje iz anglo-američke poslovne i pravne prakse i kao takva za svoj cilj ima dejstvo isključenja sporadičnih, nepredvidljivih dokaza u pogledu dokazivanja sadržaja ugovora. Pri tome, veoma je važno potencirati da se ovom klauzulom isključuju samo nepredvidljivi dokazi koji su u vezi sa sastojcima ugovora sa kojima su se ugovarači saglasili i koji mogu biti suprotni sa onim što je sadržano u pismenoj ispravi.

Drugim rečima, klauzula o potpunosti isprave ima funkciju da obezbedi da se *parol evidence rule* primeni u punom obimu na pismeni ugovor.<sup>13</sup>

Smatra se da se u praksi klauzula o potpunosti isprave najviše koristi u funkciji isključenja predugovornih dokumenata. Ova uloga klauzule se javlja u kompleksnim transakcijama kada se koriste pisma namere, memorandumi razumevanja, zapisnici o održanim sastancima odgovornih lica, nacrti raznih dokumenata i slično. Pitanje koje se nameće je kako tumačiti sva dejstva koja su poslužila funkciji postepenog stvaranja ugovora (istorijat ugovora).<sup>14</sup> Ovaj se problem posebno javlja u praksi zemalja običajnog prava, obzirom da ove zemlje teže primeni svog *parol evidence rule*. U kontekstu običajnog prava, klauzula o potpu-

nja, zablude ili slične mane volje. U praksi se čak sreću klauzule o potpunosti isprave sa kojima se ograničava, sprečava mogućnost raskida ugovora, pa čak i ograničenje građanske odgovornosti na osnovu mane volje ugovornih strana. O klauzuli o isključenju i ograničenju odgovornosti vidi više: Perović S. Dr Jelena, Standardne klauzule u međunarodnim provrednim ugovorima, Centar za izdavačku delatnost Ekonomskog fakulteta u Beogradu, 2012, str. 95-134.

<sup>11</sup> Takozvana "borba formi" (*battle of forms*), koja stvara brojne probleme u međunarodnoj trgovini, može se prevenirati ugovaranjem klauzule o potpunosti isprave posebno ako su strane u trajnijim međusebnim poslovnim odnosima. Time se ugovaranjem klauzule o potpunosti isprave izuzima primena opštih uslova druge ugovorne strane. Sasvim je legitimno da ugovorne strane opredele obim njihovih zajedničkih prava i obaveza ne samo pozitivno, već i negativno putem isključenja opštih uslova.

<sup>12</sup> Ugovori mogu biti praćeni dopunskim, pomoćnim novim ugovorima koji mogu menjati već postojeći pismeni ugovor (ispravu). Novi ili dopunski ugovori se mogu javiti u vezi sa prethodnim okvirnim ugovorom i ne mogu se smatrati kao pogodbe koje stvaraju potpuno novi ugovor, nego se njima više ispunjava glavni, okvirni ugovor. Upravo zbog toga prilikom izrade glavnog ugovora, ugovaranje klauzule o potpunoj ispravi može se prevenirati da taj, potpuni pismeni ugovor, bude dopunjen, izmenjen ili na drugi nači da se promeni njegov sadržaj.

<sup>13</sup> Vidi: Bjørnstad, *Op. Cit.*

<sup>14</sup> Predugovorni period, najčešće, neće moći da da odgovor na pitanja u vezi sa načinom postizanja saglasnosti ugovarača u vezi se sastojcima (bilo bitnim ili sporednim) ugovora. Mnogo dokumenata će samo potvrditi suprotnosti i nesporazume koje su postojale između ugovornih strana u predugovornoj fazi.

nosti isprave se koristi kako bi se isključili bilo kakvi dokazi o volji i nameri ugovarača izvan pismene isprave. Primer: "Ovaj ugovor predstavlja finalni i potpuni sporazum između prodavca i kupca i bilo koja prethodna ili istovremena razumevanja ili pogodbi, usmena ili pismena, su spojeni u ovoj pismenoj ispravi. Bilo kakve izmene ili dopune ovog ugovora biće validne samo ako su napravljene u pismenoj formi i potpisane od strane ovlašćenih lica kod ugovarača ili u njihovo ime i za njihov račun."<sup>15</sup> Kao što se može videti, najčešće klauzula o potpunosti isprave je tako široko postavljena, da teško da iz nje mogu proizaći neki izuzeci.<sup>16</sup> Primer izuzeća bi bio: "(...) Osim u slučaju prevare, nijedna strana neće moći tužiti drugog ugovarača iz razloga koji proizlaze ili su u vezi sa bilo kojom predugovornom izjavom."<sup>17</sup>

*Klauzula o neodricanju (non-waiver clause).* – Za potrebe ovog rada, neophodno je spomenuti i kaluzulu o neodricanju (*anti-waiver clause, non-waiver clause* ili *no modification by conduct clause*)<sup>18</sup>. Cilj klauzule o neodricanju je da se zaštiti (ekonomski dominantnija) strana koja nije pravovremeno reagovala prilikom neizvršenja određene ugovorne obaveze od drugog ugovarača, time što će prva strana zadržati pravo da traži ispunjenje njenog prava u bilo koje vreme nakon neispunjenja. Ponašanje prve strane ne znači odricanje njenog prava da traži ispunjenje ugovornih obaveza od druge ugovorne strane.

Klauzula o neodricanju se često vezuje sa klauzulom o potpunoj ispravi i tzv. NOM klauzule (*No Oral Modification clause* – klauzula o nemogućnosti izmene ugovora putem usmenih pogodbi), čime se utvrđuje da pismeni ugovor predstavlja potpuno razumevanje ugovornih strana i može se izmeniti i dopuniti samo pismenim putem.

Drugim rečima, klauzulom o neodricanju se sprečava primena instituta poznatih kao: *venin: contra factum proprium, estoppels* ili *Rechtsverwirkung*, o kojima će biti više reči *infra* u tekstu ovog rada. Kako bi se ugovarači zaštitili od nepotrebnih iznenađenja nacionalnih prava u ovom smislu, klauzulom o neodricanju sprečava se svaka mogućnost izmene ugovora putem ponašanja ili usmenih pogodbi, odnosno pravni efekat će imati isključivo pismene izmene i dopune ugovora, potpisane od ugovarača i toa samo za specifične slučajeve i/ili namene.<sup>19</sup> Efekat ove klauzule mora biti testiran prema pravilima tumačenja ugovora u merodavnom nacionalnom pravom izabranom međunarodnim ugovorom o kojima će biti više reči *infra* u tekstu u delu 3 ovog rada.

---

<sup>15</sup> Vidi: Fontaine, Et. Al. *Op. cit.*, str. 130-131.

<sup>16</sup> Vidi: *Ibid.*

<sup>17</sup> Vidi: *Ibid.*

<sup>18</sup> Vidi: *Ibid.* str. 163-167

<sup>19</sup> Vidi: *Ibid.*

## TUMAČENJE KLAUZULE O POTPUNOSTI ISPRAVE

*Uopšte o tumačenju trgovačkih ugovora.* – Kada se govori o tumačenju ugovora, moraju se uzeti u obzir različiti uporednopravni načini tumačenja: objektivni, subjektivni i mešoviti subjektivno-objektivni. Ukoliko je veći akcenat stavlja na autonomiji volje, prevladava subjektivni kriterijum tumačenja i teži se prvenstveno ka otkrivanju unutrašnje volje ugovarača. Ukoliko, pak, se težnja tumačenja pored na unutrašnju volju (nameru) ugovarača stavlja i na objektivne korektive koji proizilaze iz načela savesnosti i poštenja i lojalnosti u prometu, govori se o objektivnom tumačenju ugovora. Francuska se smatra kao glavni reprezent subjektivnog pristupa tumačenja, dok Nemačka više prihvata objektivni pristup. Postoje mišljenja da SAD više inklinišu prema nemačkim modelom, dok englesko pravo ima svoju izolovanu poziciju zbog insitiranja na bukvalnom tumačenju prava. Upravo i zato, osnovne se razlike javljaju između Engleske sa jedne i ostale zemlje sveta, sa druge strane.<sup>20</sup> Englesko pravo preferiše predvidljivost kao rezultat liberalne ideje o autonomiji volje ugovarača, odnosno postoji tradicija bukvalnog tumačenja precizno napisanih ugovornih klauzula.<sup>21</sup>

*Civil law* sistemi imaju sasvim drugačiji pristup, koji se prvenstveno temelji na detaljnih kodifikacija, gde se uređuju većina prava i obaveze ugovarača kod posebnih ugovora. Pored pravila o posebnim ugovorima, u kontinentalnom ugovornom pravu se sreću i opšta načela ugovornog prava kao refleksija socijalne pravde koja se smatra suštinskom dopunom subjektivne volje ugovarača. Time, opšta načela ugovornog prava se javljaju kako korektiv načelu autonomije volje. Znači, dok engleski pravni režim uvođenjem pravila *parol evidence rule*, daje sudiji mogućnost da dođe do predvidljivijeg rezultata, kontinentalno pravo daje mogućnost da se dođe do razumnijeg rešenja na bazi primene načela savesnosti i poštenja.<sup>22</sup>

*Tumačenje klauzule o potpunosti isprave.* – Kako tumačiti klauzulu o potpunosti isprave? Logično je da klauzula o potpunosti isprave ne može urediti svoje sopstveno tumačenje. Najbolje tumačenje je ono putem kojeg se efektivno može ostvariti sadržaj ugovora umesto da se traži drugačiji značaj upotrebljenih termina.<sup>23</sup> Zato, kada se tumači klauzula o potpunosti isprave, sa ciljem da se ceo sadržaj ugovora napravi efektivnim, mora se koristiti holistički pristup tumačenja,

<sup>20</sup> Vidi: *Ibid.*

<sup>21</sup> Vidi: Pejovic Caslav, *Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal*, dostupno na: [http://www.victoria.ac.nz/law/NZACL/PDFS/Vol\\_6\\_2000/Pejovic.pdf](http://www.victoria.ac.nz/law/NZACL/PDFS/Vol_6_2000/Pejovic.pdf)

<sup>22</sup> Vidi: Bjørnstad, *Op. cit.*

<sup>23</sup> Vidi: Pejovic, *Op. cit.*

a ne njegovih pojedinačnih odredbi kao da su u vakumu<sup>24</sup>. U nekim slučajevima efektivost određenih ugovornih odredbi može se i te kako olakšati putem suprotstavljanja drugih dokaza pojedinim pismenim odredbama.

Klauzula o potpunosti isprave će u praksi biti najviše podržana od strane engleskog prava i engleskih sudova. Sve dok klauzula o potpunosti isprave ima za cilj da izuzme primenu dokaza koji dopunjavaju ili su suprotni onim što je sadržano u pismenoj ispravi, smatra se da to nije suprotno načelima savesnosti, poštenja i lojalnosti i vodi ka izričitim otkazivanjem tog prava od ugovarača (*express waiver*).<sup>25</sup> I pored toga što francusko i belgisko ugovorno pravo imaju više simpatija prema načelu autonomije volje, sud bi ipak dao predimstvo zajedničkoj nameri ugovarača ili drugim rečima, radi se o soborljivoj pretpostavci da je klauzula dozvoljena sve dok po nalaženju suda ne vodi ka zloupotrebi prava jednog ugovarača.<sup>26</sup>

#### PRAVNA PRIRODA KLAUZULE O POTPUNOSTI ISPRAVE

Postoje dileme da li se pravilo *parol evidence rule* i klauzula o potpunosti isprave vezuju isključivo za materijalno pravo ili se radi o procesualno-pravnim klauzulama u građanskim postupcima. Proceduralni aspekti su u uskoj vezi sa njihovim anglo-američkim poreklom, dok u kontinentalnim pravnim sistemima imaju više materijalno-pravni karakter. Ovo iz razloga što građansko, kontinentalno pravo, po pravilu, ne postavlja granice u pogledu dokaza koji se mogu koristiti kako bi se utvrdila namera između ugovarača prilikom formiranja ugovora, a posebno kod trgovačkih ugovora.

Ipak, većina pravnih sistema, bilo običajnih ili građanskih, nemaju problem sa primenivosti pravila *parol evidence rule* i klauzule o potpunosti isprave bilo sa aspekta materijalnog prava, bilo sa aspekta proceduralnog prava, sve dok se ovim klauzulama isključuju dopunski i/ili suprotstavljeni, nepredvidljivi dokazi izvan pismene isprave.<sup>27</sup> I pored toga što su pravilo *parol evidence rule* i klauzula o potpunosti isprave naširoko priznati u međunarodnim poslovnim transakcijama, njihova se primena ograničava samo na izuzimanje dopunskih, suprotstavljenih i nepredvidljivih dokaza u pogledu sadržaja ugovora. Ali, oni generalno nemaju za nameru da utiču na tumačenje značenja ugovornih odredbi koje su nejasne ili da

---

<sup>24</sup> Vidi: Martorana R. Vincent and Michael K. Zitelli, A Guide to Contract Interpretation, Reed Smith LLP, October 2013, Dostupno na: [http://www.reedsmith.com/files/uploads/miscellany/A\\_Guide\\_to\\_Contract\\_Interpretation\\_July\\_2014\\_.pdf](http://www.reedsmith.com/files/uploads/miscellany/A_Guide_to_Contract_Interpretation_July_2014_.pdf), str. 17-30.

<sup>25</sup> Vidi: Fontaine, Et. Al. *Op. cit.* str. 138.

<sup>26</sup> Vidi: *Ibid.* str. 139

<sup>27</sup> Vidi: *Ibid.*

ograniči način popunjavanja određenih praznina u ugovoru.<sup>28</sup> U ovom kontekstu, pomenuli bi smo klauzulu o pravila o jasnom značenju (*plain meaning rule*) koja potiče iz američke poslovne prakse. Ponovo se radi o klauzuli sa kojom se ograničava mogućnost da se prilikom tumačenja ugovora ističu sporadični, nepredvidljivi dokazi nastali u fazi stvaranja ugovora, a su izvan izvan onog što izgleda kao nedvosmisleno u pismenoj ispravi. Ali, za razliku od *parol evidence rule*, klauzula o pravilu o jasnom značenju dozvoljava isticanje kontradiktornih ili dopunskih sporadičnih dokaza (pregovori, pogodbe, korespondencija ili drugi sporazumi) ukoliko određeni ugovorni pojam je nejasan ili se treba popuniti neka pravna praznina.<sup>29</sup>

#### KRITIKE KLAUZULE O POTPUNOSTI ISPRAVE

*Kritike klauzule o potpunosti isprave sa aspekta građansko-pravne tradicije.* – Zemlje koje pripadaju građansko-pravnoj tradiciji ne poznavaju tzv. *parol evidence rule*. Ipak, u nekim zemljama, kao na primer Holandija, može se sresti pravilo o tzv. *Haviltex* standardu.<sup>30</sup>

Presudom Vrhovnog suda Holandije u skučaju *Lundiform B.V. / Mexx Europe B.V.*, sud je odlučio da se *Haviltex* standard primenjuje na trgovačke, V2V ugovore. Drugim rečima, “značenje koje su ugovorne strane mogli međusobno dati odredbama ugovora i ono što su strane mogle razumno očekivati jedna od druge u tom slismu “ je isto tako važno prilikom tumačenja trgovačkih ugovora. Ne treba se polaziti isključivo od bukvalnog značenja reči, pošto se ne može doći do perfekcije u izražavanju ugovarača kod trgovačkih ugovora.

Ovom presudom, sud je odlučio da se ugovaranjem klauzule o potpunosti isprave automatski ne ograničava mogućnost upotrebe sporadičnih dokaza (izjave i dejstva preuzetih pre zaključivanja ugovora). Drugim rečima, istorija pre sklapanja ugovora može se smatrati relevantnom prilikom tumačenja i pronalazjenja prave namere ugovornih strana. Ovom presudom je došlo do konačnog tumačenja i poimanja klauzule o potpunosti isprave u kontekstu kulture građanskog ugovornog prava, a ne saglasno njenim istoriskim poreklom.

*Kritike klauzule o potpunosti isprave sa aspekta običajno-pravne tradicije.* – U zemljama običajnog prava se često postavlja pitanje da li je moguće zaobići klauzulu o potpunoj ispravi?

Klauzula o potpunoj ispravi, u načelu, se ne može smatrati konkluzivnom i iscrpnom. Unošenjem ove klauzule u naizgled potpunoj pismenoj ispravi ne treba

<sup>28</sup> Vidi: *Ibid.*

<sup>29</sup> Vidi: CISG-AC Opinion no 3 i Klotz Et. Al. *Op. cit.*

<sup>30</sup> Vidi više: <http://www.vbk.nl/en/sharing-knowledge/legal-update/language-and-entire-agreement-clause-fortunately-not-fatal/> i <http://legalknowledgeportal.com/2014/03/31/the-entire-agreement-clause-vs-the-haviltex-standard/>



da ograniči mogućnost pronalaženja okolnosti koje su bile nameravane od strane ugovarača bilo putem delimičnih usmenih ili pismenih pogodbi ili ugovora. I pored toga što engleski sudovi imaju suprotan stav,<sup>31</sup> to se u praksi uvek ponovo razmotra. Još više, i ako se prihvati rigidni stav engleskih sudova, mogu se koristiti alternativni mehanizmi za zaobilaznje tvrdog stava o primeni klauzule o poptunoj pismenoj ispravi kako bi se došlo do prave namere ugovarača. Naime, i u kontekstu samog običajnog prava, mogu se iskoristi instituti poput tzv. *estoppel by convention*, *promissory estoppel* ili *estoppel by representation*<sup>32</sup> koji se povezuju sa teorijom o tzv. *detrimental reliance*, koja sa svoje strane se može uporediti sa institutom rimskog prava *venire contra factum proprium non valet* (niko ne može sebe postaviti suprotno svojim prethodnim ponašanjem).<sup>33</sup> Zato i u običajnom pravu na klauzuli o potpunoj ispravi i na *parol evidence rule* se sve više gleda kao na soborive pretpostavke da pismena forma isclrljuje sve sastojke ugovora. Strana koja se oslanja na pismeni sadržaj ugovora ima korist da se poziva da je ta forma predstavlja kompletni ugovor, ali druga strana može pobijati tu pretpostavku.

Čak i prema američkom pravu, kada se radi o ugovoru o prodaji, smatra se da se pismeni ugovor i njegove odredbe mogu doobjasniti i dopuniti putem određenog ponašanja, uspostavljene poslovne prakse, trgovačkim običajima i putem dokaza o konzistentnim dopunskim elementima, osim ako sud ne pronade da je pismena forma izraz potpune i ekskluzivne izjave ugovarača o sadržaju samog ugovra.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> O sudskoj praksi u zemljama common law-a, posebno u engleskom pravu u vezi sa klauzulom o potpunoj ispravi vidi više Ribeiro Robert, PH.D Barrister, A Specially Commissioned Report, Commercial Contract Drafting Techniques and Precedents, Published in 2003, updated 2005, Thorogood Publishing Ltd. London, str. 45-50

<sup>32</sup> *Estoppel* označava da je jedna strana sprečena svojim sopstvenim dejstvima (ponašanjem) da traži ostvarenje nekog svog prava na štetu druge strane koja se oslonila i ponašala u saglasnosti sa ponašanjem prve strane. *Estoppel* je instrumenat koji sprečava tvrdnju ili negiranje određenog fakta ili faktičkog stanja kao rezultat prethodnog ponašanja. O različitim vidovima *estoppels-a* u zemljama common law-a vidi više: Black's Law Dictionary With Pronunciations (sixth edition), St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1990, str. 325, 551, 1214, 1301-1302.

<sup>33</sup> Vidi: McLauchlan, David, The Entire Agreement Clause: Conclusive or a Question of Weight? (October 1, 2012). Victoria University of Wellington Legal Research Paper No. 10/2013. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2191219> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2191219> i Adcock C. Jon, Detrimental Reliance, Louisiana Law Review, Volume 45 | Number 3 *The 1984 Revision of the Louisiana Civil Code's Articles on Obligations - A Student Symposium January 1985* dostapno na: <https://www.google.com/search?q=venire+contra+factum+proprium+non+valet&ie=utf-8&oe=utf-8&aq=t&rls=org.mozilla:en-US:official&client=firefox-a&channel=sb#channel=sb&q=venire+contra+factum+proprium+non+valet+civil+law&rls=org.mozilla:en-US:official>

<sup>34</sup> Vidi: Black's Law Dictionary With Pronunciations (sixth edition), St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1990, str. 1117.

KLAUZULA O POTPUNOSTI ISPRAVE  
U MEĐUNARODNIM IZVORIMA PRAVA

Koliki je značaj klauzule o potpunosti isprave u međunarodnoj poslovnoj praksi govori i da se neki njeni aspekti uređuju i u najvažnijim međunarodnim pravnim izvorima ugovornog prava.<sup>35</sup>

*Klauzula o potpunosti isprave u Konvenciji Ujedinjenih Nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe od 1980 godine - CISG.* – CISG u svom članu 8 uređuje načela o tumečenjenju ugovora i koji se dokazi mogu uzeti u obzir prilikom utvrđivanja namere ugovornih strana u međunarodnim ugovorima o prodaji. Ovim članom se načelno dozvoljavaju sve relevantne okolnosti prilikom utvrđivanja namere jedne od ugovornih strana, uključujući njihove pregovore, uspostavljenu međusobnu praksu, običaje i svako kasnije ponašanje između strana. Time je očigledno da CISG uzima pismenu ispravu samo kao jedan od dokaza od mnoštva okolnosti koji se uzimaju u obzir pri utvrđivanju i tumačenju sadržaja ugovora. Samim tim, *parol evidence rule* nije inkorporisano u CISG-u u niti jednoj njegovoj verziji. Razlog za neuvođenje *parol evidence rule* u CISG-u je upravo fakt da većina pravnih sistema u svetu dozvoljava pozivanje na sve važne okolnosti i dokaza u parničnom postupku povezanih sa utvrđivanjem namere ugovornih strana. I pored toga neki komentatori CISG-a su saglasni da se pismenoj ispravi ugovora treba dati posebno, ali ne i ključno značenje i da se ovo pravilo ne može smatrati kao presumpcija integracije.<sup>36</sup>

Slična je i argumentacija o neprimeni klauzule, odnosno pravila o jasnom značenju u okviru CISG-a. Ukoliko bi se priznala uloga pravila o jasnom značenju, onda bi se povredio jedan od osnovnih ciljeva CISG-a o tumačenju ugovora, a to je utvrđivanje namere ugovornih strana i unapređenje jednoobraznost njeine primene (član 7 stav (1) CISG-a). Klauzula o potpunosti isprave, kada je sadržana u ugovoru o prodaji na kojem se primenjuje CISG, derogira norme tumačenja i dokazivanja namere ugovarača sadržane u CISG-u (član 8 CISG-a). Umesto toga, savetodavni organ je zaključio da bi klauzula o potpunosti isprave bila efektivna ona mora biti izraz prave namere ugovornih strana. Drugim rečima, samo ako je klauzula bila izraz zajedničke namere ugovornih strana da budu obvezani takvom klauzulom, ta će klauzula proizvesti pravne efekte. Još više, ukoliko strane imaju takvu nameru, klauzula o potpunosti isprave može isključiti primenu tr-

<sup>35</sup> Detaljnije o sadržaju međunarodnih izvora privatnog prava CISG, Unidroit načela od 2010 godine i Načela evropskog ugovornog prava - PECL vidi više: Dabović – Anastasovska d-r Jadranka, Goran d-r Koevski, Valentin d-r Pepeljugin i Nenad d-r Gavrilović, *Dogovori na avtonomnata trgovska praktila, univerzitetski učebnik, Univerzitet "Sv. Kiril i Metodij", Praven fakultet "Justinijan Prvi", Skopje, 2012, str. 121-284.*

<sup>36</sup> Vidi: CISG-AC Opinion no 3.

govačkih običaja kao dokaz njihove namere (član 9 CISG-a).<sup>37</sup> Upravo zbog ovakvog tumačenja CISG-a, u međunarodnim ugovorima o prodaji kao deo klauzule o potpunosti isprave se može sresti odredba da "(...) primena članova 8 i 9 CISG-a je izrečno isključena u ovom ugovoru, i strane su saglasne da bilo kakvi dokaz o prethodnim izjavama namere, razumevanja ili pogodbama su neprihvatljivi u obimu koji je suprotan ovom ugovoru i ne mogu biti korišćeni na drugačiji način u tumačenju namere ugovarača ovog ugovora."<sup>38</sup>

Član 29 CISG-a predviđa da ugovor može biti promenjen i prostom pogodbom ugovarača i pored postojanja klauzule e nepromeni ugovora putem ponašanja ugovarača. Ipak, član 29 stav (2) CISG-a predviđa situaciju da pismeni ugovor koji sadrži odredbu sa kojom se predviđa da svaka njegova izmena ili raskidanje moraju biti napravljeni u pismenoj formi ne može biti promenjen ili raskinut bilo kojim drugim sporazumom. Ali, ugovorna strana, kao rezultat svog ponašanja, može izgubiti pravo da se poziva na takvu ugovornu odredbu ako se druga strana oslonila na takvo ponašanje.<sup>39</sup>

Članom 11 CISG-a daje mogućnost da se postojanje ugovora i njegovog sadržaja može dokazivati i putem svedoka ne insistirajući na posebnu formu ugovora. Ova pravila dominiraju iznad domaćih pravila tumačenja i dokazivanje ugovora. Ali pošto se radi o dispozitivniom pravnim pravilima, članom 6 CISG-a se dozvoljava derogacija ovih pravila ili da se izmeni njihovo značenje (misli se na članove 11, 12, 29 i Drugi deo Konvencije).

*Klauzula o potpunosti isprave u UNIDROIT načelima o međunarodnim trgovačkim ugovorima od 2010. godine.* – UNIDROIT načela o međunarodnim trgovačkim ugovorima od 2010. godine ("Unidroit načela") izrečno priznavaju klauzulu o potpunosti isprave (član 2.1.17). Ne može se osporavati niti dopunjavati pismena isprava putem sporednih, nepredvidljivih dokaza, ali se takvi dokazi mogu koristiti prilikom tumačenja ugovora.<sup>40</sup> S druge strane, Unidroit načela ne uređuju pravilo o jasnom značenju. Čak i ako je u ugovoru predviđena klauzula o potpunosti isprave, prethodne izjave i pogodbe mogu se koristiti prilikom tumačenja ugovora.<sup>41</sup>

*Klauzula o potpunosti isprave u Načelima evropskog ugovornog prava.* – Član 2:105 Načela evropskog ugovornog prava (Principles of European Contract Law

---

<sup>37</sup> Članom 9 Konvencije se vrši inkorporacija običaja u sam ugovor. Smatra se da klauzula o potpunosti isprave načelno ne izuzima primenu trgovačkih običaja saglasno članu 9(1) ili uspostavljenu praksu u vezi sa pojedinom transakcijom, osim ako ti običaji ili prakse nisu posebno pomenuti kao isključeni. Vidi: CISG-AC Opinion no 3.

<sup>38</sup> Vidi: Klotz, Et.Al. *Op. cit.*

<sup>39</sup> Vidi: *Ibid.*

<sup>40</sup> Vidi: *Ibid.*

<sup>41</sup> Vidi: *Ibid.*

-PECL) razlikuju klauzulu o potpunosti isprave koja je rezultat individualnog pregovaranja i klauzulu o potpunosti isprave koja nije rezultat toga. Ukoliko je klauzula o potpunosti isprave individualno (posebno) ugovorena, prethodne izjave, dejstva, ponašanje ili pogodbe koje nisu obuhvaćene kaluzulom ne predstavljaju deo ugovora. Kada klauzula o potpunosti isprave nije individualno (posebno) ugovorena, ona predstavlja samo presumpciju da prethodne izjave, dejstva ili sporazumu koji nisu obuhvaćeni kaluzulom ne predstavljaju deo ugovora, ali se radi o soborivoj pretpostavci. Još više, PECL predviđa da jedna ugovorna strana može biti sprečena potpuno ili delimično da se poziva na klauzulu o potpunosti isprave, ukoliko svojim izjavama ili ponašanjem je navela drugu stranu da se razumno oslanja na takve izjave ili ponašanje.<sup>42</sup> Interesantno je pomenuti da gotovo identična odredba kao u PECL-u je data u članu II. – 4:104 Nacrta zajedničkog referentnog okvira od 2009 godine (Draft Common Frame of Reference - DCFR).<sup>43</sup>

#### KLAUZULA O POTPUNOSTI ISPRAVE U ZEMLJAMA U REGIONU

Iz prethodnog teksta videli smo da se klauzula o potpunosti isprave najčešće vezuje za pitanja koje se odnose na nastanak ugovora, načina izjavljivanja ugovorne volje, bitnim sastojcima ugovora, forme ugovora i konačno, tumačenje samog ugovora. U produžetka rada daćemo kratki prikaz relevantnih zakonskih odredaba koja se odnose na ova pitanja u zakonima o obligacionim odnosima u Republici Makedoniji, Republici Srbiji i u Republici Hrvatskoj. Pošto sve ove zemlje dele istu pravnu tradiciju i istoriju, možemo slobodno reći da su rešenja prilično slična, ako ne i identična.<sup>44</sup>

*Kada se ugovor smatra zaključenim.* – Prema članovima 18 MKD ZOO, 26 SRB ZOO i 247 HRV ZOO ugovor se smatra zaključenim kada su se ugovorne strane saglasile o bitnim sastojcima ugovora. Važno je pomenuti da svi citirani zakoni prihvataju monistički pristup u uređivanju građanskih i trgovačkih ugovora. Tako, saglasno članovima 17MKD ZOO, 25 SRB ZOO i 14 HRV ZOO, odred-

<sup>42</sup> Vidi: CISG-AC Opinion no 3.

<sup>43</sup> Nacr. je dostupan na: [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr\\_outline\\_editon\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_editon_en.pdf)

<sup>44</sup> Vidi: Zakon za obligacionite odnosi ("Služben vesnik na Republika Makedonija" broj 18/2001, 78/2001, 04/2002, 59/2002, 05/2003, 84/2008, 81/2009 i 161/2009), dostupan na <http://www.pravo.org.mk/documentDetail.php?id=33> u daljem tekstu "MKD ZOO", Zakon o obligacionim odnosima, ("Službeni List SFRJ", br. 29/78, 39/85, 57/89 i "Sl. List SRJ" 31/93.) dostupan na <http://www.zavodsz.gov.rs/PDF/zakoni/Zakon%20o%20obligacionim%20odnosima.pdf> u daljem tekstu "SRB ZOO" i Zakon o obveznim odnosima, pročišćeni tekst zakona, (Narodne Novine br. 35/05, 41/08, 125/11), dostupan na <http://www.zakon.hr/z/75/Zakon-o-obveznim-odnosima>, u daljem tekstu "HRV ZOO".

be zakona o obligacionim odnosima koje se odnose na ugovore primenjuju se na sve vrste ugovora, osim ako za trgovačke ugovore nije izričito drukčije određeno.

*Dispozitivni karakter odredaba zakona.* – Prema članovima 14 MKD, 20 SRB ZOO i 11 HRV ZOO strane mogu svoj obligacioni odnos urediti drukčije nego što je zakonima o obligacionim odnosima određeno ili ako iz pojedine njihove odredbe ili iz njihovog smisla ne proizlazi što drugo.

*Primena običaja i prakse.* – Članovi 15 MKD ZOO, 21 SRB ZOO i 12 HRV ZOO uređuju primenu običaja i prakse u obligacionim odnosima, posebno između trgovaca. Smatramo da je u ovom delu najdalje otišla Hrvatska, time što hrvatski ZOO predviđa da se u obligacionim odnosima među trgovcima primenjuju trgovački običaji čiju primenu su ugovorili i praksu koju su međusobno razvili. U obligacionim odnosima među trgovcima primenjuju se i trgovački običaji koje trgovci redovno primenjuju u istim takvim okolnostima, ako učesnici u njima nisu izričito ili prećutno isključili njihovu primenu.<sup>45</sup> Trgovački običaji i praksa koju su trgovci međusobno razvili, za čiju primenu su ispunjene pretpostavke zakona, primenjuju se i ako su suprotni dispozitivnom propisu.

*Izjava volje.* – Saglasno članovima 20 MKD ZOO, 28 SRB ZOO i 249 HRV ZOO volja za zaključenje ugovora može se izjaviti rečima, uobičajenim znacima ili drugim ponašanjem iz koga se sa sigurnošću može zaključiti o njenom postojanju. Izjava volje mora da bude učinjena slobodno i ozbiljno.

*Forma ugovora.* – Članovi 59 MKD ZOO, 67 SRB ZOO i 286 HRV ZOO uređuju kako zakonsku (*forma ex lege*) tako i ugovorenu (*forma ex contractu*) formu ugovora. Saglasno odredaba ovih članova zaključenje ugovora ne podleži nikakvoj formi, osim ako zakonom nije drukčije određeno (nečelo neformalnosti).

U članovima 61 MKD ZOO, 69 SRB ZOO i 289 HRV ZOO uređuje se ugovorena forma ugovora (*forma ex contractu*). Tako, ugovorne strane mogu se sporazumeti da posebna forma bude uslov punovažnosti njihovog ugovora. Ugovor za čije je zaključenje ugovorena posebna forma može biti raskinut, dopunjen ili na drugi način izmenjen i neformalnim sporazumom. Kakav je karakter ovih sredaba? Po nama, radi se o dispozitivnim odredbama, pa strane mogu dogovoriti da se ugovorena forma (*forma ex contractu*) može menjati samo formalnim sporazumom. Dilema koje se javlja je da li ugovorne strane kao što su uslovili punovažnost svog ugovora posebnim formom, mogu kasnije promeniti tu formu ponovo sopstvenom voljom koju bi izrazili usmeno, uobičajenim znacima ili drugim ponašanjem iz koga se sa sigurnošću može zaključiti postojanje volje. Smatramo da se ovde ponovo radi o normi dispozitivnog karaktera, pa ugovarači mogu kasnije promene svog ugovora vezati ekskluzivno samo sa jednim načinom izjavljivanja volje, na primer, samo pismenim, formalnim putem.

---

<sup>45</sup> Odredba slična odredbi iz člana 9, stava (2) CISG-a.

Članovi 62 MKD ZOO, 70 SRB ZOO i 290 HRV ZOO uređuju sankcije zbog nepoštovanja potrebne forme ugovora. Ugovor koji nije zaključen u propisanoj formi nema pravno dejstvo ukoliko iz cilja propisa kojim je određena forma ne proizilazi što drugo. Ugovor koji nije zaključen u ugovorenoj formi nema pravno dejstvo ukoliko su stranke punovažnost ugovora uslovile posebnom formom.

Ono što za potrebe ovog rada zaslužuje posebnu pažnju su odredbe iz članova 63 MKD ZOO, 71 SRB ZOO i 291 HRV ZOO, naslovljenih kao "Pretpostavka potpunosti isprave". Naime, ako je ugovor zaključen u posebnoj formi, bilo na osnovu zakona bilo po volji stranaka, važi samo ono što je u toj formi izraženo. Ipak, biće punovažne istovremene usmene pogodbe o sporednim tačkama o kojima u formalnom ugovoru nije ništa rečeno, ukoliko nisu u suprotnosti sa njegovom sadržinom ili ako nisu protivne cilju zbog koga je forma propisana. Punovažne su i istovremene usmene pogodbe kojima se smanjuju ili olakšavaju obaveze jedne ili obe strane ako je posebna forma propisana samo u interesu ugovornih strana. Osnovno pravilo formalnih ugovora (bez obzira da li je obavezna forma nametnuta zakonom ili je ugovorena) je da važi samo ono što je izraženo u traženoj formi. Polazi se o pretpostavci potpunosti tražene forme, pa ono što nije unešeno u njoj, ne važi i ne postoji. Izuzeci se odnose samo na sporedne, nebitne sastojke ugovora i na olakšano ispunjenje. Prilikom spora, sudija bi trebao utvrditi da li su usmene pogodbe suprotne cilju zbog kojeg je posebna forma propisana ili ugovorena. Ovo bi trebala dokazati strana koja se poziva da usmene pogodbe nisu u suprotnosti sa sadržajem ugovora. Koja tačka ugovora bi se smatrala sporednom je faktičko pitanje i odlučivaće se od slučaja do slučaja.<sup>46</sup> Važno je potencirati da odredbe pomenutih članova zakona o obligacionim odnosima se odnose samo na usmene pogodbe, a ne i za konkludentna dejstva (uobičajenim znacima ili drugim ponašanjem).

Po našem mišljenju, članovi koji se odnose na pretpostavci o potpunosti isprave se mogu porediti sa klauzulom običajnog prava *entire agreement clause* i mogu se praviti paralele sa uporednopravnim teoretskim i sudskim stajalištima u pogledu primeni ove klauzule. Smatramo da nema nikakvih problema da se klauzula o potpunosti isprave primenjuje i u zemljama čije smo obligacione zakone analizovali.

*Tumačenje ugovora.* – Saglasno članovima 91 MKD ZOO, član 99 SRB ZOO i 319 HRV ZOO odredbe ugovora primenjuju se onako kako glase. Pri tumačenju spornih odredbi ne treba se držati doslovnog značenja upotrebljenih izraza, već treba istraživati zajedničku nameru ugovarača i odredbu tako razumeti kako to odgovara načelima obligacionog prava utvrđenim ovim zakonom. U slučaju kad je ugovor zaključen prema unapred odštampanom sadržaju, ili kad je ugo-

<sup>46</sup> Vidi: Komentar Zakona o obveznim odnosima, glavni urednik Prof. Dr. sc. Vilim Gorenc, Zagreb, listopad 2005, str. 409, 414 – 415.

vor bio na drugi način pripremljen i predložen od jedne ugovorne strane, nejasne odredbe tumačiće se u korist druge strane (član 92 MKD ZOO, 100 SRB ZOO i 320 HRV ZOO). Nejasne odredbe u ugovoru bez naknade treba tumačiti u smislu koji je manje težak za dužnika, a u teretnom ugovoru u smislu kojim se ostvaruje pravičan odnos uzajamnih davanja (član 93 MKD ZOO, 101 SRB ZOO i 320(2) HRV ZOO).

Iz dikcije citiranih odredbi jasno proizilazi da se prilikom tumačenja treba istražiti zajednička namera ugovarača i da rezultat tumačenja, pored namere ugovornih strana, treba odgovarati i načelima obligacionog prava uređeni zakonima o obligacionim odnosima. Otuda, sadržaj ugovora sačinjavaju ne samo izrečene odredbe, već i načela ZOO-a koja su poznata kao "prećutne ugovorne odredbe". Tu se prvenstveno misli na načelu savесnosti i poštenja (članovi 5 MKD ZOO, 12 SRB ZOO i 4 HRV ZOO), zabrana zloupotrebe prava (član 6 MKD ZOO, 13 SRB ZOO i 6 HRV ZOO), zabrana prouzrokovanja štete (člen 9 MKD ZOO, 16 SRB ZOO i 8 HRV ZOO), dužnost ispunjenja obaveza (član 10 MKD ZOO, 17 SRB ZOO i 9 HRV ZOO), dužnost strane u obligacionom odnosu da se u ostvarivanju svog prava uzdržava od postupaka kojim bi se otežalo izvršenje obaveze drugog učesnika (član 11 (3) MKD ZOO, 18(3) SRB ZOO i 10(3) HRV ZOO); dužnost saradnje učesnika i obligacionom odnosima (članak 5 HRV ZOO), obavezno zaključenje i obavezna sadržina ugovora (članovi 19 MKD ZOO, 27 SRB ZOO, 248 HRV ZOO) i slično.

Opšti zaključak prethodne elaboracije obligacionih zakona zemalja u regionu bi bio da svi priznaju prepostavku o potpunosti isprave kada se radi o sadržaju ugovora, odnosno ako se pođe od pretpostavke potpunosti tražene forme, ono što nije unešeno u njoj, ne važi i ne postoji. Pošto se ponovo radi o dispozitivnoj odredbi zakona, smatramo da je i primena *parol evidence rule* dozvoljena između ugovarača. Ipak, kada smo na terenu tumačenja ugovora u celini, potpuno se slažemo da zakonodavci zemalja u regionu slede objektivno-subjektivni metod (o čemu je više bilo reči *supra* u tekstu u delu 3 ovog rada), odnosno da se pri tumačenju spornih odredbi ne treba držati doslovnog značenja upotrebljenih izraza, već treba istraživati zajedničku nameru ugovarača i odredbu tako razumeti kako to odgovara načelima obligacionog prava utvrđenim ovim zakonom.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> O načinima tumačenja ugovora vidi više: Perović dr S, Obligaciono pravo, Beograd, 1980, str. 367 – 371 i Antić prof. dr Oliver, Obligaciono pravo, Peto izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2010 str. 353 – 359. U Komentaru hrvatskog Zakona o obveznim odnosima data je jedna izreka hrvatske sudske prakse kojom se dokazuje stav o primeni objektivno- subjektivnog kriterijuma u sudskoj praksi zemalja bivše jugoslovenske federacije: "Jasne ugovorne odredbe primenjuju se i ispunjavaju kako glase (teorija izjave), a samo sporne odredbe valja tumačiti i ispunjavati u skladu sa pravom voljom ugovornih strana (teorija volje) u skladu s načelima onbeznog prava (Ps, Pž-2417/89 od 14. Studenoga 1989., PSP-44-

## ZAKLJUČAK

U ovom radu pokušali smo da damo kratki osvrt na klauzulu o potpunosti isprave koja potiče iz anglo-američke poslovne i pravne prakse. Primena i tumačenje klauzule o potpunosti isprave je različita u zemljama građansko-pravne i običajno-pravne pravne tradicije.

Posebno je važno upozoriti pravnike iz prakse zemalja građansko-pravne tradicije da ne prihvataju rutinski primenu ove klauzule u ugovorima koje pripremaju pravnici velikih transnacionalnih kompanija zbog toga što često mogu biti neprijatno iznenađeni u pogledu pravnih posledica koje može izazvati njeno tumačenje. Ono što se, ipak, može zaključiti je da se klauzula o potpunosti isprave može primeniti u pogledu utvrđivanja sadržaja ugovora, dok se, po pravilu, ne može insistirati na njenu ekskluzivnu primenu kada se radi o tumačenju ugovora, a posebno nejasnih ugovornih odredbi ili kada se trebaju popuniti neke praznine u ugovoru.

Konačno, primena i posledice primene klauzule o potpunosti ugovora zavisi i od izbora merodavnog prava kod međunarodnih trgovačkih ugovora.

GORAN KOEVSKI, Ph.D.,  
Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus",  
Skopje, Republic of Macedonia

## ENTIRE AGREEMENT CLAUSE

### Summary

"Miscellaneous" is usually the heading of the part at the end of complex international commercial contracts that encompasses common, short and, at a first sight, naive contractual clauses. These clauses are usually drafted as boilerplate standard clauses by the common law lawyers that prepare contract of adhesion (usually the business party with stronger bargaining power). Thus, the Author of the paper titled as "Entire Agreement Clause", Prof. Goran Koevski Ph.D., advises to the corporate lawyers in civil law context to be aware when accepting these clauses as a way of routine. Otherwise, in case of dispute they might be surprised by the negative legal ramifications caused by interpretation of these standard clauses. As the title indicates, the main focus is given to the entire agreement clause and related clauses and rules such as: parol evidence rule, non-waiver clause, no oral modification clause, plain meaning rule and alike. Special emphasize is given to the interpretation of the entire agreement clause in both common law and civil law context. The treatment of the clause in the international and regional sources of contract law is elaborated as well.

---

188)."Vidi više: Komentar Zakona o obveznim odnosima, glavni urednik Prof. Dr. sc. Vilim Gorenc, Zagreb, listopad 2005, str. 469.



MARIJA KARANIKIĆ-MIRIĆ

## ODGOVORNOST JAVNIH BELEŽNIKA U SRPSKOM GRAĐANSKOM PRAVU

### U V O D

Uvođenjem javnog beležništva (notarijata) u Srbiji<sup>1</sup> izvesno će se otvoriti i brojna teorijska i praktična pitanja u vezi s kaznenom, građanskom i disciplin-skom odgovornošću javnih beležnika (notara). Ovi različiti oblici notarske odgo-vornosti međusobno se ne isključuju.

Zakonom o javnom beležništvu posebno je uređena jedino disciplinska odgovornost javnog beležnika za nezakonitost njegovog rada, odnosno za po-vredu ugleda javnog beležništva kao službe od javnog poverenja.<sup>2</sup> U tom zako-nu nema mnogo odredaba o ostalim oblicima odgovornosti javnih beležnika.<sup>3</sup> U

---

Dr Marija Karanikić-Mirić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je napisan u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu "Razvoj pravnog sistema Srbi-je i harmonizacija s pravom Evropske unije – pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekti".

<sup>1</sup> Zakon o javnom beležništvu – ZJB, *Službeni glasnik RS* br. 31/2011, 85/2012, 19/2013 i 55/2014 – dr. zakon. Narodna skupština je usvojila ovaj zakon još 5. maja 2011, a njegova primena odložena je do 1. septembra 2014, dok se u potpunosti ne steknu uslovi za obavljanje notarske delat-nosti u Srbiji.

<sup>2</sup> Čl. 149-164 ZJB. Vid. takođe: Dragana Knežić-Popović, "Disciplinska odgovornost u slo-bodnim profesijama", *Strani pravni život* 2/2009, 215–232.

<sup>3</sup> Javni beležnik se smatra *službenim licem* po čl. 112, st. 3, tač. 3 Krivičnog zakonika, *Služ-beni glasnik* br. 85/2005, 88/2005–ispr., 107/2005–ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012 i 104/2013. Kada je kao izvršilac određenog krivičnog dela označeno službeno lice, javni beležnik može da bude izvršilac tog dela ako drugačije ne proizlazi iz obeležja dela ili iz odgovarajućeg propisa. U manjem

oblasti građanske odgovornosti javnih beležnika to znači da će se na sva pitanja koja nisu posebno uređena odredbama Zakona o javnom beležništvu<sup>4</sup> primenjivati opšta pravila o odgovornosti za prouzrokovanu štetu. U poređenju s građanskim odgovornostima sudija i advokata, građanska odgovornost javnih beležnika ima određene specifičnosti koje su uslovljene posebnim pravnim položajem notara i specijalnom pravnom prirodom javnobeležničke delatnosti.<sup>5</sup> Sve što je posebno u pogledu građanske odgovornosti notara, sve po čemu se ona razlikuje od opštih pravila o odgovornosti za pričinjenu štetu, proizlazi iz posebnog pravnog statusa koji notar ima u određenom pravnom poretku.<sup>6</sup> Zato najpre treba razjasniti *status javnih beležnika* u našem pravnom sistemu.

Zakonodavac izričito propisuje da je javni beležnik dužan da naknadi štetu koju je prouzrokovao u obavljanju svoje delatnosti (čl. 58 st. 1 ZJB).<sup>7</sup> Kada štetu prouzrokuje izvan okvira javnobeležničke delatnosti, notar odgovara po opštim pravilima o građanskoj odgovornosti. Sva posebna obeležja notarske odgovornosti važe samo ako je javni beležnik štetu prouzrokovao u javnobeležničkom svojstvu – obavljajući notarsku delatnost.

Primeru radi, javni beležnik odgovara, u skladu s principom *respondeat superior*, za štetu koju prouzrokuju njegovi pripravnici, pomoćnici i administrativno osoblje, bez obzira na samostalnu odgovornost ovih lica, ali samo ako je ta šteta nastala u obavljanju notarske delatnosti.<sup>8</sup> Zato je značajno i da se bliže odredi *pojam notarske, to jest javnobeležničke delatnosti*.

broju krivičnih dela službeno lice se javlja kao pasivni subjekt. Naravno, javni beležnik može da odgovara i za dela koja nisu u vezi s obavljanjem javnobeležničke delatnosti po opštim pravilima o krivičnoj odgovornosti. Odgovornost za krivično delo ili prekršaj ne isključuje disciplinsku odgovornost javnog beležnika. O krivičnoj i prekršajnoj odgovornosti notara vid. više u: Enes Bikić et al., *Notarsko pravo*, GIZ, Sarajevo 2013, 65-68, 76-78.

<sup>4</sup> Čl. 50 st. 6, čl. 58 (*Naknada štete*), čl. 170 st. 3 i 4 ZJB.

<sup>5</sup> Vid. umesto svih: Dejan B. Đurđević, "Pravni položaj notara u evropskim pravnim porjecima i u srpskom pravu", u: Stevan Lilić (ur.), *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije*, Knjiga I, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2011, 156-172. Vid. takođe Dejan B. Đurđević, "Predgovor", u: *Zakon o javnom beležništvu*, Službeni glasnik, Beograd 2011, 7-20.

<sup>6</sup> Ovo shvatanje da je priroda javnobeležničke odgovornosti uslovljena funkcijom koju javni beležnik obavlja jeste veoma staro. Vid., npr., Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil. Tome deuxième. Les preuves. Théorie générale des obligations. Les contrats. Les privilèges et les hypothèques*, Neuvième édition, L.G.D.J., Paris 1923, 52: "Pour déterminer cette responsabilité civile, il faut distinguer selon la nature des fonctions que le notaire remplissait quand il a commis la faute qu'on lui reproche."

<sup>7</sup> Pravila o građanskoj odgovornosti javnog beležnika shodno se primenjuju na *javnobeležničkog zamenika* i *vršioca dužnosti javnog beležnika* (čl. 50 st. 1 ZJB), kao i na *javnobeležničku komoru* koja svojim postupanjem nekome prouzrokuje štetu (čl. 58 st. 5 ZJB).

<sup>8</sup> Notar odgovara i za lice koje je izabrao za obezbeđenje prostorija u kojima čuva predmete koje je primio u javnobeležnički depozit. Vid. čl. 170 st. 2 ZJB.

## PRAVNI STATUS JAVNIH BELEŽNIKA LATINSKOG TIPA

Javnobeležnička delatnost je pravno uređena delatnost: zakonom je propisano ko sve može da se bavi njome, pod kojim uslovima, na koji način i s kojim pravnim posledicama. Domaći zakonodavac opredelio se za javno beležništvo latinskog tipa. To je poseban oblik javnobeležničke službe, tipičan za pravne sisteme evropskog kontinenta u kojima se određena javna ovlašćenja zakonskom normom poveravaju učenim pravniciima kao nosiocima slobodne ali pravno uređene javnobeležničke profesije da ih oni obavljaju samostalno i nezavisno, u vlastito ime i u javnom interesu.<sup>9</sup>

U prilog uvođenju baš ovog tipa javnog beležništva u pravni sistem Srbije govore uporednopravni razlozi – to što naše pravo nesporno pripada pravnoj kulturi kontinentalne Evrope – ali i istorijski argumenti. U kratkom periodu pre Drugog svetskog rata ustanova latinskog notarijata bila je jedinstveno uređena na teritoriji cele Kraljevine Jugoslavije. *Zakon o javnim beležnicima (notarima)*<sup>10</sup> usvojen je 1930. godine, a prestao je da važi 1944. Odlukom AVNOJ-a kojom su ukinuti javni beležnici i njihove komore, obavljanje notarskih poslova preneto je na narodne sudove.<sup>11</sup> Zakon iz 1930. donet je da bi se ujednačila pravila o javnom beležništvu u onim područjima jugoslovenske države u kojima je notarijat već postojao, kao i da bi se ustanova javnog beležništva i delovanje javnih beležnika proširili i na ona područja zajedničke države u kojima ih do tada nije bilo.

---

<sup>9</sup> O latinskom notarijatu vid. Aleksandar Jakšić, “Notarijat kao javna služba”, u: Dragor Hiber (prir.), *Javnobeležničko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2006, 88 i dalje. Vid. više: Pedro A. Malavet, “Counsel for the Situation: The Latin Notary, a Historical and Comparative Model”, *Hastings International and Comparative Law Review* 19/1996, 389–488. O notarskoj tradiciji i pravnoj poziciji notarijata (*Notary Public*) u *common law* sistemima i o razlikama između notara u američkom i u engleskom pravu, vid. Sima Avramović, “Pravnoistorijski aspekti notarijata”, u: D. Hiber (prir.), *Javnobeležničko pravo*, 74–80. Vid. više o notarima u pravima američkih država Alfred E. Piombino, *Notary Public Handbook: Principles, Practices & Cases, National edition*, East Coast Pub., New Jersey 1998, 1–8 i *passim*.

<sup>10</sup> Zakon o javnim beležnicima (notarima) od 11. septembra 1930, objavljen u *Službenim novinama Kraljevine Jugoslavije* br. 220 od 26. septembra 1930. S. Avramović pokazuje da je notarijat uređen ovim zakonom po svojim obeležjima bio notarijat latinskog tipa. Vid. S. Avramović, “Pravnoistorijski aspekti notarijata”, 81 i dalje. Isto pokazuju: Dragor Hiber, *Pojam beležnika (notara) i beležničkog (notarijalnog) prava*, u: D. Hiber (prir.), *Javnobeležničko pravo*, 14 i dalje, Miloš Živković, Vesna Živković, “O uvođenju javnog beležništva u Srbiji”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 63, 2/2013, 434. Što se tiče građanske odgovornosti notara, u § 40 ovog zakona je stajalo: “Javni beležnik je dužan naknaditi stranci štetu koju joj je naneo povredom dužnosti propisanih ovim zakonom.”

<sup>11</sup> Odluka o ukidanju javnih beležnika i javno-beležničkih komora od 17. decembra 1944, *Službeni list DFI*, knjiga I, br. 11/1945. Nezavisna Država Hrvatska ukinula je javno beležništvo već u aprilu 1941. godine. Vid. Zakonska odredba o ukidanju javnih bilježnika od 18. travnja 1941, *Narodne novine NDH* br. 21/1941. Više: Zoran Jelavec, “Povijest javnobilježničke službe za razdoblje 1512–1941”, portal Hrvatske javnobilježničke komore, <http://www.hjk.hr>, pristup 9. juna 2014.

Ovaj drugi cilj nije postignut:<sup>12</sup> Zakon koji je donet za celu teritoriju Kraljevine Jugoslavije stupio je na snagu samo na područjima apelacionih sudova u Zagrebu, Splitu, Ljubljani i Novom Sadu, kao i na području Vrhovnog suda u Sarajevu.<sup>13</sup> Njegovo stupanje na snagu je odloženo na područjima apelacionih sudova u Beogradu i Skoplju i na području Velikog suda u Podgorici. Samim zakonom (§ 253) bilo je predviđeno da se donesu uredbe kojima bi se omogućilo njegovo stupanje na snagu i u ovim područjima, ali te uredbe nikada nisu donete.

Javni beležnik latinskog tipa je nosilac javnog ovlašćenja.<sup>14</sup> To je samostalan i nezavisan učeni pravnik kome su zakonom poverena određena javnopravna ovlašćenja<sup>15</sup> da ih obavlja kao svoje jedino i stalno zanimanje. Reč je o ovlašćenjima koja izvorno pripadaju državi odnosno o ovlašćenjima koja po ustavu država ima i vrši preko organa sudske i izvršne vlasti. Po svome pravnom statusu notari je, dakle, *samostalan i nezavisan imalac javnih ovlašćenja*, nosilac javne službe i ličnost od javnog poverenja.

Za javnog beležnika se ponekad kaže i da je javni službenik.<sup>16</sup> Tu je potreban oprez. Javni beležnik *nije u službeničkom odnosu ni prema kome*: ni prema državi, ni prema nekoj javnoj službi u smislu Zakona o javnim službama.<sup>17</sup> Javni beležnik obavlja javnu službu – službu od javnog poverenja – ali on nije ničiji službenik niti zaposleni.<sup>18</sup> Pravna situacija notara nosi i brojna obeležja koja se

<sup>12</sup> Sve prema: Mirela Krešić, “Zakon o javnim bilježnicima Kraljevine Jugoslavije iz 1930: Sudjelovanje javnog bilježnika u ostavinskom postupku – iskustva iz prošlosti”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 63, 2/2013, 360. Da Zakon o javnim beležnicima (notarima) iz 1930. nikada nije bio primenjivan u centralnoj Srbiji i na Kosovu i Metohiji, već samo u Vojvodini, vid. takođe: M. Živković, V. Živković, 435–436.

<sup>13</sup> Zakon je već 1932. stavljen van snage za područje Vrhovnog suda u Sarajevu. Vid. više: M. Krešić, 360.

<sup>14</sup> U zakonu je izričito rečeno da javni beležnik obavlja *službu od javnog poverenja* i da on postupa *na osnovu javnih ovlašćenja* (čl. 2 ZJB).

<sup>15</sup> Javna ovlašćenja nisu zakonom poverena samo notarima nego i Komori kao profesionalnom udruženju javnih beležnika. Vid. Čl. 118-133 ZJB. Na odgovornost Komore za štetu koju ona sama prouzrokuje trećim licima shodno se primenjuju pravila o građanskoj odgovornosti javnih beležnika. Vid. Čl. 58, st. 5 ZJB. To znači, pored ostalog, i da država ne odgovara za štetu koju javnobeležnička komora prouzrokuje trećim licima u obavljanju svoje delatnosti.

<sup>16</sup> U notarijatu latinskog tipa, javni beležnici “nisu državni, već svojevrсни javni službenici”. Tako: Zoran Tomić, “Opšta javnopravna obeležja notarijata”, u: D. Hiber (prir.), *Javnobeležničko pravo*, 218.

<sup>17</sup> *Službeni glasnik RS* br. 42/91, 71/94, 79/2005 – dr. zakon, 81/2005 – ispr. dr. zakona i 83/2005 – ispr. dr. zakona. Kada se javni beležnik definiše kao javni službenik, jasno je da on nije službenik države, ali ostaje mogućnost da se *pogrešno* zaključi da je on možda zaposlen u nekoj javnoj službi u smislu Zakona o javnim službama.

<sup>18</sup> Kada je reč o pravnom statusu javnog beležnika u pravu Evropske unije, Sud pravde EU je 24. maja 2011. godine presudio na istovetan način u sedam slučajeva u kojima se postavilo isto pitanje: *Da li je obavljanje javnobeležničke delatnosti povezano sa vršenjem javne vlasti (exercise of official authority, l'exercice de l'autorité publique, Ausübung der öffentlichen Gewalt)* iz čl. 51 (nekadaš-

redovno vezuju za slobodne profesije:<sup>19</sup> Javni beležnik je samostalan učeni pravnik, to je stručnjak nezavisan i od države i od privatnih lica. Taj stručnjak preduzima službene radnje u vlastito ime. On ne dela u ime države koja ga je imenovala, niti u ime stranaka. Rad javnog beležnika ne honoriše država, već on od stranaka naplaćuje nagradu za svoj rad u skladu s javnobeležničkom tarifom.<sup>20</sup> Notar obavlja službu od javnog poverenja kao samostalan stručnjak, postupa u svoje ime i nezavisno od države i stranaka u notarijalnom postupku.<sup>21</sup> Javni beležnik nije slobodan u vršenju ovlašćenja koja su mu poverena zakonom: on je ograničen interesima javne službe koju obavlja, a slobodan je samo pod uslovom da se rukovodi interesima zakonitog i savesnog obavljanja javnobeležničke službe.<sup>22</sup> Javni beležnik je dužan da postupa ne samo *lege artis* nego i *bona fide*.<sup>23</sup> njega ne obavezuju samo pravila pravničke struke i, posebno, notarskog posla nego

*njeg čl. 45) Ugovora o funkcionisanju EU (UFEU)?* Ako je odgovor na ovo pitanje potvrđan, onda se obavljanje notarske delatnosti na teritoriji države članice može usloviti time da notar ima njeno državljanstvo. Međutim, Sud pravde zauzeo je stav da notarska delatnost *nije* povezana sa vršenjem javne vlasti u smislu čl. 51 UFEU, pa se mogućnost obavljanja te delatnosti ne može uslovljavati državljanstvom: na taj način bi se neopravdano ograničilo pravo osnivanja iz čl. 49 UFEU. Vid. Odluke u slučajevima C-47/08 (European Commission v Kingdom of Belgium), C-50/08 (European Commission v French Republic), C-51/08 (European Commission v Grand Duchy of Luxemburg), C-53/08 (European Commission v Republic of Austria), C-54/08 (European Commission v Federal Republic of Germany), C-61/08 (European Commission v Hellenic Republic), C-52/08 (European Commission v Portuguese Republic), sve dostupne na <http://curia.europa.eu>, pristup 11. jula 2014. Kao jedan od razloga na kojima se temelji ovo shvatanje navedeno je i to što država ne odgovara za štetu koju javni beležnik prouzrokuje u vršenju ili povodom vršenja svoje delatnosti. Inače, po čl. 25 st. 1 tač. 1 ZJB uslov za imenovanje javnog beležnika u našoj zemlji jeste državljanstvo Republike Srbije. Nema prostora da se o tome kaže više ovom prilikom.

<sup>19</sup> Zoran Tomić smatra da je javnobeležničko zanimanje samo relativno slobodno to jest da je njegova nezavisnost ograničena. Vid. Z. Tomić, "Opšta javnopravna obeležja notarijata", *passim*. Dragana Knežić-Popović pridaje daleko veći značaj karakteristikama koja javno beležništvo deli sa slobodnim profesijama i smatra da je javno beležništvo originalni spoj javne službe i slobodne profesije, da je ono mešovite privatno-javne prirode. Vid. Dragana Knežić-Popović, "Pravna priroda javnog beležništva", *Pravni zapisi* 2/2010, 339-363. U tom smislu vid. takođe: Katarina Ivančević, "Osiguranje javnih beležnika od profesionalne odgovornosti", *Evropska revija za pravo osiguranja* 2/2012, 67-68.

<sup>20</sup> Vid. naročito Z. Tomić, "Opšta javnopravna obeležja notarijata", 196 i dalje, D. Đurđević, "Pravni položaj notara u evropskim pravnim porecima i u srpskom pravu", 159 i dalje. Đurđević ističe da srpsko pravo ne poznaje instrumente koji bi u dovoljnoj meri osigurali nezavisnost notara od države. Vid. više *ibidem.*, 168.

<sup>21</sup> D. Đurđević, "Pravni položaj notara u evropskim pravnim porecima i u srpskom pravu", 165 i dalje.

<sup>22</sup> Upor. Radomir Lukić, *Teorija države i prava – II. Teorija prava*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva i BIGZ, Beograd 1995, 95. Vid. takođe: Čl. 9 st. 1 ZJB, *Dužnost zakonitog i savesnog postupanja*: "Javni beležnik je dužan da obavlja svoju delatnost u skladu sa propisima i načelom savesnosti i poštenja."

<sup>23</sup> O ovome kao o tehničkom kriterijumu zloupotrebe prava u francuskoj teoriji (*greška u izvršenju*) vid. Milivoje Marković, "Zloupotreba prava", *Enciklopedija imovinskog prava i prava udru-*

i javno poverenje koje mu je ukazano (*publica fides*<sup>24</sup>), kao i osnovano društveno očekivanje da on taj svoj stručni posao obavlja savesno i pošteno. Savesno i pošteno postupanje učenog pravnika kome je ukazano javno poverenje podrazumeva obzir prema tom javnom poverenju na prvom mestu, to jest postupanje u skladu s pravilima struke i u javnom interesu – čak i ako se javni interes ne poklapa sa interesom države koja je imenovala notara ili s partikularnim interesima učesnika u notarijalnom postupku.

Po jednom shvatanju javno beležništvo je pre svega slobodna profesija, koja se od ostalih slobodnih profesija (recimo, od advokature) razlikuje po tome što su javnim beležnicima poverena određena javna ovlašćenja koja izvorno pripadaju državi. Po drugom shvatanju javno beležništvo je prvenstveno javna (a svakako ne državna!) služba, koja ima brojna i veoma bitna obeležja slobodne profesije. Bez obzira na to šta se uzme kao polazna tačka u definisanju pravnog statusa notara – javna služba ili slobodna profesija – notarski status svakako ima ove dve komponente: učenom pravniku poklonjeno je javno poverenje da u javnom interesu, savesno i pošteno obavlja poslove koje inače suvereno obavlja država. Notara ne obavezuju samo pravila struke nego i javno poverenje koje mu je ukazano. Za njega važi stroži standard osnovano očekivanog postupanja nego za advokata: Nije dovoljno da se javni beležnik ponaša kao razborit i pažljiv učeni pravnik, nego *kao razborit i pažljiv učeni pravnik kome je ukazano javno poverenje*. Javni beležnik nije slobodan u vršenju javnih ovlašćenja koja su mu poverena zakonom, već je u tome ograničen interesom javnobeležničke službe. Zato se i merilo javnobeležničke krivice razlikuje od merila krivice advokata i drugih stručnjaka, o čemu će kasnije biti više reči.

#### NEPRIMENJIVOST PRAVILA O ODGOVORNOSTI DRŽAVE ZA NJENE ORGANE I SLUŽBENIKE

Javni beležnik nema svojstvo ni državnog organa niti državnog službenika. On ne zastupa stranku u notarijalnom postupku,<sup>25</sup> kao ni državu koja ga je imenovala. Obavljajući javnobeležničku delatnost, notar preduzima različite službene radnje kojima se obezbeđuje sigurnost u pravnom prometu, ali to ne čini u ime države, nego u sopstveno ime. Iz svega toga proizlazi da se pravila o odgovornosti države za štetu koju trećim licima prouzrokuje njen organ ili državni službenik ne mogu primeniti na slučaj kada štetu prouzrokuje notar. Pravilo o neodgovornosti države proizlazi iz pravnog statusa javnog beležnika u sistemu latinskog notarijata – ono je ujedno i posledica i potvrda takvog statusa. Latinski notar je statusno

*ženog rada*, Službeni list, Beograd 1978, 1009: “Nije dovoljno da je jedno pravo vršeno *bona fide*. Treba još i da je to učinjeno *lege artis*. Inače će biti zloupotrebjeno.”

<sup>24</sup> Vid. više P. Malavet, 440 i dalje.

<sup>25</sup> “Javni beležnik nije zastupnik stranke, već lice koje je ovlašćeno da obavlja poslove određene ovim zakonom.” Čl. 52 st. 1 ZJB.

nezavisan od države i zbog toga država ne odgovara za štetu koju ovaj tip javnog beležnika prouzrokuje trećim licima obavljajući svoju delatnost. Zakonodavac je ovo izričito propisao u čl. 58 st. 4 ZJB: *Država ne odgovara za štetu koju prouzrokuje javni beležnik*. Kada se ovo zakonsko pravilo jezički tumači, ono nam kazuje da se odgovornost države za javnog beležnika ne može zasnovati po pravilima o odgovornosti za drugoga. Ako je javni beležnik štetnik – ako je upravo on prouzrokovao štetu obavljajući svoju delatnost, onda država ne može biti odgovorno lice – ona za to ne odgovara po pravilima o odgovornosti za drugoga. Od ovoga treba razlikovati građansku odgovornost države za grešku u imenovanju javnih beležnika (*culpa in eligendo*), grešku u nadzoru nad obavljanjem javnobeležničke delatnosti (*culpa in vigilendo/inspiciendo*) ili davanje pogrešnih uputstava za njeno obavljanje (*culpa in instruendo*) i, uopšte, za nezakonit ili nepravilan ili na drugi način pogrešan rad državnih organa ili državnih službenika u vezi s notarijalnom delatnošću.<sup>26</sup>

Postavlja se, dakle, pitanje da li po pravilima srpskog građanskog prava država može da odgovara za štetu prouzrokovanu nezakonitim, nepravilnim ili u nekom drugom smislu pogrešnim radom njenih organa ili službenika u vezi s javnobeležničkom delatnošću i obavljanjem te delatnosti. Tu dolazi, primerice, pitanje odgovornosti države za nepravilan odnosno nezakonit rad ministra koji imenuje javne beležnike, ministarstva koje nadzire javnobeležničku delatnost ili suda koji svojom odlukom može javnom beležniku da poveri sprovođenje određenog postupka ili preduzimanje određene radnje u sudskom postupku. Logičko tumačenje zakonskog pravila da država ne može biti odgovorna za štetu koju prouzrokuje javni beležnik *ne isključuje* ovu mogućnost. U toj konstrukciji država i ne odgovara za pogrešno postupanje javnog beležnika – koji i nije njen službenik, niti njen organ – već ona odgovara za vlastitu grešku, odnosno za pogrešno postupanje svojih organa, koje je dovelo do štete u vezi s obavljanjem javnobeležničke delatnosti. Ovo tumačenje je opravdano i iz sledećih razloga: Država je zakonskom normom na javnog beležnika prenela određena javnopravna ovlašćenja. Ta ovlašćenja izvorno pripadaju samoj državi i ona je dužna da ih obavlja preko svojih upravnih i sudskih organa. Država je, dakle, zadužila jednog privatnog subjekta da umesto nje obavlja delatnost koju je ona sama izvorno dužna da vrši u javnom interesu i preko organa upravne i sudske vlasti. Istovremeno, država se izričitim zakonskim pravilom izuzela od odgovornosti za štetu koju javni beležnik, obavljajući javnu funkciju koja mu je poverena, prouzrokuje učesnicima u notarijalnom postupku ili drugim oštećenima. Poveravanjem vlastitih javnih ovlašće-

---

<sup>26</sup> Više o osnovnim postulatima subjektivne i objektivne odgovornosti za drugoga u evropskim pravnim sistemima, odnosno o odgovornosti za vlastitu krivicu u vezi sa tuđim postupkom koji je doveo do štete i o odgovornosti za skrivljene tuđe postupke bez obzira na vlastitu krivicu, vid. studiju: Paula Giliker, *Vicarious Liability in Tort. A Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, *passim*. Elementarno o terminologiji i o osnovnim zakonskim odredbama o odgovornosti za drugoga u engleskom, nemačkom i francuskom pravu vid. *ibidem.*, 22–27.

nja privatnom licu koje je sama imenovala – država se zaštitila od odgovornosti za štetne posledice nezakonitog, nepravilnog i, uopšte uzev, pogrešnog obavljanja te poverene delatnosti. Stoga i zakonsko pravilo o neodgovornosti države treba tumačiti sasvim usko:

Država ne odgovara za štetu koju javni beležnik prouzrokuje obavljajući svoju delatnost, ali odgovara za nezakonit, nepravilan i u širem smislu pogrešan rad onih svojih organa koji su nadležni za imenovanje javnih beležnika, nadzor nad njihovim radom i, eventualno, davanje uputstava za obavljanje javnobeležničke delatnosti.<sup>27</sup> Recimo, kada sud rešenjem javnom beležniku poveri sprovođenje određenog postupka ili preduzimanje neke radnje u sudskom postupku, on određuje i rok u kojem je javni beležnik dužan da obavi povereni posao. Određujući rok za sprovođenje poverenog postupka, odnosno za preduzimanje poverene procesne radnje, sud javnom beležniku daje jednu instrukciju, uputstvo za postupanje. U tome sud može i da pogreši, a za štetne posledice takve greške država bi trebalo da odgovara.

Za zasnivanje odgovornosti države u ovoj konstrukciji neophodno bi bilo da se dokaže da je šteta koju je pretrpela stranka u notarijalnom postupku ili neki drugi oštećenik prouzrokovana (1) pogrešnim postupanjem ministra prilikom imenovanja određenog lica za javnog beležnika,<sup>28</sup> ili pogrešnim postupanjem suda koji je svojom odlukom javnom beležniku poverio sprovođenje određenog postupka ili preduzimanje neke radnje u sudskom postupku (*culpa in eligendo*); ili (2) pogrešnim postupanjem ministarstva nadležnog za pravosuđe, koje vrši nadzor nad javnobeležničkom delatnošću, ili suda koji nadzire javnog beležnika kojem je poverio obavljanje određenih radnji ili sprovođenje određenog postupka (*culpa in vigilendo/inspiciendo*); ili (3) pogrešnim postupanjem organa koji javnom beležniku daje određena uputstva i instrukcije (*culpa in instruendo*). Primera radi, zakonom je propisano da sud donosi *rešenje o oduzimanju poverenog*

<sup>27</sup> Upor. Odluku nemačkog Saveznog suda o odgovornosti države za sudiju koji je bio dužan da nadzire notara (*Staatshaftung bei Fehlverhalten des Notarprüfers*): BGH, Urt. v. 15.5.1997, III ZR 204/96 (*Schleswig*), *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht* 3/1998, 142–145.

<sup>28</sup> Zakonodavac i inače smatra da je u oblasti građanske odgovornosti javnih beležnika značajno *ko je odredio* da jedno lice treba da obavlja javnobeležničke poslove, odnosno *ko je poverio* te poslove licu koje je izazvalo štetu: Kada je javni beležnik sprečen da u jednom dužem vremenskom periodu obavlja svoju delatnost, on sebi određuje zamenika iz reda javnih beležnika i javnobeležničkih pomoćnika. Ako zamenik prouzrokuje štetu trećem licu obavljajući javnobeležničku delatnost, za tu štetu će solidarno s njim da odgovara javni beležnik *koji ga je odredio* za svoga zamenika. Javni beležnik odgovara solidarno sa svojim zamenikom i kada propusti da ga odredi, pa to umesto njega učini predsednik Komore. U istom tonu: U slučaju smrti javnog beležnika, njegove suspenzije, lišenja poslovne sposobnosti, lišenja statusa ili odricanja obavljanja javnobeležničke delatnosti, Komora određuje vršioca dužnosti javnog beležnika, iz reda susednih javnih beležnika i javnobeležničkih pomoćnika. Ako vršilac dužnosti javnog beležnika prouzrokuje štetu obavljajući svoju delatnost, solidarno s njim za tu štetu odgovara Komora *koja ga je odredila*. Vid. Čl. 46, 47, 49 i 50 ZJB. Javni beležnik odgovara i za štetu koju prouzrokuje lice *koje je on odabrao* za obezbeđenje prostorija u kojima se čuvaju predmeti primljeni u javnobeležnički depozit. Vid. Čl. 170 ZJB.



posla javnom beležniku ukoliko taj javni beležnik radi na štetu stranaka, stvara im suvišne troškove, neopravdano odugovlači postupak, odnosno kada donošenje takvog rešenja nalažu drugi opravdani razlozi.<sup>29</sup> Ako sud *pogreši* pa propusti da donese rešenje o oduzimanju poverenog posla javnom beležniku, i to uprkos postojanju opravdanih razloga za donošenje takve odluke, država bi trebalo da odgovara za štetu koju u konačnom ishodu zbog toga podnosi stranka u notarijalnom postupku. Pri razmatranju da li postoji uzročno-posledična veza između ponašanja vanparničnog suda i štete koju trpi stranka u notarijalnom postupku, sud koji odlučuje o odgovornosti države za pogrešno postupanje vanparničnog suda trebalo bi da se osloni na teoriju uslova – *conditio sine qua non* teorija o uzročnosti – koju domaći sudovi i inače primenjuju pod određenim okolnostima.<sup>30</sup> To pitanje o uzročnosti trebalo bi da glasi: Ako se pogrešan postupak vanparničnog suda hipotetički eliminiše iz prošlosti, šta biva sa štetom? Trpi li stranka štetu i u toj hipotezi? Da li bi do štete došlo i da je vanparnični sud postupao onako kako je trebalo? Ako bi do štete došlo i da je vanparnični sud postupao onako kako je trebalo, onda ne stoji tvrdnja da je pogrešno postupanje tog suda uzrok štete. Međutim, postupanje vanparničnog suda treba označiti kao uzrok štete, ako je tačno da do štete ne bi došlo da je taj sud postupao onako kako je trebalo.

#### OBAVEZNO OSIGURANJE OD ODGOVORNOSTI

Pravilo kojim se država izuzima od građanske odgovornosti za javne beležnike neposredna je posledica samostalnosti i nezavisnosti notarske funkcije: Notar obavlja javnu službu, ali je statusno nezavisan od državne vlasti. Javnom beležniku su poverena javna ovlašćenja, ali on ostaje izvan državnog aparata.<sup>31</sup> Budući da država ne odgovara i ne jamči za štete koje trećim licima prouzrokuje javni beležnik kao nosilac javne funkcije, zakonom je propisana obaveza javnog beležnika da ugovori osiguranje od odgovornosti za štetu koju obavljanjem javnobeležničke delatnosti prouzrokuje on sam ili neko od lica za koja on odgovara. Na taj način

---

<sup>29</sup> Čl. 30 ž st. 1 Zakona o vanparničnom postupku – ZVP, *Službeni glasnik* SRS br. 25/82 i 48/88 i *Službeni glasnik* RS br. 46/95 – dr. zakon, 18/2005 – dr. zakon, 85/2012, 45/2013 – dr. zakon i 55/2014.

<sup>30</sup> Vid. više Marija Karanikić Mirić, *Objektivna odgovornost za štetu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 132, Marija Karanikić Mirić, *Krivica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu*, predgovor napisao prof. dr Miodrag V. Orlić, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009, 230-242. Primera radi: Do vremenske amortizacije, to jest do umanjenja vrednosti vozila pukim protekom vremena, došlo bi i da to vozilo nije bilo protivpravno oduzeto oštećeniku, pa se ne može uzeti da je protivpravno oduzimanje vozila uzrok ovog umanjenja. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 435/2007 od 27. marta 2007, *ParagrafLex*.

<sup>31</sup> Upor. "Le notaire, tout en détenant l'autorité publique, exerce sa fonction de manière impartiale et indépendante, en dehors de toute hiérarchie étatique." *Les principes fondamentaux du notariat de type latin* (Osnovni principi latinskog notarijata), Union Internationale de Notariat (raniji naziv: Union internationale du notariat latin), <http://www.uinl.org>.

se socijalizuje rizik od štete koju javni beležnik ili lice za koje on odgovara može da prouzrokuje trećem licu pogrešnim postupanjem u obavljanju javnobeležničke delatnosti, uključujući rizik od štete usled oštećenja, uništenja ili nestanka stvari primljenih u javnobeležnički depozit, a pod određenim uslovima i rizik od sudskih troškova koje sam notar može da ima u vezi s osiguranim slučajem.

Javni beležnik je dužan da se osigura od odgovornosti za štetu koju bi mogao da prouzrokuje obavljajući svoju delatnost (čl. 59 st. 1 ZJB). Pored toga, propisano je da osiguranje javnog beležnika od odgovornosti obuhvata i njegovo osiguranje od odgovornosti za radnje javnobeležničkog zamenika, pomoćnika, pripravnika i drugih *lica koja rade kod javnog beležnika* (čl. 59 st. 2 ZJB). Ovom odredbom nije izričito obuhvaćen jedan od subjekata za čije radnje javni beležnik takođe odgovara (čl. 170 st. 3 ZJB): Reč je o onom licu koje je javni beležnik izabrao da obezbeđuje prostorije u kojima se čuvaju stvari predate u javnobeležnički depozit (predmeti depozita i predmeti ispunjenja obaveze). Smisao navedenih pravila je sledeći: Obaveza javnog beležnika da se osigura od građanske odgovornosti važi za sve oblike odgovornosti za štetu pričinjenu u obavljanju javnobeležničke delatnosti kojima je on izložen, čime je obuhvaćena odgovornost za vlastiti čin, ali i odgovornost za drugoga. Pošto nema opravdanog razloga da se iz te konstrukcije izuzme slučaj odgovornosti za lice koje obezbeđuje prostorije u kojima je smešten javnobeležnički depozit, propuštanje da se ono pomene u čl. 59 st. 2 ZJB treba prevazići širim tumačenjem tamo upotrebljenih reči, pa treba uzeti da onaj ko obezbeđuje prostorije javnobeležničkog depozita *radi kod javnog beležnika*, bez obzira na to koja je pravna priroda njegovog angažovanja.

Obavezu da se osiguraju od odgovornosti imaju i lica na koja se shodno primenjuju pravila o odgovornosti i osiguranju od odgovornosti javnih beležnika. To su javnobeležnička komora (čl. 58 st. 5 ZJB), javnobeležnički zamenik i vršilac dužnosti javnog beležnika (čl. 50 st. 6 ZJB). Dalje, obaveza osiguranja od odgovornosti odnosi se na sve oblike građanske odgovornosti za štetu prouzrokovanu u obavljanju javnobeležničke delatnosti, pa tako i na slučajeve kada osiguranik odgovara solidarno s nekim drugim licem koje je prouzrokovalo štetu (čl. 50 st. 6 ZJB). Obaveza javnog beležnika da se osigura od odgovornosti za radnje javnobeležničkog zamenika s kojim solidarno odgovara izričito je predviđena zakonom (čl. 59 st. 2 ZJB). Obaveza komore da se osigura od odgovornosti za radnje vršioca dužnosti s kojim solidarno odgovara nije izričito propisana zakonom, ali treba uzeti da shodna primena pravila o osiguranju javnih beležnika nalaže da se komora osigura i od ovog oblika odgovornosti.

#### JAVNOBELEŽNIČKA DELATNOST

Koji to poslovi spadaju u notarsku delatnost? To treba znati da bi se mogao razumeti onaj deo zakonskog pravila o odgovornosti javnog beležnika po kojem on odgovara za štetu koju prouzrokuje *u obavljanju svoje delatnosti*. Javni beležnici su zakonom ovlašćeni da obavljaju određene poslove i druge radnje koje ina-

če suvereno obavlja država. Javno ovlašćenje koje je na notara preneto ima karakter *nadležnosti*. Javni beležnik ne sme da uskrati preduzimanje službene radnje, osim u zakonom propisanim slučajevima (vid. čl. 53 ZJB). Drugim rečima, notar je *dužan* da preduzima službene radnje odnosno da obavlja poslove iz domena notarske delatnosti osim u slučajevima kada je zakonom izričito ovlašćen da to odbije. To je, primerice, slučaj kada stranka zahteva da javni beležnik preduzme određenu radnju radi postizanja očigledno nedopuštenog ili nepoštenog cilja, ili da bi stvorila privid u pravnom prometu, izbegla zakonske obaveze ili protivpravno oštetila treće lice. Određene poslove koje su do sada obavljali sudovi ili organi uprave moći će ubuduće da obavljaju isključivo notari. Primera radi, pojedini pravni poslovi – kao što su ugovori po osnovu kojih se prenosi pravo svojine na nepokretnostima ili ugovori o doživotnom izdržavanju – zaključivaće se samo u obliku javnobeležničkog zapisa.<sup>32</sup> Druge poslove koji spadaju u javnobeležničku delatnost moći će i dalje da obavljaju sudovi odnosno organi uprave. U takvim slučajevima forma javnobeležničkog zapisa biće konkurentna a ne isključiva forma u kojoj se može izjaviti pravnorelevantna volja. Recimo, izjava o pristanku donora na postupak biomedicinski potpomognutog oplodjenja davaće se u formi javnobeležničkog zapisa<sup>33</sup> ili u drugom zakonom propisanom obliku.<sup>34</sup>

U javnobeležničku delatnost spada sastavljanje javnobeležničkih isprava (zapisa, zapisnika, potvrda i overa) o pravnim poslovima i drugim činjenicama od značaja za pravni promet; zatim obavljanje nekih poslova koje sud po zakonu može svojom odlukom da poveri javnom beležniku (sprovođenje određenog postupka ili preduzimanje određenih radnji u sudskom postupku); kao i primanje različitih stvari, poput isprava, predmeta od vrednosti i novca, u javnobeležnički depozit. Isprave koje sastavi javni beležnik imaju dokaznu snagu javnih isprava kao da ih je sačinio sud. Odluke javnog beležnika donete u postupcima koje je beležnik sproveo kao poverenik suda imaju isto pravno dejstvo kao odluke samog suda i mogu se osporavati istim pravnim lekovima. Javnobeležnički depozit se po svom karakteru, režimu i pravnom dejstvu ne razlikuje od sudskog depozita. Pored svega navedenog posao javnog beležnika jeste da čuva originale isprava koje je sastavio i da izdaje njihove prepise; da javno potvrđuje činjenice; da savetuje stranke o pitanjima koja su predmet njegove delatnosti; da obavlja druge zakonom predviđene poslove.

#### GRAĐANSKA ODGOVORNOST JAVNIH BELEŽNIKA

Javni beležnik odgovara *po opštim pravilima o deliktnoj (vanugovornoj) odgovornosti* za štetu koju u obavljanju notarske delatnosti prouzrokuje on sam ili

---

<sup>32</sup> Vid. Čl. 82 ZJB.

<sup>33</sup> Vid. Čl. 83 ZJB.

<sup>34</sup> Čl. 49 i 50 Zakona o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009.

neko od lica za koja on odgovara.<sup>35</sup> Postoje i drugačija shvatanja. Na primer, Jožef Salma smatra da odgovornost javnog beležnika za štetu može da bude ugovorna ili deliktna po svojoj pravnoj prirodi “u zavisnosti od toga da li je notar povredio pravilo punomoćja za sastavljanje isprave ili imperativni propis“. Po ovom shvatanju, priroda povređenog pravila dalje određuje obim javnobeležničke odgovornosti.<sup>36</sup> Međutim, javni beležnik ne može da postupa u predmetu u kojem je punomoćnik stranke. Štaviše, to je zakonski razlog za njegovo izuzeće (vid. čl. 54 ZJB). Kada obavlja poslove koji spadaju u domen javnobeležničke delatnosti, javni beležnik ne postupa po punomoćju, nego po javnom ovlašćenju koje mu je preneto zakonskom normom. On je dužan da to čini *nepristrasno* – nezavisno od države koja ga je imenovala, ali i od učesnika u notarijalnom postupku i drugih privatnopravnih subjekata. Dok se advokat rukovodi najboljim interesom stranke koju zastupa, javni beležnik savetuje obe stranke, a postupa u skladu s interesima javnobeležničke službe koja mu je poverena. Za razliku od nekih pravnih sistema u kojima jedno lice može istovremeno da bude i javni beležnik i advokat – uz obavezu da u svakom konkretnom slučaju nedvosmisleno stavi do znanja u kom svojstvu postupa – u našem pravnom sistemu javni beležnici obavljaju javnobeležničku delatnost kao isključivo zanimanje.<sup>37</sup> Primera radi, u Nemačkoj postoje tri vrste javnog beležništva: isključivo (*Nurnotariat*), advokatsko (*Anwaltsnotariat*) i državno (*Staatsnotariat*).<sup>38</sup> Francuski javni beležnici uz javnobeležničku

<sup>35</sup> S ovim se slaže i Marko Đurđević, “Odgovornost javnog beležnika za štetu prouzrokovanu sopstvenom radnjom (prema Zakonu o javnom beležništvu)”, u: Vuk Radović (ur.) *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2011, *passim*. U našem pravu je i odgovornost advokata zasnovana na opštim pravilima o vanugovornoj odgovornosti, a ne na pravilima ugovorne odgovornosti, to jest odgovornosti za povredu postojeće obaveze. Vid. podrobnu analizu Miodrag Orlić, “Građansko-pravna odgovornost advokata u srpskom pravu”, u: *Odgovornosti osiguranje odgovornosti advokata*, Intermex, Beograd 2006, 13–26. Hrvatski zakonodavac je izričito propisao da javni beležnik odgovara po opštim pravilima o *odgovornosti službenih lica*, i to za štetu koju pričinu povredom svoje službene dužnosti. Država ne odgovara za njega. Vid. čl. 42 Zakona o javnom bilježništvu, *Narodne novine RH* br. 78/1993, 29/1994, 16/2007. Drugim rečima, javni beležnik nije državni službenik, pa država za njega ne odgovara, ali on sam odgovara po pravilima po kojima službenici odgovaraju, a to su pravila o deliktnoj odgovornosti za štetu prouzrokovanu povredom pravila službovanja.

<sup>36</sup> Jožef Salma, “Notarijalno obligaciono pravo”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2012, 99. U istom smislu: “Ako je za pojedine javnobilježničke radnje potrebna punomoć stranke, tada se javlja mandatni (ugovorni) odnos između javnog bilježnika i opunomoćitelja.” Loris Belanić, “Obvezna osiguranja od odgovornosti izvan djelatnosti prometa i prijevoza”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2009, 572. N.B. Salma govori o punomoćju za *sastavljanje isprave* – dakle, o punomoćju za obavljanje najvažnijeg javnobeležničkog posla, a ne o punomoćju za obavljanje poslova koji i ne spadaju u javnobeležničku delatnost. Javnim beležnicima je dozvoljeno obavljanje i takvih poslova u nekim pravnim sistemima, ali u našem u načelu nije.

<sup>37</sup> D. Đurđević, “Pravni položaj notara u evropskim pravnim porecima i u srpskom pravu”, 169–170.

<sup>38</sup> Vid. Dragana Knežić–Popović, “Javno beležništvo u evropskim zemljama, iskustva i razlike”, *Pravni život* 10/1998, 799. Ipak, pravila notarijalnog postupka, etičke norme koje obavezuju no-

delatnost obavljaju i komercijalne poslove – upravljaju zemljišnim posedima, procenjuju imovinu, posreduju u prometu nepokretnosti i tome slično.<sup>39</sup>

U pojedinim pravnim sistemima je dozvoljeno da javni beležnik uz notarski posao obavlja i neke druge poslove – recimo, da pored toga što je javni beležnik, on bude i advokat. Ova svojstva jednog te istog lica ne mogu da se kumuliraju u jednom postupku: Tamo gde jedno lice može da bude i javni beležnik i advokat, ono u svakom pojedinačnom slučaju može da se javi ili u jednom ili u drugom svojstvu – nikako u oba svojstva istovremeno. Kada javni beležnik postupi po punomoćju – u sistemima u kojima je to uopšte dozvoljeno – on i ne postupi kao javni beležnik, ne obavlja javnobeležničku delatnost, već se tada pojavljuje u nekom drugom svojstvu. Stoga treba odbaciti pomenutu tvrdnju da se odgovornost za štetu prouzrokovanu obavljanjem javnobeležničke delatnosti u srpskom pravu kvalifikuje kao ugovorna kada javni beležnik povredi obavezu iz punomoćja i tako pričinii štetu svom vlastodavcu.<sup>40</sup>

Delatnost javnog beležnika u srpskom pravu nespojiva je s advokaturom i drugim plaćenim zanimanjima i funkcijama.<sup>41</sup> Javnim beležnicima je zabranjeno i da se povezuju, sarađuju i dele prostor s advokatima, agencijama za promet nepokretnostima i slično.<sup>42</sup> Javnom beležniku je zakonom izričito dopušteno da obavlja funkciju u javnobeležničkoj komori i u međunarodnim javnobeležničkim udruženjima, da bude izvršilac testamenta, staralac zaostavštine, staralac poslovno nesposobnog lica, medijator, arbitar, sudski prevodilac i da povremeno i dopunski obavlja naučnu, nastavnu i umetničku delatnost (vid. čl. 5 st. 2 ZJB). Na primer, javni beležnik odgovara po pravilima o ugovornoj odgovornosti za štetu prouzrokovanu povredom obaveze iz izdavačkog ugovora koji je kao autor zaključio obavljajući naučnu ili umetničku delatnost. Isto tako, on odgovara za štetu koju prouzrokuje obavljajući prevodilačke poslove. Međutim, u ovim slučajevima se ne radi o odgovornosti za štetu prouzrokovanu *obavljanjem javnobeležničke delatnosti*, pa se oni i ne mogu uzeti kao primer ugovorne odgovornosti javnih beležnika.

---

tare i notarski tarifnik jedinstveni su u čitavoj Nemačkoj. Izvor: Portal Savezne javnobeležničke komore (*Bundesnotarkammer*), <http://www.bnotk.de>, pristup 4. juna 2014.

<sup>39</sup> Vid više D. Knežić–Popović, “Javno beležništvo u evropskim zemljama, iskustva i razlike”, 796 i dalje.

<sup>40</sup> Kada bi u srpskom pravu bilo dopušteno da jedno lice bude i javni beležnik i advokat, moglo bi se dalje diskutovati o tome da li je njegova odgovornost za štetu pričinjenu u advokatskom svojstvu ugovorne ili deliktne prirode. Prevagu odnosi shvatanje da je građanska odgovornost advokata u srpskom pravu deliktna, to jest vanugovorna. Tako M. Orlić, “Građansko-pravna odgovornost advokata u srpskom pravu”, *passim*.

<sup>41</sup> Nasuprot tome, Zakon o javnim beležnicima iz 1930. dopuštao je da javni beležnik zastupa stranku pod određenim uslovima (§ 3) i propisivao da javni beležnik tada *odgovara jednako kao i advokat a njegov odnos prema stranci prosuđuje se po propisima Zakona o advokatima* (§ 5).

<sup>42</sup> Vid. čl. 5 i čl. 55 ZJB.

Kao lice kome su poverena javna ovlašćenja, notar ima javnopravnu dužnost da preuzima službene radnje:<sup>43</sup> on može da odbije da obavlja poslove iz okvira svoje delatnosti samo iz razloga koji su izričito propisani zakonom (čl. 9 st. 2 ZJB). Kada obavlja svoju delatnost, javni beležnik je dužan da postupi u skladu s načelom savesnosti i poštenja (čl. 9 st. 1 ZJB). Između javnog beležnika i stranke u postupku koja bi mogla da se nađe u poziciji oštećenika ne postoji ugovorni odnos. Obaveza notara da se vlada po određenim standardima jeste njegova javnopravna dužnost. Ta obaveza nije korelat subjektivnog prava stranke u notarijalnom postupku. Tek ako dođe do štete, stranka u notarijalnom postupku stiče subjektivno pravo prema javnom beležniku da joj tu štetu naknadi, pod uslovom da je štetu prouzrokovao obavljajući notarsku delatnost na način na koji to nije trebalo da čini. Građanska odgovornost javnog beležnika jeste vanugovorna i kada on prouzrokuje štetu u vezi sa čuvanjem predmeta javnobeležničkog depozita ili predmeta ispunjenja obaveze.<sup>44</sup> Javnobeležnički depozit ima isto pravno dejstvo, režim i karakter kao i sudski depozit (čl. 174 ZJB),<sup>45</sup> a depozitne poslove javni beležnik obavlja kao imalac javnog ovlašćenja koje mu je preneto zakonskom normom. Do štete može da dođe, na primer, kada javni beležnik neovlašćeno odbije da primi predmet na čuvanje ili kada na pogrešan način čuva predmete koje je primio u depozit, pa oni nestanu, budu oštećeni ili uništeni.

Izuzetno, ako stranka koja je u javnobeležnički depozit položila hartije od vrednosti ovlasti javnog beležnika da preuzima radnje radi očuvanja, obezbeđenja ili namirenja prava iz hartije, onda javni beležnik ima pravni položaj punomoćnika (čl. 165 ZJB). Serijske i dematerijalizovane hartije od vrednosti ne mogu se predati javnom beležniku na čuvanje. Beležnik ima obavezu da čuva fizički integritet stvari koja mu je predata,<sup>46</sup> pa tako i hartije od vrednosti, a za štetu koja nastane usled oštećenja, uništenja ili gubitka hartije koja mu je poverena odgovara po pravilima o deliktnoj odgovornosti. Međutim, stranka može da ovlasti javnog beležnika i da se brine o pravu iz hartije, to jest da preuzima radnje radi

<sup>43</sup> U tom smislu vid. D. Đurđević, "Pravni položaj notara u evropskim pravnim porecima i u srpskom pravu", 160 i dalje.

<sup>44</sup> Javni beležnik je deliktno odgovoran i za štetu koja potiče od neispravnosti uređaja za obezbeđenje prostorija u kojima se čuvaju predmeti položeni u javnobeležnički depozit. Međutim, ako je neispravnost tog uređaja posledica namernog ili krajnje nepažljivog postupanja njegovog proizvođača odnosno prodavca, javni beležnik koji je isplatio naknadu oštećeniku ima pravo da u roku od jedne godine od isplate zahteva da mu proizvođač odnosno prodavac neispravnog uređaja regresira isplaćeni iznos (čl. 170 st. 5 ZJB). Zakon to ne kaže ali treba uzeti da u ovakvim slučajevima javni beležnik mora da dokaže ne samo kvalifikovanu krivicu ovih lica nego i kontinuitet neispravnosti predmetnog uređaja, to jest da je uređaj bio neispravan još kada ga je proizvođač pustio u promet, odnosno kada ga je prodavac predao javnom beležniku – ili makar da je još u to vreme postojao uzrok potonjeg kvara.

<sup>45</sup> Upor. čl. 211–224 ZVP.

<sup>46</sup> Serijske i dematerijalizovane hartije od vrednosti ne mogu da se polože u javnobeležnički depozit. Vid. čl. 165 st. 1 ZJB.

očuvanja, obezbeđenja ili namirenja tog prava. Tada se pravni položaj javnog beležnika izjednačava s položajem punomoćnika. Ovlašćenje koje stranka daje javnom beležniku nije javnopravne nego privatnopravne prirode. Njegov izvor je pravni posao a ne zakon. Javni beležnik ne može da odbije ovo ovlašćenje ako nisu ispunjeni zakonski uslovi pod kojima on izuzetno može da odbije obavljanje poslova u okviru svoje delatnosti (čl. 9 st. 2 ZJB). Međutim, to ne menja prirodu ovlašćenja: ono je privatno a ne javno, konstituisano pravnim poslom a ne preneto zakonom. Javni beležnik je dužan da se o pravu iz deponovane hartije brine s povećanom pažnjom brižljivog i urednog čoveka, a za štetu koju prouzrokuje obavljajući ovaj posao on odgovara po opštim pravilima u ugovornoj odgovornosti. Kada stranka ovlasti javnog beležnika da se brine o pravima iz deponovanih hartija od vrednosti, od njega se ne očekuje nepristrasno postupanje, nego naprotiv, postupanje u najboljem interesu deponenta.<sup>47</sup>

Osnov odgovornosti javnog beležnika nije izričito opredeljen zakonskim pravilom. Prema pomenutom čl. 58 st. 1 ZJB, *javni beležnik je dužan da naknadi štetu koju je prouzrokovao u obavljanju delatnosti*. Iz jezičkog tumačenja ove odredbe proizlazi da je ta odgovornost objektivna, to jest da notar odgovara za štetu prouzrokovanu obavljanjem javnobeležničke delatnosti, iako je tu svoju delatnost u svemu obavljao onako kako je trebalo. Drugim rečima, u zakonskom pravilu ne pominje se krivica, pa na prvi pogled izgleda da ona i nije potrebna. Međutim, logičko tumačenje nalaže da se citirana odredba drugačije razume: U odsustvu posebnih pravila u pogledu osnova građanske odgovornosti javnog beležnika, tu odgovornost treba zasnovati na opštim pravilima. Javnobeležnička delatnost ne može se označiti kao opasna delatnost: Ta delatnost *ne generiše* povećanu opasnost od štete po okolinu kada se obavlja onako kako bi je obavljao razuman i pažljiv učeni pravnik kome je poklonjeno javno poverenje.<sup>48</sup> Budući da je tako, opšta pravila nalažu da se za štetu prouzrokovanu u obavljanju javno-

---

<sup>47</sup> Otvara se pitanje da li je ova mogućnost rezervisana za hartije od vrednosti, to jest može li stranka da ovlasti javnog beležnika da na određeni način postupa s deponovanim predmetima kako oni ne bi gubili vrednost i može li javni beležnik da odbije to ovlašćenje. Zakonodavac je definisao javnobeležničku delatnost, potom je dao i jednu restriktivnu listu poslova koje javni beležnik može da obavlja pored svoje javnobeležničke delatnosti kao poslova koji su svi odreda stručni i koji se obavljaju nezavisno i nepristrasno, a otvorio je i mogućnost da javni beležnik izuzetno bude stavljen u poziciju postupanja po ovlašćenju stranke da brine o pravu iz deponovane hartije od vrednosti, a ne samo o fizičkom integritetu te hartije. *To je jedini posao u kojem se od njega ne očekuje nepristrasnost*. Mislim da tu mogućnost treba sasvim usko tumačiti i da s njom ne treba praviti nikakve analogije.

<sup>48</sup> Upor. "(1) Opasnu delatnost treba razumeti kao ljudsku aktivnost koja, kada se obavlja na normalan način, a to će reći onako kako bi je obavljao razuman i pažljiv čovek, predstavlja povećanu opasnost od štete za okolinu, to jest generiše povećani rizik štete po druge. (2) Ako je delatnost takva da je se razuman i pažljiv čovek ne prihvata ako za nju nije posebno obučen, onda je merodavno da li delatnost predstavlja povećanu opasnost od štete kada se obavlja na profesionalan način, to jest onako kako bi je obavljao razuman i pažljiv stručnjak. U tom slučaju delatnost je opasna ako stvara povećani rizik štete i kada je obavlja razuman i pažljiv stručnjak. (3) U opasne delatnosti tre-

beležničke delatnosti odgovara po osnovu krivice. Uslovi za zasnivanje odgovornosti po osnovu krivice dobro su znani: Potrebno je da je štetnik svojim činjenjem ili nečinjenjem prouzrokovao oštećeniku neki od pravom priznatih oblika štete i da je za to prouzrokovanje kriv. Sve ovo važi i kada javni beležnik prouzrokuje štetu u obavljanju svoje delatnosti: Nema posebnih pravila o šteti za koju javni beležnik odgovara te se na uobičajeni način razmatra i pitanje kauzaliteta, to jest postojanje uzročno-posledične veze između određenog postupanja javnog beležnika i štete koju je pretrpeo oštećenik. Međutim, *pojam krivice javnog beležnika ima određenih specifičnosti u odnosu na osnovno razumevanje krivice*. To proizlazi iz posebnosti pravnog statusa javnih beležnika: Specifičan pravni status javnih beležnika u jednom pravnom sistemu utiče na sadržinu osnovanih društvenih očekivanja koja se formiraju prema jednom hipotetički razumnom i pažljivom javnom beležniku. Upravo ta očekivanja jesu merilo javnobeležničke krivice – u odnosu na njih sud odmerava ponašanje konkretnog javnog beležnika kada prosuđuje da li je on kriv.

#### JAVNOBELEŽNIČKA KRIVICA

Prvo da pogledamo osnovno razumevanje krivice u srpskom pravu. Pod naslovom *Kada postoji krivica*, u članu 127 Skice stoji:<sup>49</sup> “Pri prosuđivanju da li je lice koje je štetu prouzrokovalo krivo ili ne, to jest da li se ponašalo kako je trebalo, sud vodi računa o redovnom toku stvari i o tome šta se od razumnog i pažljivog čoveka moglo osnovano očekivati u datim okolnostima.” Ova definicija je neopravdano izostavljena iz jugoslovenskog Zakona o obligacionim odnosima. Međutim, sudovi su postepeno prihvatili pojmovno određenje krivice koje je bilo predloženo Skicom, pa se sada bez sumnje može reći da se krivica u domaćem građanskom pravu razume kao pogrešno postupanje odgovornog lica, a ne kao njegova svest ili volja određenih kvaliteta.<sup>50</sup> Sudovi prosuđuju krivicu *in abstracto*, a to će reći po jednom objektivnom merilu na čiju sadržinu u načelu ne utiču lične osobine i prilike štetnika.

ba uvrstiti i one koje redovno nisu opasne ali to postaju s obzirom na opasne okolnosti pod kojima ih treba obaviti.” M. Karanikić Mirić, *Objektivna odgovornost za štetu*, 86.

<sup>49</sup> Upor. Mihailo Konstantinović, *Obligacije i ugovori. Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Službeni list, Beograd 1996, 78. Komisija za izradu Građanskog zakonika predlaže pozakonjenje ovog pravila. Upor. čl. 171 (Postojanje krivice), Komisija za izradu Građanskog zakonika, *Prednacr. Građanski zakonik Republike Srbije. Druga knjiga. Obligacioni odnosi*, Vlada Republike Srbije, Beograd 2009 (Prednacr).

<sup>50</sup> Vid. naročito Miodrag V. Orlić, “Subjektivna deliktna odgovornost u srpskom pravu: razvoj i perspektive”, u: *Forum za građansko pravo za jugoistočnu evropu. Izbor radova i analiza. Knjiga I*, GTZ, Beograd 2010, 331–353, Miodrag V. Orlić, “Esej o krivici – u građanskom pravu”, *Pravni život* 1–2/2009, 179–198. Vid. takođe: M. Karanikić Mirić, *Krivica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu, passim.*, Miodrag Orlić, “Građansko-pravna odgovornost advokata u srpskom pravu”, 13–26.



Merilo krivice je pooštreno kada štetu prouzrokuje stručnjak. U našem pravu već dugo važe posebna pravila o odgovornosti za profesionalnu ili stručnjačku krivicu: Kada prosuđuju da li se lice koje je štetu prouzrokovalo u profesionalnom svojstvu ponašalo onako kako je trebalo, sudovi se ne pitaju kako bi u istoj situaciji postupio razuman i pažljiv čovek, nego razuman i pažljiv stručnjak.<sup>51</sup> Merilo profesionalne krivice je objektivno, apstraktno. To ne znači da pri proceni da li je krivo lice koje je štetu pričinilo obavljajući neku profesionalnu delatnost – sud neće uzeti u obzir okolnosti u kojima je ono postupalo, nego da lične osobine, sposobnosti, stanja i prilike tog lica u načelu ne utiču na sadržinu merila njegove krivice. Okolnosti u kojima je došlo do štete uzimaju se kao zadate, nepromenljive, a ponašanje štetnika odmerava se prema zamišljenom ponašanju razboritog i pažljivog dobrog stručnjaka u tim istim okolnostima. Za zasnivanje odgovornosti stručnjaka dovoljna je obična nepažnja.<sup>52</sup> Ona se u domaćem pravu oborivo pretpostavlja pod uslovom da je utvrđeno postojanje štete i uzročne veze kao stalnih i opštih uslova za zasnivanje odgovornosti.<sup>53</sup> Međutim, postojanje te nepažnje ceni se po jednom višem standardu: Nije dovoljno da se štetnik ponašao kao razuman i pažljiv čovek, već se od njega zahteva razboritost i pažljivost dobrog stručnjaka.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Vid. umesto svih: Miodrag V. Orlić, "Evolucija shvatanja o krivici (u srpskom pravu) sa osvrtom na pojam profesionalne krivice", u: *Private Law Reform in South East Europe: Liber Amicorum Christa Jessel-Holst* (ur. Mirko Vasiljević et al.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010, 263–279.

<sup>52</sup> Vid. primera radi: Rešenje Vrhovnog suda Srbije Rev. 1000/2006 od 14. septembra 2006, *ParagrafLex* (za zasnivanje odgovornosti lekara dovoljna je obična nepažnja).

<sup>53</sup> Stav da se pretpostavka krivice iz čl. 154 st. 1 Zakona o obligacionim odnosima odnosi na običnu nepažnju zauzeli su najviši sudovi nekadašnje Jugoslavije nedugo nakon što je taj zakon usvojen. Vid. Zaključak XIV Zajedničke sednice Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 25. i 26. marta 1980. godine, *Zbirka sudskih odluka*, knj. V, sv. 1, 18.

<sup>54</sup> Komisija za izradu Građanskog zakonika predlaže da se pravilo o profesionalnoj krivici *pozakoni* na sledeći način: "Ali, pri prosuđivanju da li je lice koje profesionalno obavlja određenu delatnost (na primer, lekari, veterinar, medicinsko osoblje, inženjeri, arhitekte, advokati, notari) skrivljeno prouzrokovalo štetu, sud vodi računa o pravilima nauke i struke, o životnom iskustvu i o tome šta se od razumnog i pažljivog stručnjaka moglo osnovano očekivati u datim okolnostima." Čl. 171 st. 2 Prednacrt. Komisija predlaže da se u zakonik unese i posebno pravilo o odgovornosti države i drugih subjekata javnih ovlašćenja: *Državni organ, imalac javnih ovlašćenja, organ autonomne pokrajine ili organ jedinice lokalne samouprave odgovara za imovinsku i neimovinsku štetu koju prouzrokuje trećim licima svojim nezakonitim ili nepravilnim radom.* – čl. 186 Prednacrt. Ostavimo po strani to što se ovim pravilom kao odgovorno lice imenuju i oni kojima za to nedostaje pravni subjektivitet. Što se tiče javnih beležnika, pravilo bi se odnosilo i na njih kao imaoce javnih ovlašćenja, pa bi na taj način pogrešno (skriviljeno) postupanje javnih beležnika bilo raščlanjeno na postupanje protivno zakonu i na postupanje koje se u širem smislu označava kao nepravilno, a to je ono koje je protivno pravilima javnobeležničke službe odnosno ponašanje koje nije razborito i pažljivo u dovoljnom stepenu.

Na prvom mestu treba videti da li je notarska odgovornost jedan vid stručnjačke odgovornosti, odnosno da li je krivica javnog beležnika – profesionalna krivica. Nema nikakve sumnje da se javni beležnik kvalifikuje kao stručnjak u kontekstu utvrđivanja njegove građanske odgovornosti. Taj zaključak ne zavisi od toga da li javnog beležnika prvenstveno vidimo kao pripadnika slobodne pravničke profesije<sup>55</sup> ili mislimo da u njegovom statusu pretežu obeležja nosioca javne službe to jest ličnosti od javnog poverenja. Odgovorno lice smatramo stručnjakom kada delatnost kojom se ono bavi podrazumeva formalno obrazovanje i praktičnu obuku kojima se stiču posebna stručna znanja i veštine. Formalno obrazovanje i praktična obuka, a po pravilu i institucionalizovana provera tako stečenih znanja i veština, predstavljaju uslov za članstvo u profesionalnim komorama, udruženjima ili savezima, koji obavljaju regulatornu funkciju, u pojedinim profesijama izdaju licence za bavljenje datom profesijom, a u svakom slučaju sankcionišu nestručna i druga nepoželjna ponašanja svojih članova.

Javni beležnik je učeni pravnik: Među brojnim uslovima za njegovo imenovanje (čl. 25–26 ZJB) nalaze se diploma pravnog fakulteta, položen pravosudni i javnobeležnički ispit i najmanje pet godina radnog iskustva u pravnoj struci nakon položenog pravosudnog ispita. Društvena očekivanja prema javnim beležnicima kao stručnjacima osnovano su veća, zahtevnija, strože postavljena nego prema onima koji nemaju posebna stručnjačka znanja i veštine. Ponašanje lica koje je prouzrokovalo štetu obavljajući profesionalnu delatnost odmerava se prema povišenom objektivizovanom standardu razboritosti i pažnje. Takav štetnik se ne oslobađa odgovornosti ako dokaže da se ponašao kao razuman i pažljiv čovek, već samo ako dokaže da je postupao onako kako bi se u istoj situaciji poneo razuman i pažljiv stručnjak. Ako štetnik ima neke lične osobine zbog kojih je taj standard u vreme prouzrokovanja štete za njega bio objektivno nedostižan, to se ne uzima u obzir. To što konkretan stručnjak iz nekog razloga nije bio u stanju da ispuni povišene društvene zahteve prema stručnjacima, ne može mu se računati kao oslobađajući razlog. Štaviše, ako je konkretan stručnjak raspolagao nekakvim posebnim, dodatnim znanjima i veštinama koja obično nemaju stručnjaci njegove specijalizacije, onda se od njega kao natprosečnog stručnjaka osnovano očekuje da primeni i svoja posebna znanja i veštine i to s jednakim stepenom razboritosti i pažljivosti.

#### O MERILU JAVNOBELEŽNIČKE KRIVICE

Profesionalna krivica se i ovde procenjuje prema apstraktnom, depersonalizovanom merilu, što znači bez obzira na lične osobine konkretnog notara: Pri prosuđivanju da li se postupanje javnog beležnika koje je dovelo do štete kvalifikuje kao skrivljeno, sud treba da uporedi ponašanje konkretnog javnog beležni-

<sup>55</sup> Vid. Ljubiša Dabić, "Profesionalna odgovornost nosilaca slobodnih profesija", *Pravo i pravna teorija* 7-9/2010, 44-58, naročito str. 50.

ka s ponašanjem *hipotetički razumnog i pažljivog, iskusnog i pravnički veoma obrazovanog javnog beležnika* pod istim okolnostima. Ako nađe da se konkretan javni beležnik nije ponašao na ovaj način, to jest onako kako se od njega moglo osnovano očekivati, sud treba da utvrdi da je taj javni beležnik kriv u građanskopravnom smislu.

Koja je sadržina ovog objektivizovanog merila krivice? Kakvo ponašanje se osnovano očekuje od *razumnog i pažljivog učenog pravnika kojem su poverena javna ovlašćenja*? Od javnog beležnika se na prvom mestu očekuje da postupa u skladu sa zakonom. Na primer, on ne sme da uskrati obavljanje službene radnje bez zakonskog uporišta ili da povredi zakonsku dužnost čuvanja javnobeležničke tajne. Međutim, notar može da greši i kada strogo uzev ne vređa zakonsku normu: To što ponašanje javnog beležnika nije protivno zakonu još uvek ne znači da ono nije pogrešno – recimo, u tom smislu što je nestručno, nesavesno, pristrasno – odnosno da je notar postupio onako kako je trebalo da postupi. Notar postupa pogrešno i kada krši pravila pravničke struke i, uže gledano, javnobeležničke službe, kao i uvek kada vređa javno poverenje koje mu je ukazano, odnosno kada službene radnje u okvirima svoje delatnosti ne preduzima u javnom nego u nekom partikularnom interesu.

Primeru radi, pogrešno postupa javni beležnik koji ne upozori stranke na rušljivost ugovora koji zaključuju; propusti da unese u ugovor to što stranke sklapaju takav ugovor uprkos ovom njegovom upozorenju; propusti da proveri status nepokretnosti prilikom sklapanja ugovora koji se odnosi na tu nepokretnost; propusti da obezbedi predmete koje je preuzeo u javnobeležnički depozit i prostorijske u kojima čuva te predmete. Međutim, kada overava potpis prodavčevog punomoćnika na nejavnoj ispravi koja sadrži pravni posao (primeru radi, ugovor o prodaji motornog vozila<sup>56</sup>) javni beležnik nije dužan da ispituje da li je punomoćnik ovlašćen da zaključi taj ugovor. Ali, ako javni beležnik zna da takvog ovlašćenja nema, ima poseban uvid u to što je punomoćje otkazano, pa ipak legalizuje potpis, onda na njegovoj strani postoji krivica. Na ovom primeru vidi se jasno da nije dovoljno da javni beležnik postupa *lege artis*, nego i *bona fide*. Pogrešno postupa i notar koji ne čuva ili na neodgovarajući način čuva originale isprava koje je sastavio, kao i notar koji s nedovoljno pažnje javno potvrđuje činjenice za koje je morao da zna da nisu tačne.

Ovi parametri se ne isključuju međusobno: Jedno te isto činjenje ili nečinjenje može u isto vreme da bude i nezakonito i protivno pravilima struke i nedovoljno razborito i nedovoljno pažljivo i takvo da vređa javno poverenje. Razuman i pažljiv učeni pravnik koji uživa javno poverenje i na kojeg su preneti javna

---

<sup>56</sup> U nedostatku domaće prakse, ovde se može navesti odluka jednog hrvatskog suda, ŽS Kc Gž 2009/2009-2 od 8. aprila 2010: "Da li je punomoćnik tužitelja bio ovlašćen sklopiti ugovor o prodaji, nije bio dužan ispitivati javni bilježnik prilikom ovjere potpisa, već državni organ koji je temeljem tog ugovora izvršio upis promjene vlasništva na osobnom vozilu tužitelja." Izvor: www.iusinfo.hr, pristup 30. maja 2014.

ovlašćenja da ih izvršava u interesu javnobeležničke službe neće samo gledati šta mu je naređeno zakonom da čini nego će u obzir uzeti i sve ono na šta ga pravnička struka i javnobeležnička služba obavezuju, pa će svoj posao vršiti u skladu s javnim interesom i s pojačanom pažnjom koja se od njega osnovano očekuje s obzirom na pravni status koji on uživa. Nije dovoljno, dakle, da notar postupa kao razuman i pažljiv čovek, pa ni kao razuman i pažljiv učeni pravnik, to jest pravni stručnjak, već se od njega osnovano očekuje da postupa s razboritošću i pažnjom učenog pravnika koji je istovremeno i nosilac javne službe, što znači s razboritošću i pažnjom učenog pravnika kojem je poklonjeno javno poverenje da u javnom interesu obavlja poslove koji izvorno spadaju u nadležnost države. Merilo javnobeležničke krivice ovde je izloženo opisno i pragmatično, s prvenstvenim ciljem da usmeri i javnog beležnika i sudiju koji utvrđuje da li je javni beležnik kriv u konkretnom slučaju.

Da sumiramo. (1) Opšta norma o subjektivnoj odgovornosti za štetu sadrži *neodređenu dispoziciju* – *standard* osnovano očekivanog ponašanja, a ne konkretan opis takvog ponašanja.<sup>57</sup> Sudovi i pravna nauka konstruišu ovu normu iz odgovarajućih odredaba Zakona o obligacionim odnosima, a pre svega iz čl. 16 i čl. 154 st. 1 ovog zakona, usvajajući kao dispoziciju jedno pravilo o ponašanju ljudi koje već dugo važi u praksi naših sudova i čije pozakonjenje je pomenutom odredbom čl. 127 Skice predložio Mihailo Konstantinović. To pravilo nalaže da svako postupa onako kako bi se prema redovnom toku stvari moglo osnovano očekivati od razumnog i pažljivog čoveka u datim okolnostima. (2) Ova dispozicija je preciznija, čvršće određena kada potencijalni štetnik postupa u profesionalnom kapacitetu: Od stručnjaka se osnovano očekuje da postupa sa stručnjakom, profesionalnom razboritošću i pažnjom, to jest onako kako bi se u datim okolnostima ponašao razuman i pažljiv stručnjak odgovarajuće specijalizacije. (3) Međutim, u slučaju da za štetu odgovara javni beležnik, dispozicija norme o subjektivnoj odgovornosti određena je još preciznije, s još više detalja. Takva dispozicija sadrži još više elemenata koje sudija mora da uzme u obzir pri prosuđivanju da li se javni beležnik ponašao onako kako je trebalo. Javni beležnik nije samo pravni stručnjak; on je pravni stručnjak kome je ukazano javno poverenje. Zato se merilo krivice javnog beležnika razlikuje od merila krivice drugih pravnih stručnjaka, to jest učenih pravnika na koje nisu preneti javna ovlašćenja. Primera radi, za javnog beležnika važi stroži i složeniji standard osnovano očekivanog postupanja nego za advokata. Od javnog beležnika osnovano se očekuje da postupa kao *razborit i osobito pažljiv učeni pravnik kome je poklonjeno javno poverenje da samostalno, nezavisno, isključivo i u javnom interesu obavlja određene poslove koje je izvorno dužna da obavlja država*. Javni beležnik je vezan imperativnim propisima,

<sup>57</sup> O neodređenim dispozicijama i njihovim vrstama, a posebno o dispozicijama s neodređenim pravnim pojmovima – pravnim standardima, vid. R. Lukić, 96–99. Ove poslednje neodređene dispozicije nisu alternativne – postoji samo jedan jedini način ponašanja koji je predviđen dispozicijom i koji za svaki konkretan slučaj treba konkretno odrediti (str. 99).

načelom savesnosti i poštenja, visokim standardima pravničke struke, ali i javnim poverenjem koje mu je ukazano i interesima javne službe koju obavlja i u tom smislu on je manje slobodan u svom postupanju nego advokat.

#### O SUVIŠNOSTI POJMA STRUČNE GREŠKE

Subjektivna odgovornost stručnjaka posebna je po tome što je merilo stručnjačke krivice pooštreno u odnosu na opšta pravila o subjektivnoj odgovornosti. To važi i za javne beležnike. Nema nikakvog posebnog uslova za zasnivanje subjektivne odgovornosti notara – nema dodatnog zahteva u pogledu, primera radi, protivpravnosti radnje kojom je pričinjena šteta, predvidljivosti pričinjene štete ili vrste štete koju oštećenik podnosi. Za javne beležnike važe opšta pravila o odgovornosti po osnovu krivice, s tom specifičnošću što se postojanje njihove krivice ceni po jednom pooštrenom standardu.

Međutim, govoreći o uslovima za zasnivanje stručnjačke odgovornosti za pričinjenu štetu, ponekad se uz opšte uslove odgovornosti – u koje spadaju šteta, uzročna veza i krivica – dodaje još i stručna (profesionalna) greška. U toj konstrukciji za zasnivanje profesionalne odgovornosti nije dovoljno skrivljeno prouzrokovanje štete nego se još zahteva i da se onaj postupak stručnjaka kojim je pričinjena šteta kvalifikuje kao stručna greška, to jest da to postupanje bude protivno pravilima odgovarajuće struke. Ovakvo rezonovanje naročito je rasprostranjeno u tekstovima o odgovornosti lekara i drugog medicinskog osoblja,<sup>58</sup> ali se u poslednje vreme proširilo i na oblast građanske odgovornosti notara i može se naći kako u opštim napisima o profesionalnoj odgovornosti u kojima se javni beležnici izričito ubrajaju u stručnjake,<sup>59</sup> tako i u napisima koji se odnose specijalno na javne beležnike.<sup>60</sup>

U našem pravu pojam stručne greške obuhvaćen je pojmom profesionalne krivice. Stoga je suvišno da se stručna greška notara izdvaja kao poseban uslov za

---

<sup>58</sup> Vid., npr., Ivana Stojanović, "Dijagnostičke lekarske greške", *Pravni život* 1/2010, 225. Vid. takođe Petar Klarić, "Autorizovano izlaganje", u: *Godišnjak tribine Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba, Bilten br. 2* (ur. Jakša Barbić), Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 2002, 46. O neosnovanom ubrajanju stručne (lekarske) greške među uslove za zasnivanje građanske odgovornosti za štetu pričinjenu obavljanjem medicinske delatnosti i o specifičnom odnosu pojmova profesionalne krivice i stručne greške u srpskom pravu vid., umesto svih, Miodrag V. Orlić, "Zakon o zdravstvenoj zaštiti i odgovornost lekara za prouzrokovanu štetu", poseban otisak iz časopisa *Pravni život* 7-8/2012, Udruženje pravnik Srbije, Beograd 2012, Marija Karanikić Mirić, "Krivica kao osnov deliktne odgovornosti lekara u građanskom pravu", *Pravni život* 10/2013, 623-638.

<sup>59</sup> "Generalno, za građansku odgovornost nosilaca slobodnih profesija na osnovu krivice (subjektivna odgovornost) zahteva se ispunjenje četiri pretpostavke: radnja iz koje je proistekla šteta, koja mora biti protivpravna – profesionalna greška; nastala šteta; uzročna veza između protivpravne radnje i nastale štete; krivica štetnika." Lj. Dabić, 54. U nosioce slobodnih profesija Dabić ubraja i javne beležnike, a postupanje *contra legem artis* izričito označava kao protivpravno. *Ibidem.*, 50.

<sup>60</sup> K. Ivančević, 68.

zasnivanje njegove građanske odgovornosti. O odnosu pojmova stručne greške i profesionalne krivice treba ukazati na sledeće: To što je jedan stručnjak postupao *lege artis*, to jest poštovao standarde svoje struke, još uvek ne znači da taj stručnjak nije kriv. Primera radi, moguće je da je konkretan stručnjak incidentno imao uvid u pravnu situaciju, koji se ne može osnovano očekivati od hipotetički razumnog i pažljivog profesionalca njegove struke. Tada pravni standard stručnjačke razboritosti i pažljivosti u postupanju nalaže konkretnom stručnjaku da upotrebi sva znanja i umeća kojima raspolaže i koja prevazilaze ono što se od stručnjaka njegove specijalizacije normalno očekuje. Drugim rečima, krivica stručnjaka je odsustvo razboritosti i pažljivosti u postupanju po profesionalnim standardima. Postupanje *contra legem artis* je indikator krivice, ono nagoveštava krivicu, ali postupanje *lege artis* u najužem smislu još uvek ne znači da krivice nema.

Javni beležnik ne postupa *bona fide* ako zanemari saznanja koja slučajno ima, a koja ne bi mogao da stekne prostim postupanjem po pravilima struke. Recimo, javni beležnik incidentno ima posebna saznanja o nedostojnosti svedoka identiteta ili o tome da pozvani svedok ili tumač mogu da imaju koristi od posla u čijem sastavljanju učestvuju. Javni beležnik postupa pogrešno ako zanemari saznanja koja u konkretnom slučaju ima, bez obzira na to što *nije osnovano* očekivanje da hipotetički razuman i pažljiv javni beležnik u istoj situaciji dođe do tih saznanja uobičajenom proverom, to jest prostim poštovanjem pravila koja ga obavezuju. Dakle, iako pravila struke javnom beležniku ne nameću obavezu da proverava određene činjenice, iako poštovanje pravila struke ne bi dovelo do potpunih saznanja o određenoj stvari, javnog beležnika obavezuje ono što on *de facto* zna, pa je moguće da javni beležnik postupa *mala fide* i kada se strogo uzev ne može kazati da postupa *contra legem artis*. U istom tonu: Kada overava potpise na nejavnoj ispravi, javni beležnik je dužan da se sa sadržinom isprave upozna samo u meri koja je neophodna za ispunjavanje upisnika o overama isprava; on ne odgovara za sadržinu isprave i nije dužan da utvrđuje ispunjenost uslova za punovažnost pravnog posla.<sup>61</sup> To je zakonom izričito propisano (vid. čl. 92 st. 3 i 4 ZJB). Međutim, ako javni beležnik *de facto* zna da je otkazano punomoćje licu koje se predstavlja kao zastupnik jedne od ugovornih strana, ili da je falsifikovana lična karta jednog od ugovornika, pa ta svoja znanja zanemari, onda on postupa skrivljeno i treba da odgovara za štetu koja je u uzročnoj vezi s takvim njegovim postupanjem.

Kumuliranje stručne greške i profesionalne krivice kao uslova za zasnovanje građanske odgovornosti javnih beležnika imalo bi sledeće neprihvatljive posledice. Prvo, javni beležnik bi mogao da se oslobodi odgovornosti ako dokaže da

<sup>61</sup> Drugačije je u nemačkom pravu. Upor. § 40 st. 2 Zakona o overavanju isprava (*Beurkundungsgesetz*), kojim je propisano da je notar prilikom overavanja potpisa dužan da proveri postoji li osnov da odbije da preduzme ovu službenu radnju: Der Notar braucht die Urkunde nur darauf zu prüfen, ob Gründe bestehen, seine Amtstätigkeit zu versagen. Izvor: <http://www.gesetze-im-internet.de/beurkg>, pristup 7. jula 2014.

strogo uzev nije učinio stručnu grešku – nezavisno od toga koliko je bio razborit i pažljiv u svome postupanju. Drugo, to bi značilo da je odgovornost javnog beležnika teže zasnovati nego ostale oblike subjektivne odgovornosti za štetu, pošto bi se samo za odgovornost javnih beležnika zahtevala protivpravnost (u obliku stručne greške) uz preostala tri uslova za zasnivanje subjektivne odgovornosti. Treće, i u postojećoj konstrukciji pretpostavljene krivice dodatni, četvrti uslov za zasnivanje odgovornosti notara morao bi da dokazuje oštećenik u svojstvu tužioca, što znači da bi oštećenik kome je štetu prouzrokovao javni beležnik bio u težem materijalnom i procesnom pravnom položaju od ostalih oštećenika.

#### ODGOVORNOST ZA DRUGOGA I ODGOVORNOST UZ DRUGOGA

Postoji jedan krug lica za koja javni beležnik odgovara po pravilima o odgovornosti za drugoga. To su javnobeležnički pripravnici, javnobeležnički pomoćnik, administrativno osoblje koje radi u javnobeležničkoj kancelariji (čl. 58 st. 2 ZJB), kao i lice koje je javni beležnik odabrao da obezbeđuje prostorije u kojima se čuvaju stvari položene u javnobeležnički depozit (čl. 170 st. 3 ZJB). Notar odgovara za štetu koju ovi subjekti prouzrokuju trećim licima nezavisno od toga da li i oni sami odgovaraju za tu štetu po opštim pravilima. Javni beležnik ovde odgovara bez obzira na vlastitu krivicu. Njega ne izvinjava to što se sam ponašao onako kako je trebalo i što je štetnika pažljivo izabrao, nadzirao i instruirao. Kada odgovara za drugoga, javni beležnik odgovara bez obzira na vlastitu krivicu. Drugo pitanje je da li je štetnikova krivica uslov za zasnivanje odgovornosti javnog beležnika. Zakonodavac ne pominje pogrešno postupanje pripravnika, pomoćnika i drugih lica za čije radnje odgovara javni beležnik. To se može razumeti na dva načina: ili javni beležnik odgovara bez obzira na to da li su ova lica postupala skrivljeno, dakle, i onda kada do njih nema nikakve krivice, ili i ovde valja primeniti opšta pravila u odsustvu eksplicitno propisanog izuzetka. Zakonodavac ne pominje krivicu štetnika, ali ne kaže ni da se ona ne traži. Uostalom, zakonodavac ne pominje ni krivicu javnog beležnika u pravilu o njegovoj odgovornosti za vlastiti čin, pa smo pokazali da to ne znači da je ova odgovornost objektivna.

U srpskom pravu poslodavac odgovara za štetu koju njegov zaposleni prouzrokuje trećim licima na radu ili u vezi s radom. On odgovara bez obzira na vlastitu krivicu, ali pod uslovom da zaposleni nije postupao onako kako je trebalo.<sup>62</sup> Treba uzeti da to važi i kada javni beležnik odgovara po pravilima odgovornosti za drugoga: Javni beležnik odgovara bez obzira na vlastitu krivicu, za svaku štetu koju *pogrešnim postupanjem* u obavljanju poslova u domenu javnobeležničke delatnosti prouzrokuju njegovi pripravnici, pomoćnici, administrativno osoblje, kao i lica koja je odabrao da obezbeđuju prostorije u kojima se čuvaju stvari predate u

---

<sup>62</sup> Vid. Čl. 170 st. 1 i čl. 171 st. 1, Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ* br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – odluka USJ i 57/1989, *Službeni list SRJ* br. 31/1993 i *Službeni list SCG* br. 1/2003 – Ustavna povelja.

depozit. Javni beležnik koji je isplatio naknadu oštećeniku ima pravo da mu lice za koje je odgovarao nadoknadi plaćeni iznos ako je to lice štetu prouzrokovalo namerno ili grubom nepažnjom. Međutim, u tom slučaju javni beležnik mora da dokaže kvalifikovanu krivicu pobrojanih štetnika, jer pretpostavka krivice važi samo za njihovu običnu nepažnju. I ne samo to: Javni beležnik će izgubiti pravo na regres ako ga ne zahteva u roku od jedne godine od kada je isplatio naknadu (čl. 58 st 3 i čl. 170 st. 4 ZJB). Opšta pravila nalažu da se direktna odgovornost pobrojanih štetnika prema oštećeniku može zasnovati samo na njihovoj dokazanoj nameri (čl. 170 st. 2 ZOO).

Od svega ovoga treba razlikovati slučajeve kada javni beležnik odnosno komora solidarno odgovaraju s javnobeležničkim zamenikom odnosno vršiocem dužnosti javnog beležnika za štetu koju ovi subjekti prouzrokuju u obavljanju javnobeležničke delatnosti (čl. 50 st. 6 ZJB). Tada nije reč o *odgovornosti za drugoga*, nego o *odgovornosti uz drugoga*. Da vidimo u čemu su razlike: (1) Javni beležnik odgovara uz lice koje je odabrao za javnobeležničkog zamenika, ali samo ako je i ono odgovorno. Javnobeležnička komora odgovara uz lice koje je imenovala za vršioca dužnosti javnog beležnika, ali opet, samo ako je i to lice odgovorno. Kada javni beležnik odgovara za pomoćnike, pripravnike i administrativno osoblje, to ne važi: odgovornost pobrojanih subjekata nije uslov za zasnivanje odgovornosti samog javnog beležnika. (2) Javni beležnik odgovara uz javnobeležničkog zamenika i kada taj zamenik ne odgovara za sebe, nego po pravilima o odgovornosti za drugoga, to jest za javnobeležničkog pomoćnika, javnobeležničkog pripravnika ili administrativno osoblje. Isto tako, javnobeležnička komora odgovara solidarno s vršiocem dužnosti javnog beležnika i kada on sam odgovara po pravilima o odgovornosti za drugoga. (3) Sledeća razlika sastoji se u tome što se regresni odnosi između javnog beležnika i javnobeležničkog zamenika, odnosno između komore i vršioca dužnosti javnog beležnika razrešavaju po opštim pravilima o regresu isplatioca u slučajevima odgovornosti više lica za istu štetu (čl. 208 ZOO). I ne samo to: Ovi regresni odnosi su uzajamni, dok na terenu odgovornosti za drugoga jedino odgovorno lice može da istakne regresni zahtev prema štetniku a obratno nije moguće. Kvalifikovani oblik krivice javnobeležničkog zamenika ne garantuje javnom beležniku pravo na naknadu iznosa plaćenog na ime naknade štete, nego sud određuje udele javnog beležnika i javnobeležničkog zamenika u šteti, uzimajući u obzir težinu krivice i težinu posledica koje su proistekle iz delovanja svakog od njih. Ako sud ne može da utvrdi udele u šteti jednog i drugog, onda na svakoga pada jednak deo, izuzev ako pravičnost nalaže drugačije. Isto važi *mutatis mutandis* za javnobeležničku komoru i vršioca dužnosti javnog beležnika kao solidarne dužnike. Treba uzeti da ovi regresni zahtevi zastarevaju u opštem roku od deset godina, jer su to zapravo zahtevi iz neosnovanog obogaćenja do kog je došlo radnjom osiromašenog, to jest radnjom onog solidarnog dužnika koji je isplatio više nego što iznosi njegov udeo u šteti.



MARIJA KARANIKIĆ-MIRIĆ, Ph.D.,  
Associate Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

## CIVIL LIABILITY OF NOTARIES IN SERBIAN LAW

### Summary

This article deals with the nature, basis and conditions of liability of civil-law notary (*Latin notary*) for damage caused in the exercise of his duties. The nature of civil liability of the notaries is predetermined by the idiosyncrasies of their legal status in a given legal order. Therefore, the author firstly examines the type and the legal position of the notaries under Serbian law, before moving onto the characteristics of their liability. This liability is based on objective fault, *i.e.* on substandard behavior of the Latin notary, which is measured by an external yardstick. The notion of fault is understood as a social transgression, *i.e.* as failure of the notary to measure up to the standards of society. The author considers in detail the contents of the aforesaid external yardstick of fault, and particularly the impact of the specific legal position of the notaries on the mandatory standard of their behavior. The State is exempted from liability for damage caused by the notaries, but should be held liable for the actions of the state authorities responsible for appointing, supervising or instructing the notaries. The author analyzes the cases of vicarious liability of the notaries, as well as the matters of their mandatory insurance against liability.



OSMAN KADRIU

## NEMORALNI UGOVORI I ODGOVORNOST ZA ŠTETU

### U V O D

Iz samog naslova rada jasno se mogu primetiti ključne reči i ključne institucije koje predstavljaju predmet našeg istraživanja i elaboracije. Reč je o kompleksima pitanja koja se tiču: prvo, nemoralnih ugovora; i drugo, same institucije prozrokovanja štete i odgovornosti.

Nemoralni ugovori predstavljaju odstupanje od opšteg pravila da su ugovori validni, punovažni, pravni. Znači, načelno, da se govori o validnim ugovorima znači govoriti o validnim pravnim poslovima. I, kad je reč o pravnim poslovima setimo se važnih institucija građanskog prava kao doktrine, a to su *pravne činjenice*. Prema vladajućem mišljenju, pravne činjenice u građanskom pravu se dele na događaje i ljudske radnje. Brojni su građanskopravni odnosi koji nastaju, koji se rađaju, ljudskim radnjama. U zavisnosti od konkretnih kriterijuma postoje i razne klasifikacije ljudskih radnji. Od aspekt i kriterijum dozvoljenosti, ljudske radnje se dele na dozvoljene i nedozvoljene. Nedozvoljene ljudske radnje u građanskom pravu nazivaju se i delikti u pravu, delikti u građanskom pravu. Delikti u građanskom pravu predstavljaju poseban, no, veoma važan izvor u građansko-pravnim odnosima. Isto pravilo važi i za delikte odnosno nedozvoljene radnje u obligacionom pravu, kao delu građanskog prava.

Posmatrano s aspekta teme koja se u radu elaborira, važne su dozvoljene radnje čoveka, kao subjekta u pravu, s jedne strane, i dozvoljene radnje pravnih

lica, kao posebne vrste subjekata u pravu, s druge strane. U okviru dozvoljenih pravnih radnji izdvajaju se *pravni poslovi*. Dozvoljene pravne radnje su one koje su saglasne pravu. One su pravne. Nisu u suprotnosti sa pozitivnim pravom jedne zemlje, svake zemlje. Znači, one su pravne a ne antipravne. Pri činjenici da se u okviru dozvoljenih pravnih radnji izdvajaju pravni poslovi, treba podvući jedan važan i najvažni njihov atribut, njihov element, a to je volja. Prema tome, *izjava volje* i njena autonomija predstavljaju fundamentalni elemenat pravnih poslova.

Međutim, i to je dobro poznato, navedena klasifikacija pravnih radnji ne završava pravnim poslovima. U okviru pravnih poslova izdvajaju se u posebnu kategoriju – *ugovori*. Pitanje ugovora je kompleksno pitanje. Njima se bavi onaj deo obligacionog prava koj se naziva – Ugovorno pravo. Ugovori, u rimskom pravu *contractus*, je najopšti naziv.<sup>1</sup> Inače, kad je reč o ugovoru, za njega postoje i drugi nazivi kojima se obeležava saglasnost volja dva ili više lica kojem se postiže neko pravno dejstvo.

Ključne institucije problema koji se elaborira u radu predstavljaju kompleksni pitanja koji se tiču, razume se sasvim ukratko, karakteristika i ključnih reči ugovora; moralnost, kao bitna komponenta ugovornim odnosima; karakteristični modaliteti u kojima se manifestira nemoralnost u građanskopravnim odnosima, tačnije rečeno, u ugovorima; i pravne posledice i odgovornost za štetu.

#### KARAKTERISTIKE I KLJUČNE REČI UGOVORA

Kao što je podvučeno u radu, klasifikacija dozvoljenih pravnih radnji ne završava pravnim poslovima. U teoriji građanskog prava posebno se naglašava da od pravnih poslova značajnu ulogu imaju ugovori. Oni predstavljaju posebnu kategoriju pravnih poslova. Obligacionopravnim odnosima ugovori predstavljaju osnovni i najvažni njihov izvor. Po pitanju naziva primećuju se i razni drugi termini kojima se označava ovaj veoma važan izvor građanskopravnih odnosno obligacionopravnih odnosa. Tako na primer, u francuskom pravu pravi se razlika između konvencije (*genus*) i ugovora (*species*). Pod konvencijom se podrazumeva svaka saglasnost volje koja ima za cilj da stvori, promeni ili ukine neki pravi odnos. Za razliku od konvencije, ugovor je samo ona saglasnost volje kojom se zasniva pravni odnos. U tom smislu jasna su opredeljenja Građanskog zakonika Francuske (*Code civile*). Po odredbama ovog Zakonika, ugovor je takva vrsta kon-

<sup>1</sup> I kad smo kod naziva *contractus* u rimskom pravu, potrebno je podvući da se ovim izrazom označavalo samo ona vrsta saglasnosti volje koja je bila zaštićena pravilima *ius civile*, za razliku od drugih saglasnosti koji nisu bile zaštićene a time i utužive po civilnom pravu i nazvale su se pakt. U ovom smislu opširnije, dr Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Petto izdanje, Beograd, 1980, str. 152.

vencije kojom se jedna ili više lica obavezuju se prema jednom ili više drugih da nešto daju, učine, ili ne učine.<sup>2</sup>

Pored izloženog, a kad su u pitanju drugi nazivi za ugovor, u uporednom pravu mogu se primetiti i primena izraza: konvencije, pakta, sporazuma, i drugo. No, istini za volju, u savremenom pravu se nazivi pakta, konvencije i sporazumi često se upotrebljavaju u međunarodnom pravu. Ostaje da se podvuče da se izraz – ugovori redovno upotrebljavaju u građanskopravnoj oblasti i još konkretnije u obligacionom pravu.<sup>3</sup>

Savremena pravna nauka i pozitivno zakonodavstvo, posebno u zemljama kontinentalnog prava, imaju jasan stav u pogledu definicije ugovora. Pored gore izložene definicije ugovora u francuskom pravu, dodajemo još nešto. Imeno, prihvaća se tradicionalno svhaćanje ugovora kao saglasnost volje dva ili više lica kojim se postiže neko pravno dejstvo. Isto tako nailazimo na definiciju da ugovor nastaje na taj način što jedna stranka učini drugoj ponudu i kad se ona prihvati dolazi do zaključenja ugovora.<sup>4</sup> Jasna je definicija ugovora i u Opšte imovinskom zakoniku Crne Gore iz 1888 godine. Pod ugovorom se, reguliše ovaj Zakonik, podrazumeva svaka spogodba, bilo ona usmena ili pismena, koja se uglavi među imaonicima o kakvom imovinskom poslu, po kome se jedan ugovornik (dužnik) podvezuje da će drugome (dužitelju) nešto dati ili učiniti ili dopustiti.<sup>5</sup>

Građanski zakonik Albanije iz 1994 godine, isto tako, ima jasnu definiciju ugovora. Ugovor je pravno delo na osnovu kojeg jednu ili više stranaka stvaraju, menjaju ili ukidaju jedan pravni odnos. U istom kontekstu o ugovoru i njegove definicije u građanskom zakoniku, isti stav ima i pravna nauka u Albaniji, sa napomenom da kod ugovora postoji sporazum između dveju ili više stranaka sa namerom da on proizvodi određene pravne posledice u stvaranju, promeni ili ukidanju prava i obaveze građanskopravne prirode.<sup>6</sup>

Na osnovu izloženog jasno se mogu podvući ključne reči ugovora. On predstavlja, dakle, saglasnost volja dvaju (ili više lica) kojem se postiže neko pravno dejstvo. Pravno dejstvo ugovora može se sastojati u zasnivanje pravnog odnosa,

---

<sup>2</sup> O izloženom, konkretnije u odredbama člana 1101 *Code civile*.

<sup>3</sup> Dr Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, citirano delo, str. 152.

<sup>4</sup> Po ovom pitanju i kod dr A. Gams, *Uvod u građanskom pravu*, Beograd, 1972, str. 202.

<sup>5</sup> Konkretnije o tome, član 905 u vezi sa članovima 901 i 902 OIZ za Crnu Goru.

<sup>6</sup> Opširnije o tome član 659 Građanskog zakonika Albanije, 1994. Godine. Ianče, Građanski zakonik Albanije od 1994. Godine je treći po red Zakonik u istoriskom razvitku kodifikacija građanskog prava o ovoj zemlji. Prvi Zakonik je donet 1929. Godine u kraljevini Albanije za vreme Ahmeta Zogua, a drugi je donet, sa naglašenim ideološkim sintagmama u režimu „socijalističkog prava“ ove zemlje 1981. Godine, sa primenom od prvog januara 1982. Godine. O izloženim novinama ugovora i u delu, Mariana Semeni (Titulani), *Obligaciono i ugovorno pravo*, Opšti deo (na albanskom jeziku – E Drejta e detyrimeve dhe e kontratave, Pjesa e Përgjithëshme), Tirana, 1998, str. 33.

u izmeni nekog već postojećeg pravnog odnosa ili u njegovom ukidanju odnosno gašenju. Ugovor predstavlja središnju instituciju prava i jedan od najgipkijih instrumenata kojim se mogu uređivati porodičnopravni, naslednopravni, stvarnopravni, obligacionopravi i drugi pravni odnosi. Od svih ovih odnosa, bez svake sumnje, veliki značaj ugovora je u obligacionom pravu i predstavlja jedan od dva najvažnija izvora obligacije.

#### MORALNOST – SUŠTINSKI ELEMENAT U UGOVORNOM ODNOSIMA

Moral i moralizacija predstavljaju značajne institucije ugovora i ugovornog prava. One su značajne i za celu građanskopravnu oblast. I ne samo to. Moralne norme predstavljaju vrstu, i to posebnu vrstu, društvenih normi u uređivanju društvenih odnosa.

Za ugovore je značajno podvući da su oni validni, između ostalog, ako su u saglasnosti sa moralnim imperativima. U ovom smislu važi načelo i načelno opredeljenje da su ugovori zaključeni između konkretnih subjekata validni, što će reći da su u saglasnosti sa ustavnim načelima, zakonima i dobrim običajima, u našem slučaju moralnim normama. Međutim, uvek nije tako. Češći su slučajevi u praksi da zaključeni ugovor u momentu njegovog zaključenja ima neku manu, neko nedostatak. U zavisnosti od prirode konkretne mane ili njenog intenziteta tada se postavlja pitanje validnosti ugovora. Drugim rečima, dolazimo do zaključka da ugovor nije punovažan, da je on nevalidan. U kontekstu teme koja se problematizira u radu, može se desiti da zaključemni ugovor bude u suprotnosti sa moralom, sa moralnim imperativima. Tada se govori o nemoralnim ugovorima.

Nemoralni ugovori su ništavni ugovori, i to apsolutno ništavni ugovori. Nemoralni ugovori ulaze u grupu zabranjenih ugovora. Tako ih tretira pravna nauka, s jedne strane, i takve kvalifikacije dobijaju nemoralni ugovori u većini pozitivnih zakonodavstava, s druge strane. Na dva nivoa treba tretirati pitanje nemoralnih ugovora, i to: prvo, teorijski aspekt nemoralnih ugovora u istoriskom razvitku ove institucije; i drugo, stav pozitivnog zakonodavstva.

#### *Pitanje nemoralnih ugovora i stav pravne teorije*

Pitanje nemoralnih ugovora je u tesnoj vezi sa samim moralom kao društvenim fenomenom. Njega izučava sociologija, sociologija prava, filozofija prava, i druge discipline. U ovom kontekstu važno je podvući i stanovišta pravne teorije o značaju morala, moralnih normi u uređivanju društvenih odnosa. U okviru društvenih odnosa, bez svake sumnje, važni su građanskopravni odnosi koji nastaju na osnovu ugovora. Sam moral i pitanja koja su povezana sa njim, je kompleksno

pitanje. Ovde je važno uočiti karakterne crte morala i moralnih normi. Ovo tim pre za da možemo govoriti o ugovorima i njihove sadržine s aspekta moralnosti.

Izraz moral dolazi od latinskog jezika *moralis* (*mos, moris*) što znači dobri običaji. Govori se o licama koja postapuju moralno, etički. Postoje razne definicije morala. U društvenim disciplinama uočavaju se i zajedničke tačke u definicijama morala. Moral predstavlja skup običaja i pravila koje jedna grupa ili društvena zajednica ih smatra najprikladnijim i najpravilnijim u regulisanju društvenih odnosa. Moral i moralne norme nastaju kada se određeni i usvojeni način ponašanja u svakodnevnom životu dugo vremena ponavlja. Moral deluje iznutra kao pritisak na svest, kao griža savesti. Opštousvojena svatanja se odnose na opredeljenja između onoga što je dobro i onog što je zlo u društvu i za društvo. Moralne norme su društvene norme. Tačnije rečeno, predstavljaju posebnu vrstu društvenih normi. Moralne norme su starije od prava. Smatraju se veoma efikasnim društvenim propisima. Imaju tesnu vezu sa pravom i pravnim normama.<sup>7</sup>

Ako u jednoj zajednici, u jednom društvu nema morala, ako nema moralnih normi odnosno ako se moralne norme uopšte ne poštuju, nastupa moralno bezzakonije (anomija). Tada i u takvim situacijama društvo se ugrožava u svojim osnovima. Može da se dovede u pitanje i opstanok samog društva.<sup>8</sup>

Polazeći od značaja morala i moralnih normi kojima se, recimo, naređuje da se uradi ono što društvena zajednica smatra da je dobro odnosno da se zabrani ono što se smatra zlo, moral je važna komponenta prava. Zbog toga se nemački pravnik Jelinek zalagao da pravo treba da sadrži minimum morala koje je neophodno za svako društvo.<sup>9</sup> I kad je reč o odnosu prava i morala postoji razlika i u pogledu sankcije. Sankcija zbog nepoštovanja moralne norme je specifična. Sankcija je načelno unutrašnja. Ona se izražava u grižoj savesti. No, sankcija može biti i društvena. Iako je sankcija društvena ona može ponekad da bude veoma oštra i surova. Ipak, ostaje osnovno opredeljenje da je sankcija zbog povreda moralne norme - griža savesti. I ono što je važno. Od posebnog je značaja prisustvo morala i njegove primene u građanskopravnim odnosima. Ovo nešto je bilo prisutno i u rimskom pravu, posebno u poslednjim fazama njegovog razvitka. Reč je o rimskom klasičnom pravu i rimskom pravu za vreme Justinijana. Važno je naglasiti da u ovom trećem periodu razvitka rimskog prava, "pred kraj bitisanja rimskog prava", u rimskom pravu se sankcionišu zabranjeni ugovori opštom normom kojom se predviđa sankcija ništavosti.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Dr Radomir Lukić, Osnovi sociologije, Beograd, 1975, str. 282 i Dr Ante Framengo: Osnove opće sociologije, Zagreb, 1976, str.29.

<sup>8</sup> Dr radomir Lukić: Sociologija morala, Beograd, 1982, str. 160 – 163.

<sup>9</sup> Konkretnije o izloženom, Leksikon građanskog prava, Beograd, 1996, str. 357.

<sup>10</sup> O izloženom opredeljenju i prof. Horvat, Rimsko pravo, Zagreb, 1958, str. 231.

Na osnovu izloženog osnovano se može zaključiti, a kad je reč o manama ugovora i drugih saglasnosti volja, i rimsko pravo je imalo kritički stav prema nedostacima u pravnim poslovima. U početku se svaki nedostatak smatrao dovoljnim da pravni posao ne važi. Vakvo pravilo prerastao je u važan princip rimskog prava – *quod nullum est – nullum prouducit efectum*.<sup>11</sup> U kasnijim razvoju rimskog prava pretor je svojim ediktima počeo da vodi računa o većim ili manjim nedostacima pri zaključenju pravnih dela. On je ostavljao strankama u pravnim odnosima na raspolaganje razna pravna sredstva kao što su bile: isključenje tužbe – *denegatio actionis*; prigovor protiv tužbe – *exceptio*; i vraćanje u prvobitno stanje – *restitutio in integrum*. Kao što je podvučeno pogore, u justinijanovo vreme, prvi put dolazi do gradacije pravnih poslova s obzirom na njihovu nepunovažnost. Naime, pravljena je razlika između ništavnih i rušljivih pravnih poslova.<sup>12</sup>

Primena morala i moralnih normi posebno dolazi do izražaja u savremenom građanskom pravu i građanskopravnim odnosima. Se naglašava pitanje moralizacije građanskog prava. Proces moralizacije građanskog prava sa naglašenim intenzitetom počinje da se razvije od druge polovine XIX veka. Ovaj proces će u XX veku obeležavati prožimanje etičkih i pravnih pravila u domenu stvaranja, primene i tumačenja prava. U izloženoj konotaciji poznato je stanovište francuskog pravnika Leona Digija (*Léon Duguit*). Digi je teoriju subjektivnih prava kao socijalnih funkcija formulisao u hipotezi prava svojine – najznačajnijeg stvarnog prava. U tom smislu je pojam svojine svatio kao socijalnu funkciju i kao izraz moralizacije (socijalizacije) građanskog prava. Ovo stanovište je branio i na osnovu poznatih pravila teorije zloupotrebe prava.<sup>13</sup> Reč je o vršenju subjektivnih prava kao socijalnih funkcija. Zloupotreba prava postoji u onim slučajevima kada se pravo vrši u nameri da se drugome naškodi ili vršenje prava je protivno njegovom cilju. Polazeći od ovakvog pojmovnog opredeljenja, poznate su teorije o zloupotrebi subjektivnih prava. Reč je o subjektivnoj (užoj) i objektivnoj (široj) teoriji zloupotrebe prava.

Prema subjektivnoj teoriji, zloupotreba prava je vršenje prava u nameri da se drugome naškodi. Objektivna teorija zloupotrebe prava je šira teorija od subjektivna. Prema ovoj teoriji (objektivnoj) zloupotreba prava postoji i u onim slučajevima kada se pravo vrši protiv njegovom cilju zbog koga je ustanovljeno. Prema stanovištu objektivne teorije o zloupotrebi subjektivnog prava, upotrebljavaju se i drugi izrazi kao što su: vršenje prava protivno svrsi prava; protivno duhu prava; nenormalno vršenje prava; nepravilno vršenje prava; i drugo.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Pravni leksikon, Beograd, 1970, str. 644.

<sup>12</sup> Pravi leksikon, citirano delo, str. 644.

<sup>13</sup> Dr Obren Stanković i Dr Vladimir Vodinelić, Uvod u građansko pravo, Beograd, 1995, str. 223–226.

<sup>14</sup> Dr Obren Stanković i Dr Vladimir Vodinelić, citirano delo, str. 224 – 225.



U vezi moralizacije u goreizloženom smislu dodajemo i sledeće. Moralizacija se posebno ogleda u poimanju načela **savesnosti i poštenja** razvijena još u rimskom pravu – *bona fides*. Prema gorenavedenim načelima, strane u građansko-pravnom odnosu moraju se ponašati u skladu sa društveno usvojenim moralnim pravilima, dobrim običajima i shvatanjima prometa. Načelo savesnosti i poštenja su prisutna u brojnim oblastima prava i pravnih odnosa. Drugim rečima, u savremenom pravu pojavljuju se brojne ustanove zasnovane na ovim načelima – načelima savesnosti i poštenja. Samo kako primer, nameće se obaveza u smislu posebne pažnje profesionalca koji stupa u građanskopravni odnos sa neprofesionalcem. Ova pravila su veoma brojna u razvijenim zemljama i na osnovu njih se primećuje tendencija o stvaranju nove grane prava tzv. potrošačko pravo.<sup>15</sup>

### *Nemoralnost u ugovornim odnosima i pozitivna regulativa*

Pozitivna regulativa više zemalja ima jasan stav po pitanju morala, moralnih imprativa u ugovornim odnosima. Drugim rečima, izražavaju jasan stav kroz primenu konkretnih pravnih normi – *scripta* i njihove preciznosti – *stricta* da moral predstavlja važan uslov validnosti ugovora. I obrnuto od toga, ugovor koji je nemoralan sankcioniše se ništavošću. Isto tako preovladava stav da nemoralni ugovori ulaze u grupu zabranjenih ugovora sa svim pravnim posledicama koji se predviđaju za njih.

Od pozitivnih propisa, jasan stav po ovom pitanju ima Zakon o obligacionim odnosima iz 1978 godine.<sup>16</sup> Iz sadržine konkretnih odredaba ovog Zakona jasno proizlazi da ugovor koji je protivan ustavom utvrđenim načelima društvenog uređenja, prinudnim propisima ili moralu socijalističkog samoupravnog društva je ništav ako cilj povređenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo. Kao što je poznato odrednica “socijalistički moral” kao ideološka odrednica u kasnijim izmenama i dopunama ovog Zakona je zamenjena odrednicom “dobri običaji”, što upućuje na zaključak da su u pitanju konstante moralnih normi.

Republika Makedonija je 2001. godine usvojila Zakon o obligacionim odnosima. Do navedene godine u primeni je bio savezni Zakon o obligacionim odnosima iz 1978. godine, a ovo nešto u saglasnosti sa članom 5 Ustavnog Zakona o sprovođenju Ustava Republike Makedonije donet 1991. godine i citirani savezni Zakon je bio u primeni kao republički propis.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Za ove i slične tendencije i u: Leksikon građanskog prava, Beograd, 1996, str. 358.

<sup>16</sup> Zakon o obligacionim odnosima je objavljen u “Službenom listu SFRJ”, br. 29/1978, od 26.05.1978. godine.

<sup>17</sup> Ustav Republike Makedonije je usvojen 1991. godine od prvog saziva višepartiskog parlamenta i zajedno sa Ustavnim Zakonom je objavljen u služben glasilu ove Republike koje se zove “Službeni vesnik na RM”, br. 52/1991. godine.

U pogledu regulative ništavih ugovora, Zakon o obligacionim odnosa Republike Makedonije je ostao "veran" rešenjima saveznog Zakona o obligacionim odnosima.<sup>18</sup>

#### BROJNOST NEMORALNIH UGOVORA U UGOVORNIM ODNOSIMA – ZABRINJAVAJUĆA POJAVA

Skoro u svim postsocijalističkim zemljama sve više i više se uočava zaključivanje raznih ugovora u raznim sferama društvenih odnosa. Nažalost, među njima ima puno ugovora sa nemoralnom sadržinom. Nastaju razni ugovorni odnosi u ekonomske sfere; u privredi; ugovori među fizičkim sa fizičkim licima; između fizičkim licima sa pravnim licima; kao i između samih pravnih lica.

Ugovori sa nemoralnom sadržinom najviše su prisutni, zastupljeni u svojinsko-pravnim odnosima, naročito prilikom transformacije svojine. Kod privatizacije preduzeća i drugih pravnih lica sa društvenim i državnim kapitalom uočavaju se seriozne devijacije kao rezultat nemoralnih pravnih dela. U stambenim odnosima i pojavom tzv. urbane mafije nemoralnost je prisutna. Tenderi i njihovo dodeljivanje, dodeljivanje građevinskog zemljišta, koncesije, zaključenje ugovora o izgradnji raznih projekata, i razni drugi biznisi, na površinu iznose takve pojave koje u svome biću sadrže puno elemenata ili nemoralnih ugovora ili protivpravnih dela.

Nemoralnim ugovorima u ovim i sličnim oblastima i sferama društvenih odnosa ozbiljno se potkopavaju ekonomski temelji dotične zemlje, svake zemlje u kojoj se ove pojave pojavljaju.

#### PRAVNE POSLEDICE I ODGOVORNOST

Nemoralni ugovori u svakoj zemlji prouzrokuju i konkretne posledice. Posledice su pravne. Pored pravnih posledica u konkretnim slučajevima može nastati i šteta. Ukoliko nastaje i šteta, znači, i svim slučajevima kada se ona prouzrokuje kao posledica nemoralnih ugovora, dolazi u obzir primena poznate građanskopravne institucije, a to je odgovornost za štetu. To je građanskopravna (civilna) odgovornost. Što se tiče pravnih posledica nemoralnih ugovora, zakonska regulativa je jasna. Reč je o sledećim pravnim posledicama, i to: jednostavna restitucija; dvostrana restitucija; zabranjena restitucija; i oduzimanje onog što je primljeno i njegovo predavanje konkretnoj društvenopolitičkoj zajednici. U ovoj konotaciji jasne su odredbe Zakona o obligacionim odnosima. U Zakonu se podvlači da u slučaju ništavosti ugovora svaka ugovorna strana je dužna da drugoj vrati sve ono što je primljena po osnovu takvog ugovora, a ako to nije mogu-

---

<sup>18</sup> Jasne su odredbe člana 95 Zakona o obligacionim odnosima Republike Makedonije u pogledu opredeljenja i definicije ništavih ugovora (Zakon o obligacionim odnosima je objavljen u „Službenom vesniku RM“, br. 18/2001).

će, ili ako priroda onog što je ispunjeno protivno vraćanju, ima se dati odgovarajuća naknada u novcu prema cenama u vreme donošenja sudske odluke, ukoliko zakon što drugo ne određuje.

Međutim, ono što je bitno za pitanje nemoralnih ugovora, Zakon predviđa i konkretne pravne posledice. Ako je ugovor ništav zbog toga što je po svojoj sadržini ili cilju protivan sa ustavom zemlje, sa zakonima i dobrim običajima, sud može odbiti, u celini ili delimično, zahtev nesavesne strane za vraćanje onog što je drugoj strani data. S druge strane, sud može odlučiti da druga strana ono što je primila po osnovu zabranjenog ugovora preda opštini na čijoj teritoriji ona ima sedište, odnosno prebivalište ili boravište.<sup>19</sup> U pogledu ovakve sadržine konkretnih pravnih posledica kod nemoralnih ugovora, ista sadržina je sadržana i u Zakonu o obligacionim odnosima Republike Makedonije.<sup>20</sup>

Prilikom odlučivanja za koju će se pravnu sankciju opredeliti sud, sud će voditi računa o savesnosti jedne odnosno obeju strana, o značaju društvenih interesa koji se ugrožavaju, kao i o moralnim shvatanjima društva.

Pitanje štete posebno je važno pitanje i kod nemoralnih ugovora. Zakon o obligacionim odnosima u okviru pravnih posledica govori o šteti drugog saugovorača. Se naglašava da ugovorač koji je kriv za zaključenje ništavog ugovora odgovoran je svome saugovoraču za štetu koju trpi zbog ništavosti ugovora, ako ovaj nije znao ili prema okolnostima nije morao znati za postojanje ništavosti ugovora.

Međutim, šteta može nastati i trećem licu. S druge strane, pri činjenici da se nemoralni ugovorima često puta ugrožavaju društveni interesi, šteta se može proizrokovati i samoj državi. Kod odgovornosti za štetu treba se rukovoditi rešenjima o građanskopravnoj odgovornosti, a to je odgovornost za štetu i njenu naknadu.

Najzad, kod pravnih posledica nemoralnih ugovora treba dodati da pri njihovom izricanju treba polaziti od toga da su u pitanju apsolutno ništavni ugovori. Za njih nema konvalidacije. Svako lice koji ima pravni interes može zahtevati njihovo poništenje. Pravo na isticanje ništavosti ne gasi se. Na ništavost sud pazi po službenoj dužnosti. Pravo da se zahteva ništavost nemoralnih ugovora imaju i konkretni državni organi kao što su: državno tužilaštvo, državno pravobranilaštvo, nadležni inspekciski organi, i drugi organi i institucije. Postupak za ništavost treba da se sprovede. I pored poznatog stava u pravnoj teoriji da ništavi ugovori ne porizvode nikakva pravna dejstva i smatraju se kao da nisu zaključeni, u praksi i u konkretnim situacijama posledice mogu biti očigledne i veoma štetne. Pravi lan je stav u nauci da nemoralni ugovori u pravnom smislu znače "ništa", no u faktičkom smislu mogu značiti "nešto". To znači da ako se nemoralnim ugovorom ne

---

<sup>19</sup> Jasne su odredbe člana 104 stav 1 i stav 2 Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. Godine, objavljene u „Službenim list SFRJ“, br. 29/1978. godine.

<sup>20</sup> Član 96 Zakona o obligacionim odnosima Republike Makedonija "Službeni vesnik RM", br. 18/2001. godine.

može se postići željeni rezultat, postižu se neželjene pravne posledice. Postižu se dakle negativni ugovorni interesi.

Svaka zemlja, posebno ona koja pretendira da bude pravna i u njoj da se obezbedi vladavina prava, preko svojih nadležnih organa treba burno i budno da prati ove pojave, pojave nemoralnih pravnih dela i posebno nemoralnih ugovora, treba upotrebom adekvatnih pravnih sredstava da spreči ove pojave. Ove pojave zauzimaju zabrinjavajuće razmere i njima se ugrožava pravni sistem zemlje u pitanju, a ugrožava se i autoritet prava.

## ELEKTRONSKI UGOVORI, NAČELO SAVESNOSTI I POŠTENJA I ODGOVORNOST PROVAJDERA USLUGA

Promovisanje roba i usluga ili aktivnosti trgovaca u trgovinskim komunikacijama, putem korišćenja usluga informacionog društva, može eventualno dovesti i do zaključenja ugovora, što predstavlja i glavni cilj promovisanja. Internet ne samo što omogućuje promociju roba i usluga, on pruža mogućnost za zaključenje ugovora elektronskim putem i ispunjenje ugovornih obaveza onlajn. Ova usluga može biti unapred programirana putem postavljanja tzv. automatizovanih elektronskih zastupnika na strani trgovaca, koji primaju narudbine u ime i na račun trgovca.

Većina veb-stranica je dizajnirano u pravcu zadovoljavanja zahteva potencijalnih kupaca, sa već pripremljenim pristupnim ili adhezionim ugovorima u vidu aplikacije koju kupac treba da preuzme ili popuni onlajn, a čime se, de fakto, vrši zaključenje ugovora i obavlja se narudbina određene robe ili usluge. Dalje, kupac može da ukuca svoje podatke i da plati iznos potraživanja, nakon čega dolazi isporuka, u vidu elektronske dostave tražene robe ili usluge, ukoliko postoji mogućnost za takvu vrstu isporuke, ili klasična isporuka preko dostavljača, pošte ili na drugi način<sup>1</sup>. Ovako izvedeno, celokupno ugovaranje na internetu može trajati jedva nekoliko minuta.

---

Dr Igor Kambovski, profesor Pravnog fakulteta, FON Univerzitet, Skoplje, Makedonija.

<sup>1</sup> Ovde je akcent postavljen na distinkciju između indirektno E-trgovine (porudžbine materijalizovane robe elektronskim putem koja se kasnije dostavlja na tradicionalni način, poštom ili do-

U drugom slučaju, strane koje su zainteresovane za zaključenje ugovora mogu koristiti usluge informacionog društva i da, putem elektronske pošte, vode pregovore, da dostavljaju ponude i da zaključuju ugovore. Direktiva 2000/31 o elektronskoj trgovini i ne pokušava da reguliše svaki mogući problem ili pravno pitanje koje proizlazi iz trgovinske prakse zaključenja i ispunjenja ovih ugovora. Ugovorni režim je upravljani nacionalnim zakonodavstvima i pravima država članica EU. U svakom slučaju, Direktiva uklanja pravne nedostatke koje mogu uticati na funkcionisanje jedinstvenog onlajn tržišta preko procesa harmonizacije određenih aspekata samog ugovornog postupka i procesa. Direktiva uspostavlja i obaveze za provajdere usluga da povećaju transparentnost onlajn transakcija i stepen zaštite potrošačkih prava, u skladu sa posebnom prirodom interneta kao medijuma za ovu vrstu transakcija.

U članu 9 Direktive o elektronskoj trgovini je predviđena odredba kojom se države članice EU obavezuju da njihovi pravni sistemi neće umanjiti vrednost i validnost elektronskih ugovora ili bilo kakvih ugovora zaključenih elektronskim putem. U realnosti, ugovorne strane mogu osigurati validnost elektronskih ugovora polazeći sa stanovišta da svi nacionalni građanski zakonici ili drugi zakoni kojim se uređuje ovo pravno područje obezbeđuju širok spektar mogućnosti i pravnih mehanizama koji ugovornim stranama garantuju slobodu uređivanja međusobnih odnosa. Ipak, postoje situacije kada je ova sloboda ograničena u funkciji zaštite određene kategorije lica (potrošači ili radnici) ili u slučaju kada je ugrožen javni interes (vlasništvo, nekretnine, porodično pravo). U tom slučaju, validnost ugovora može biti uslovljena ispunjivanjem nekoliko formalnih zahteva: stroge pismene forme ugovora, učestvo trećeg lica ili pretstavnik državnog organa, prisustvo svedoka i dr. Odredba Direktive obavezuje države članice da brišu takve zahteve ili da ih prerade tako što će dozvoliti zaključenje elektronskih ugovora sa jednakom važnošću i validnošću kao i tradicionalni ugovori. Ovo se naročito odnosi na postojeće zakone za zaštitu prava potrošača, kod kojih se insistira na zaključenje ugovora u strogoj pismenoj formi. Ipak, ova odredba neće i ne sme sprečiti države članice EU da sačuvaju, u okviru svojih nacionalnih zakonskih rešenja, određene specifične zahteve kod specifičnih ugovora, sa mogućnošću da isti ti ugovori mogu biti zaključani i elektronskim putem. U državama članica EU mogu biti zaključivani i pisani ugovori, overeni svojeručnim potpisom. Pošto je elektronski potpis dobio jednakvu pravnu važnost i validnost sa svojeručnim pisanim potpisom, to podrazumeva mogućnost zaključivanja obe vrste ugovora. Pravno uređenje elektronskog potpisa je harmonizovano na nivou Zajednice još pre dvadesetak godina, donošenjem Direktive 1999/93 o pravnom okviru

---

stavnom službom na kućnu adresu) i direktne E-trgovine (onlajn porudbine, plaćanje i isporuka nematrijalnih stvari i usluga, kompjuterskih filmova, muzike i slično).

elektronskog potpisa<sup>2</sup>. Član 5 ove Direktive obavezuje države članice da elektronskom potpisu priznaju jednaku pravnu validnost kao svojeručnom pisanom potpisu. Član 9, tačka 2 Direktive o Elektronskoj trgovini daje mogućnost državama da isključe određene ugovore iz ove obaveze. Ovo se naročito odnosi na one ugovore koji imaju specifičnu pravnu prirodu (ugovori u porodičnom i naslednom pravu), dok se za ostale slučajeve opravdanje mora tražiti u intervenciji javne vlasti (ugovori o prenosu prava na nekretnine, osim ugovor o zakupu, kao i ugovori u kojim aktivno učešće imaju sudovi, državni organi ili ostale organizacije sa javnim ovlašćenjima). Ipak, čini se da ovo opravdanje nije dovoljno da bi isključilo mogućnost da se ova vrsta ugovora može zaključiti elektronskim putem, tim više što se i uticaj vlasti može sprovesti elektronskim putem, korišćenjem određenih specifičnih mehanizama kao što je elektronski potpis. Države članice su obavezane da Komisiji dostave popis ugovora u nacionalnom pravu koji su isključeni, kao i obrazloženje za njihovo isključenje.

Što se tiče načela savesnosti i poštenja, ono, zajedno sa načelom pravednosti, postoje kao opšta načela koja proizlaze iz pravnih poredaka država članica i imaju svoju vrednost i primenu i bez izričitog navođenja u pravnim aktima EU. Sa aspekta elektronske trgovine i elektronskih ugovora, najvažniji pravni dokument koji se odnosi na zaštitu potrošačkih prava u EU pretstavlja Direktiva 93/13/EEZ o nepravednim odredbama u potrošačkim ugovorima. U članu 3, tačka 1 ove Direktive je predviđeno da se odredbe potrošačkih ugovora o kojima se nije pregovaralo smatraju nepravednim ako na štetu potrošača, suprotno načelu savesnosti i poštenja, stvaraju značajnu i neopravdanu neravnotežu između prava i obaveza ugovornih strana, pri čemu se kao uslov objektivne neravnoteže podrazumeva jednaki nivo nepravednosti kao i načelo savesnosti i poštenja. Ova generalna klauzula pravednosti i savesnosti i poštenja odnosi se samo na ugovore i ugovorne odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo, kakav je najveći broj elektronskih ugovora. Cilj ovog propisa je da se onim ugovornim odredbama na čiji sadržaj potrošač kao slabija ugovorna strana nije mogao uticati, ne omogućiti trgovcu da početnu povoljniju poziciju iskoristi u svrhu stvaranja nejednakosti između prava i obaveza ugovornih strana. Postavlja se pitanje-kako zaštititi slabiju ugovornu stranu koja nije mogla uticati na sadržaj unapred formulisane relevantne ugovorne odredbe koja je to postala, kao sastavni deo ugovora, bez izričite saglasnosti potrošača? Dali je ta ugovorna odredba pravedna i dali se potrošač može pozvati na povredu načela savesnosti i poštenja? U nekim pravnim sistemima (Litvanija, Nemačka, BiH i dr.) postoje dva različita pristupa kontroli sadržaja

---

<sup>2</sup> Directive 1999/93/EC on a Community framework for electronic signatures-vidi: [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&numdoc=31999L0093&model=guichett&lg=en](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&numdoc=31999L0093&model=guichett&lg=en)

navedenih ugovora, u zavisnosti od toga dali su strane ugovora fizička ili pravna lica. Tako, kada je ugovor zaključen između potrošača i trgovca, postoji širi nivo zaštite svih odredbi ugovora koje nisu ugovorene individualno, dok kod ugovora između dva fizička lica (C2C) ili dva pravna lica (B2B ugovori), samo opšti uslovi poslovanja podležu kontroli sadržaja njihovih odredbi<sup>3</sup>.

Dalje, član 10 Direktive o elektronskoj trgovini upućuje na fundamentalno načelo ugovornog prava: svaka transakcija zahteva od ugovornih strana u tom odnosu da manifestiraju motivisanu saglasnost za zaključenje ugovora. Ugovorne strane moraju biti informisane o sadržaju i uslovima ugovora i njegovim dejstvom i implikacijama u internet okruženju. U tom pogledu, Direktiva obavezuje provajdere usluga da jasno, precizno i eksplicitno snabdevaju ugovorne strane sa svim informacijama koje se odnose na ugovor ili su u nekakvoj korelaciji sa sadržajem i uslovima konkretnog ugovora. Ove informacije uključuju i različite tehničke korake koji vode ka zaključenju elektronskog ugovora, bez obzira na to dali će ugovor biti kreiran u sistemu provajdera usluga, dali će biti dostupan, dali će biti uspostavljeni protokoli za otkrivanje tehničkih problema za identifikaciju i koregovanje ulaznih nepreciznosti, kao i jezik/jezici na kojim se ugovor može zaključiti.

U produžetku, član 10 tačka 3 predviđa obavezu za provajdere usluga da omoguće dostupnost i javnost svih podataka, uslova i sadržaja ugovora, kako bi ih zainteresovana lica mogla reproducirati i sačuvati u svojim bazama podataka, pre zaključivanja ugovora. Ovo sve ide u prilog predugovornoj primeni načela savevnosti i poštenja i pretstavlja prilično strožija obaveza od one koja je bila predviđena u Direktivi 97/7, a koja se odnosila na ugovore zaključene na daljinu i koja nije predviđala takvu obavezu za trgovce. Takođe, provajderi usluga moraju informisati zainteresovana lica-potrošače o kodeksima njihovog ponašanja. U svakom slučaju, Evropska zajednica je promovisala ovu vrstu samoregulacije sa očekivanjima da će ista doprineti da se Direktiva što efikasnije primenjuje<sup>4</sup>.

Postoji mišljenje da se elektronski ugovori moraju dopunski biti ojačani kako bi zadržali nivo zaštite prava potrošača. Kod elektronskih ugovora, član 5 Direktive o elektronskoj trgovini predviđa da trgovac mora objaviti opšte informacije koje se tiču ugovora, i to preko određenih veza-linkova na njegovoj veb

<sup>3</sup> U članu 1134 Francuskog Code Civil-a je predviđeno da se ugovor treba zaključiti i izvršiti u dobroj veri, bez nemoralnih ili nezakonitih uslova. Nemački Građanski Zakonik predviđa da je pravni posao ništavan ako je protivan dobrim običajima, kao i da se opšti uslovi ugovora mogu pobijati zbog zablude, prevare ili pretnje. Takođe, nemačko pravo predviđa da su opšti uslovi poslovanja suprotni dobrim običajima i da se takvi ugovori smatraju ništavnim ako se isključivo obaziru na interese samo jedne ugovorne strane.

<sup>4</sup> Lopez-Tarruella Aurelio, op.cit., str.1367



strani. Ovi linkovi moraju biti pregledni, jasno označeni i lako dostupni kako bi potrošačima olakšali pristup informacijama i zaključenje ugovora.

Član 11 sadrži odredbe koje se odnose na narudbinu robe i usluga direktno sa veb strane trgovca. Na početku, kupac obavlja selekciju ili ispituje robu ili uslugu, zatim popunjava standardizovani formular sa njegovim ličnim podacima, onda formular sa podacima koje se odnose na način plaćanja (sa računa, karticom, preko paypal-a i slično), i na kraju potvrđuje transakciju pritiskom na dugme koje aktivira link za potvrdu plaćanja. Ovaj poslednji korak može imati različite pravne implikacije u različitim državama i ostavlja prostora za konflikt u vezi mesta i vremena zaključenja elektronskog ugovora, tj. njegove perfekcije. Veći broj pravnih sistema prihvata stanovište da je to trenutak kada je ponuđač primio poruku o prihvatanju ponude od strane ponuđenog, dok ostali smatraju da je trenutak kada se smatra da je ugovor zaključen onaj kada je ponuđeni poslao poruku kojom izjavljuje da je ponuda prihvaćena. Na osnovu predloga Komisije, prihvatljivije je prvo rešenje, ali ovo stanovište nije našlo svoje mesto u Direktivi zbog nemogućnosti njegovog unificiranja u različitim pravnim sistemima. Ovo pitanje o perfekciji ugovora ostaje predmet uređivanja nacionalnih pravnih mehanizma koji se odnose na E trgovinu i njegovo regulisanje može varirati od slučaja do slučaja.

Dalje, član 11 sadrži obavezu za provajdere usluga da obaveste primaoca-trgovca o obavljenoj porudbini bez nepotrebnog odlaganja, čime se opredeljuje da se porudbina ili saznanje o prijemu smatraju dostavljenim ili primljenim u trenutku kada ugovorne strane dobiju pristup do njih. Takvo saznanje o prijemu ima dokaznu formu onlajn potvrde za uslugu koju je tražio primaoc. U drugim slučajevima, potvrda može biti poslata automatski, kao poruka elektronskom poštom, i u tim slučajevima se pretpostavlja da obe ugovorne strane imaju pristup ponudi odmah nakon njenog prijema u serveru provajdera usluga. Savremena kompjuterska tehnologija omogućuje praćenje prenosa poruke, ali i pored toga mogu se javiti izvesni problemi. Primalac može biti sprečen da proverava elektronsku poštu i da primi poruku. Ovo je pravno pitanje koje države članice individualno rešavaju, iz razloga što nije regulisano Direktivom.

*Odgovornost provajdera usluga.* – Internet provajderi usluga pretstavljaju izvanredan medijum za širenje informacija. Većina usluga informacionog društva sastoji se od sakupljanja i čuvanja informacija i plasman istih tih informacija korisnicima, potencijalnim kupcima, potrošačima, uz nadoknadu ili besplatno. Globalni karakter interneta omogućuje dostupnost informacijama sa bilo koje tačke na planeti. Ipak, određene informacije imaju nezakonit karakter i njihovo nekontrolisano širenje može izazvati mnogo veću štetu nego informacije u tradicionalnom kontekstu: negativni efekti se nezadrživo i ogromnom brzinom mogu pre-

neti putem interneta, i, što je još strašnije, informacijska tehnologija omogućuje kriminalcima da sakriju svoj identitet. Glavni problem predstavlja izuzetno teško lociranje prvog počinioca, lica koje je odgovorno za plasman ilegalnih sadržaja na mreži, kao i mogućnost da žrtve ovih nezakonitih radnji pokrenu parnice protiv provajdera usluga kao primarno i direktno odgovorne subjekte za prouzrokovano štetu.

Prilikom pripreme članova 12, 13, 14 i 15 Direktive 2000/31 obavljeno je više konsultacija i diskusija u okviru institucija Zajednice i predstavnika internet industrije. Takođe, veliki uticaj na odredbe Direktive imao je i Digitalni Milenijski Akt za zaštitu autorskih prava SAD<sup>5</sup>, iako se on odnosi isključivo na zaštitu autorskih prava. Navedene odredbe pružaju, ili barem to pokušavaju, harmonizovano rešenje u pogledu regulisanja odgovornosti provajdera usluga u pogledu sadržaja i informacija koji cirkulišu kroz njihove mreže. Svaki drugi aspekt koji se odnosi na odgovornost zbog nezakonitih aktivnosti na internetu ostaje predmet regulacije u domicilnim zakonodavstvima. Sam termin „provajderi usluga“ može se tumačiti dvostrano: takozvani „obični“ provajderi i „posrednički“ provajderi usluga. I dok prvi raspoložu ogromnom količinom digitalnih informacija do kojih se može doći na internetu (npr. fizička lica koja su kreirale sopstvene veb stranice sa najrazličitijim sadržajem, kompanije koje nude i prodaju robu i usluge onlajn i dr.), ovi drugi, posrednički provajderi usluga, nude tehničku podršku i omogućuju pristup informacijama i bazama podataka kod trećih lica i drugih mreža preko kojih se prenose informacije. U zavisnosti od karaktera informacija koje se prenose ili do kojih se može pristupiti, provajderi mogu učiniti povredu prava intelektualne svojine, uvredu, klevetu, različita krivična dela, prekršaje i druge povrede zakona. Regulisanje poslovanja i odgovornost posredničkih provajdera usluga zasnovana se na dva pravila: oni nemaju odgovornost u pogledu sadržaja prenesenih, obrađenih ili sačuvanih podataka sve dok ostaju neutralni, i nemaju obavezu da vrše nadzor već samo da sarađuju sa nadležnim organima zbog odstranjivanja ilegalnih i štetnih podataka i sadržaja.

Opšto pravilo Direktive je da odgovornost snosi lice koje je ilegalnu ili zabranjenu informaciju učinilo dostupnom. U principu, sve dok provajderi-posrednici nemaju saznanje o sadržaju podataka i usluga koju pružaju, oni ne snose odgovornost. U svakom slučaju, da bi bili pošteđeni odgovornosti, moraju biti ispunjeni određeni uslovi i okolnosti za svaku aktivnost provajdera (mere conduit, caching, hosting)

<sup>5</sup> The Digital Millennium Copyright Act of 1998, pogledaj: <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>

Mere conduit<sup>6</sup> ili neodgovornost za čuvanje i kopiranje podataka prilikom njihovog prenosa odnosi se na prenos informacija putem komunikacijskih mreža. Definicija obuhvata sve tehničke korake koji su neophodni za nesmetani prenos informacija, kao i automatsko i promptno skladiranje podataka u serverima provajdera u određenom vremenskom periodu, sve dok se taj period smatra razumnim i potrebnim za prenos tih informacija<sup>7</sup>. Provajder ne snosi odgovornost za sadržaj prenešene informacije, pod uslovom da on nije inicirao prenos, da ne vrši izbor primaoca te informacije i da ne vrši selekciju ili izmenu informacije.

Keširanje (caching) sastoji se od privremenog skladiranja informacija u serverima provajdera usluga, kako bi se omogućilo brže pretraživanje na mreži i lakši i brži pristup informacijama i veb stranicama<sup>8</sup>. Privremeni karakter skladiranja pravi razliku između keširanja i hostiranja. Ovo su stručni engleski nazivi, prihvaćeni u najširoj javnosti i smatram da bi njihov prevod bio narativan i da bi stvorio izvesnu konfuziju kod čitaoca. Član 13 Direktive predviđa da su od odgovornosti izuzete one aktivnosti kod kojih provajder usluga nije izvršio modifikacije informacija, kada je bio saglasan sa uslovima za pristup informacijama, kada redovno obnavlja informacije na uobičajeni način priznat i korišćen u internet industriji, kada preduzima aktivnosti u cilju onemogućenja pristupa određenim informacijama koje su već skinute sa mreže ili je pristup do njih blokiran od strane samog provajdera ili administrativnom ili sudskom odlukom.

Hostiranje je najkontroverznije od svih navedenih aktivnosti. Hostiranje pretstavlja proces trajnog skladiranja informacija od strane posredničkog provajdera usluga. Provajderi često nude i oglašavaju prostor na svojim serverima za čuvanje podataka, održavanje veb stranica, elektronske pošte, forume i dr. Oni ne snose odgovornost za informacije koje su sačuvane na zahtev korisnika, sve dok nemaju saznanje o ilegalnom karakteru tih informacija ili ako to nije postalo vidljivo na osnovu okolnosti koje proizlaze iz takvih ilegalnih aktivnosti i informacija. U tom trenutku, kao deo društvene odgovornosti i obaveze da saraduju sa organima progona u cilju suzbijanja ilegalnih aktivnosti na internetu, provajderi moraju odmah da zabrane ili onemoguće pristup informacijama. Države članice EU moraju da uspostave individualne procedure za ovu namenu, u skladu sa domicilnim pravom.

---

<sup>6</sup> pogledaj: <http://digital-law-online.info/lpdi1.0/treatise35.html>

<sup>7</sup> Prenos informacija putem interneta obavlja se njihovim transferom sa kompjutera na kompjuter, sve do konačne destinacije. Prilikom prenosa, svaki kompjuter pravi privremenu kopiju i skladištenje prenesenih informacija zbog njihovog sigurnog i nesmetanog transfera prema sledećem kompjuteru.

<sup>8</sup> Chissick Michael, Kelman Alistair, *Electronic Commerce- Law and Practice*, Sweet and Maxwell. 3<sup>rd</sup> Edition., 2011, str.152

Član 15, tačka 1 predviđa da države članice EU ne mogu nametnuti provajderima usluga obavezu da vrše nadzor protoka i skladiaranja informacija. Za provajdere je skoro nemoguće i neizvodljivo da kontrolišu sve informacije koje cirkulišu kroz njihove servere i na mreži. Dalje, postojani nadzor bi doveo do povrede prava privatnosti i ličnih prava korisnika, kao ustavno proklamovano načelo u svim državama članica. U svakom slučaju, provajderi usluga imaju obavezu da saraduju sa nadležnim institucijama radi otkrivanja i sprečavanja dalje distribucije nelegalnih sadržaja i informacija na internetu. U određenim slučajevima ta saradnja se odvija na zahtev nadležnih organa, a u drugim se zasniva na obavezama provajdera da budu obazrivi i pažljivi i da postupaju samoinicijativno u cilju odstranjivanja takvih ilegalnih sadržaja.

Premda su provajderi oslobođeni odgovornosti za sadržaj procesiranih ili sačuvanih informacija, nadležne institucije mogu potražiti od provajdera da blokiraju ili unište određene informacije i sadržaje. Takođe, član 15, tačka 2 predviđa da se može uspostaviti obaveza za provajdere da saraduju sa nadležnim organima i da omogućuju identifikaciju korisnika njihovih usluga, što opet zadire u pravo privatnosti korisnika usluga. Ove se obaveze pravdaju ključnom i centralnom ulogom provajdera usluga na internetu i njihovom mogućnošću i izložennošću da budu medijum za ilegalne aktivnosti. Takve obaveze ne smeju prozrokovati pravne probleme za provajdere iz razloga što su te aktivnosti uvek na zahtev nadležnih institucija.

Odgovornost prema korisnicima za preduzete aktivnosti kojim se ugrožava ili povređuje njihovo pravo privatnosti i tajnosti podataka u potpunosti pripada nadležnim organima, utoliko više što svaka aktivnost provajdera koja se odnosi na uništenje podataka ili sprečavanje njihovog protoka mora biti u saglasnošću sa pravnim sistemima i zakonima država članica, što garantuje bezbednost prava njihovih građana. Ipak, u svim ovim situacijama provajderi usluga su obavezani da postupaju po sopstvenoj inicijativi, bez prethodnog zahteva od strane nadležne institucije. Ovo zaslužuje kritiku iz dva razloga: prvo, zato što ne postoji unificirana definicija shvaćanja za „saznanje“ provajdera za ilegalne aktivnosti, u smislu da se ne može tačno utvrditi kada i kako je provajder saznao ili je mogao saznati da je medijum za prenos nedozvoljenih informacija, i da se to vrlo teško može dokazati na sudu, odnosno dali se provajder može braniti tezom da nije imao takva saznanja; i drugo-provajderi imaju obavezu da ocenjuju i procenjuju zakonitost i legalnost informacija i aktivnosti koje njihovi korisnici plasiraju i preduzimaju. Imajući u obzir ogroman broj aktivnosti koje se odvijaju u okviru informacionog društva, sve ovo izgleda i suviše složeno i teško i stvara utisak pravne nesigurnosti i nepreciznosti, iz razloga što je provajder postavljen tako da može da donese pogrešnu odluku čije će posledice i štete biti nenadoknadive. Pri-

mer: u slučaju objavljivanja reprodukcije/parodije nekog umetničkog dela, ukoliko provajder oceni da je takvo objavljivanje nezakonito ili uvredljivo i samoinicijativno ga odstrani sa svojih servera, može da snosi odgovornost u slučaju kada autor tog dela pokrene postupak i sud utvrdi da je to delo original, ne vređa nikog i njegovo povlačenje iz javnosti predstavlja poredu autorskih prava i slobodu izražavanja. U drugom slučaju, provajder snosi odgovornost ukoliko nije uklonio veb stranicu koja omogućuje pristup ličnim podacima i informacijama određenih korisnika, čak i u situaciji kada je smatrao da je korisnik lično odobrio korišćenje tih podataka. U svakom slučaju, postoje različite situacije iz kojih proizlazi više pravnih pitanja i problema koje nacionalna zakonodavstva moraju urediti individualno, na različite načine.

IGOR KAMBOVSKI, LL.D.,  
Professor, Faculty of law University FON Skopje, Macedonia

#### ELECTRONIC CONTRACTS, THE PRINCIPLE OF CONSCIOUSNESS AND HONESTY, AND LIABILITY OF SERVICE PROVIDERS

##### Summary

The principles of consciousness and honesty are among the main principles of civil obligations law. Their development is closely related to the perception of the principle of fairness, other principles of obligations law, as well as to the Common Law doctrine of equity. This is a legal standard that, in addition to imposing additional obligations on the parties in obligations relations and serving to interpret a contract, may also be applied for the purpose of mitigating strict formalism and achieving the effect of adding flexibility to the legal order so that it can more easily adjust to the speedy development of private law especially in the new areas such as electronic commerce and electronic contracts.



## ESEJ O RUŠLJIVIM UGOVORIMA

### U V O D

U pravnoj literaturi “rušljivi” ugovori se definišu kao oni koji proizvode pravna dejstva, ali koji mogu biti poništeni u predviđenom roku na zahtev zakonom određenih lica i to zbog nedostatka kojima se u prvom redu vredaju pojedinačni interesi.<sup>1</sup> Moglo bi se reći da je ovo jedna opšte prihvaćena definicija rušljivih ugovora.<sup>2</sup> Ipak, razmatranja u ovom radu neće obuhvatiti samo pitanjem klasičnog poimanja rušljivosti. Naprotiv, čini se da postoje neke nedoumice koje iziskuju da budu detaljnije analizirane, kako sa teorijskog aspekta, tako sa zakonodavnog i praktičnog.

U tom pravcu teba poći od opštih definicija koje uređuju klasifikaciju nevažećih ugovora na ništave i rušljive. Ustvari možda najvažnije pitanje počiva na

---

Dr Igor Vujović, docent Pravnog fakulteta Slobomir P Univerziteta, Bijeljina, Republika Srpska.

<sup>1</sup> Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd 1986, str. 470.

<sup>2</sup> Obren Stanković, Vladimir Vodinelić, *Uvod u građansko pravo*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd 1996 godine, str. 177, odjeljak “Pravi poslovi” pripremio Obren Stanković. Oliver Antić, Dragoljub Stojanović, *Uvod u građansko pravo*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd 2004. godine, str. 336, Andrija Gams, Ljiljana Đurović, *Uvod u građansko pravo*, Opšti deo, Beograd 1982. godine, str. 286, Zoran Rašović, *Građansko pravo*, Podgorica, 2009. godine, str. 316, Stevan Jakšić, *Obligaciono pravo*, opšti dio, Sarajevo 1953. godine, str. 174, Ilija Babić, *Građansko pravo-Uvod u građansko i stvarno pravo*, Banja Luka 2008. godine, str. 153, Danica Popov, *Uvod u Građansko pravo*, Opšti deo, Novi sad 2005. godine, str. 283, Slobodan Đuretić, *Građansko pravo*, Podgorica 1995. godine, str. 301.

uzrocima nevažnosti, odnosno da li u nekim slučajevima uzroci koji prouzrokuju nevažnost jednog ugovora mogu biti posmatrani u jednom trenutku kao razlozi za rušljivost, a u drugom, kao razlozi za ništavost. Čak i pojedina pozitivna zakonska rješenja izazivaju posebno pažnju s obzirom da nisu dovoljno precizno određena, pa se ne može pouzdano zaključiti da li se radi o rušljivom ili ništavom ugovoru, kakav je slučaj sa zelenaškim ugovorom.

S druge strane, imamo mane volje (prevaru, zabludu i prijetnju) kao uzroke rušljivosti, dok bi sa stanovišta morala, načela obligacionog prava i javnog poretka, možda mogli biti i razlozi za apsolutnu ništavost, kao što je to slučaj sa pojedanim međunarodnim ugovorima.

Takođe se postavlja pitanje i klasifikacije određenih radnji, jer ne treba zanemariti činjenicu da su prevara, prijetnja kao i zelenaški ugovori krivična djela. Razumije se, da postoje brojni instituti koji mogu imati obilježja krivičnog djela a ujedno mogu biti uzrok građansko-pravne odgovornosti. Otuda bi se mogla povesti rasprava o komparativnom odnosu ovakvih rješenja i klasifikacija, s obzirom da je u velikom broju slučajeva lakše dokazati npr. prevaru kao uzrok krivične odgovornosti, nego kao uzrok za građansko-pravnu odgovornost, na što ukazuju brojni primjeri iz sudsk prakse, a u suštini bi trebalo biti obratno.

Ne treba zanemariti ni činjenicu da postoje mnogi izuzeci od pravila koja uređuju ovu materiju, naročito kada se to radi o posledicama ništavosti. Tako se predviđa da je kovalidacija moguća samo u slučaju rušljivih ugovora, međutim izuzetak su ugovori kojima nedostaje zakonom propisana forma, a koji spadaju u domen apsolutne ništavosti, a pod određenim uslovima ipak mogu konvalidirati, zatim već pomenuti zelenaški ugovori, međunarodni ugovori zaključeni pod manama volje, zatim poslovi mlađih maloljetnika.

#### OSNOVNE POSTAVKE RUŠLJIVOSTI

Opšte karakteristike rušljivih ugovora ogledaju se u tome da se njihov domen primjene vezuje za pojam “mana volje”, prije svega na prevaru, zabludu i prijetnju. Takođe imaju primjenu i na polju ograničene poslovne sposobnosti, kao i u nekim slučajevima prkomjernog oštećenja<sup>3</sup>.

Kod pojmovnog određivanja rušljivosti treba istaći da se ono tradicionalno određuje u odnosu na razlikovanje od ništavih.<sup>4</sup> Tako da su rušljivi oni ugovori

<sup>3</sup> Detaljnije vidi; S. Perović, navedeno djelo, str. 471, Jakov Radišić, Obligaciono pravo, opšti deo, sedmo izdanje, Beograd 2004. godine,

<sup>4</sup> U tom smislu francuski pravnik Bertrand slikovito opisujući kaže; Ništav ugovor je onaj koji je “mrtvo rođen”, dok je rušljiv ugovor “živ”, ali je bolestan i prema prilikama može ozdraviti ili umreti, zavisno od toga da li se oslobodio svog nedostatka, odnosno svoje mane. Citirano i prevedeno prema; S. Perović, navedeno djelo, str. 451, fusnota 1096. Njemački pravnik Karl će reći da je



kod kojih se vrijeđaju pojedinačni interesi, a ne javni kao kod ništavih. Pravo na poništaj rušljivog ugovora ima samo tačno određeni krug lica i to u zakonom predviđenom roku<sup>5</sup>, ukoliko se to pravo ne iskoristi, zaključeni ugovor ostaje na snazi sa svim pravnim dejstvima punovažno zaključenog ugovora. Dakle postaje punovažan *ab initio*, odnosno od dana njegovog zaključenja.

Za razliku od ništavih ugovora, kod rušljivih sud nije u obavezi da po službenoj dužnosti da vodi računa na razloge ništavosti. Sudskom presudom se ne ustanovljava, već izriče poništenje ugovora, odnosno, za razliku od ništavih ugovora, kod kojih presuda ima deklarativno dejstvo, kod rušljivih ugovora ona ima konstitutivno dejstvo.<sup>6</sup>

Posledice poništenja ogledaju se u tome što rušljiv ugovor ne proizvodi pravna dejstva, poništenje djeluje retroaktivno, tako bi se moglo reći da ugovor ne proizvodi pravna dejstva *ex tunc*, dakle od momenta njegovog zaključenja.<sup>7</sup> U slučaju poništenje rušljivog ugovora koji je bio ispunjen djelimično ili u cijelini, ugovorne strane su obavezi da izvrše povraćaj primljenog. Ukoliko je to moguće in natura, a ako nije onda se povraćaj vrši putem novčanog ekvivalenta.<sup>8</sup> Razumije se, *restitutio in integrum* može biti jednostrana i dovostrana u zavisnosti od toga da li je samo jedna ili su obje ugovorne strane ispunile djelimično ili u potpunosti svoje obaveze.

Jedna od posledica poništenja rušljivog ugovora može biti i naknada štete. Kriterijum za određivanje dužničko-povjerilačkog odnosa jeste utvrđivanje stepena savjesnosti, odnosno nesavjesnosti ugovornih strana<sup>9</sup>. Savestan je onaj ugovornik koji nije znao niti morao znati za postojanje uzroka rušljivosti ugovora što je faktičko pitanje koje će sud utvrđivati od slučaja do slučaja. Naknada treba da nadomjesti onu štetu koju je savjesna strana pretrpjela usled poništenja ugovora,<sup>10</sup> a koja se daje u novcu prema cijenama u vreme vraćanja, odnosno donošenja sudske odluke.<sup>11</sup>

---

rušljiv ugovor "lebdeći" ili "viseći" i da njegova dalja sudbina zavisi od lica koja su pozvana da zahtijevaju njegov poništaj. Detaljnije vidi; Jakov Radišić, navedeno djelo str. 175, fusnota 33.

<sup>5</sup> Čl. Zakona OOOOO....

<sup>6</sup> S.Perović, op.cit. str. 470.

<sup>7</sup> S. Perović, navedeno djelo, str. 473.

<sup>8</sup> S. Perović, navedeno djelo, str. 473.

<sup>9</sup> Čl. 115. ZOO.

<sup>10</sup> Detaljnije vidi; S. Perović, navedeno djelo, str. 475.

<sup>11</sup> Čl. 113. st. ZOO.

Kao posledica rušljivosti može se javiti konvalidacija, koja nastaje kad ugovorna strana u čiju korist je rušljivost ustanovljena to pravo ne iskoristi u zakonom predviđenom roku,<sup>12</sup> o čemu će kasnije biti više riječi.

Na ovom mjestu su u kratkim crtama date najosnovnije postavke o rušljivosti ugovora. U daljem radu o rušljivosti će se raspravljati sa različitih aspekata.

#### ZELENAŠKI UGOVOR

Možda će se sa pravom postaviti pitanje zašto bi se jedan zelenaški ugovor uopšte razmatrao u radu koji govori o rušljivim ugovorima, kada jedan takav ugovor predstavlja klasičan primjer ništavog ugovora?

Posmatrajući sa stanovišta pravne nauke, čini se da dileme tu zapravo i nema. Zelenaški ugovor se kvalifikuje kao apsolutno ništav.<sup>13</sup> Ipak, u nekim zakonodavstvima zelenaški ugovori se smatraju rušljivim zbog toga što se njihovo poništenje traži samo na zahtjev zainteresovane strane.<sup>14</sup>

Naš Zakon o obligacionim odnosima izaziva određene nedoumice u pogledu pravne prirode zelenaškog ugovora. U jednom trenutku se kao posledica zelenaških ugovora propisuje sankcija apsolutne ništavosti,<sup>15</sup> da bi već u sledećoj odredbi bila propisana sankcija relativne ništavosti.<sup>16</sup> Otuda se sa pravom u dijelu pravne nauke iznose kritike povodom ovakvog zakonskog rješenja, pa se ističe da na planu pravnih posledica zelenaških ugovora, ne može biti malo apsolutne i malo relativne ništavosti.<sup>17</sup> Zakonodavac se mora odlučiti da li će primijenti sankciju apsolutne ništavosti i shodno tome predvidjeti pravne posledice, ili snakciju relativne ništavosti koju ona sa sobom nosi.

---

<sup>12</sup> Čl. 117 ZOO propisuje da rok u kome se može zahtijevati pravo na poništenje rušljivog ugovora i on prestaje istekom roka od jedne godine od saznanja za razlog rušljivosti, odnosno od prestanka prinude, donosno istekom roka od tri godine od dana zaključenja ugovora. Dakle, pravo na poništaj ugovora zbog razloga rušljivosti zastarijeva protekom vremena tako da zakonodavac propisuje subjektivni rok od godinu dana i objektivni od tri godine.

<sup>13</sup> S. Perović. Navedeno djelo, str. 455, O. Stanković, V. Vodinelić, navedno djelo, 174, O. Antić, D. Stojanović, navedeno djelo, str. 335, A. Gams, Lj. Đurović, navedeno djelo, str. 283.

<sup>14</sup> Član 21. Švajcarskog zakonika o obligacijama. Moglo bi se reći da je pod uticajem rješenja iz švajcarskog prava jedno takva odredba zauzela mjesto u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima profesora Mihaila Konstantinovića, kojim je predviđeno rješenje koje se zasniva na posledici rušljivosti zelenaškog ugovora. (član 108. St. 3 i 4. Skice). Međutim, ono što bi trebalo istaći jeste da su posledice koje proizvode poništenje jasno definisane i ne ostavljaju nikakvu sumnju vezano za pravnu prirodu zelenaškog ugovora, za razliku od rješenja koje je predviđeno u ZOO.

<sup>15</sup> Član 141. st. 1 i st. 2. ZOO

<sup>16</sup> Član 141. st. 3 i st. 4. ZOO..

<sup>17</sup> Marko Perović, Pravne posledice zelenaškog ugovora, Pravni život, Tom II, broj 10, Beograd 2013, str. 728.

Uprkos zakonskom rješenju, izgleda da je sudska praksa sklonija tumačenju zakonskih normi u duhu apsolutne ništavosti zelenaških ugovora, dok su sankcije relativne ništavosti veoma rijetke.<sup>18</sup> Takođe bi trebalo napomenuti činjenicu da zelenaški ugovor pored građansko-pravne sankcije, može imati i krivično pravnu.<sup>19</sup> Ne ulazeći u dalju raspravu povodom zelenaškog ugovora, na ovom mjestu je dat kratak prikaz odnosa zelenaškog ugovora i njegovih pravnih posledica, sa namjerom da se ukaže ne nedoumice koje se javljaju u pravnoj teoriji i zakonodavstvu, a koje bi trebalo u narednom periodu otkloniti, kako bi sudovima olakšala primjena preciznije zakonske norme.

### MANE VOLJE

U pravnoj nauci "mane volje" obično podrazumijevaju zajednički termin za ozančavanje različitih uzroka rušljivosti, ovo zbog toga što se sastoje u nekom nedostatku volje.<sup>20</sup> Pod "manama volje" možemo svrstati ugovore koji su zaključeni u zabludi, prevari, prinudi, prijatnji zatim lezionarni ugovori i pravne poslove ograničeno sposobnij lica.

Dakle, nedostaci u izjavljenoj volji koji su izazvani nekim uzrokom rušljivosti nazivaju se manama volje.

---

<sup>18</sup> "Ništav je ugovor o kuporodaji ako je saglasnost volja ugovornih strana o prodaji kuće data samo prividno, kako bi se prikrio davanje novca sa kamatom obezbjeđenje da će uzeti novac sa kamatom biti vraćen", Presuda Vrhovnog suda Crne Gore, Rev. br. 480/12 od 19.06.2012. godine, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Crne Gore, broj I, Podgorica 2012. Godine, str. 72. "Ukoliko stopa ugovorene kamate predstavlja nesrazmjernu imovinsku korist radi se o zelenaškom ugovoru." Presuda Vrhovnog suda Crne Gore, Rev.br. 387/2007 od 25.09.2007. godine, Bilten Vrhovnog suda Crne Gore, broj I, Podgorica, 2008. Godine, str. 90. "Ništav je ugovor kojim neko, koristeći se stanjem nužde ili teškim materijalnim stanjem drugog, njegovim nedovoljnim iskustvom, lakomislenošću ili zavisnošću, ugovori za sebe ili nekog trećeg korist kaja je očiglednoj nesrazmjeri sa onim što je on drugom dao ili učinio, ili se obavezao dati ili učiniti", Odluka Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1956/96 od 22.10.1996. godine, u tom smislu vidi; Odluka Vrhovnog suda Srbije, Rev. 3112/98 Odluka Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2426/97 od 12.11.1997. godine, Radoslav Čosić, Tomislav Krsmanović, Aktuelna sudska praksa iz građansko-materijalnog prava, Beograd 2000. Godine, str. 352.

<sup>19</sup> Ko za davanje novca ili drugih potrošnih stvari na zajam nekom licu primi ili ugovori za sebe ili drugog nesrazmjernu imovinsku korist, iskorišćavajući teško imovinsko stanje, teške prilike, nuždu, lakomislenost ili nedovoljnu sposobnost za rasuđivanje oštećenog, biće kažnjen zatvorom do tri godine i novčanom kaznom. Ako su usled izvršenja djela nastupile teške posledice za oštećenog ili je učinilac pribavio imovinsku korist u iznosu koji prelazi tri hiljade eura, osuđeni će biti kažnjen zatvorom od šest mjeseci do pet godina i novčanom kaznom. U slučaju da je pribavljena imovinska korist u iznosu koji prelazi trideset hiljada eura, učinilac će biti kažnjen zatvorom od jedne do osam godina i novčanom kaznom član 252 Zakona o krivičnom postupku Crne Gore, Službeni list RCG broj 57/09.

<sup>20</sup> O.Stanković, V. Vodinelić, navedeno djelo 177.

Međutim, postavlja se pitanje da li su mane volje ujedno i mane ugovora? Naime, rušljiv ugovor koji je zaključen pod manom volje proizvodi sva pravna dejstva kao i ostali punovažni ugovori, a hoće li i da li će u jednom trenutku takav ugovor biti poništen je drugo pitanje. U tom smislu mane volje ne znače nužno i manu ugovora jer on proizvodi pravna dejstva, a nastupanjem zastrelosti prava na poništaj, odnosno konvalidacije definitivno se gubi pravo pozivanja na mane volje kao uzroka ništavosti. Razumije se, navedena rasprava ima više teorijski nego praktični značaj jer se radi o jednom zbirnom terminološkom označavanju uzroka rušljivosti.<sup>21</sup>

Ipak, ono što privlači posebnu pažnju kod mana volje jeste njihova kvalifikacija kao rušljivih ugovora, naročito kada se to radi o prevari i prinudi. Otuda bi valjalo poći o same definicije apsolutno ništavih ugovora i ispitati da li neke od zakonskih kriterijuma koji se zahtijevaju za apsolutnu ništavost, ispunjavaju i instituti kao što su prevara i prinuda, odnosno prijetnja.

Naš Zakon o obligacionim odnosima propisuje da ugovor koji je protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima je ništav ako cilj povređenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo.<sup>22</sup> Jednom riječju ugovori koji su protivni određenim prinudnim propisima i moralnim imperativima nazivaju se ništavim ugovorima.<sup>23</sup> U tom smislu čini se da bi prevara i prinuda možda u nekim segmentima mogle vrijeđati prinudne propise u smislu osnovnih načela obligacionog prava, kao i neke moralne vrijednosti.

Načelo savjesnosti i poštenja nalaže da se u zasnivanju obligacionih odnosa i ostvarivanju prava i obaveza iz tih odnosa ugovorne strane ponašaju u skladu sa "bona fides".<sup>24</sup> Nasuprot tome stoji mala fides koji označava dolus i zasniwa exceptio doli generalis.<sup>25</sup> Strane ugovornice su dužne da se ponašaju u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja u trenutku zaključenja ugovora, a moglo bi se reći i u potupku njegovog izvršenja. Kada se govori o prevari ili prinudi pod tim se obično podrazumijeva nesavjesnost ugovorne strane koja je počinila, jer je nesavjesnost sastavni element prevare i prinude. Dakle, postojanje prevare i prinude uvijek podrazumijeva nesavjesnost ugovorne strane koja se njome služila pri-

<sup>21</sup> "Manja površina zamijenjenog stana nije razlog da se traži ništavost ugovora o zamjeni stana, već eventualno poništaj istog zbog mana volje" Odluka Vrhovnog suda Crne Gore broj 1033/10 od 07.09.2010. godine, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Crne Gore, broj I, Podgorica 2010, str. 95.

<sup>22</sup> Član 103. ZOO.

<sup>23</sup> S.Perović, navedeno djelo, str. 450.

<sup>24</sup> Javolenus D, 19, 2, 21, Bona fides exigit ut quod fait.

<sup>25</sup> Vidi: Slobodan Perović, glavni redaktor, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Knjiga I, Beograd 1995. godine, str. 11.

likom zaključenja ugovora. U pravnoj nauci je zastupljeno mišljenje da je prevara jedan od najtežih oblika nesavjesnosti.<sup>26</sup>

Moglo bi se zaključiti da je ugovorna strana koja je počinila prevaru i na taj način ostvarila svoj cilj, izvršila povredu načela savjesnosti i poštenja. U prvom redu ona je nesavjesna, njena nesavjesnost se ogleda u namjeri da dovede u zabludu svog saugovornika preduzimajući određene radnje u tom pravcu. Dakle, svjesnost je suprotan pojam nepoštenju i prevari (*Fides bona contarire est fraudi et dolo*).

Dalo bi se zaključiti da je ugovorna strana koja je počinila prevaru, odnosno prinudu i na taj način ostvarila neku korist, izvršila povredu načela savjesnosti i poštenja i takva ugovorna strana je nesavjesna. Jednom riječju savjesnost je oblik ponašanja koji je suprotan pojmu nepoštenja, odnosno prinude i prevare (*Fides bona contarire est fraudi et dolo*).<sup>27</sup> Dalja rasprava bi se mogla mogla odvijati u pravcu analize odnosa prevare i prinude u odnosu na ostala načela obligacionog prava kao što su načela zabrane zloupotrebe prava, načelo jednakosti i ravnopravnosti ugovornih strana, načelo autonomije volje, načelo dobrih običaja.

Kao što je istaknuto snovne odrednice apsolutno ništavih ugovora počiva ju na tome da su takvi ugovori protivni moralnim normama. Možda bi se moglo reći da prevariti ili prinuditi svog saugovornika na zaključenje ugovora, nije niti moralno, niti u skladu sa dobrim običajima. Zapravo to su akti koji su suprotni moralu i moralnim vrijednostima. Prevariti ili prinuditi svog saugovornika znači postupati protivno savjesnosti i poštenja, protivno etičkih i moralnih principa. Izgleda da jednu ovakvu tvrdnju nije teško dokazati, jer gdje postoje prevara i prinuda tu morala nema i obratno gdje su moralne vrijednosti prisutne tu ovakvim pojavama mjesta nema. Dakle, prevara i prinuda su akti koji ma se vrijeđaju sve moralne vrijednosti.<sup>28</sup> Prevara i prinuda same po sebi podrazumijevaju odsustvo etičkih i moralnih vrijednosti, zapravo one su antipod moralu. Još od rimskog prava prisustvo prevare u jednom ugovoru isključuje prisustvo moralnih

---

<sup>26</sup> S. Perović, navedeno djelo, str. 301.

<sup>27</sup> Paulus, D 17, 2, 3, 3. U tom smislu prof. Perović kaže; "Moglo bi se reći da pravno mišljenje dobija u načelu savjesnosti i poštenja kriterijum koji ima svoj koren u moralu. On je karika između prava i morala i njime se etici otvara širok prostor u pravnom prometu. Njime se pravni život u celini moralizuje, pogotovo kada između dva lica dođe do zaključenja ugoora, razumljivo je samo po sebi da se taj odnos mora bazirati na poverenju i poštenju, kao osnova bez kojih je bilo koja zajednica i partnerstvo nemoguće". Slobodan Perović, glavni redaktor, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Knjiga I, Beograd 1995. godine, str. 22.

<sup>28</sup> "Nedopuštena pretnja je protivna kako pravnim tako i moralnim normama", Odluka Okružnog suda u Požarevcu Gž. 1001/93 od 23.07.1993, Dimitrije Milić, Priručnik-Obligaciono pravo sa sudskom praksom, III dopunjeno izdanje, Beograd 2003. Godine, str. 16.

načela jer prevara i pravo nikad ne idu zajedno,<sup>29</sup> a onim što je prevaram ugovoreno se ne može služiti (*Dolo malo pactum se non servaturum*).<sup>30</sup>

U međunarodnom pravu je opšte prihvaćen stav da ugovori zaključeni pod prinudom predstavljaju apsolutno ništave ugovore, tako da pristanak jedne strane da bude vezana ugovorom, koji je dobijen prinudom izvršenim nad predstavnikom te države ili njene organizacije ili putem prijetnje upućenih lično njemu lišen je svakog pravnog dejstva,<sup>31</sup> jer je zaključenje ugovora na ovakav način suprotan Povelji ujedinjenih nacija.<sup>32</sup>

Pravni pisci međunarodnog javnog prava su, može se reći, jednoglasni u stavu da su odlike ništavosti kao instituta građanskog prava, uglavnom preuzete i primjenjuju se u međunarodnom pravu, razumije se uz uvažavanje specifičnosti koje odlikuju međunarodne subjekte i odnose kojima se oni uređuju.<sup>33</sup>

Međutim, za razliku od građanskog prava, međunarodno javno pravo ne pravi razliku između apsolutne i relativne ništavosti ugovora kada je u pitanju prinuda i prijetnja, i u tom slučaju ugovor koje je proglašen ništavim ne proizvodi pravna dejstva *ab initio*. Tako je Bečkom konvencijom o ugovornom pravu propisano da je ništav svaki ugovor čije je zaključenje postignuto prijetnjom, upotrebom sile kršenjem međunarodnog prava koji su unijeti u Povelji Ujedinjenih nacija.<sup>34</sup> U tom smislu se može navesti primjer Čehoslovačke koja je 1938. godine u Minhenu bila prinuđena da prijmjeni sporazum koji su zaključili Njemačka, Velika Britanija, Francuska i Italija. Navedenim sporazumom Čehoslovačkoj je bilo nametnuto da oblast Sudete ustupi Njemačkoj, a da pri tom Čehoslovačka nije bila strana ugovornica niti je vodila bilo kakve pregovore, a ugovor je izvršila uz protestnu notu. Nakon izbijanja Drugog svjetskog rata navedeni sporazum je proglašen ništavim, najprije od strane Britanije i Francuske 1942., zatim od Italije 1944. i na kraju Njemačka 1966. Godine.<sup>35</sup>

Komparativnom analizom ništavosti građanskog i međunarodnog prava, može se zaključiti da prinuda i prijetnja u međunarodnom javnom pravu pred-

<sup>29</sup> *Fraus et ius numquam cohabitant*. Rimljani su jednostavno smatrali da je prevara jedan od najtežih oblika povrede moralnih normi.

<sup>30</sup> Ulpianus D. 1, 14, 7, 9.

<sup>31</sup> Rodoljub Etinski, Sanja Đžajić, Međunarodno javno pravo, peto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Novi Sad, 2012. Godine, str. 95.

<sup>32</sup> R. Etinski, S. Đžajić, navedeno djelo, str. 95.

<sup>33</sup> Vidi: Nenad Avramović, Miloš Marković, Međunarodno pravo, Istočno Sarajevo, 2012, str. 37.

<sup>34</sup> Član 52. Bečke konvencije o ugovornom pravu.

<sup>35</sup> U tom smislu u praksi je poznat slučaju prinude počinjen od strane japanskih pregovarača i vojnika prema korejskom caru I njegovim ministrima u cilju obezbijedenja njihovog pristanka na Ugovor kojim se ustanovljava protektorat nad Korejom 1905. godine. Detaljnije vidi; N. Avramović, M. Marković, navedeno djelo, str. 38.

stavljaju uzroke apsolutne ništavosti ugovora. Razumije se, da se radi i posebnim granama prava koje uređuju različite oblasti, ali principi kojima se uređuje oblast ništavosti ugovora sa stanovišta pravnih posledica, izgleda da u međunarodnom pravu imaju karakter univerzalnosti u pogledu slobode ugovaranja, zabrane pritisaka, prinude (ucjene,). Zato je sa stanovišta razmatranja ništavosti ugovora zbog prijetnje i prinude bilo neophodno izvršiti uporednu analizu posledica i snakcija koji su predviđeni za ovakve vrste ugovora u međunarodnom javnom pravu.

S druge strane, i u našem zakonodavstvu predložena su neka rješenja koja bi mogla uticati na dosadašnje shvatanje prinude i prijetnje, posebno kada se uzmu u obzir pravne posledice. Tako, npr., Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore<sup>36</sup> propisuje da je ugovor zaključen uz upotrebu sile apsolutno ništav.<sup>37</sup> Ne ulazeći u pravnu kvalifikaciju i oblike prinude, odnosno prijetnje, iznuđeni pristanak na zaključenje ugovora je sam po sebi kontradiktoran, jer su motivi i pobude neprirodni, odnosno falsifikovani<sup>38</sup> jer “ništa nije tako protivno i ubitačno volji kao nasilje i ozbiljno plašenje, po tome, ugovor na koji je neko nasiljem ili ozbiljnim plašenjem nagnan da pristane nema nikakve snage ni vijednosti”.<sup>39</sup> Čini se da se zakonodavac u Crnoj Gori, kada se to tiče prinude i prijetnje, vratio OIZ-u kao svom izvorniku.<sup>40</sup>

Dakle, novina u ZOOCG je u tome što se predviđa da ugovor koji je zaključen uz upotrebu sile prema drugoj ugovornoj strani je pogođen sankcijom apsolutne ništavosti. S tim u vezi, možda bi se moglo reći da je zakonodavna aktivnost na polju ništavosti na našim prostorima otišla korak dalje od tradicionalnih pravnih kvalifikacija.<sup>41</sup> Tako se u okviru odsjeka o manama volje u prvom pasusu propisuje da je “Ništav ugovor zaključen upotrebom nedozvoljene radnje”<sup>42</sup>, dok je u poslednjem stavu predviđeno da “Ugovor zaključen upotrebom sile ili nedozvoljene prinude ne proizvodi pravna dejstva”.<sup>43</sup> Odstupanja u odnosu na pozitivna rješenja ZOO daju povoda pravanoj nauci da raspravlja o prvanoj prirodi ugovora

---

<sup>36</sup> Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore (Službeni list RCG broj 4/11), u daljem tekstu ZOOCG.

<sup>37</sup> Član 53. st. 3. ZOOCG

<sup>38</sup> Zoran Rašović, *Građansko pravo-Uvod*, Podgorica 2009. Godine, str. 305. i tamo navednu literaturu.

<sup>39</sup> Član 908. Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru (u daljem tekstu OIZ).

<sup>40</sup> “Ujedina, slobodna i istinita volja svih ugovornika pravi je i glavni temelj svakog ugovora. Gdje toga nema, nema u opšte ni zakonita ugovora”, član 907. OIZ-a.

<sup>41</sup> Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, *Obligacioni odnosi*, druga knjiga, Beograd 2009. godine, (u daljem tekstu Prednacrt GZS).

<sup>42</sup> Član 57. St. 1. Prednacrt SGZ.

<sup>43</sup> Član 57. St. 4. Prednacrt SGZ

ra zaključenih pod manama volje. Možda čak i da se povede šira rasprava o samoj klasičnoj teoriji ništavosti, koj bi se kretala u pravcu da svoje nove osnove potraži u opštim uzrocima ništavosti, dok bi posledice bile one koje se zasnivaju na apolutnoj ništavosti, uz primjenu odrednice "da ako je zabrana bila manjeg značaja a u govor je izvršen"<sup>44</sup> ništavost se ne može isticati, odnosno konvalidacije kao izuzetka.

Naime, dok je ZOOCG zadržao dosadašnja rješenja u slučaju prevare kao mane volje, sa druge strane u Srbiji se povodom pravnih posledica ugovora zaključenih pod prevarom vodi živa rasprava, koja je rezultirala da Komisija za izradu Građanskog zakonika Srbije ponudi neka alternativna rješenja.

Prema predloženim alternativama strana koja je zaključila ugovor pod prevarom ima pravo na prigovor i posle isteka roka zastarelosti prava da zahteva poništenje ugovora.<sup>45</sup> Pored navedenog ponuđena je i varijanta prethodnog rješenja po kojem strana koja je zaključila ugovor pod prevarom može odbiti da izvrši obavezu iz ugovora i posle zastarelosti prava da traži njegovo poništenje.<sup>46</sup> Izgleda, pak, da druga varijanta pobuđuje posebnu pažnju. Naime, njome je predviđeno da je ugovor zaključen pod prevarom je ništav.<sup>47</sup>

Razumije se, u ovom trenutku se ne zna u kom obliku će za usvojiti predloženi tekst zakonika, i na koji način će se urediti pitanje prinude i prevare, ali u svakom slučaju naši zakonopisci i pravna nauka su predložili rješenja koja u izvjesnoj mjeri odstupaju od klasične teorije ništavosti. U okviru rušljivosti ugovora može se još raspravljati i o prekomjernom oštećenju i o ugovorima koji su zaključeni od strane lica ograničene poslovne sposobnosti, ali će se ova materija razmatrati nekom drugom prilikom.

## ZAKLJUČAK

Klasična teorija ništavosti tradicionalno se zasniva na podjeli ništave i rušljive ugovore, koje imaju svoje osobenosti. U posljednje vrijeme u našoj literaturi iznijeti su stavovi da pojedini instituti koji se izučavaju, odnosno regulišu materiju rušljivosti ugovora, zapravo za pravnu posledicu treba da imaju ništavost ugovora, a ne rušljivost, posebno kada se to radi o prinudi, prijetnji i prevari. U tom pravcu pojedina zakonska rješenja su već usvojena u Zakonu o obligacionim odnosima Crne Gore.

---

<sup>44</sup> Član. 107. St. 2 ZOO.

<sup>45</sup> Vidi; Alternativa člana 62. Prednacrt GZS.

<sup>46</sup> Varijanta I člana 62. Prednacrt GZS.

<sup>47</sup> Varijanta II člana 62. Prednacrt GZS.



Imajući u vidu da se radi o zaokretu u dosadašnjim shvatanjima o rušljivosti ugovora, dalo bi se očekivati da će u pravnoj nauci to biti povod da se raspravlja i o samoj koncepciji klasične teorije ništavosti, odnosno da se postavi pitanje da li ona kao takva odgovora sadašnjim prilikama?

IGOR VUJOVIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law  
Slobomir P University, Bijeljina, Republika Srpska

## ESSAY ON VOIDABLE CONTRACT

### Summary

The classical theory of nullity is traditionally based on the division of the invalid and avoidable contracts, which have their own peculiarities. In the last time in our literature to present the views of the individual institutes which are studied, and regulate matters of avoidable contracts, actually legal consequence should have the nullity of the contract, not avoidable, especially when it comes to coercion, threats and deception. In this respect certain legal solutions have already adopted the Law on Obligations of Montenegro. Bearing in mind that this is a reversal of previous conceptions about avoidable contracts, to be expected that in legal theory to be an occasion to discuss the concept of the classical theory of nullity, or to ask whether she, as such responses present circumstances?



## USTUPANJE POTRAŽIVANJA UGOVOROM

### U V O D

Klasična podela subjektivnih građanskih prava na apsolutna i relativna, ukazuje na jednu principijelnu razliku: apsolutna prava deluju *prema svima* (erga omnes), dok relativna obligaciona prava deluju samo između *određenih lica* (inter partes). Međutim, ova podela, iako bitna i tradicionalna<sup>1</sup>, trpi izvesna odstupanja, tako da se u literaturi često govori o relativiziranju stvarnih prava, kao i o ap-

---

Marko Perović, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> Paulus-Digesta, 44,7,3, pr. Suština obligacije se ne sastoji u tome da neka stvar ili službenost postane naša, nego da drugoga obaveže prema nama na neko davanje, činjenje ili uzdržavanje. Videti D. Stojčević i A. Romac, *Dicta et regulae iuris*, izdanje Savremene administracije, Beograd 1989, str. 356. U suštini ovako određen pojam obligacije kao odnos inter partes prihvaćen je kao ključni kriterijum za razlikovanje obligacionog (relativnog) prava od apsolutnog (pre svega stvarnog prava). U tom smislu videti M. Konstantinović, *Obligaciono pravo* (skripta), Beograd 1959, str. 1 i sl.; L. Marković, *Obligaciono pravo*, izd. Službenog lista SRJ, Beograd 1997, str. 25 i sl.; Ž. Đorđević i V. Stanković, *Obligaciono pravo*, izd. Savremena administracija, Beograd 1974, str. 3 i sl.; Lj. Milošević, *Obligaciono pravo*, izd. Naučna knjiga, Beograd 1966, str. 1 i sl.; B. Loza, *Obligaciono pravo*, 1981, str. 5 i sl. U stvari, svi udžbenici obligacionog prava na različitim jezicima u svojim uvodnim delovima podvlače ovaj tradicionalni aksiom, npr. G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil*, II, *Les obligations*, Sirey, Paris 1962, str. 7 i sl.; A. Weill, *Droit civil*, *Les obligatins*, Dalloz, Paris 1971, str. 1 i sl.; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Dalloz, Paris, 8 édition, 2002, str. 1 i sl. S obzirom da je u pitanju opšte poznata osobina obligacije kao *iuris vinculum* između određenih lica (inter partes), u ovoj napomeni navedeni su, samo primera radi, određeni izvori u literaturi, pa iz svih tih razloga, čini se, da na ovom mestu nije potrebno dalje ih navoditi jer se oni nalaze gotovo u svim udžbenicima obligacionog prava, kao i monografskim studijama posvećenim pojmu i osobinama obligacionog prava.

solutiziranju obligacionih prava<sup>2</sup>. Ovom prilikom nećemo ulaziti u detaljnu analizu ovog pitanja jer to nije predmet ovoga rada, ali tu distinkciju ističemo već na samom početku ovog rada, kako bi podvukli opštepoznatu osobinu obligacionog odnosa da se on ostvaruje između određenih lica, što bi, *stricti iuris* gledano, moglo značiti da su prava i obaveze iz obligacionog odnosa isključivo vezana za ličnost poverioca i dužnika, i da se, kao takva, ne mogu prenositi na drugog.

Takvo stanovište je dugo vladalo u rimskom pravu, sve do postklasičnog, kada su se izvrsne ustanove privatnog rimskog prava razvile do stepena homogenih celina, i koje su, kao takve, sa izvrsnim modifikacijama, bile preuzete, prvo u doba recepcije rimskog prava, a docnije i od modernih kodifikacija evropske pravne tradicije.<sup>3</sup>

Jedno od takvih pitanja jeste i pitanje mogućnosti zamene subjekata obligacionog odnosa, bilo na dužničkoj ili poverilačkoj strani, razume se, pod određenim zakonom predviđenim uslovima.

Kada je u pitanju zamena ličnosti poverioca, savremeni pravni sistemi, a to znači i naš pravni sistem, poznaju ustanovu ugovornog ustupanja potraživanja ili cesiju, a takođe, i zamenu dužnika u vidu preuzimnja duga, kao i istovremenu promenu dužnika i poverioca kod ustupanja dvostrano obaveznih ugovora.<sup>4</sup>

U tom kontekstu, predmet ovoga rada je samo promena subjekta na poverilačkoj strani i to u vidu ugovornog ustupanja potraživanja ili cesijom i to sa svim njenim svojstvima: počev od pojma cesije i strukture odnosa ustupioca (cedenta) i prijemnika (cesionara) kao i prijemnika i dužnika (cesusa), sve do nekih posebnih slučajeva ustupanja potraživanja.

## POREKLO I RAZVOJ

Prvobitni izvori cesije nalaze se u rimskom pravu, ali sa jednom značajnom evolucijom: počev od shvatanja da je obligacija kao odnos *inter partes* neprenosiva, pa preko različitih mogućnosti ustupanja tražbine putem novacije<sup>5</sup> ili putem

<sup>2</sup> Opširnije o relativizaciji stvarnih prava i apsolutiziranju obligacionih prava, videti J. Radišić, *Obligaciono pravo, Opšti deo*, izd. Nomos, Beograd 2000, str. 51 i sl.

<sup>3</sup> Videti naročito, N. Mojović, *Rimsko pravo*, knj. I, Istorija rimskog prava, Pravni fakultet u Banjaluci, 2008, posebno pod naslovom Teorijska renesansa – pravne škole i recepcija, škola glosatora i postglosatora, Pandektisti, Recepcija rimskog prava u praksi, moderne kodifikacije (str. 461-527).

<sup>4</sup> Zakon o obligacionim odnosima, čl. 436-443, čl. 446-453, čl. 145-147. Videti komentare navedenih članova Zakona: Komentar Zakona o obligacionim odnosima, izd. Savremena administracija, Beograd 1983; Komentar Zakona o obligacionim odnosima, izd. Pravni fakultet u Kragujevcu, 1980; B. Vizner, Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Zagreb 1978.

<sup>5</sup> O novaciji u rimskom pravu videti: Dragomir Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, četrnaesto prerađeno i dopunjeno izdanje, izd. Savremena administracija, Beograd, 1985, str. 233 i sl.; Miroslav Milošević, *Rimsko pravo*, izd. Nomos, Beograd, 2005, str. 307; Marijan Horvat, *Rimsko pra-*

procesnog zastupanja u formularnom postupku (*procurator in rem suam*), sve do shvatanja cesije u postklasičnom pravu, koja se u svojim bitnim svojstvima održala sve do savremenog prava<sup>6</sup>. Tako, u postklasičnom periodu poverilac je mogao i bez pristanka dužnika da prenese svoje potraživanje na drugog koji je sticao pravni položaj novog poverioca u okviru ustupljenog potraživanja. Ustupilac (*cedent*) je odgovarao prijemniku (*cesionaru*) samo za postojanje tražbine – *veritet*, ali ne i za naplativost tražbine – *bonitet*, što je u osnovi prihvaćeno i u savremenom pravu. Ako je cesija bila bez naknade, dakle, ako je ona u suštini i u motivu bila poklon, cedent je odgovarao samo za *dolus* i *culpa lata*. Predmet cesije je mogla biti svaka tražbina bez obzira na njene eventualne modifikacije u smislu uslova i roka dospeća, a takođe i naturalna obligacija. Ipak, izvesne tražbine nisu mogle biti predmet cesije<sup>7</sup> što je predviđeno i u savremenom pravu u nizu slučajeva o kojima će biti reči u narednom izlaganju.

#### POJAM I OSOBINE

Kada je reč o ustupanju potraživanja putem ugovora, cesija bi se mogla definisati kao ugovor na osnovu koga ustupilac (*cedent*) prenosi, sa naknadom ili bez nje, svoje potraživanje koje on ima prema nekom svom dužniku iz ranijeg odnosa (*cesus*), na drugog ugovornika (*cesionara*) koji stiče položaj novog poverioca u odnosu na istog dužnika.<sup>8</sup>

vo, izd. Školska knjiga, Zagreb, 1967, str. 243 i sl.; Ante Romac, Rimsko pravo, izd. Pravni fakultet u Zagrebu, 2007, str. 319 i sl.; isti autor, Rječnik rimskog prava, izd. Informator, Zagreb, 1983, str. 222 i sl.; isti autor, Latinske pravne izreke, izd. Globus, Zagreb, 1982, str. 420; Obrad Stanojević, Rimsko pravo, izd. Pravni fakultet u Beogradu, 1997, str. 327 i sl.; Viktor Korošec, Rimsko pravo, izd. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 2002, str. 353; Antun Malenica, Rimsko pravo, izd. Pravni fakultet u Novom Sadu, 1995, str. 281; Nevenka Bogojević-Gluščević, Izvori za rimsko obligaciono i pravo, izd. Unireks, Podgorica, 1997, str. 147.

<sup>6</sup> Videti, N. Mojović, nav. delo, str. 461-527.

<sup>7</sup> Opširnije, A. Romac, nav. delo, str. 290; D. Stojčević, nav. delo, str. 210.

<sup>8</sup> O cesiji naročito videti: Mihailo Konstantinović, Obligacije i ugovori, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, Pravni fakultet u Beogradu, 1969, čl. 360-370, str. 147 i sl.; isti autor, Obligaciono pravo (skripta), Beograd 1959, str. 213 i sl.; Živomir Đorđević i Vladan Stanković, Obligaciono pravo, Savremena administracija, Beograd 1974, str. 519-522; Ljubiša Milošević, Obligaciono pravo, Naučna knjiga, Beograd 1966, str. 221-226; Jakov Radišić, Obligaciono pravo, Nomos, Beograd 2000, str. 375-379; Bogdan Loza, Obligaciono pravo, opšti dio, Sarajevo 1981, str. 50-54; Lazar Marković, Obligaciono pravo, Službeni list SRJ, Beograd 1977, str. 332-346; Stevan Jakšić, Obligaciono pravo, Sarajevo 1962, str. 368-375; Oliver Antić, Obligaciono pravo, Pravni fakultet u Beogradu, 2008, str. 251; Branko Morait, Obligaciono pravo, Banja Luka 2010, str. 117-120; N. Tešić, *Pactum de cedendo*, o prodaji potraživanja kao bestelesnih stvari, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2012. Gabriel Marty et Pierre Raynaud, *Droit civil*, tome II, *Les Obligations*, Sirey, Paris 1962, str. 808-838; Alex Weil, *Droit civil*, *Les Obligations*, Dalloz, Paris 1971, str. 890-

Ugovor o ustupanju potraživanja podleže opštim pravilima o zaključenju i punovažnosti obligacionih ugovora. To se naročito odnosi na opšte granice autonomije volje stranaka koje su iskazane prinudnim propisima, javnim poretkom i dobrim običajima.<sup>9</sup> Međutim, pored ovih opštih ograničenja, cesija već po samoj svojoj prirodi, podrazumeva i posebna ograničenja koja se odnose, ne samo na zakonske već i na ugovorne zabrane, kao i one zabrane koje proističu iz potraživanja koja su strogo vezane za ličnost poverioca (intuitu personae) ili potraživanja čija se pravna priroda protivi promeni poverioca.

Sva pomenuta ograničenja u pogledu mogućnosti ustupanja potraživanja putem cesije, predvideo je i Zakon o obligacionim odnosima (čl. 436), prema kome, poverilac može ugovorom zaključenim sa trećim preneti na ovoga svoje potraživanje, izuzev onog čiji je prenos zabranjen zakonom ili koje je vezano za ličnost poverioca, ili koje se po svojoj prirodi protivi prenošenju na drugog. Pri tome, ugovor o ustupanju nema dejstvo prema dužniku, ako su on i poverilac ugovorili da ovaj neće moći preneti potraživanje na drugoga ili da ga neće moći preneti bez dužnikovog pristanka.<sup>10</sup>

Kada su u pitanju zakonske zabrane ustupanja potraživanja, već je rečeno, da pored opšteg zakonskog okvira u kome se jedino može kretati autonomija volje stranaka, postoje kod cesije i posebne zakonske zabrane. Kao primere ovih zabrana navodimo odredbe Zakona o obligacionim odnosima koje se odnose na zabranu ustupanja potraživanja. Tako, ustupanje potraživanja naknade nematerijalne štete može biti predmet ustupanja samo ako je priznato pravosnažnom odlukom ili pismenim sporazumom. To znači da potraživanje naknade nematerijalne štete, ne može biti predmet cesije, ako ono nije priznato pravosnažnom sudskom odlukom ili sporazumom izraženim u pismenoj formi.<sup>11</sup> Nadalje, pravo na naknadu štete u vidu novčane rente usled smrti bliskog lica ili usled povrede tela ili oštećenja zdravlja, ne može se preneti drugom licu. Mogu se preneti dru-

---

900; François Terre, Philippe Simler, Yves Lequette, Droit civil, Les Obligations, Dalloz, Paris 2002, str. 1185-1202; Jean Carbonnier, Droit civil, vol. II, Quadrige/PUF, Paris 2004, str. 2449-2461.

<sup>9</sup> Prema Zakonu o obligacionim odnosima (čl. 10) strane u obligacionim odnosima su slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja, da svoje odnose urede po svojoj volji. U tom smislu, videti pomenute Komentare Zakona o obligacionim odnosima. Uopšte o ograničenjima autonomije volje, videti: Gaunot, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Dijon, 1912; G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, Paris 1949, naročito str. 39-123.

<sup>10</sup> Videti komentare uz čl. 436 Zakona o obligacionim odnosima, prema gore navedenim Komentarima Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>11</sup> Videti komentare uz čl. 204 Zakona o obligacionim odnosima, prema gore navedenim Komentarima Zakona o obligacionim odnosima.

gom licu samo dospeli iznosi naknade, ako je iznos naknade određen pismenim sporazumom strana ili pravosnažnom sudskom odlukom<sup>12</sup>.

Ustupanje potraživanja putem cesije nije moguće ni u slučaju potraživanja koja su neprenosivo vezana za ličnost poverioca, jer bi se u suprotnom osujetila kauza (osnov) tog pravnog odnosa koja predviđa uslov punovažnosti ugovora, jer ako kauza ne postoji ili je nedopuštena, ugovor je ništav.<sup>13</sup> Tako, prodaja sa pravom preče kupovine pokretnih stvari ne može se otuđiti, ukoliko zakonom nije drukčije određeno.<sup>14</sup>

Najzad, nemogućnost ustupanja potraživanja, može biti i rezultat saglasnosti volja poverioca i dužnika da poverilac neće moći ustupiti potraživanje trećem licu, bez dužnikovog pristanka (*pactum de non cedendo*). U protivnom, dužnik može istaći prigovor cesionaru da je mogućnost cesije isključena na osnovu ugovora između poverioca i dužnika<sup>15</sup>

Pojam cesije podrazumeva prenos određenog potraživanja kao glavnog prava, ali sa potraživanjem prelaze na cesionara i uzgredna (sporedna) prava, sa izuzetkom onih koja su nerazdvojna od ličnosti ustupioca.<sup>16</sup> Tako, prema Zakonu o obligacionim odnosima<sup>17</sup>, sa potraživanjem prelaze na prijemnika sporedna prava, kao što su pravo prvenstvene naplate, hipoteka, zaloga, prava iz ugovora sa jemcem, pravo na kamatu, ugovornu kaznu i sl. Pretpostavlja se da su dospеле, a neisplaćene kamate ustupljene sa glavnim potraživanjem. Kada je reč o zalozi kao akcesornom pravu ustupilac može predati založenu stvar prijemniku samo ako zalagodavac pristane na to, inače ona ostaje kod ustupioca da je čuva za račun prijemnika.

Pojam cesije obuhvata i pitanje višestrukog ustupanja koje postoji kada poverilac ustupi isto potraživanje raznim licima. Tada potraživanje pripada onom

---

<sup>12</sup> Zakon o obligacionim odnosima, čl. 197; videti i gore navedenim Komentarima Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>13</sup> Zakon o obligacionim odnosima, čl. 52. O kauzi postoji brojna literatura. S obzirom da se ovaj rad samo dotiče pitanja ništavosti ugovora o cesiji zbog nedopuštenosti kauze ovde će se samo uputiti na komentare čl. 51-53 Zakona o obligacionim odnosima koji se odnose na osnov ugovorne obaveze, kao i neke od značajnih studija o kauzi: H. Capitant, *De la cause des obligations*, Paris 1923; O. Antić, *Kauza*, *Pravni život*, 10/25 kao i u udžbeniku *Obligaciono pravo*, izd. Pravni fakultet u Beogradu, 2008, str. 251; A. Gams, *Kauza i pravni osnov*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1959, br. 2, str. 170.

<sup>14</sup> Zakon o obligacionim odnosima, čl. 529.

<sup>15</sup> Videti Komentar uz čl. 436, st. 2 Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>16</sup> Tako, prema Švajcarskom zakoniku o obligacijama (čl. 170), sa tražbinom prelaze prvenstvena i uzgredna prava, sa izuzetkom onih koja su nerazdvojna od ličnosti ustupioca. Ustupilac je obavezan, da pribaviocu preda isprave o dugu i postojeća dokazna sredstva, kao i da mu da nužna obaveštenja radi naplate. Pretpostavlja se da glavnom tražbinom na pribavioca prelaze i zaostale kamate.

<sup>17</sup> Zakon o obligacionim odnosima, čl. 437.

prijemniku o kome je ustupilac prvo obavestio dužnika, ili koji se prvi javio dužniku<sup>18</sup>. Kad je sporno kome pripada potraživanje, dužnik može izvršiti polaganje kod suda. Ako je obaveza dospela za ispunjenje, svaki učesnik u sporu može zahtevati da dužnik izvrši polaganje kod suda<sup>19</sup>.

Ugovor o ustupanju potraživanja u većini uporednih pravnih sistema je neformalan ugovor, što je slučaj i sa našim Zakonom o obligacionim odnosima, dok je formalan u Švajcarskom Zakoniku o obligacijama (čl. 165) gde se predviđa pismena forma kao uslov važnosti ugovora, ali obaveza za zaključenja ugovora o ustupanju može se zasnovati i neformalno. Pri tome, kad tražbina na drugoga prelazi na osnovu zakona ili sudske presude, za važnost prelaza prema trećima nije potrebna naročita forma, pa ni izjava dosadašnjeg poverioca (čl. 166). Kao što se vidi, prema ovom Zakoniku, za osnovni oblik ugovornog ustupanja potrebna je pismena forma (*ad solemnitatem*), a to znači i svi elementi forme u aktu zaključenja ugovora, kao i sve pravne posledice u slučaju da se ovaj zahtev ne poštuje. Kada je reč o našem pravu, odsustvo zakonske forme ne sprečava stranke da one mogu ugovoriti određenu formu (ugovornu formu) kao uslov važnosti ugovora sa svim obeležjima i posledicama koje proizlaze iz ove vrste forme.<sup>20</sup>

#### UPOREDNO PRAVO

Kada je reč o kodifikacijama građanskog prava zasnovanim na rimskom privatnom pravu i njegovoj kasnijoj recepciji, koje se u literaturi imenuju kao moderne kodifikacije, treba reći da su one regulisale i pitanje zamene subjekata u obligacionom odnosu u različitim vidovima, a naročito voljno ustupanje potraživanja putem cesije. Razume se da tu postoje razlike u načinu formulisanja pravila o pojmu i osobinama cesije, kao i njenom pravnom dejstvu, ali se ipak može primetiti da u mnogim suštinskim pitanjima nema značajnih razlika.

Tako, prema Austrijskom opštem građanskom zakoniku iz 1811. godine, koji je u mnogim odredbama bio izvornik za Srpski građanski zakonik iz 1844. godine, cesija ili ustupanje postoji kad se neka tražbina od jednog lica na drugo prenese, i ovo je lice primi, onda dolazi do preinačenja prava sa pridolaženjem novoga poverioca. Takva radnja naziva se ustupanje (cesija), i može se izvršiti sa naknadom ili bez naknade. Pri tome, Zakonik predviđa, da sva otuđiva prava mogu biti predmet ustupanja, ali ona koja su vezana za ličnosti, koja dakle sa

<sup>18</sup> Prema pravilu *prior tempore potior iure* (Sec.C.J.8.17,3) – raniji u vremenu jači u pravu. Ko prije steče kakvo pravo, njemu i prvenstvo – čl. 1003 Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru iz 1888. godine.

<sup>19</sup> M. Konstantinović, Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima, Pravni fakultet u Beogradu, 1969, čl. 364.

<sup>20</sup> Videti Komentar uz čl. 69 Zakona o obligacionim odnosima, koji predviđa da se ugovorne strane mogu sporazumeti da posebna forma bude uslov punovažnosti njihovog ugovora.



njome prestaju, ne mogu se ustupiti. Ugovorom o ustupanju nastaje nova obaveza samo između ustupitelja (cedenta) i prijemnika (cesionara), ali ne između ovoga posljednjeg i primljenog dužnika (cesusa). Stoga je dužnik u pravu, dok mu prijemnik ne bude poznat, prvome poveriocu platiti, ili se inače s njim obračunati. Ovo ne može više dužnik učiniti, čim mu se prijemnik obznani, ali ostaje mu pravo, da se posluži svojim prigovorima prema tražbini. Ako je on prema poštenom (savesnom) prijemniku priznao tražbinu za ispravnu, onda je obavezan da ovoga kao svoga poverioca izmiri. Što se tiče odgovornosti ustupitelja, Zakonik je i ovde na tradicionalnim izvorima: ko ustupi tražbinu bez naknade, ko je dakle pokloni, ne odgovara više za istu. Ali ako je ustupanje učinjeno za kakvu naknadu, onda ustupitelj odgovara prijemniku kako za istinitost tražbine, tako i za to, da se tražbina može naplatiti, ali ipak ne za više, no što je ustupitelj od prijemnika dobio. Ustupitelj ne odgovara za tražbinu, koja se u vreme ustupanja mogla naplatiti, pa je usled slučaja ili nemarom prijemnika nenaplatljivom postala.<sup>21</sup>

Prema Srpskom građanskom zakoniku iz 1844. godine, cesija se predviđa rečima: ko pravo svoje prvašnje tako preinači, da ga drugome ustupi, da mu je slobodno to činiti i za naplatu i bez naplate. Prava za ličnost čiju vezana koja s njom prestaju i iščezavaju, drugome ustupiti se ne mogu. Pri ustupanju rađa se obaveza nova samo između ustupitelja i prijemnika. Obaveza dužnika ustupljenoga ostaje ono isto. Ako mu se prijemnik ili nov poveritelj njegov ne obznani, onda nije dužan znati. I u tom slučaju ako on, ne znajući za prijemnika svoj dug ustupitelju isplati, ili se drukčije s njim namiri, oslobađa se od svakog odgovora. I prijemnik ima posao samo sa ustupiteljem. Koji poveritelj dug drugome ustupi badava, ili mu ga pokloni, onaj nema više odgovarati za njega. Ako li ga ustupi za naplatu, onda ustupitelj prijemniku mora dobar stajati, da onaj dug, koga je ustupio, jest pravi i istinski dug, i da od dužnika namiriti može. No ovo se razumeva onoliko, koliko se on sam od prijemnika naplatio.<sup>22</sup> Kao što se vidi, Srpski građanski zakonik je još 1844. godine, u osnovi prihvatio cesiju sa mnogim njenim tradicionalnim svojstvima.

Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru iz 1888. godine (delo Valtazara Bogišića) koji je po svojoj originalnosti veoma uvažavan u pravnoj literaturi<sup>23</sup> odredbe o ustupanju poveriočevog prava regulisao je u posebnom odeljku

---

<sup>21</sup> Austrijski opšti građanski zakonik iz 1811, §§ 1392-1399.

<sup>22</sup> Srpski građanski zakonik iz 1844, §§ 864-871.

<sup>23</sup> O ovom Zakoniku postoji bogata literatura na raznim jezicima. Ovde ukazujemo samo na nekoliko studija: Tomica Nikčević, Predgovor Opštem imovinskom zakoniku za Knjaževinu Crnu Goru, fototipsko izdanje, Obod, Cetinje, 1980, pod naslovom Opšti imovinski zakonik u istoriji kodifikacije prava u Crnoj Gori; Jelena Danilović, Predgovor Opštem imovinskom zakoniku za Knjaževinu Crnu Goru i izabrana djela, Podgorica–Beograd 1988, izdavači “Unireks” Podgorica–Beograd i “Službeni glasnik”, Beograd; Jelena Danilović, Predgovor, Valtazar Bogišić, Klasični jugoslovenskog prava, izdavač “Službeni list SFRJ”, Beograd, 1986; Mihailo Konstantinović, Ideje

(čl. 603-608), sa terminološkom razlikom u pogledu imenovanja poverioca, koga Zakonik naziva dužiteljom. Naime, prema Zakoniku, ko god može od koga kakav dug tražiti, on može i prijeneti svoje dužiteljsko pravo na koga drugog, ukoliko dug, po svojoj prirodi, nije za dužitelja vezan. Kome je dužiteljsko pravo ustupljeno, on već tim samim postje dužitelj umjesto dotadanjem, niti za taj prijelaz treba dužnikova pristajanja, ako nije naročito inače određeno ugovorom ili zakonom. Ustupanjem prelazi ne samo duženje, nego i svako priložje njegovo, kao: dobit, zaloga, zastava; to sve, ipak, načitnom koji zakon pobliže određuje. Potrebno je da se o prijelazu dade na znanje ustupljenome dužniku, jer dok god dužnik o tome ne zna, te nezlomisljeno plati predašnjem dužitelju, on će se time potpuno oprostiti duga. Naprotiv, čim mu je jednom javljeno o prijelazu duženja, on nije više vlastan da palti predašnjem dužitelju; učini li to ipak, odgovaraće za posljedice. Kad je dvoumljenja kome treba da plati, dužnik može predati dug u sudske ruke, i tim ga se potpuno osloboditi. Ustupitelj odgovara za istinitost duženja, i za to da ga je zakonito ustupiti mogao, ako je ustup bio za kakvu cijenu ili naknadu. Ali ustupitelj nikako ne odgovara ako dužnik ne plati te dug namiren ne bude, no ako bi to naročito ugovoreno bilo ili bi potjecalo od prirode samoga posla, ili ako je, u poslu tome, ustupitelj zlomisleno radio.<sup>24</sup>

Prema Nemačkom građanskom zakoniku iz 1900. godine, poverilac može ugovorom sa drugim preneti na njega svoju tražbinu tako da sa zaključenjem ugovora novi poverilac stupa na mesto dosadašnjeg poverioca. Pri tome, tražbina se ne može ustupiti, ako se činidba drugome a ne prvobitnom poveriocu ne može izvršiti bez promene njene sadržine ili ako je ustupljenje isključeno sporazumom sa dužnikom. Sa ustupljenom tražbinom na novog poverioca prelaze hipoteke ili založna prava, koja za nju postoje, kao i prava iz jemstva, koje je za nju dato. Zakonik dalje predviđa da je dosadašnji poverilac obavezan da novom poveriocu učini nužna obaveštenja za ostvarenje tražbine i da mu preda isprave koje službe za dokazivanje tražbine, ukoliko se nalaze u njegovoj državini. Novom poveriocu dužnik može istaći prigovore koji su u vreme ustupanja tražbine bili zasnovani prema dosadašnjem poveriocu. Dužnik može tražbinu koju ima prema dosadašnjem poveriocu kompenzovati i prema novom poveriocu, osim ako je pri sticanju tražbine znao za ustupljenje ili ako je tražbina dospela tek posle saznanja i docnije od ustupljene tražbine. Propisi o prenosu tražbina shodno se primenjuju na prenos ostalih prava, ukoliko zakon ne propisuje što drugo.<sup>25</sup>

---

Valtazara Bogišića o narodnom i zakonskom pravu, "Sociološki pregled", knj. I, izd. Društva za sociologiju i društvene nauke, Beograd, 1938, ponovljeno u časopisu Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1-2, 1982; Surja Pupovci, Valtazar Bogišić, život i djelo, Izd. CID, Podgorica, 2004, gde je navedena brojna literatura o Bogišiću i Opštem imovinskom zakoniku za Knjaževinu Crnu goru od 1888. godine.

<sup>24</sup> Čl. 603-608 Zakonika.

<sup>25</sup> Nemački građanski zakonik iz 1900. §§ 398-413.

Švajcarski Zakonik o obligacijama iz 1911. godine, ustupanju tražbine posećuje znatnu pažnju, počev od definicije ustupanja i forme ugovora o ustupanju, pa preko dejstva ustupanja i prigovora dužnika i prelaza prvenstvenih i uzgrednih prava, sve do obima odgovornosti.<sup>26</sup> Tako, Zakonik najpre predviđa da poverilac može bez pristanka dužnika svoju tražbinu ustupiti drugome, ako to nije protivno zakonu, sporazumu ili prirodi pravnog odnosa. Za važnost ustupanja potrebna je pismena forma. Kad tražbina na drugoga prelazi na osnovu zakona ili sudske presude, za važnost prelaza prema trećima nije potrebna naročita forma, pa ni izjava dosadašnjeg poverioca. Kod položaja dužnika i savesne isplate Zakonik predviđa da je dužnik punovažno oslobođen ako, pre no što ga je ustupilac ili pribavilac izvestio o ustupljenju, savesno plati ranijem poveriocu ili, u slučaju višestrukog ustupanja, nekom docnijem pribaviocu. Kad je sporno pitanje, kome pripada tražbina, dužnik može odbiti isplatu i osloboditi se sudskim deponovanjem. Ako dužnik plati, iako je znao za spor, čini to na svoju odgovornost. Što se tiče prigovora dužnika, Zakonik predviđa da prigovore koji su postojali protiv tražbine ustupioca, dužnik može istaći i prema pribaviocu, ako su već postojali u vreme kad je saznao za ustupljenje. Ako neka dužnikova protivtražbina još nije bila dospela u tom trenutku, ipak je može kompenzovati samo ako ona ne postane dospela docnije no ustupljena tražbina. Sa tražbinom prelaze prvenstvena i uzgredna prava sa izuzetkom onih koja su nerazdvojna od ličnosti ustupioca. Pretpostavlja se, da sa glavnom tražbinom na pribavioca prelaze i zaostale kamate. Kod ustupanja sa naknadom ustupilac odgovara za postojanje tražbine u vreme ustupanja, a za naplativost samo ako se na to obavezao. Kod besplatnog ustupanja ustupilac ne odgovara ni za postojanje tražbine.

#### DEJSTVA CESIJE

Već iz dosadašnjih izlaganja proizlazi zaključak da cesija podrazumeva strukturu trojnog odnosa koji postoji između subjekata koji učestvuju u cesiji. Pre svega, mora postojati punovažno potraživanje između ustupioca i dužnika iz njihovog ranijeg pravnog odnosa, a zatim, pravni odnos između ustupioca i prijemnika, i najzad, pravni odnos između prijemnika i dužnika. Kao što se vidi, trojaka struktura odnosa čini ukupno dejstvo cesije, pa će se u tom smislu ona ovde izložiti na sledeći način: 1. odnos između cedenta i cesusa; 2. odnos između cedenta i cesionara; 3. odnos između cesionara i cesusa.

Odnos između cedenta i cesusa regulisan je sadržinom, i pravnom prirodom njihovog ranije ustanovljenog pravnog odnosa u kome cedent ima položaj poverioca, a cesus položaj dužnika. To može biti potraživanje iz nekog ugovornog ili drugog obligacionog odnosa koje je podobno za ustupanje drugom licu u

---

<sup>26</sup> Švajcarski zakonik o obligacijama iz 1911. čl. 164-174.

smislu dozvoljenosti ustupanja o čemu je već bilo reči: potraživanje ne sme biti protivno konkretnoj zakonskoj zabrani, ne može se prenositi potraživanje koje je isključivo vezano za ličnost poverioca ili koje se po svojoj prirodi protivi prenošenju na drugog, kao i kada su poverilac i dužnik svojom saglasnom voljom isključili mogućnost cesije. U svakom slučaju za odnos cedenta i cesusa karakteristično je pravilo da momentom ustupanja tražbine cedent gubi svojstvo poverioca u odnosu na cesusa, što znači da on više nije u obligacionom odnosu sa cesusom. Razume se da cedent i cesionar shodno pravilima o granicama autonomije volje, mogu predvideti i neke druge klauzule po kojima cesus i dalje stoji u pravnom odnosu prema cedentu, npr. u pitanju je samo delimično ustupanje potraživanja, ali to su već moguće varijante u njihovom eventualnom produženju modifikovanog pravnog odnosa. U tom smislu bitno je naglasiti da samo u okviru ustupljenog potraživanja drugom cedent gubi svojstvo poverioca u odnosu na cesusa i da se samo u tim okvirima gasi obligacioni odnos između cedenta i cesusa.

Odnos između cedenta i cesionara proizilazi iz pravnog osnova kojim cedent ustupa svoje potraživanje cesionaru. Tako, to može biti ugovor sa naknadom (npr. prodaja potraživanja) ili ugovor bez naknade (npr. poklon potraživanja). U svakom slučaju, zaključenjem ugovora između cedenta i cesionara potraživanje prelazi na cesionara, što znači da sam ugovor kao *iustus titulus* prenosi potraživanje, bez načina sticanja (*modus acquirendi*) što je karakteristično za derivativno sticanje svojine na nekoj stvari. Cedent je dužan predati cesionaru odgovarajuće isprave o dugu ili druge dokaze o ustupljenom potraživanju i sporednim pravima (npr. hipoteka, zaloga, ugovorna kazna).<sup>27</sup> Na zahtev cesionara cedent je dužan da mu izda overenu potvrdu o ustupanju. Što se tiče odgovornosti cedenta za postojanje potraživanja (*veritas*) i odgovornosti za naplativost ustupljenog potraživanja (*bonitas*), treba reći da se ovo pitanje rešava u zavisnosti da li je ugovor o ustupanju sa naknadom ili bez naknade. Ako je ugovor sa naknadom, cedent odgovara cesionaru samo za postojanje tražbine i to u času kada je izvršeno ustupanje. Međutim, on može odgovarati i za naplativost ustupljenog potraživanja ako je to bilo posebno ugovoreno, ali samo do visine onoga što je primio od cesionara. Veća odgovornost savesnog cedenta ne može se ugovoriti.<sup>28</sup> Ukoliko je potraživanje ustupljeno bez naknade (*kauza donandi*), cedent ne odgovara cesionaru za postojanje i naplativost tražbine, shodno pravilima dobroćinih ugovora. Me-

<sup>27</sup> U tom smislu Zakon o obligacionim odnosima, čl. 441; Švajcarski zakon o obligacijama, čl. 170; Nemački građanski zakonik §§ 402 i 403.

<sup>28</sup> Zakon o obligacionim odnosima, čl. 443; M. Konstantinović, nav. delo, Skica, čl. 368. Prema Švajcarskom zakoniku o obligacijama (čl. 171) kod ustupanja sa naknadom ustupilac odgovara za postojanje tražbine u vreme ustupanja. Ali, za dužnikovu sposobnost plaćanja ustupilac odgovara samo ako se na to obavezao. Kod besplatnog ustupanja ustupilac ne odgovara ni za postojanje tražbine.

đutim, ako je cedent ustupio tražbinu sa zlom namerom (npr. prenoseći mu ništavu tražbinu) da bi mu time prouzrokovao štetu, onda će on odgovarati cesionaru za tako prouzrokovanu štetu po opštim pravilima odgovornosti poklonodavca za neispunjenje obaveze u slučaju njegove zle namere i grube nepažnje (culpa lata plane dolo aequiparatur).<sup>29</sup>

Odnos između cesionara i cesusa karakteriše se pravilom da cesionar ima prema cesusu ista prava koja je cedent imao prema cesusu do ustupanja. Za ustupanje potraživanja nije potreban pristanak dužnika (cesusa), ali je potrebno da ga cedent o tome obavesti. Ukoliko to ne učini, neobavešteni cesus ne može snositi posledice neznanja za cesiju. To znači da ako neobavešteni cesus izvrši isplatu cedentu, on će biti oslobođen obaveze i prema cesionaru. Pri tome, ispunjenje izvršeno cedentu pre obaveštenja o ustupanju punovažno je i oslobađa cesusa obaveze, ali samo ako nije znao za cesiju, inače obaveza ostaje i on će biti dužan da je ispunji cesionaru. Isto važi i za druge pravne poslove obavljane među njima u to vreme.<sup>30</sup> Što se tiče prigovora koje cedent može istaći cesionaru, treba reći da se ovi prigovori mogu istaći ako su već postojali u vreme kada je cesus saznao za ustupanje. Ako neka cesusova protivtražbina još nije bila dospela u tom trenutku, ipak je može kompenzovati, samo ako ona ne postane dospela docnije nego ustupljena tražbina.<sup>31</sup> Prema Zakonu o obligacionim odnosima (čl. 440) dužnik može istaći prijemniku pored prigovora koje ima prema njemu i one prigovore koje je mogao istaći ustupiocu do časa kad je saznao za ustupanje<sup>32</sup>

#### POJEDINE VRSTE CESIJE

Pored opšteg pojma i dejstva cesije, postoje i izvesni slučajevi cesije koji u nekim svojim elementima odstupaju od opšteg pojma. Zakon o obligacionim odnosima takve slučajeve izlaže pod naslovom "Posebni slučajevi ustupanja potraživanja" i tu reguliše: ustupanje umesto ispunjenja; ustupanje radi naplaćivanja; ustupanje radi obezbeđenja.<sup>33</sup>

Ustupanje umesto ispunjenja postoji u slučaju kada dužnik (cesus) umesto ispunjenja svoje obaveze (npr. isplata kupovne cene) ustupi poveriocu svoje potraživanje koje on ima prema nekom trećem licu. Zaključenjem ugovora o ustupu

---

<sup>29</sup> Videti, B. Loza, nav. delo, str. 53; J. Radišić, nav. delo, str. 178; Švajcarski zakonik o obligacijama, čl. 171, st. 2, čl. 173.

<sup>30</sup> M. Konstantinović, nav. delo, Skica, čl. 363.

<sup>31</sup> Švajcarski zakonik o obligacijama, čl. 169.

<sup>32</sup> Videti Komentar Zakona o obligacionim odnosima, čl. 440 prema gore navedenim Komentarima.

<sup>33</sup> Zakon o obligacionim odnosima, čl. 444, čl. 445. M. Konstantinović, nav. delo, Skica, čl. 369 i čl. 370.

panju dužnikova obaveza se gasi do iznosa ustupljenog potraživanja. U suštini, ovde je reč o zameni ispunjenja kad poverilac u sporazumu sa dužnikom primi nešto drugo umesto onoga što mu se duguje.<sup>34</sup>

Za razliku od ustupanja umesto ispunjenja, ustupanje radi naplaćivanja postoji u slučaju kada dužnik ustupi svome poveriocu neko svoje potraživanje samo radi naplaćivanja, njegova se obaveza gasi ili smanjuje tek kad poverilac naplati ustupljeno potraživanje. Dužnik ustupljenog potraživanja može ispuniti svoju obavezu i prema ustupiocu, čak i kad je obavešten o ustupanju. Pri tome, treba naglasiti da je prijemnik dužan predati ustupiocu sve što je naplatio preko iznosa svog potraživanja od njega, što se, takođe, primenjuje i u slučaju ustupanja umesto ispunjenja.<sup>35</sup>

Kao posebna vrsta cesije imenuje se i cesija radi obezbeđenja koja postoji kad se ustupanje vrši samo radi obezbeđenja cesionarevog potraživanja prema cedentu. U stvari, kad je ustupanje izvršeno radi obezbeđenja prijemnikovog potraživanja prema ustupiocu, prijemnik je dužan da se stara sa pažnjom brižljivog i urednog čoveka o naplativosti ustupljenog potraživanja i da, po izvršenoj naplati, pošto zadrži koliko je potrebno za namirenje sopstvenog potraživanja prema ustupiocu, ovome preda višak.<sup>36</sup>

U literaturi se kao posebne vrste cesije navode još i blanko ustupanje, ustupanje hartija od vrednosti na ime, ustupanje na osnovu zakona i po odluci suda.<sup>37</sup> Kod blanko ustupanja iz isprave o ustupanju vidi se samo koje se potraživanje ustupa, bez navođenja ličnosti cesionara, što se prepušta primaocu isprave da docnije upiše svoje ime ili ime nekog drugog lica. Kod ustupanja hartija od vrednosti na ime, potrebno je da se na samoj hartiji upiše ime novog poverioca umesto starog<sup>38</sup>.

Ustupanje na osnovu zakona i po odluci suda u stvari predstavljaju načine prenošenja tražbine bez obzira na volju poverioca, što ih udaljava od cesije kao ugovornog prenosa potraživanja<sup>39</sup>.

#### RAZGRANIČENJA

Već je na početku ovog rada nalgašeno da je cesija samo jedan od načina promene subjekata u obligacionom odnosu. Posle dosadašnjeg izlaganja, sa većim

<sup>34</sup> Zakon o obligacionim odnosima, čl. 308.

<sup>35</sup> M. Konstantinović, nav. delo, Skica, čl. 369.

<sup>36</sup> M. Konstantinović, nav. delo, Skica, čl. 370.

<sup>37</sup> Opširnije, J. Radišić, nav. delo, str. 378; J. Milošević, nav. delo, str. 224.

<sup>38</sup> Opširnije, J. Milošević, nav. delo, str. 224.

<sup>39</sup> Videti Švajcarski zakonik o obligacijama, čl. 166.

stepenom uvida u ustanovu cesije, moguće je cesiju razgraničiti u odnosu na druge promene subjekata u obligacionom odnosu, a posebno u odnosu na preuzimanje duga i ustupanje ugovora kao i personalnu subrogaciju. Pri tome, ukazaćemo na one razlike koje čine razgraničenje u odnosu na cesiju, bez šireg izlaganja ustanove preuzimanje duga i ustupanja ugovora, što, razume se, čini predmet posebnog rada.

Kada je u pitanju razgraničenje cesije od preuzimanja duga, kao prva i osnovna razlika je u tome što se kod cesije vrši promena na strani poverioca, dok se kod preuzimanja duga vrši promena na strani dužnika.<sup>40</sup> Nadalje, kod cesije se ne traži saglasnost cesusa već samo obaveštenje o ustupljenom potraživanju, dok se preuzimaju duga vrši ugovorom između dužnika i preuzimaoca, ali samo pod uslovom da je na to pristao poverilac. To je i razumljivo jer poveriocu nije svejedno ko će mu biti novi dužnik, posebno zbog razloga njegove solventnosti. Pretpostavlja se da je poverilac dao svoj pristanak ako je bez ograde primio neko ispunjenje od preuzimaoca, koje je učinio u svoje ime.<sup>41</sup> Preuzimanjem duga preuzimalac stupa na mesto pređašnjeg dužnika, a ovaj se oslobađa obaveze. U tom kontekstu, preuzimalac može istaći sve prigovore koji proističu iz pravnog odnosa između pređašnjeg dužnika i poverioca, kao i prigovore koje preuzimalac ima prema poveriocu. Za razliku od cesije, kao i za razliku od osnovnog vida preuzimanja duga, ovde kod preuzimanja duga postoje i dve podvrste u vidu pristupa-  
nju dugu i preuzimanja ispunjenja.<sup>42</sup>

Kao što smo videli, cesija podrazumeva promenu poverioca, dok preuzimanje duga podrazumeva promenu dužnika, sve pod gore izloženim uslovima. Međutim, moguća je istovremena promena i poverioca i dužnika u kumulativnom smislu, ali samo kod dvostrano obaveznih ugovora i to pod određenim uslovima. Naime, svaka strana u dvostrano obaveznom ugovoru može, ako na to pristane druga strana, ustupiti ugovor nekom trećem licu, koje time postaje nosilac svih njenih prava i obaveza iz tog ugovora (ustupanje ugovora). Na ovaj način ceo ugovorni status jednog ugovornika, uz pristanak drugog ugovornika, prenosi se na treće lice koje postaje nosilac i prava i obaveza, dakle, postaje i poverilac i dužnik, što je svojstveno dvostrano obaveznim ugovorima.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> Opširnije videti, Marija Karanikić-Mirić, *Pravna dejstva preuzimanja duga*, *Pravni život*, br. 10/2010.

<sup>41</sup> Zakon o obligacionim odnosima, čl. 451-453, videti i komentar uz ovu odredbu u gore pomenutim Komentarima.

<sup>42</sup> Zakon o obligacionim odnosima, čl. 451-453.

<sup>43</sup> Opširnije, Houin R., *La distinction des contrats synallagmatiques et des contrats unilatéraux*, Paris 1937, str. 194 i sl.; Perović S., *Dvostrano obavezni ugovori u građanskom pravu*, časopis *Naša zakonitost*, br. 2, 1966, str. 99.

Ustupanjem ugovora ceo ugovorni odnos između ustupioca i druge ugovorne strane prelazi na prijemnika i drugu stranu u času kad je druga strana pristala na ustupanje, a ako je druga strana dala svoj pristanak unapred, u času kad je obavještena o ustupanju.<sup>44</sup> Iz rečenog proizilazi da ustupanje dvostrano obaveznog ugovora ne može biti bez pristanka druge ugovorne strane, jer njoj ne može biti irelevantno sa kojim licem će produžiti izvršenje ugovora, posebno zbog njegove eventualne insolventnosti. Što se tiče odnosa između ustupioca i prijemnika, tu važi pravilo da ustupilac odgovara prijemniku za punovažnost ustupljenog ugovora, ali on mu ne garantuje da će druga strana ispuniti svoje obaveze iz ustupljenog ugovora, osim ako se na to naročito obavezao. Ustupilac takođe ne garantuje drugoj strani da će prijemnik ispuniti obaveze iz ugovora, osim ako se na to naročito obavezao. Pri tome, druga strana može istaći prijemniku sve prigovore iz ustupljenog ugovora kao i one koje ima iz drugih odnosa sa njim, ali ne i prigovore koje ima prema ustupiocu.<sup>45</sup>

Cesiju, pored već rečenog, treba razlikovati i od personalne subrogacije. Dok je cesija ugovor između cedenta i cesionara sa svim njenim ugovornim dejstvima, dotle je personalna subrogacija zasnovana na sili samog zakona u tom smislu što treće lice, koje ima neki pravni interes, ispuni obavezu dužnika i na taj način na njega prelazi poveriočevo potraživanje u času ispunjenja i to sa svim sporednim pravima (npr. jemac isplatom duga glavnog dužnika postaje poverilac u visini plaćenog iznosa). Zbog toga se ova promena u obligacionom odnosu naziva zakonskom subrogacijom, po nekim autorima i zakonskom cesijom<sup>46</sup>, čime se odstupa od pojma cesije kao ugovorne tvorevine.

#### ZAKLJUČNA STANOVIŠTA

Cesija je jedan od načina promene subjekta na poverilačkoj strani i to na osnovu ugovora između ustupioca (cedenta) i prijemnika (cesionara) kojim ustupilac prenosi svoje potraživanje koje ima prema svom dužniku cesusu.

Ugovor o cesiji može biti sa naknadom ili bez naknade što je od značaja za odgovornost prenosioca u pogledu postojanja i naplativosti potraživanja.

Cesija u uporednom pravu uglavnom ima ista osnovna obeležja uz moguća odstupanja kod pojedinih pitanja naročito u pogledu dejstva cesije.

Ugovor o cesiji ima ograničeno polje primene, ne samo u pogledu opštih ograničenja slobode ugovaranja, već i u pogledu konkretnih ograničenja: zakon-

---

<sup>44</sup> Zakon o obligacionim odnosima, čl. 145, videti i komentar uz ovu odredbu u gore pomenutim Komentarima.

<sup>45</sup> Zakon o obligacionim odnosima, čl. 147.

<sup>46</sup> J. Radišić, nav. delo, str. 379.



ska zabrana prenosa potraživanja, vezanost potraživanja za ličnost poverioca, protivnost prenosa koja proizilazi iz pravne prirode potraživanja, kao i ugovorno ograničenje samih ugovornika.

Cesija podrazumeva trostruku strukturu odnosa: odnos između cedenta i cesusa; odnos cedenta i cesionara; odnos između cesionara i cesusa.

Pored opšteg pojma cesije postoje i posebni slučajevi cesije kao što su cesija u mestu ispunjenja ili radi naplaćivanja kao i cesija radi obezbeđenja.

Cesija se razlikuje u odnosu na druge načine promene subjekata u obligacionom odnosu kao što su ugovorno preuzimanje duga; ustupanje dvostrano obaveznih ugovora istovremeno sa svim pravima i obavezama koje ovaj ugovor proizvodi; zakonska personalna subrogacija.

Cesija je teorijski i praktično izgrađena ustanova obligacionog prava koja je, sa nekim manjim dopunama ili alternativnim rešenjima našla mesta i u aktuelnom Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije koji je prihvatio klasični pojam cesije i sveobuhvatnost njenog pravnog dejstva.

MARKO PEROVIĆ  
Assistant, Faculty of Law  
University of Belgrade

## YIELDING OF CLAIMS BY CONTRACT (ASSIGNMENT OR CESSION)

### Summary

The author of the present paper has elaborated the institute yielding of claims by contract ( assignment or cession ). His approach was to elaborate this institute from the viewpoints of national and comaparative laws. He considered first the concept of assignment or cession and continued with the elaboration of its various kinds, such as Assignement ( Cession ) Instead of Fulfilment for Collection and Assignment ( Cession ) for the Purpose of Guarantee. Basic form of cession expressed in words : A creditor may assign ( cede ) his claim by a contract entered into with a third person, except a claim whose transfer is not permitted by statute, or which is restricted to creditor's person, or whose very nature is incompatible with transferring to another. A contract of assignment ( cession ) shall have no effect for a debtor if he and the creditor have stipulated that the latter shall not be able to assign the claim to another, or that he shall not assign it without the debtor's consent. In this framework, the author specifically analyzed : Relationship Between a Recipient And a Debtor , also and Realtionship Between an Assignor ( Person Effecting Cession ) And Assignee ( Recipient ). In conclusion, the author concludes that it cession is classic institution of national and comparative law, an that, as such, with minor modifications found the place in the pre-draft Civil Code of the Republic of Serbia, whose development is in progress.



ZORAN VUKOVIĆ

## SANKCIJA NEPRAVIČNOSTI KLAUZULA OPŠTIH USLOVA FORMULARNIH UGOVORA

### U V O D

U novije vreme, ogromna većina ugovora zaključuje se u obliku formularnih ugovora. Za razliku od ugovora sa sporazumno određenom sadržinom gde obe ugovorne strane učestvuju u određivanju uslova i elemenata ugovora, formularne ugovore karakteriše da samo jedan ugovornik unapred određuje sve elemente ugovora preko jedne generalne (opšte) i permanentne (stalne) ponude, dok drugi može da ih prihvati ili ne.

Sa velikom pouzdanošću se može reći da je skoro potpuno napuštanje ugovora koji se zaključuju pregovaranjem o svakoj ugovornoj odredbi jedna od značajnih karakteristika savremenog poslovanja.<sup>1</sup> Prema jednom istraživanju koje je, sada davne, 1971. godine sprovedeno u industrijski razvijenim zemljama, u poslovnom prometu se preko 99 procenata ugovora zaključi na ovaj način.<sup>2</sup> Po pravilu, bez ikakvog prethodnog pogađanja o njihovoj sadržini. U praksi, mogućnost pregovaranja imaju jedino tzv. "velike mušterije" korisnika formularnih ugovora.<sup>3</sup>

---

Mr Zoran Vuković, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

<sup>1</sup> Videti: Leone Niglia, *The Transformation of Contract in Europe*, Kluwer Law International, 2003, str. 94.

<sup>2</sup> Videti: David Slawson, *Standard Form Contracts and democratic control of law making power*, *Harvard Law Review*, vol. 84, no. 3, 1971, str. 529.

<sup>3</sup> Videti: Nenad Đurđević, *Kontrola opštih uslova poslovanja po osnovu pravičnosti*, *Pravni život*, broj 11-12/94, str. 1541.

U pogledu vremena nastanka formularnih ugovora nema jedinstvenog gledišta u pravnoj nauci. U nemačkoj pravnoj literaturi nailazimo na veoma autoritativne stavove o njihovoj veoma dugoj pravnoj tradiciji. Prema jednom mišljenju, koreni formularnih ugovora mogu se naći još u antičkim vremenima, kod rimske prodaje i zakupa.<sup>4</sup> Prema drugom shvatanju, formularni ugovori o zakupu broda i formularni ugovori o osiguranju zaključivani su još u XV veku.<sup>5</sup> Izuzimajući navedena izdvojena mišljenja, može se reći da u doktrini postoji saglasnost da su formularni ugovori proizvod industrijalizacije i ukрупnjivanja kapitala, odnosno razvoja masovne proizvodnje i potrošnje tokom devetnaestog veka, kao njihovih pratilaca. Masovna industrijska proizvodnja omogućila je standardizaciju proizvoda, to jest proizvodnju robe ujednačenih osobina (dimenzija, kvaliteta, oblika). Paralelno sa standardizacijom u privredi, javile su se i težnje da se standardizuju i ugovori, jer je proizvodnja istovrsnih roba imala za posledicu da su se kod potrošača ustalile potrebe za njima. Ustaljivanjem potreba konzumenata za proizvodima koje troše stvoreni su uslovi da ekonomski moćni tržišni subjekti diktiraju uslove tržišne razmene. Kada im je to odgovaralo, umanjivanjem ponude izazivali su oskudicu na tržištu. Na taj način se povećavala tražnja, što je omogućavalo jednostrano određivanje uslova pod kojima će se odvijati razmena.<sup>6</sup> Dakle, povezivanje standardizovane proizvodnje i masovne potrošnje pratio je rast upotrebe formularnih ugovora, u toj meri da je u današnjem poslovnom prometu njihovo zaključivanje pravilo, a sklapanje pojedinačnih ugovora izuzetak.

Formularni ugovor može biti svaki imenovani ili neimenovani ugovor čiji tekst je unapred sastavljen od jednog lica. To znači da spisak ugovora koji se u praksi zaključuju kao formularni ugovori nije ograničen. Pa ipak, postoje određene oblasti poslovnog delovanja u kojima se poslovi isključivo regulišu putem formularnih ugovora. Tu spadaju aktivnosti osiguravajućih društava, banaka, saobraćajnih preduzeća, građevinskih kompanija, turističkih agencija i tako dalje. Od ugovora regulisanih Zakonom o obligacionim odnosima<sup>7</sup> kao formularni ugovori se zaključuju: bankarski ugovori (ugovor o kreditu, ugovor o bankarskom tekućem računu, ugovor o sefu), ugovor o osiguranju, ugovor o prodaji sa obročnim otplatama cene, ugovor o prevozu, ugovor o organizovanju putovanja. Pored ovih ugovora, postoji i niz drugih imenovanih i neimenovanih ugovora koji se za-

<sup>4</sup> Videti: Reinhard Zimmermann, *The New German Law of Obligations – Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2005, str. 173.

<sup>5</sup> Ludvig Raiser, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hamburg, 1961, str. 26. Navedeno prema: Dragutin Ledić, *Kontrola općih uslova poslovanja kod ugovora o prodaji*, doktorska disertacija, Banjaluka, 1983, str. 34.

<sup>6</sup> Videti: Marko Đurđević, *Ugovor po pristupu*, doktorska disertacija, Beograd, 2001, str. 19.

<sup>7</sup> Zakon o obligacionim odnosima Republike Srbije (Službeni list SFRJ, broj 53/78, 39/85, 57/89, Službeni list SRJ, broj 31/93).

ključuju kao formularni ugovori. Na primer, ugovor o isporuci električne energije, vode, gasa i mnogi drugi ugovori koji za predmet imaju pružanje najrazličitijih vrsta usluga, kao što su, na primer, poštanske usluge, usluge kablovske televizije, javnih parkirališta, ugostiteljske usluge, pa čak i zanatske usluge (na primer, hemijsko čišćenje).

Imajući i vidu današnji način proizvodnje i prometa, formularni ugovori su ne samo koristan već i nužan instrument u odvijanju privrednog života.<sup>8</sup> Formularno ugovaranje pokazuje značajne prednosti u poređenju sa klasičnim ugovaranjem, kako za subjekte koji određuju sadržaj formularnog ugovora tako i za društvo u celini, kao i za svakog individualnog potrošača.

Višestruke su koristi za privredne subjekte koji u svom poslovanju koriste formularne ugovore. Ističe se da ovi ugovori predstavljaju instrument strateškog delovanja poslovnih subjekata u cilju smanjenja transakcionih troškova.<sup>9</sup> Pre svega, prednosti upotrebe formularnih ugovora leže u činjenici da se njima u velikoj meri olakšava zaključivanje ugovora i izbegava angažovanje stručnih kadrova koji bi vodili pregovore i zaključivali ugovore. Time se istovremeno obezbeđuju i značajne uštede u vremenu. Takođe, njihovu sadržinu je moguće brzo i jednostavno izmeniti ili dopuniti i na taj način prilagoditi novonastaloj situaciji u praksi.<sup>10</sup> Oni omogućavaju jednostavnu i brzu distribuciju proizvoda i usluga velikom broju konzumenata po istom modelu. Može se reći i da formularni ugovori obezbeđuju značajan stepen pravne sigurnosti, jer sadrže odgovore na gotovo sva pitanja koja se javljaju u vezi sa zaključenjem i izvršenjem ugovora.<sup>11</sup> Time se predupređuju eventualni sporovi povodom izvršenja ugovora. Smanjenje troškova proizvođača ili davaoca usluga ostvaruje se i kroz alokaciju dela rizika na svoje klijente.<sup>12</sup> Sve to omogućava manje ili više precizno kalkulisanje rizika koje preuzima poslovni subjekt, što može uticati na sniženje naknade po kojoj se proizvod, odnosno usluga nude na tržištu. A interes potrošača ne sastoji se samo u tome da pribave robu ili uslugu, nego i da to učine uz što je moguće povoljniju naknadu. S obzirom da korišćenje formularnih ugovora značajno smanjuje troškove proizvođača, davalaca usluga, distributera i trgovaca vezane za zaključenje ugovora, te da

---

<sup>8</sup> Videti: M. Đurđević, Ugovor po pristupu, op. cit., str. 26.

<sup>9</sup> Videti: David Gilo – Ariel Porat, The Hidden Roles of Boilerplate and Standard Form Contracts: Strategic Imposition of Transaction Costs, Segmentation of Consumers and Anticompetitive Effects, Michigan Law Review, vol. 104, 2006, str. 985., dostupno na: Law.bepress.com/talwps/art25 (23.07.2014).

<sup>10</sup> Videti: Basil Markesinis – Hannes Unberath – Angus Johnston, The German Law of Contract – A Comparative Treatise, Oxford University Press, 2006, str. 165.

<sup>11</sup> Videti: Jakov Radišić, Obligaciono pravo - opšti deo, šesto, prerađeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2000, str. 103.

<sup>12</sup> Videti: Gilo – Porat, op. cit., str. 986.

na najmanju moguću meru svode rizike vezane za eventualne sporove povodom ugovora, očigledno je da potreba za jeftinijim proizvodima i uslugama može biti zadovoljena jedino korišćenjem ovakvog načina zaključenja ugovora.<sup>13</sup> To ima značajan uticaj i na ukupna makroekonomska kretanja, iz čega proizilazi i korisnost za društvo u celini.<sup>14</sup>

Međutim, pored prednosti koje su povezane sa upotrebom formularnih ugovora, njih karakteriše i mogućnost zloupotrebe, imajući u vidu da ekonomski i informativno nadmoćniji ugovornik jednostrano rediguje ugovorne odredbe. Strana koja sastavlja ugovor neretko ima i stvarni, mada češće prikriveni monopolistički položaj na određenom tržištu.<sup>15</sup> U današnje vreme je česta i pojava da poslovni subjekti koji se bave istom delatnošću međusobnim usaglašavanjem opštih uslova praktično potrošače lišavaju mogućnosti bilo kakvog izbora povodom zaključenja ugovora. Takođe, krupni poslovni subjekti po pravilu raspolažu sofisticiranim pravnim i ekonomskim znanjima koja njihovi saugovornici ne poseduju.<sup>16</sup> Zahvaljujući ovim faktorima sastavljač formularnog ugovora može drugoj strani nametnuti odredbe koje mu obezbeđuju povoljniji položaj u ugovoru. To postiže ili olakšavanjem svojih obaveza ili otežavanjem položaja saugovornika namećući mu obaveze koje su neuobičajene za odnosni ugovor. Druga strana je ne samo lišena mogućnosti da u procesu pregovora prilagodi ugovor svojim potrebama, nego ne može isključiti ni delovanje onih odredaba koje su za nju izrazito nepovoljne. Ovde se sloboda ugovaranja svodi jedino na odluku da li da se ugovor zaključi ili ne. Dakle, korisnici formularnih ugovora neretko, vodeći se svojim individualnim interesima, zloupotrebljavaju svoju ekonomsku i informativnu nadmoćnost i u ovakve ugovore umeću nepravične odredbe, što stvara nerasazmeru između prava i obaveza ugovornih strana. S obzirom da ugovornik koji pristupa formularnom ugovoru ne sme biti prepušten apsolutnoj samovolji druge strane u vezi sa određivanjem sadržaja ugovora, nužna je bila intervencija pravnog poretka u režim jednostrano sastavljenih ugovora.<sup>17</sup> I kao što je nastanak i razvoj formularnih ugovora omogućio princip slobode ugovaranja, ograničenje te iste slobode ugovaranja opravdava nužnost zaštite individualnih interesa druge ugovorne strane uklanjanjem nepravičnih odredaba iz ovakvog ugovora.<sup>18</sup>

<sup>13</sup> Videti: Niglia, *The Transformation of Contract in Europe*, op. cit., str. 98.

<sup>14</sup> Videti: M. Đurđević, *Ugovor po pristupu*, op. cit., str. 27.

<sup>15</sup> Videti: Niglia, *The Transformation of Contract in Europe*, op. cit., str. 102.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> Videti: Markesinis – Unberath – Johnston, op. cit., str. 166.

<sup>18</sup> Pored ovog ograničenja načela slobode ugovaranja savremeno pravo poznaje i druga značajna ograničenja ovog principa. Pored najopštijeg ograničenja putem ustanove javnog poretka, tu spadaju i ograničenja u pogledu slobode izbora ugovornog partnera, posebna pravila tumačenja ugovora, renesansa formalizma kod ugovora, *slausula rebus sic stantibus* i dr. Sva ova ograničenja

S tim u vezi, ovaj rad posvećen je analiziranju pravnih pravila koja uređuju posledice nepravičnosti pojedinih klauzula opštih uslova formularnih ugovora. U tom smislu, nužno je razmotriti nekoliko specifičnih pravnih problema. Tu spadaju: pitanje mogućih režima ništavosti nepravičnih odredaba formularnih ugovora, pitanje odnosa ništavosti jedne odredbe prema preostalom delu ugovora i pitanje načina popunjavanja praznina nastalih poništenjem pojedinih nepravičnih ugovornih odredaba.<sup>19</sup> To su okviri u kojima će se kretati dalja izlaganja.

### *Režimi ništavosti nepravičnih ugovornih odredaba*

Prema opšte usvojenom teorijskom stavu u materiji pravne nevaljanosti ugovora, opredeljenje za određeni režim ništavosti zavisi od prirode povređenog pravila.<sup>20</sup> Ako je svrha povređenog pravila zaštita javnog interesa, ništavost je apsolutna, tako da se na nju mogu pozivati ne samo strane ugovornice, već i treća lica na čiji pravni položaj ništavost utiče. Ako je svrha povređenog pravila zaštita individualnih interesa, ništavost je relativna, tako da tužbu za utvrđenje ništavosti može podići samo strana čiji interes je povređen ugovorom.<sup>21</sup> Pravna pravila koja uređuju zaštitu od nepravičnih ugovornih odredaba prevashodno imaju za cilj zaštitu individualnih interesa. U najvećem broju slučajeva svrha ovih pravila je zaštita interesa jednog ugovornika od odredaba koje joj druga strana nameće prilikom zaključenja ugovora. Shodno tome, čini se da bi opredeljenje za režim relativne ništavosti predstavljao logičan pravni put u ostvarivanju prava iz ugovora koji sadrže nepravične ugovorne odredbe.

Međutim, postoji i određeni broj pravila o zabrani nepravičnih ugovornih odredaba kojima je svrha zaštita javnog interesa.<sup>22</sup> Zbog toga su u pravnim porecima evropskih država usvojeni različiti režimi ništavosti nepravičnih ugovornih

---

takođe opravdavaju razlozi pravičnosti, nejednaki ekonomski potencijali ugovornih strana, odnosno socijalni i ekonomski sadržaji koji u skladu sa procesom socijalizacije (moralizacije) građanskog prava, prožimaju i ugovorno pravo. Videti: Oliver Antić, *Obligaciono pravo*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2008, str. 363.

<sup>19</sup> Vezano za pravne posledice ugovaranja nepravičnih odredaba, u ovom radu se nećemo baviti pravom adheranta na obeštećenje, uz napomenu da se po pitanju ostvarivanja prava na naknadu štete koja je adherantu naneta upotrebom nepravične odredbe, primenjuju opšta pravila o ugovornoj odgovornosti za prouzrokovanu štetu.

<sup>20</sup> Videti: M. Đurđević, *Ugovor po pristupu*, op. cit., str. 152.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> Primera radi, u svim pravnim sistemima opšteprihvaćeno je pravilo da nisu dozvoljene klauzule o isključenju ili ograničenju odgovornosti za štetu u slučaju smrti ili telesne povrede lica, kao i pravilo koje zabranjuje isključenje ili ograničenje odgovornosti za štetu koja je prouzrokovana namerno ili krajnjom nepažnjom.

odredaba. Naime, u pogledu opredeljenja za određeni režim ništavosti nepravičnih ugovornih odredaba mogu se razlikovati tri grupe nacionalnih zakonodavstava.

U prvu grupu možemo svrstati ona nacionalna zakonodavstva u kojima je propisana apsolutna ništavost nepravičnih ugovornih odredaba.<sup>23</sup> Dva su osnovna argumenta kojima se opravdava ovakav pristup. Prvo, proširuje se krug subjekata koji mogu podići tužbu radi utvrđivanja ništavosti određene ugovorne odredbe. Tako, režim apsolutne ništavosti omogućava da sud *ex officio* procenjuje da li je određena ugovorna odredba nepravična, kao i da uklanjanje nepravične ugovorne odredbe zahteva svako lice koje za to ima pravni interes. Drugo, pruža se mogućnost ovlašćenim subjektima da istaknu ništavost u bilo kom trenutku nakon zaključenja ugovora. I u našem pravu, u materiji ugovora zaključenih između potrošača i trgovaca, prihvaćen je koncept apsolutne ništavosti nepravičnih ugovornih odredaba.<sup>24</sup> U ovu grupu mogu se svrstati i ona zakonodavstva u kojima je propisana fikcija nepostojanja (*non écrites*) nepravičnih ugovornih odredaba.<sup>25</sup> Posmatrano sa aspekta praktičnih posledica, nema razlike između nepostojanja i ništavosti nepravične ugovorne odredbe, zbog istovetnosti sankcije koja se primenjuje u oba slučaja.<sup>26</sup>

U drugu grupu spadaju ona nacionalna zakonodavstva u kojima je propisana relativna ništavost nepravičnih ugovornih odredaba.<sup>27</sup>

U treću grupu spadaju ona nacionalna zakonodavstva u kojima je pravna priroda propisane građanskopravne sankcije nepravičnosti ugovornih odredaba sporna.<sup>28</sup> Primera radi, u italijanskom zakonodavstvu postoji dualitet pravnih režima kojima podležu nepravične ugovorne odredbe. Naime, *Codice civile* u članu 1341. stav 2. predviđa apsolutnu ništavost određenih, za adheranta posebno op-

<sup>23</sup> Režim apsolutne ništavosti nepravičnih ugovornih odredaba prihvaćen je u: Nemačkoj, Španiji, R.Irskoj, Portugalu, Rumuniji, Slovačkoj, Sloveniji itd. Videti: Martin Ebers, *Unfair Contract Terms Directive, EC Consumer Law Compendium-Comparative Analysis*, uredio i objavio tim pod vođstvom Hans Schulte-Nolke, Bielefeld, 2008, str. 407, dostupno na: [http://ec.europa.eu/consumers/right/docs/consumer\\_law\\_compendium\\_comparative\\_analysis\\_en\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/right/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf) (15. 07. 2014).

<sup>24</sup> Videti: član 43. stav 1. Zakona o zaštiti potrošača. Zakon o zaštiti potrošača od 21. 06. 2014. godine, "Službeni glasnik Republike Srbije," broj 62/14.

<sup>25</sup> U ovoj grupi spadaju zakonodavstva: Francuske, Luksemburga i Malte. Videti: Ebers, op. cit.

<sup>26</sup> Videti: Anne Cathelineau, *La notion de consommateur en droit interne: a propos d'une derive'*, u: *Droit de la consommation - 10 ans de jurisprudence commentee 1990-2000*, Hors - Serie Decembre 2000, str. 75, dostupno na: [www.lexinter.net/.../clauses\\_abusives.htm](http://www.lexinter.net/.../clauses_abusives.htm) (16.06.2014).

<sup>27</sup> Režim relativne ništavosti nepravičnih ugovornih odredaba prihvaćen je u: Holandiji, Letoniji, Češkoj. Videti: Ebers, op. cit.

<sup>28</sup> Pravna priroda propisane građanskopravne sankcije nepravičnosti ugovornih odredaba sporna je u: Italiji, Austriji, Grčkoj, Kipru, Mađarskoj itd. Videti: Ebers, op. cit., str. 408-409.



terećućih odredaba opštih uslova, ukoliko one nisu posebno pismeno ugovorene.<sup>29</sup> Katalog odredaba iz člana 1341. stav 2. u italijanskoj sudskoj praksi interpretiran je ekstenzivno, tako da se pravilo o apsolutnoj ništavosti primenjivalo i na druge odredbe kojima je na adheranta jednostrano prevaljivan teret snošenja rizika.<sup>30</sup>

S druge strane, u materiji potrošačkih ugovora, Codice del Consumo predviđa jedan sasvim specifičan koncept ništavosti nepravičnih ugovornih odredaba, kojim se odstupa od principa kako apsolutne, tako i relativne ništavosti. Naime, u njegovom članu 36. stav 3. normirano je da ugovorna odredba može biti poništena *samo u slučaju da takva sankcija ima za posledicu poboljšanje položaja potrošača* u konkretnom ugovornom odnosu, pri čemu je sudu dato ovlašćenje da po službenoj dužnosti procenjuje pravičnost odredaba u potrošačkom ugovoru.<sup>31</sup> Za označavanje ovakvog koncepta ništavosti koristi se termin “zaštitna ništavost” (*nullita di protezione*).<sup>32</sup> Usvajanje ovakvog rešenja u doktrini se objašnjava na sledeći način. Parnicu po zahtevu koji proističe iz nepravične ugovorne odredbe može pokrenuti isključivo potrošač. Sud je dužan po službenoj dužnosti da vodi računa da li su odredbe ugovora pravične ili ne, kako u parnici koja je pokrenuta po zahtevu koji proizilazi iz nepravične ugovorne odredbe, tako i u parnici koja pred njim teče po zahtevu koji ne proizilazi iz nepravične odredbe. Prema ovom shvatanju, upravo u ovom drugom slučaju dolazi do izražaja smisao rešenja iz člana 36. stav 3, pošto treba smatrati da potrošač može izričito izjaviti da želi da odredba u pitanju ostane u važnosti.<sup>33</sup>

Može se reći da je i u našem zakonodavstvu donekle sporna pravna priroda sankcije nepravičnosti odredaba opštih uslova formularnih ugovora, imajući u vidu rešenje iz člana 143. Zakona o obligacionim odnosima. U domaćoj pravnoj teoriji sreću se shvatanja prema kojima su u pomenutom članu prihvaćena oba režima ništavosti nepravičnih odredaba opštih uslova. Dakle, i režim apsolut-

---

<sup>29</sup> To su: odredbe kojima se ograničava odgovornost korisnika opštih uslova ili ga ovlašćuju da odustane od ugovora ili obustavi njegovo izvršenje; odredbe kojima se drugom ugovorniku nalažu prekluzivni rokovi za isticanje njegovih prava ili stavljaju ograničenja njegovom ugovornom odnosu sa trećim licima; odredbe koje predviđaju prećutno produženje ili obnovu ugovora; odredbe kojima se na teret druge strane utvrđuju gubici; odredbe kojima se odstupa od sudske nadležnosti; arbitražne klauzule.

<sup>30</sup> Videti: N. Đurđević, op. cit., str. 1550.

<sup>31</sup> “La nullita opera soltanto a vantaggio del consumatore e puo essere rilevata d’ufficio dal giudice.”

<sup>32</sup> Videti: Ebers, op. cit., str. 409.

<sup>33</sup> Videti: Mario Tenreiro, The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems, *European Review of Private Law*, no. 3, 1995, str. 277.

ne i relativne ništavosti.<sup>34</sup> Ovakav zaključak dopušta različita terminologija koja je u stavovima 1. i 2. člana 143. upotrebljena da bi se označile pravne posledice nepravčnosti pojedinih odredaba opštih uslova. U stavu 1. člana 143. predviđena je *ništavost* odredbe opštih uslova koja je “protivna samom cilju zaključenog ugovora ili dobrim poslovnim običajima.” Prema ovim shvatanjima, ovde se radi o apsolutnoj ništavosti, jer je sud dužan da oglasi ništavom konkretnu odredbu opštih uslova koja ispunjava navedene pretpostavke. U stavu 2. člana 143. normirano je da *sud može odbiti* primenu odredaba opštih uslova koje adheranta “lišavaju prava da stavi prigovore, na osnovu kojih on gubi prava iz ugovora ili gubi rokove, ili koje su prema njemu inače nepravčne ili preterano stroge.” Prema stavovima izraženim u domaćoj doktrini, ovde se radi o relativnoj ništavosti jer sud može, ali ne mora, oglasiti ništavom konkretnu odredbu opštih uslova. To znači da odredba ostaje na snazi i obavezuje ugovornike, sve dok sud ne izrekne sankciju. Doduše, naglašava se da se ovde odstupa od osnovnih principa relativne ništavosti, pošto nije precizno određen subjekt ovlašćen na podizanje tužbe za utvrđenje ništavosti, niti rok za njeno podizanje.<sup>35</sup> Veoma slično rešenje kao u našem Zakonu o obligacionim odnosima bilo je predviđeno u zakonodavstvu Belgije.

Naime, u članu 32. Zakona o trgovačkoj praksi ove države propisana je neoboriva pretpostavka nepravčnosti u njemu pobrojanih ugovornih odredaba koje se uvek, bez obzira na okolnosti konkretnog slučaja, smatraju apsolutno ništavim. Sa druge strane, član 31. ovog Zakona sadržao je generalnu klauzulu u pravilu da “*sud može oglasiti ništavom* ugovorne odredbe koje za posledicu imaju očiglednu nesrazmeru u pravima i obavezama ugovornih strana.” Ovakvo rešenje uzrokovalo je dileme po pitanju pravne prirode propisane sankcije nepravčnosti ugovornih odredaba.

U belgijskoj sudskoj praksi pomenuta odredba tumačena je na način da je njome ipak prihvaćen režim apsolutne ništavosti, bez obzira na terminološku nepreciznost. Sankcija apsolutne ništavosti “nameće se kao neminovnost, radi zaštite opštih interesa. Jer, iako pravna pravila koja uređuju zaštitu od nepravčnih ugovornih odredaba prevashodno imaju za cilj zaštitu individualnih interesa, među njima se nalazi i određeni broj pravila kojima je svrha zaštita javnog interesa, tako da je nužno pružiti mogućnost sudu da po službenoj dužnosti procenjuje pravičnost ugovornih odredaba.”<sup>36</sup> Na istoj liniji su i doktrinarna tumačenja

<sup>34</sup> Videti: N. Đurđević, op. cit., str. 1553. U istom smislu, videti: M. Đurđević, Ugovor po pristupu, op. cit., str. 153-154.

<sup>35</sup> Videti: M. Đurđević, Ugovor po pristupu, op. cit., str. 154.

<sup>36</sup> Hofaz Beroep Gent, 03.03.2003, Algemeen Ziekenhuis St-Lucas, VZW/R, Jonckheere, Tijdschrift voor Gense rechtpraak 2003, 162. Navedeno prema: Ebers, op. cit., str. 408.

ove odredbe.<sup>37</sup> Radi ujednačavanja sudske prakse i podizanja opšteg nivoa zaštite u ostvarivanju prava iz nepravilnih ugovornih odredaba, pravilo iz člana 31. Zakona o trgovačkoj praksi je izmenjeno tako da je danas i njime predviđena ništavost apsolutne prirode.

Upravo zbog različitih koncepcija ništavosti nepravilnih ugovornih odredaba koje su usvojene u pojedinim nacionalnim zakonodavstvima pre usvajanja Direktive 93/13/EEZ o nepravilnim odredbama u potrošačkim ugovorima,<sup>38</sup> u njoj je prihvaćena pravno neutralna formulacija kojom je predviđeno da nepravilna ugovorna odredba "neće obavezivati potrošača."<sup>39</sup> Državama članicama Evropske unije je, dakle, prepušteno da prilikom implementacije pravila ove Direktive upotrebe institut domaćeg prava koji, prema stavovima Evropskog suda pravde, Komisije Evropske unije i doktrine, treba da obezbedi sledeće: 1. potrošač se može pozvati na nepravilnost ugovorne odredbe u bilo koje vreme nakon zaključenja ugovora; 2. potrošač se ne može odreći prava na isticanje nepravilnosti ugovorne odredbe; 3. sud može *ex officio* procenjivati da je određena ugovorna odredba nepravilna; 4. potrošač može odbiti da izvrši obaveze koje su mu nametnute nepravilnom ugovornom odredbom, bez potrebe da sud prethodno utvrdi njenu nepravilnost; 5. odluka suda kojom je utvrđeno da je određena ugovorna odredba nepravilna deluje *ex tunc*.<sup>40</sup> Iz prethodnog izlaganja vidljivo je da nisu sve države članice uspešno odgovorile ovom zadatku, s obzirom da se sve navedene posledice istovremeno mogu ostvariti jedino prihvatanjem režima apsolutne ništavosti.

U pogledu opredeljenja za određeni režim ništavosti nepravilnih odredaba opštih uslova formularanih ugovora, u Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije<sup>41</sup> zadržano je rešenje iz člana 143. Zakona o obligacionim odnosima.<sup>42</sup> Postavlja se pitanje opravdanosti ovakvog pristupa. Nakon što smo razmotrili stavove komparativnog zakonodavstva, teorije i prakse po ovom pitanju, mišljenja smo da je pretežu argumenti u pravcu prihvatanja koncepta apsolutne ništavosti nepravilnih odredaba ugovora po pristupu. Takođe, na taj način

---

<sup>37</sup> Videti: Ewoud Hondius, EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Towards a European Law of Contract, *Journal of Contract Law* no. 7 (1994), str. 44.

<sup>38</sup> Direktiva 93/13/EEZ o nepravilnim odredbama u potrošačkim ugovorima (Council Directive 93/13 of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts OJ L95/29). U daljem tekstu: Direktiva 93/13/EEZ.

<sup>39</sup> Videti: član 6. stav 1. Direktive 93/13/EEZ.

<sup>40</sup> Videti: Objedinjeni slučajevi C-240/98 – C-244/98 *Oceano grupo Editorial SA v Rocio Murciano Quintero et al.* (2000) ECR I-04941, dostupno na: [eur-lex.europa.eu/...>Search.result](http://eur-lex.europa.eu/...>Search.result) (17.07.2014). Videti: Izveštaj Evropske komisije, op. cit., str. 55. Takođe, videti: Tenreiro, op. cit., str. 281.

<sup>41</sup> Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, knjiga druga – obligacioni odnosi, Beograd, 2009. U daljem tekstu: Prednacrt.

<sup>42</sup> Videti: član 154. Prednacrt.

bi se obezbedilo i unutrašnje jedinstvo i usklađenost normi domaćeg zakonodavstva. Naime, već je rečeno da je u materiji ugovora zaključenih između potrošača i trgovaca, u našem pravu prihvaćen koncept apsolutne ništavosti nepravičnih ugovornih odredaba. U tom smislu, rad na izradi Građanskog zakonika predstavlja povoljnu priliku da se još jednom preispita stav povodom izbora najprikladnijeg rešenja za pravno uređenje posledica nepravičnosti odredaba opštih uslova formularnih ugovora.

### *Odnos ništavosti nepravične odredbe prema preostalom delu ugovora*

Kako je ugovor, po pravilu, složen pravni posao koji sadrži veći broj odredaba, postavlja se pitanje da li poništenje jedne ugovorne odredbe zbog toga što je nepravična povlači ništavost celog ugovora, ili je moguće da preostali deo ostane u važnosti. Drugim rečima, može li ugovor biti ništav samo delimično? Na ovo pitanje svi savremeni pravni sistemi odgovaraju pozitivno, usvajajući tradicionalni princip "da se korisno štetnim ne kviri" (utile per inutile non vitiatur). Pri tome, u većini pravnih sistema delimična ništavost je prihvaćena kao pravilo, dok je u manjem broju dopuštena jedino u vidu izuzetka. Naime, u uporednom građanskopravnom zakonodavstvu razlikujemo dva pristupa ovom problemu, u zavisnosti od toga da li se prvenstvo daje delimičnoj ništavosti ili poništenju ugovora u celini.

Prema prvom pristupu, koji je prihvaćen u velikoj većini evropskih pravnih poredaka, nepravična odredba uzrokuje delimičnu ništavost ugovora, a samo izuzetno za sobom povlači ništavost celog ugovora.<sup>43</sup> Mogućnost poništenja ugovora u celini formuliše se na krajnje restriktivan način. Na primer, u italijanskom pravu ceo ugovor će biti poništen ako se utvrdi da ugovor bez konkretne odredbe uopšte ne bi ni bio zaključen,<sup>44</sup> a u nemačkom ako se utvrdi da bi izvršenje ugovora bez konkretne odredbe za jednog ugovornika predstavljao preterano opterećenje.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> U ovim pravnim porecima prihvaćena je različita zakonodavna tehnika sistematizovanja pravila o delimičnoj ništavosti. Naime, ovakvo rešenje negde je normirano u opštem zakonskom tekstu koji uređuje ugovore kao izvor obligacija. I tu se sreću razlike u zavisnosti od toga da li ovo pravilo proizilazi iz opštih pravila koja uređuju ništavost ugovora ili je izričito normirano u delu koji reguliše nepravične ugovorne odredbe. Sa druge strane, pravilo o delimičnoj ništavosti u nekim pravima normirano je u okviru posebnog zakonodavstva. Videti: Ebers, op. cit., str. 410.

<sup>44</sup> Videti: član 1419. stav 1. Codice Civile-a. Prilikom razmatranja problema odnosa ništavosti jedne odredbe prema preostalom delu ugovora u italijanskoj pravnoj literaturi, navodi se da je u praksi italijanskih sudova do poništenja celog ugovora dolazilo samo u izuzetnim situacijama, u kojima je utvrđeno da bi izvršenje ugovora za drugog ugovornika postalo nepravično i teško opterećenje. Videti: Tenreiro, op. cit., str. 283.

<sup>45</sup> Videti: paragraf 306(3) BGB-a (Bürgerliches Gesetzbuch). Sudu se, dakle, ostavlja da iz prirode ugovora, njegove sadržine i okolnosti pod kojima je ugovor zaključen utvrdi da izvršenje

Prema drugom pristupu, poništenje nepravične ugovorne odredbe povlači ništavost celog ugovora, ukoliko proističe da ga ugovornici bez te odredbe ne bi zaključili. Van te pretpostavke, ugovor je delimično ništav.<sup>46</sup> Iako na prvi pogled deluje da je ovakvo rešenje sadržinski istovetno kao pomenuto pravilo usvojeno u italijanskom pravu, a da je samo jezički drugačije formulirano, ovde je ključan osnovni stav zakonodavca po pitanju tendencije da se ugovor sačuva ili ne sačuva. Odnosno, u ovim pravima prednost je data obavezi suda da poništi ugovor u celini, ako je zbog nepravičnosti utvrđena ništavost jedne ili više ugovornih odredaba.

Posebnu analizu zahteva jedno sasvim karakteristično rešenje, usvojeno u zakonodavstvima Slovačke i Estonije. U slovačkom pravu delimična ništavost ugovora prihvaćena je kao pravilo, a u estonskom pravu u vidu izuzetka. Međutim, ono što ove pravne sisteme povezuje u pogledu regulisanja ovog pravnog problema je mogućnost delimičnog poništenja samo jednog dela konkretne ugovorne odredbe. Naime, ako se jedna ugovorna odredba može podeliti u dva ili više delova, a za jedan od njih se utvrdi da je nepravičan, samo taj deo se oglašava ništavim. Ostatak ugovorne odredbe ostaje punovažan, ako može opstati bez ništavog dela.<sup>47</sup> Mogućnost delimičnog poništenja jedne ugovorne odredbe u pravnoj literaturi naziva se "cepanjem",<sup>48</sup> odnosno "redukcijom" ugovornih odredaba.<sup>49</sup> Ovaj pravni problem pojavljivao se i u sudskoj praksi drugih zemalja.<sup>50</sup> Tako je u praksi nemačkih sudova formiran stav da "cepanje" ugovornih odredaba nije dopušteno. Uz obrazloženje da bi takva mogućnost podstakla "usložnjavanje teksta ugovora, upotrebom preterano dugih rečenica koje u svojim delovima mogu biti protivrečne i dvosmislene."<sup>51</sup> Identično stanovište zauzeto je i u grčkoj sudskoj praksi.<sup>52</sup>

U domaćem pravu, delimična ništavost ugovora zbog nepravičnosti pojedinih odredaba prihvaćena je kao pravilo. U Zakonu o zaštiti potrošača to je izriči-

---

ugovora za jednu ugovornu stranu predstavlja takvu teškoću da ne bi bilo pravedno zahtevati od nje da je podnese.

<sup>46</sup> Ovakvo rešenje usvojeno je u: Grčkoj, Estoniji i Sloveniji. Videti: Ebers, op. cit., str. 410-411.

<sup>47</sup> Videti: Ebers, op. cit., str. 410.

<sup>48</sup> Videti: Markesinis-Unberath-Johnston, op. cit., str. 179.

<sup>49</sup> Videti: John Adams-Roger Brownsword, *Key Issues in Contracts*, Butterworths, 1995, str. 77.

<sup>50</sup> Na primer, u sudskoj praksi: Nemačke, Velike Britanije, Grčke, Austrije. Videti: Adams-Brownsword, op. cit., str. 77.

<sup>51</sup> BGHZ Bundesgerichtshofs in Zivilsachen 114, 342; BGHZ Bundesgerichtshofs in Zivilsachen 120, 122; BGH NJW Neue Juristische Wochenschrift 2000, 1100. Navedeno prema: Ebers, op. cit.

<sup>52</sup> Videti: Ebers, op. cit., str. 411.

to normirano.<sup>53</sup> S druge strane, iako Zakon o obligacionim odnosima ne uređuje ovo pitanje u delu koji je posvećen opštim uslovima formularnih ugovora, takav zaključak proizilazi iz opštih pravila koja uređuju ništavost ugovora. Prema tim pravilima, ništavost jedne ugovorne odredbe ne povlači ništavost celog ugovora, “ako on može opstati bez ništave odredbe, i ako ona nije bila ni uslov ugovora ni odlučujuća pobuda zbog koje je ugovor zaključen.”<sup>54</sup> Do poništenja ugovora u celini, dakle, može doći samo u slučaju kada se oglasi ništavom neka glavna obaveza ili zajednička pobuda koja je bila razlog da se ugovor zaključi. Međutim, ugovor će “ostati na snazi čak i ako je ništava odredba bila uslov ili odlučujuća pobuda ugovora u slučaju kada je ništavost ustanovljena upravo da bi ugovor bio oslobođen te odredbe i važio bez nje.”<sup>55</sup> Na primer, kada je kod ugovora o prodaji ništava odredba o ceni, jer je ugovorena veća cena od one koju je propisao nadležni organ, ugovor ipak važi i kupac duguje iznos propisane cene.<sup>56</sup>

Sa praktičnog stanovišta, delimična ništavost ima znatno više opravdanja, nego ništavost ugovora u celini. Naročito u kontekstu formularnih ugovora, jer bi prihvatanje pravila o ništavosti celog ugovora moglo dovesti do poništenja velikog broja individualnih ugovora koji su zaključeni pozivanjem na opšte uslove.<sup>57</sup>

#### *Popunjavanje praznine nastale poništenjem nepravične ugovorne odredbe*

Kada se jedna ugovorna odredba oglasi ništavom zbog toga što je nepravična, postavlja se pitanje kako će se popuniti praznina nastala njenim uklañanjem. Situacija je relativno jednostavna kada se poništena odredba može zameniti imperativnom zakonskom normom.<sup>58</sup> S tim u vezi, u italijanskom pravu je predviđeno da su poništene ugovorne odredbe po zakonu zamenjive imperativnim normama, ako takve norme postoje.<sup>59</sup> Međutim, dilema se javlja kada prinudne odredbe ne postoje. U takvim slučajevima, uporedno posmatrano, postoje dva načina popunjavanja praznina nastalih uklañanjem nepravičnih ugovornih odredba.

U nemačkom pravu je predviđeno da se takve praznine popunjavaju dopunsko dispozitivnim zakonskim normama.<sup>60</sup> Za njih se pretpostavlja da pravič-

<sup>53</sup> Videti: član 3. stav 3. Zakona o zaštiti potrošača.

<sup>54</sup> Videti: član 105. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>55</sup> Videti: član 105. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>56</sup> Videti: član 463. Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>57</sup> Videti: M. Đurđević, Ugovor po pristupu, op. cit., str. 158.

<sup>58</sup> Videti: Jelena Vilus, Opšti uslovi formularnih ugovora, Beograd, 1976, str. 299.

<sup>59</sup> Videti: član 1419. stav 2. Codice Civile-a.

<sup>60</sup> Videti: paragraf 306(2) BGB-a.

no izravnjavaju interese oba ugovornika. Nedostatak ovakvog rešenja sastoji se u tome što u određenim situacijama ne postoje dispozitivne norme koje bi se mogle primeniti. Na primer, kada se radi o inominantnim ugovorima.

S druge strane, u nordijskim zemljama je usvojen znatno elastičniji metod rešavanja ovog pravnog problema. Naime, sud je ovlašćen da nepravičnu ugovornu odredbu modifikuje, preinači i dopuni, vodeći računa o prirodi ugovora i ukupnoj povezanosti njegovih odredaba, tj. o smislaonoj sadržini ugovora.<sup>61</sup> Takođe, uzimaju se u obzir okolnosti koje su postojale u trenutku zaključenja ugovora, ali i sve okolnosti koje su nastupile nakon toga. Sud je, dakle, prilikom alteracije ugovora dužan da se rukovodi smislom i svrhom ugovora, vodeći računa o interesima obe ugovorne strane. Tek ako se praznina nastala poništenjem nepravične odredbe ne može popuniti iz samog ugovora primenjuju se dopunsko dispozitivne zakonske norme.<sup>62</sup> U pravnoj teoriji se prilikom razmatranja ovog rešenja iznose krajnje oprečni stavovi. Njegovi zagovornici svoje stanovište obrazlažu time da se, imajući u vidu dinamičnost savremenog poslovnog prometa, zadatak suda prilikom odmeravanja pravičnosti ugovornih odredaba ne sme svesti na mehaničku primenu prava, već mu se mora omogućiti stvaralačko delovanje u vidu prilagođavanja sadržine konkretnog ugovora okolnostima slučaja.<sup>63</sup> S druge strane, njegovi oponenti smatraju da ovakvo rešenje zapravo podstiče upotrebu nepravičnih ugovornih odredaba, jer se strana koja nudi zaključenje ugovora može osloniti na činjenicu da će sud u krajnjem ishodu nepravičnu odredbu upodobiti načelu pravičnosti. Zbog toga se, prema ovom tumačenju, dopuštanjem modifikacije ugovora suštinski podriva čitav sistem kontrole pravičnosti ugovornih odredaba i dolazi do potpuno suprotnog rezultata u odnosu na cilj zakonskog regulisanja.<sup>64</sup>

Za domaće pravo, u nedostatku izričitog zakonskog regulisanja, treba smatrati da se praznina nastala uklanjanjem nepravične ugovorne odredbe popunjava imperativnom normom, ako je ona povređena, ili odgovarajućom dopunsko dispozitivnom normom.<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> Pored termina modifikacija ugovora, za označavanje preinačenja sadržine ugovora, u pravnoj teoriji se koriste i termini alteracija, integracija, korektura i denaturalizacija ugovora.

<sup>62</sup> Mogućnost modifikacije ugovora predviđena je u Švedskoj, Danskoj, Finskoj i Norveškoj. Specifičnost danskog prava u ovom pogledu sastoji se u predviđanju posebnog prava potrošača da izjavi da ne želi izmene ugovorne odredbe. U tom slučaju, odredba za koju je utvrđeno da je nepravična uklanja se iz ugovora, a preostali deo ostaje u važnosti, ako može opstati bez uklonjene odredbe (tzv. pravo konzervacije). Videti: Ebers, op. cit., str. 410.

<sup>63</sup> Videti: Hein Kotz, u: *Munchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2a – *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, glavni redaktor: Jurgen Basedow, 2003, str. 242. Navedeno prema: Markesinis-Unberath-Johnston, op. cit., str. 179.

<sup>64</sup> Videti: Markesinis-Unberath-Johnston, op. cit.

<sup>65</sup> Videti: M. Đurđević, *Ugovor po pristupu*, op. cit., str. 158.

ZORAN VUKOVIĆ, LL.M.,  
Assistant, Faculty of Law, University of Kragujevac

SANCTION OF UNFAIRNESS REGARDING THE TERMS  
OF GENERAL CONDITIONS OF STANDARD FORM CONTRACTS

Summary

In this paper the author provides the analysis of legal rules which regulate the legal effect of unfairness concerning certain terms of general conditions for conclusion of standard form contract. In that regard, the author considers some specific problems in his paper involving: the issue of possible legal regimes of nullity of unfair contract terms, the matter of relation between one invalid contractual term with the rest of the contract and the issue of the legal gap filling formed after the annulment of certain unfair contract terms.



## POREKLO UGOVORA O DELU

### U V O D

Rad, tj. stvaralaštvo i proizvodnja bilo materijalnih ili intelektualnih dobara u modernom društvu se smatra centralnim imperativom. Već više vekova on predstavlja moralnu vrlinu, a njegovo teorijsko – pojavno utemeljenje i oblici postali su predmet izučavanja i regulative kako pravne nauke, tako i sociologije, psihologije, politike itd. U modernom društvu se sa moralne tačke gledišta jednako pozitivno posmatra “svaki pošten rad”, bilo da li je on intelektualne ili fizičke prirode, pa je tako zapadna civilizacija iznedrila pojam “*hardworking man*”, kojim se čak neretko opisuje i sam smisao ljudskog života. Tomas Edison je tvrdio da “nema zamene za naporan rad”, Čehov pak da “besposlen život ne može biti čist”, a Tolstoj kako je “mozak besposlenog čoveka omiljeno prebivalište đavolovo”.

Ovakva razmišljanja se danas čine normalnim i zdravorazumskim, ali je njihova univerzalnost u kontekstu celokupne ljudske istorije zapravo novijeg datuma. Starovekovne civilizacije su drugačije tretirale različite vrste rada i ne samo da mnoge od njih nisu smatrale vrlinom, već čak, zavisno od ličnog statusa, i velikom sramotom. Takva gledišta su uvek bila rezultat preovlađujućeg tipa proizvodnih odnosa, a potom i nasleđene tradicije, tj. moralnih shvatanja koja se teško i sporo menjaju. Može se tako slobodno reći da se danas šaljiva izreka “rad je stvorio čoveka, a nerad gospodina”, sasvim ozbiljno shvatala za širok spektar profesija u krugovima slobodnog građanstva starog Rima, tokom većeg dela njego-

ve milenijumske istorije. Ovo je za posledicu neretko imalo i značajne društveno-političke fluktuacije.<sup>1</sup>

Različite oblike organizovanja ljudi do kojih dolazi radi vršenja kakvog rada, pravo je kroz istoriju, a i danas, uobličilo i štiti u formi nekoliko pravnih poslova. U ovom radu mi ćemo se baviti jednim od njih – ugovorom o delu i pokušati da damo prikaz njegovog porekla u starim civilizacijama. Kako je rimsko pravo fundament današnjih evropskih pravnih sistema, a pored toga i najrazvijeniji i najzaokruženiji pravni sistem starog veka, centralni fokus ovog rada predstavlja rimskopravni ugovor o delu *locatio conductio operis faciendi*, kroz koji ćemo na osnovu dostupnih, sačuvanih podataka pokušati da sagledamo i slične ugovore u staroj Grčkoj i orijentalnim despotijama. Analiza ugovora o delu u dominantnim civilizacijama starog veka pruža dragocene podatke koji olakšavaju razumevanje kako njihovog odnosa prema jednom vidu organizovanog rada, tako i razvoja društva i prava uopšte.

## UGOVOR O DELU U (KLASIČNOM) RIMSKOM PRAVU

### *Opšti pogled*

Mnogi rimskopravni kontrakti, poput *emptio – venditio* (kupoprodaje), *mutuum*-a (zajam), ili *societas*-a (ortakluk) imaju u današnjim pravima analogne ugovore, što bitno olakšava njihovo izučavanje. To međutim nije uvek slučaj, pa tako ugovor o delu u rimsko doba nije postojao kao zaseban ugovor, već kao deo znatno šireg kontrakta *locatio conductio*. Ovaj ugovor se u literaturi obično definiše kao “konsenzualni kontrakt kojim se jedna strana obavezuje da će drugoj strani predati na privremeno korišćenje određenu stvar, staviti na raspolaganje svoju radnu snagu ili izvršiti neko delo, a ova će za to platiti ugovorenu naknadu.”<sup>2</sup> Rimljani su, dakle, pod jednim ugovorom podrazumevali zapravo tri bitno različita kontrakta: ugovor o zakupu stvari (*locatio conductio rei*), ugovor o najmu radne snage (*locatio conductio operarum*) i ugovor o delu (*locatio conductio operis faciendi*)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Dobar primer za to je *Ordo equester* – ekonomski i politički izuzetno moćan društveni sloj, regrutovan prevashodno iz redova snalažljivih plebejaca koji su se obogatili radeći poslove koje su patriciji smatrali sebi “nedostojnim”: trgovina, bankarstvo, zakup javnih radova, državnih poreza itd. - Ž. Bujuklić, *Forum Romanum – rimska država, pravo, religija i mitovi*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, 313.

<sup>2</sup> Ž. Bujuklić, *Rimsko privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, 384.

<sup>3</sup> U literaturi se često označava i samo kao *locatio conductio operis*. Vidi npr: H. Hausmaninger i W. Selb, *Römisches Privatrecht*, Böhlau, Wien, 2001; D. Knežić-Popović, *Ugovor o delu u rimskom pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo, 2004; ili R. Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996.

U literaturi praktično postoji opšti konsenzus da distinkcija ove tri vrste *locatio conductio* nije delo rimskih pravnika, već je učinjena od strane pandektista.<sup>4</sup> Kaser tako ističe: “U očima Rimljana *locatio conductio* je jedinstven ugovor koga se oni čvrsto drže uprkos mnoštvu i različitosti odnosa u njemu sadržanih.”<sup>5</sup> Sistematika i Gajevih i Justinijanovih *Institucija* ne poznaje separaciju ova tri ugovora, *Digesta* takođe, a u delima jurisprudencata često dolazi i do preplitanja i mešanja ova tri ugovora, što predstavlja poseban izazov za istraživače. Ilustrativan je primer koji daje Malenica kada navodi da je podela na tri oblika delo srednjevekovnih pravnika, te da “Ciceron još ne zna za termin *locatio conductio operarum*, pa za najam radne snage i za ugovaranje realizacije nekog dela koristi isti termin *locatio conductio operis*”.<sup>6</sup>

Posebno pitanje pak jeste da li su uprkos odsustvu takve sistematizacije i jasne terminološke diferencijacije u svojoj pravničkoj svesti Rimljani percipirali *locatio conductio* kao esencijalno jedinstven ili složen ugovor. Načelna odbojnost rimskih pravnika ka uopštavanju i vršenju sistematizacija ovekovečena je poznatom Javoleneovom maksimumom – *Omnis definitio in iure civili periculosa est, parum est enim ut non subverti possit.*<sup>7</sup> Međutim, nisu retki slučajevi da je rimska pravna nauka poznavala pravne pojmove koji su u modernoj doktrini bili osnova za sistematizaciju, a da sama takve sistematizacije nije vršila.<sup>8</sup> Upravo je ovde o takvom slučaju reč – sama rimska kazuistika je dala jasnu osnovu za kasniju klasifikaciju<sup>9</sup> i zapravo nategnutim konstrukcijama i pravnom gimnastikom održavala sva tri ugovora pod kapom *locatio conductio*. Dragana Knežić – Popović u svom radu dosta pažnje posvećuje ovom problemu i donosi zaključak kako su Rimljani bili sasvim svesni razlika između ova tri ugovora, imali posebna pravila za svaki od njih, te da ih je odsustvo formalne diferencijacije “u slučaju svakog pojedinačnog ugovora svakako moralo mučiti”.<sup>10</sup> Metodološki se tretiranje *locatio conductio*

---

<sup>4</sup> M. Polojac, *Praktikum za rimsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, 149.

<sup>5</sup> “U očima Rimljana *locatio conductio* je jedinstven ugovor koga se oni čvrsto drže uprkos mnoštvu i različitosti odnosa u njemu sadržanih.” – M. Kaser i R. Knütel, *Römisches Privatrecht*, C.H. Beck, München, 2008, 240.

<sup>6</sup> A. Malenica, *Rimsko pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2009, 364.

<sup>7</sup> D. 50, 17, 202. “Svako definisanje u privatnom pravu je opasno, jer je retka definicija koja se ne može oboriti”.

<sup>8</sup> A. Malenica, *O metodu istorijskopravne nauke (romanističke studije)*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, 85.

<sup>9</sup> R. Zimmermann, 340.

<sup>10</sup> D. Knežić-Popović, 97-98. Slično i Jelena Danilović: “... i oni su (Rimljani) u raznim varijantama ovog kontrakta, koje su u praksi postojale, ipak sagledavali tri osnovna tipa: razlog tome što nije došlo do trojnog grupisanja odnosno podele kontrakata na podvrste rei, operum i operis treba

kao triparticije, uz jasnu ogradu da ona nije izvorno rimska, čini sasvim opravdanim. Sličnih primera uostalom ima dosta, pa je tako danas sasvim uobičajena pandektistička klasifikacija udžbeničke materije rimskog prava, a ne Gajeva triparticija kakvu su poznavali sami Rimljani.

Dakle, u okviru kontrakta *locatio conductio* tako pronalazimo rimski ugovor o delu *locatio conductio operis faciendi*, koji se u literaturi najčešće definiše kao ugovor kod koga se “Naručilac (*locator*) obavezuje da preduzimaču (izvođaču dela, *conductor*) preda neku stvar ili lice, a on se obavezuje da svojom aktivnošću s tom stvari ili licem ostvari određen rezultat (*opus*), za koji će dobiti novčanu nagradu.”<sup>11</sup>

### *Odnos Rimljana prema radu*

Ako sagledamo nekoliko civilizacija starog sveta u momentu kada su bile na istom stepenu razvoja, a u kontekstu rada, primetićemo značajne razlike. Tradicija, oblik porodice i celokupan kulturni i privredni ambijent se umnogome razlikuje u prvim vekovima rimske, grčke, egipatske, vavilonske ili neke druge države. Ono što je pak zajedničko jeste prevazilažanje samodovoljnosti zatvorene kućne privrede kao preduslov stvaranja tržišta dobara, a potom i rada. Faktor koji takođe igra veliku ulogu jeste nivo razvoja robovlasničkih odnosa i pozicioniranje robovske snage u određenom segmentu proizvodnje.

U vreme nastanka rimske države verovatno je samo izuzetno postojala potreba da se interveniše u pravcu utvrđivanja sporazuma koji se odnose na rad slobodnih ljudi, jer su se sve takve aktivnosti završavale u okviru porodice, izvesno bez formalno utvrđene naknade.<sup>12</sup> I kada su realne potrebe prevazišle nivo porodice, ovakvi poslovi su se zaključivali neformalno uz *bona fides*, a sankciju je pružala osuda još uvek dovoljno kompaktno zajednice. Nešto slično je u Atini predstavljao *pistis* (Πίστις).<sup>13</sup>

Lepu ilustraciju odnosa prema radu društva u preddržavnoj fazi nam daje Tacit u svojoj “*Germaniji*”. U vreme kada je pisao ovo delo, Germani su živeli u preddržavnom uređenju koje je uporedivo sa nivoom razvoja Rimljana u vreme nastanka grada.<sup>14</sup> Bili su već stalno nastanjeni, obrađivali su zemlju, a društvo je u

---

tražiti u odsustvu interesa za pitanja sistematizacije, koje je nesumnjivo svojstveno klasičnim pravniciima.” - J. Danilović, *Custodia* i ugovor o delu u rimskom klasičnom pravu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/1969, 344.

<sup>11</sup> M. Milošević, *Rimsko pravo*, Pravni fakultet Univeziteta u Beogradu, Beograd, 2010, 369.

<sup>12</sup> D. Knežić-Popović, 6.

<sup>13</sup> J. Velissaropoulos – Karakostas, *Merchants, Prostitutes and ‘New Poor’ – Forms of Contract and Social Status, Money, Labour and Land*, Routledge, London, 2005. str. 133–135.

<sup>14</sup> U vreme izgradnje funkcionalnih porodičnih zadruga, *consortium anticum*. Vise o ovome vidi: M. Đorđević, *Consortium and the Joint Family (Zadruga)*, *Strani pravni život* 3 (2009), 337-349.

velikoj meri već bilo rasloženo- postojala je rodovska i vojnička aristokratija, kao i patrijarhalno ropstvo.<sup>15</sup> Po pitanju rada Tacit za njih kaže: “Kada nema rata, onda obično idu u lov, ali većinom sede besposleni, i provode vreme u spavanju i jedenju. Najbolji junaci ne rade ništa, a kuću i penate i polja ostave ženama, staricama i slaboj čeljadi: dok ovi rade, oni lenstvuju. Čudne li krajnosti u njihovoj prirodi: jedni i isti ljudi vole nerad, a mrze mir...”<sup>16</sup>

Rimljani su pak od najranijih dana na rad gledali drugačije. Sam rad po sebi za razliku od onoga što vidimo kod Germana i drugih “varvarskih” naroda bio je vrlina, ali je sramota bila raditi za drugoga uz naknadu (posebno je cenjena zemljoradnja, pa je tako čuvena anegdota koju saznajemo od Cicerona, kako najviši državnici ostavljaju plugove da bi obavljali državni posao, a potom mu se vraćaju<sup>17</sup>). Do potrebe za regulisanjem rada, može se pretpostaviti, inicijalno dolazi u domenu *operae* robova, koje je jedan paterfamilijas davao u zakup drugome u vreme potrebe za sezonskim radovima.<sup>18</sup> Kada se stvorio sloj slobodnih proletera koji su počeli iste poslove da rade za novac, tradicionalizam i konzervativizam Rimljana su doprineli da se isti stav prema naplativom radu zadrži, kao aktivnosti nedostojne slobodnog građanina.<sup>19</sup> Nezainteresovanost viših slojeva za problematiku rada sa naknadom vidi se i u pravnim rešenjima, koja su se vrlo malo menjala i prilagođavala novonastalim situacijama u rimskom istoriji, kao i činjenici da rimski svet, kao uostalom i grčki, “nije poznavao reč, odnosno pojam nezaposlenosti”, tj. nisu uočavali nezaposlenost kao socijalni problem.<sup>20</sup> U ranom periodu je dominantan poljoprivredni rad, a bavljenje zanatima je dugo smatrano nedoličnim.

Međutim, i kod rada za drugoga postoje značajne razlike. Davanje svoje fizičke snage za naknadu, što je predmet *locatio conductio operarum*, smatrano je ponižavajućim, pa su se takvoj društvenoj degradaciji izlagali samo najsiromašniji rimski građani, koji su često na istim poslovima radili zajedno sa robovima.<sup>21</sup> Kod *locatio conductio operis faciendi*, pak, ne postoji tako izražen odnos podređenosti radnika poslodavcu, a po pravilu se zahteva i određeno znanje, stručnost ili

---

<sup>15</sup> Lj. Kandić, *Odabrani izvori iz opšte istorije države i prava*, Savremena administracija, Beograd, 1992, 25.

<sup>16</sup> Tacitus, *Germania*, XV prevod Lj. Kandić. Ostavljamo mogućnost da je u ovoj oceni, po uobičajenom rimskom receptum Tacit ipak malo preterao stvarajući jak kontrast sa rimskim shvatanjem, sa željom da se još jednom iskaže rimska suprematija.

<sup>17</sup> R. Zimmermann, 389.

<sup>18</sup> D. Knežić-Popović, 6.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> D. Knežić-Popović, 6.

<sup>21</sup> Ž. Bujuklić (2012b), 387.

talenat radnika, te stoga angažovanje po ovom osnovu nije izazivalo toliko podzrenje javnosti.<sup>22</sup> Ipak, ukoliko je pojedinac želeo da u potpunosti sačuva ugled radeći za drugoga, koristio se *mandatum* – om, koji je bio besplatan (naknada je “poklon”, naknada za čast - *honorarium*), i podrazumevao je između ostalog i “finije” profesije: lekare, advokate, učitelje, arhitekta itd. Takve profesije su Rimljani nazivali *artes liberales* i o njima Ulpijan kaže: “Pod slobodnim zanimanjima podrazumevamo ona koja Grci nazivaju *ἐλευθερία*: računajući tu govornike, gramatičare, geometre, lekare...”<sup>23</sup>

Naravno, treba imati na umu da kada govorimo o “odnosu Rimljana” prema nekom radu, mi zapravo zaključke izvodimo na osnovu izvora koje su nam po pravilu ostavili ljudi iz viših slojeva društva. U srednjim i nižim slojevima društva shvatanja prema “prokazanim” vrstama rada su bila pozitivnija, o čemu nam svedočanstvo ostavljaju zapisi na nadgrobnim pločama.<sup>24</sup> Međutim, kako su upravo viši slojevi ostavljali najveći broj pisanih svedočanstava, danas dosta toga znamo o profesijama *artes liberales*, a relativno malo o zanimanjima značajnog dela populacije koji je svoj hleb zarađivao nekim manuelnim (ne nužno fizičkim) radom.<sup>25</sup> Tek u postklasično doba, usled uticaja hrišćanstva, dolazi do promene društvenog stava viših slojeva u odnosu na rad, te se njegova etičko-socijalna vrednost počela čak posebno isticati, a crkveni oci preporučuju svojim vernicima rad kao sredstvo duhovnog oslobođenja.<sup>26</sup>

### *Poreklo i razvoj locatio conductio operis faciendi*

Kada je reč o istraživanju porekla ugovora o delu u rimskom pravu, u literaturi se nailazi na obeshrabrujuće stavove. Većina autora smatra kako poreklo *locatio conductio operis faciendi* za sada ostaje nepoznanica<sup>27</sup>, a neretko se sreće i stav da ova dilema verovatno nikada neće biti konačno razrešena.<sup>28</sup>

Poreklo *locatio conductio operis faciendi* autori su tražili na više polja, od ugovora o kupoprodaji, realnih kontrakata, stipulacije, zakupa (*locatio conductio operarum*), pa do javnog prava. Osvrnimo se kratko na neke. Svaka od ovih teori-

<sup>22</sup> Ibid. str. 389.

<sup>23</sup> D. 50. 13. 1. prevod M. Đorđević.

<sup>24</sup> R. Zimmermann, 389.

<sup>25</sup> W.L. Westermann, *Apprentice Contracts and the Apprentice System in Roman Egypt*, *Classical Philology*, 9/3 (1914), str. 295.

<sup>26</sup> D. Knežić-Popović, 7.

<sup>27</sup> D. Knežić-Popović posle detaljne analize različitih teorija o poreklu ugovora o delu tako zaključuje da “na kraju ostaje samo mučan utisak: i pored svih napora predistorija ugovora o delu ostaje, ipak, nerasvetljena.”- D. Knežić-Popović, 37.

<sup>28</sup> P. Du Plessis, *The Roman Concept of lex contractus*, *Roman Legal Tradition*, 3/2006, 82.

ja ima oslonac u nekom aspektu ugovora o delu. Tako se pristalice teorije o poreklu od realnih kontrakata drže logičke konstrukcije kako je niskom nivou pravne svesti realan kontrakt ljudima “nešto opipljivo” i stoga prihvatljivo, kao i etimološke analize reči *locare* i *conducere* (“staviti” i “uzeti sa sobom” po njima imaju naglašen “materijalni karakter”, iako zapravo mogu značiti mnoštvo različitih stvari).<sup>29</sup> Oni koji zastupaju teoriju o poreklu u kupoprodajnom ugovoru, oslanjaju se na tekst Gajevih Institucija u kome se na više mesta upadljivo naglašava sličnost ova dva ugovora.<sup>30</sup> Možda izvestan argument, ili bolje rečeno nagoveštaj u ovom pravcu, predstavlja i etimološka sličnost reči *merx*, stvar kod kupoprodaje i *merces* – naziv kojim se po pravilu označava novčana naknada iz ugovora o delu (a ne *pecunia*). Opet, sa druge strane, ovo možda više govori o poreklu *locatio conductio operis faciendi* u smislu obavezne novčane naknade (što sasvim sigurno ona nije uvek bila), nego što podupire tezu o srodnosti sa kupoprodajom. Na posletku, postoji mnoštvo pristalica teorije da poreklo leži u javnom pravu, te da su nastali delatnošću cenzora koji su tako angažovali za naknadu ljude na službeničkim pozicijama.<sup>31</sup>

Ako pak krenemo putem tragova primene ovog instituta, i posebno zanimanja u kojima se on najčešće javljao, onda već možemo da dobijemo kakvu – takvu sliku, imajući pritom u vidu da mnogi od tih poslova izvesno nisu bili ugovori u pravom smislu, već više neformalni sporazumi u jednoj još uvek nevelikoj zajednici. Pri traženju najranijeg pomena rimskog ugovora o delu nailazi se na jedan kuriozitet. U kontroverznom, često osporavanim, ali i zastupanim *leges regiae*, Romulov zakon kaže kako je on patricijima odredio da rade “sveštene i magistratske funkcije”, a plebejcima “da obrađuju zemlju, čuvaju stoku i rade nadničarske poslove”.<sup>32</sup> Iako je jasno da su ovakve odredbe inputirane Romulu i da su morale nastati kasnije, opet je interesantno pronaći ovakav detalj, jer on ako ništa drugo nagoveštava mogućnost da su se ovakvi poslovi obavljali i ranije nego što se misli (zakon je mogao biti donet npr. na kurijatskoj skupštini u doba kraljeva – otuda “kraljevski”).

---

<sup>29</sup> D. Knežić-Popović, 20–21. vidi i M. Milošević, 366–367.

<sup>30</sup> Npr. Gai Inst. 3. 145–147.

<sup>31</sup> D. Knežić – Popović, 24 - 26. Ova autorka u potpunosti odbacuje ovu teoriju. Pristalice teorija o poreklu ugovora o delu u javnom pravu je bilo još krajem pretprošlog veka, npr. W. H. Buckler, *The Origin and History of Contract in Roman Law*, Fred B. Rothman & Co, Littleton – Colorado, 1983, (reprint dela iz 1895. godine), 152, ali onih koji naginju ovakvom shvatanju, uz izvesne ograde, ima i danas: P. Du Plessis (2006), 82.

<sup>32</sup> Navedeno prema Ž. Bujuklić (2012a), 787. Više o *leges regiae* vidi u: Ž. Bujuklić, *Zakon kao izvor prava u antičkom Rimu (nastanak i najraniji počeci)*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012.

Polja najranije primene za koja izvesnije znamo jesu zanatstvo (plebejci su dolazili u patricijske domove da obavljaju sitnije zanatske poslove)<sup>33</sup> i pogrebni ceremonijal (u pogrebnim povorkama bile su uobičajene grupe muzičara - flautista, koji su svirali za naknadu, ali i plaćene narikače).<sup>34</sup> Interesantan trag o tome nam daje Zakon XII tablica koji, verovatno da bi se smanjilo prekomerno trošenje u tu svrhu koje se izgleda uobičajilo, normira da se izdaci (za pokojnika) smanje na "tri marame, purpurnu tuniku i deset trubača", uz zabranu naricanja.<sup>35</sup>

Ugovor o delu kakav je nama poznat iz izvora formirao se i čvrsto uobličio već u pretklasično doba. Klasična jurisprudencija ga ni u jednoj suštinskoj tački nije izmenila, ali je njen doprinos bio u sređivanju, sistematizovanju i analiziranju bogate pravne materije.<sup>36</sup> Do izvesnih promena je došlo u postklasičnom periodu, tačnije Justinijanovom pravu, u kome se uvodi *laesio enormis, custodia* zamenjuje sa *culpa in custodiendo*, razrešavaju neke dileme klasičnih pravnika oko naknade i predmeta ugovora itd.

#### UGOVOR O DELU U PRAVU ANTIČKE GRČKE

Postoji veliki disbalans između naših saznanja o rimskim privatnopravnim institutima naspram istih u antičkoj Grčkoj i orijentalnim državama Starog veka. Od grčkih polisa, ni iz Sparte, ni iz Atine nam nije ostao sačuvan ni jedan obimniji zakonski tekst, pa se tako u rekonstrukciji njihovih pravnih sistema služimo prevashodno posrednim izvorima, literarnim i arheološkim, kao i ponekim pojedinačnim pravnim spomenikom koji je ostao sačuvan.<sup>37</sup> Jedini obimniji zakonski tekst stare Grčke koji je do nas došao jeste Gortinski zakonik, koji se pretežno bavi privatnim pravom, ali ponajviše onim odnosima koje danas svrstavamo u nasledno, porodično i statusno pravo, te stoga ne pruža informacije o onome što nas ovde interesuje.<sup>38</sup>

<sup>33</sup> D. Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1988, 267; M. Milošević, *Rimsko pravo*, Pravni fakultet Univeziteta u Beogradu, Beograd, 2010, 268; A. Malenica (2009), 368–369.

<sup>34</sup> Vidi više: D. Knežić-Popović, 42–44.

<sup>35</sup> *Lex duodecim tabularum* X 3.

<sup>36</sup> D. Knežić – Popović, 90.

<sup>37</sup> S. Avramović i V. Stanimirović, "Uporedna pravna tradicija", Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, 99.

<sup>38</sup> Gortinski zakonik potiče, kao i Zakon XII tablica, iz sredine V veka p.n.e. Međutim, kako je sačuvan u izvornom obliku, za razliku od ovog drugog, on predstavlja najstariji pravni spomenik na tlu Evrope. Interesantno je da je pisan starim načinom pisanja "bustrofedonom", baš kao i najraniji latinski sačuvani zapisi sa *Forum Romanuma* – *Lapis niger*.



Ako proučavanje rimskog prava podseća na slagalicu kojoj nedostaju delovi da upotpune sliku, onda za starogrčka prava možemo reći da podsećaju na slagalicu kod koje imamo svega nekoliko delova, pa, kada je reč o ugovornim odnosima, ne možemo jasno ni sagledati čitavu sliku. Pored nemogućnosti da analiziramo određene institute, poseban problem predstavlja i odsustvo bilo kakve sačuvalne sistematike ugovorne materije. Iz navedenih razloga, u malobrojnim studijama ugovornog atinskog prava, autori se služe rimskim pravnim sistemom, te se iz rimskopravnog ugla sagledavaju atinski pravni instituti i traže analogije ili, još češće, samo navode primeri i tragovi moguće primene nekog rimskopravnog instituta.<sup>39</sup> Istim metodološkim postupkom ovde ćemo se poslužiti i mi, jer on deluje prihvatljiviji od jedine alternative, poređenja sa modernim pravnim pojmovima.

Kao što odlomak iz *leges regiae*, predstavlja interesantan kuriozitet u Rimu, tako i u Grčkoj srećemo jedan sličan primer. Homerova *Ilijada*, za koju se smatra da je nastala u VIII veku p.n.e. u dvadeset i prvoj knjizi pominje nešto što zaista podseća na ugovor o delu i ugovor o najmu radne snage. Kaže se tako da su "Posejdon i Apolon imali da služe vladaru Troje, za dogovorenu naknadu (!), po ugovoru na godinu dana. Posejdon je bio unajmljen (!) da sazida gradske zidine, a Apolon da čuva stada".<sup>40</sup> Po onome što je navedeno ispada da je Posejdon zaključio *locatio conductio operis faciendi* ugovor o građenju (da sazida zidine, godinu dana je samo rok), a Apolon *locatio conductio operarum*. Iako je jasno da je u pitanju mit, a da sam tekst možda potiče i iz VI veka p.n.e. kada je *Ilijada* konačno uobličena, on je ipak značajan jer ukazuje na odnos starih Grka prema ovim vrstama rada, a ponajviše jer pre svega svedoči kako im oni nisu bili strani.

Ovaj odnos se, slično kao i u Rimu, sa razvojem robovlasništva u klasičnom periodu verovatno pomerao u pravcu prezira vladajućeg sloja prema radu za drugoga. Indiciju za to pružaju i zanimanja sa početka IV veka, između ostalog zakupodavaca, prevoznika tereta, zanatlija i najamnih radnika, koje autori u literaturi oslovljavaju i sa "novi siromasi".<sup>41</sup> No, i ovde stoji argument da mišljenja aristokratije o nečemu ne oslikavaju nužno i uverenja širih slojeva, kao i da često postoji veliki jaz između onoga što se činilo i toga kako se o tom činjenju razmišljalo.<sup>42</sup> No, u svom dijalogu "*Republika*", Platon ističe kako ni jedan čovek nije samodovoljan, te stoga svaki *polis* od početka mora da ima zemljoradnike (*georgos*), gra-

---

<sup>39</sup> Npr. ovakav pristup primenjuje Ellen Knopf u svojoj doktorskoj disertaciji. Vidi: E. Knopf, "*Contract in Athenian Law*", doktorska teza, The City University of New York, 2005.

<sup>40</sup> M. Silver, Slaves versus Free Hired Workers in Ancient Greece, *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*, 3(2006), 260.

<sup>41</sup> Reč je o sloju novopridošlica, ali i starosedelaca koji su se bavili ovakvim neunosnim i neuglednim zanimanjima, među koja su svrstane i "prostitutke koje nikad nisu dostigle nivo kurtizane" - J. Velissaropoulos - Karakostas, 132.

<sup>42</sup> M. Silver, 258.

ditelje (*oikodomos*), tkače (*hyphantes*) i obučare (*skutotomos*).<sup>43</sup> U klasično doba *agora* je bila prepuna kako trgovaca, tako i raznih zanatlija, a detaljan spisak svih mogućih zanimanja koja su se javljala sačinjen je na osnovu literarnih svedočanstava i daje nam ga Haris.<sup>44</sup>

Ukoliko je pak reč o pravnom aspektu realizacije poslova iz ovih zanimanja, treba pre svega imati u vidu da, za razliku od Rimljana, druga stara prava ne poznaju pojam ugovora u smislu latinskog *contractus*-a (pravni sistemi Međurečja poznaju različite transakcije koje imaju svoje nazive, ali nemaju opšti pojam ugovora<sup>45</sup>). Termini koje Grci koriste za označavanje ugovora nisu analogni današnjem ili rimskom shvatanju ovog pojma i gotovo ih je nemoguće prevesti.<sup>46</sup> Tako se sreću pojmovi poput *homologia* (sporazum) ili *syngraphe* (dogovor), ali oni predstavljaju samo zapis o ugovoru koji je već izvršen na realan način (predajom stvari).<sup>47</sup> Najbliže rimskom pojmu ugovora do čega su Grci po našim saznanjima došli jeste *synallagma*, koja u sebi podrazumeva bilateralnost. Vredi ovde pomenuti da danas prihvaćena teza o rimskom shvatanju ugovora na način kako ga definišu Pedije ili Gaj, nije bila i opšteprihvaćena među rimskim jurisprudentima, pri čemu podsećamo na Ulpijanov fragment u kome se *contractus* upravo izjednačava sa *synallagma*.<sup>48</sup> No, neko bi mogao da prosto konstatuje kako ova Ulpijanova tvrdnja ne predstavlja vrhunac rimske pravne misli po ovom pitanju.

Iz raspoloživih izvora se jasno vidi da je čitav *locatio conductio* imao široku primenu. U klasičnom periodu Grci su praktikovali *locatio conductio rei* (grčki *misthosis*), koji je bio veoma rasprostranjen. U zakup se davala zemlja, kuće, čitave zgrade i brodovi, ali i sitnije stvari poput mazgi.<sup>49</sup> Aristotel u svom “*Ustavu atinskom*” pominje da su još pre Solona tzv. “šestinari” bogatašima obrađivali zemlju i da su padali u ropstvo ukoliko nisu davali zakupninu.<sup>50</sup> Naknada je sa pojavom novca od V veka p.n.e. iz naturalne prešla u novčanu.<sup>51</sup> Literarni izvori takođe potvrđuju korišćenje *locatio conductio operarum* na polju zemljoradnje, rada na brodu, učestvovanja u ratu (“plaćenici”) itd.

<sup>43</sup> E. Harris, Workshop, Marketplace and Household, *Money, Labour and Land*, Routledge, London, 2005, 72.

<sup>44</sup> Ibid. 88–99.

<sup>45</sup> O. Stanojević, *Rimsko pravo*, Službeni glasnik SCG, Beograd, 2003, 345.

<sup>46</sup> E. Knopf, uvod (iv).

<sup>47</sup> J. Velissaropoulos – Karakostas, 131.

<sup>48</sup> D. 50. 13. 19. “Kontrakt je, međutim, nešto što uključuje obavezu na obe strane, što Grci nazivaju *synallagma*, kao što je kupoprodaja, *locatio – conductio*, ortakluk.” – prevod M. Đorđević.

<sup>49</sup> E. Knopf, 166–186.

<sup>50</sup> Aristotelov “Ustav atinski”, 2. navedeno iz Lj. Kandić, 82.

<sup>51</sup> S. Avramović i V. Stanimirović, 117.

Što se *locatio conductio operis faciendi* tiče, u svojoj tezi Ellen Knopf navodi samo jedan primer, i to zapis u kome se kaže “ugovornici će posao obaviti (*accomplish the work*) u skladu sa ugovorom (*syngraphai*).”<sup>52</sup> Sa druge strane, verovatno vodeći se etimologijom, ova autorka svrstava angažovanje svirača flaute u *locatio conductio operarum*, što se uzevši u obzir suštinu ovog ugovora, kao i posebno znanje koje flautista mora da ima, čini pogrešnim.<sup>53</sup> Fragment *Hypereides 4.3. for Euxenippus*, koji se navodi glasi: “Diognides i Antidorus, metek, je tužen za *eisangelia* (vrsta krivične tužbe) po osnovu toga što je unajmio sviračice flaute za više novca nego što zakon dozvoljava.”

Čini nam se da je ovo upravo dobar primer *locatio conductio operis faciendi*, i to sličan prvim ugovorima o delu, kakve srećemo u Rimu. Nesrećna dvojica predstavljaju i svedočanstvo o limitiranju ugovorne slobode, koju takođe nalazimo kod pogrebnih procesija u Zakonu XII tablica. Pored navedenih slučajeva, sasvim je izvesno da se ovakav vid angažovanja koristio za širok spektar profesija, baš kao što je to bio slučaj i u Rimu.

Kod ovakvih komparacija treba se setiti i fragmenta<sup>54</sup> po kome je *opus* jednak *αποτέλεσμα* (*apotelesma*), a ne *έργον* (*ergon*), tj. *opus* je rezultat, a ne sam rad. Da li u ovom slučaju pozivanje na grčke termine znači da su i pojmovi koje oni označavaju već bili formirani u Grčkoj? Na ovo pitanje je nezahvalno davati odgovor, jer su se grčki jezik, a samim tim i terminologija nastavili koristiti i razvijati i posle rimskog osvajanja 148 godine p.n.e. Svi relevantni ugovori sa teritorije Grčke koji su nam dostupni datiraju iz rimskog perioda, pa uz nedostatak kako opštih, tako i pojedinačnih pravnih akata možemo samo da konstatujemo da u ovom smislu svaka dublja pravna analiza mora da sačeka neka nova arheološka otkrića.

U antičkoj Grčkoj su pravila *locatio conductio operis faciendi* i njemu srodnih ugovora bila u širokoj upotrebi i kada je reč o plovidbi i transportu robe morem. Pored sasvim izvesne primene *Lex Rhodia de iactu* (Rodoski zakon o opštoj havariji) različiti ugovori o delu ili najmu radne snage su zaključivani sa slobodnim ljudima povodom plovidbenih poslova. Tako je na primer interesantno da, suprotno širokom uverenju, veslači na borbenim brodovima u Staroj Grčkoj nisu bili robovi, već zapravo profesionalci, angažovani po javnoj službi, ili pak po ugovoru, za naknadu.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> E. Knopf. 200.

<sup>53</sup> Ibid. 189.

<sup>54</sup> D. 50. 16. 5. 1. “*Locatio conductio operis* po rečima Labea označava ono što Grci nazivaju *apotelesma* (rezultat), a ne *ergon* (rad, projekat), neki dovršeni proizvod izvršenog *opus*-a.” prevod M. Đorđević.

<sup>55</sup> R. Robol, Maritime Law in Classical Greek and Roman Literature, *Journal of Maritime Law and Commerce*, 4/2000, 524.

## UGOVOR O DELU U PRAVIMA ORIJENTALNIH DESPOTIJA

Sve što smo o starogrčkom pravu izneli u pogledu oskudnosti izvora, kao i neizgrađene sistematike i pravne terminologije, važi i kada je reč o pravima hidrauličnih društava bliskog istoka. Iako ove civilizacije posmatramo sa daleko veće vremenske distance u odnosu na Antičku Grčku, do nas su kroz izvore, posebno Hamurabijev zakonik došle kazuističke norme iz kojih možemo izvući određene zaključke. Kada je reč o ugovoru o delu, značajnu odredbu nalazimo i u Hetsitskom zakoniku, kao i posebno interesantnu odredbu Ur-Namuovog zakonika, koja možda predstavlja prvi pisani trag o ugovoru o delu na svetu. Što se Egipta pak tiče, usled opšteg nedostatka pravnih izvora ove višemilenijumske civilizacije može se samo posredno naslutiti postojanje ovog ugovora i njegove primene, o kojoj nemamo pisani dokaz. Svi ugovori iz Egipta koji potpadaju pod *locatio conductio operis faciendi*, a ostali su sačuvani, datiraju iz vremena rimske uprave.<sup>56</sup>

U civilizaciji Međurečja, situacija je po pitanju izvora daleko bolja. Ne samo što je sačuvano više značajnih zakonskih tekstova, već gotovo svi oni sadrže po za nas relevantnu odredbu. Već u najstarijem sačuvanom zakonskom tekstu na svetu, Zakoniku vladara Ur-Namua (oko 2100. godine p.n.e.), postoji član koji nije u celosti sačuvan, ali veoma podseća na slične odredbe iz kasnijeg Hamurabijevog zakonika, koje su nam poznate. Ona glasi: "... za njega će zasaditi... zasadena... stabla jabuke i kedrovi... (on) bez znanja vlasnika...on da odluči..."<sup>57</sup>

Ovo veoma liči na član 7 Zakonika Lipit-Ištara i članove 60 – 63 Hamurabijevog zakonika, koji, kako ćemo videti, predstavljaju primer preteče ugovora o delu. Ovde je verovatno bila reč o angažovanju nekog lica da zasadi voćnjak za izvesnu nagradu (kod Hamurabija je to deo samog voćnjaka posle četiri godine sađenja), pa se predviđala određena posledica ukoliko to lice učini nešto "bez znanja vlasnika". Postoji mogućnost da je ovo najstariji trag svojevrsnog ugovora o delu na svetu.

U Zakoniku Lipit-Ištara<sup>58</sup> (oko 1900. godine p.n.e.), se nalazi nekoliko odredbi koje se tiču zakupa i ugovora o delu. Pomenuti član 7, kao i član 8 veoma su slični gorenavedenim članovima iz Hamurabijevog zakonika i govore o situaci-

<sup>56</sup> W.L. Westermann, 295-315.

<sup>57</sup> Ur – Namuov zakonik, zakonski tekst, član 2 (redovi 206-215). Analizu komplikuje činjenica da postoji više različitih prepisa ovog zakonika: prvi, koji je pronađen u Nippur-u i kasniji, potpuniji prepis otkriven 1965. godine u Ur-u, kao i nešto drugačiji prepis iz Sippar-a. Kasnije otkriveni tekst je znatno potpuniji, pa se danas uglavnom on u hrestomatijama navodi, ali, ironično, on izostavlja upravo odredbu (verovatno je smatrajući previše nejasnom da bi bila od značaja) koja je za nas ovde, bez obzira na oštećenja, veoma značajna. Relativno slične odredbe pak postoje i u drugim prepisima ovog zakonika.

<sup>58</sup> Članovi navedeni prema prepisu iz knjige: S. Kramer, *The Summerians*, University of Chicago Press, Chicago, 1963.

ji kada jedno lice sadi voćnjak. Kako se ovaj posao pominje u više zakona Među- rečja, jasno je da je takva praksa bila česta, a i pruža nam osnovu za “popunjavanje praznina” koje su nastale kao plod fizičkih oštećenja ovih zakonika.

U Hamurabijevom zakoniku (donet oko 1680. ili 1750. godine p.n.e.) možemo da vidimo ne samo primere ugovora o delu, već i više članova u kojima se govori i različitim profesijama, koje nam pak predstavljaju važnu indiciju rasprostranjenosti ovog ugovora. Tako član 60 Hamurabijevog zakonika kaže: “Ako vrtlar, pošto mu je čovek dao polje da ga zasadi voćem, zasadi voće i podiže voćnjak četiri godine, pete godine vlasnik voćnjaka i vrtlar podeliće (ga) na jednake delove, a vlasnik voćnjaka uzima deo koji odabere.”<sup>59</sup>

Sledeća dva člana normiraju kaznu za propuste koje vrtlar eventualno može da učini: “Ako vrtlar ne zasadi celo polje, pa ostavi jednu česticu nezasađenu, nezasađena čestica uračunaće se u njegov deo.”<sup>60</sup>

“Ako nije zasadio polje koje mu je dato da ga zasadi voćem, ako je to obradio (žitno) polje, vrtlar će vlasniku nadoknaditi prinos za polje prema prinosu kod suseda i to za onoliko godina koliko je bilo neobrađeno; potom će izvesti neophodne radove i vratiti ga vlasniku.”<sup>61</sup>

Može se slobodno reći da navedeni članovi pokazuju jedan prilično visok nivo pravnog rezonovanja, ako se uzme u obzir vreme u kome je ovaj zakonik nastao. Iz rimskopravnog ugla, ovo bi bio bezimeni kontrakt, a samo da je naknada utvrđena novčano mogli bismo dokazivati da je ovo pravi *locatio conductio operis faciendi*. Naime, u pomenutim članovima naručilac posla je vlasnik zemlje, a čovek koji radi, nije pogodio sam rad na određeno vreme (pa da to bude ugovor o najmu radne snage), već je ugovorio da nešto uradi – da zasadi voćnjak i da ga održava četiri godine. Kako je vlasnik dao vrtlaru “prazno” polje od koga ovaj treba da napravi voćnjak, jasno je da su izvesna stručnost i iskustvo u ovom poslu neophodni, a to ga izdvaja od prostog fizičkog rada. Nagrada za njegov “opus” jeste pola tog imanja, a rok je određen kao kakav vid vaganja te nagrade naspram vrednosti koju vrtlar čini vlasniku (pre svega prikupljanje plodova). Sa druge strane, odredbe koje su propisane za slučaj da vrtlar na jedan ili drugi način ne ispunjava svoju dužnost su tu prosto da zaštite, osiguraju vlasnika od neodgovornog saugovarača. Neodgovoran radnik bi mu samo zadržavao polje od koga vlasnik onda nema (punu) korist, a mogao je da angažuje neko drugo lice da posao valjano obavi. Čini nam se da je osnovano u ovom slučaju govoriti u postojanju nekakve preteče ugovora o delu, a samim time i analogno o jakoj indiciji postojanja preteče ugovora o delu u najstarijem sačuvanom zakonskom tekstu na svetu, Ur-Namuovom zakoniku.

---

<sup>59</sup> Hamurabijev zakonik, čl. 60.

<sup>60</sup> Ibid. čl. 61.

<sup>61</sup> Ibid. čl. 62.

Hamurabijev zakonik normira i naknadu za hirurga koji uspe da spase nečiji život ili ga izleči<sup>62</sup>, iznos naknade za veterinara<sup>63</sup>, cenu unajmljivanja broдача, pastira, zemljoradnika itd,<sup>64</sup> što sve predstavlja tragove primene instituta ugovora o delu i najma radne snage. Takođe je propisana i naknada za zidara koji je uspešno saziđao kuću, posle čega odmah sledi čuveni primer surovog taliona za slučaj da kuća padne (“ako usmrti vlasnika – da se ubije zidar”, “ako usmrti vlasnikovog sina – da se ubije zidarev sin”).<sup>65</sup>

Poslednji veliki klinopisni pravni akt, Hetitski zakonik, koji je nešto mlađi od Hamurabijevog zakonika (nastao između 1650. i 1500. godine p.n.e.) takođe sadrži odredbu o ugovoru o delu. U članu 200<sup>66</sup> se tako kaže: “Ako neko da sina da se obuči, da bude stolar, ili keramičar, ili tkač ili kovač, on će platiti šest polušekela srebra za podučavanje.”

Ovo je samo jedan od primera koji jasno pokazuju da se više od hiljadu godina pre formiranja *locatio conductio operis faciendi* u Rimu, vrlo sličan ugovor o delu uveliko primenjivao.

#### ZAKLJUČAK

Analizirajući poreklo ugovora o delu dolazi se do zaključka da njegovi najraniji koreni sežu hiljadama godina unazad. Ljudska potreba za regulisanjem rada postojala je koliko i sam rad, a ovaj pak koliko i razuman čovek. Iz današnjeg ugla možemo zaključiti da prvi zaokruženi sistem koji je regulisao rad pronalazimo tek u Rimskoj državi, a pre toga samo fragmentarno. Razlozi za ovo su mnogobrojni. Oni leže kako u činjenici da neke stare civilizacije usled svog načina privređivanja prosto nisu imale potrebu da se ovim sistemom bave, tako i u mučnoj, prozaičnoj činjenici da su mnogi proizvodi ljudskog intelekta otišli u zaborav sa nestankom pisanog traga o njihovom postojanju. To odsustvo izvora nas u kontekstu država i društava kojima smo se ovde bavili najviše pogađa kada su u pitanju stari Egipat i grčki polisi. Sa druge strane, na osnovu raspoloživih izvora postoje jake indicije ne samo da su grčki polisi imali razvijene pravne institute i visok nivo pravne svesti, već i da su postojali značajni međusobni uticaji ovih prava (npr. *Lex Rhodia de iactu*). Posebnu zanimljivost predstavljaju i tragovi ugovora o delu u najranijim počecima ljudske istorije, klinopisnim zakonicima.

<sup>62</sup> Ibid. čl. 215–217; 221–223.

<sup>63</sup> Ibid. čl. 224.

<sup>64</sup> Ibid. čl. 239, 258–259, 261.

<sup>65</sup> Ibid. čl. 228–233.

<sup>66</sup> Kako postoji više prepisa ovog zakonika, kao i mnoštvo skraćenih verzija koje ne obuhvataju član 200, ovde navodimo izvor: <http://www.fordham.edu/halsall/ancient/1650nesilim.asp>

Uz napomenu da se treba uzdržavati od stavljanja nekakvog znaka jednako-  
sti, može se na osnovu raspoloživih podataka zaključiti, da su Rimljani još u pret-  
klasično doba sa *locatio conductio operis faciendi* najbliže prišli onome što mi da-  
nas podrazumevamo pod ugovorom o delu. Najdalje poreklo ovog ugovora leži  
pak preko hiljadu godina dalje u istoriji, u periodu osvita prvih bliskoistočnih ci-  
vilizacija.

MIROSLAV ĐORĐEVIĆ, LL.M.,  
Institute of Comparative Law, Belgrade

## ORIGINS OF LETTING AND HIRING OF WORK

### Summary

Contract for work (letting and hiring of work) is one of the ways that people have used since the beginning of civilization in order to regulate relations that arose regarding work. Throughout history it has changed its forms, as same as the reputation of the people who use this contract within their occupation has changed into what we know today. Contrary to modern understanding, ancient civilizations considered working for anyone but yourself to be dishonorable and disgraceful. In this paper author analyses roots of letting and hiring of work in ancient Roman, Greek and Mesopotamian law and culture, as well as the understanding of work within these civilizations, that has influenced and shaped the form and future of letting and hiring of work. Although there are many common features of these old cultures, their understanding of work for other person differs significantly, and each one of them hold certain special characteristics. Most developed and systematic legal framework for letting and hiring of work can be found in Roman law, but the earliest manifestation of such contract existed much before. The oldest legal text known today, the Code of Ur – Nammu from the year of 2100 B.C. has norms that indicate the existence of letting and hiring of work in the very dawn of human civilization.





VELISAV MARKOVIĆ,  
SLOBODAN R. MARTINOVIĆ

## ZASTUPNIŠTVO U RIMSKOM I SREDNJOVEKOVNOM PRAVU

### U V O D

Zastupanje je preduzimanje pravnih poslova u ime i za račun zastupanog fizičkog ili pravnog lica, na osnovu ovlašćenja za zastupanje. Lice koje preduzima pravne poslove (pravne radnje) je zastupnik, a lice u čije ime i za čiji račun se posao preduzima je zastupani (vlastodavac). Pored zastupnika i zastupanog u pravnom poslu se pojavljuje i treće lice sa kojim zastupnik zasniva pravni posao u ime i za račun zastupanog.

Pravni subjekt nekada ne može sam preduzeti pravni posao zbog pravnih (nedovoljan uzrast, nedostatak procesne sposobnosti) ili faktičkih (nesposobnost za rasuđivanje, čulni i drugi anatomsko-fiziološki nedostaci) smetnji. Institutom zastupanja omogućava se svim licima koja pravni posao ne mogu lično preduzeti, da to učine preko zastupnika. Zastupanje deluje tako da ugovor ili drugi pravni posao koji zaključi zastupnik u ime zastupanog lica i u granicama svojih ovlašćenja obavezuje neposredno zastupanog i drugu ugovornu stranu. Zastupnik učestvuje u stvaranju pravnog odnosa ali on ostaje po strani od dejstva posla koji je zaključio u ime zastupanog.

---

Dr Velisav Marković, profesor Univerziteta Singidunum, Poslovni fakultet u Valjevu.

Dr Slobodan R. Martinović, docent Univerziteta Singidunum, Poslovni fakultet u Valjevu.

Institut zastupništva neraskidivo je povezan sa jednim od osnovnih pravnih pojmova – pojmom pravnog subjektiviteta. S druge strane, pravni subjektivitet povezan je, posredno ili neposredno, s posedovanjem svesti i volje, što se najčešće označava kao sposobnosti za rasuđivanje, premda svakako obuhvata i sposobnost za donošenje odluka. Tvrdnju o toj povezanosti ne obesnažuje pravni subjektivitet lica koja (recimo, usled nedovoljnog uzrasta, mentalne retardacije ili duševne bolesti) nemaju sposobnost za rasuđivanje koju pravo zahteva, to jest, kako se takođe označava ovaj nedostatak, nemaju pravno relevantnu volju, usled čega ne mogu zaključivati pravne poslove. Zakonski zastupnik, koji je uvek potpuno poslovno sposobno lice, odnosno lice sposobno za rasuđivanje, uvek je pridodat licu nesposobnom za rasuđivanje koje je pravni subjekt. To je dokaz da se pravni subjektivitet ne može zamisliti bez sposobnosti za rasuđivanje i da je pravna statika samo pravna osnova za pravnu dinamiku – pravno relevantne aktivnosti, koje predstavljaju ono bitno u pravu.

Zakonski zastupnik je alter-ego fizičkog/prirodnog lica nesposobnog za rasuđivanje pa se čak može reći da oni predstavljaju pravom konstruisano jedinstvo. Kod pravnog lica to jedinstvo je još vidljivije – tu se zakonski zastupnik i ne vidi izvan pravnog lica, on je deo njega, uronjen u njegovu strukturu, uslov za njegovo postojanje.

Pravo, dakle, priznajući pravni subjektivitet pravnim licima i fizičkim/prirodnim licima bez sposobnosti za rasuđivanje, ima u vidu postojanje svesti i volje, ali ne svesti i volje samih tih lica, već lica koja deluju u njihovo ime (zastupnici). Na taj način u naš vidokrug ulazi fiktivna priroda prava, kada se radnje jednog lica uračunavaju drugom licu, *kao da* ih je ono obavilo (iako je svima jasno da ih ono nije obavilo).<sup>1</sup> Pravo je stvaranjem instituta zastupništva (voljnog i zakonskog) primenom fikcije praktično spojilo dva subjekta u jedan subjekt ili su oni bar u odnosu korelacije. Lice bez odgovarajuće svesti i volje jeste pravni su-

<sup>1</sup> Na ovom mestu navodimo nekoliko definicija fikcija, primenljivih i na fikcije u pravu: 1. "Fikcijom se naziva svaka svrsishodna, ali svesno pogrešna, lažna pretpostavka" (Vaihinger Hans: *Die Philosophie des Als-Ob*, Verlag von Felix Meiner, Leipzig 1920, str. 130. 2. Fikcija je (uključujući i fikciju u pravu) tvrdnja koja ne odgovara stvarnosti, ali koja je priznata, odnosno svesno prihvaćena, kao neistinita (Popović Đura.: *Pojam pravnih fikcija i njihova primena u međunarodnom pravu*, Privrednik, Beograd 1931, str. 6. 3. "Fikcija je pravna norma kojom se za određeno činjenično stanje (fikcijska baza) vezuju istovetne pravne posledice koje prate neko drugo činjenično stanje (fingirano činjenično stanje)" (Bernhöft Franz: *Zur Lehre von den Fiktionen*, Vaimar 1907, str. 3. 4. "Fikcija je izjava praćena potpunom ili delimičnom svesnošću o pogrešnosti, lažnom karakteru te izjave, ili lažna izjava prihvaćena zbog svoje korisnosti" (Fuller Lon: *Legal Fictions*, Stanford University Press, Stanford 1967, str. 9. Analizom navedenih definicija uočavamo tri elementa čije se postojanje nameće kao neophodan uslov da bi se neka tvrdnja smatrala fikcijom, u bilo kojoj pa i u pravnoj oblasti. Ti elementi su: odstupanje od stvarnosti, svrsishodnost i svest o odstupanju tvrdnje od stvarnosti. Pri tome su prva dva elementa obavezna i nesporna, dok o značaju trećeg elementa postoje različiti stavovi.

bjekt, ali taj subjektivitet postaje moguć tek pridodavanjem tom licu drugog lica, lica koje reparira taj nedostatak. Ta simbioza je takva da bez instituta zastupništva ne bi bio moguć pravni subjektivitet lica s defektom svesti i volje, a, s druge, strane, zastupništvo (osim voljnog zastupništva) bi bez takvih lica izgubilo svoj razlog postojanja.

Za razliku od prava, moral ne poznaje zastupništvo kao delanje u tuđe ime i za tuđ račun, delanje čije se posledice uračunavaju zastupanom, iako nije delao on nego zastupnik. Moral zahteva da baš moralni subjekt bude sposoban da učini moralno delo, to jest da ispunji moralnu obavezu. Drugim rečima, ne može se biti moralan preko radnji drugog lica, osim ako se samim njegovim angažovanjem, a ne samom njegovom radnjom koja ima karakter pukog sredstva, ispunjava neka moralna obaveza. Tada se ispunjenje obaveze uračunava licu koje je iz moralnog motiva naručilo neku radnju, a ne licu koje je radnju obavilo i prema njoj nema nikakav moralom motivisan odnos, pa ona ima karakter običnog tehničkog sredstva. Tako na primer, ako neko odluči da iz poštovanja moralnog zakona plati zastareo dug svom poveriocu, pa to ne učini lično nego pošalje novac poštom, jasno je da je moralnu obavezu ispunio on a ne poštar koji je novac uručio poveriocu. Ovde se ne radi o zastupništvu pošto angažovano lice obavlja radnje koje nemaju moralni nego čisto faktički karakter, kao što se, na primer, ne radi o zastupništvu ni u odnosu između naručioca posla i poslenika po ugovoru o delu, s obzirom na to da poslenik obavlja faktičke, a ne pravne radnje.

U radu je prikazan institut zastupništva u rimskom pravu i u srednjem veku.

## ZASTUPNIŠTVO U RIMSKOM PRAVU

### *Opšti pogled*

U rimskom pravu, ni u drugim poznatim nam starim pravima, zastupništva (delanja u tuđe ime i za tuđ račun) nije bilo. Stara prava ne poznaju preduzimanje pravnih poslova za drugog putem zastupništva. Ekonomika i pravo nekih od tih antičkih društava, bili su vrlo razvijeni. Ta prava su mnoge pravne institute razvila do zavidne visine, i nekima od njih se, sa nepromenjenom fizionomijom, služi i moderno pravo. Ipak, ustanova zastupništva nije bila poznata.<sup>2</sup>

Većina romanista i civilista smatra da u rimskom pravu nije bilo i nije ni moglo biti zastupništva u današnjem smislu te reči. Od toga su, ipak, postojali izuzeci, pa je, na primer, zajam (*mutuum*) u klasičnom periodu mogao biti zaklju-

---

<sup>2</sup> Radovanović-Vučković Marija: *Zastupništvo u građanskom i privrednom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1969, str. 9.; Tako i Zakonici drevne Mesopotamije (Ur-Nammuov, Bilalammov, Lipit-Ištarov i Hamurabijev zakonik) ne sadrže odredbe o zastupanju. Ti propisi su "popis pravnih slučajeva koji svojom specifičnošću odudaraju od tradicionalnih normi ponašanja": Višić Marko: *Zakonici drevne Mesopotamije*, Službeni list SCG, Beograd 2003, str.125.

čen preko zastupnika u pravom smislu te reči, pošto je ugovor proizvodio pravno dejstvo neposredno i samo na vlastodavca.<sup>3</sup>

Prema rimskom shvatanju, stranke su morale lično učestvovati u sklapanju pravnog posla. Neposredno zastupanje, tj. samostalno postupanje zastupnika u korist ili na teret odsutne stranke, bilo je u osnovi isključeno. Za prenos volje stranaka mogli su se poslužiti trećom osobom, glasnikom (*nuntius*)<sup>4</sup> ukoliko stroga forma pravnog posla nije zahtevala lično ispoljavanje volje. Neki poslovi mogli su se obavljati putem roba ili sina (*per servum aut filium*), jer se smatralo da oni izvršavaju materijalni akt, bili su neka vrsta produžene ruke porodičnog starešine.<sup>5</sup> Važilo je načelo da ugovor ima relativna dejstva jer, po pravilu, stvara prava i obaveze za ugovorne strane – *Alter alteri obligatur*.<sup>6</sup> Shodno tome, niko ne može svojom voljom obavezati drugog – *Alteri stipulari nemo potest*.<sup>7</sup> To je važno i za druge vrste ugovora u korist i na teret trećih lica.<sup>8</sup>

Podrazumeva se da su se navedena pravila primenjivala samo na zastupnika koji nije bio u vlasti zastupanoga, isključujući zavisna lica koji su bili članovi porodice ili deo imovine (*res familiaris*), zbog čega su smatrane produžetkom pravne ličnosti zastupanoga. Da bi se *pater familias* zaštitio od posledica neželjenih aktivnosti svojih potčinjenih, rimsko pravo je propisalo da potčinjeni mogu samo poboljšati, a nikako pogoršati situaciju imaoća vlasti. Potčinjeni nisu mogli pravovaljano otuđiti vlasništvo bez vlasnikovog pristanka, izraženog pre (*iussu, permisio*) ili posle otuđenja (*ratihabitio*). Navedeno pravilo imalo je za cilj sprečavanje nanošenja štete gospodarovim ekonomskim interesima, ali je uskraćivanje svakog poverenja i kredita potčinjenima značilo onemogućavanje njihovog učestvovanja u pravnom prometu, što je u krajnjem, škodilo samim robovlasnicima. Slobodno nezavisno lice svojim radnjama, bilo ugovornim bilo deliktним, nije moglo obavezati drugoga. *Codex Iustinianus* ponavlja da ništa nije sigurnije nego da niko ne može biti obavezan iz ugovora drugog lica (C.4.12.3: *Certissimum enim est ex alterius contractu neminem obligari; sl. C.4.26.7.3; 4.27.1; 4.50.6-*

<sup>3</sup> Dragomir Stojčević: *Rimsko privatno pravo*, "Savremena administracija", Beograd 1983, str. 200.

<sup>4</sup> G. 3.31.36; D.13.5.14.3; D.13.5.15; D.17.1.1.1.1; Kaser: *Das römische Privatrecht I*, München 1971, cit. prema Šarac Mirela: *Zastupanje u pravnim poslovima u rimskom pravu*, Pravni fakultet sveučilišta u Splitu, Split 2008, str. 17.

<sup>5</sup> Stanojević Obrad: *Rimsko pravo*, Dosije, Beograd 2007, str. 378. Videti i Malenica Antun: *Rimsko pravo*, Pravni fakultet Novi Sad, Novi Sad 2008, str. 374.

<sup>6</sup> Just.-Inst.3.22.2 ("Čovek se čoveku obavezuje" – obligacija je odnos između dve određene strane) navedeno prema Babić Ilija: *Obligaciono pravo*, Fakultet za evropske pravno-političke studije Sremska Kamenica i "Službeni glasnik RS", Beograd 2009, str. 131.

<sup>7</sup> D. 45.1.38.17, ibidem, str. 131.

<sup>8</sup> Milošević Miroslav: *Rimsko pravo*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2008, str. 329.

7).<sup>9</sup> Odstupanje od navedenih načela rimsko pravo je dopustilo samo u posebnim slučajevima, od kojih je najvažniji bio sticanje poseda, a time i sticanje vlasništva po prokuratoru putem tradicije. Sporno je, međutim, da li je tutor već po klasičnom pravu mogao zastupati šticećenika pri sticanju poseda, a time i pri sticanju prava svojine. Iako je pretorsko pravo u većoj meri priznalo zastupanje (sticanje *bonorum possessio* putem trećega, kod delovanja institora, kapetana broda, *receptum nautarum*), ni u pretorskom ediktu, ni u kasnijim pravničkim komentarima nigde se ne nailazi na opšte dopuštenje zastupanja. Justinijanovo pravo zadržalo je staro shvatanje o zastupanju, s tim što je priznalo neposredno zastupanje kod sticanja poseda i svojine po osnovu poseda po svakom mandataru, ne ograničavajući ga na prokurate i tutore. Slično je važno i za ugovore u korist trećeg, koji se u rimskom pravu ne mogu odvojiti od zastupanja.

### *Posredno zastupništvo u rimskom pravu*

Stav rimskih pravnika prema zastupanju najbolje se oslikava u tekstovima Gaja, Modestina, Pavla (Paulus), Ulpijana i Dioklecianovim konstitucijama.<sup>10</sup> Iz navedenih tekstova se može zaključiti da je postojala nedopustivost direktnog obavezivanja trećih lica koja se nije odnosila samo na stipulaciju nego i na celokupne ugovorne odnose. Ovo je načelo imalo dalekosežne posledice jer je ugovornim stranama uskraćivalo mogućnost da treće lice, koje nije učestvovalo u skla-

---

<sup>9</sup> Šarac Mirela, *op.cit.*, str. 9.

<sup>10</sup> G.2.95: "Iz ovoga se može zaključiti da ni po kojoj osnovi ne možemo steći nešto preko slobodnih ljudi koji nisu pod našom vlašću, niti su u našem poštenom posedu, a isto tako ni putem tuđih robova na kojima nemamo plodouživanje ni zakonit posed. To je ono što se obično kaže da preko tuđih lica ne možemo ništa steći. Jedino se u pogledu poseda postavlja pitanje može li se steći putem tuđih lica." Stanojević Obrad: *Gaj, Institucije*, "Službeni list SFRJ", Beograd 1982, str. 113; D.44.7.11. *Paul.*: "Bilo kakav pravni posao da obavljamo, koji nastaje na temelju našeg ugovora, obaveza ne može nastati ako ne potiče od nas osobno, niti nam u tom slučaju daje pravo na valjanu tužbu. Prema tome, nema mogućnosti ni kod stipulacije, ni kupnje, ni prodaje, ni ugovaranja da mi to zaključimo, a da drugi u svoje ime pravovaljano o tome vodi spor." Romac Ante: *Izvori rimskog prava*, Informator, Zagreb 1973, str. 313. C.8.38(39).3pr. (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Isidoro*): "Kako se među odsutnima ne može ugovoriti verbalna obaveza, tako niko za drugoga, pod čijom se vlašću ne nalazi, ne može ugovoriti da će nešto dati ili vratiti." Šarac Mirela: *op.cit.*, str. 18. I.2.9.5.: "Iz ovoga očito sledi da vi preko slobodnih ljudi koji nisu podložni vašoj vlasti, niti ih posedujete u dobroj veri kao ni preko tuđih robova, nad kojima nemate ni plodouživanje, niti valjan razlog posedovanja, ne možete ni po kakvoj osnovi nešto steći. To je ono (pravilo) kojim se kaže da mi ne možemo ništa steći preko strane osobe, izuzimajući, razumljivo, onu slobodnu osobu koja je, na primer, (naš) zastupnik, preko kojega možemo, prema konstituciji božanskog Severa, steći posed ne samo onda kada za to znamo, nego i onda kada ne znamo. Preko takvog poseda (stičemo) i vlasništvo (tradicijom) kada je onaj ko je stvar predao bio vlasnik, odnosno po osnovi dosjelogosti ili dugotrajnog posedovanja ukoliko (tradent) nije bio vlasnik." Navedeno prema Romac Ante: *Justinijan, Institucije*, Zagreb 1994, str. 163.

panju pravnog posla, nešto stekne na osnovu tog posla i uputilo je rimski pravni promet na put tzv. posrednog zastupanja. To je značilo da je treće lice moglo steći pravo koje joj je bilo namenjeno tek naknadnim prenosom od strane zastupnika, na osnovu posebnog internog odnosa koji je postojao između zastupnika i zastupanoga.

U rimskim pravnim izvorima ne nalazimo termin koji uopšteno označava zastupanje ili zastupnika.<sup>11</sup> Ovlašćenje za posredno zastupanje Rimljani označavaju s “*iubere*”, “*iussum*”, ili “*mandatum*”. Rimsko pravo je poznavalo više pravnih instituta pomoću kojih je omogućeno delovanje putem posrednika, ali iz njih nisu razvili opšti pravni institut.

Isključenjem neposrednog zastupanja rimski pravni promet upućen je na tzv. posredno zastupanje, tj. takvo zastupanje kod kojega je zastupnik zaključivao pravni posao u svoje ime, a za račun zastupanoga (gospodara posla). Pri tome nisu nastajali nikakvi pravni odnosi između gospodara posla i zastupnikovog saugovarača. Svi učinci tako sklopljenog posla odnosili su se samo na zastupnika koji je trebalo da ih naknadno prenese na zastupanog, putem internog odnosa koji je među njima već postojao (ugovora o nalogu, poslovodstva bez naloga, najma, ortakluka, tutorstva, starateljstva i sl.). Ipak, sve razvijeniji privredni i pravni odnosi u periodu kasne Republike zahtevali su da se u većoj meri omogući zaključivanje pravnih poslova putem trećih lica. Mnogim licima angažovanim u privrednim aktivnostima trebalo je omogućiti zaključivanje i izvršavanje legalnih obavezujućih poslova bez njihovog prisustva. U nedostatku pouzdanih neposrednih sredstava komunikacije na većim udaljenostima, posredovanje zastupnika snabdevenog odgovarajućim ovlašćenjem za autonomno donošenje odluka bilo je jedini put ostvarivanju tih zahteva bez većih odlaganja. Tim potrebama rimsko pravo je udovoljilo tako što je iskoristilo posebnosti porodičnopravnih odnosa i robovskog rada, uvažavajući činjenicu da civilnopravna obaveza imaoca vlasti nije mogla nastati iz poslova potčinjenih lica.

Da bi izbegli navedene teškoće, Rimljani su otkrili svoj način, bez ukidanja tradicionalnih pravila vezanih za izvršavanje pravnih poslova. Nedostatak neposrednog zastupanja kompenzovan je uz pomoć dva bitna elementa rimskog društva: institucije ropstva i čvrsto povezane porodice, čija je ekonomska i pravna moć skoncentrisana u liku porodičnog starešine (*pater familias*). Pretor je iskoristio staro shvatanje rimskog prava po kojem je ocu porodice pripadalo sve ono što bi njegovi robovi i slobodni ljudi stekli na bilo koji način. Pa ipak, staro načelo prema kojem robovi i potčinjena slobodna lica nisu mogli obavezivati gospodara postalo je značajna smetnja u uslovima sve razvijenijih privrednih odnosa. Zbog toga je u posebnim slučajevima, uz ispunjenje određenih pretpostavki, pretor bio prinuđen dopustiti saugovaraču potčinjenoga, pored njegovih zahte-

<sup>11</sup> Kaser: RPR I, § 62.

va prema potčinjenome, i «dodatni» zahtev protiv njegovog gospodara. Prema Pavlovim rečima u D.14.1.5.1: *hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur*, ta su pravna sredstva od glosatorskih vremena nazvana *actiones adiecticiae qualitatis*.<sup>12</sup> Putem tih tužbi rimsko pravo se približilo učincima neposrednog zastupanja. Takvi su zahtevi dopušteni i u slučajevima kada su slobodni ljudi, u svojstvu nameštenika (poslovođe trgovinske ili neke druge radnje ili kapetana broda) ili upravitelja imovine (*procurator*), zaključivali poslove za račun svog principala<sup>13</sup>. Rezultati tako sklopljenog pravnog posla neposredno su se odnosili na gospodara posla i u drugim sličnim slučajevima kada su postojale određene pretpostavke (npr. kod insolventnosti posrednika), ili kada je pretor nakon utvrđivanja činjeničnog stanja (*causa cognita*) dopuštao *actio utilis* protiv, ali i u korist imaooca vlasti. Međutim, u navedenim slučajevima nije se radilo o neposrednom zastupanju, jer rezultati pravnog posla za gospodara nisu nastupali voljom učesnika nego snagom zakona (Gai. D.41.1.32) i odnosili su se kako na gospodara posla tako i na potčinjenog - zastupnika (Paul. D.14.1.5.1). Naročito je zanimljiva delatnost prokuratora koje su bogatiji Rimljani postavljali za upravitelje svoje imovine, ovlašćujući ih na sklapanje poslova vezanih za obavljanje te funkcije. *Procurator*<sup>14</sup> je mogao otuđiti vlasništvo za račun gospodara posla (G.2.64), preuzeti obaveze ili ih odložiti. Već je u klasičnom pravu na prokuratovom ovlašćenju raspolaganja zasnovano pravo gospodara posla na *condictio* iz zajma koji je dao *procurator*. (*Ulp.* D.12.1.9.8; *Paul.* D.45.1; 126.2; C.4.27.3).

U skladu sa pravilima posrednog zastupanja poslovi su bili obavljani prema trostranom obrascu: gospodar posla (*dominus negotii*, principal, zastupani) - zastupnik - treća ugovorna strana (zastupnikov saugovarač). Stranke su bile obavezne poštovati ugovor koji su zaključili zastupnik i treća ugovorna strana. Ipak, ako bi došlo do raskida ugovora krivicom jedne strane, druga je strana mogla putem suda zahtevati ispunjenje ugovora, odnosno novčanu naknadu. Zastupnikov saugovarač, u ulozi tužioca, suočavao se s nepremostivim teškoćama u svom nastojanju da ostvari ispunjenje obaveze koju je ugovorio zastupnik. Ako je rob delovao kao zastupnik, treća ugovorna strana ostajala je u potpunosti bez pravne zaštite, jer rob nije mogao biti tužen niti je mogao učiniti gospodara odgovornim za bilo koju ugovornu obavezu. Slična je situacija bila i sa zastupnikom koji je bio slobodan čovek *alieni iuris*. Iako je mogao biti tužen i osuđen, nije bilo moguće ostvariti svrhu zbog njegove imovinske nesposobnosti. Konačno, ako je zastupnik

---

<sup>12</sup> Šarac Mirela: *op. cit.*, str. 10.

<sup>13</sup> *Absentis alicuius procurator praesens imago*. (*Sec. Papinianus* - D.21.2.66.3) Zastupnik je prisutna slika svakog odsutnog lica. ("Riznica pravnih izreka - Thesaurus sententiae iuris", *Biblioteka Pravni informator, Intermex*, Beograd, treće izdanje 2007. godine, str.178.

<sup>14</sup> Prokurator je bio lice koje je dobilo jedno opštije ovlašćenje da štiti nečije interese, u prvom redu na sudu. Stanojević Obrad: *Rimsko pravo*, str. 379.

bio slobodan čovek *sui iuris*, svrha je ponovo mogla izostati ako zastupnik ne bi imao imovinu dovoljnu za namirenje tužiočevog potraživanja. Zato je bilo nužno osigurati zastupnikovom saugovaraču zakonsko sredstvo kojim će utužiti prava iz zaključenog ugovora, ako ne protiv zastupnika (ili njegovog vlasnika, odnosno imaoca vlasti), onda protiv principala. Zastupnikov saugovarač mogao je ostvariti svoja prava na dva različita načina: čineći principala direktno odgovornim za poslovanje svog zastupnika, ili tako što bi mu se omogućilo namirenje iz imovine koju je gospodar posla poverio zastupniku. Shodno tome, odgovornost principala mogla je biti neograničena (*in solidum*), ili ograničena, bilo na obim imovine poverene zastupniku, ili na obim obogaćenja principala iz posla koji je zastupnik zaključio s trećim.

### *Actiones adiectitiae qualitatis*

Važan korak na putu nastajanja ustanove zastupništva u rimskom pravu bilo je pretorovo uvođenje sistema tužbi *actiones adiectitiae qualitatis*, i obavezivanje, putem njih, i lica koja nisu učestvovala u sačinjavanju pravnih poslova. Pravilo je ostalo: uvek je onaj ko je sačinio jedan pravni posao bio po njemu i obavezan, ali pretor je, pod izvesnim uslovima, obavezivao iz takvog posla i lice koje posao i nije sačinilo. Pretor je ovo postizao koristeći formulu sa izmenjenim subjektom.<sup>15</sup>

U tačno određenim slučajevima pretor je dopustio zastupnikovom saugovaraču tužbe protiv gospodara posla tako što bi *intentio* glasila na potčinjenoga koji je zaključio posao, a *condemnatio* na gospodara. To su: *actio quod iussu*, *actio de peculio et de in rem verso*, *actio tributoria* te dve tužbe kod kojih lice koje je delovalo kao zastupnik nije nužno moralo biti pod principalovom vlašću: *actiones exercitoria i institoria*.<sup>16</sup>

Inicijativu za podnošenje tih tužbi imala je treća ugovorna strana a ne *pater familias*, odnosno gospodar, kao što je bilo po pravilima *ius civile*. Te su tužbe odobravane trećoj ugovornoj strani ako je *pater familias*: 1) odobrio preuzimanje obaveze; 2) dodelio potčinjenom licu opšte ovlašćenje za rukovođenje nekom imovinom ili preduzećem; 3) ili mu dao *peculium* da upravlja po ličnoj proceni; 4) imao koristi iz poslovanja potčinjenog (*versio in rem*).

1. *Actio quod iussu*.<sup>17</sup> – Ukoliko bi *pater familias* ovlastio treću ugovornu stranu da sklopi pravni posao sa njegovim sinom ili robom, ili ako bi naknadno odobrio zaključeni posao (*ratihabitio*), jemčio bi, pored tih lica, u punom obimu (*insolidum*) za obaveze nastale iz tog ugovora. Ovlašćenje (*iussum*) u smislu jemstva za sklopljeni posao, predstavljalo je svako predočavanje koje bi *pater familias*

<sup>15</sup> Radovanović-Vučković Marija: *op. cit.*, str. 10.

<sup>16</sup> Šarac Mirela: *op. cit.*, str. 12.

<sup>17</sup> G.4.70; D.15.4.



uputio trećoj ugovornoj strani, da će pravni posao potčinjenog lica smatrati svojim.<sup>18</sup> Nije bio propisan poseban oblik u kojem je ovlašćenje trebalo dati. *Pater familias* ga je mogao dati usmeno, pismom, testamentom, putem glasnika, a mogao se odnositi na pojedini posao ili za upravljanje celokupnim poslovima.<sup>19</sup>

2. *Actio institoria*. – Ako bi postavio sina u vlasti ili roba za voditelje trgovačkog ili nekog drugog posla (*institor, factor*), *pater familias* je u potpunosti odgovarao za obaveze iz pravnih poslova koje bi oni sklopili, jer se smatralo da su postavljanjem na tu dužnost dobili ovlašćenje za sklapanje pravnih poslova koji su spadali u poslovanje.<sup>20</sup>

3. *Actio exercitoria*. – Jednaku bi odgovornost imao *pater familias* i u slučaju ako bi kao vlasnik broda (*exercitor navis*) postavio za kapetana broda (*magister navis*) roba ili kućnog sina.<sup>21</sup>

Na osnovu slučajeva u kojima su primenjivane *actiones institoria i exercitoria*, može se zaključiti da je tu reč o odstupanju od rimskog načela o zabrani neposrednog zastupanja i od pravila *nemo alteri stipulari potest*, jer su se posledice pravnog posla koji je zaključio institor odnosno kapetan broda ili prokurator direktno odnosile na zastupanoga. No, iako je za obaveze iz tako zaključenih poslova vlasnik, tj. zastupani bio direktno odgovoran, one su istovremeno obavezivale i kapetana broda, institora ili prokuratora, koji su odgovarali zajedno s vlasnikom, zbog čega se ni ovde ne može govoriti o zastupanju u savremenom smislu.

4. *Actio de peculio*. – Osim slučajeva u kojima je *pater familias* u potpunosti odgovarao za obaveze koje su preuzeli kućni sin ili rob, postojali su i slučajevi u kojima je njegova odgovornost bila ograničena. Do takve je situacije dolazilo kada bi otac porodice dao deo imovine na upravljanje sinu ili robu. Pekulij<sup>22</sup> je pravno i dalje bio u očevom vlasništvu, ali je stvarno predstavljao imovinu sina s kojom je on mogao potpuno raspolagati, ali uz neka ograničenja (D.39.5.7.pr.). Sin ili rob su bili ovlašćeni da kod upravljanja pekulijem mogu sklapati poslove kao da se radi o njihovoj posebnoj imovini, a *pater familias* je tužbom *de peculio* (D.15.1.3.5.) odgovarao za obaveze proistekle iz njihovog poslovanja, ali samo do visine pekulija u trenutku izricanja presude. Kod utvrđivanja vrednosti pekulija trebalo je izuzeti sve što je *pater familias* potraživao iz pekulija kao «dug» sina ili roba prema njemu (D.15.1.5.4.) a dodati ono što je sam dugovao pekuliju (D.15.1.5.4.).

---

<sup>18</sup> G.4.70.

<sup>19</sup> D.15.4.1.1.

<sup>20</sup> D.14.3.1; D.14.1.1; D.14.1.1.2; D.12.1.29; I.4.7; C.4.25; D.11.6.7.3; D.23.2.58.

<sup>21</sup> P.S.2.6.1.

<sup>22</sup> G.4.72a-74a; D.15.1; C.4.26; I.4.7.4-4c.

5. *Actio tributoria*. – Ako su sin ili rob sa znanjem gospodara koristili u celosti ili delimično pekulij za vođenje trgovine ili radnje, protiv gospodara je u tom slučaju odobravana *actio tributoria*,<sup>23</sup> na osnovu koje su poverioci sina odnosno roba imali pravo na srazmerno namirenje iz aktive trgovačkog posla. Za poverioce je ipak bilo bolje podići *actio de peculio*, jer se kod te tužbe sva imovina koju je sin odnosno rob dobio od oca računala kao aktiva iz koje su se poverioci mogli namiriti, dok se kod *actio tributoria* pod pekulijem podrazumevala samo roba kojom su trgovali sin ili rob i dobit iz te trgovine.<sup>24</sup>

6. *Actio de in rem verso*. – Moglo se dogoditi da sin ili rob dobit stečenu iz posla sklopljenog s trećim licem ne pribave u pekulij, nego utroše u korist imaoca vlasti, npr. sklope ugovor o zajmu i pozajmljenom svotom plate gospodareve dužove. U tom slučaju gospodar je jemčio tužbom *de in rem verso* za svoje obogaćenje, čak ako bi pekulij bio iscrpljen ili uzet natrag.<sup>25</sup>

Iako se u Justinijanovom pravu reafirmiše načelo posrednog zastupanja, ipak je prihvaćena i proširena konstitucija cara Severa kojom je izmenjeno načelo ranog klasičnog prava prema kojem se ništa ne može steći zastupanjem od strane slobodne osobe. Car Sever je dopustio da se putem slobodne strane osobe, kao što je prokurator, može steći posed, a time i pravo vlasništva.<sup>26</sup> Justinijanovo pravo je dopustilo licima *sui iuris* da mogu sticati i otuđivati vlasništvo *alieno nomine* u realnim i konsensualnim ugovorima,<sup>27</sup> ali u ugovorima kao što je *stipulatio*, reafirmisano je načelo starog *ius civile: alteri stipulari nemo potest*.<sup>28</sup>

Međutim, u praksi su i vlastodavcu i trećoj ugovornoj strani omogućavani *actiones utiles*.<sup>29</sup> Ovaj praktičan izum pretora je sadržao u sebi nešto od mehanizma potrebnog za pojavu zastupništva. To je bio prvi značajan korak dalje od postulata da se možemo obavezivati samo ličnim učestvovanjem u poslovima, ka negiranju njegove apsolutnosti. Sama mogućnost obavezivanja i lica koje nije učestvovalo u pravnom poslu bio je znatan doprinos na putu iznalaženja zastupništva. Izostavljanje iz obaveze lica koje je posao preduzelo, tj. isključivo obavezivanje gospodara posla, rimsko pravo nije poznavalo.<sup>30</sup>

<sup>23</sup> G.4.72; D.14.4; I.4.7.3.

<sup>24</sup> G.4.74a.

<sup>25</sup> G.4.72a-74a; D.15.3; D.15.3.47; C.4.26; I.4.7.

<sup>26</sup> I.2.9.5.

<sup>27</sup> I.2.1.40-43.

<sup>28</sup> I.3.19.19.

<sup>29</sup> I.4.7.2a; C.3.42.8; D.14.3.19pr; D.3.3.67; D.19.1.13.25.

<sup>30</sup> Radovanović-Vučković Marija: *op. cit.* str. 10.

Rimljani su usvojili da neko može biti obavezan na osnovu ugovora koji nije sam zaključio<sup>31</sup> ali nisu nikad prihvatili da ne bude obavezan i onaj ko je ugovarao. Ni uvođenjem ovih tužbi rimsko pravo nije došlo do konstrukcije zastupništva. Putem njih je samo redovnom dužniku pridodalo još jednog. Namera rimskog prava nije bila da u slučajevima preduzimanja poslova za drugog obavezuje to drugo lice za koje je posao i preduzet, nego samo da redovnom doda još jednog, imovinski jačeg dužnika, ukoliko sudija utvrdi da su tačni navodi tužioca da je posao njegov. Pa ipak, rimsko pravo je praktičnim pretorovim konstrukcijama doprinelo iznalaženju načina da se u evropskim pravima zastupništvo pojavi zbog istih potreba robne razmene zbog kojih je došlo i do recepcije samog rimskog prava.

## ZASTUPNIŠTVO U SREDNjEM VEKU

### *Opšti pogled*

Sa jačanjem privrede i povećanjem razmene u srednjovekovnim evropskim državama povećavala se potreba za zastupanjem i uopšte savršenijim načinima delanja za drugog. Samu ideju da se može delati umesto drugog srednjovekovno evropsko pravo je pozajmilo iz kanonskog prava, tačnije iz učenja crkve o sebi kao predstavniku (zastupniku) boga na zemlji.<sup>32</sup> Po ovim učenjima crkve, kraljevi su, opet, zastupnici poglavara crkve u vršenju svetovne vlasti i ovaj ih može svrgavati kada to nađe za shodno. Uspešna nastojanja crkve da kanonskim pravom obuhvati što veći deo svetovnog prava, doprinela su širenju ideja ovog prava i njihovom prenošenju u svetovno pravo.<sup>33</sup> Još neka učenja kanonskog prava – o pravičnosti, o značaju date reči i volje i namere ugovornika u stvaranju i tumačenju ugovora, i, u skladu s tim, otpor prema formalizmu<sup>34</sup> presađenom iz rimskog prava – stvorila su povoljne uslove da u okviru srednjovekovnog prava dođe i do usvajanja principa zastupanja. Do usvajanja zastupništva došlo je kroz ugovor o mandatu i to postepeno. U početku se zahtevalo da vlastodavac još jednom odobri, potvrdi posao koji je neko, na osnovu ugovora o mandatu preuzeo za vlastodavca, da bi ovaj bio

---

<sup>31</sup> *Videtur gessisse, qui per alienum gessit* (Ulpianus – D. 26.7.5.3). Ko je radio preko drugog, smatra se kao da je radio sam. (“Riznica pravnih izreka – Thesaurus sententiae iuris”, *Biblioteka Pravni informator, Intermex*, Beograd, treće izdanje 2007. godine, str.128.

<sup>32</sup> Jean des Graviers: “Sveštenik kada ispoveda vernike je u isto vreme sudija, lekar i zastupnik (predstavnik) milosti božije”. *Le droit canonique - Paris* 1958, str. 33.

<sup>33</sup> “Tako kod Voltera u Enciklopediji nailazimo na tvrdnju da kanonsko pravo nije ništa drugo do izlaganje povlastica crkvenih lica, podarenih od strane monarha kao zastupnika (predstavnika) naroda”. Jean des Graviers: *op. cit.*, str. 67.

<sup>34</sup> U kanonskom pravu vidimo uvođenje manje formalnog testamenta nego što je to bilo u rimskom pravu, priznanje neformalnih ugovora i slično. Radovanović-Vučković Marija: *op. cit.*, str. 12.

direktno obavezan iz preduzetog posla. U XIII veku bilo je dopušteno da lice sa kojim je punomoćnik ugovarao ima direktnu tužbu protiv vlastodavca, ali nema još zastupanja, jer punomoćnik ostaje obavezan.<sup>35</sup> Tek u XIV i XV veku, pod uticajem kanonskog prava, teoriju rimskog prava o nezastupanju, zamenjuje teorija zastupanja. Za XVI vek je već izvesno da zastupništvo postoji u ugovoru o mandatu sa kojim se tada počinje identifikovati i sa kojim se dugo posle izjednačavalo. Punomoćnik je, izvršavajući obaveze primljene ugovorom o mandatu, obavezivao direktno vlastodavca i treće lice preduzimanjem pravnih poslova u vlastodavčevo ime, i ostajao sasvim po strani od dejstva posla. Tako je zastupništvo dobilo potpunu fizionomiju kakvu ima i danas, osim nepostojanja samog termina.<sup>36</sup>

### *Zastupništvo u srednjovekovnom srpskom pravu*

Srednjovekovno srpsko pravo poznavalo je zastupništvo i pre donošenja Dušanovog zakonika, u kojem je taj institut dalje razvijen. Manastiri i samostalne crkve imali su svojstvo pravnog lica i u sporovima su ih zastupale starešine (igumani i starešine crkve).<sup>37</sup> Ipak, važnije pravne poslove, naročito poslove kojima se otuđuje manastirsko imanje, iguman nije smeo da zaključi bez "zgovora", odnosno bez pristanka starije manastirske braće, a o prodaji manastirske zemlje rešavao je ceo manastirski sabor.<sup>38</sup> Dušanov zakonik,<sup>39</sup> donet na saborima u Skoplju (1349) i Serezu (1354), potvrdio je i uopštio odredbe o igumanu kao zakonskom zastupniku manastira.<sup>40</sup> Zakonik poznaje zastupništvo i u odredbama o porodičnoj zadrugi. Na čelu zadruge je "gospodar kuće" (član 71) – porodični starešina (otac ili stariji brat (čl. 51. i 66). On zastupa zadrugare na sudu (član 66), a ako neko od njih izvrši krivično delo, "vse da plati gospodar kuće ili da dast koji je zlo učinio" (član 71), što znači da je gospodar kuće imao ovlašćenja i prema ličnosti zadrugara. Važno je, ipak, napomenuti da je na sudu zadrugu mogao zastupati i

<sup>35</sup> Eustache Pilon: *Essai d' une théorie générale de la représentation dans les obligations*, thèse, Chean 1897, str. 7.

<sup>36</sup> Marija Radovanović-Vučković: *op. cit.*, str. 12.

<sup>37</sup> To se vidi iz hrisovulje iz 1327. godine kojom je kralj Stefan Dečanski presudio spor između hilendarskog igumana Gervasija i sela Kosorića. U tom sporu kao predstavnik Hilandara javlja se njegov iguman Gervasije.

<sup>38</sup> Taranovski Teodor: *Istorija srpskog prava u nemanjićkoj državi*, NIU "Službeni list SRJ", Beograd 1996, str. 542, 543.

<sup>39</sup> Zakonik cara Stefana Dušana koji je donet na dva zakonodavna sabora 1349. i 1354. godine nije sačuvan u originalu. Do danas je sačuvan u 25 pronađenih prepisa-rukopisa nastalih u razdoblju XIV-XIX veka. Kao najstariji i najbliži izgubljenom originalu smatraju se Struški rukopis i njemu sličan Prizrenski rukopis, prvi iz XIV, a drugi iz XVIII veka. Više o tome Novaković Stojan: *Zakonik Stefana Dušana cara srpskog 1349. i 1354.* Državna štamparija, Beograd 1898. god.

<sup>40</sup> Taranovski, *op. cit.*, str. 543.

svaki redovni zadrugar, razume se: po nalogu gospodara kuće (član 66).<sup>41</sup> Ovdje već imamo voljno zastupništvo – punomoćstvo. Još je važnije to što Zakonik dozvoljava (član 66) da zadrugar ne mora lično da dođe u sud već to može neki od njenih članova, a ako se neko od tuženika zatekne na dvoru cara ili sudijinom, zadrugar nije morao da se prihvati suda već je mogao da pošalje «brata starijeg na sud».<sup>42</sup> Iako Zakonik ograničava krug angažovanih lica na nekoga od članova zadruge kojoj pripada i tuženik, nesumnjivo je da se radi o nekoj vrsti prava da se angažuje branilac. To je još izraženije u slučajevima kada se na sudu pojavi udovica ili bespomoćna žena. Takvoj stranci je tada dozvoljeno da slobodno izabere onoga koji će je zastupati (član 73: «Sirota koja nije kadra parničiti se ili odgovarati, da dade zastupnika, koji će za nju odgovarati»). Očigledno je da je takvoj stranci u potpunosti otvorena mogućnost da slobodno izabere onoga ko će je braniti, kao punomoćnika.

O tome ko se smatra «sirotom» Zakonik nešto kasnije razjašnjava rečima «sirota kudeljnica» (član 64). To bi značilo da se odnosi na ženu koja se izdržava predenjem. Taj institut «sirote» nije nov jer se spominje još u Svetostefanskoj hrisovulji kojom je kralj Milutin osnovao manastir Sv. Stefana u Banjskoj (1313-1318). Po hrisovulji sirota je ona meropaška udovica koja je usamljena, odnosno «I sirota koja ima mala sina...».

U južnim oblastima koje je pripojio car Dušan (Epir, Tesalija, Sveta Gora) situacija je bila nešto drugačija. Najznačajnija je Serska oblast koja je duže vreme posle smrti cara Dušana bila pod srpskom vlašću. U okviru te oblasti postojala je i posebna organizacija sudstva, kako ona svetovnog tako i crkvenog karaktera. Među činovnicima koji su se kretali na takvim sudovima za nas je najbitniji crkveni zastupnik - protekdik ili dikej.

Funkcija dikeja vuče poreklo još od vremena vladavine rimskog cara Valentijana I (364-375) kada su u svim municipalnim gradovima pojavili tzv. defensori čija je dužnost bila da pred višim sudovima štite interese siromašnih. Iz defensora je izrasla institucija crkvenog zastupništva. One se sreću u Seru i na Svetoj Gori. Osim naziva dikej, protekdik, on nekada dobija i ime pravni starešina, čuvar prava i slično. Dužnost dikeja Serske mitropolije vršila su, koliko se do sada zna ukupno 6 lica, 3 duhovna i 3 svetovna. Njihova je obaveza bila da zastupaju interese Serske mitropolije pred sudovima, pri sklapanju ugovora itd. i u njeno ime sve dokumente potpisuju. Osim dikeja javlja se i funkcija dikeofilaks - čuvar prava, veoma slična dikeju, ali sa tom razlikom što je on zastupao dvorske interese. Vremenom je i on ušao među crkvene zastupnike. Njegova je prvenstvena uloga bila da overava dokumenta. Onog momenta kada su Turci u potpunosti zauzeli Srbiju

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, str. 596, 597.

<sup>42</sup> *Ibidem*, str. 597; Fajfrić Željko: *Istorija jugoslovenske advokature*, Savez advokatskih komora Jugoslavije, Beograd 1998, str. 86.

prestalo je da važi staro srpsko zakonodavstvo. Ostaje samo crkveni sud, koji će u okviru osmanskog miletskog sistema imati nemalo prostranstvo i seoska i katunska (stočarska) jurisdikcija, koja zatamnjena i pritajena za srpske vlasti, dolaskom osmanske vlasti dobija na značaju.<sup>43</sup>

U Crnoj Gori zastupanje se prvo pojavljuje u primorskim gradovima Kotoru, Budvi, Baru i Ulcinju i bilo je uređeno gradskim statutima. Statut grada Budve potiče iz vremena Cara Dušana, a njegov današnji tekst, štampan je iz prepisa Krste Ivanovića iz 1653. godine.<sup>44</sup> Kotorski statut je sačuvan u verziji koja je bila redigovana u periodu 1372-1391. godina. Ovi statuti su bez prekida u punom obimu bili na snazi sve do kraja XVIII veka, a to znači više od 450 godina.<sup>45</sup>

Zastupanje u statutu Budve bilo je uređeno odredbama o advokaturi. Advokatura u Budvi nije bila predstavljala zanimanje za koje se građani slobodno opredeljuju, već je građaninu Budve odlukom nadležne vlasti bilo stavljeno u dužnost vršenje advokature. Taj građanin se nije unapred pripremao za taj posao, niti je mogao znati da će mu taj posao biti poveren, ali je svaki građanin stariji od 20 godina mogao očekivati da će biti izabran za advokata, pod uslovom da je muškarac. U Budvi su mogla postojati samo dva advokata, bili su opštinski službenici i njihov izbor je zavisio od paušalnog mišljenja većine plemića. Birani su na godinu dana i za vreme svog mandata nisu smeli primiti neku drugu dužnost pod pretnjom kazne od 100 perpera, kako za advokata tako i za onog ko mu je dao tu dužnost.

Poglavlje 84. Statuta, posvećeno je pravima i dužnostima advokata i glasi: «Naređujemo da niko ne može zahtjevati od opštinskih advokata da daju izjave ako im posao nije povjeren od stranke u prisustvu sudija i advokata protivne strane. Advokat je dužan da postavlja pitanja i odgovara savjesno kao da se radi o njegovoj stvari. Ako se advokatu dokaže da je pitao ili odgovarao zlonamjerno, gubi službu i plaća svojoj stranci štetu i nikad više ne može biti opštinski advokat. Za svaki predmet čija vrijednost prelazi 12 dinara advokat ima pravo na nagradu od

<sup>43</sup> O tome svedoči i Prota Mateja Nenadović koji u svojim "Memoarima" kaže: "I to mogu slobodno kazati da u našoj nuri – sva sela koja crkvi u Brankovinu idu – niko na kakav drugi sud nije išao niti je kavage bilo". A dalje o suđenju knežinskog kneza, svoga oca Alekse kaže: "On je neprestano po knežini hodao i koga kmetovi i seljaci optuže, i da je kriv vidi, kaznio ga je onde gde je pogrešio. A za vrlo velike krivice morao je slati u aps musulimu i kadiji (u Valjevo)". Nenadović Prota Mateja: "Memoari", Politika, Beograd 2005, str. 50. i 53.

<sup>44</sup> Njegov original, najvjerovatnije napisan na latinskom jeziku, nije sačuvan, a za vreme vladavine Mletačke republike preveden je na italijanski jezik. Sa italijanskog prevoda, koji se smatra najstarijim i najkorektnijim prevodom, preveo ga je na naš jezik i napisao predgovor Vučković Nikola, www.budva.com (16. mart 2010).

<sup>45</sup> Videti više u Prelević Radomir: *Pravno zastupništvo u Crnoj Gori, istorija jugoslovenske advokature*, Savez advokatskih komora Jugoslavije, Beograd 1998, str. 93-118.

1 dinar. Stranku koju je ranije uzeo da zastupa advokat ne može napustiti i zastupati drugu, pod prijetnjom kazne od 4 perpera u korist opštine.»<sup>46</sup>

## ZAKLJUČAK

Ako uporedimo rimsko i srednjovekovno pravo u odnosu prema zastupništvu, bez teškoća uočavamo da je srednjovekovno pravo došlo do tog instituta u onom smislu u kom ga poznaje i današnje pravo, dok se rimsko pravo (osim izuzetno) zadržalo na nivou posrednog zastupništva. Kako objasniti činjenicu da je rimsko pravo, inače u pogledu gotovo svih drugih privatnopravnih instituta daleko razvijenije od srednjovekovnog prava i bliže današnjem pravu, u pogledu zastupništva zaostaje za srednjovekovnim pravom? Smatramo da za to postoje dva osnovna razloga.

1) Rimljani su imali izuzetan smisao za rešavanje praktičnih i pojedinačnih pravnih pitanja. Njihov pristup pravnom fenomenu bio je kazuistički i antiteoretski. Kad god je to bilo moguće, rimski pravници su se uzdržavali od definisanja i svakog drugog uopštavanja.<sup>47</sup> Doduše, Rimljani su poznavali pravne fikcije, što svakako predstavlja odstupanje od kazuističkog i antiteoretskog stava, ali njihova sposobnost za stvaranje pravnih fikcija uglavnom nije prešla mogućnost stvaranja fikcije o nasciturusu i fikcija neophodnih za priznavanje prava na *actiones fictitiae*. Moglo bi se zaključiti da rimski pravници nisu bili spremni da stvore i prihvate fikciju bez koje nema zastupanja u današnjem smislu – da se radnja jednog lica uračunava drugom licu *kao da* ju je ono preduzelo, ali bi se, isto tako, iz činjenice da oni nisu poznavali takvo zastupništvo mogao izvesti i drugačiji zaključak. Naime, problemi u pravnoj praksi koji mogu nastati primenom savremene koncepcije zastupništva (npr. *falsus procurator*, prekoračenje ovlašćenja i drugi oblici nesavesnog rada zastupnika) nisu manji od problema koje može prouzrokovati rimska koncepcija tog instituta. Možda čitav problem treba posmatrati na drugačiji način – ako Rimljani nisu u praksi imali većih problema sa svojom koncepcijom zastupništva, onda im zaista nikakva fikcija o uračunavanju posledica radnje jednog lica drugom licu, *kao da* ju je ono obavilo, nije ni bila potrebna. Ne treba zaboraviti da su fikcije i nastale zarad rešavanja problema u praksi<sup>48</sup> - ako problema nema, fikcionisanje je izlišno.

---

<sup>46</sup> "Srednjvekovni Statut Budve" – prevod Statuta sa italijanskog i predgovor Vučković Nikola, Istorijski arhiv Budve, Budva 1988. god.

<sup>47</sup> Up. Stanojević Obrad, *Rimsko pravo*, str. 141, 142.

<sup>48</sup> Fajinger (Vaihinger) čitavo pravo posmatra kao praktičnu fikciju; ono, kao praktična fikcija, postoji da bi se ovladalo životom, da bi se njime gospodarilo u borbi za opstanak; po sebi i za sebe pravo ne predstavlja ništa (H. Vaihinger, *op. cit.*, str 36–39).

2) Konstrukcija instituta zastupništva u srednjem veku verovatno je bila olakšana učenjem o (hrišćanskoj) crkvi kao predstavniku (zastupniku) Boga na zemlji, dok su kraljevi zastupnici poglavara crkve u vršenju svetovne vlasti i on ih može zbaciti sa vlasti ako smatra da je to opravdano. Uspešna nastojanja crkve da važenje kanonskog prava proširi na što veći deo svetovnih odnosa, obuhvatajući na taj način i veliki deo svetovnog prava, proširila su i prenela u svetovno pravo neke ideje tog prava. Povoljne uslove za konstrukciju instituta zastupništva stvorila su još neka učenja kanonskog prava – o pravičnosti, o značaju date reči i volje i namere ugovornika u stvaranju i tumačenju ugovora, i, s tim u vezi, otpor prema formalizmu<sup>49</sup> preuzetom iz rimskog prava.

S druge strane, u rimskom pravu uticaj religije tokom istorije neprestano slabi, sve do postklasičnog perioda i proglašenja hrišćanstva za državnu religiju, ali to je već doba sumraka nekada moćne imperije. Rimski politeistički religija nije mogla pomoći rimskim pravnicima u konstrukciji pojma zastupništva zbog samog njenog karaktera – rimski bogovi su, kao i helenski, osim toga što su moćni i besmrtni, po svojim karakternim osobinama ljudi. Ideja da su ljudi ili neka zemaljska institucija zastupnik bogova bila bi za Rimljane, u najmanju ruku, neobična. Ipak, bilo bi nepravilno ne primetiti da je, i pored toga što nije došao do ideje neposrednog zastupništva, stvaranjem različitih, inventivnih i praksi prilagođenih oblika posrednog zastupništva pravnički genije Rimljana postavio temelje tog instituta i otvorio mogućnost njegovog daljeg razvoja do oblika kakav poznaje savremeno pravo.

VELISAV MARKOVIĆ, LL.D.,

Profesor, University Singidunum, Valjevo

SLOBODAN R. MARTINOVIĆ, LL.D.,

Assistant profesor, University Singidunum, Valjevo

## INSTITUTION OF REPRESENTATION IN ROMAN AND MEDIEVAL LAW

### Summary

Roman law knew, with some exceptions, only indirect representation, while the medieval law found a direct representation as the institution, as we know it in contemporary law. There are two main reasons that explain the fact that the Roman law retained the intermediary representation,

---

<sup>49</sup> U kanonskom pravu vidimo uvođenje manje formalnog testameta nego što je to bilo u rimskom pravu, priznanje neformalnih ugovora i slično. Radovanović-Vučković Marija: *op. cit.*, str. 12.



and the medieval law, though far less developed than the Roman law, came up with the idea of direct representation:

1. Direct representation is a legal fiction - the action of one person can be imputed to another person as if he has taken it (although it is clear that he has not taken it), and a legal fiction is used only when required to solve a practical problem. Probably the Romans with their construction of intermediary representation have not had too practical problems, so they had no need to construct a direct representation.

2. The structure of direct representation in medieval law has been facilitated by the theory of the Christian church of the church as the representative (agent) of God on earth, and the rulers were seen as representatives of church leaders in the exercise of secular power. This theory was a good starting point for the construction of institution of the direct representation.



## DEJSTVO NAČELA AKCESORNOSTI UGOVORA O JEMSTVU

### U V O D

Princip akcesornosti<sup>1</sup> jemstva je sadržan u zakonskom određenju pojma jemstva datom u članu 997. Zakona o obligacionim odnosima: “Ugovorom o jemstvu se jemac obavezuje prema povjeriocu da će ispuniti punovažnu i dospjelu obavezu dužnika, ako to ovaj ne učini”. Prema ovoj zakonskoj definiciji akcesornost je sadržana u obavezivanju jemca na ispunjenje tuđe obaveze. Kako je jemstvo upravo preuzimanje lične obaveze za ispunjenje obaveze dužnika, dakle tuđe obaveze, to je akcesornost biće jemstva koje određuje karakter i suštinu ovog ugovora. Ugovorom o jemstvu jemac se obavezuje da plati dug glavnog dužnika. Jemčeva obaveza pretpostavlja postojanje obaveze glavnog dužnika. Time je ona uvijek zavisna, nesamostalna i sporedna. Usljed akcesornosti ugovora o jemstvu egzistencija obaveze jemca je zavisna od postojanja obaveze dužnika iz osnovnog pravnog posla koji se jemstvom obezbjeđen. Stoga je akcesorni karakter ugovora o jemstvu njegova osnovna i najznačajnija osobina koja je vezana za egzistenciju ovog ugovora i njegovo pravno dejstvo.

Akcesornost jemstva proizilazi i iz opšteg pravila prestanka obaveza koji reguliše član 295. ZOO. “Obaveza prestaje kad se ispuni, kao i u drugim zakonom

---

Dragana Simanić, sudija Osnovnog suda Zvornik.

<sup>1</sup> Akcesoran (latinski *akcesija*) znači sporedan, podređen, pridodan, manje važan. Akcesoran ugovor (ili akcesorna obaveza) je pridodan dopunski ugovor koji se dodaje drugom (glavnom) ugovoru (ili obavezi). Vid. B. Kljajić, *Riječnik stranih riječi i izraza*, Zagreb, 1987, 33.

određenim slučajevima.” (stav 1) “Prestankom glavne obaveze gase se jemstvo, zalog i druga sporedna prava.” (stav 2) Prema ovoj odredbi opstanak jemstva se veže za postojanje osnovnog ugovora. Ona direktno i jasno upućuje na akcesornost kao izraz nesamostalnosti ugovora o jemstvu. Bez glavne obaveze nema ni jemstva.<sup>2</sup> Bez glavnog ugovora nema ni ugovora o jemstvu. Postojanje obaveze glavnog dužnika je *conditio sine qua non* jemstva.<sup>3</sup> Zbog akcesorne veze sa glavnim ugovorom jemstvo dijeli sudbinu tog ugovora. Iz tog razloga su za postojanje jemstva od značaja nastanak obaveze glavnog dužnika, njena punovažnost i prestanak, dakle egzistencija glavnog ugovora. Kao neposredna posljedica akcesornosti jemstvo ne proizvodi pravno dejstvo ako obaveza iz glavnog ugovora, koja je trebala biti obezbjeđena, nije nastala. Isto tako, jemstvo prestaje da postoji u trenutku prestanka glavne obaveze koja je bila obezbjeđena jemstvom. Stoga se princip akcesornosti, kao osnovni princip na kome počiva ugovor o jemstvu, manifestuje kao suštinska veza između ugovora o jemstvu i glavnog ugovora i osnova postojanja jemstva kao obezbjeđenja ugovora.<sup>4</sup>

#### *Prigovori jemca zasnovani na načelu akcesornosti*

Jemčevi prigovori koji potiču iz principa akcesornosti imaju zakonsko uporište u članu 1009. stav 1. ZOO prema kome “Jemac može istaći protiv povjeriočevog zahtjeva sve prigovore glavnog dužnika, uključujući i prigovor prebijanja, a ne i čisto lične dužnikove prigovore.” To su prigovori glavnog dužnika iz njegovog pravnog odnosa sa povjeriocem koji je obezbjeđen jemstvom.<sup>5</sup> Svi prigovori jemca zasnovani na ovom principu ukazuju na nastanak okolnosti koje daju mogućnost glavnom dužniku da isticanjem relevantnih prigovora odbije povjeriočev zahtjev za namirenje tražbine. Proističu iz uzročno-posljedičnog odnosa koji postoji između obligacije nastale zaključenjem ugovora o jemstvu sa obligacijom nastalom predhodnim zaključenjem glavnog ugovora. Ovi prigovori su objektivni jer

<sup>2</sup> H. Koziol, R. Welser, *Grundriß des bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeiner Teil und Schuldrecht*, 1976: “Jemstvo se od pristupanja dugu razlikuje u tome što je ono trajno i stalno zavisno od stanja glavnog duga, dok je kod kumulativnog pristupanja dugu dovoljno da je dug postojao u trenutku pristupanja istom.”, 244.

<sup>3</sup> B. Pavićević, “Jemstvo”, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, (ur. B. Blagojević, V. Krulj), II knjiga, Savremena administracija, 1983, 2157. 2092.

<sup>4</sup> B. Loza, *Obligaciono pravo*, Beograd, 2000: “Akcesornost jemstva se ne može isključiti. Ukoliko obaveza jemca ne bi bila akcesorna, tada bi imali pasivnu solidarnu obligaciju, a ne jemstvo.” 165.

<sup>5</sup> Njemački Građanski zakonik je pitanje akcesornosti jemčeve obaveze kroz pravo jemca na isticanje prigovora glavnog dužnika izrazio u članu 768. pod tačkom a.) “Jemac može dokazivati prigovore glavnog dužnika”; H. Koziol, R. Welser: “Kako jemac ne odgovara drugačije nego kao glavni dužnik, može istaći prema povjeriocu sve prigovore dužnika.” 245.

se mogu odnositi samo na osnovni ugovor, jemac ih može isticati nezavisno od volje glavnog dužnika i onda kada se on njima nije koristio kao i kada ih se odrekao, ali se ne mogu se odnositi na lični odnos glavnog dužnika i povjerioca i prigovore dužnika koji proističu iz tog odnosa.

Kada je postojanje glavnog ugovora za jemca nesporno on, kao i glavni dužnik, povjeriocu može isticati prigovore koji se tiču same tražbine – da ista nije dospjela, da je glavnom dužniku odloženo ispunjenje obaveze, da je glavni dug zastario. Ako bi se glavni dužnik odrekao nekog od prigovora koje ima prema povjeriocu to odricanje bi bilo bez dejstva prema jemcu. Tako bi jemac mogao isticati prigovor zastarjelosti i u slučaju da se glavni dužnik odrekao istog.<sup>6</sup> Prigovori koji proističu iz principa akcesornosti jesu i prigovori koji se tiču kvaliteta i obima jemčeve obaveze. Jemac odgovara za obavezu glavnog dužnika te mora postojati identitet kvaliteta u smislu istovrsnosti njegove obaveze sa dužnikovom obavezom – ako obaveza glavnog dužnika glasi na novac i obaveza jemca je novčana. U pogledu obima jemac se može obavezati u jednakoj visini kao i dužnik ali ne i više od njega jer on jemči za dužnikovu obavezu. Međutim, ona može biti i manja a što je u domenu autonomije volje povjerioca i jemca.

ZOO daje mogućnost jemcu da povjeriocu može istaći i prigovor kompenzacije tražbine koju glavni dužnik ima prema povjeriocu, iako ovaj prigovor glavni dužnik nije istakao. U ovom slučaju zakon daje pravo jemcu da stavi prigovor komenzacije iako se radi o ličnom prigovoru glavnog dužnika, kako njegov položaj ne bi bio ugrožen.<sup>7</sup> I ovo rješenje je u službi obezbjeđenja cilja da položaj jemca ne može biti gori od položaja glavnog dužnika.

Kako se na zavisnosti od postojanja glavnog ugovora temelji i postojanje jemstva to prestankom osnovnog ugovora prestaje i uzrok zbog koga je i ovo obezbjeđenje kao posljedica nastalo. Iz ovog razloga se, po povjeriočevom zahtjevu jemcu za ispunjenje obaveze, jemac može pozivati na prestanak njegove obaveze usljed potpunog gašenja obligacije između povjerioca i dužnika usljed prestanka osnovnog ugovora.<sup>8</sup> Jemac po učinjenom pozivu povjerioca za ispunjenje duga,

---

<sup>6</sup> O nezavisnosti jemčevog prava na isticanje dužnikovih prigovora vidi D. Stojanović u ogledu "Ugovor o jemstvu kao sredstvo obezbjeđenja kredita", *Pravni život*, 9-10, 1993, 1095.

<sup>7</sup> Vid. B. Loza, 164.

<sup>8</sup> B. Loza: "Jemstvo je lično sredstvo pojačanja ugovora." 162; Akcesornost jemstva proizilazi iz člana 1363. *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, (ABGB) "Obaveza jemca prestaje srazmjerno obavezi dužnika. Obaveze li se jemac samo za određeno vrijeme, onda odgovara samo za taj period vremena." Vid. H. Koziol, R. Welsler: "Jemstvo prestaje – u skladu sa načelom akcesornosti – prestankom obaveze dužnika (čl. 1363)", 245; Vid. H. Gamerith, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, ( Hrsg. P. Rummel), 3. Auflage, 2. Band/3. Teil, Manzsche Verlag, Wien 2002, 113; P. Mader, W. Faber, *ABGB Praxiskommentar*, 3. Auflage, Band 6, LexisNexis ARD ORAC, (Hrsg. M. Schwimman), Wien, 2006, 671; U njemačkom Građanskom zakoniku *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) akcesornost jemstva je sadržana u članu 767. a. "Za obavezu jemca je mjerodavno svag-

može isticati da je glavna obaveza prestala iz bilo kog razloga koji ima za posljedicu prestanak dužničko-povjerilačkog odnosa između povjerioca i glavnog dužnika ili da je obaveza glavnog dužnika neutuživa.<sup>9</sup> Prestanak postojanja glavne obaveze, prestaje iz svih razloga koji imaju za posljedicu prestanak postojanja ugovora odnosno gašenje obligacije.<sup>10</sup> Jemstvo prestaje i u slučaju nastupanja raskidnog uslova ili roka u odnosu na glavni dug kada obaveza glavnog dužnika prestaje nastupanjem ugovorenog uslova odnosno roka, usljed zastarjelosti glavnog duga ako se na zastarjelost poziva jemac jer usljed zastarjelosti obaveza glavnog dužnika postaje prirodna obligacija, vansudskim poravnanjem ako se njime gasi obaveza glavnog dužnika iz osnovnog ugovora. Sve prigovore koji dužniku pripadaju iz glavnog odnosa jemac može istaći u parnici koju povjerilac pokrene protiv njega i u slučaju pravosnažno okončanog parničnog postupka protiv dužnika zašto nema uticaja da li se dužnik ovim prigovorima koristio ili ne.<sup>11</sup> Međutim, u slučaju zaključenog poravnanja jemac dalje odgovara u obimu koji je određen poravnanjem, u kom slučaju kao neposredna posljedica principa akcesornosti njegova obaveza ne smije biti proširena ili pooštrena, pri čemu zadržava pravo na prigovore glavnog dužnika.<sup>12</sup>

### *Dejstvo promjena glavne obaveze na obavezu jemca*

Princip akcesornosti vezuje jemstvo za punovažan glavni ugovor, dakle ugovor koji je nastao i koji proizvodi pravno dejstvo a koji je jemac imao u vidu prilikom zaključenja ugovora sa povjeriocem. Od karaktera ovih promjena glavnog ugovora zavise i pravne posljedice koje će one proizvesti kod ugovora o jemstvu. Svaka promjena u osnovnom ugovoru nema za posljedicu i promjenu jemčeve obaveze. To je neposredna posljedica limitirane vezanosti jemstva za glavnu obavezu, do visine određene ugovorom o jemstvu. Stoga kasnija izmjena stanja glavne obaveze u pogledu povećanja njene visine ne vezuje i jemca ali njeno smanjenje vezuje i njega.<sup>13</sup> Sudbina glavnog ugovora ima neposredan odraz na sudbinu ugovora o jemstvu.

dašnje stanje glavne obaveze. Ovo važi naročito kada glavna obaveza krivicom ili docnjom glavnog dužnika bude izmijenjena. Pravnim poslom koji preduzima glavni dužnik nakon preuzimanja jemstva obaveza jemca se ne može proširiti." Vid. J. Staudingers *Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch*, (Hrsg. N. Horn), Zweites Buch, 1997, 292.

<sup>9</sup> O. Antić, *Obligaciono pravo*, Beograd, 2009, 174.

<sup>10</sup> Vid. H. Gamerith, 113-114.

<sup>11</sup> Vid. D. Stojanović, *Ibid*, 1095.

<sup>12</sup> Vid. P. Mader, W. Faber, 671-672.

<sup>13</sup> J. Staudingers: "Pod svagdašnjim stanjem glavne obaveze treba razumjeti njeno pravno stanje, predmet i obim činidbe, ne i ostale pravne aspekte glavnog duga.", 292; Vid. čl. 767. BGB.

Povećanje obima obaveze glavnog dužnika u odnosu na obavezu koja je postojala u vrijeme zaključenja ugovora o jemstvu nema uticaja na jemstvo. Isto je posljedica akcesornosti jemstva koje ne dozvoljava izmjenu stanja jemčeve obaveze nakon povećanja glavne obaveze. Smanjenje ove obaveze dovodi do smanjenja jemstva i svođenja na nivo glavne obaveze jer obaveza jemca, opet kao posljedica akcesornosti, ne može biti veća od obaveze glavnog dužnika. U protivnom, obavezivanje jemca preko visine glavne obaveze ne bi predstavljalo obezbjeđenje tuđe obaveze već samostalnu obligaciju. Akcesornost djeluje i u slučaju povećanja i smanjenja glavne obaveze. U prvom slučaju zadržava stanje postojeće obaveze jemca a u drugom dovodi do njenog smanjenja. Stoga promjene obima glavne obaveze u svakom slučaju imaju uticaja na akcesornost jemstva. Putem akcesornosti samo smanjenje glavne obaveze dovodi i do promjene u obavezi jemca.

Ugovor o jemstvu nema za cilj zasnivanje samostalne obligacije već obezbjeđuje namirenje tražbine povjerioca iz tog ugovora koju on ima prema dužniku iz glavnog ugovora. Iz tog razloga je jemstvo direktno vezano za određenost obligacije koja nastaje zaključenjem tog ugovora. Obligaciju određuju povjerilac i dužnik kao njeni subjekti te predmet i osnov (kauza) obligacije kao njen sadržaj.<sup>14</sup> Za nastanak ugovora o jemstvu i njegovu akcesornu vezanost za osnovni ugovor ova određenost je nužna. Sadržinu obligacije čini određenost predmeta i osnov (kauza) obavezivanja. Predmet obaveze određuje vrsta prestacije. Jemstvom se, u pravilu, obezbjeđuje obaveza čija je prestacija usmjerena na davanje. Jemstvo usmjereno na obezbjeđenje drugih prestacija, činjenja, nečinjenja ili trpljenja, zbog specifičnosti obaveze koju mogu da ispune samo dužnici, je moguće samo kao poseban oblik jemstva odnosno kao jemstvo za obeštećenje i u praksi je veoma rijetko. Davanje kao prestacija kod ugovora obezbjeđenih jemstvom za predmet, u pravilu, ima novac. To je posljedica okolnosti da je ugovor o zajmu ili, preciznije, ugovor o kreditu kao njegov najčešći oblik, glavni ugovor čijim obezbjeđenjem se jemstvo u praksi i realizuje kao često sredstvo obezbjeđenja s obzirom da je njegova primjena radi obezbjeđenja drugih ugovora sporadična. Razlog obavezivanja, dužnika po ovom ugovoru je sticanje određene sume novca. To je kauza zbog koje je dužnik stupio u dužničko povjerilački odnos sa povjerenicom odnosno korisnik kredita sa bankom. Ugovor o jemstvu zbog akcesorne veze sa osnovnim ugovorom od njega "pozajmljuje" i predmet i kauzu obavezivanja. On garantuje ispunjenje iste prestacije, istog predmeta obavezivanja kao i dužnik a sve radi ostvarivanja dužnikovog cilja zaključenja ugovora, konkretno prijema ugovorene sume novca od povjerioca.

Dakle, akcesornost jemčeve obaveze se ostvaruje putem predmeta dužnikove obaveze i kauze njegovog obavezivanja i u službi je ostavarenaj cilja zaključenja ugovora a to je njegovo ispunjenje. Vezanost jemstva za određen predmet i kau-

---

<sup>14</sup> O tome O. Antić, (2009a), 121.

zu osnovnog ugovora ima za posljedicu prekid ove veze ako dođe do njihove promjene. Time promjena sadržaja glavne obaveze, predmeta i kauze, dovodi do promjene identiteta obligacije za koju je dato jemstvo ali i do nestanka akcesornosti jer je nestala dužnikova obaveza čiji je identitet jemac imao u vidu.

*Dejstvo promjene dužnika u glavnom ugovoru  
na ugovor o jemstvu*

Promjena povjerioca u glavnom ugovoru dovodi samo do promjene subjekta u ugovornom odnosu sa jemcem ali ne mijenja ništa u obligacionom odnosu nastalom zaključenjem ugovora o jemstvu s obzirom da sadržaj obligacije, kao i u glavnom ugovoru, ostaje isti.<sup>15</sup> Akcesorna vezanost jemčeve obaveze za obavezu dužnika i nakon promjene povjerioca ostaje neizmjenjena.

U svim ugovorima koji nisu *contractus intuitu persone* moguća je promjena ličnosti dužnika bez promjene obligacije. Kod takvih ugovora identitet obligacije u pogledu njenog sadržaja i kauze ostaje neizmjenjen i nakon promjene dužnika. Do ove promjene dolazi kada treće lice, uz saglasnost povjerioca, preuzme dužnikov dug i na taj način ga oslobodi obaveze prema povjeriocu.<sup>16</sup> Preuzimalac duga intercedira u postojeći obligacioni odnos na dužničkoj strani s ciljem da dužnika oslobodi obaveze a da obavezu sam preuzme.<sup>17</sup> Promjena dužnika kod preuzimanja duga je promjena pravnog subjekta obligacije koja nastaje na osnovu ugovora, dakle kao posljedica singularno pravne sukcesije. Ugovor o preuzimanju duga se zaključuje između dužnika i preuzimaoca duga. Da bi ovaj ugovor proizveo pravno dejstvo neophodna je saglasnost povjerioca. Obaveza da se pribavi pristanak povjerioca predstavlja zaštitu njegovih interesa.<sup>18</sup> Za povjerioca je od posebne važnosti da li će njegova tražbina iz ugovora biti namirena zbog čega je za nje ga bitno koje lice bi bilo sukcesor obaveze prema njemu. Stoga se ćutanje (*facta concludentia*) ne smatra pretpostavkom o saglasnosti.<sup>19</sup> Međutim, ukoliko je primio neko ispunjenje od preuzimaoca pretpostavlja se da je dao svoj pristanak.<sup>20</sup>

Za pristanak povjerioca je odlučna solventnost preuzimaoca ali i sporedna prava koja ostaju, odnosno koja se gube usljed promjene dužnika. Sporedna pra-

<sup>15</sup> J. Staudingers: "Iz akcesornosti proizilazi da povjerilac glavnog duga i povjerilac jemstva uvijek mora biti isto lice. Jemstvo, dakle, ne može biti samostalno prenijeto; ustupanje glavnog potraživanja bez prava iz jemstva vodi prestanku jemstva." 292.

<sup>16</sup> Čl. 446. st. 1 ZOO.

<sup>17</sup> B. Loza, 57.

<sup>18</sup> S. Aranđelović, "Promjena povjerioca ili dužnika", *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, (ur. B. Blagojević, V. Krulj), I knjiga, Savremena administracija, 1980, 935.

<sup>19</sup> B. Loza, 58.

<sup>20</sup> Čl. 446. st. 2. ZOO.



va koja su do preuzimanja duga postojala uz potraživanje ostaju i dalje, ali jemstvo i zaloga koje su dala treća lica prestaju po samom zakonu izuzev ako jemci i zalogodavci ne pristaju da odgovaraju i za novog dužnika.<sup>21</sup> Kako jemac ukoliko isplati dug dužnika usljed zakonske subrogacije stupa u prava i obaveze povjerioca to su svi razlozi relevantni za položaj povjerioca nakon promjene dužnika značajni i za samog jemca. Okolnosti koje mogu dovesti do otežanog ispunjenja usljed promjene dužnika a zbog kojih je nužna saglasnost povjerioca su od jednakog značaja i za jemca kao potencijalnog budućeg povjerioca. Međutim, ovo nije i jedini razlog zakonskog prestanka jemstva, *ex lege*, usljed promjene dužnika. Prestanak jemstva i realne zaloge u slučaju promjene dužnika služi zaštititi interesa jemca i zalogodavca i sprečavanju eventualnih zloupotreba.<sup>22</sup> Promjena dužnika može predstavljati znatan rizik za jemce i zalogodavce jer novi dužnik može biti ličnost manje platežne sposobnosti ili lice koje nije sa njima u odnosu koji bi ih motivisao na davanje jemstva ili zaloge. Ako jemac odbije da jemči za novog dužnika i zalogodavac odbije dalju zalogu povjerilac ima mogućnost procjene sigurnosti njegove naplate u ovakvim okolnostima i u skladu sa njom i donošenju odluke o davanju saglasnosti na preuzimanje duga. Ukoliko povjerilac, zbog gubljenja navedenih sredstava obezbjeđenja tražbine ili iz drugog razloga, ne da pristanak do promjene dužnika neće doći usljed čega i ugovor o jemstvu ostaje na snazi.<sup>23</sup>

*Isključenje načela akcesornosti usljed poslovne nesposobnosti  
glavnog dužnika*

Obavezivanje poslovno nesposobnog lica je bez pravne važnosti a zakljućeni ugovor kao pravni posao *ex lege* ništav. Akcesorna priroda jemstva kao sporednog ugovora zahtijeva postojanje, dakle, punovažnost glavnog ugovora.<sup>24</sup> Zakljućenjem glavnog ugovora od strane poslovno nesposobnog lica ovaj zakonski uslov nije ispunjen. Međutim, od ovog pravila ZOO čini izuzetak. On u članu 1000. posebno predviđa da “ko se obaveže kao jemac za obavezu nekog poslovno nesposobnog lica, odgovara povjeriocu isto kao jemac poslovno sposobnog lica.” Ova odgovornost trećeg lica lica koje se obavezalo kao jemac ima osnov u zakonu ali ne i u akcesornoj vezi sa glavnom obavezom jer ona nije ni nastala. Kako obaveza trećeg, koja je zbog poslovne nesposobnosti glavnog dužnika nezavisna od njegove nepunovažne obaveze, nema akcesornu vezu sa glavnim dugom ona je po svojoj pravnoj prirodi samostalna. Namjera trećeg lica da se obaveže kao jemac je

---

<sup>21</sup> Čl. 449. st. 1. ZOO.

<sup>22</sup> S. Arandelović, 938.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> Vid. čl. 1001. st. 1. ZOO

i jedina njegova veza sa jemstvom. Stoga se kod ovakvog pravnog odnosa ne radi o jemstvu već o samostalnoj obavezi lica koje je namjeravalo da jemči za drugog. U ovakvom slučaju treće lice je solidarno odgovorno sa poslovno nesposobnim licem, odnosno licem čije se obezbjeđenje ispunjenja obaveze garantuje na ovakav način, i to kao solidarni dužnik.<sup>25</sup> Ovde se nameće pitanje koje ZOO ne cijeni relevantnim, a to je znanje trećeg lica za poslovnu nesposobnost dužnika i da li bi u takvim okolnostima bio spreman da preuzme odgovornost za tuđu obavezu. S obzirom na imperativnu pravnu normu jemac bi bio odgovoran za obavezu poslovno nesposobnog i kada za tu bitnu činjenicu nije znao niti mogao znati te se ne bi mogao pozivati ni na rušljivost zaključenog ugovora o jemstvu zbog bitne zablude.<sup>26</sup>

### *Ograničenje načela akcesornosti usljed stečaja glavnog dužnika*

U slučaju stečaja glavnog dužnika<sup>27</sup> povjerilac je dužan prijaviti svoje potraživanje u stečaj i o tome obavijestiti jemca, inače odgovara jemcu za štetu koju bi ovaj imao zbog toga.<sup>28</sup> On nije obavezan pozvati dužnika na ispunjenje prije obraćanja jemcu jer je slučaju stečaja izostanak ispunjenja obaveze već ustanovljen.<sup>29</sup> Obaveza povjerioca je dvostruka, on je obavezan ne samo prijaviti svoje potraživanje stečajnom sudu već i obavijestiti jemca o tome. Za propuštanje ovih radnji ili njihovo neblagovremeno preduzimanje on odgovara za štetu koju je jemac pretrpio usljed toga. Kod ugovora o kreditu banka ima obavezu kao i svaki drugi povjerilac u slučaju nastupanja stečaja korisnika kredita. Ukoliko bi jemac isplatio banku kao povjerioca nakon otvaranja stečajnog postupka i proteka roka za prijavu potraživanja, a ona propustila prijaviti svoje potraživanje radi namirenja iz stečajne mase,<sup>30</sup> jemac se zbog procesnih propuštanja banke ne bi mogao

<sup>25</sup> ABGB u članu 1352. sadrži slično rješenje iako ne govori iziçito o poslovnoj nesposobnosti već o licu koje se ne može obavezati. "Ko jemçi za osobu koja se usljed ličnih svojstava ne može obavezati je, iako mu je to svojstvo bilo nepoznato, obavezan jednako solidarnom dužniku." BGB ne sadrži izriçite odredbe o obavezivanju jemca za slučaj nemogućnosti obavezivanja dužnika odnosno njegove poslovne nesposobnosti. Međutim, isto predviđa većina romanskih prava, tako talijanski Građanski zakonik u članu 1939, španski Građanski zakonik u članu 1824, poljski Građanski zakonik u članu 877.

<sup>26</sup> Vid. čl. 61. ZOO.

<sup>27</sup> Vid. čl. 5. i 6. Zakona o stečajnom postupku (ZOSP), *Sl. glasnik Republike Srpske*, br. 67/02.

<sup>28</sup> Čl. 1007. st. 1. ZOO; Vid. čl. 1356. ABGB i čl. 773. BGB.

<sup>29</sup> Vid. H. Koziol, R. Welsler, 245; T. Rabl, *ABGB-ON, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, (Hrsg. A. Kletecka i M. Schauer) Manzsche Verlag, Wien, 2010, 3561; P. Mader, W. Faber, 63.

<sup>30</sup> Vid. čl. 60. ZOSP RS.

koristiti njenim pravima u stečajnom postupku a koja mu daje zakonska subrogacija. Stoga ga odgovornost banke za naknadu štete koju je uzrokovala svojim propuštanjem štiti od posljedica gubljenja navedenog prava. Ukoliko banka blagovremeno prijavi svoje potraživanje u stečajnu masu, pa jemac nakon toga namiri prijavljenu tražbinu zadržava svoj regresni zahtjev prema dužniku jer stečaj ne oslobađa dužnika njegovih neispunjenih obaveza. Usljed nedostatka dužnikove imovine posebno je pitanje u kojoj visini odnosno srazmjeri njegova tražbina može biti namirena. Međutim, u slučaju poravnjanja ili prinudnog poravnjanja banke sa dužnikom jemac trpi umanjenje svog regresnog zahtjeva u svakom slučaju. Iako se dužnik oslobodio dijela svoje obaveze, jemac i dalje odgovara za puni iznos za koji je jemčio te banci kao povjeriocu mora nadomjestiti gubitak u odnosu na koji nema pravo regresa prema dužniku.<sup>31</sup>

Ukoliko povjerilac prijavi svoje potraživanje u stečajnom postupku ali propusti o tome obavijestiti jemca, jemac bi se mogao koristiti njenim pravima kao povjerioca po njenom namirenju odnosno pravima iz subrogacije, a štetu bi mogao da trpi zbog nekorištenja ovog prava usljed neobavještenosti koju je skrivila banka. U takvim okolnostima jemca bi štitila njena obaveza za naknadu cjelokupne štete koju trpi zbog toga.<sup>32</sup> Visina naknade štete jemcu bi, prije svega, zavisila od visine potraživanja koje je mogla ostvariti u stečajnom postupku da je blagovremeno prijavio svoje potraživanje u stečajnu masu.<sup>33</sup> Ako jemac nakon otvaranja stečaja izmiri glavni dug u ratama, stečajni povjerilac ostaje učesnik u postupku sa svojim kompletnim potraživanjem i može prijaviti cijelo potraživanje.<sup>34</sup> Za položaj jemca u slučaju stečaja glavnog dužnika, pored izvršenja navedenih obaveza davaoca kredita je od značaja i u kom obimu on može naplatiti svoje potraživanje od glavnog dužnika. Naime, ZOO određuje da smanjenje obaveze glavnog dužnika u stečajnom postupku ili postupku prinudnog poravnjanja ne povlači sa sobom i odgovarajuće smanjenje jemčeve obaveze, te jemac odgovara povjeriocu za cio iznos svoje obaveze.<sup>35</sup> Prema ovom pravilu smanjenje obaveze glavnog dužnika prema povjeriocu, usljed smanjenja njegove obaveze prema običnim, nepriviligovanim povjericima uopšte zbog nedovoljnosti imovine u stečajnoj masi<sup>36</sup> za namirenje svih povjerilaca, ne dovodi i do smanjenja obave-

---

<sup>31</sup> Vid. H. Koziol, R. Welsler, 246.

<sup>32</sup> Vid. V. Stanković, "Jemstvo", *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Sl. List SFRJ, 1978, 668.

<sup>33</sup> O. Antić, (2009), 165.

<sup>34</sup> T. Rabl, 3521.

<sup>35</sup> Čl. 1007. st. 2. ZOO. Isto rješenje je predviđao i M. Konstatinović, čl. 1016. *Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Obligacije i ugovori.

<sup>36</sup> Članom 34. ZOSP RS, propisuje da stečajni postupak obuhvata cjelokupnu imovinu koja pripada stečajnom dužniku u vrijeme otvaranja stečajnog postupka kao i imovinu koju stekne u

ze jemca prema njemu jer jemac i dalje odgovara u obimu obaveze koju je ugovorom o jemstvu preuzeo za glavnog dužnika.<sup>37</sup>

Jemac se ne obavezuje samo za gubitak iznosa glavne obaveze koju povjerilac nije mogao namiriti u stečaju, nego i za potraživanje kamate koje prema dužniku nije moglo biti ostvareno. On odgovara za isti iznos za koji se obavezao prema banci nezavisno od stanja dužnikove imovine i smanjenja njegove obaveze prema njoj kao davaocu kredita. Odsustvo apsolutne akcesornosti je logična posljedica činjenice što jemstvo kao instrument obezbjeđenja štiti banku od rizika insolventnosti korisnika. U protivnom, jemstvo bi izgubilo značaj u pravnom prometu.<sup>38</sup>

Kod nastupanja rizika koje "pokriva" jemstvo, jemac se ne može pozivati na dužnikova ograničenja u namirenju obaveze jer se svrha datog jemstva i jeste u obezbjeđenju povjerioca od takvog rizika. Stoga, akcesornost kao princip vezivanja jemca za obavezu glavnog dužnika nema apsolutno dejstvo. Ona kao načelo djeluje u sferi pravnog odnosa glavnog dužnika i povjerioca ali ne i na polju faktičke nemogućnosti glavnog dužnika da povjeriocu tražbinu i namiri. U ovim okolnostima jemac se ne može pozivati na činjenično stanje koje sprečava dužnika u namirenju povjerioca a time ni na princip akcesornosti. Zato je, u slučaju faktičke nemogućnosti namirenja tražbine od strane dužnika ili njenog ograničenja, akcesornost u funkciji zaštite povjerioca a čime se i ostvaruje smisao jemstva kao pravnog sredstva koje služi namirenju njegove tražbine.<sup>39</sup>

#### *Ograničenje načela akcesornosti usljed smrti glavnog dužnika*

Član 1008. ZOO reguliše slučaj smanjene odgovornosti dužnikovih nasljednika. Prema istom jemac odgovara za cio iznos obaveze za koji je jemčio i u slučaju kad bi se od dužnikovog nasljednika mogla zahtijevati isplata samo onog njenog dijela koji odgovara vrijednosti naslijeđene imovine.<sup>40</sup> U trenutku smrti

toku trajanja tog postupka (stečajna masa).

<sup>37</sup> Vid. P. Mader, W. Faber: "Pravila o jemstvu se primjenjuju sve dok im na putu ne stoje pravila o stečaju", 594.

<sup>38</sup> Vid. Kom. čl. 1007. ZOO, 2102.

<sup>39</sup> J. Staudingers: "Načelo da jemcu stoje u ponudi sredstva zaštite glavnog dužnika mora imati svoje ograničenje u svrsi obezbjeđenja putem jemstva. Akcesornost i svrha obezbjeđenja putem jemstva mogu stupiti u izvjesnu, najčešće samo prividnu, koliziju: akcesornost doduše treba da štiti jemca, ali ne i da (protivno smislu) oslabi obezbjeđenje za povjerioca. Jemstvo treba da štiti povjerioca od toga da glavni dužnik ne može ili ne želi da plati. Jemcu mora biti uskraćen poziv na takve pravne lijekove protiv čijih činjeničnih okolnosti jemstvo upravo treba da štiti povjerioca.", 311.

<sup>40</sup> I BGB u članu 768. reguliše da ako umre glavni dužnik, jemac se ne može pozivati na to da nasljeđivanje za obavezu važi samo ograničeno.

glavnog dužnika (ostavioca), ukoliko je ostavio zaostavštinu iza sebe po sili zakona dolazi do prelaska cjelokupne zaostavštine na njegove nasljednike (univerzalnopravna sukcesija). Zaostavštinu čine sva nasljeđivanju podobna prava koja su ostaviocu pripadala u času smrti.<sup>41</sup> Stvari i prava iz zaostavštine predstavljaju njenu aktivu, dok dugovi ostavioca čine njenu pasivu. U pravilu je aktiva veća od pasive (*lucrativa hereditas*). Uslučaju kada je pasiva veća od aktive (*damnum hereditas*) nasljednicima po odbitku dugova ne ostaje ništa.<sup>42</sup> Za trenutak smrti je vezan nastanak delacije kada na nasljednika kao univerzalnog sukcesora prelaze sva ostaviočeva prava i od kada on odgovara za ostaviočeve obaveze imovinske prirode. U našem pravu je prihvaćeno pravilo *pro viribus hereditas* kada nasljednik odgovara za dugove ostavioca cjelokupnom imovinom, do visine vrijednosti nasljeđene imovine. Pravilo je da delacija dovodi do spajanja imovine nasljednika sa imovinom ostavioca. U situaciji kada je nasljednik prezadužen povjerioci ostavioca dospijevaju u nepovoljniji položaj u odnosu na onaj u kome su se nalazili kada je ostavilac bio živ. Ispunjenjem obaveza prema svojim povjeriocima prezaduženi nasljednik može ugroziti interese ostaviočevih povjerilaca i time ih dovesti u nepovoljniji položaj.<sup>43</sup> Radi zaštite svojih interesa povjerioci ostavioca mogu, u roku od tri godine od smrti ostavioca, od nadležnog suda zahtijevati odvajanje zaostavštine od imovine nasljednika (*separatio bonorum*).<sup>44</sup> Po isticanju zahtjeva povjerioca za odvajanje zaostavštine u cjelini ili njenog dijela sud vrši popis i procjenu odvojene zaostavštine a može joj postaviti i staraoca.<sup>45</sup> Odvojena zaostavština ostavioca je podvrgnuta posebnom pravnom režimu prema kome nasljednik ne može raspolagati imovinom koja pripada odvojenoj zaostavštini, iz iste se ne mogu namiriti nasljednikovi povjerioci ni ostali povjerioci ostavioca dok se ne namire oni koji su tražili odvajanje. Povjerioci koji su tražili odvajanje mogu namiriti isključivo iz odvojene zaostavštine dok, s druge strane, gube pravo da se naplate iz nasljednikove imovine čime praktično ulaze u režim odgovornosti *cum viribus hereditas*.<sup>46</sup>

U slučaju kada je pasiva zaostavštine glavnog dužnika veća od aktive njegov nasljednik povjeriocima odgovara do visine nasljeđenih prava i potraživanja odnosno u obimu koji odgovara ukupnoj vrijednosti njegove aktive. Kada dugovi

---

<sup>41</sup> Čl. 2. Zakona o nasljeđivanju RS (ZON), *Službeni glasnik RS* br. 1/09 i 55/09; Vid. čl. 2. Zakona o nasljeđivanju BiH, *Službeni list SR BiH* 7/80 i 15/80. U Federaciji BiH ovaj zakon se primjenjuje na osnovu člana IX 5. Ustava FBiH.

<sup>42</sup> O. Antić, *Nasljedno pravo*, 2009, 65.

<sup>43</sup> *Ibid*, 416.

<sup>44</sup> Čl. 164. ZON

<sup>45</sup> *Ibid*.

<sup>46</sup> O. Antić, (2009b), 417.

premašuju vrijednost njegove aktive u času smrti dužnika nasljednik će odgovarati samo do visine vrijednosti te aktive. Prema odredbi člana 1008. ZOO jemac odgovara za cio iznos obaveze za koju je jemčio i u slučaju kada bi se od dužnikovog nasljednika mogla zahtijevati isplata samo onog dijela koji odgovara vrijednosti nasljeđene imovine. Odgovornost jemca za cjelokupnu obavezu korisnika kredita za koju je jemčio, nezavisno od obima obaveze njegovog nasljednika, se temelji na principu akcesornosti. Ona potiče od vezanosti jemstva za dužnikovu obavezu preuzetu ugovorom o jemstvu a ne i za njegovu imovinu. Obaveza za koju jemac garantuje kao i njegova odgovornost za nju su nezavisni od dužnikove imovine i njenog obima i za vrijeme njegovog života i za slučaj smrti. Međutim, odgovornost dužnikovog nasljednika prema povjeriocu postoji samo do visine vrijednosti nasljeđene imovine. Preko ove visine, ako je dug obezbjeđen jemstvom, odgovara jemac i to za cio iznos obaveze za koji je jemčio.<sup>47</sup>

Iz navedenog razloga zakonodavac čini distinkciju odgovornosti jemca od odgovornosti nasljednika za obavezu umrlog dužnika i naglašava da je preuzeta odgovornost jemca za dužnikovu obavezu potpuna i nezavisna od obima odgovornosti njegovog nasljednika za istu obavezu. Jemac obezbjeđuje tražbinu povjerioca za slučaj potpune ili djelimične nemogućnosti naplate iz dužnikove imovine. Povjerilac je vezan za naplatu iz njegove imovine i za slučaj smrti. Kako jemac odgovara za ispunjenje duga za slučaj da se povjerilac ne može namiriti iz imovine dužnika za odgovornost jemca je relevantno postojanje te dužnikove imovine a ne dužnik. Ukoliko je nema ili je nedovoljna nastupa odgovornost jemca bez obzira da li je dužnik živ ili je ta imovina prešla na njegovog nasljednika. Ukoliko dužnikova imovina postoji u obimu iz koga je moguće namirenje povjerioca, bez obzira da li je njen titular dužnik ili njegov nasljednik, nema osnova za nastupanje odgovornosti jemca. Sa istim ciljem potpunog obezbjeđenja povjerioca obaveza jemca je jednako nezavisna od smanjene obaveze glavnog dužnika u slučaju stečaja ili likvidacije kada jemac povjeriocu odgovara, takođe, za cio iznos obaveze.<sup>48</sup> U istom je sadržan i jednak smisao potpune odgovornosti jemca u oba navedena slučaja – namirenja samo dijela obaveze iz vrijednosti naslijedene imovine dužnika i smanjenja dužnikove obaveze usljed stečaja i likvidacije.

Slučaj smanjene odgovornosti dužnikovog nasljednika nema u vidu da sama činjenica smrti dužnika za jemca stvara obavezu ispunjenja prema povjeriocu i to

<sup>47</sup> F. Gschnitzer *Grundriß des bürgerlichen Rechts Band I Allgemeiner Teil und Schuldrecht*, Wien-New York, 1965: "Iz funkcije jemstva, da obezbjedi povjerioca od platežne nesposobnosti dužnika, proizilaze sljedeći izuzeci od principa akcesornosti: Jemcu ne pripada prigovor nužde dužnika (čl. 1354), odnosno njemu pripadajućih ograničenja izvršenja; tako ni ograničena odgovornost dužnikovih nasljednika. Prinudno poravnanje i poravnanje oslobadjaju samo dužnika, ne i jemca od pune odgovornosti." 51; Vid. J. Staudingers, 310.

<sup>48</sup> Čl. 1007. ZOO.

joj nije cilj.<sup>49</sup> U času smrti glavni dužnik može imati približno jednaku imovinu kao i vrijeme zaključenja ugovora ali i veću. Ona se može i smanjiti tako da aktiva i dalje bude veća od pasive pa i od visine preostalog duga po kreditu. Njegova moguća prezaduženost, kada pasiva premašuje aktivu, nije pravilo. Kao izuzetak, ona nije argument za interpretaciju da faktom smrti dužnika nastaje obaveza jemca za njegovu neispunjenu obavezu a da nasljednik ima samo regresni dug po nastaloj subrogaciji. U trenutku delacije univerzalna sukcesija na mjesto umrlog dužnika "dovodi" nasljednika koji tog trenutka postaje dužnik. Ugovorni odnos nastao između povjerioca i prvobitnog dužnika i dalje traje sa izmjenom ličnosti dužnika. Imovina dužnika koja je postojala u času njegove smrti kao garancija namirenja povjerioca postoji i nakon smrti. Stoga činjenica smrti dužnika, sama za sebe, ne dovodi povjerioca u položaj zbog koga bi jemac bio u obavezi ispunjenja duga prema njemu. Postojanje fakta smrti dužnika nije argument zbog koga bi se u takvoj situaciji ugasila ugovorena supsidijarna odgovornost jemca niti predstavlja činjenicu za čiji nastanak zakon vezuje prestanak supsidijarnosti.<sup>50</sup>

Neposredna obaveza jemca prema povjeriocu u slučaju smrti dužnika nastaje u slučaju kada on nije ostavio nikakvu imovinu, ni stvari ni potraživanja, koja bi činila aktivu zaostavštine. U tom slučaju nema ni univerzalne sukcesije a time ni nasljeđivanja. Dug umrlog dužnika iz osnovnog ugovora bi predstavljao pasivu zaostavštine za koju bi odgovarao jemac u obimu za koji je jemčio a na način na koji se povjeriocu obavezao dužnik. Međutim, postojanje aktive ostavio ca, bez obzira da li se povjerilac iz nje može naplatiti u cjelini ili djelimično, usljed univerzalne sukcesije dovodi do odgovornosti nasljednika prema njemu koja je ograničena vrijednošću nasljeđene imovine. Postojanje zaostavštine obezbjeđuje kontinuitet ugovornog odnosa nastalog između povjerioca i dužnika, sada u ličnosti dužnikovog nasljednika. S obzirom da obaveza iz ugovora postoji, postoji i obaveza nasljednika za njeno ispunjenje. Postojanje jemstva nasljednika ne oslobađa odgovornosti za obavezu prema povjeriocu. Ugovorna obaveza nasljednika je ograničena samo vrijednošću nasljeđene imovine. Ona nije uslovljena jemstvom i postoji i bez njega.

Prestanak vezanosti dužnika za imovinu se ogleda upravo kod nastupanja singularne sukcesije usljed promjene dužnika kada po izvršenom preuzimanju odgovara novi dužnik svojom imovinom, potpuno nezavisno od imovine starog dužnika. Kod univerzalne sukcesije prestanak postojanja dužnika kao fizičkog lica

---

<sup>49</sup> Suprotno B. Pavićević, 2103; Prema obrazloženju presude Vrhovnog suda Republike Srbije broj: 89 I P 000 009 09 Rev od 10.06.2010. godine, smrt dužnika, sama po sebi, dovodi do odgovornosti jemca: "Obaveza jemca da vrate kredit postala je onda kada je postalo očigledno da glavni dužnik neće izvršiti obavezu vraćanja kredita, a da pozivanje da to učini nije bilo svrishodno, jer je preminuo". <http://pravosudje.ba/vstv/faces/vijesti.jsp?id=31017>.

<sup>50</sup> Čl. 1008. ZOO.

nema uticaja na jemstvo. Ono i dalje opstaje jer ostaje da traje imovina koja i dalje "odgovara" za obaveze umrlog dužnika bez obzira na ličnost nasljednika. Stoga akcesornost jemstva počiva ne samo na postojanju obaveze dužnika već, prije svega, na njegovoj imovini. Prekid veze između dužnikove imovine i njegove obaveze prema povjeriocu iz osnovnog ugovora, je moguć jedino kao posljedica singularne sukcesije. U ovom slučaju, kod promjene dužnika, postoji održan identitet dužnikove obaveze za koju je dato jemstvo ali ne i identitet imovine koja stoji iza te obaveze jer novi dužnik odgovara sopstvenom imovinom. Stoga potrebna saglasnost jemca da garantuje i za novog dužnika ima uzrok u promjeni imovine odnosno u imovini novog dužnika a ne i njegovoj ličnosti. Iz ovog razloga "druga imovina" novog dužnika jeste uzrok prestanka akcesornosti jemčeve obaveze za obavezu novog dužnika ukoliko jemac ne pristane da jemči i za njegovu obavezu.

DRAGANA SIMANIĆ  
Judge, the Basic Court in Zvornik

## WIRKUNG DER AKZESSORIETÄT DER BURGSCHAFT

### Schluss

Akzesorietät als Prinzip der Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptschuld erblickt sich durch Quantitative und Qualitative Gebundenheit der Bürgschaftsverpflichtung mit der Hauptverbindlichkeit. Sie gewährt dem Bürgen das Recht, sich auf alle Einwendungen des Schuldners aus dem Hauptvertrag berufen zu können. Der Bürge haftet für einen bestimmten Kredit eines bestimmten Schuldners. Deswegen ist Persönlichkeit des Schuldners von Belang, um die Bürgschaft aufrecht zu erhalten. Verbürgt sich jemand für die Verbindlichkeit einer geschäftsunfähigen Person, so wird die Akzesorietät ausgeschlossen; die Bürgschaftsschuld entsteht nun kraft Gesetzes, *ex lege*. Akzesorietät als Grundsatz der Verknüpfung der Bürgschaftsschuld zur Hauptschuld gilt nicht absolut. Sie wird beim Eintritt des Risikos der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners beschränkt. Solche Einschränkung der Akzesorietät dient unmittelbar der Verwirklichung des Zwecks der Bürgschaft als Sicherung der Einbringlichkeit der Hauptforderung. Zusammengefasst ist zu sagen, dass die Akzesorietät vor allem die Funktion des Schutzes des Bürgen hat, während ihre Einschränkungen die Stellung des Gläubigers schützen sollen.



## ODGOVORNOST ZA ŠTETU NASTALU BACANJEM ILI PROSIPANJEM NEČEGA IZ PROSTORIJE

### AUSTRIJSKI GRAĐANSKI ZAKONIK

Prva kodifikacija u kojoj je došlo do recepcije rimske *actio de effusis vel deiectis*<sup>1</sup> bio je Austrijski građanski zakonik (u daljem tekstu-ABGB). Odgovornost za štetu nastalu prosipanjem ili bacanjem nečega iz prostorije regulisana je § 1318.<sup>2</sup> Prostorija iz koje je moguće izvršiti štetu označena je kao stan. Ovaj pojam treba ekstenzivno tumačiti.<sup>3</sup> Shodno tome štetna radnja može biti preduzeta iz stana, kuće, poslovnih prostorija, kancelarija, prodavnice, vešernice, pozorišta, garaže...<sup>4</sup> Smer tumačenja pojma stana su objekti koje se grade, bez obzira da li je

---

Vladimir Ilić, saradnik u nastavi Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

<sup>1</sup> D. 9.3.1. "Odakle god na ono mesto, gde se obično bude prolazilo ili na kojem se bude stajalo, nešto bude izbačeno ili prosuto, kolika šteta bude naneta odnosno učinjena u toj stvari, protiv onog koji tamo bude stanovao, daću tužbu na dvostruki iznos. Ako bude rečeno da je od tog udarca preminuo slobodan čovek, daću tužbu na pedeset zlatnika. Ako bude rečeno da je živ ali povređen, koliko se u toj stvari sudiji bude učinilo pravično da osudi tuženog, na toliko ću dati tužbu..."

<sup>2</sup> ABGB § 1318: wird jemand durch das Herabfallen einer gefährlich aufgehängten oder gestellten Sache; oder, durch Herauswerfen oder Herausgießen aus einer Wohnung beschädigt; so haftet derjenige, aus dessen Wohnung geworfen oder gegossen worden, oder die Sache herabgefallen ist, für den Schaden. (Ako neko bude oštećen padanjem bilo kakve opasno obešene ili nameštene stvari ili bacanjem ili prosipanjem iz kakvog stana, onda za štetu odgovara onaj, iz čijeg je stana bačeno ili prosuto, ili sa kojeg je stvar pala).

<sup>3</sup> 9 Ob/33/13p

<sup>4</sup> *Ibid.*; 2 Ob14/85; 4 Ob233/04z

njihova namena pružanje zadovoljstva, života ili obavljanja poslova.<sup>5</sup> Ipak, tumačenje treba da ostane u okvirima pojma prostorije. Tako, nadvožnjak na autoputu se ne može tretirati kao prostorija.<sup>6</sup>

Radnje kojima se može izazvati šteta su pad obešene ili postavljene stvari, bacanje stvari, prosipanje ili izlivanje tečnosti iz stana. Uviđa se da šteta može nastati kako činjenjem, tako i usled nečinjenja. Naročito je značajan slučaj izlivanja tečnosti iz jedne prostorije u drugu. Njenim ubrajanjem, ovaj vid odgovornosti proširen je i na situacije koji su posledica tehnološkog razvoja u odnosu na rimski period. U sudskoj praksi, ovakvi slučajevi su veoma zastupljeni. Šteta nastala izlivanjem tečnosti iz jedne prostorije u drugu, može biti prouzrokovana usled: neadekvatnog zatvaranja slavine, nestručnog povezivanja veš mašine ili mašine za sudove, pucanjem cevi usled zamrzavanja vode ili dotrajalosti, izlivanjem različitih drugih tečnosti povezanih sa grejnim sistemom...<sup>7</sup>

Štetnom radnjom mora biti neposredno prouzrokovana šteta. Tako neće postojati odgovornost prema § 1318, zbog prospipanja neke tečnosti, koja se usled vremenskih prilika zaledi, pa nakon toga dođe do pada nekog lica i nastanka štete.

Pasivno legitimisan, kao i u rimskom pravu, je imalac stana. To je lice koje ima mogućnost raspolaganja prostorijom i kontrole šta se u njoj dešava.<sup>8</sup> U ulozi imaoca najčešće se nalaze vlasnik ili zakupac stana. Ukoliko je više lica zakupilo stan ili se radi o suvlasnicima, oni odgovaraju solidarno. Zarad zaštite interesa oštećenog, solidarna odgovornost postoji i u slučaju supružnika, bez obzira da li se neko od njih javlja kao isključivi imalac stana.<sup>9</sup> Radišić navodi da solidarna odgovornost postoji i u slučaju da je šteta prouzrokovana iz zajedničke prostorije, kao i što je posebno zanimljivo, u slučaju da se ne može precizno utvrditi iz koje prostorije je nastala šteta.<sup>10</sup> Interesantan je slučaj odgovornosti za štetu, nastalu iz hotelske sobe.

Specifičnost ugovora o ugostiteljskim uslugama, uslovljava identifikaciju gosta hotela sa gostom kojeg je imalac stana privremeno prihvatio, a ne kao zakupca ili podzakupca koji ima moć raspolaganja nad prostorijom. Zbog toga je u

<sup>5</sup> 2 Ob14/85

<sup>6</sup> 2 Ob14/85. U ovom slučaju, tužen je država, jer je padom kamenčića za čišćenje snega sa nadvožnjaka na autoput, oštećen je automobil koji je tuda prolazio.

<sup>7</sup> 2 Ob582/84, 1 Ob557/87; 7 Ob643/88, 7 Ob15/95; 4 Ob233/04z; 5 Ob246/06x

<sup>8</sup> 7 Ob15/95

<sup>9</sup> 10 Ob374/98t

<sup>10</sup> J. Radišić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2000, 260.

ovom slučaju pasivno legitimisani hotelijer, a ne gost hotela.<sup>11</sup> Lice koje je nadoknadilo štetu, ima pravo regresa, ukoliko postoji krivica neposrednog izvršioca.<sup>12</sup>

Po pitanju osnova odgovornosti, većinski stav domaće doktrine je da postoji objektivna odgovornost imaoca prostorije.<sup>13</sup> Konstantinović pak smatra da postoji subjektivna odgovornost, i to zbog nedekvatne kontrole prostorije (*culpa in inspiciendo*).<sup>14</sup> Osim ova dva suprostavljena mišljenja, postoji i treće. Njega zastupa Bukovac Puvača i predstavnici austrijske doktrine Koh- Koziol (*Koch-Koziol*). Oni ističu da u ovom slučaju nije moguće napraviti jasnu granicu između objektivne i subjektivne odgovornosti, odnosno samatraju da postoji takozvana “siva zona” odgovornosti.<sup>15</sup> Sličan stav, pronalazimo i u austrijskoj sudskoj praksi. U obrazloženju presuda navodi se da imalac prostorije odgovara nezavisno od krivice, ali da se može osloboditi ukoliko dokaže da rizik od nastanka štete nije bio objektivno prepoznatljiv, odnosno da je on preduzeo sve objektivne mere da do štete ne dođe.<sup>16</sup> Zbog relevantnosti, pažnja će biti usmerena na austrijsku doktrinu i sudsku praksu. U nastojanju shvatanja iznetih stavova, od ključnog je značaja uzeti u obzir merila koja se primenjuju u austrijskom pravu prilikom određivanja nehata. Za razliku od našeg prava, austrijsko stoji na stanovištu da se krivica procenjuje prema subjektivnom merilu.<sup>17</sup> Objektiviziranjem merila za nepažnju,

---

<sup>11</sup> 6Ob657/78. Šteta je prouzrokovana padom pивske flaše, koju je gost ostavio na prozor hotelske sobe, na automobil koji je bio parkiran na parkingu.

<sup>12</sup> 7 Ob50/86

<sup>13</sup> Radišić smatra da su stvari koje su bačene ili prosute sa visine zbog svog položaja opasne i da zbog toga postoji odgovornost bez obzira na krivicu. J. Radišić, nav. delo, 260; Đorđević- Stanković objektivnu odgovornost objašnjavaju pomoću opasne delatnosti. Ž. Đorđević – V. Stanković, *Obligaciono pravo*, Beograd 1976, 374-375; Bajalović smatra da je objektivna odgovornost zasnovana na teoriji rizika. Lj. Bajalović, *Osnovi građanskog prava II. Obligaciono pravo (opšti deo)*, Beograd 1954, 46. Stanišić smatra da je objektivna odgovornost zasnovana na teoriji rizika, kao i zbog potrebe zaštite interesa oštećenog. S. Stanišić, *Odgovornost za štetu zbog izbacivanja predmeta ili prosipanja tekućina iz prostorija*, *Glasnik advokatske komore Vojvodine* 3/2012, 214. Jakšić svoj stav objašnjava potrebom zaštite interesa oštećenog koji ne zna ko je prouzrokovao štetu, ali i argumentom koji odgovara subjektivnoj odgovornosti- mogućnost kontrole prostorije od strane imaoca prostorije. S. Jakšić, *Obligaciono pravo*, Sarajevo 1960, 351-352. Marković navodi da se u ovom členu nigde ne navodi krivica, pa se zbog toga pitanje njenog postojanja ni ne postavlja. L. Marković, *Obligaciono pravo*, Beograd 1997, 833.

<sup>14</sup> M. Konstantinović, *Obligaciono pravo- prema beleškama sa predavanja*, sredio V. Kapor, 159.

<sup>15</sup> B.A. Koch- H. Koziol, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, The Hague-London, 2002, 10-11; M. Bukovac Puvača, “Sive zone” izvanugovorne odgovornosti- područja moguće primjene pravila o odgovornosti na temelju krivnje i objektivne odgovornosti za štetu, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka*, 1/2009, 227-228.

<sup>16</sup> 7 Ob 50/86, 7 Ob 609/88, 7 Ob 643/ 88, 5 Ob 536/76, 8 Ob 133/04y.

<sup>17</sup> J. Radišić, nav. delo, 219.

gube se razlike između subjektivne i objektivne odgovornosti. Shodno tome da li ćemo odgovornost imaoća prostorije tretirati kao subjektivnu ili kao "sivu zonu" odgovornosti zavisi od stanovište sa kojeg posmatramo kriterijum za određivanje nehata. Ipak, s' obzirom da se bavimo austrijskim pravom, trebalo bi tumačenju da pristupimo iz njihovog "ugla" i priklonimo se stavu postojanja odgovornosti koja se nalazi između subjektivne i objektivne.

Zbog čega odgovara imalac prostorije? Ukoliko je šteta nastala izvan zgrade, imalac prostorije odgovara jer je, najčešće, oštećenom nepoznat izvršilac radnje.<sup>18</sup> Međutim, ukoliko je šteta nastala unutar zgrade, oštećeni zna ili može lako saznati ko je komšija iz čijeg stana došlo do curenja tečnosti. U ovom slučaju postoji odgovornost imaoća prostorije, jer on kao domaćin treba da se stara o ispravnosti uređaja i instalacija.<sup>19</sup>

Kao što je već navedeno i potvrđeno u sudskoj praksi, imalac prostorije će se osloboditi odgovornosti ukoliko dokaže da su preduzete objektivno potrebne mere da do štete ne dođe.<sup>20</sup> Osim toga on neće odgovoriti ukoliko je šteta nastala usled: više sile, radnjom lica za koje imalac ne odgovara<sup>21</sup> ili isključive krivice oštećenog.<sup>22</sup>

#### GRAĐANSKI ZAKONIK ZA KRALJEVINU SRBIJU

U Građanskom zakoniku za Kraljevinu Srbju (u daljem tekstu - SGZ) odgovornost za štetu nastalu usled bacanja ili prosipanja stvari regulisana je § 813.<sup>23</sup>

U ABGB-u prostorije iz koje se može izvršiti štetna radnja označena je samo kao "stan". Zbog toga su austrijski sudovi često pojašnjavali ovaj pojam. Hadžić

<sup>18</sup> 2 Ob14/85; J. Spier, F. Donato, *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Kluwer Law International, London- New York 2003, 15.

<sup>19</sup> 10 Ob 374/98t, 8 Ob 133/04y

<sup>20</sup> B.A. Koch- H. Koziol, nav. delo, 10-11; M. Bukovac Puvača, nav. delo, 227-228.

<sup>21</sup> Osim slučajeva kada su neka lica neovlašćeno ušla u prostoriju (npr. lopov) i prouzrokovala štetu, neće postojati odgovornosti imaoća i u slučaju da je neko lice ovlašćeno ušlo, ali mimo odobrenja imaoća i bez mogućnosti njegovog uticaja na radnje tog lica. Tako zakupci jednog stana nisu smatrani odgovornim za štetu izazvanu od strane kućne pomoćnice, koja je zakupodavac imala dao ključeve od stana i ovlašćenje za ulazak u isti. 5 Ob 162/06 v; 7 Ob 15/95.

<sup>22</sup> Radišić smatra da je praktični domen mogućnosti oslobođenja odgovornosti usled isključive krivice oštećenog veoma mali i navodi slučaj iritiranja psa na terasi koji usled toga obori neki predmet koji prouzrokuje štetu. Uz stav da je život uvek maštovitiji od čoveka, dodajemo još neke slučajeve nastanka štete radnjom oštećenog: pokušaj ulaska u neku prostoriju preko terasa usled čega dođe do obaranja neke stavri koja prouzrokuje štetu, ili izazivanja pada neke stvari dejstvom neke druge (npr. lopete ili kamena). Radišić, nav. delo, 260.

<sup>23</sup> SGZ § 813 "Ko iz kuće, kroz prozor, s tavana ili inače nesmotreno što baci ili prospe i izlije, onaj će odgovarati za štetu, koju bi drugom s tim prouzrokovao; ako se ne zna ko je, onda odgovara gospodar kuće ili od kvartira".

je pojavljivanje ovog problema u znatnoj meri neutralisao, navodeći da se štetna radnja može izvršiti iz kuće, kvartira<sup>24</sup>, kroz prozor, s tavana i ono što je nabitinije, izričito navodi reč “inače”. Time on nedvosmisleno ukazuje na potrebu primene ekstenzivnog tumačenja.

Šteta, prema SGZ-u, može biti prouzrokovana radnjama bacanja, prosipanja i izlivanja. Navođenjem radnje izlivanja, pored radnje prosipanja, nesumljivo se htelo ukazati na mogućnost da štetna radnja nastane i usled nečinjenja. Ipak, nejasno je koje sve radnje obuhvata ova apstraktna reč. Koliki je potencijalni značaj ovog pitanja, najbolje ćemo uvideti upoznavanjem sa višedecenijskim problemom tumačenja radnje “prolivanje”, koja postoji u poljskoj sudskoj praksi i doktrini. Shodno tome, treba dati odgovor na sledeće pitanje. Da li pojam izlivanje, obuhvata slučaj nastanka štete usled izlivanja tečnosti iz jedne prostorije u drugu? Primenom jezičkog tumačenja, bez bilo kakve sumnje, dolazimo do pozitivnog odgovora. Ovakav stav je zauzeo Stanišić, jedini autor koji se podrobnije bavio tumačenjem § 813. SGZ-a.<sup>25</sup> Međutim, primenom istorijsko-normativnog tumačenja, nameće se drugačiji zaključak. U fragmentu D. 9.3.1.3. nalazimo da se rimski edikt *de is qui deiecerint vel affaderint*, primenjivao i u slučaju kada se prosulo nešto što je visilo, mada to niko nije prosuo.<sup>26</sup> Da li je Hadžić ovu radnju želeo da podvede pod pojam izlivanja? Moguće. Potporu ovom stavu možemo pronaći upoređivanjem načina vodosnabdevanja u starom Rimu i našoj zemlji srednom XIX veka.<sup>27</sup> U oba slučaja, gotovo su bili nezamislivi slučajevi oštećenja tuđe prostorije u zgradi usled izlivanja tečnosti. Shodno ovome, mišljenja smo da je Hadžić, poput rimskog pretora, želeo samo da obezbedi bezbednost na putevima i ulicama, a ne i da rešava slučajevne štete koji se mogu pojaviti i unutar zgrade.

Najbitnija specifičnost odgovornosti za štetu nastalu bacanjem, prosipanjem i izlivanjem u SGZ, je određivanje lica koje odgovara za nju. Za razliku od ABGB-a i rimskih izvora, koji propisuju odgovornost imaoca prostorije, Hadžić kao pasivno legitimisanog ističe počinioca štetne radnje. Tek ukoliko je on nepoznat, odgovaraće imalac prostorije. Na ovaj način data je originalna ideja u uređivanju odgovornosti za ovu vrste štete. Nevezano od ocene kvaliteta ovog rešenja, njeno postojanje je itekako značajno sa aspekta vrednovanja SGZ-a, odnosno

---

<sup>24</sup> Kvartir potiče od francuske reči *quartier*, i označava različite vrste prostrija: stan, sklonište, konak.

<sup>25</sup> S. Stanišić, nav. delo, 208.

<sup>26</sup> D. 9.3.1.3. “Stoga, i ako se prosulo nešto što je visilo, mada to niko nije prosuo, treba reći da ima mesta ediktu.”

<sup>27</sup> Formiranje prvog javnog centralizovanog vodovoda u našoj zemlji, konkretno za grad Beograd, desilo se 1892. godine (gotovo 50 godina nakon donošenja SGZ-a). [www.rgf.bg.ac.rs/dhg/istirija.html](http://www.rgf.bg.ac.rs/dhg/istirija.html)

ublažavanje njegovog posmatranja kao kopije ABGB-a, a Hadžića kao pukog prepisivača.

Lice koje je bacilo neku stvar ili prosulo tečnost, odgovara za prouzrokovanu štetu, ukoliko je njegova radnja bila nesmotrena. U Komentaru SGZ-a, ovaj pojam podveden je pod nehat (*culpa*).<sup>28</sup> Misli se na običnu nepažnju (*culpa levis*). Shodno ovome, ukoliko je neko dokaže da je bio pažljiv (smotren) neće odgovarati za štetu.<sup>29</sup> Ovde se ipak nameće jedno praktično pitanje. Kako neku stvar, koja može da izazove štetu, baciti pažljivo? Mišljenja smo da je to nemoguće. Ipak, ovaj stav treba izeti sa rezervom, zbog nepoznavanja svakodnevnog načina života ljudi pre više od 150 godina. Ako je šteta prouzrokovana namerno ili usled krajnje nepažnje, neće se odgovarati po § 813, već po § 819.<sup>30</sup> Između ova dva člana postoje dve razlike. Prema drugonavedenom, osim stvarne štete, nadoknađuje i izmakla dobit. Druga razlika je u tome što se nesmotrenosti pretpostavlja, dok krajnju nepažnju ili umišljaj treba dokazati. Ovime ujedno dolazimo i do spoznaje vrste štete koja se nadoknađuje u slučaju kada je ona prouzrokovana bacanjem stvari, prosipanjem ili izlivanjem tečnosti- stvarna šteta. Ukoliko je nepoznat izvršilac štetne radnje odgovaraće gospodar prostorije. Ovaj pojam se u svemu poklapa sa onime što je napisao o imaoocu prostorije u ABGB-u.<sup>31</sup>

Za razliku od utvrđivanja osnove odgovornosti imaooca prostorije u ABGB-u, većina navedenih autora nije komentarisala odgovornosti gospodara u SGZ-u. Među onima koji jesu, takođe postoji podela na pristalice subjektivne<sup>32</sup> i objektivne odgovornosti<sup>33</sup>.

Prilikom utvrđivanja osnova odgovornosti gospodara, glavni problem predstavlja tumačenje sintagme “ako se ne zna ko je”. Naime, ovde se javlja dilema da li je izvršilac štetne radnje nepoznat oštećenom u trenutku nastanka štete ili je on ostao nepoznat i nakon pokušaja njegovog pronalaženja od strane oštećenog. Posao je otežan zbog nedostatka sudske prakse.

Prema prvoponuđenom shvatanju postojala bi pretpostavljena subjektivna odgovornost. Premda nije navedeno da će gospodar odgovarati ako je radnja ne-

<sup>28</sup> D. Matić, *Обясненъ Граданског законика за Княжество Србско*, Beograd 1851,1032

<sup>29</sup> R. Novaković, nav. delo, 321.

<sup>30</sup> SGZ § 819 “Ko štetu kakvu drugome nanese sa zlom namerom ili iz krajnjeg nebreženja, onaj će ne samo štetu učinjenu nadoknaditi, nego će i dobitak zbog toga izgubljeni naplatiti morati.”

<sup>31</sup> D. Matić, nav. delo, 1048.

<sup>32</sup> O. Antić, nav. delo, 505\*; Novaković i Konstantinović smatraju da gospodar odgovara za drugog zbog nedekvatne kontrole prostorije, odnosno nadzora nad licima koja se nalaze u njoj (*culpa in inspiciendo*). R. Novaković, nav. delo, 322; M. Konstantinović, nav. delo, 159.

<sup>33</sup> Dorđević-Stanković smatraju da je bacanje, prosipanje i izlivanje opasna delatnost. Ž. Dorđević–V. Stanković, nav. delo, 374-375; Stanišić smatra da je objektivana odogovornost zasnovana na teoriji rizika, kao i zbog potrebe zaštite interesa oštećenog. S. Stanišić, nav. delo, 214.

smotreno izvršena, to se da pretpostaviti. Zbog čega bi gospodar prostorije odgovarao po pooštrenoj odgovornosti samo zato što nije poznat izvršilac štetne radnje? Koliko bi ovo rešenje bilo nelogično, najbolje možemo uvideti ukoliko su u istoj ličnosti objedinjeni i gospodar i izvršilac. Za isto delo, isto lice, bi odgovaralo prema pretpostavljenoj subjektivnoj ukoliko ga je oštećeni video, do ukoliko nije, odgovarao bi prema objektivnoj odgovornosti.

Prema drugoponuđenom shvatanju, koje ima uporište u jezičkom tumačenju, postojala bi objektivna odgovornost gospodara.

Mišljenja smo da je prihvatljivija pretpostavljena subjektivna odgovornost. Ovaj stav zasnivamo na aksiološkom, istorijskom i komparativnom i aksiološkom. Suština postojanja odgovornosti za štetu nastalu prosipanjem ili bacanjem, je da se oštećenom omogući i olakša nadoknada štete. Zahtevanjem da oštećeni uložni napor u pronalaznju neposrednog izvršioca postigao bi se suprotan efekat.<sup>34</sup> U rimskom i austrijskom pravu odgovara imalac prostorije jer je oštećenom lakše da utvrdi iz koje je prostorije nastala šteta nego ko je izvršilac štetne radnje. Rimsko pravo je čak isključivo po ovom pitanju, jer se smatralo da je nemoguće saznati ko je nešto izbacio ili prosuo.<sup>35</sup> Uzimajući u obzir da je Hadžić koristio rimske izvore, moguće je da nejasna sintagma “ako se ne zna ko je” predstavlja upravo izmenjenu verziju fragmenta *D.9.3.2*.

Odgovornost gospodara uslovljena je činjenicama da je oštećenom nepoznat izvršilac štetne radnje, a da gospodar treba da kontroliše dešavanja u njegovoj prostoriji i da zna ili može saznati ko je odgovorno lice. U komentaru SGZ-a se navodi i da gospodar kuće treba da opominje i pazi da se nešto nesmotreno ne baca, prosipa ili izliva, da predupredi ukoliko vidi da neko hoće da izvrši neku od ovih radnji, kao i da neposlušne i nemirne goste više ne pušta u kuću.<sup>36</sup> Ovime se ujedno potvrđuje postojanje preventivnog karakter ovako određene odgovornosti. Kao u austrijskom pravu, nakon što bi nadoknadio štetu, gospodar je imao pravo regresa prema neposrednom izvršiocu.<sup>37</sup>

Ukoliko se prihvatimo mišljenje da gospodar odgovara prema pretpostavljenoj subjektivnoj odgovornosti, on će se osloboditi odgovorati ako dokaže da je neka radnja bila pažljivo izvršena, da je šteta nastala usled više sile, isključive krivice oštećenog i radnje lica za koje gospodar ne odgovora i na koje nije mogao da utiče. Zakonom o obligacionim odnosima (u daljem tekstu ZOO) nije predviđen

---

<sup>34</sup> To bi naročito došlo do izražaja ukoliko bi imalac prostorije rekao oštećenom da je počinilac štete lice koje živi u nekom drugom gradu, a kod njega je boravio kao gost. Iznos štete sa jedne strane i troškovi koje bi oštećeni imao i vreme koje bi potrošio sa druge, možda bi ga pokolebali u nameri da nadoknadi štetu.

<sup>35</sup> *D. 9.3.2.* “Jer je, naravno, nemoguće znati ko je izbacio ili prosuo”.

<sup>36</sup> *D. Matić, nav. delo, 1047.*

<sup>37</sup> *Ibid.*

ovaj vid odgovornosti. Zbog toga, štetu izazvanu bacanjem stvari, prosipanjem i izlivanjem tečnosti možemo nadoknaditi pozivanjem na § 813 SGZ-a.<sup>38</sup> Bilo bi zanimljivo videti kakav stav bi sudska praksa zauzela po pitanju tumačenja radnje izlivanja.<sup>39</sup>

#### POLJSKI GRAĐANSKI ZAKONIK

Ovaj vid odgovornosti za štetu regulisan je čl. 433. Poljskog Građanskog zakonika ( u daljem tekstu- PKC).<sup>40</sup> S obzirom da su pojmovi poput prostorije i lica koje zauzima prostoriju, posebno objašnjeni u prethodnom delu rada, u nastavku pažnja će biti usmerena na neke specifičnosti ovog zakonskog rešenja. Uviđamo da je predviđena objektivna odgovornost imaoća prostorije.<sup>41</sup> Potpuno originalno, vrši se taksativno nabrojanje okolnosti usled kojih se on može osloboditi odgovornost. To su slučajevi nastanka štete dejstvom: više sile, krivicom oštećenog ili radnjom trećeg lica, za koje imalac prostorije ne odgovara i čiju radnju nije mogao sprečiti. Ovakvo određenje odgovornosti, koje nalazimo samo u KS-u, u mnogome olakšava njenu primenu, tumačenje i shvatanje.

Prema poljskoj doktrini objektivna odgovornost objašnjava se načina: teorijom rizika, načelom “ čija korist, toga i šteta” (*cuius commodum, eius damnum*) i potrebom da se zaštiti oštećeni.<sup>42</sup> U slučaju odgovornosti za štetu izazvanu bacanjem, prosipanjem ili padom stvari iz prostorije, objektivna odgovornost je pri-

<sup>38</sup> Zakon o nevažnosti pravnih propisa donesenih pre 6. aprila 1941. i za vreme neprijateljske okupacije- Službeni list FNRJ br. 86/46, čl. 4: Pravna pravila sadržana u zakonima i drugim pravnim propisima pomenutim u čl. 2. ovog zakona, koji u smislu čl 3. ovog zakona nisu proglašena obaveznim, mogu se po ovom zakonu primenjivati na odnose koji nisu uređeni važećim propisima, i to samo ukoliko nisu u suprotnosti sa ustavom FNRJ, ustavima narodnih republika, zakonima i ostalim važećim propisima donetih nadležnih organa nove države, kao i sa načelima ustavnog poretka Federativne Narodne Republike Jugoslavije i njenih republika.

<sup>39</sup> Postoji slučaj nadoknade štete usled curenja tečnosti iz jedne prostorije u drugu sa pozivanjem na član 154. ZOO (Presuda opštinskog suda u Kragujevcu IX-2448.01; presuda okružnog suda u Kragujevcu GŽ-736/08). Međutim, pre se može pretpostaviti da je ovo rezultat nepoznavanja postojanja ili mogućnosti primene § 813 SGZ-a, nego restriktivnog tumačenja.

<sup>40</sup> PKC čl. 433: Za szkodę wyrządzoną wyrzuceniem, wylaniem lub spadnięciem jakiegokolwiek przedmiotu z pomieszczenia jest odpowiedzialny ten, kto pomieszczenie zajmuje, chyba że szkoda nastąpiła wskutek siły wyższej albo wyłącznie z winy poszkodowanego lub osoby trzeciej, za którą zajmujący pomieszczenie nie ponosi odpowiedzialności i której działaniu nie mógł zapobiec. (Za štetu prouzrokovanu bacanjem, prosipanjem ili padom stvari iz prostorije, odgovara lice koje zauzma prostoriju, osim ako je šteta nastala višom silom, krivicom oštećenog ili radnjom trećeg lica, za koje imalac prostorije ne odgovara i čiju radnju nije mogao sprečiti).

<sup>41</sup> B.A. Koch, H. Koziol, nav. delo, 258; Z. Brodecki, *Polish Business Law*, Hague 2003, 237.

<sup>42</sup> B.A. Koch, H. Koziol, nav. delo, 261.



marno uslovljena potrebom zaštite interesa oštećenog.<sup>43</sup> Analizom poljske sudske prakse i doktrine uviđa se postojanje problema vezano za tumačenje štetne radnje prosipanja. Pitanje oko kojeg postoji sporenje je sledeće. Da li se pod ovom radnjom podrazumevaju i slučajevi nastanka štete usled izlivanja, odnosno curenja tečnosti sa viših prostorija u niže. Restriktivno tumačenje Vrhovnog suda, ekstenzivno od strane doktrine, uz neujednačenu praksu nižih sudova, čini ovo pitanje veoma kompleksnim.<sup>44</sup> S obzirom da se polemike još uvek vode, smatra se čak najtrajnijom kontraverzom poljskog građanskog prava.<sup>45</sup>

Sa izuzetkom presude iz 1959. godine<sup>46</sup>, Vrhovni sud je zauzeo stav da se pod pojmom "prosipanje", a samim tim i čl. 433., ne može podvesti slučaj kada usled curenja tečnosti sa viših spratova nastane šteta na nižim.<sup>47</sup> Ovaj stav je potvrđen i u odluci donetoj prošle godine, kada je zatraženo da se zbog neujednačene sudske prakse i stavova doktrine, ovaj problem izričito reši.<sup>48</sup> Argumenti koji potkrepljuju ovaj stav su: jezičko tumačenje, istorijsko tumačenje i primena načela *exceptiones sunt strictissime interpretationis*.<sup>49</sup> S obzirom da su prva dva tumačenja jasna i već korišćena u radu, zadržaćemo se na poslednjem. Određivanje objektivne odgovornosti za štetu, bez obzira na povećavanje broj slučajeva u kojima se predviđa, i dalje predstavlja izuzetak u odnosu na subjektivnu odgovornosti. Kako se izuzetci usko tumače, onda objektivnu odgovornost imaoca preostorije ne treba proširivati ekstenzivnim tumačenjem radnje prosipanja.

Većinski stav poljske doktrine je da pojam prosipanja treba ekstenzivno tumačiti. Oni se oslanjaju na primenu aksiološkog, teleološkog i komparativnog tu-

---

<sup>43</sup> B.A. Koch, H. Koziol, nav. delo, 258.

<sup>44</sup> C. von Bar, *Non- contractual Liability Arising Out of Damage Caused to Another.* (PEL Liab. Dam.), sellier. European law publisher 2009, 666; W dniu lutego 2013 r. Sąd Najwyższy w składzie siedmiu sędziów podjął na wniosek Rzecznika Ubezpieczonych uchwałę w sprawie szkód zalaniowych, [www.rzu.gov.pl/sprawy-biezace/W\\_dniu\\_19\\_lutego\\_2013\\_r\\_Sad\\_Najwyzszy\\_w\\_skladzie\\_siedmiu\\_sedziow\\_podjl\\_na\\_wniosek\\_Rzecznika\\_Ubezpieczonych\\_uchwale\\_w\\_s\\_21181](http://www.rzu.gov.pl/sprawy-biezace/W_dniu_19_lutego_2013_r_Sad_Najwyzszy_w_skladzie_siedmiu_sedziow_podjl_na_wniosek_Rzecznika_Ubezpieczonych_uchwale_w_s_21181)

<sup>45</sup> M. Krajewski, Art. 433 k.c. a szkoda polegająca na zalaniu lokalu na niższej kondygnacji, 3/2012 *Wiadomości Ubezpieczeniowe*, 17

<sup>46</sup> 4 CR 1071/58

<sup>47</sup> III CZR 3/69; CR 295/80; CKN 1156/99; M. Krajewski, nav. delo, 18; Z. Brodecki, nav. delo, 237-238; Tomasz Młynarski- Odpowiedzialność cywilna za szkodę wyrządzoną zalaniem lokalu niżej położonego w orzecnictwie Sądu Najwyższego I poglądach doktryny- *Monitor Ubezpieczeniowy* nr 48- marzec 2012 [www.rzu.dov.pl/publikacje/artykuly-pracownikow-i-wspolpracownikow/Tomasz\\_Mlynarski\\_Odpowiedzialnosc\\_cywilna\\_za\\_szkode\\_wyrzadzona\\_zalaniem\\_lokalu\\_nizej\\_polozonego\\_w\\_orzecnictwie\\_Sadu\\_N\\_20955](http://www.rzu.dov.pl/publikacje/artykuly-pracownikow-i-wspolpracownikow/Tomasz_Mlynarski_Odpowiedzialnosc_cywilna_za_szkode_wyrzadzona_zalaniem_lokalu_nizej_polozonego_w_orzecnictwie_Sadu_N_20955)

<sup>48</sup> III CZP 63/12

<sup>49</sup> M. Krajewski, nav. delo, 24

mačenja. Kao glavni argument se ističe zaštita interesa oštećenog.<sup>50</sup> Ujedno i imalac prostorije bi bio zaštićen zahvaljujući pravu na regres. Smatraju i da treba uvažiti tehnološke promene koje su nastale u odnosu na period kada je donet edikt *de is qui deiecerint vel affaderint*.<sup>51</sup> Na posletku pozivaju se u na sudsku praksu i stav doktrine po ovom pitanju u Austriji.<sup>52</sup>

#### OBLIGACIJSKI ZAKONIK REPUBLIKE SLOVENIJE

U novom Obligacijskom zakoniku Republike Slovenije (u daljem tekstu-SOZ), kao jedan od posebnih vidova odgovornosti predviđena je i odgovornost imaoa zgrade.<sup>53</sup>

U OZ-u prihvaćena je objektivna odgovornost imaoa zgrade.<sup>54</sup> Shodno tome, možemo uočiti dva koncepta u regulisanju ovog vida odgovornosti. Pretpostavljena subjektivna odgovornost u ABGB-u i SGZ-u, i objektivna odgovornost u PKS-u i SOZ-u. Slovenački zakonodavac za razliku od ostalih rešenja, olakšao je razumevanje postojanja objektivne odgovornosti. Naime, najpre je ovaj poseban vid odgovornosti nazvan "*odgovornost imetnika stavbe*". Zatim, u normi je izričito navedeno da stvar mora biti opasno postavljena. Za štetu od opasne stvari odgovara njen držalac, odnosno lice koje stvar za svoj račun upotrebljava i koje ima stvarnu vlast raspolaganja nad njom. S'obzirim da imalac prostorije ima moć raspolaganja nad prostorijom i stavarima koje se nalaze u njoj, a kako su stvari kojima se može prouzrokovati šteta označene kao opasne, očigledno je da u ovom slučaju postoji objektivna odgovornost za štetu izazvanu opasnom stvari. Potvrdu iznetog stava pronalazimo i u Komentaru SOZ.<sup>55</sup> Zbog činjenice da čl. 159. nisu predviđene okolnosti usled kojih se imalac prostorije može osloboditi odgovornosti, treba analognogno primeniti čl. 153 koji se odnosi na okolnosti usled kojih se imalac opasne stvari može osloboditi odgovornosti za prouzrokovanu štetu.

<sup>50</sup> Z. Masłowski, *Kodeks cywilny*, II, Warszawa 1972, 1057-1058 ( navedeno prema: T. Młynarski, nav. delo).

<sup>51</sup> P. Księżiak, *Odpowiedzialność za szkody spowodowane przelaniem się wody z wyższej kondygnacji*, *Monitor Prawniczy* 4/2006, 193-195 ( navedeno prema: T. Młynarski, nav. delo).

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> SOZ čl. 159: Za škodo, ki nastane, če s stavbe pade neravno postavljena ali vržena stvar, odgovarja imetnik stavbe, oziroma prostora, iz katerega je stvar padla. (Za štetu koja nastane, ako iz zgrade padne opasno postavljena ili bačena stvar, odgovara imalac zgrade, odnosno prostorije iz koje je stvar pala).

<sup>54</sup> N. Plavšak, M. Juhart, D. Jadek Pensa i ostali, *Obligacijski zakonik s komentarijem*, Ljubljana 2003, 909; VSC sodba Cp 1624/2006.

<sup>55</sup> N. Plavišak, M. Juhart, D. Jadek Pensa i ostali, nav. delo, 911.

tu.<sup>56</sup> Tako imalac zgrade neće odgovorati ukoliko dokaže da je šteta nastala usled: uzroka koji se nalazio izvan stvari, a čije se dejstvo nije moglo predvideti, ili se nije moglo izbeći ili sprečiti, isključive krivice oštećenog ili trećeg lica koju on nije mogao predvideti i čije posledice nije mogao izbeći ili ukloniti

Radnja označena kao “bacanje stvari”, prema naučnoj doktrini, obuhvata i štetu nastalu prosipanjem tečnosti.<sup>57</sup> Novitet vezan za ovu vrstu odgovornosti, koju pronalazimo u sudskoj praksi u Sloveniji, je nadoknada štete i u slučaju kada je ona prouzrokovana padanjem snega sa zgrade.<sup>58</sup>

#### PREDNACRT GRAĐANSKOG ZAKONIKA REPUBLIKE SRBIJE

Odgovornost za štetu usled bacanja stvari i prosipanja tečnosti, za sada, nije predviđena prednacrtom Građanskog zakonika Republike Srbije.<sup>59</sup> Međutim, za razliku od ZOO, regulisana je odgovornost za štetu od građevina.<sup>60</sup> Osim rušenja građevine i pada nekog njenog dela, propisana je i odgovornost u slučaju da je šteta nastala “na koji drugi način”. Postoji mišljenje da bi se pod ovu sintagmu, ukoliko se ne reguliše posebnim članom, moglo podvesti bacanje stvari i prosipanje tečnosti.<sup>61</sup> Ipak, bolje je ovu odgovornost zasebno regulisati. Ovaj stav je već prisutan u našoj doktrini.<sup>62</sup>

U uvodnim napomenama prednacrta Građanskog zakonika koji se odnosi na obligacione odnose, kao jedna od najznačajnijih promena u odnosu na posto-

---

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> N. Plavišak, M. Juhart, D. Jadek Pensa i ostali, nav. delo, 909.

<sup>58</sup> VSC sodba Cp 1624/2006.

<sup>59</sup> Treba navesti da ni akti koji su mogli imati uticaja na tekst prednacrta, poput skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima profesora Konstantinoviće, *Draft Common Frame of Reference* ( u daljem tekstu- Načela) i *Principles of European Tort Law* ( u daljem tekstu- Principi), u delu koji se odnosi na objektivnu odgovornost za štetu, ne predviđaju slučaj nastanka štete usled bacanja stvari i prosipanja tečnosti. Ipak oni ostavljaju mogućnost njenog uvođenja od strane nacionalnih zakonodavstava ( DCFR VI- 3: 207; PETL 5.102.). Iz Načela se uviđa potreba izričitog regulisanja slučajeva objektivne odgovornosti za štetu. Principi dozvoljavaju propisivanje objektivne odgovornosti i za radnje koje ne predstavljaju izuzetno opasne aktivnosti, što radnje bacanja stvari i prosipanja tečnosti najčešće nisu.

<sup>60</sup> Sopstvenik zgrade i svake druge građevine ili etažni sopstvenik stanova u zgradi odgovorni su za svu štetu koju ona prouzrokuje svojim rušenjem ili padom nekog njenog dela, ili na koji drugi način. Oni se oslobađaju odgovornosti ako dokažu da se šteta dogodila usled više sile ili krivicom oštećenog, Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, druga knjiga, Obligacioni odnosi, Beograd 2009, čl. 201, 74.

<sup>61</sup> S. Stanišić, nav. delo, 206.

<sup>62</sup> O. Antić, nav. delo, 506.

jeći ZOO, navodi se proširenje zakonskih rešenja o odgovornosti za prouzrokovanu štetu.<sup>63</sup> Takođe, u Obrazloženju prednacrta Građanskog zakonika kao jedan od najbitnijih efekata zakonika, ističe se preventivno dejstvo odredaba o odgovornosti za prouzrokovanu štetu i njenu nadoknadu. Shodno tome izričito regulisanje odgovornosti za štetu nastalu bacanjem stvari i prosipanjem tečnosti bilo bi u potpunosti usklađeno sa zacrtanim promenama i efektima koji se žele postići. Ovime bi se sigurno doprinelo i pravnoj sigurnosti.

Osim zaštite interesa oštećenog, poklonila bi se pažnja i zaštiti interesa imaoća prostorije. Pored oslobođenja odgovornosti u slučaju da je šteta prouzrokovana višom silom i krivicom oštećenog, ako bi se zadržao koncept objektivne odgovornosti sa taksativno navedenim izuzetcima, trebalo bi navesti i slučaj prouzrokovanja štete od strane trećeg lica na koje imalac nije mogao nikako da utiče i za koje ne odgovara. Tuženo lice bilo bi sigurnije da li je ono ispravno pasivno legitimisano i odgovorno u konkretnom slučaju, što bi moglo smanjiti broj sudskih sporova, i uštedu troškova koji tako nastaju.<sup>64</sup>

U izveštaju Komisije za izradu Građanskog zakonika, uvođenje odgovornosti za štetu od građevina objašnjava se "zahtevima života". Takvi zahtevi u slučaju odgovornosti za bacanje i prosipanje, s' obzirom da je osnovni faktor čovek, postoje već od prvog veka nove ere, i nisu iščezli ni sa društvenim, kulturnim i tehnološkim napretkom. Samo su proširene štetne radnje koje se mogu podvesti pod ovaj vid odgovornosti, kao i iznos štete koja može biti prouzrokovana. Toga su svesni gotovo svi oni koji žive u zgradama. Isto možemo uvideti upoznavanjem sa stranom sudskom praksom, ali i nekim zakonskim i podzakonskim aktima u našoj zemlji. Zakon o javnom redu i miru, kao jedan od prekršaja navodi držanje ili stavljanje predmeta ili uređaja na zgradi koji mogu naneti štetu prolaznicima.<sup>65</sup> U odlukama o kućnom redu u stambenim zgradama zabranjuje se držanje stvari koje svojim padom mogu prouzrokovati štetu, zalivanje cveća na način kojim dolazi do izlivanja tečnosti, trešenje tepiha, bacanje otpada...<sup>66</sup> Ovo su samo neki od slučajeva usled kojih može nastati šteta, čiju nadoknadu treba oštećenom omogu-

<sup>63</sup> Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, druga knjiga, Obligacioni odnosi, Beograd 2009, 7.

<sup>64</sup> U navedenoj presudi koje se odnose na slučaj izlivanja, tuženi je zbog mišljenja da kao zakupac stana nije pasivno legitimisan, pored štete od 32. 000 dinara, bio dužana da na ime troškova parničnog postupka plati još 85.000 dinara.

<sup>65</sup> Zakon o javnom redu i miru, čl. 16, Službeni glasnik RS, br. 51/92, 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005 - dr. zakon i 85/2005 - dr. zakon

<sup>66</sup> Odluka o kućnom radu u stambenim zgradama, čl 11, Službeni list grada Beograda, 12/96, prečišćen tekst 14/96, ispravljen 6/99 i 11/2005; Odluka o kućnom radu u stambenim zgradama, čl. 11. i čl. 13, Službeni list grada Novog Sada, 4/2001.

čiti i olakšati. Treba navesti i da bi se na ovaj način, kako kroz zakonsku regulativu, a zatim i kroz udžbeničku literaturu, pokazalo poštovanje, ponos i povezanost sa našom pravnom kodifikatorskom tradicijom oličenom u SGZ-u. To bi se naročito postiglo, ukoliko bi se osim propisivanja ovog vida odgovornosti, preuzele i neke originalne Hadžićeve ideje, poput odgovornosti neposrednog izvršioca štetne radnje ili izričitog navođenja radnje izlivanja.

#### ZAKLJUČAK

Ukoliko se prihvati stav o potrebi regulisanja odgovornosti za štetu nastalu usled bacanja, prosipanja ili izlivanja u budućem Građanskom zakoniku Republike Srbije treba obatiti pažnju na tri pitanja. Koje štetne radnje obuhvatiti? Pored vođenja računa o određenju "obima" radnji (primarno se misli na slučaj izlivanja tečnosti iz prostorije u prostoriju), potrebno je i njihovo precizno navođenje, kako bi se sprečila mogućnost različitog tumačenja i problema koji na taj način mogu nastati.

Drugo pitanje se odnosi na vrstu odgovornosti. Da li prihvatiti pretpostavljenu subjektivnu ili objektivnu? Ukoliko bi se sledio primer zakonskih rešenja u Poljskoj i Sloveniji, treba razmisliti o taksativnom navođenju okolnosti usled kojih se imalac prostorije neće odgovarati za štetu.

Poslednje pitanje vezano je za određivanje pasivno legitimisanog lica. Da li prihvatiti unikatno Hadžićevo rešenje ili slediti primer svih ostalih zakonskih rešenja? Naposletku, treba razmisliti i o izričitom predviđanju solidarne odgovornosti imalaca prostorija zgrade ili dela zgrade, u slučaju da oštećeni ne može da utvrdi iz koje prostorije je nešto bačeno ili prosuto. Ovakvo rešenje bi trebalo restriktivno tumačiti, kako zarad olakšanja nadoknade štete, ne bi došlo zloupotreba. Sudu bi bilo ostavljeno diskreciono pravo odlučivanja, a smernice koje bi trebalo uzeti u obzir bili bi vidljivost u trenutku nastanka štete, spratnost zgrade, prisutnost oštećenog u trenutku nastanka štete, iznos štete... Na ovaj način u potpunosti bi bila zadovoljena potreba zaštite interesa oštećenog. Ujedno, moguće je da bi se putem skupštine ili saveta stanara i međukomšijske komunikacije i kontrole, postigao jedan od najznačajnijih efekata Građanskog zakonika- preventivno dejstvo odredbi o odgovornosti za prouozrokovanu štetu.

VLADIMIR ILIĆ

Junior Teaching Associate, Faculty of Law,  
University of Kragujevac

LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY THE THINGS THROWN  
OR Poured OUT OF BUILDINGS

Summary

Liability on the occupier of the building from which something was poured or thrown to the damage of a passer-by, is found in Roman law. The reception of the Roman *actio de effusis vel deiectis* occurs in the Austrian Civil Code. Under the influence of the Australian law and Roman law (at least to some extent), this particular form of liability for damages was regulated by the three legal documents: the Civil Code for the Kingdom of Serbia, the Civil Code of Poland and Obligations Code of the Republic of Slovenia. The above mentioned solutions will be presented in our paper, at same time emphasizing their specific aspects and disambiguities which might cause certain dilemmas in both theory and practise. Our particular attention is drawn to the actions causing damages along with the basis of liability of the person involved in the *passiv legitimation* process. In the concluding part of the paper, the author takes into consideration whether it is necessary to retain this form of liability for damages in the forthcoming Civil Code of the Republic of Serbia.

## SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

### **Pravda i pravo**

*Justice and Law*

*La Justice et le Droit*

### **PRAVO I NAČELO SAVESNOSTI I POŠTENJA – II tom**

*LAW AND PRINCIPLE OF GOOD FAITH – Vol. II*

*Druga katedra*

*Secon Department*

### **PRAVO NA SLOBODU**

*RIGHT TO FREEDOM*

#### **2. Sloboda ličnosti**

*Freedom of Personality*

*Olga Cvejić-Jančić*

Šta je potrebno menjati u Ustavu Srbije u oblasti porodično-  
-pravnih odnosa

What should be changed in the Constitution of Serbia regarding  
family-law relations . . . . .

5

*Zoran Ponjavić*

Utvrđivanje porekla deteta – između biološke istine i stabilnosti  
Determining the child's genetic origin – between biological truth  
and stability . . . . .

21

709

<i>Dušica Palačković, Sanda Ćorac</i>	
Zaštita prava na poštovanje porodičnog života Protection of right to respect for family life .....	37
<i>Mirjana Rašević</i>	
Ka odgovornoj populacionoj politici Towards a responsible population policy .....	53
<i>Olga Jović</i>	
Evropski koncept prava deteta European concept on the rights on the child.....	67
<i>Melanija Jančić</i>	
Izazovi ljudskih prava u odnosu na životne zajednice lica istog pola Challenges of human rights regarding same sex relationships .....	79
<i>Dragan Pantić</i>	
Razvod braka u Srbiji <i>de lege ferenda</i> Divorce in Serbia <i>de lege ferenda</i> .....	89
<b>3. Upravno-pravna zaštita slobode</b> <i>Administrative-Law Protection of Freedom</i>	
<i>Dobrosav Milovanović Dragan Vasiljević</i>	
Unapređenje modela inspekcijskog nadzora u Republici Srbiji The improvement of the model of inspections in Serbia .....	107
<i>Jelena Ivanović</i>	
Upravni sud – funkcionisanje i pravci razvoja .....	121
<i>Zehra Odyakmaz, Bayram Keskin Oğuzhan Güzel</i>	
Human rights policy of the European Union and a disregarded issue: good faith .....	133



*Borče Davitkovski,*  
*Ana Pavlovska-Daneva,*  
*Elena Davitkovska*

Proces regulacije pravnog statusa javnih i državnih službenika u Republici Makedoniji (2000–2015) Process of regulation of the legal status of public and civil servants in Macedonia (2000–2015) .....	155
--	-----

*Ljubodrag Pljakić*

Novija upravno-sudska praksa u upravnom sporu Recent administrative court practice in the administrative dispute	171
---	-----

*Zorica Vukašinić-Radojičić,*  
*Zorica Urošević*

Lokalni službenički sistem – profesionalizacija lokalne uprave Local civil service system – towards professionalisation .....	185
--	-----

*Predrag Dimitrijević*

Aporije Zakona o upravnom postupku The aporie of the general administrative procedure act .....	197
--	-----

*Zoran Lončar*

Predmet upravnog spora Subject of administrative dispute .....	211
---	-----

*Saša Varinac*

Postupak zaštite prava u Zakonu o javnim nabavkama Procedure for the protection of rights in the Public procurement law .....	227
--	-----

*Aleksandra Rabrenović*

Plan integriteta – efikasan instrument prevencije korupcije Integrity plans – effective corruption prevention mechanisms ....	243
--	-----

*Vesna Čogurić*

Pravosnažnost u upravnom procesnom pravu The validity of the administrative procedural law .....	259
---	-----

*Treća katedra*  
*Third Department*

**PRAVO NA IMOVINU**  
*RIGHT TO PROPERTY*

**A. Opšta pitanja – kodifikacije**  
*General questions – codification*

*Vitomir Popović*

- Kodifikacija građanskog prava u Republici Srpskoj  
Civil law codification in the Republic of Srpska . . . . . 273

*Gale Galev,*  
*Jadranka Dabovik-Anastasovska*

- Načelo savjestivosti i poštenja u ugovornom pravu Republike  
Makedonije  
The principle of good faith in Macedonian Contract Law . . . . . 283

*Branko Morait*

- Pravo na dostojanstvo ličnosti u Prednacrtu Građanskog zakonika  
Republike Srbije  
The right to the dignity of the human person in the preliminary  
draft of the Civil Code of of the Republic of Serbia . . . . . 299

*Boštjan Tratar*

- Zaštita ustavnih vrednosti u građanskom pravu kroz načelo  
dobre vere  
Protection of constitutional values in private law through  
principle of good faith . . . . . 315

*Vladimir Vuletić*

- Sto sedamdeset godina Građanskog zakonika za Knjaževstvo  
Srbsko i njegova uloga u evropskoj pravnoj tradiciji  
170 years of the Civil Code of the Principality of Serbia  
and its role in the European legal tradition . . . . . 329

*Nina Planojević*

Državina u nacrtu Evropskog građanskog zakonika i u Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije Possession in the draft of European Civil Code and in preliminary draft of Serbian Civil Code .....	343
--	-----

*Jelena Borovac*

Još jednom o zadužbinarstvu More on endowment philanthropy .....	359
---	-----

*Radomir Prelević*

Prilog o dva termina u Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije .....	373
---	-----

**B. Svojina**

*Ownership*

*1.a. Svojina i druga stvarna prava*

*Ownership and other property rights*

*Rajko Jelić*

Javna svojina i srodni oblici Public property and related forms .....	379
--	-----

*Vladimir Todorović,*

*Siniša Rajić,*

*Danijela Kožul*

Restitucija i eksproprijacija Restitution and expropriation .....	399
--	-----

*Đurđe Ninković*

Nepravredni zakoni – nacionalizacija i restitucija Unjust laws – nationalization and restitution .....	415
---	-----

*Mirjana Vulić*

Komasacija i urbana komasacija Expropriation and urban land consolidation similarities and differences .....	421
--	-----

<i>Aleksandra Pavićević</i>	
Vrste zemljišnog duga Types of land debt as a kind of real collateral . . . . .	435
<i>Srđan Stojilković</i>	
Eristička dijalektika u konceptu evrohipoteke Eristic dialectic in model of eurohypothec . . . . .	453
<i>Jasmina Vukotić</i>	
Načelo pouzdanja u katastar nepokretnosti Principle of good faith in real estate cadastre . . . . .	471
 <i>1.b. Svojina i nasleđe</i> <i>Ownership and inheritance</i>	
 <i>Miloš Stanković</i>	
Brodsko zaveštanje u srpskom pravu i u uporednom pravu A will aboard a ship in serbian law and in comparative law . . . . .	485
 <i>Tamara Đurđić-Milošević</i>	
Razgraničenje ugovora o nasleđivanju od drugih pravnih poslova Distinction between an agreement on inheritance and other legal dispositions . . . . .	513
 <i>Jelena Vidić, Novak Krstić</i>	
Naslednopravne posledice rođenja deteta začetog biomedicinski potpomognutom oplodnjom Inheritance effects of the birth of a child concieved in the process of biomedical assisted reproduction . . . . .	527
 <b>C. Ugovor i odgovornost za štetu</b> <i>Contract and Liability for Damage</i>	
 <i>Goran Koevski</i>	
Klauzula o potpunosti isprave Entire Agreement clause . . . . .	543

*Marija Karanikić-Mirić*

- Odgovornost javnih beležnika u srpskom građanskom pravu  
Civil liability of notaries in serbian law ..... 559

*Osman Kadriu*

- Nemoralni ugovori i odgovornost za štetu ..... 585

*Igor Kambovski*

- Elektronski ugovori, načelo savesnosti i poštenja i odgovornost  
provajdera usluga  
Electronic contracts, the principle of consciousness and honesty,  
and liability of service providers ..... 595

*Igor Vujović*

- Esej o rušljivim ugovorima  
Essay on voidable contract ..... 605

*Marko Perović*

- Ustupanje potraživanja ugovorom  
Yielding of claims by contract (assignment or cession) ..... 617

*Zoran Vuković*

- Sankcija nepravičnosti klauzula opštih uslova formularnih ugovora  
Sanction of unfairness regarding the terms of general conditions  
of standard form contracts ..... 633

*Miroslav Đorđević*

- Poreklo ugovora o delu  
Origins of letting and hiring of work ..... 647

*Velisav Marković,  
Slobodan Martinović*

- Zastupništvo u rimskom i srednjovekovnom pravu  
Institution of representation in roman and medieval law ..... 663

*Dragana Simanić*

- Dejstvo načela akcesornosti ugovora o jemstvu  
Wirkung der akzessorietät der burgschaft ..... 681

*Vladimir Ilić*

Odgovornost za štetu nastalu bacanjem ili prosipanjem nečega iz prostorije Liability for damage caused by the things thrown or poured out of buildings . . . . .	695
---	-----

